

Capitolo Primo

Reclamo e crisi d'impresa in una prospettiva diacronica

SOMMARIO: 1. Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale: dall'art. 26 nella c.d. legge fallimentare (R.D. 16.3.1942, n. 267) all'art. 124 nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12.1.2019, n. 14, in attuazione della legge 19.10.2017, n. 155). – 2. (Segue). Delega di funzioni e reclamo. – 3. Il reclamo ex art. 26 l.f. tra Suprema Corte e Giudice delle leggi: una serrata ma proficua dialettica. – 4. Il nuovo volto del reclamo ex art. 26 l.f. – 5. L'elaborazione del “doppio binario” e l'emergere del problema di distinguere la tipologia dei provvedimenti del g.d. – 6. La sofferta gestazione della riforma fallimentare: l'art. 26 l.f. nei lavori preparatori. – 7. Il reclamo contro i decreti del g.d. e del tribunale: l'art. 26 l.f. e la riforma fallimentare (d.lgs. 9.1.2006, n. 5). – 8. L'art. 26 l.f. e il c.d. decreto correttivo della riforma fallimentare (d.lgs. 12.9.2007, n. 169). – 9. La delega al Governo per la riforma organica delle procedure concorsuali (disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri in data 10.2.2016). – 10. Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: il reclamo ex art. 124 contro i decreti del g.d. e del tribunale. – 11. Attualità di una distinzione e ruolo dell'interprete. – 12. Delimitazione dell'indagine sul mezzo del reclamo, fra tipologia di provvedimenti e, correlativamente, di procedimenti.

1. *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale: dall'art. 26 nella c.d. legge fallimentare (R.D. 16.3.1942, n. 267) all'art. 124 nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12.1.2019, n. 14, in attuazione della legge 19.10.2017, n. 155)*

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12.1.2019, n. 14, in attuazione della legge 19.10.2017, n. 155), che segue i lavori della c.d. “Commissione Rordorf”, reca all'art. 124 la disciplina del reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale¹.

¹ Il presente volume è una nuova edizione, aggiornata al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, del mio contributo monografico originario, *Il reclamo ex art. 26 contro i*

La disposizione dell'art. 124 ricalca, in buona sostanza, quella dell'art. 26 l.f., nel testo successivo alla riforma del 2006-2007.

L'indagine in ordine alla disciplina dei controlli sui provvedimenti del g.d. e del tribunale concorsuale implica di ripercorrere previamente, a ritroso, le vicende e i dibattiti fondamentali che ne hanno caratterizzato e scandito le tappe per oltre sessant'anni.

Il testo originario del R.D. 16.3.1942 n. 267 compendia, nell'ambito del sistema delineato dagli artt. 26 e 23, ult. co., l.f. la disciplina dei controlli sui provvedimenti del giudice delegato, pacificamente reputata fra le più intricate e opache dell'intero panorama del diritto della crisi d'impresa².

Tale disciplina, neanche lambita dal legislatore per oltre sessant'anni, è stata nel tempo profondamente incisa dalle pronunce della Consulta, nonché rimodellata da quelle dei Giudici di legittimità, favorendo, così, un accorato e vivace dibattito in seno alla letteratura, che s'inseriva in quello, più generale, del grave problema di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nelle procedure concorsuali, nell'ambito del c.d. sistema d'impugnazione del foro interno fallimentare³.

provvedimenti fallimentari, pubblicato nel 2018. Gli articoli che saranno di seguito richiamati, nel testo e nelle note, privi dell'indicazione della legge di appartenenza, si riferiscono al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Nel corso dell'esposizione, inoltre, al giudice delegato e al giudice dell'esecuzione si farà rispettivamente riferimento, per brevità, con gli acronimi g.d. e g.e. Ulteriore premessa di carattere generale riguarda la possibilità di richiamare, ove le disposizioni del codice della crisi non registrino novità particolarmente rilevanti, i contributi di dottrina e di giurisprudenza elaborati con riferimento alla legge fallimentare, come più volte riformata e corretta negli ultimi anni.

² Per diritto della crisi d'impresa ci si riferisce alle disposizioni – contenute principalmente nel d.lgs. 12.1.2019, n. 14 e nel R.D. 16.3.1942, n. 267, nonché in altri e diversi testi di legge (dal codice civile a quello processuale civile, alle leggi complementari che regolano le diverse procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi) – che disciplinano le “procedure concorsuali” (anche denominate “procedure d'insolvenza” o “procedure collettive”, recanti il «nucleo centrale» delle regole e degli strumenti di governo delle crisi d'impresa: A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014, 23; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, 2016, 1 ss.; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 94-95), le quali risalgono alle esperienze dei Comuni del Basso Medioevo, a partire dal XIII Secolo.

³ La legge fallimentare, nel testo del '42, consumava quotidianamente inaccettabili violazioni di diritti soggettivi, soprattutto nei confronti del debitore, sia fallendo che fallito. Eclatanti e inaccettabili violazioni di diritti che non risparmiavano neanche i credi-

In particolare, è innegabile che il lungo travaglio che ha accompagnato la disciplina del reclamo contro i provvedimenti del g.d., sia stato caratterizzato dal confronto con un testo di legge (quello dell'originario art. 26 l.f.) talmente scarno da rivelarsi evidentemente inadeguato ad assicurare un'effettiva tutela a diritti soggettivi e *status*.

Le gravi carenze del dato positivo, dunque, hanno da subito rimesso all'interprete margini assai ampi d'intervento.

Sicché, l'istituto su cui si è cimentato il legislatore della riforma 2006-2007 risulta, fondamentale, di elaborazione pretoria, quale conclusione di un lento, sofferto, ma inarrestabile processo evolutivo; all'esito del quale, è stato elaborato un sistema di regole articolato, finalizzato a soddisfare – almeno nelle intenzioni – tanto le aspirazioni dei teorici, quanto le esigenze dei pratici.

La ricerca, da parte della giurisprudenza (invero affiancata da una dottrina sempre attenta al tema), della regola di diritto più adeguata a rendere il procedimento di reclamo sede confacente alla tutela anche di diritti soggettivi e *status* – conforme, quindi, al principio costituzionale del “giusto processo” – si è spinta, dunque, oltre il dato positivo e a prescindere, se non in contrasto, con i pure numerosi interventi del Giudice delle leggi.

2. (Segue). Delega di funzioni e reclamo

La legge del '42, nel suo testo originario, prevedeva che, eccezion fatta per la liquidazione coatta “amministrativa”⁴, in ciascuna delle tre procedure concorsuali “giudiziarie” i provvedimenti resi dal g.d. fossero in linea generale censurabili mediante l'esperimento di un procedimento di reclamo da proporsi dinanzi al tribunale fallimentare.

Segnatamente, per la procedura di fallimento il reclamo era regolato dall'art. 26 l.f.⁵; per quella di concordato preventivo, l'art. 164 l.f. conteneva

tori: fra gli altri, V. COLESANTI, *Il processo di Kafka avanti il Tribunale di Milano*, in *Giur. it.*, 1977, I, 575 ss.

⁴ Nell'ambito della quale – in ragione della natura *amministrativa* del provvedimento che la dispone, del procedimento in cui la stessa si articola nonché dell'autorità che ad essa presiede – fra gli “Organi della liquidazione amministrativa” (art. 198 l.f.) manca il tribunale fallimentare e, con esso, il g.d., sicché non si pone l'esigenza di un controllo sui relativi provvedimenti.

