

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO
Da inserire come prima pagina della tesi

Il sottoscritto

COGNOME | Confortini |

NOME | Giulio |

Matr. | 1287721 |

Titolo della tesi:

| Il reclamo dell'art. 26 legge fallimentare. Funzione e struttura |

Dottorato di ricerca in | Diritto dell'impresa |

Ciclo | XXIII |

Tutor del dottorando | Prof. Stefano Recchioni |

Anno di discussione | 2011 |

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:

- tesi di dottorato (titolo *tesi*): “Il reclamo dell’art. 26 legge fallimentare. Funzione e struttura”.....;
 - di (*cognome e nome del dottorando*): Confortini Giulio ;
 - discussa presso l’Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell’anno: 2011 (*anno di discussione*);
 - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d’autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell’Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
 - **solo nel caso sia stata sottoscritta apposita altra dichiarazione con richiesta di embargo:** La tesi è soggetta ad embargo della durata di mesi (indicare durata embargo);
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviata ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell’Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell’Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l’organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l’Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) **scegliere l’ipotesi 7a o 7b indicate di seguito:**

Ipotesi scelta: 7a)

- 7a) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell’ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo;

Oppure

- 7b) che la tesi di Dottorato rientra in una delle ipotesi di embargo previste nell’apposita dichiarazione “**RICHIESTA DI EMBARGO DELLA TESI DI DOTTORATO**” sottoscritta a parte.

Data: 31 Gennaio 2011

F.to (indicare nome e cognome) Giulio Confortini

INDICE

CAPITOLO PRIMO

1. Il reclamo contro i decreti del giudice delegato: l'art. 26 nella legge fallimentare del 1942. Gli interventi del Giudice delle leggi e della Suprema Corte.....p.	1
2. La sfibrante gestazione della riforma fallimentare: l'art. 26 nei lavori preparatori.....»	18
3. Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale: l'art. 26 e la riforma fallimentare (d. lgs. 9 Gennaio 2006, n. 5).....»	22
4. L'art. 26 e il c.d. decreto correttivo della riforma fallimentare (d. lgs. 12 Settembre 2007, n. 169). Cenni introduttivi.....»	25

CAPITOLO SECONDO

1. Attualità di una distinzione e centralità dell'interprete. Valorizzazione di una categoria.....p.	27
2. Premessa metodologica.....»	33
3. Provvedimenti a contenuto «ordinatorio».....»	35
3.1. (segue) il problema della revocabilità.....»	46
3.2. (segue)... e quello della stabilità.....»	55
3.3. (segue) il concorso tra reclamo e revoca. La revoca in senso proprio e improprio.....»	60
3.4. (segue) ricorribilità per cassazione dei provvedimenti ordinatori.....»	68
3.5. (segue) impugnazione in sede contenziosa.....»	69
4. Provvedimenti a contenuto «decisorio».....»	74
4.1. (segue) la irrevocabilità.....»	83
4.2. (segue) il controllo di legittimità.....»	86
4.3. (segue) il cuore del problema: la stabilità.....»	103
4.4. (segue) il giudizio di rinvio.....»	117
5. Provvedimenti «esecutivi» o «di liquidazione dell'attivo».....»	120
5.1. (segue) la revocabilità. Il concorso tra revoca e reclamo.....»	136
5.2. (segue) la ricorribilità per cassazione.....»	141

5.3. (segue) la stabilità.....	» 142
6. Provvedimenti cautelari.....	» 160
7. Provvedimenti inesistenti o “abnormi”.....	» 162

CAPITOLO TERZO

1. Profili generali (rinvio).....	p. 166
2. Ambito di applicazione del reclamo.....	» 168
3. Natura impugnatoria del reclamo e organo giudicante.....	» 174
4. Le parti del reclamo: legittimazione attiva e passiva.....	» 179
5. Termine per reclamare e sospensione feriale.....	» 183
6. Avvio del procedimento. Contenuto dell’atto introduttivo.....	» 184
7. La costituzione del resistente. Il reclamo incidentale.....	» 188
8. L’intervento degli interessati.....	» 191
9. La fase di trattazione e istruzione.....	» 194
10. La fase di decisione.....	» 205
11. Correzione dei provvedimenti.....	» 207

BIBLIOGRAFIA.....	p. 208
-------------------	--------

CAPITOLO PRIMO

SOMMARIO: **1.** *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato: l'art. 26 nella legge fallimentare del 1942. Gli interventi del Giudice delle leggi e della Suprema Corte* – **2.** *La sfibrante gestazione della riforma fallimentare: l'art. 26 nei lavori preparatori* – **3.** *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale: l'art. 26 e la riforma fallimentare (d. lgs. 9 Gennaio 2006, n. 5)* - **4.** *L'art. 26 e il c.d. decreto correttivo della riforma fallimentare (d. lgs. 12 Settembre 2007, n. 169). Cenni introduttivi.*

1. *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato: l'art. 26 nella legge fallimentare del 1942. Gli interventi del Giudice delle leggi e della Suprema Corte.* - Il testo originario del R.D. 16 Marzo 1942 n. 267 (c.d. legge fallimentare) compendia, nell'ambito del sistema delineato dagli artt. 26 e 23 ult. co., la disciplina dei controlli sui provvedimenti del giudice delegato, pacificamente reputata tra le più problematiche dell'intero panorama del diritto concorsuale.

Tale disciplina, rimasta immutata a livello positivo per oltre sessant'anni, è stata nel tempo profondamente incisa dalle pronunce dei giudici costituzionali e finanche rimodellata da quelle dei giudici di legittimità, favorendo, così, un ampio e vivace dibattito in seno alla letteratura giuridica.

La legge fallimentare del '42 assegnava al giudice delegato il ruolo di fulcro della procedura di fallimento, attribuendogli all'uopo compiti di direzione gestoria, nonché una serie di poteri giurisdizionali¹.

¹ SATTÀ S., *Diritto fallimentare*, 2° ed. curata da VACCARELLA R., LUISO F.P., Padova, 1990, 109 ss., secondo cui il giudice delegato promanava dal tribunale, del quale faceva parte e dal quale era nominato con la sentenza dichiarativa di fallimento, ed era l'organo che dirigeva le operazioni della procedura (a norma dell'art. 25 l. fall.), vigilando sull'attività del curatore ed esercitando inoltre funzioni che si potevano distinguere in processuali, tutorie e cognitorie. Muovendo da una prospettiva più generale, ad avviso di CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, in *Commentario SCIALOJA-*

Segnatamente, il giudice delegato pronunciava provvedimenti dal contenuto più vario, nella forma del decreto (a norma dell'art. 25, ult. co., l. fall.)².

La garanzia di un eventuale riesame di tali decreti, da parte del tribunale fallimentare, era accordata mediante il procedimento di reclamo di cui all'art. 26 l. fall.: espressione più significativa di come la tutela del '42 avesse carattere pienamente endofallimentare, poiché regolata alla stregua di sistema "chiuso"³. 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 fallimento⁴.

BRANCA, BRICOLA-GALGANO-SANTINI (a cura di), *Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1977, 5 ss., in capo agli organi preposti al fallimento occorreva marcare la distinzione fra la funzione di cura del patrimonio fallimentare, da un lato, e quella «giurisdizional-contenziosa in generale (e giurisdizional-esecutiva in particolare)», dall'altro, la quale «distinzione è scandita icasticamente dalla contrapposizione dell'art. 23 all'art. 24 legge fall.». L'Autore rilevava che l'art. 24 attribuisce al tribunale la competenza a conoscere delle azioni che derivano dal fallimento, sicché la funzione, in questi casi, sarebbe la stessa che il medesimo esercita in qualsiasi giudizio contenzioso. Anche per l'art. 23 il tribunale fallimentare è chiamato a decidere su «controversie», tuttavia, al contrario di quanto previsto dall'art. 24, in tali casi non vi è contrapposizione di diritti, trattandosi di «controversie» che si pongono all'interno del fallimento, fra interessi di soggetti che ne sono coinvolti. In tale ultima ipotesi, dunque, il tribunale si pone, rispetto a tali «controversie», all'interno del procedimento (e non all'esterno), svolgendo un'attività che è altro dall'esercizio della giurisdizione contenziosa. La distinzione delle funzioni si riflette 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 contrappone, per i provvedimenti del tribunale e del giudice delegato previsti nel Capo II (del Titolo II della l. fall.), la forma del decreto. Alla normale non reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore e di quelli del giudice dell'esecuzione, si contrappone la regola della generale reclamabilità al tribunale dei provvedimenti ordinatori del giudice delegato. Viceversa, mentre i provvedimenti del tribunale nel giudizio contenzioso sono sempre impugnabili, i decreti emessi dallo stesso organo ai sensi dell'art. 23 sono espressamente sottratti a ogni gravame.

² 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: v. RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997, 450.

³ CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, 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», esprimendo in tal guisa il «principio della "chiusura" del processo fallimentare».

⁴ In arg., v. RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *op. cit.*, 353 ss.; CASELLI G., *op. cit.*, 18 ss., il quale rilevava come la norma di cui all'art. 23, ult. co., fosse espressione dell'autonomia

Con riguardo, in particolare, allo schema di procedimento del reclamo contro i decreti del giudice delegato, il legislatore del '42 vi dedicava talune scarse previsioni⁵: tali decreti - resi sul reclamo contro gli atti di amministrazione del curatore di cui all'art. 36 l. fall., o su altro oggetto e salvo disposizione contraria⁶ - erano reclamabili al tribunale fallimentare, entro il termine di tre giorni dalla data della relativa pronuncia⁷.

La legittimazione al reclamo era attribuita al curatore⁸, al fallito, al comitato dei creditori e a chiunque ne avesse interesse⁹; inoltre, la proposizione del reclamo non sospendeva l'esecuzione del decreto reso dal giudice delegato.

dell'intero Capo II (dedicato agli organi preposti al fallimento), tanto rispetto alle norme del codice di rito civile, quanto rispetto agli altri Capi della legge fallimentare.

⁵ 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 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.».

⁶ La generale reclamabilità ex art. 26 dei decreti del giudice delegato, incontrava un limite nella espressa previsione di talune eccezioni: i provvedimenti non soggetti a gravame (il caso dell'art. 159, ult. co., l. fall.) e quelli per i quali la legge prevedeva espressamente strumenti diversi e specifici (il caso dell'art. 97 l. fall.). In arg., v. CASELLI G., *op. loc. ult. cit.*

⁷ Il reclamo si proponeva con ricorso, diretto al tribunale (v. PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, I, 687 ss.). Secondo CASELLI G., *op. cit.*, 24 ss., l'intervento del tribunale era sollecitato sempre e soltanto su istanza di parte, dai soggetti interessati, e non avveniva d'ufficio: di fondo, vi era la mancata adesione, da parte di questo Autore, alla tesi che attribuiva al tribunale un potere, esercitabile di propria iniziativa, di sostituzione nelle funzioni del giudice delegato, per annullarne o riformarne un provvedimento.

