

## Capitolo Primo

---

### *Reclamo e legge fallimentare in una prospettiva diacronica*

SOMMARIO: 1. Il reclamo contro i decreti del giudice delegato: l'art. 26 nella c.d. legge fallimentare (R.D. 16.3.1942, n. 267). – 2. (Segue). Delega di funzioni e reclamo. – 3. Il reclamo ex art. 26 fra Suprema Corte e Giudice delle leggi: una serrata ma proficua dialettica. – 4. Il nuovo volto del reclamo ex art. 26. – 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 nei lavori preparatori. – 7. Il reclamo contro i decreti del g.d. e del tribunale: l'art. 26 e la riforma fallimentare (d.lgs. 9.1.2006, n. 5). – 8. L'art. 26 e il c.d. decreto correttivo della riforma fallimentare (d.lgs. 12.9.2007, n. 169). Cenni introduttivi. – 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. Attualità di una distinzione e ruolo dell'interprete. – 11. Delimitazione dell'indagine sul mezzo del reclamo, fra tipologia di provvedimenti e, correlativamente, di procedimenti.

#### *1. Il reclamo contro i decreti del giudice delegato: l'art. 26 nella c.d. legge fallimentare (R.D. 16.3.1942, n. 267)*

Il testo originario del R.D. 16.3.1942 n. 267 compendia, nell'ambito del sistema delineato dagli artt. 26 e 23, ult. co., la disciplina dei controlli sui provvedimenti del giudice delegato<sup>1</sup>, pacificamente reputata fra le più intricate e opache dell'intero panorama del diritto fallimentare<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Gli articoli che saranno di seguito richiamati, nel testo e nelle note, privi dell'indicazione della legge di appartenenza, si riferiscono alla legge fallimentare. 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.

<sup>2</sup> Tradizionalmente, con il sintagma “diritto fallimentare” ci si riferisce alle disposizioni – contenute principalmente nel R.D. 16.3.1942, n. 267, nonché in altri e diversi

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 fallimentare<sup>3</sup>.

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 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, infine, 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 proces-

---

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*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, 2014, 23; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, 2<sup>a</sup> ed., 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.

<sup>3</sup> Per un'appassionata raccolta di alcune tra le più inaccettabili violazioni di diritti soggettivi che la legge fallimentare nel testo del '42 quotidianamente consumava, soprattutto nei confronti del debitore, sia fallendo che fallito, v. D. DI GRAVIO, *Lex sceeleris*, Bari, 1970, *passim*. Eclatanti e inaccettabili violazioni di diritti che non risparmiavano neanche i creditori: V. COLESANTI, *Il processo di Kafka avanti il Tribunale di Milano*, in *Giur. it.*, 1977, I, 575 ss.

so” – si è spinta, dunque, oltre il dato positivo e a prescindere, se non in contrasto, con i pure numerosi interventi del Giudice delle leggi.

L’indagine, anche prospettica (alla luce dei lavori recentemente conclusi dalla c.d. “Commissione Rordorf” e della ennesima riforma *in itinere*), della disciplina dei controlli sui provvedimenti del g.d., nonché – da ultimo, come si dirà – del tribunale fallimentare, implica di ripercorrere previamente, a ritroso, le vicende e i dibattiti fondamentali che ne hanno caratterizzato e scandito le tappe per oltre sessant’anni<sup>4</sup>.

## 2. (Segue). *Delega di funzioni e reclamo*

La legge del ’42, nel suo testo originario, prevedeva che, eccezion fatta per la liquidazione coatta “amministrativa”<sup>5</sup>, 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; per quella di concordato preventivo, l’art. 164 conteneva un espresso richiamo all’art. 26; infine, per la procedura di amministrazione controllata, l’art. 190 recava una disciplina del reclamo ricalcata sostanzialmente su quella prevista dall’art. 26<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Il reclamo ex art. 26 è solitamente denominato *fallimentare* o *endofallimentare*, sebbene a partire dalla riforma del 2006-2007 il medesimo sia proponibile anche dinanzi 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).

<sup>5</sup> 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) manca il tribunale fallimentare e, con esso, il g.d., sicché non si pone l’esigenza di un controllo sui relativi provvedimenti.

<sup>6</sup> La disciplina del reclamo recata dall’art. 26 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 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

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 concorsuale<sup>7</sup>.

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 controllata<sup>8</sup>.

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 delegato<sup>9</sup>.

---

*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 nel suo testo originario (in arg., G. LO CASCIO, *Il procedimento di reclamo endo-fallimentare ancora all'esame della consulta*, in *Fall.*, 1999, 148).

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

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

<sup>9</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> 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 di recente più volte modificato – 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 *espe-*

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 giurisdizione<sup>10</sup>. 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*<sup>11</sup>.

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 tribu-

---

*cializado* («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 S. BONFATTI, G. FALCONE (a cura di), *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.

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

<sup>11</sup> 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 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<sup>a</sup> 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 primato di eventuali deleghe del collegio.

nale, era tuttavia dotato di *competenze proprie*, come emerge dal dato testuale degli artt. 23 e 25 nella versione originaria del '42<sup>12</sup>; 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*<sup>13</sup>.