⁵ Il reclamo *ex art. 26 l.f.* è solitamente denominato *fallimentare* o *endofallimentare*, sebbene a partire dalla riforma del 2006-2007 il medesimo sia proponibile anche dinanzi

un espresso richiamo all'art. 26 l.f.; infine, per la procedura di amministrazione controllata, l'art. 190 l.f. recava una disciplina del reclamo ricalcata sostanzialmente su quella prevista dall'art. 26 l.f.⁶

Tanto nella procedura concorsuale c.d. maggiore (il fallimento), che in quelle cc.dd. minori (concordato preventivo e amministrazione controllata), rivestiva carattere necessario la presenza, fra gli organi preposti, del *tribunale fallimentare* e del *g.d.*, i quali potevano dirsi fra loro legati, in ciascuna delle anzidette procedure, secondo un peculiare nesso, volto ad assicurare, *inter alia*, il controllo sugli atti resi dal *g.d.* nell'ambito del c.d. foro interno concorsuale⁷.

In particolare, il giudice “*delegato*” promanava dal tribunale fallimentare in composizione collegiale, organo di cui faceva parte come componente e da cui era nominato, a seconda del tipo di procedura, con la sentenza dichiarativa di fallimento o con il decreto di ammissione al concordato preventivo o ancora con il decreto di ammissione all'amministrazione controllata⁸.

alla corte d'appello, la quale esula dal catalogo legale degli “organi preposti al fallimento” (previsto dal Capo II, del Titolo II, della legge fallimentare).

⁶La disciplina del reclamo recata dall'art. 26 l.f. sarà successivamente richiamata anche dal d.lgs. 8.7.1999, n. 270 (c.d. “Prodi *bis*”), sia con riguardo alla prima fase, della procedura d'insolvenza delle grandi imprese (art. 14), sia nella seconda fase, dell'amministrazione straordinaria vera e propria (art. 37). L'art. 14 della “Prodi *bis*”, a dire il vero, non contiene un esplicito richiamo all'art. 26 l.f. per precisa scelta del legislatore, che ha intenzionalmente evitato la rigidità di un *rinvio fisso* alla disposizione, a beneficio di un *rinvio mobile* alla norma: come precisa la Relazione di accompagnamento alla “Prodi *bis*”, è stato evitato «il richiamo all'art. 26 della legge fallimentare in tema di reclamo – disposizione bersagliata da plurime declaratorie di incostituzionalità – surrogandolo con una formula generica che permette di travasare, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria il frastagliato assetto dell'istituto, quale risultante (anche alla luce della mediazione interpretativa giurisprudenziale) in conseguenza del complesso degli interventi della Corte costituzionale». Si trattò, al momento dell'entrata in vigore del suindicato art. 14 della “Prodi *bis*”, dell'ennesima occasione mancata, da parte del legislatore, di offrire una sistemazione compiuta del mezzo del reclamo contro gli atti del *g.d.*, che potesse valere, altresì, a integrare le scarse previsioni dell'art. 26 l.f. nel suo testo originario (in arg., G. LO CASCIO, *Il procedimento di reclamo endo-fallimentare ancora all'esame della consulta*, in *Fall.*, 1999, 148).

⁷Come anticipato, identico discorso poteva svolgersi, qualche anno più tardi, anche con riguardo alla prima e alla seconda fase della procedura regolata dalla “Prodi *bis*”.

⁸Nel caso della procedura d'insolvenza delle grandi imprese, con la sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza, ai sensi dell'art. 8 della “Prodi *bis*”.

L'esigenza di ricorrere alla *delega* dall'organo collegiale a quello singolare, si legava all'espletamento di un'attività che per il collegio sarebbe stata, a seconda dei casi, superflua o inadatta; tale attività, secondo la tradizionale ricostruzione del concetto di delega, era riferibile all'organo delegante entro e non oltre i limiti delle attribuzioni del delegato⁹.

Sotto il vigore del codice di commercio del 1882, il rapporto fra tribunale fallimentare e g.d. era stato acutamente ricostruito alla luce del concetto di *trasferimento di competenza* dal primo al secondo, quale principio immanente a tutti gli ordinamenti processuali, da tenere ben distinto dal concetto di delegazione di giurisdizione¹⁰. Secondo tale concezione la legge operava, in via eccezionale, un'attribuzione al g.d. di talune competenze *altrui* (ossia del tribunale in composizione collegiale) mediante *trasferimento*, al fine di far sbrigare al delegato determinati affari. La finalità del trasferimento di competenza dal giudice collegiale a quello singolare andava ricercata (al pari di ogni delega) nell'esigenza di alleggerire il primo da funzioni gravose e dispendiose di tempo, al disimpegno delle quali sarebbe stato più idoneo un giudice singolo, il cui operato sarebbe stato comunque sindacabile dal tribunale delegante. A sostegno di siffatta ricostruzione militava l'argomento per cui nella giurisdizione contenziosa il g.d. (al pari del presidente del tribunale) non fosse mai menzionato dalla legge come giudice singolo (a differenza del pretore e del conciliatore), né come investito di funzioni *autonome*¹¹.

⁹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., II, Napoli, 1936, 63 ss.; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1948, 77 ss. La figura del g.d. – che si tramanda storicamente dal nostro codice di commercio del 1882 alla legge fallimentare del '42, fino al testo di quest'ultima più volte modificato nel tempo – è ignota al diritto concorsuale spagnolo come riformato nel 2003, che prevede, quale organo giudiziario preposto al fallimento, il solo «Tribunal que declara el concurso», il quale è *unipersonal* («por cuanto que está integrado por un único Magistrado») ed *especializado* («porque la competencia para declarar y tramitar los concursos de acreedores corresponden a los “Jueces de lo mercantil”, creados simultáneamente a la reforma concursal»): cfr. A. ROJO, *La reforma del derecho concursal italiano y el derecho concursal español*, in (a cura di) S. Bonfatti, G. Falcone, *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Atti del Convegno – Lanciano 17-18 marzo 2006, in *Quaderni di giur. comm.*, Milano, 2006, 104 ss.

¹⁰ A. DIANA, *Le funzioni del presidente nel processo civile*, Milano, 1910, 56 ss.

¹¹ A. DIANA, *Le funzioni*, cit., 59-60. Tanto è vero che nel processo civile di ordinaria cognizione, e quindi al di fuori del contesto concorsuale, mentre il giudice delegato dal collegio all'assunzione delle prove ripeteva i propri poteri dal collegio delegante, nei

Con l'entrata in vigore della legge fallimentare del 1942, il legislatore ha delineato, fra "gli organi preposti al fallimento", la figura di un giudice che sebbene continuasse a essere ancora formalmente *delegato* rispetto al tribunale, era tuttavia dotato di *competenze proprie*, come emerge dal dato testuale degli artt. 23 e 25 l.f. nella versione originaria del '42¹²; nonché, *a fortiori*, come si dirà, nella versione rinnovata dalla riforma del 2006. E ciò, in linea con la giurisprudenza, che qualificava la competenza del g.d. nei casi previsti dalla legge come *esclusiva*¹³.

Quanto, in particolare, alla procedura di fallimento, la legge del 1942 investiva il tribunale «dell'intera procedura fallimentare» (art. 23 l.f.) e ne assegnava, tuttavia, il ruolo di fulcro al g.d., prevedendo che questi ne dirigesse le operazioni, vigilando sull'attività del curatore¹⁴. Per l'esercizio delle sue funzioni, dunque, la legge attribuiva al g.d. un'articolata serie di poteri (art. 25 l.f.)¹⁵.

limiti della delega – e, quindi, della mera assunzione delle prove – la figura successivamente delineata del giudice istruttore si poneva, invece, come organo autonomo, cui era attribuita la direzione del processo e il governo dell'istruzione: sul punto, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3^a ed., I, Roma, 1942, 367-369. La distinzione è risalente anche nel diritto processuale tedesco: la particolarità è che sia il giudice delegato (*beauftragter Richter*) che il giudice singolo (*Einzelrichter*) sono membri dell'organo giudiziario collegiale, ma il primo ha la funzione di espletare i compiti a lui espressamente attribuiti dal collegio, mentre il secondo è investito dalla legge di attribuzioni proprie e non limitabili, fruendo di una posizione autonoma che esula dal perimetro di eventuali deleghe del collegio.