⁸ 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 giudice delegato che avessero leso un proprio diritto soggettivo o avessero deciso su reclami contro propri atti (in tal senso, v. PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 687 ss.; RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali*, cit., 451; in giurisprudenza, anche di recente, Cass., n. 3048 del 2000) 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 giudice delegato, del quale sarebbe diventato mero esecutore di ordini (tesi sostenuta da CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, cit., 89 ss.).

⁹ Nel novero di tale ultima categoria andavano ascritti anche i creditori *uti singuli*: così, PROVINCIALI R., *op. loc. ult. cit.*

Il tribunale, in camera di consiglio, decideva sul reclamo, pronunciando decreto non soggetto a gravame (a norma dell'art. 23, ult. co., l. fall.)¹⁰.

¹⁰ La espressa previsione della irreclamabilità dei decreti del tribunale aveva per lungo tempo «affaticato gli interpreti» (come osservato da CASELLI G., *op. cit.*, 28 ss.). 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. fall., aveva consentito di confermare l'assoluta inimpugnabilità dei relativi decreti. In un secondo momento, tuttavia, la 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, 2° co., Cost. (rimedio che, a detta dell'Autore, era da considerare «insufficiente e, nel contempo, inutile»). 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 (CASELLI G., *op. cit.*, 13 ss.): la legge del '42, a ben vedere, segnava l'innovativo passaggio alla regola della normale reclamabilità dei provvedimenti del giudice delegato (sulla stessa linea, RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *op. cit.*, 340 ss.). Le disposizioni degli artt. 23 ult. co. e 26, poi, si inserivano in un contesto più generale: 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 avrebbe ruotato intorno al perno costituito dal binomio giudice delegato-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 tra la collettività dei creditori organizzati, da un lato, e il curatore, concepito quale loro rappresentante, dall'altro. 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. 5/06, che ha riformato le procedure concorsuali imprimendo, *rectius* recuperando, uno spiccato carattere privatistico: in tal senso, anche PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, 7° ed., Milano, 2008, 191 ss., ove si rileva che il ritorno agli scenari del cod. comm. del 1882 è stato singolarmente motivato con la necessità di adeguamento della legge fall. alla *nuova* realtà economica e giudiziaria). Alla scelta del modello organizzativo sostanzialmente pubblicistico, tuttavia, si accompagnava l'esigenza di assicurare, mediante un incremento delle funzioni del tribunale e la introduzione della regola della generale reclamabilità dei provvedimenti del giudice delegato, un adeguato controllo sugli atti del giudice delegato, 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 giudice delegato (l'art. 728 cod. comm., infatti, nell'attribuire al giudice delegato 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». Il sistema di controlli endofallimentari delineato dal legislatore del '42 con gli artt. 23 e 26 l. fall., dunque, segnava una completa inversione rispetto a quello previgente, di cui agli artt. 910 e 728 cod. comm.: la reclamabilità al tribunale dei decreti del giudice delegato, che era l'eccezione, diventava la regola. Nel rinnovato contesto della dialettica interna alla procedura, quindi, la previsione, da parte della legge del

L'art. 26, quindi, si limitava a prevedere l'adozione del rito camerale¹¹; con ciò, affidando alla discrezionalità del giudice, nella specie del tribunale fallimentare, il potere di determinare le modalità di svolgimento del reclamo¹².

Tale sistema, a ben vedere, accordava una netta prevalenza alle peculiari esigenze di rapidità dei procedimenti endofallimentari (e, così, di concentrazione dell'intera procedura), rispetto a quelle di garanzia del diritto di difesa dei soggetti interessati¹³.

'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 (CASELLI G., *op. loc. ult. cit.*; SATTA S., *Diritto fallimentare*, cit., 99 ss.).

¹¹ Quale schema che garantiva un esito rapido, peraltro in linea con l'impulso officioso 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, CECHELLA C., *Il Diritto Fallimentare Riformato*, Milano, 2007, 133).

¹² Secondo SATTA S., *op. cit.*, 113 ss., il reclamo di cui all'art. 26 sarebbe stato un procedimento di impugnazione speciale, di carattere interno al fallimento, idoneo ad assicurare, con rapidità e con estrema semplicità di forme, il controllo in ordine all'eventuale lesione di interessi da parte del decreto del giudice delegato, senza con ciò configurare un vero e proprio procedimento contenzioso. L'Autore, quindi, sosteneva che, riguardo alla natura di tale procedimento, esso non avrebbe avuto elementi di somiglianza con le ordinarie impugnazioni. *Contra*, 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 giudice delegato da parte di un organo superiore: così, tra gli altri, PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 686 ss.; BORRÈ G., *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; MARTINETTO G., *I reclami contro i provvedimenti del giudice delegato e contro gli atti di amministrazione del curatore*, in *Dir. fall.*, 1968, I, 328; MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 81. SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 652, reputava che dal quadro positivo di riferimento potesse desumersi che tale reclamo fosse un rimedio di ordine generale, diretto a consentire all'interno della procedura fallimentare la revisione di qualunque provvedimento del giudice delegato, sia amministrativo, sia di liquidazione dell'attivo, sia decisorio, salve le eccezioni espressamente previste dalla legge.

¹³ Cfr., al riguardo, BONSIGNORI A., *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., 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 quelle di cui agli artt. 617 e 618 cod. proc. civ., con le quali si dava soluzione a incidenti analoghi dell'esecuzione forzata). Tale scelta, proseguiva l'Autore, 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.

L'entrata in vigore della Costituzione alimentò la insoddisfazione, nelle riflessioni degli studiosi, per il procedimento di reclamo¹⁴: 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 decreto¹⁵. La disciplina recata dall'art. 26, dunque, era inadeguata ad assicurare un controllo effettivo sui provvedimenti del giudice delegato¹⁶.

L'introduzione della Carta Costituzionale, tuttavia, incise sul reclamo endofallimentare non soltanto sotto il profilo del diritto di difesa, ma anche sotto un ulteriore aspetto: la giurisprudenza¹⁷, facendo leva sulla portata immediatamente precettiva dell'art. 111, comma 2, Cost.¹⁸ - che assicurava la ricorribilità per Cassazione contro tutte le sentenze e i provvedimenti aventi contenuto decisorio e non altrimenti impugnabili - ammise contro i provvedimenti del tribunale fallimentare aventi natura giurisdizionale o contenuto "decisorio"¹⁹ (diversi da quelli che attengono alla formazione dello stato passivo *ex art. 97 l. fall.*) il ricorso straordinario per Cassazione²⁰.

¹⁴ Secondo CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, cit., 122, 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, la inadeguatezza derivava dalla mancanza delle garanzie proprie del contraddittorio nella fase di formazione dei provvedimenti del giudice delegato e del tribunale, e nell'assenza dell'ulteriore garanzia costituita dal doppio grado di giurisdizione.

¹⁵ Indipendentemente da qualunque sua notificazione o comunicazione: v. SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi*, cit., 652 ss.

¹⁶ V. CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, cit., 121 ss.; PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 181.

¹⁷ 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., Sez. Un., 18.10.1966, n. 2501, *ivi*, 1966, I, 1281.

¹⁸ A seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale 23.11.1999 n. 2, che ha esplicitato i principî del "giusto processo", la disposizione è ora collocata nel comma 7 dell'art. 111 Cost..

¹⁹ Le fattispecie 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 decisorio», v., tra gli altri, LANFRANCHI L., *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, 77.

²⁰ SATTÀ S., *Diritto fallimentare*, cit., 109 ss., per il quale bisognava «armonizzare la legge con la Costituzione». Fortemente critico CASELLI G., *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 dei diritti soggettivi avveniva ad opera di decreti del

Con ciò, il sistema dei controlli, sino ad allora rigorosamente racchiuso all'interno del fallimento, risultava definitivamente "aperto": si riconosceva, dunque, che i provvedimenti degli organi preposti al fallimento non erano (più) del tutto sottratti a un controllo (quantomeno di legittimità) esterno alla procedura concorsuale²¹.

Quanto al Giudice delle leggi, nel suo primo intervento confermò la inidoneità del procedimento di reclamo (per la brevità e decorrenza del termine di proponibilità, per la non necessaria motivazione del decreto reso in camera di consiglio) a garantire l'effettiva tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti nella procedura concorsuale²².

In quella occasione, peraltro, la Consulta reputò non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 23, 3° co., e 26, 1° co., l. fall., per contrasto con l'art. 24, 1° co., 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 camerale a garantire la effettività del diritto di difesa. La Corte, a ben vedere, aveva escluso il contrasto tra quelle norme e i principî affermati nella Costituzione muovendo dall'assunto che le medesime trovassero applicazione, proprio in ragione della struttura del procedimento di reclamo, soltanto con riguardo ai provvedimenti ordinatori del giudice delegato²³, e non anche «a

giudice delegato contro i quali, in virtù del termine di tre giorni, non era stato possibile proporre reclamo. Sul punto anche BONGIORNO G., *I provvedimenti del tribunale fallimentare*, cit., 325 ss., 330, per il quale tale rimedio si rivelava idoneo nel caso di pregiudizi irreparabili prodotti da pronunce suscettibili di acquisire autorità di cosa giudicata; tale situazione, secondo l'Autore, non si produceva nel processo fallimentare, dato che i relativi provvedimenti, pur quando fossero 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».

²¹ 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, SATTA S., *op. loc. ult. cit.*; CASELLI G., *op. cit.*, 121 ss.

²² C. Cost., 9.7.1963, n. 118, in *Giust. civ.*, 1963, III, 213, con nota di BIANCHI D'ESPINOSA L., 1608; in *Foro it.*, 1963, I, 1608. Con riguardo a tale decisione, v. CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, cit., 124 ss.. La questione di legittimità costituzionale fu sollevata da Trib. Venezia, 22.6.1962, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, 298.

²³ Siffatti provvedimenti, incidenti sullo svolgimento del processo, espressione dei poteri del giudice delegato di direzione amministrativa del fallimento e privi di contenuto decisorio, sono stati nel tempo variamente denominati con locuzioni quali "atti ordinatori", "atti di gestione esecutiva", "atti autorizzativi", "atti processuali-amministrativi", "atti d'impulso" e simili (v. FERRI C., *I*

provvedimenti emessi dal giudice delegato nell'esercizio di funzioni di cognizione, aventi per oggetto diritti soggettivi»²⁴.

Tale sentenza, in quanto interpretativa di rigetto, non vincolò l'interprete.

Di conseguenza, i gravi problemi di coordinamento tra la legge fallimentare e il codice di rito civile tornarono all'esame della giurisprudenza, la quale, tanto nelle sedi di merito quanto in quelle di legittimità, iniziò a disattendere quanto stabilito dalla Consulta.