Quanto, in particolare, alla procedura di fallimento, la legge del 1942 investiva il tribunale «dell'intera procedura fallimentare» (art. 23) e ne assegnava, tuttavia, il ruolo di fulcro al g.d., prevedendo che questi ne dirigesse le operazioni, vigilando sull'attività del curatore<sup>14</sup>. Per l'esercizio delle sue funzioni, dunque, la legge attribuiva al g.d. un'articolata serie di poteri (art. 25)<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> R. PROVINCIALI, *op. ult. cit.*, 77 ss.

<sup>13</sup> Anche di recente, fra le altre, v. Cass., 13.7.2007, n. 15671, in *Fall.*, 2008, 655, nt. di C. TRENTINI.

<sup>14</sup> S. SATTA, *Diritto fallimentare*, 2<sup>a</sup> ed. curata da R. VACCARELLA, F.P. LUISO, Padova, 1990, 109 ss.

<sup>15</sup> 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 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 il tribunale fallimentare era chiamato a decidere su «controversie»; tuttavia, al contrario di quanto previsto dall'art. 24, 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 reclama-

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

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) 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: 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 chiuso<sup>17</sup>. Un sistema di tutela, dunque, in sé completo quanto ai mezzi di controllo, come tale autosufficiente e quindi destinato a rimanere interno alla procedura di fallimento<sup>18</sup>: anche quelle "minori", concordato preventivo e amministrazione controllata, a ben vedere, riflettevano la identica logica di quella "maggiore", atteso che gli artt. 164 per la prima e 190 per seconda garantivano alle stesse il medesimo meccanismo di tutela squisitamente endoprocedurale.

Rileviamo, al riguardo, con notazione valevole per ciascuna delle tre pro-

---

bilità 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 erano espressamente sottratti a ogni gravame.

<sup>16</sup> In 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.

<sup>17</sup> G. CASELLI, *Degli organi*, cit., 121 ss., osservava che nella norma dell'art. 26 «si è ravvisato il punto centrale di una cerniera» che nel sistema degli artt. 23 e 26 «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).

<sup>18</sup> In arg., v. G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA (diretto da), *op. cit.*, 353 ss.; G. CASELLI, *op. cit.*, 18-21, il quale facendo leva sulla norma di cui all'art. 23, ult. co., 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.

cedure 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 questione<sup>19</sup>.

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 esercitare<sup>20</sup>, 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 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 concorrente<sup>21</sup>.

Quanto al modello procedimentale di reclamo che il legislatore del '42 aveva raccolto nell'art. 26, era opinione largamente condivisa che il testo della disposizione fosse talmente asciutto da risultare gravemente carente<sup>22</sup>:

---

<sup>19</sup> A. DIANA, *Le funzioni*, cit., 58.

<sup>20</sup> Di recente, ma con riferimento alla originaria formulazione dell'art. 26 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.

<sup>21</sup> A. DIANA, *op. ult. cit.*, 60. Contrario al potere di avocazione del tribunale, G. CASSELLI, *op. cit.*, 24 ss.

<sup>22</sup> Il testo dell'art. 26, 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 re-



i decreti del g.d. – resi sul reclamo contro gli atti di amministrazione del curatore di cui all'art. 36, o su altro oggetto e salvo disposizione contraria<sup>23</sup> – erano reclamabili al tribunale fallimentare, entro il termine di tre giorni dalla data della relativa pronuncia<sup>24</sup>.

La legittimazione al reclamo era attribuita al curatore<sup>25</sup>, al fallito, al comitato dei creditori e a chiunque ne avesse interesse<sup>26</sup>; inoltre, la proposi-

---

*clamo 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.

<sup>23</sup> La generale reclamabilità ex art. 26 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, ult. co.) e quelli per i quali la legge prevedeva espressamente strumenti diversi e specifici (il caso dell'art. 97). In arg., v. G. CASELLI, *op. cit.*, 18 ss.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Con specifico riguardo alla legittimazione del curatore, si registrava un vivace dibattito fra una prima tesi più restrittiva, secondo la quale, reputando necessario un 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 di diritto fallimentare*, ult. cit., 687 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA (diretto da), *Le procedure concorsuali*, 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.).

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

zione 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. per il fallimento, dell'art. 164, co. 2 per il concordato preventivo, dell'art. 190, co. 2 per l'amministrazione controllata)<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup>La 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, 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 ult. co. e 26, 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. PIPIA, *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 model-

L'art. 26, quindi, si limitava a prevedere l'adozione del rito camerale<sup>28</sup>;

lo foggiato 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*, 7<sup>a</sup> ed., 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, 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 tribunale (G. CASELLI, *op. cit.*, 12 ss.; S. SATTÀ, *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*).

<sup>28</sup> 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 camerali presenti all'interno della legge fallimentare (così, C. CECHELLA, *Il Diritto Fallimentare Ri-*

con ciò, affidando alla discrezionalità del giudice, nella specie del tribunale fallimentare, il potere di determinare le modalità di svolgimento del reclamo<sup>29</sup>.

### 3. *Il reclamo ex art. 26 fra Suprema Corte e Giudice delle leggi: una serrata ma proficua dialettica*<sup>30</sup>

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 interessati<sup>31</sup>.

---

formato, Milano, 2007, 133). Da ultimo, cfr. anche ID., *Diritto fallimentare*, Vicenza, 2015, 4 ss.

<sup>29</sup> Secondo S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 113 ss., al reclamo di cui all’art. 26 doveva ascrivere 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 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, salve le eccezioni espressamente previste dalla legge.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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