¹² R. PROVINCIALI, *op. ult. cit.*, 77 ss.

¹³ Fra le altre, v. Cass., 13.7.2007, n. 15671, in *Fall.*, 2008, 655, nt. di C. TRENTINI.

¹⁴ S. SATTA, *Diritto fallimentare*, 2^a ed. curata da R. Vaccarella, F.P. Luiso, Padova, 1990, 109 ss.

¹⁵ Secondo un'autorevole dottrina (S. SATTA, *op. loc. ult. cit.*; e già R. PROVINCIALI, *op. loc. ult. cit.*), il g.d. esercitava funzioni che si potevano distinguere in processuali, tutorie e cognitorie. Ad avviso di G. CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento*, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1977, 5 ss., in capo agli organi preposti al fallimento occorreva marcare la distinzione tra la funzione di cura del patrimonio fallimentare e quella «giurisdizional-contenziosa in generale e giurisdizional-esecutiva in particolare» (7), la quale «distinzione è scandita icasticamente dalla contrapposizione dell'art. 23 all'art. 24 legge fall.» (7-8). L'A. rilevava che l'art. 24 l.f. attribuiva al tribunale la competenza a conoscere delle azioni che derivavano dal fallimento, sicché la funzione, in questi casi, sarebbe stata la stessa che il medesimo esercitava in qualsiasi giudizio contenzioso (ID., *op. ult. cit.*, 8). Anche per l'art. 23 l.f. il tri-

Segnatamente, il g.d. pronunciava provvedimenti dal contenuto più vario, nella forma del decreto (a norma dell'art. 25, ult. co., l.f.)¹⁶.

Anche in seno alle procedure di concordato preventivo e di amministrazione controllata al g.d. era assegnata una competenza di carattere generale, con attribuzione di funzioni assai diverse fra loro, da quelle tutorie-ordinatorie a quelle cognitive-decisorie; di converso, al tribunale fallimentare (privo, in dette procedure, di una norma centrale quale l'art. 23 l.f.) residuavano talune attribuzioni di segno specifico e particolareggiato.

La garanzia di un eventuale riesame dei decreti adottati dal g.d., da parte del tribunale fallimentare, era accordata mediante il procedimento di reclamo di cui all'art. 26 l.f.: espressione più significativa di come la tutela del '42 avesse carattere pienamente endofallimentare (o comunque, per le procedure minori, endoconcorsuale), in quanto regolata alla stregua di sistema chiuso¹⁷. Un sistema di tutela, dunque, in sé completo quanto ai mezzi di controllo, come tale autosufficiente e quindi destinato a rimanere interno alla

bunale fallimentare era chiamato a decidere su «controversie»; tuttavia, al contrario di quanto previsto dall'art. 24 l.f., in tali casi non vi era contrapposizione di diritti, trattandosi di «controversie» che si ponevano all'interno del fallimento, fra interessi di soggetti coinvolti (ID., *op. loc. ult. cit.*). In tale ultima ipotesi, dunque, il tribunale si poneva, rispetto a tali «controversie», all'interno del procedimento (e non all'esterno), svolgendo un'attività che era altro dall'esercizio della giurisdizione contenziosa. La distinzione delle funzioni si rifletteva in una diversità di forma e di disciplina dei provvedimenti: alle forme dell'ordinanza e della sentenza (normalmente proprie dei provvedimenti del giudice nei procedimenti contenziosi, di cognizione e di esecuzione), si contrapponeva, per i provvedimenti del tribunale e del g.d. previsti nel Capo II (del Titolo II della legge fallimentare), la forma del decreto. Alla normale non reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore e di quelli del g.e., si contrapponeva la regola della generale reclamabilità al tribunale dei provvedimenti ordinatori del g.d. Viceversa, mentre i provvedimenti del tribunale nel giudizio contenzioso erano sempre impugnabili, i decreti emessi dallo stesso organo ai sensi dell'art. 23 l.f. erano espressamente sottratti a ogni gravame.

¹⁶In linea con le esigenze della procedura, il legislatore del '42 scelse la forma del decreto, quale provvedimento di carattere generale soprattutto ordinatorio, agile e di rapida stesura: G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997, 450.

¹⁷G. CASELLI, *Degli organi*, cit., 121 ss., osservava che nella norma dell'art. 26 l.f. «si è ravvisato il punto centrale di una cerniera» che nel sistema degli artt. 23 e 26 l.f. «racchiude rigidamente nell'ambito del procedimento tutte le possibili doglianze contro i provvedimenti degli organi fallimentari» (121), esprimendo in tal guisa il principio della «chiusura» del processo fallimentare (122).

procedura di fallimento¹⁸: anche quelle “minori”, concordato preventivo e amministrazione controllata, a ben vedere, riflettevano la identica logica di quella “maggiore”, atteso che gli artt. 164 l.f. per la prima e 190 l.f. per seconda garantivano alle stesse il medesimo meccanismo di tutela squisitamente endoprocedurale.

Rileviamo, al riguardo, con notazione valevole per ciascuna delle tre procedure concorsuali “giudiziarie”, che la concezione del trasferimento di competenza dal tribunale collegiale al g.d. consentiva di spiegare, anche nella logica della legge fallimentare del '42, «il *perché* del *richiamo* concesso presso il magistrato *per cui conto* si giudica», quale organo *normalmente* competente a conoscere della questione¹⁹.

Nel sistema delineato dalla legge del '42, al pari di quanto accadeva in quello del codice di commercio del 1882, il *reclamo* al tribunale contro i provvedimenti del g.d. si delineava come controllo successivo, sollecitato dall'istanza di parte, da espletarsi a cura del giudice normalmente competente e delegante sull'opera del proprio delegato.

La funzione del *reclamo* del '42 e prima ancora del *richiamo* del 1882, e quindi del controllo dei provvedimenti del g.d. da parte del tribunale, risaltava nel modo più autentico se apprezzata unitamente alla delega eseguita in favore del g.d. proprio di quei poteri dei quali poi, a chiusura del cerchio e ove sollecitato in tal senso, lo stesso tribunale delegante ne avrebbe controllato l'esercizio.

Anche il discusso *potere di avocazione* (sulla scorta del quale il tribunale avrebbe potuto sostituirsi, di propria iniziativa, nelle funzioni del g.d., per annullarne o riformarne uno o più provvedimenti), che nella prassi i tribunali non esitavano a esercitare²⁰, era tuttavia riconducibile a un quadro di soddisfacente legittimità alla luce della teoria del trasferimento di competenza, che lo ricostruiva come il potere del collegio di conoscere *direttamente* – a

¹⁸ In arg., v. G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA, *op. cit.*, 353 ss.; G. CASELLI, *op. cit.*, 18-21, il quale facendo leva sulla norma di cui all'art. 23, u.c., l.f. affermava l'autonomia dell'intero Capo II (dedicato agli organi preposti al fallimento) del Titolo II, tanto rispetto alle norme del codice di rito civile, quanto rispetto agli altri Capi della legge fallimentare.

¹⁹ A. DIANA, *Le funzioni*, cit., 58.

²⁰ Con riferimento alla originaria formulazione dell'art. 26 l.f. contenuta nella legge del '42, ribadisce la facoltà del tribunale «di sostituirsi» al g.d. «nell'esercizio delle sue attribuzioni»: Cass., 5.4.2012, n. 5501, in *Fall.*, 2013, 620.

fianco alla conoscenza *indiretta* provocata dal reclamo – per ragioni di opportunità o di urgenza, quegli affari sui quali, sebbene delegati, conservava pur sempre una propria competenza concorrente²¹.