Si formarono, quindi, orientamenti tra loro difformi: talvolta, infatti, si affermò che il reclamo di cui all'art. 26 poteva essere proposto soltanto contro i decreti aventi a oggetto attività ordinarie e amministrative²⁵; altre volte, e con maggiore frequenza, si predicò la reclamabilità anche dei provvedimenti decisori del giudice delegato, ossia di quelli resi in esito a controversie relative a diritti soggettivi (ad es., del decreto di approvazione del piano di riparto)²⁶.

Questa situazione di incertezza interpretativa, in ordine al preciso ambito di applicazione del reclamo di cui all'art. 26, dischiuse le porte a un nuovo, inevitabile, intervento del Giudice delle leggi²⁷.

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*, 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, BONSIGNORI G., *Il fallimento*, cit., 257 ss.).

²⁴ 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 precetti costituzionali: v. CASELLI G., *op. cit.*, 30 ss..

²⁵ 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.

²⁶ Di conseguenza, era ricorribile per cassazione il decreto del tribunale che definiva il reclamo: Cass., 25.7.1972, n. 2547, in *GC*, 1972, I, 1949.

²⁷ CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, 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 giudice delegato 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 al tribunale *ex art. 26*; oppure, proporre reclamo al tribunale, con il pericolo di sentirsi dire che nella fattispecie sarebbe stata esperibile un'azione ordinaria, la quale era ormai preclusa essendosi scelta la via del ricorso *ex art. 26*. In definitiva, il mancato rispetto, da parte dell'art. 26, delle garanzie minime idonee ad

La Consulta, infatti, con la nota sentenza n. 42/1981²⁸ - preso atto che nel diritto vivente e nella realtà concreta la giurisprudenza della Cassazione, largamente prevalente, aveva reputato esperibile il reclamo *ex art. 26* anche contro i provvedimenti decisori del giudice delegato, quindi nelle controversie su diritti soggettivi – dichiarò l’illegittimità dell’art. 26, in relazione all’art. 23, per contrasto con l’art. 24 Cost., nella parte in cui, secondo la prevalente interpretazione, prevedeva la esperibilità del reclamo, disciplinato nel modo ivi previsto e quindi senza assicurare adeguate garanzie di difesa, contro i provvedimenti decisori emessi dal giudice delegato 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 non assicurava un’adeguata tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi coinvolti²⁹: e ciò, per l’eccessiva brevità del termine («appena tre giorni»)³⁰; 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; si limitò, pertanto, a invitare il legislatore a operare un riassetto della materia.

Il legislatore, ciò nonostante, continuò ad astenersi dall’intervenire.

assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti rendeva inevitabile il riemergere delle questioni di legittimità costituzionale di siffatta disciplina.

²⁸ C. 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, 1, 1191.

²⁹ V. SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi*, cit., 654, secondo cui non risultavano adeguatamente garantiti né l’esercizio dell’azione in giudizio, né la difesa della parte nel corso del procedimento.

³⁰ 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 giudice delegato: v. CASELLI G., *op. loc. ult. cit.*.

In questo contesto, si frapposero i Giudici di legittimità. I quali, in primo luogo, esclusero che i mezzi di cui agli artt. 512 cod. proc. civ.³¹, 98 l. fall.³², 617 cod. proc. civ.³³, 116 l. fall.³⁴ e dell'azione ordinaria di nullità³⁵ – indicati dalla dottrina e tali da assicurare, ciascuno, almeno una fase di cognizione piena sui diritti – fossero idonei contro il provvedimento del giudice delegato sui piani di riparto; in secondo luogo, indicarono il rimedio reputato idoneo nel ricorso straordinario in Cassazione *ex art. 111, 2° co., Cost.*³⁶.

³¹ Per la tesi secondo la quale dal processo di esecuzione individuale si potesse mutuare il procedimento di cui all'art. 512 cod. proc. civ., v. TARZIA G., *Problemi e prospettive della tutela dei diritti soggettivi nelle procedura concorsuali*, in *Fall.*, 1982, 461 ss.; ANDRIOLI V., *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. fall.: tra questi, SATTA S., *Diritto fallimentare*, cit., 346.

³² L'applicazione analogica degli artt. 97 e 98 l. fall., 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 LANFRANCHI L., *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, cit., 67 ss.; ID., *I rimedi endofallimentari*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1070 ss.; FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato*, cit., 110 ss.; GARBAGNATI E., *Fallimento e azioni dei creditori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 392 ss.. Tale orientamento, tracciato dalla dottrina più risalente, è stato riproposto dopo la pronuncia n. 42/1981 resa dalla Consulta: SATTA S., *op. loc. ult. cit.*; ANDRIOLI V., voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1967, XVI, 447 (tesi diversa da quella sostenuta altrove: cfr. nt. precedente); ID., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, 848.

³³ Altra parte della dottrina, rimasta minoritaria, aveva individuato il rimedio nell'applicazione dell'art. 617 cod. proc. civ.: 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. dir. proc.*, 1967, 497 ss.

³⁴ Tesi di BIANCHI D'ESPINOSA L., *Impugnazione del decreto che rende esecutivo il piano di riparto nel processo fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 394.

³⁵ Quale autonomo processo di cognizione volto a far dichiarare l'inefficacia del provvedimento impugnato, per cui v. RAGUSA MAGGIORE G., *Sull'impugnazione dei provvedimenti del giudice delegato*, in *Dir. fall.*, 1981, II, 230; BONSIGNORI A., *Il fallimento*, cit., 257 ss. Riguardo a tale rimedio, FERRI C., *op. cit.*, 84 ss., nel rilevare come ciò avrebbe comportato l'uscita completa 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, SATTA S., *op. cit.*, 117, reputava che quando la violazione della legge fosse tale da determinare la invalidità del provvedimento, e così 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'Autore, dunque, la reclamabilità e la ricorribilità in cassazione contro i decreti decisori del giudice delegato non avrebbero comunque precluso l'azione ordinaria di nullità.

³⁶ Si è rilevato, al riguardo, che la soluzione prospettata dalla Cassazione non avrebbe assicurato comunque, in ogni caso, 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

Tale indicazione³⁷, tuttavia, ebbe vita breve³⁸.

La moltitudine di ricorsi in cassazione che tale soluzione aveva suscitato, con la prevalenza di questioni di merito, indusse la Suprema Corte a mutare interpretazione³⁹, procedendo a un riesame della sentenza della Consulta: si reputò, quindi, che la declaratoria di incostituzionalità n. 42/1981 non aveva espunto dall'ordinamento l'istituto del reclamo contro i provvedimenti (decisori) del giudice delegato in tema di piani di riparto, bensì ne aveva soltanto caducato taluni aspetti della sua disciplina positiva così come dettata nell'art. 26 (termine e decorrenza, contraddittorio e motivazione)⁴⁰.

efficace, per la dottrina, sarebbe stata la previsione di una 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 del giudicato (v. LANFRANCHI L., *I rimedi endofallimentari*, cit., 1066 ss.). Posto che il problema dell'impugnabilità dei provvedimenti, in generale, ed *ex art.* 111 2° comma Cost. in particolare, è strettamente connesso con quello della loro idoneità al giudicato, rimaneva incerto quale ne fosse la portata, in funzione delle stesse incertezze che caratterizzavano l'efficacia dei provvedimenti del giudice delegato sotto questo profilo. In arg., v., per tutti, CERINO CANOVA A., *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.

³⁷ Seguita da: Cass., 3.11.81, n. 5784, in *Foro it.*, 1982, I 426; Cass., Sez. Un., 10.5.1982, n. 2879, *ibidem*, I, 2226; Cass., 24.7.1982, n. 4315, *ivi*, 1983, I, 91.

³⁸ SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi*, 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 RICCI E.F., *Una svolta sulla tutela dei diritti soggettivi nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1984, II, 503 ss.

³⁹ Cass., Sez. Un., 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 LANFRANCHI L.; in *Giur. comm.*, 1984, II, 501, con nota favorevole di RICCI E.F.; in *Fall.*, 1984, 1185, con nota favorevole di LUGARO. Nello stesso senso, poi, anche Cass., 11.5.2005, n. 9930, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Fallimento*, n. 335; Cass., 4.9.2004, n. 17885, in *Foro it.*, 2005, I, 3185.

⁴⁰ In dottrina, fra gli Autori favorevoli a tale soluzione, v. RICCI E.F., *op. cit.*, 503 ss.; ID., *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 93 ss., ove l'Autore rilevava come la «riscrittura» dell'art. 26 da parte dei Giudici di legittimità «costituisca 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; MALTESE D., *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di*

Tale premessa poneva come corollario che la ricerca dei mezzi di tutela da impiegare, in luogo del reclamo, contro i decreti del giudice delegato relativi ai piani di riparto, andava sostituita con quella volta a reperire quale disciplina del reclamo dovesse adottarsi.

Al problema fu data una soluzione marcatamente “creativa”⁴¹: il rimedio era sempre da individuare nel reclamo endofallimentare, ma la relativa disciplina doveva essere ricavata, in virtù della previsione contenuta nell’art. 742 *bis* cod. proc. civ., da quella dettata dalle disposizioni generali dei procedimenti in camera di consiglio, di cui agli artt. 737 e ss. cod. proc. civ., le quali avrebbero sostituito le previsioni dichiarate incostituzionali⁴².

tutela di diritti soggettivi, in *Giur. it.*, 1986, IV, 127; MENCHINI S., *Vicende del reclamo contro i decreti del giudice delegato: un travaglio da sanare*, in *Foro it.*, 1986, I, 1168; PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 183; CHIARLONI S., *Giusto processo e fallimento*, in *Fall.*, 2002, 3, 257.

⁴¹ Così, FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato*, cit., 83.

⁴² Ad avviso di SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi*, cit., 656, tale soluzione era dettata dalla necessità di rendere il reclamo conforme ai precetti costituzionali, mantenendo però la tutela dei creditori nell’alveo dell’art. 26; il che consentiva di evitare la introduzione, in seno alla procedura fallimentare, di ulteriori parentesi contenziose regolate secondo il modello dell’ordinario processo di cognizione (le quali avrebbero dilungato i tempi della procedura). Per alcuni Autori ne è scaturito un rito aderente alle garanzie, pur destinato a una cognizione esclusivamente sommaria sui fatti e di evidente “creazione” giurisprudenziale (CECHELLA C., *Il Diritto Fallimentare Riformato*, cit., 138). Altri Autori (COMOGLIO L.P., *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719 ss.; DENTI V., *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 325 ss.) concordavano (con le scelte anche del legislatore) sulla possibilità che il modello camerale potesse assurgere a vera alternativa al rito ordinario, nell’ambito delle stesse materie tradizionalmente devolute alla giurisdizione contenziosa, assumendo la idoneità di tale schema ad assicurare il rispetto delle garanzie processuali necessarie a rendere il sistema conforme alle esigenze del diritto di difesa. Larga parte della dottrina, però, ha mostrato nel tempo la propria insoddisfazione sia per tale soluzione che, più in generale, per il contesto nel quale la medesima si collocava, noto come il fenomeno della “cameralizzazione”, in atto tanto a livello giurisprudenziale che legislativo. V., al riguardo, gli incisivi spunti critici di FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato*, cit., 84 ss., che rilevava come la Cassazione avesse affermato la necessità di garantire, nella fase di impugnazione dei provvedimenti decisori del giudice delegato, la pienezza della tutela giurisdizionale: la quale, secondo la Corte, poteva essere assicurata solo se i rimedi contro tali provvedimenti avessero incluso almeno una fase a cognizione piena, e non puramente sommaria, del rapporto sostanziale che aveva formato oggetto del provvedimento impugnato. Ebbene, secondo l’Autore, ferma la premessa che la cognizione piena poteva essere assicurata anche da procedimenti speciali variamente modulati, tale idoneità doveva comunque essere verificata caso per caso; soprattutto, poi, nel caso di procedimenti trapiantati in via interpretativa da un settore all’altro dell’ordinamento, atteso che «si potrebbe dubitare che il procedimento camerale consenta, per la sua stessa struttura, quella “cognizione piena sul diritto” che la Cassazione sembra ritenere indispensabile per la tutela dei diritti soggettivi su cui verte il decreto del giudice delegato».

Tale richiamo determinò le seguenti conseguenze: il termine per il reclamo fu fissato in dieci giorni⁴³; il suo decorso fu fissato a partire dal deposito del decreto del giudice delegato⁴⁴; fu posto l'obbligo, in capo al tribunale, di sentire le parti in camera di consiglio⁴⁵; fu previsto l'obbligo di motivare il provvedimento che definiva il procedimento di reclamo (ai sensi dell'art. 737 cod. proc. civ.).

L'orientamento interpretativo affermato dai Giudici di legittimità sollecitò un nuovo intervento⁴⁶, sulla base di ben dodici ordinanze di rimessione, della Corte costituzionale⁴⁷.

La ricostruzione operata dalla Cassazione, in effetti, è stata severamente criticata, anche perché si sarebbe fondata su un'erronea lettura delle pronunce della Consulta: tale erronea premessa avrebbe dato luogo, pertanto, a un procedimento ibrido, con il riconoscimento dell'attitudine al giudicato al provvedimento adottato in sede di reclamo. La stessa idea di fondo dell'utilizzazione del procedimento camerale per la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi ha suscitato ampie riserve, reputandosi insita nel nostro ordinamento una correlazione necessaria fra giudicato e cognizione ordinaria per almeno un grado del giudizio (in arg., v. LANFRANCHI L., *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, cit., 44 ss.; ID., *I rimedi endofallimentari*, cit., 1073 ss.; ID., *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. It.*, 1989, IV, 33 ss. L'Autore rileva l'ingiustizia e l'inopportunità che il giudicato sostanziale sui diritti o *status* possa formarsi a seguito di un contraddittorio minimo e di una istruzione sommaria, atipica, deformalizzata, rimessa alla discrezionalità del giudice). Un nutrito orientamento, contrario alla "cameralizzazione" del giudizio su diritti, si era andato consolidando già prima della riforma dell'art. 111 Cost. (ad opera della l. cost. n. 2/99): tra gli altri, CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 431; MONTELEONE G., voce «Camera di consiglio (dir. proc. civ.)», in *Noviss. Dig. it., Appendice*, I, Torino, 1980, 986 ss.; PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss., spec. 437; FAZZALARI E., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 909 ss.; ID., *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 426 ss.; MONTESANO L., «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 4, 915 ss.; CIVININI M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, 1994; LANFRANCHI L., *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, cit., 33 ss.

⁴³ In conformità all'art. 739 cod. proc. civ.: quindi, non più in tre giorni.

⁴⁴ Come rilevava FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato*, cit., 87, la Corte fu costretta a «inventarsi» tale *dies a quo* (peraltro in modo forse inadeguato ex art 24 Cost.), atteso che non vi era alcuna previsione in tal senso né all'art. 26, né all'art. 739 cod. proc. civ., che al comma 2 prevedeva infatti solo la comunicazione o la notificazione quale momento di decorrenza del termine.

⁴⁵ Al fine di assicurare la pienezza del contraddittorio, ai sensi dell'art. 739 cod. proc. civ.

⁴⁶ SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi*, cit., 656, secondo cui la vicenda dell'art. 26 non poteva considerarsi esaurita, dato che la decisione della Consulta era limitata alla materia del riparto e non escludeva ulteriori questioni di costituzionalità con riguardo alle altre ipotesi di provvedimenti decisori del giudice delegato.

⁴⁷ Corte Cost, 22.11.1985, n. 303, in *Giust. civ.*, 1986, I, 323; in *Foro it.*, 1985, I, 3066, con osservazioni di PAGANO; in *Fall.*, 1986, 21, con nota di LO CASCIO G.

Il Giudice delle leggi, quindi, da un lato dichiarò l'illegittimità dell'art. 26, questa volta in riferimento agli artt. 23, 1° co., e 25, n. 7., ult. proposizione, l. fall., nella parte in cui assoggettava a reclamo al tribunale i decreti di liquidazione dei compensi emessi dal giudice delegato in corso di procedura, in favore dei professionisti incaricati di prestare la propria opera nell'interesse del fallimento. Dall'altro, sancì, a livello generale, con una ulteriore pronuncia, questa volta additiva, l'illegittimità dell'art. 26, 1° co., nella parte in cui faceva decorrere il *dies a quo* per il reclamo al tribunale dalla data del decreto del giudice delegato, anziché dalla data della comunicazione dello stesso debitamente eseguita⁴⁸.

In questa decisione, la Consulta ribadì che gli artt. 23 e 26 disciplinavano un procedimento nel quale non erano adeguatamente garantiti né l'effettivo esercizio dell'azione in giudizio, né la difesa della parte nel corso del procedimento stesso⁴⁹.

Sebbene, quindi, il Giudice delle leggi si fosse pronunciato nel senso di escludere che il decreto del giudice delegato coinvolgente diritti soggettivi potesse essere reclamato mediante il procedimento di cui all'art. 26, la Corte di legittimità tenne saldo il proprio orientamento e continuò a reputare ammissibile il reclamo contro i decreti decisori, sia pure

⁴⁸ I legittimati al reclamo, tuttavia, erano tutti coloro che vi avevano interesse, sicché appariva arduo ipotizzare la possibilità di comunicazione rituale a ciascuno di essi. Occorre rimarcare, peraltro, che la Consulta nella suindicata decisione esaminò la questione del termine non sotto il profilo della sua congruità (i tre giorni erano giustificati, a detta della Corte, tanto perché nelle procedure concorsuali «il tempo è moneta», quanto per «il ritmo della vita moderna»), ma soltanto sotto l'aspetto della data della sua decorrenza.

⁴⁹ FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato*, cit., 88 ss., rilevava come tale pronuncia della Consulta riguardasse essenzialmente il regime del reclamo contro i provvedimenti ordinatori. Secondo l'Autore, emergeva un nuovo orientamento, per cui anche i rimedi processuali che non avessero a oggetto o non coinvolgessero diritti sostanziali, e quindi si collocavano esclusivamente all'«interno» del processo, dovevano uniformarsi a un minimo di garanzie per i soggetti legittimati ad avvalersene. La pronuncia della Consulta n. 303/85 fu successivamente confermata dalla medesima Corte con riferimento ai provvedimenti del giudice delegato con contenuto decisorio su diritti soggettivi nell'ambito dell'amministrazione controllata (C. Cost., 24.3.1986, n. 55, in *Foro It.*, 1986, I, 1168, con nota di MENCHINI S., *Vicende del reclamo contro i decreti del giudice delegato*, cit.) e con riguardo ai decreti, adottati dal giudice delegato, di determinazione dei compensi ai consulenti della procedura in caso di amministrazione controllata (C. Cost., 27.6.1986, n. 156, in *Foro It.*, 1986, I, 2099, con osservazioni di MENCHINI S.). In quest'ultima decisione, peraltro, la Consulta dichiarò l'incostituzionalità degli artt. 739 e 741 cod. proc. civ., nella parte in cui, disciplinando il reclamo avverso i decreti del giudice delegato, facevano decorrere il termine per il reclamo stesso dal deposito in cancelleria del provvedimento, anziché dalla sua comunicazione.

introducendo garanzie per le parti (termine più lungo per impugnare, decorrenza del termine, necessità del contraddittorio fra le parti, comparizione in camera di consiglio, ricorribilità in Cassazione).

Alla fine degli anni ottanta, pertanto, i ripetuti interventi della Consulta e, soprattutto, della Cassazione, avevano inciso in profondità il sistema dei controlli avverso i decreti del giudice delegato, determinando un mutamento radicale rispetto allo schema originariamente previsto dal legislatore del '42.

Il sistema dei controlli, quindi, si snodava lungo un doppio binario: più precisamente, muoveva dalla distinzione fra provvedimenti di carattere decisorio, da un lato, e ordinatorio-amministrativo, dall'altro.

Quanto ai primi, il reclamo *ex art. 26*, nella sua forma riveduta e corretta - ossia integrata con le norme degli artt. 737 e ss. cod. proc. civ., a loro volta corrette sotto il profilo della decorrenza del termine per impugnare - divenne il mezzo generale d'impugnazione (quale rimedio giurisdizionale endofallimentare). Questi i passaggi fondamentali: il termine per proporre reclamo era di dieci giorni, decorrente dalla data di comunicazione del provvedimento; il procedimento, in camera di consiglio, doveva comunque svolgersi in contraddittorio e le parti dovevano essere ascoltate⁵⁰; il decreto del tribunale doveva essere motivato ed era ricorribile in Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.⁵¹.

Con riguardo, invece, ai provvedimenti di natura ordinatoria, il reclamo *ex art. 26* nella sua forma originaria continuava a trovare applicazione quale mezzo di riesame, con un unico temperamento: si stabilì che il termine per reclamare continuava a essere di tre giorni,

⁵⁰ Peraltro, mentre per alcune pronunce (tra le quali, Cass., 24.3.2000, n. 3522, in *Fall.*, 2000, 1164) il rispetto del principio del contraddittorio richiedeva la necessità della convocazione delle parti, per altre (Cass., 16.10.2001, n. 12594, in *Foro it.*, 2002, I, 77, con osservazioni critiche di FABIANI M.) non era necessaria la convocazione delle parti in camera di consiglio, in difetto di specifica istanza.

⁵¹ A chiusura del sistema, quasi a «nobilitarlo» secondo l'espressione di PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., 393. In giurisprudenza, v. Cass., 30.1.1987, n. 878, in *Fall.*, 1987, 489; Cass., 3.2.1987, n. 594, *ibidem*, 489; Cass., 10.2.1987, n. 1391, *ibidem*, 489.

decorrente, però, dalla comunicazione del provvedimento. Avverso il decreto del tribunale, poi, non era proponibile ricorso *ex art. 111 Cost.*⁵².