Quanto al modello procedimentale di reclamo che il legislatore del '42 aveva raccolto nell'art. 26 l.f., era opinione largamente condivisa che il testo della disposizione fosse talmente asciutto da risultare gravemente carente²²: i decreti del g.d. – resi sul reclamo contro gli atti di amministrazione del curatore di cui all'art. 36 l.f., o su altro oggetto e salvo disposizione contraria²³ – erano reclamabili al tribunale fallimentare, entro il termine di tre giorni dalla data della relativa pronuncia²⁴.

La legittimazione al reclamo era attribuita al curatore²⁵, al fallito, al co-

²¹ A. DIANA, *op. ult. cit.*, 60. Contrario al potere di avocazione del tribunale, G. CASELLI, *op. cit.*, 24 ss.

²² Il testo dell'art. 26 l.f., in vigore sino al 15 luglio 2006, era il seguente:

«26. (Reclamo contro il decreto del giudice delegato)»

«Contro i decreti del giudice delegato, salvo disposizione contraria, è ammesso reclamo al tribunale entro tre giorni dalla data del decreto, sia da parte del curatore, sia da parte del fallito, del comitato dei creditori e di chiunque vi abbia interesse.»

«Il tribunale decide con decreto in camera di consiglio.»

«Il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto.»

Il reclamo si proponeva con ricorso, diretto al tribunale (v. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, 687 ss.; ID., *Fallimento*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1960, VI, 724 ss.). Secondo G. CASELLI, *op. cit.*, 24 ss., l'intervento del tribunale doveva essere necessariamente sollecitato da una istanza di parte dei soggetti interessati e non era in alcun modo attivabile d'ufficio.

²³ La generale reclamabilità ex art. 26 l.f. dei decreti del g.d. incontrava un limite nella espressa previsione di talune eccezioni: i provvedimenti non soggetti a gravame (il caso dell'art. 159, u.c., l.f.) e quelli per i quali la legge prevedeva espressamente strumenti diversi e specifici (il caso dell'art. 97 l.f.). In arg., v. G. CASELLI, *op. cit.*, 18 ss.

²⁴ F. FERRARA JR., *Il fallimento*, Milano, 1966, 232, nt. 13, rilevava come la legge francese sul fallimento delineasse un sistema che offriva garanzie ben maggiori rispetto a quello nazionale: il termine per il reclamo era infatti previsto in otto giorni dal deposito dell'ordinanza, con la importante differenza, però, che il *juge-commissaire* era chiamato a indicare nella propria ordinanza i soggetti ai quali notificare detto provvedimento, a cura del cancelliere. Infine, era attribuito al tribunale il potere di riformare o annullare d'ufficio le ordinanze del *juge-commissaire*, entro il termine di quindici giorni dal relativo deposito.

²⁵ Con specifico riguardo alla legittimazione del curatore, si registrava un vivace dibattito fra una prima tesi più restrittiva, secondo la quale, reputando necessario un

mitato dei creditori e a chiunque ne avesse interesse²⁶; inoltre, la proposizione del reclamo non sospendeva l'esecuzione del decreto reso dal g.d.

Il tribunale, in camera di consiglio, decideva sul reclamo, pronunciando decreto non soggetto a gravame (a norma dell'art. 23, ult. co., l.f. per il fallimento, dell'art. 164, co. 2, l.f. per il concordato preventivo, dell'art. 190, co. 2, l.f. per l'amministrazione controllata)²⁷.

interesse diretto del curatore, questi avrebbe avuto titolo per reclamare soltanto i provvedimenti del g.d. che avessero leso un proprio diritto soggettivo o avessero deciso su reclami contro propri atti – in tal senso, v. R. PROVINCIALI, *Trattato*, ult. cit., 687 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA, *op. cit.*, 451; in giurisprudenza, Cass., 16.3.2000, n. 3048, in *Banca Dati De Jure* – e un secondo e diverso orientamento, che metteva in guardia dal rischio di condividere il presupposto di quella tesi, che avrebbe comportato la degradazione del curatore a organo subordinato al g.d., del quale sarebbe diventato mero esecutore di ordini (tesi sostenuta da G. CASELLI, *Degli organi*, cit., 88 ss.).

²⁶Nel novero di tale ultima categoria andavano ascritti anche i creditori *uti singuli*: così, R. PROVINCIALI, *op. ult. cit.*, 687 ss.

²⁷La previsione della irreclamabilità dei decreti del tribunale fallimentare aveva per lungo tempo «affaticato gli interpreti» (come osservato da G. CASELLI, *op. cit.*, 28). In un primo momento, il rilievo della natura in ogni caso amministrativa dei poteri attribuiti al tribunale dalla norma di cui all'art. 23 l.f., aveva consentito di confermare l'assoluta inimpugnabilità dei relativi decreti. In un secondo momento, tuttavia, l'individuazione di una serie di provvedimenti aventi contenuto *decisorio*, emessi dal tribunale per la risoluzione di controversie su diritti soggettivi, aveva comportato che la persistente irreclamabilità fosse considerata alla stregua di una compressione intollerabile di tali situazioni giuridiche soggettive. Ciò, pertanto, aveva indotto la giurisprudenza ad assumere l'orientamento, ben presto consolidatosi, secondo cui i decreti del tribunale a contenuto decisorio fossero ricorribili in Cassazione per violazione di legge, a norma dell'art. 111, co. 2, Cost.: rimedio che, nel pensiero di Caselli, era da considerare «insufficiente e, nel contempo, inutile» (ID., *op. cit.*, 29). Si precisava, peraltro, che l'intera materia dei reclami endofallimentari era stata oggetto di notevole apertura da parte della legge del '42 rispetto al sistema del codice di commercio del 1882 (ID., *op. cit.*, 13 ss.): la legge del '42, a ben vedere, segnava l'innovativo passaggio alla regola della normale reclamabilità dei provvedimenti del g.d. (sulla stessa linea, G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA, *op. cit.*, 340 ss.). Le disposizioni degli artt. 23, u.c., e 26 l.f., poi, si inserivano in un contesto più generale: il legislatore del 1942, come si evince dalla coeva Relazione alla legge fallimentare, intese compiere non soltanto «una riunione formale di istituti fra loro connessi», bensì fornire «una impronta sostanzialmente unitaria alla disciplina della crisi economica dell'impresa in relazione ai superiori interessi dell'economia generale» (il virgolettato è tolto dalla predetta Relazione di accompagnamento). In questa prospettiva, il legislatore del '42 dettava un