Ne risultava un sistema che restituiva all'interprete profili di oscurità non marginali: se in astratto, la distinzione tra provvedimenti decisori e ordinatori poteva apparire lineare, bastava calarsi nell'applicazione concreta per rilevare che la linea di demarcazione tra le due categorie si rivelava molto spesso troppo labile e incerta per consentire di poterle distinguere con certezza⁵³.

⁵² Cass., 26.1.1987, n. 716, in *Fall.*, 1987, 489. In dottrina, v. RICCI E.F., *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato*, cit., 132.

⁵³ FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato*, cit., 95 ss., rimarcava la profonda incertezza che circondava la individuazione dei provvedimenti «decisori»: se tali dovessero considerarsi soltanto quelli che «decidono» su diritti (quali provvedimenti giurisdizionali che risolvono, in via di cognizione, controversie vertenti su diritti soggettivi; e il cui accertamento intorno all'esistenza o meno del diritto è potenzialmente idoneo alla produzione del giudicato) o anche quelli che «incidono» (solo indirettamente) sui diritti stessi (in arg. e, in particolare, su come il concetto rischiasse di essere fuorviante, v. BORRÈ G., *Reclamo contro i decreti del giudice delegato*, cit., 137). Secondo FERRI C., *op. loc. ult. cit.*, siffatta impostazione rifletteva la confusione tra natura giurisdizionale (potenzialmente comune a entrambe le suindicate categorie di provvedimenti) e natura decisoria del provvedimento (che l'Autore reputa di ascrivere soltanto ai primi e non già ai secondi). L'Autore, infatti, rilevava che il punto nodale della questione, ove si raggiungeva la massima incertezza, sembrava essere quello della idoneità del provvedimento al giudicato, o comunque all'acquisizione di qualche forma di definitiva stabilità, talché l'intera questione delle forme di tutela finiva con l'essere fondata su una premessa ambigua (v., in particolare, LANFRANCHI L., *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, cit., 44 ss.; ID., *I provvedimenti decisori del giudice delegato e la giurisprudenza della Cassazione*, ora in: ID., *Procedure concorsuali e tutela dei diritti*, Milano, 1988, 293), atteso che il problema della tutela giurisdizionale contro i provvedimenti del giudice delegato si poneva in quanto essi fossero idonei a produrre effetti di giudicato (o, comunque, effetti preclusivi o di incontrovertibilità assimilabili a quelli che derivano dal giudicato. In arg., v. DENTI V., *Poteri del giudice*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1976, 490 ss., il quale distingueva tra provvedimenti decisori-finali e provvedimenti ordinatori-strumentali, facendone una questione di *metodo*, nel senso che il legislatore adotta il metodo decisorio «allo scopo di garantire un adeguato controllo sul provvedimento», e il metodo ordinatorio, pure in presenza di situazioni sostanziali, «là dove la pronuncia, per i suoi effetti meramente dilatori, non pregiudichi i diritti delle parti o le esigenze intrinseche di tutela». V. anche RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali*, cit., 353). FERRI, *op. loc. ult. cit.*, in definitiva, tracciava le seguenti distinzioni: in primo luogo, i provvedimenti con contenuto pienamente ordinatorio-amministrativo, come tali non idonei al giudicato: non ponevano esigenze particolari e ad essi trovava applicazione il reclamo dell'art. 26, come integrato dalle pronunce della Consulta. In secondo luogo, poi, si parlava di «ipotesi tipiche», per i provvedimenti che investivano diritti soggettivi, con contenuto (propriamente e validamente) decisorio, i quali, se non impugnati, assurgevano a decisione di merito definitiva sul diritto soggettivo. La loro attitudine al giudicato poneva la necessità e il problema di individuare rimedi giurisdizionali idonei alla tutela dei diritti in

Nel dubbio, la prassi accordò anche ai provvedimenti ordinatori le forme più garantiste previste per quelli decisori, a eccezione della ricorribilità straordinaria in cassazione⁵⁴.

Infine, con la riforma dell'art. 111 Cost., operata dalla l. cost. 23.11.1999, n. 2, si impose la nuova esigenza di rendere l'intero sistema dei controlli conforme al principio del giusto processo e ai suoi corollari (obbligo del contraddittorio fra le parti, parità delle armi, ragionevole durata del processo, motivazione del provvedimento, imparzialità e terzietà del giudice)⁵⁵. Quanto a tali corollari, gli interventi della Consulta e della Cassazione avevano introdotto nella prassi taluni correttivi (sull'efficacia dei quali si disquisiva).

senso proprio, esigenza che il rimedio di cui all'art. 26 non era in grado di soddisfare. In terzo luogo, infine, si parlava di "ipotesi atipiche", per i provvedimenti che incidevano su diritti soggettivi, ma in modo non definitivo o potenzialmente immutabile, quindi senza attitudine al giudicato: erano i casi in cui il giudice delegato, pur privo del potere di decidere su diritti, tuttavia pronunciava un provvedimento che incideva su di essi. In tali casi, il provvedimento, emesso dal giudice delegato in carenza del potere di emanarlo, si riteneva non definitivo perché inesistente o abnorme. Tali provvedimenti, quindi, ponevano il problema di come dovessero essere rimossi. In realtà, essi sono *ab origine* inidonei a incidere su diritti soggettivi, poiché radicalmente viziati o inesistenti, quindi non suscettibili di formazione del giudicato, né di qualunque efficacia a esso assimilabile, né sanabili per il sopravvenire del giudicato formale. Dunque, contro di essi, l'Autore ha ipotizzato quale unico rimedio sensato quello tipico dei vizi di nullità, ossia l'azione ordinaria di cognizione volta alla declaratoria di nullità del provvedimento; secondo tale Autore, inoltre, avrebbe difettato il presupposto per il ricorso *ex art. 111 Cost.*, proprio per la inidoneità del provvedimento all'efficacia di possibile giudicato, per la inidoneità della decisione a essere vincolante, se non impugnata, in ogni altro successivo giudizio sul medesimo oggetto.

⁵⁴ Come già anticipato da RICCI E.F., *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato*, cit., 132; v. anche COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 577 (e in aa.vv., *Procedimenti speciali e principio del contraddittorio*, Milano, 1977); CIPRIANI F., *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 189 ss.; COMOGLIO L.P., *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in *RTDPC*, 1976, 1150 ss.; ID., *Contraddittorio*, in *Digesto*, IV Edizione, *Disc. priv.*, *Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 29; ID., *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, cit., 719; MALTESE D., *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di tutela di diritti soggettivi*, cit., 136 ss.; DENTI V., *La giurisdizione volontaria rivisitata*, cit., 325 ss.; LO CASCIO G., *Il sistema di difesa endofallimentare: la Cassazione modifica la legge*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 824.

⁵⁵ L'introduzione della legge costituzionale 23.11.1999 n. 2 in materia di "giusto processo" ha fornito nuova linfa all'orientamento contrario alla "cameralizzazione" del giudizio su diritti: COSTANTINO G., *Il giusto processo*, in *Fall.*, 2002, 244; FABIANI M., *Giusto processo e ruolo del giudice delegato*, in *Fall.*, 2002, 3, 271 ss.; SCARSELLI G., *Brevi note sul giusto processo fallimentare*, in *Foro it.*, 2001, I, 113; BOVE M., *Rito camerale e "giusto processo regolato dalla legge" (a proposito dell'ordinanza della corte d'appello di Genova del 4 gennaio 2001)*, in *Giust. civ.*, 2002, II,

Nessuna pronuncia, tuttavia, aveva ancora affrontato la spinosa questione della terzietà del giudice, tema tutt'altro che secondario, dato che il giudice delegato era uno dei componenti del collegio che decideva sul reclamo⁵⁶.

In tale contesto si pone l'intervento del legislatore, a lungo atteso e invocato, il quale con la riforma del 2006 ("corretta" nel 2007) per un verso recepisce il sistema già operante nella prassi, per altro verso introduce innovazioni di non poco momento.

2. La sfiibrante gestazione della riforma fallimentare: l'art. 26 nei lavori preparatori.-

Nel Febbraio 2002 il governo costituiva, presso il ministero della giustizia, una commissione, ribattezzata "Trevisanato", con il compito di redigere un disegno di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali. La "commissione Trevisanato" concluse i lavori nel 2004 e non riuscendo a coagulare il consenso di tutti i propri membri su un unico progetto, presentò al governo due ipotesi di legge delega (il primo, approvato a maggioranza, il secondo, c.d. testo alternativo, sostenuto da una minoranza dei commissari).

Secondo attenta dottrina, il modello di tutela camerale - per tutti i procedimenti endoconcorsuali - sarebbe stato, per la "commissione Trevisanato", il criterio ispiratore

403; ANDRONIO A., sub *Art. 111*, in (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, III, 2111 ss.; CECHELLA C., *Il Diritto Fallimentare Riformato*, cit., 139.

⁵⁶ La Corte Costituzionale, peraltro (C. Cost., 6.11.1998, n. 363, in *Giur. it.*, 1999), aveva espressamente precisato che in sede di reclamo *ex art. 26* non si poneva l'esigenza di procedere alla sostituzione del giudice delegato che aveva emesso il provvedimento reclamato, dal collegio che avrebbe dovuto pronunciarsi sul reclamo. Ciò, perché il reclamo (a differenza dei casi di impugnazione in senso stretto) era un procedimento di riesame che si snodava all'interno dell'ufficio fallimentare di cui il giudice delegato era parte integrante e per la cui decisione era opportuno, in termini di concentrazione processuale, e, quindi, di giusto processo (che in tale concentrazione si estrinsecava), che vi fosse lo stesso giudice delegato, la cui individualità, peraltro, si stemperava nella collegialità della decisione di riforma. In dottrina, sulle esigenze poste dal "giusto processo fallimentare", v., tra gli altri, LANFRANCHI L. (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, 2001; COSTANTINO G., *Opposizione a stato passivo e giusto processo*, in *Fall.*, 2003, 2, 126; ID., *Il giusto processo*, cit., 244; CHIARLONI S., *Giusto processo e fallimento*, cit., 257; FABIANI M., *Giusto processo e ruolo del giudice delegato*, cit., 271; ID., *Terzietà del giudice fallimentare: sintonie e asimmetrie fra Consulta e legislatore*, in *Foro it.*, 2006, I, 639; SCARSELLI G., *Brevi note sul giusto processo fallimentare*, cit., 113.

fondamentale alla base della tutela giurisdizionale (tanto nelle procedure di composizione concordata della crisi, che di liquidazione concorsuale)⁵⁷; scelta che era apparsa alla commissione «fortemente consigliata», alla luce della «logica di economicità acceleratoria» cui era improntato l'intero progetto, demandando al legislatore delegato la analitica regolamentazione dei vari sub-procedimenti e predeterminandone forme e poteri⁵⁸.