nuovo assetto ai rapporti endofallimentari, segnando l'evoluzione verso un modello organizzativo sostanzialmente pubblicistico (in cui la gestione della procedura, connotata da uno spiccato carattere officioso, avrebbe ruotato intorno al perno costituito dal binomio g.d.-curatore) che superasse quello previgente, tendenzialmente privatistico. Tale era quello del codice di commercio del 1882, in cui la dialettica interna alla procedura si articolava principalmente fra la collettività dei creditori organizzati, da un lato, e il curatore, concepito quale loro rappresentante, dall'altro (cfr. anche U. PIPPIA, *Del fallimento*, Torino, 1932, 326 ss.). Tale, inoltre, era il modello anche sotto il vigore del codice di commercio del 1865 (artt. 567 e 571), nonché nel nostro diritto statutario, nel quale la nomina del curatore spettava, molto spesso, ai creditori, i quali dunque lo remuneravano per l'attività prestata in loro favore secondo lo schema privatistico del mandato (F. FERRARA JR., *Il fallimento*, cit., 239, nt. 21). E tale, a riprova della ciclicità della storia e con essa delle scelte di politica legislativa, è il modello foggiano con il d.lgs. n. 5/2006, che ha riformato le procedure concorsuali imprimendo, *rectius* recuperando, uno spiccato carattere privatistico (comunque temperato dal controllo del giudice), che si apprezza nell'assegnare poteri decisionali più intensi al curatore e, nelle ipotesi concordatarie, ai creditori: in tal senso, F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, V, 99 ss., nonché P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 191 ss., nell'opinione dei quali il ritorno agli scenari del cod. comm. del 1882 è stato singolarmente motivato con la necessità di adeguamento della legge fallimentare alla *nuova* realtà economica e giudiziaria. Alla scelta, operata dal legislatore del '42, di un modello organizzativo sostanzialmente pubblicistico, si accompagnava, tuttavia, l'esigenza di assicurare, mediante un incremento delle funzioni del tribunale e l'introduzione della regola della generale reclamabilità dei provvedimenti del g.d., un adeguato controllo sugli atti dello stesso g.d., in quanto collocato al centro della gestione della procedura. Se è vero, infatti, che anche il codice di commercio del 1882 attribuiva al tribunale un potere di riesame dei provvedimenti del g.d. (l'art. 728 cod. comm., infatti, nell'attribuire al g.d. il potere di riesame delle operazioni del curatore, faceva espressamente salva la possibilità che contro le relative decisioni fosse esperibile *richiamo* al tribunale), è anche vero che la norma dell'art. 728 cod. comm. era di carattere eccezionale rispetto alla regola dettata dall'art. 910 cod. comm., la quale ultima stabiliva che «le ordinanze del giudice delegato non sono soggette a richiamo fuorché nei casi determinati dalla legge» (v. anche U. PIPPIA, *Del fallimento*, cit., 376 ss.). Il sistema di controlli endofallimentari delineato dal legislatore del '42 con gli artt. 23 e 26 l.f., dunque, segnava una completa inversione di tendenza rispetto a quello previgente, di cui agli artt. 910 e 728 cod. comm.: la reclamabilità al tribunale dei decreti del g.d., che era l'eccezione, diventava la regola. Nel rinnovato contesto della dialettica interna alla procedura, quindi, la previsione, da parte della legge del '42, della irreclamabilità dei soli decreti del tribunale, sottendeva la precisa scelta di trovare soluzione ai conflitti di interesse che sorgevano in seno alla procedura nell'ambito interno al fallimento, con il corollario che in siffatta sfera concorsuale la legge non prevedeva un organo di controllo superiore al tribu-

L'art. 26 l.f., quindi, si limitava a prevedere l'adozione del rito camerale²⁸; con ciò, affidando alla discrezionalità del giudice, nella specie del tribunale fallimentare, il potere di determinare le modalità di svolgimento del reclamo²⁹.

nale (G. CASELLI, *op. cit.*, 12 ss.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 99 ss.). Attualmente in Germania, il § 57 della legge sull'insolvenza (*Insolvenzordnung*, in breve *InsO*) prevede che, successivamente alla nomina del curatore, alla prima assemblea dei creditori essi possano eleggere al suo posto un altro curatore; il giudice può rifiutare la nomina solo se il nuovo curatore non è idoneo all'assunzione dell'ufficio. Contro il rifiuto del giudice, ciascun creditore può proporre "reclamo immediato" (*Sofortige Beschwerde*, § 6 *InsO*, su cui v. *amplius infra*).

²⁸ Quale schema che garantiva un esito rapido, peraltro in linea con l'impulso ufficioso delle procedure concorsuali; il che spiega la preferenza accordata a tale modello dal legislatore del '42 e, così, la gran quantità di procedimenti con forme camerale presenti all'interno della legge fallimentare (così, C. CECHELLA, *Il Diritto Fallimentare Riformato*, Milano, 2007, 133). Cfr. anche ID., *Diritto fallimentare*, Vicenza, 2015, 4 ss.

²⁹ Secondo S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 113 ss., al reclamo di cui all'art. 26 l.f. doveva ascriversi natura di procedimento d'impugnazione speciale – rispetto alle impugnazioni ordinarie – quale mezzo di carattere interno al fallimento, idoneo ad assicurare, con rapidità e con estrema semplicità di forme, il controllo su eventuali lesioni di interessi da parte dei decreti del g.d., senza con ciò configurare un vero e proprio procedimento contenzioso. Altri Autori assegnavano al reclamo di cui all'art. 26 l.f. natura di vera e propria impugnazione in senso tecnico, poiché teso a provocare e garantire il riesame e il controllo sul provvedimento del g.d. da parte di un organo superiore: così, fra gli altri, R. PROVINCIALI, *op. ult. cit.*, 686 ss.; G. BORRÈ, *Reclamo contro i decreti del giudice delegato e ricorso per cassazione ex art. 111, 2° comma, Cost.: spunti in tema di tutela dei diritti soggettivi nel fallimento*, in *Foro it.*, 1981, I, 144; G. MARTINETTO, *I reclami contro i provvedimenti del giudice delegato e contro gli atti di amministrazione del curatore*, in *Dir. fall.*, 1968, I, 328. Secondo A. SILVESTRINI, *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 652, dal quadro positivo di riferimento poteva desumersi che tale reclamo fosse un rimedio di ordine generale, diretto a consentire all'interno della procedura fallimentare la revisione di qualunque provvedimento del g.d., sia di amministrazione, sia di liquidazione dell'attivo, sia decisorio, salvo le eccezioni espressamente previste dalla legge.

3. *Il reclamo ex art. 26 l.f. tra Suprema Corte e Giudice delle leggi: una serrata ma proficua dialettica*³⁰

Il suindicato sistema di tutela del “foro interno fallimentare”, a ben vedere, accordava una netta prevalenza alle peculiari esigenze di rapidità dei procedimenti endoconcorsuali (e, così, di concentrazione dell’intera procedura), rispetto a quelle di garanzia del diritto di difesa dei soggetti interessati³¹.

L’entrata in vigore della Costituzione alimentò un diffuso senso d’insoddisfazione verso il procedimento di reclamo³²: si lamentava, infatti, la mancanza delle garanzie proprie del contraddittorio, l’eccessiva brevità del termine di tre giorni (pacificamente considerato perentorio), unitamente alla sua decorrenza dalla data del decreto³³. La disciplina recata dall’art. 26 l.f., dunque, era inidonea ad assicurare un controllo effettivo sui provvedimenti del g.d.³⁴

³⁰ Secondo l’efficace espressione della stessa Cassazione: Cass., S.U., 16.7.2008, n. 19506, in *Foro it.*, 2008, 11, 1, 3149, in *Fall.*, 2008, 1394, nt. di G. LO CASCIO, in *Corr. mer.*, 2009, 178, nt. di G. TRAVAGLINO.

³¹ Cfr., al riguardo, A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* diretto da F. Galgano, Padova, 1986, 259, che rimarcava come tale sistema sottendesse la scelta politica del legislatore del ’42 di predisporre una forma di tutela meno garantista rispetto a quella prevista dall’art. 617 c.p.c. per la soluzione d’incidenti analoghi dell’esecuzione forzata ordinaria. Tale scelta, proseguiva l’A., benché censurabile per via dello scarso garantismo accordato, avrebbe dovuto chiarire all’interprete, però, i limiti dell’oggetto del procedimento di reclamo, che mai avrebbe dovuto riguardare diritti soggettivi perfetti, i quali avrebbero richiesto, in ogni caso, la tutela giurisdizionale a cognizione piena.

³² Secondo G. CASELLI, *Degli organi*, cit., 121-123, il sistema non era in linea con i principî costituzionali che assicuravano la tutela giurisdizionale dei diritti e la possibilità di ricorrere in Cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti aventi natura di sentenza. In particolare, l’inadeguatezza derivava dalla mancanza delle garanzie proprie del contraddittorio nella fase di formazione dei provvedimenti del g.d. e del tribunale, e nell’assenza dell’ulteriore garanzia costituita dal doppio grado di giurisdizione.

³³ Indipendentemente da qualunque sua notificazione o comunicazione: Cass., 6.10.2005, n. 19514, in *CED Cass.*, 2005; conforme, Cass., ord., 10.11.2011, n. 23456, *ivi*, 2011. In dottrina, G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 123 ss.; A. SILVESTRINI, *Rito camerale*, cit., 652 ss.

³⁴ Fra gli altri, cfr. G. CASELLI, *Degli organi*, cit., 121 ss.; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 181.

L'introduzione della Carta Costituzionale, tuttavia, incise sul reclamo non soltanto sotto il profilo del diritto di difesa, ma anche sotto un ulteriore aspetto: la giurisprudenza³⁵, movendo dal carattere immediatamente precettivo dell'art. 111, co. 2, Cost.³⁶ – che assicurava la ricorribilità in Cassazione contro tutte le sentenze e i provvedimenti aventi contenuto decisorio non altrimenti impugnabili – ammise contro i provvedimenti del tribunale fallimentare aventi contenuto *decisorio*³⁷ (diversi da quelli attinenti alla formazione dello stato passivo, ex art. 97 l.f.) il ricorso straordinario per cassazione³⁸.

³⁵ Cass., 13.4.1964, n. 868, in *Foro it.*, 1964, I, 1161; Cass., 7.12.1964, n. 2856, *ibidem*, I, 2073; Cass., 13.4.1965, n. 676, *ivi*, 1965, I, 892; Cass., 28.7.1965, n. 1881, *ibidem*, I, 1859; Cass., S.U., 18.10.1966, n. 2501, *ivi*, 1966, I, 1281.

³⁶ A seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale 23.11.1999, n. 2, che ha esplicitato i principî del "giusto processo", la disposizione, come noto, è ora collocata nel co. 7 dell'art. 111 Cost.

³⁷ Le fattispecie concrete prevalenti erano considerate quelle in tema di piani di riparto ai creditori e quelle relative alla liquidazione dei compensi al curatore, agli ausiliari e ai consulenti della procedura. Sul carattere ambiguo e finanche fuorviante della locuzione «provvedimenti decisori» (sui quali ampiamente *infra*, Cap. II, Sez. II), v., fra gli altri, L. LANFRANCHI, *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, 77.

³⁸ Cass., S.U., 30.7.1953, n. 2593, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 453 ss., nt. di U. AZZOLINA: con tale pronuncia muta l'orientamento nella giurisprudenza della Cassazione, attraverso l'elaborazione del principio secondo cui a seguito dell'entrata in vigore del novellato art. 111 Cost., tutti i provvedimenti decisori, ancorché fossero dichiarati sentenze non impugnabili o fossero emanati nella forma del decreto o dell'ordinanza, erano da reputarsi ricorribili in Cassazione per violazione di legge. Cfr. S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 109 ss., per il quale bisognava «armonizzare la legge con la Costituzione» (sulla stessa linea, G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni*, cit., 123 ss.). Fortemente critico G. CASELLI, *op. cit.*, 28 ss., secondo cui tale soluzione accordava una tutela soltanto illusoria dei diritti soggettivi, che si rivelava strumento inutilizzabile allorché, come spesso accadeva, la lesione di tali diritti avveniva ad opera di decreti del g.d. contro i quali, in virtù del termine di tre giorni, non era stato possibile proporre reclamo. Sul punto anche G. BONGIORNO, *I provvedimenti del tribunale fallimentare*, Milano, 1979, 325 ss., 330, per il quale tale rimedio si sarebbe rivelato idoneo nel caso di pregiudizi irreparabili prodotti da pronunce suscettibili di acquisire autorità di cosa giudicata; tale situazione, tuttavia, secondo l'A., non si sarebbe verificata nel processo fallimentare, dato che i relativi provvedimenti, pur quando fossero stati definitivi, svolgevano «una funzione strumentale interna» e in quanto tali non potevano essere presi in considerazione «al di fuori del procedimento al quale danno impulso e che da essi viene regolato in tutto il suo svolgimento». Più di recente, cfr. R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, 471 ss.

Con ciò, il sistema dei controlli, sino ad allora rigorosamente endoprocedurale in quanto racchiuso all'interno del fallimento e delle procedure minori, risultava definitivamente "aperto": si riconosceva, dunque, che i provvedimenti degli organi preposti alle procedure concorsuali non erano più sottratti a un controllo (quantomeno di legittimità) esterno alla stessa procedura³⁹.

Quanto al Giudice delle leggi, nel suo primo intervento confermò l'ineidoneità del procedimento di reclamo – vuoi per la brevità e decorrenza del termine di proponibilità, vuoi per la non necessaria *motivazione* del decreto reso in camera di consiglio⁴⁰ – a garantire l'effettiva tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti nella procedura concorsuale⁴¹. Con tale pronuncia, la Consulta reputò non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 23, co. 3, e 26, co. 1, l.f. per contrasto con l'art. 24, co. 1, Cost., sotto il profilo della inadeguatezza del termine per proporre reclamo, della difficoltà di conoscere il relativo *dies a quo* e, in generale, della inidoneità delle forme camerali a garantire la effettività del diritto di difesa. La Corte aveva escluso il contrasto movendo dall'assunto che le medesime trovassero applicazione, proprio in ragione della struttura del procedimento di reclamo, soltanto con riguardo ai provvedimenti *ordinatori* del g.d.⁴², e non anche «a provvedi-

³⁹ La ricorribilità straordinaria per cassazione dei provvedimenti del tribunale fallimentare aventi carattere decisorio determinò l'apertura di un'autentica breccia verso l'esterno del fallimento: così, S. SATTA, *op. loc. ult. cit.*; G. CASELLI, *op. cit.*, 121 ss. Cfr. anche G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni*, cit., 123 ss., che colloca in tale momento la genesi del problema del rapporto tra forma e contenuto dei provvedimenti del g.d.

⁴⁰ Cfr., al riguardo, P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, oggi in Id., *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, I, 664 ss., secondo cui «*motivazione e impugnazione* sono, nelle legislazioni processuali, istituti in certo senso paralleli: di solito, dove non è prescritta la motivazione, l'impugnazione non è ammessa; perché ogni impugnazione presuppone una critica e una censura dell'atto che si impugna, il che non è praticamente possibile quando non si possono conoscere le ragioni su cui l'atto si fonda e si giustifica».

⁴¹ Corte cost., 9.7.1963, n. 118, in *Giust. civ.*, 1963, III, 213, nt. di L. BIANCHI D'ESPINOSA, 1608; in *Foro it.*, 1963, I, 1608. Con riguardo a tale pronuncia, v. G. CASELLI, *Degli organi*, cit., 124 ss. La questione di legittimità costituzionale fu sollevata da Trib. Venezia, 22.6.1962, in *Giur. it.*, 1963, I, 298.

⁴² Siffatti provvedimenti, attinenti allo svolgimento del processo, espressione dei poteri del g.d. di direzione amministrativa del fallimento e privi di contenuto decisorio, sono stati nel tempo variamente denominati con locuzioni quali "atti ordinatori", "atti di gestione", "atti autorizzativi", "atti processuali-amministrativi", "atti d'impulso" e simi-

menti emessi dal giudice delegato nell'esercizio di funzioni di cognizione, aventi per oggetto diritti soggettivi»⁴³.

Nell'occasione, peraltro, era stato suggerito che per i provvedimenti del tribunale emessi per la risoluzione di controversie su diritti soggettivi sarebbe stato consentito ai soggetti lesi nei propri diritti di avviare un giudizio nelle forme ordinarie dell'opposizione a decreto ingiuntivo, ex art. 645 c.p.c. Inutile dire, e il punto merita rilievo, che i gravi problemi di coordinamento tra la legge fallimentare e il codice di rito civile tornarono all'esame della giurisprudenza di merito e di legittimità, la quale – trattandosi di una sentenza interpretativa di rigetto – iniziò ben presto a disattendere quanto stabilito dalla Consulta.