La situazione di stallo provocata dalla predisposizione di due concorrenti disegni di legge, tuttavia, portò il governo a costituire una ulteriore commissione di esperti, questa volta più ristretta, la "Trevisanato *bis*", alla quale fu conferito l'incarico di predisporre un terzo testo definitivo, e non più un disegno di legge, da sottoporre al Parlamento per la votazione. La commissione ristretta elaborò una legge di riforma delle procedure concorsuali costituita da oltre 250 articoli, resa oggetto di pubblici dibattiti e congressi, ma che non fu mai presentata al Consiglio dei Ministri; anch'essa faceva perno sull'idea di istituire un modello uniforme di tutela giurisdizionale, con esplicito riferimento ai procedimenti in camera di consiglio ma con le garanzie costituzionali del giusto processo (anche qui, tanto per le procedure di composizione concordataria, che di liquidazione concorsuale); un procedimento camerale uniforme, dunque, quale unico modello generale utilizzabile in tutte le controversie interne alla procedura concorsuale.

Contemporaneamente, il disegno di legge rubricato come Atto Senato n. 1243, presentato in data 14.3.2002 (e originariamente noto, nel testo proposto dalla commissione ristretta, come "d.l. Caruso", nonché, nella versione arricchita in sede referente, come "miniriforma" della l. fall.), prevedeva (all'art. 9) la integrale sostituzione dell'art. 26 l. fall.

⁵⁷ Tema sul quale era stata raggiunta, in seno alla commissione, una sostanziale unanimità (fatte salve talune ipotesi che esulano dall'oggetto del presente lavoro). Al riguardo, FERRI C., *La tutela giurisdizionale nel progetto di riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, 6, 607 ss. (*Convegno Nazionale di Studi – Alba, 29 Novembre 2003*).

⁵⁸ FERRI C., *op. loc. ult. cit.*, rilevava come vi fossero una serie di argomenti che escludevano la possibilità di aggiungere, alla tutela con forme camerale davanti al giudice fallimentare, anche quella ulteriore del processo ordinario davanti al giudice civile con accertamento idoneo al giudicato: segnatamente, la peculiarità dell'oggetto di accertamento (diritti e interessi) e la peculiarità dei concetti di parte nel processo e di terzi propria delle procedure concorsuali.

con un nuovo testo, che confermava, in linea di continuità con la legge del '42, il controllo sui soli atti del giudice delegato, accordando la reclamabilità contro i relativi provvedimenti.

La Relazione di accompagnamento, al riguardo, spiegava che la scelta del lemma «provvedimenti», in luogo del previgente «decreti», si legava alla «comune convinzione che il reclamo» fosse «esperibile anche contro i provvedimenti dati in forma di ordinanza, in particolare quelli in tema di liquidazione dell'attivo [...], per i quali il rimedio *ex* articolo 26 surroga l'opposizione agli atti esecutivi *ex* articolo 617 del codice di procedura civile».

La reclamabilità, quindi, era prevista indipendentemente dal contenuto decisorio od ordinatorio dell'atto. Il ricorso andava proposto dinanzi al tribunale, a norma dell'art. 739 cod. proc. civ., a conferma che l'orientamento del legislatore era nettamente verso il rito camerale (il rinvio espresso operato alla disciplina del reclamo previsto dalle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, spiegava la medesima Relazione, recepiva «l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, per inquadrare il rimedio in un ben preciso paradigma normativo»).

Si noti, al riguardo, che il modello di reclamo dell'art. 739 c.p.c. era chiamato a coesistere, secondo tale progetto, non già con il regime di efficacia proprio del provvedimento camerale di cui all'art. 741 c.p.c., quanto, invece, con la provvisoria esecuzione accordata al provvedimento reclamabile.

Il 23.12.2004, al disegno di legge “Caruso”, che languiva in Senato dal 2002, il Consiglio dei Ministri approvò un corposo emendamento, c.d. maxi-emendamento, il quale segnava il ripiegamento su sé stesso del legislatore, che dopo i tentativi di riforma organica delle procedure concorsuali - con la introduzione di una disciplina unica di tutela giurisdizionale per il foro fallimentare e quindi di un procedimento camerale uniforme - ritornava alla tecnica degli inserimenti frammentari nel tessuto normativo della legge del '42.

Quanto al reclamo che ci occupa, gli emendamenti riguardavano l'art. 9 (che sostituiva l'art. 26 l. fall.): disciplina assai scarna che si limitava a prevedere la pronuncia in camera di consiglio del tribunale.

La l. n. 80/2005 (di conversione del d.l. n. 35/2005) conteneva la delega al governo per la riforma fallimentare, attribuendo il compito di elaborare le proposte di riforma al ministero

dell'economia e delle finanze e a quello della giustizia. I lavori vedevano all'opera, dunque, due distinti gruppi di lavoro, due commissioni insediate presso due diversi ministeri e chiamate entrambe a elaborare proposte per la riforma delle procedure concorsuali.

Lo schema di d. lgs. elaborato dalla commissione costituita presso il ministero dell'economia e delle finanze (c.d. bozza commissione economia) nel maggio 2005 e, così, la versione definitiva di tale schema di d. lgs., pubblicato il 13.7.2005 (*sub* art. 18, che dettava modifiche all'art. 26 l. fall.), manteneva la reclamabilità dei soli atti del giudice delegato, ancora qualificati «provvedimenti», ancora a norma dell'art. 739 cod. proc. civ.

La versione definitiva dello schema di d. lgs. elaborato dalla commissione di studio istituita presso il ministero della giustizia (c.d. bozza commissione giustizia) pubblicato il 25.7.2005, all'art. 19 prevedeva, quale prima novità, l'abrogazione del 3 comma dell'art. 23 l. fall., secondo cui i decreti del tribunale fallimentare non erano soggetti a gravame; inoltre, affidava al tribunale la decisione tanto sulle «opposizioni», che sui «reclami» contro i provvedimenti del giudice delegato (in un caso, definiti dalla proposta come «decisori», nell'altro «autorizzatori»).

Si prevedevano, quindi, due norme – l'art. 26, da riscrivere *ex novo*, e l'art. 26 *bis*, da introdurre tramite novellazione - con le quali regolare, da un lato, *le opposizioni* contro i decreti decisori del giudice delegato (dinanzi al tribunale) e del tribunale (dinanzi alla corte d'appello), dall'altro, *i reclami* contro le autorizzazioni dell'uno o dell'altro.

Quindi, il novero dei provvedimenti ordinatori si riduceva al campo di quelli autorizzatori e il procedimento si sarebbe dovuto articolare ai sensi dell'art. 27 del c.d. rito societario (d. lgs. 17.1.2003, n. 5).

Inoltre, a fronte dei riferimenti, in rubrica e nel testo del proposto art. 26, alla natura decisoria degli altri provvedimenti, si ometteva qualunque nozione di “decisorio” (lasciando all'interprete di definirli in negativo, come quelli diversi dalle autorizzazioni di cui all'art. 26 *bis*, oppure di definirli ancora una volta alla stregua dei tradizionali ma incerti canoni segnati dalla Suprema Corte); con ciò, si ometteva qualunque indicazione per ricondurre a tale

categoria le fattispecie concrete⁵⁹. Il procedimento si chiudeva con *sentenza*, espressamente *non appellabile*.

Il testo del d. lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 23.9.2005 (all'art. 23, che avrebbe dovuto sostituire l'art. 26 l. fall.), confermava la reclamabilità degli atti del tribunale, tornando a parlare però di «decreti» e non più di «provvedimenti decisori», reintroduceva il limite del diversamente disposto e prevedeva la decisione in camera di consiglio, ancora ai sensi del c.d. camerale societario (art. 27 d. lgs. 17.1.2003, n. 5). La sentenza non appellabile cedeva frettolosamente il campo al decreto motivato.

Si è quindi arrivati alla versione definitiva del d. lgs. n. 5/06: l'art. 23 prevedeva la integrale riscrittura dell'art. 26 l. fall., con un testo che sostituiva il precedente richiamo all'art. 27 del rito societario con la locuzione secondo la quale il tribunale o la corte d'appello «provvedono in camera di consiglio» (v. *infra*, § 3). Da ultimo, il decreto “correttivo” alla riforma (d. lgs. n. 169/07, art. 3, co. 3) ha nuovamente sostituito il testo dell'art. 26 l. fall., conservando le forme camerali e «rimodellando il procedimento di reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale fallimentare secondo uno schema uniforme di rito camerale»⁶⁰ (v. *infra*, § 4).

3. Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale: l'art. 26 e la riforma fallimentare (d. lgs. 9 Gennaio 2006, n. 5). - A conclusione di un lungo e travagliato itinerario, il d.l. 14 Marzo 2005, n. 35 ha scandito l'avvio della tanto agognata stagione delle riforme in materia fallimentare⁶¹.

⁵⁹ L'art. 22 del progetto prevedeva il nuovo testo da sostituire all'art. 26 l. fall., riscrivendo anche la rubrica come di seguito: «26. Opposizione contro i decreti decisori del giudice delegato e del tribunale».

⁶⁰ Così la Relazione illustrativa.

⁶¹ Tale decreto ha segnato un'anticipazione della riforma, limitatamente alla parziale modifica dell'azione revocatoria fallimentare e del concordato preventivo, e all'introduzione degli accordi di ristrutturazione di debiti.

In sede di conversione (l. 14 Maggio 2005, n. 80), il legislatore delegato è stato chiamato a predisporre un'ampia riforma della disciplina delle procedure concorsuali, ispirandosi a principi e criteri direttivi ora di contenuto più specifico, ora più generico⁶².

In attuazione di tale delega, con il d. lgs. 9 Gennaio 2006, n. 5 il legislatore ha varato la riforma fallimentare, avvalendosi della tecnica della novella⁶³.

La riforma di cui al d. lgs. n. 5/06, peraltro, è stata caratterizzata da un ripensamento dei ruoli e dei rapporti correnti fra i vari organi preposti alla procedura⁶⁴.

In particolare, il legislatore ha inteso imprimere un netto rilievo alla figura del curatore, proponendolo quale «vero organo motore della procedura»⁶⁵; ha ridimensionato il ruolo dell'autorità giudiziaria⁶⁶, e con essa del giudice delegato, «esclusivamente indirizzato ad una funzione di controllo sulla regolarità della procedura e di organo preposto alla

⁶² In arg., v. TRISORIO LIUZZI G., PAGNI I., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, in FAUCEGLIA G., PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 403 ss.

⁶³ Ossia con l'innesto delle nuove disposizioni nell'impianto della legge del '42. L'ambizioso e originario progetto di redigere una seria e incisiva riforma delle procedure concorsuali, tuttavia, non sembra aver potuto beneficiare del necessario respiro, per via degli angusti margini imposti dalla tecnica della novella legislativa. Il ricorso a tale tecnica, d'altronde, è stato suffragato dal «carattere comunque parziale dell'intervento riformatore rispetto alla vigente legge fallimentare»: così, la relazione tecnico-normativa allo schema di d. lgs. recante disposizioni integrative e correttive del d. lgs. n. 5/06 e del r.d. n. 267/42.