Di conseguenza, si formarono orientamenti tra loro difformi: talvolta, si affermò che il reclamo di cui all'art. 26 l.f. potesse essere proposto soltanto contro i decreti aventi a oggetto attività ordinarie e amministrative⁴⁴; altre volte, e con maggiore frequenza, si predicò la reclamabilità anche dei provvedimenti decisori del g.d., ossia di quelli resi in esito a controversie relative a diritti soggettivi (ad es., del decreto di approvazione del piano di riparto)⁴⁵.

Questa situazione d'incertezza interpretativa, in ordine al preciso ambito di applicazione del reclamo di cui all'art. 26 l.f., dischiuse le porte a un nuovo, inevitabile, intervento del Giudice delle leggi⁴⁶.

li (v., per tutti, C. FERRI, *I provvedimenti del giudice delegato e l'art. 26 della legge fallimentare*, Milano, 1986, 5). Il loro carattere non contenzioso, quindi, consentiva al relativo rimedio, ossia al reclamo ex art. 26 l.f., di prescindere da una struttura tipicamente impugnatoria e di accordare, a livello di procedimento, (soltanto) le garanzie reputate opportune per tali situazioni (v., tra gli altri, G. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 257 ss.).

⁴³ Contro i quali, in luogo del reclamo al tribunale, sarebbe stato esperibile il giudizio di ordinaria cognizione, quale mezzo di reazione in via contenziosa, in modo da garantire una possibilità di difesa coerente con i principî costituzionali: v. G. CASELLI, *op. cit.*, 30 ss.

⁴⁴ Così allineandosi alle indicazioni della Consulta: Cass., 10.3.1971, n. 684, in *Foro it.*, 1971, I, 550; Cass., 13.2.1969, n. 523, *ivi*, 1969, I, 868.

⁴⁵ Di conseguenza, era ricorribile per cassazione il decreto del tribunale che definiva il reclamo: Cass., 25.7.1972, n. 2547, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1949.

⁴⁶ G. CASELLI, *Degli organi*, cit., 121 ss., rilevava come il clima d'incertezza regnasse tanto fra le corti di merito, quanto di legittimità. La conseguenza era che a coloro che si affermavano lesi dai provvedimenti del g.d. si schiudeva la seguente alternativa: avviare i mezzi di reazione ordinaria, con il rischio di imbattersi in una declaratoria d'inammissibilità e di aver lasciato inutilmente decorrere il termine per il reclamo

La Consulta, infatti, con la nota sentenza n. 42/1981⁴⁷ – preso atto che nel “diritto vivente” e nella realtà concreta la giurisprudenza della Cassazione, largamente prevalente, aveva reputato esperibile il reclamo *ex art.* 26 l.f. anche contro i provvedimenti decisori del g.d., quindi nelle controversie su diritti soggettivi – dichiarò l’illegittimità dell’art. 26 l.f., in relazione all’art. 23 l.f., per contrasto con l’art. 24 Cost., nella parte in cui, secondo la più condivisa interpretazione, prevedeva l’esperibilità del reclamo, disciplinato nel modo ivi previsto e quindi senza assicurare adeguate garanzie di difesa, contro i provvedimenti decisori emessi dal g.d. in materia di piani di riparto dell’attivo.

Con tale pronuncia, la Consulta rilevò che la struttura del procedimento di reclamo delineata dagli artt. 23 e 26 l.f. non assicurava un’adeguata tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi coinvolti⁴⁸: e ciò, per l’eccessiva brevità del termine («appena tre giorni»)⁴⁹; per la sua decorrenza dalla data del provvedimento, a prescindere dalla conoscenza del medesimo da parte dell’interessato; per la violazione del principio del contraddittorio, determinata dalla struttura stessa del reclamo; per la forma del provvedimento, che non richiedeva motivazione.

La Corte, peraltro, si astenne dal regolare le modalità alla stregua delle quali il procedimento di reclamo avrebbe potuto essere conforme alla Costituzione, precisando che si trattava di questione ermeneutica che esulava dalla propria competenza. La Consulta, pertanto, si limitò a invitare nuovamente il legislatore a operare un riassetto della intera materia delle procedure concorsuali; invito che, tuttavia, tardò non poco ad essere raccolto.

al tribunale *ex art.* 26 l.f.; ovvero, proporre reclamo al tribunale, con l’eventualità di sentirsi opporre che nella fattispecie sarebbe stata esperibile un’azione ordinaria, ormai preclusa dalla via del ricorso *ex art.* 26 l.f. In definitiva, il mancato rispetto, da parte dell’art. 26 l.f., delle garanzie minime idonee ad assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti rendeva inevitabile il riemergere delle questioni di legittimità costituzionale di siffatta disciplina.

⁴⁷ Corte cost., 23.3.1981, n. 42, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1212; in *Foro it.*, 1981, I, 1228; in *Fall.*, 1981, 249; in *Giur. it.*, 1981, I, 1191.

⁴⁸ Cfr. A. SILVESTRINI, *Rito camerale*, cit., 654, secondo cui non risultavano adeguatamente garantiti né l’esercizio dell’azione in giudizio, né la difesa della parte nel corso del procedimento.

⁴⁹ Che escludeva, in pratica, la possibilità di esperire ricorso al tribunale per il terzo che si ritenesse leso in un proprio diritto da un provvedimento del g.d.: v. G. CASELLI, *op. loc. ult. cit.*

In tale contesto si frapposero i Giudici di legittimità, i quali esclusero che i mezzi di cui agli artt. 512 c.p.c.⁵⁰, 98 l.f.⁵¹, 617 c.p.c.⁵², 116 l.f.⁵³ e l'azione ordinaria di nullità⁵⁴ – indicati dalla dottrina e tali da assicurare, ciascu-

⁵⁰ Per la tesi secondo la quale dal processo di esecuzione ordinaria si potesse mutare il procedimento di cui all'art. 512 c.p.c., v. G. TARZIA, *Problemi e prospettive della tutela dei diritti soggettivi nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1982, 461 ss.; V. ANDRIOLI, *I procedimenti concorsuali tra Costituzione e Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 208 ss. (tesi diversa da quella sostenuta altrove: cfr. nt. successiva). Altri Autori, invece, hanno suggerito tale soluzione in via congiunta, o alternativa, all'art. 98 l.f.: tra questi, S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 346.

⁵¹ L'applicazione analogica degli artt. 97 e 98 l.f. – soluzione prevalente, anche negli orientamenti dottrinali successivi (che avrebbe assicurato non soltanto la cognizione piena, ma anche la permanenza all'interno della procedura fallimentare) – fu sostenuta, fra gli altri, da L. LANFRANCHI, *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, cit., 67 ss.; ID., *I rimedi endofallimentari*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1070 ss.; C. FERRI, *I provvedimenti del giudice delegato*, cit., 110 ss.; E. GARBAGNATI, *Fallimento e azioni dei creditori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 392 ss.; F. FERRARA JR., *Il fallimento*, cit., 232. Tale orientamento, tracciato dalla dottrina più risalente, è stato riproposto dopo la pronuncia n. 42/1981 resa dalla Consulta: S. SATTA, *op. loc. ult. cit.*; V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 447 (tesi diversa da quella sostenuta altrove: cfr. nt. precedente); ID., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, 848.

⁵² Altra parte della dottrina, rimasta minoritaria, aveva individuato il rimedio nell'applicazione dell'art. 617 c.p.c.: SCHETTINI, *Esecutività e reclamabilità dei decreti del giudice delegato in relazione al controllo e ai limiti del tribunale*, in *Dir. fall.*, 1963, I, 57; MARTINELLI, *Diritto di difesa e impugnazione dei provvedimenti di liquidazione fallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 466 ss., nonché, R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 65, nt. 157.

⁵³ Tesi di L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Impugnazione del decreto che rende esecutivo il piano di riparto nel processo fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 394.

⁵⁴ Strumento di elaborazione pretoria foggato come *extrema ratio* rispetto al sistema della disciplina processuale ordinamentale; quale autonomo processo di cognizione volto a far dichiarare l'inefficacia del provvedimento impugnato, per cui v. G. RAGUSA MAGGIORE, *Sull'impugnazione dei provvedimenti del giudice delegato*, in *Dir. fall.*, 1981, II, 230; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 257 ss.; ID., *Della liquidazione dell'attivo*, in (a cura di) F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1976, 214 ss. Riguardo a tale rimedio, C. FERRI, *op. ult. cit.*, 84 ss., nel rilevare come ciò avrebbe comportato la completa fuoriuscita dalla procedura di fallimento, suggeriva di limitarne l'ambito soltanto alle cc.dd. ipotesi atipiche, ossia a quei provvedimenti variamente definiti come abnormi, inesistenti o affetti da nullità assoluta. In senso meno restrittivo, S. SATTA, *op. ult. cit.*, 117, reputava che ove la violazione della legge fosse tale da determinare l'invalidità del provvedimento, e così

no, almeno una fase di cognizione piena sui diritti – fossero idonei contro il provvedimento del g.d. in materia di piani di riparto; viceversa, indicarono quale rimedio idoneo il ricorso straordinario in Cassazione *ex art. 111, co. 2, Cost.*⁵⁵

Tale indicazione⁵⁶, tuttavia, fu ben presto disattesa⁵⁷.

L'esponentiale aumento dei ricorsi per cassazione suscitato dalla pronuncia della Corte costituzionale, in uno con il rilievo che vennero demandate al Supremo Collegio questioni prevalentemente di merito, indusse i Giudici di legittimità a mutare interpretazione, procedendo a un riesame della sentenza della Consulta⁵⁸: si reputò, quindi, che la declaratoria d'in-

una lesione del diritto del creditore, questi non poteva essere privato dell'azione ordinaria di nullità (ad es., per impedire una vendita arbitrariamente autorizzata): secondo l'A., dunque, la reclamabilità e la ricorribilità in Cassazione contro i decreti decisori del g.d. non avrebbero comunque precluso l'azione ordinaria di nullità.

⁵⁵ Si è rilevato, al riguardo, che la soluzione prospettata dalla Cassazione non avrebbe assicurato comunque il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, atteso che il ricorso straordinario per cassazione è mezzo di tutela giurisdizionale limitato alla violazione di norme di diritto; più efficace, per la dottrina, sarebbe stata la previsione di un'ulteriore fase di merito, questa volta a cognizione piena, secondo una delle alternative prospettate. La soluzione adottata dalla Cassazione, inoltre, fu reputata in profondo contrasto con le garanzie costituzionali della cosa giudicata (v. L. LANFRANCHI, *I rimedi endofallimentari*, cit., 1066 ss.). Posto che il problema dell'impugnabilità dei provvedimenti, in generale, ed *ex art. 111, co. 2, Cost.* in particolare, è strettamente connesso con quello della loro idoneità al giudicato, rimaneva incerta quale ne fosse la portata, in funzione delle stesse incertezze che caratterizzavano l'efficacia dei provvedimenti del g.d. sotto questo profilo. In arg., v., per tutti, A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 395 e in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, 1979, III, 1853.

⁵⁶ Seguita da: Cass., 3.11.1981, n. 5784, in *Foro it.*, 1982, I, 426; Cass., S.U., 10.5.1982, n. 2879, *ibidem*, I, 2226; Cass., 24.7.1982, n. 4315, *ivi*, 1983, I, 91.

⁵⁷ A. SILVESTRINI, *Rito camerale*, cit., 655, al riguardo, motivava l'insuccesso di tale soluzione sulla base del rilievo che essa accordava alla tutela giurisdizionale (del diritto del creditore alla propria quota di riparto) minori garanzie rispetto al sistema precedente: il binomio reclamo al tribunale e successivo ricorso per cassazione (contro il decreto del collegio) era sostituito da un sistema che prevedeva la semplice eliminazione del reclamo, e, così, del riesame nel merito che tale procedimento, bene o male, comunque assicurava. Si risolveva, quindi, in una «autentica beffa»: così E.F. RICCI, *Una svolta sulla tutela dei diritti soggettivi nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 1984, II, 503 ss.

⁵⁸ Cass., S.U., 9.4.1984, n. 2255 (e nn. 2256 e 2257), in *Foro it.*, 1984, I, 2239, con osservazioni di PEZZANO; in *Giust. civ.*, 1984, I, 1716, con nota contraria di L. LAN-

costituzionalità n. 42/1981 non aveva espunto dall'ordinamento il reclamo contro i provvedimenti (decisori) del g.d. in tema di piani di riparto, bensì ne aveva soltanto caducato taluni aspetti della sua disciplina positiva così come dettata nell'art. 26 l.f. (termine e decorrenza, contraddittorio e motivazione)⁵⁹.

4. *Il nuovo volto del reclamo ex art. 26 l.f.*

La pronuncia del Giudice delle leggi n. 42/1981 poneva come corollario che la ricerca dei mezzi di tutela da impiegare, in luogo del reclamo, contro i decreti del g.d. relativi ai piani di riparto, andava sostituita con la diversa ricerca volta a reperire quale disciplina del reclamo dovesse adottarsi.

Al problema la Cassazione intese offrire una soluzione marcatamente «creativa»⁶⁰: il rimedio era sempre da individuare nel reclamo fallimentare,

FRANCHI; in *Giur. comm.*, 1984, II, 501, con nt. favorevole di E.F. RICCI; in *Fall.*, 1984, 1185, con nt. favorevole di LUGARO. Nello stesso senso, poi, anche Cass., 11.5.2005, n. 9930, in *Foro it.*, Rep. 2005, n. 335; Cass., 4.9.2004, n. 17885, in *Foro it.*, 2005, I, 3185. Su posizioni critiche anche G. RAGUSA MAGGIORE, *L'art. 26 legge fall.*, *il diritto soggettivo, la volontaria giurisdizione e la nave senza nocchiero*, in *Dir. fall.*, 1984, II, 760 ss.

⁵⁹ In dottrina, fra gli Autori favorevoli a tale soluzione, v. E.F. RICCI, *Una svolta*, cit., 503 ss.; ID., *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 93 ss., ove l'A. rilevava come la «riscrittura» dell'art. 26 l.f. da parte dei Giudici di legittimità costituisse «uno dei maggiori meriti, che il supremo Collegio può rivendicare nel dopoguerra»; ID., *Ancora sull'impugnazione dei decreti del giudice delegato*, in *Fall.*, 1994, 904 ss.; LUGARO, *Riusciranno i nostri giudici a decifrare il rebus dell'art. 26 l. fall.?*, in *Fall.*, 1984, 1188; D. MALTESE, *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di tutela di diritti soggettivi*, in *Giur. it.*, 1986, I, 127; S. MENCHINI, *Vicende del reclamo contro i decreti del giudice delegato: un travaglio da sanare*, in *Foro it.*, 1986, I, 1168; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 183; S. CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Fall.*, 2002, 257; P. LOTTI, *Il reclamo. Il sistema di controllo processuale dei decreti e delle ordinanze giudiziali*, Milano, 2002, 269 ss.

⁶⁰ Così, C. FERRI, *I provvedimenti*, cit., 83. La questione del ruolo della giurisdizione – se soltanto *dichiarativa* o invece *costitutiva di norme* – è, come noto, oggetto di un antico e mai sopito dibattito: *Methodenstreit* (la c.d. battaglia dei metodi). Si rimanda, primo fra tutti, a N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961; inoltre, R. GUASTINI, *Dogmatica giuridica*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1991, VII. Di recente, F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. impr.*, 2012, 1; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, 48 ss.; A. GENTILI, *Il*