⁶⁴ V. TRISORIO LIUZZI G., PAGNI I., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 403 ss.; PAGNI I., *Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare (e le nuove regole della tutela giurisdizionale)*, in *Fall.*, 2007, 2, 140; SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 981 ss., spec. 993; FERRI C., *Gli organi del fallimento*, in *Fall.*, 2006, 1225 ss.

⁶⁵ Testualmente (anche per i successivi brani tra virgolette), v. relazione al d. lgs. 9.1.2006, n. 5, *sub art.* 103. Secondo parte della dottrina (PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, 7° ed., Milano, 2008, 189 ss.), alla base vi era, tra le altre, l'idea del legislatore che il curatore - quale professionista in genere più esperto rispetto al giudice delegato sul piano economico, aziendalistico e finanziario - avrebbe potuto gestire in modo più adeguato, rispetto a un magistrato già carico di lavoro, il dissesto economico, soprattutto nella nuova prospettiva non soltanto esecutiva e liquidativa dei beni, ma recuperatoria e conservativa delle componenti positive dell'impresa.

⁶⁶ Secondo FABIANI M., *Legge fallimentare riformata e presunta competitività dell'impresa*, in *Foro it.*, 2006, V-8, I, 173 ss., «gli snodi nevralgici del nuovo fallimento sembrano però ubicati nelle disposizioni dettate in tema di organi»; l'Autore, al riguardo, constata la coesistenza di regole volte ad allineare il procedimento alle garanzie costituzionali e regole «eversive» con le quali sono stati sovvertiti i ruoli decisionali tra i vari organi preposti alla procedura.

soluzione dei conflitti endoconcorsuali»; ha ampliato la sfera di potere dei creditori⁶⁷, restituito nuovo impulso al comitato dei creditori, quale organo cui è affidato il compito di «effettuare le valutazioni sulla convenienza economica delle operazioni liquidatorie», con pareri, spesso vincolanti, e autorizzazioni⁶⁸.

Con riguardo al tema del reclamo di cui all'art. 26 e della relativa tutela giurisdizionale, la legge delega n. 80/2005 ha ommesso qualsivoglia puntuale indicazione in ordine ai principi e criteri ai quali il legislatore avrebbe dovuto attenersi. L'unico criterio, talmente generico da risultare «impalpabile»⁶⁹, può essere rinvenuto nella parte in cui si affida al legislatore delegato il compito di «semplificare la disciplina» attraverso «l'accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia»⁷⁰.

Il legislatore delegato, quindi, muovendo dall'evanescente contenuto della legge delega in tema di controllo sugli atti degli organi preposti al fallimento, si è determinato a riscrivere completamente la disciplina del reclamo contro i decreti del giudice delegato e a introdurre, quale autentica novità, la reclamabilità dei decreti resi dal tribunale⁷¹.

⁶⁷ V. ancora FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*.

⁶⁸ In arg., ID., *op. ult. cit.*, 177, secondo cui «l'affidamento di penetranti poteri di controllo, e, in buona sostanza, di direzione della procedura al comitato dei creditori, è una delle più significative scommesse fatte dal legislatore».

⁶⁹ Così, FERRI C., *Commento sub art. 26*, in JORIO A. (a cura di) e FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, I, 494 ss.

⁷⁰ V. art. 1, co. 6, lett. a), punto n. 1), della l. 14.5.2005, n. 80. Singolare previsione, d'altronde, sarebbe stata quella di una legge delega che avesse indicato al legislatore delegato di ispirarsi ai criteri della complicazione dei singoli procedimenti e della dilatazione dei tempi della procedura fallimentare: v. COSTANTINO G., *Profili processuali della delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, 9, 995; TRISORIO LIUZZI G., PAGNI I., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 403; PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, Milano, 2008, 131 ss.

⁷¹ Considerato, sino ad allora, un autentico tabù: FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, in JORIO A., FABIANI M. (diretto da e coordinato da), *Aggiornamento - Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 16 ss.; RIGHETTI E., *Gli organi della procedura*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 89; GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 82; MANTOVANI F., *Commento all'art. 26*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 215.

In entrambi i casi, poi, il reclamo, è esperibile a prescindere dalla natura del provvedimento impugnato⁷².

A tale ultimo riguardo, una rapida notazione: il legislatore, forse denotando una qual fretta nel chiudere i lavori della riforma, si è lasciato sfuggire, in sede di Relazione illustrativa (*sub* art. 23 l. fall.), la indicazione che al tribunale «viene attribuito il ruolo di organo deputato a decidere [...] i reclami avverso i *provvedimenti decisori* [corsivo nostro] del giudice delegato».

Nel prosieguo del lavoro cercheremo di verificare se tale fuggevole richiamo alla categoria dei «provvedimenti decisori» tradisca, nel legislatore della riforma, la consapevolezza e insieme il disagio di non aver districato e composto, tramite adeguate soluzioni, quel coacervo di problemi sotteso alla natura dei provvedimenti endofallimentari, che si auspicava potesse infine consegnarsi al passato.

4. L'art. 26 e il c.d. decreto correttivo della riforma fallimentare (d. lgs. 12 Settembre 2007, n. 169). Cenni introduttivi. - L'atteso intervento del legislatore, attuato con la riforma del 2006, parzialmente anticipata nel 2005, sembra avere risentito delle ragioni d'urgenza che ne hanno scandito le tappe: tant'è che nel breve volgere di un anno si è avvertita la necessità di apportare integrazioni e modifiche all'ancora recente disciplina.

A tale esigenza ha fatto seguito il d. lgs. 12 Settembre 2007, n. 169, ormai noto come il “correttivo” alla riforma, con il quale si è cercato di porre rimedio ad alcune criticità, quantomeno le più evidenti, prontamente rilevate dai primi commentatori⁷³.

⁷² SCARSELLI G., *Procedimento prefallimentare e procedimenti in camera di consiglio*, in *Foro it.*, 2006, V-8, 180; MACRÌ U., *I reclami endofallimentari*, in CELENTANO P., FORGILLO E. (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, 386.

⁷³ Il d. lgs. 12.9.2007, n. 169 è stato emanato in base all'art. 5 *bis*, introdotto nella l. n. 80/2005 dall'art. 1, co. 3, l. 12.7.2006, n. 228, di conversione del d.l. 12.5.2006, n. 173. Al legislatore delegato, quindi, era stato concesso il termine di un anno per «adottare disposizioni correttive e integrative» rispetto alle esigenze sorte con le prime applicazioni pratiche del d. lgs. n. 5/06. Sul decreto “correttivo”, v., tra gli altri, FABIANI M., *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 225; CECHELLA C., *Il Diritto Fallimentare Riformato*, cit., 3 ss.

Quanto alla disciplina del controllo sui decreti del giudice delegato e, ormai sin dal 2006, del tribunale, rinviando al prosieguo dell'esposizione per un'analitica disamina dei singoli elementi di novità, in questa sede anticipiamo che nel "correggere" il testo dell'art. 26 il legislatore sembra aver introdotto, tra le altre, talune significative emende.

CAPITOLO SECONDO

SOMMARIO: **1.** *Attualità di una distinzione e centralità dell'interprete. Valorizzazione di una categoria* - **2.** *Premessa metodologica* – **3.** *Provvedimenti a contenuto «ordinatorio»* - **3.1.** *(segue) il problema della revocabilità* – **3.2.** *(segue)... e quello della stabilità* - **3.3.** *(segue) il concorso tra reclamo e revoca. La revoca in senso proprio e improprio* – **3.4.** *(segue) ricorribilità per Cassazione dei provvedimenti ordinatori* - **3.5.** *(segue) impugnazione in sede contenziosa* - **4.** *Provvedimenti a contenuto «decisorio»* - **4.1.** *(segue) la irrevocabilità* - **4.2.** *(segue) il controllo di legittimità* – **4.3.** *(segue) il cuore del problema: la stabilità* – **4.4.** *(segue) il giudizio di rinvio* - **5.** *Provvedimenti «esecutivi» o «di liquidazione dell'attivo»* - **5.1.** *(segue) la revocabilità. Il concorso tra revoca e reclamo* - **5.2.** *(segue) la ricorribilità per cassazione* - **5.3.** *(segue) la stabilità* – **6.** *Provvedimenti cautelari* – **7.** *Provvedimenti inesistenti o “abnormi”.*

1. *Attualità di una distinzione e centralità dell'interprete. Valorizzazione di una categoria.* - La disciplina del reclamo precedente alla riforma, come ridisegnata dagli interventi della Suprema Corte e della Consulta, era caratterizzata dalla necessità di operare una preliminare distinzione, in seno ai provvedimenti «primari» del giudice delegato, tra quelli *decisori* e *ordinatori*⁷⁴; giacché, a seconda dell'esito di tale valutazione, si profilava un diverso e alternativo percorso processuale⁷⁵, destinato a concludersi con la pronuncia di un provvedimento «secondario»⁷⁶.

⁷⁴ Nel corso del presente lavoro, i provvedimenti pronunciati in prime cure dal giudice delegato o dal tribunale fallimentare saranno qualificati «primari», con ciò richiamando la terminologia di ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XVI, Milano, 1967, 370-372.

⁷⁵ V. *retro*, Cap. I, sub § 1.

⁷⁶ Atto «secondario», per dirla con ANDRIOLI V., *op. loc. ult. cit.*, la cui efficace locuzione sarà anch'essa utilizzata nel prosieguo dell'esposizione per indicare i provvedimenti che il tribunale fallimentare e ora (a seguito della riforma) anche la corte d'appello pronunciano in esito al reclamo di cui all'art. 26 l. fall.

All'apparente facilità di segnare, in astratto, la linea di demarcazione tra le due categorie di provvedimenti, faceva da contraltare, passando all'esame concreto, una costante incertezza e mutevolezza di soluzioni ermeneutiche in ordine alla riconducibilità della singola fattispecie concreta all'una o all'altra tipologia.

L'incerta linea di confine tra l'una e l'altra si scontava, inevitabilmente, in termini di precarietà sul piano della tutela giurisdizionale effettivamente accordata alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte; con ciò alimentando, com'era naturale, serrati e accesi dibattiti⁷⁷.

L'intervento del legislatore della riforma, scandito da una serie di tappe, ha infine presentato all'utente della giustizia, nel prodotto finale, un procedimento di reclamo - e più in generale una disciplina sul controllo degli atti del giudice delegato e del tribunale - che si propone di essere finalmente garantista, conforme ai principi costituzionali del giusto processo e ai relativi corollari⁷⁸.

⁷⁷ COSTANTINO G., *Profili processuali della delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, 9, 995 ss., rilevava - esaminando la delega di cui all'art. 1, co. 5 e 6, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con la l. 14 maggio 2005, n. 80 - che quanto ai procedimenti endofallimentari il legislatore delegato fosse chiamato a distinguere quelli diretti alla pronuncia di provvedimenti meramente ordinatori da quelli destinati a sfociare in provvedimenti decisori, come tali ricorribili per Cassazione ex art. 111, co. 7°, Cost., potendosi occupare, sulla base dei limiti della delega, soltanto di questi ultimi (che presuppongono una «controversia»). L'Autore aveva quindi tempestivamente segnalato che qualora il legislatore avesse conservato la commistione tra l'una e l'altra specie di procedimento, affidando all'estro del singolo interprete il compito di determinarne la natura e, tra gli altri, l'ammissibilità del ricorso per Cassazione contro il provvedimento finale, sarebbe venuto meno al mandato conferitogli dal legislatore delegante. L'A., pertanto, auspicava vivamente che il legislatore delegato non si esimesse dall'operare quella distinzione, né dal dettare per i procedimenti endofallimentari destinati a concludersi con provvedimenti decisori una disciplina specifica (potendo gli altri essere regolati dalle norme di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.).

⁷⁸ La Relazione illustrativa al d.lgs. n. 5/06, nella «ricerca di un modello unitario per le controversie endofallimentari», definiva il reclamo di cui all'art. 26 «dal punto di vista processuale, uno dei cardini dell'intero corpo normativo». La medesima Relazione precisava che rispetto all'impostazione del '42 - la quale privilegiava il modello c.d. «camerale» il cui riferimento normativo era dato dagli artt. 737 ss. c.p.c. - la riforma del 2006 aveva accordato preferenza, in linea con la giurisprudenza, al modello di «giurisdizione camerale» come «contenitore neutro», sede considerata idonea per i provvedimenti di c.d. «volontaria giurisdizione» e per quelli di natura «non contenziosa». Nonostante siffatti proclami, però, a distanza di appena un anno la disposizione recata dall'art. 26 è stata sostituita al fine di «rimodellare» il procedimento di reclamo «secondo uno schema uniforme di rito camerale» (cfr. Relazione illustrativa al d.lgs. n. 169/07, *sub* art. 3, comma 3°).

Il fatto che tale modello di reclamo sia destinato «a regolare la maggior parte dei conflitti che possono sorgere all'interno della procedura»⁷⁹, ha consentito a taluno di maturare il convincimento di poter prescindere, per il futuro, da quell'aspro (e molto spesso fallace) esercizio del dover discernere la natura, decisoria oppure ordinatoria, del provvedimento⁸⁰.

In effetti, il rilievo che sia stato previsto un unico procedimento “contenitore neutro”, il reclamo *ex art. 26*, idoneo a soddisfare, a livello di garanzie endoprocedimentali, anche le peculiari esigenze dettate dai provvedimenti che statuiscano su diritti soggettivi o *status* – e, quindi, il fatto che sia stato foggato un modello di reclamo idoneo a conoscere tanto delle situazioni sottese ai decreti decisori che di quelle sottese ai decreti ordinatori (o di diverso contenuto), e quindi di tutti i reclami contro i provvedimenti del giudice delegato o del tribunale, a prescindere dalla loro natura⁸¹ - è argomento che coglie appena una limitata prospettiva (quella del riesame impugnatorio) dei profili e implicazioni che si registrano intorno a quei provvedimenti: come tale, non ci sembra idoneo a inficiare l'assunto dell'attualità e indispensabilità della originaria distinzione⁸².

⁷⁹ Così, la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 5/06, *sub art. 26*.

⁸⁰ Alcuni Autori hanno affermato che la portata generale della reclamabilità avrebbe fatto venir meno ogni ragione di distinzione tra provvedimenti a contenuto decisorio e a carattere ordinatorio, eliminando «in radice la necessità di coltivare tipologie di distinzione tra tipi di provvedimenti reclamabili», sicché «oggi risulterebbe indifferente quale sia il contenuto del provvedimento, oltre che la posizione giuridica su cui va ad incidere» (MANTOVANI F., *Commento all'art. 26*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 214 ss.). Salvo poi diluire tale perentoria chiusura segnalando che «la distinzione tra le posizioni giuridiche coinvolte potrà mantenere un suo rilievo unicamente per la valutazione di quali siano le ipotesi in cui sia proponibile, all'esito del reclamo, il ricorso per cassazione» (MANTOVANI F., *op. loc. ult. cit.*). Superamento della necessità di operare il suindicato distinguo e contestuale riemersione della distinzione, ai limitati fini dell'art. 111 co. 7° Cost., convivono anche nella ricostruzione di altri Autori: v. MACRÌ U., *I reclami endofallimentari*, in CELENTANO-FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati*, cit., 386 ss., secondo cui «la distinzione interpretativa tra provvedimenti decisori e ordinatori sarebbe stata eliminata dal legislatore, e rilevarebbe solo ai fini del ricorso per cassazione».

⁸¹ Così, SCARSELLI G., *Procedimento prefallimentare e procedimenti in camera di consiglio*, in *Foro it.*, 2006, V-8, 181. *Contra*, CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti (parte seconda)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4, 1271 ss.

⁸² Un elemento indiziario di come quella distinzione taciuta a livello di disciplina fosse ben viva, con la congerie di problemi ad essa sottesi, nei lavori del legislatore, lo si può trarre, come anticipato, dalla medesima Relazione illustrativa al d. lgs. n. 5/06 (*sub art. 23*), nella quale si sottolinea che al tribunale è attribuito *il potere di decidere* i reclami contro i *provvedimenti decisori* del giudice

La premessa dalla quale muove il presente lavoro, dunque, è che l'indagine sul provvedimento sia non soltanto attuale, ma indispensabile per verificare la disciplina concretamente applicabile a ciascuna singola fattispecie. Un esame, quindi, che vada oltre il rilevante ma soltanto parziale problema dell'ambito di tutela dell'art. 111, co. 7°, Cost.

La più parte dei primi commentatori si è espressa nel senso che il silenzio serbato dal legislatore della riforma, con l'art. 26, imponga nuovamente all'interprete di cimentarsi con il tradizionale distinguo; per la verità, tra le molte implicazioni, l'attenzione è stata catalizzata, salvo talune notevoli eccezioni⁸³, soprattutto dalla ricorribilità o meno del provvedimento ai sensi dell'art. 111, co. 7°, Cost.⁸⁴

In linea con la dottrina dominante, dunque, si può reputare che quella esigenza, la quale in passato aveva indotto a misurarsi con la originaria (e travagliata) distinzione dei provvedimenti endofallimentari, mantenga la sua portata anche a seguito della riforma⁸⁵; e che

delegato. Tale presentazione, in effetti, sembra attagliarsi a un modello di reclamo foggato esclusivamente per i provvedimenti decisori (come invocava COSTATINO G., v. *retro*, sub nt. n. 77). Con ciò presupponendo quindi una distinzione operata a monte dal legislatore stesso. Ad alimentare tale ipotesi milita anche un elemento indiziario ulteriore, di carattere testuale: in questo modello di reclamo, predisposto a uso e misura dei soli provvedimenti che statuiscano su diritti o *status*, il tribunale «decide». Rispetto a tali premesse, quindi, notevole è l'impatto con il modello di reclamo *ex art. 26* consegnato all'interprete: il termine «decide» si stempera e cede a quello più neutro di «provvede» ed è, crediamo, il segno tangibile del passaggio, nei lavori preparatori, da quell'idea di procedimento speciale, ritagliato sui «decisori», a un modello più generale e uniforme. «Provvede», è di certo formula più adatta a indicare una fase deliberativa idonea a esprimersi ben oltre le statuizioni su diritti o *status*. La soluzione della riforma, quantomeno, risolve il problema della fase di accesso al reclamo, alleviando, almeno per tale segmento, il compito dell'interprete.

⁸³ Per una panoramica ad ampio spettro delle questioni e delle soluzioni correlate alla diversa natura del provvedimento, v., per tutti, RECCHIONI S., *Sub art. 26*, in CAVALLINI C. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 597 ss.

⁸⁴ Tra gli altri, PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, in PANZANI L. (diretta da), *La riforma fallimentare*, Milano, 2008, 144; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 156 ss.; ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, 92; MANTOVANI F., *Commento all'art. 26*, in FERRO M. (a cura di), *Disposizioni integrative e correttive - La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2008, 99; GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 87; NARDO G.N., *Commento all'art. 26*, in SANTANGELI F. (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, 141 ss.; FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 517; SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, cit., 993-996.

⁸⁵ Giacché taluni moniti sono rimasti inascoltati, v. COSTATINO G., *retro*, sub nt. n. 77.

pertanto debba essere riproposta la preliminare valutazione in ordine alla natura del singolo provvedimento (con buona pace degli interpreti).

Dinanzi alla irrisolta incertezza su quale regime di stabilità debba governare, tra gli altri, gli effetti del provvedimento “decisorio”, si potrà valutare l’eventuale utilità, a livello di chiarezza concettuale, di valorizzare appieno un’ulteriore categoria di provvedimenti, gli «esecutivi» o «di liquidazione dell’attivo», rimasta invero sino ad ora piuttosto accantonata.

La prospettiva nella quale ci si pone - senza alcuna pretesa di esaustività - mira a evidenziare come la diversa qualificazione del singolo provvedimento e, così, la diversa collocazione del medesimo nel novero dell’una o dell’altra categoria, si rifletta, e con quale tenuta e implicazioni, in punto di *stabilità*; in ultima istanza, quindi, quale sia, al riguardo, lo stato dell’arte della dottrina e della giurisprudenza.

A ben vedere, infatti, ci sembra che le maggiori criticità che il rinnovato sistema dei controlli pone all’interprete siano del medesimo segno di quelle che si ponevano già con la disciplina *ante* riforma. Ora, come allora, i problemi relativi alla individuazione, per ciascun tipo di provvedimento, del singolo regime di stabilità rispettivamente idoneo a governarne gli effetti, sollecita due ordini di esigenze, entrambe di coerenza.

Le prime, più pressanti, che sorgono su di un piano squisitamente endoconcorsuale, sono acuite dalla necessità di armonizzare, con il medesimo grado di stabilità, i risultati che derivano dalle diverse forme di tutela con le quali la legge fallimentare accorda protezione ai medesimi diritti e *status*: ci si muove, in questa indagine, nell’ambito di fenomeni contigui regolati all’interno dell’unitaria sfera fallimentare.

Le seconde, a cavallo tra la dimensione endoconcorsuale e quella di diritto comune: esigenze di coerenza dettate dalla responsabilità di tentare l’armonizzazione, anche qui in punto di stabilità dei risultati, tra le tutele endofallimentari e quelle ordinarie, allorché – le une e le altre - abbiano ad oggetto i medesimi diritti e *status*. Esigenze che si pongono, inevitabilmente, soltanto sul presupposto che alla sfera fallimentare sia riconosciuto carattere di specialità rispetto alla disciplina di diritto comune, di guisa che ragionando lungo l’asse che dal diritto *generale* declina a quello *speciale*, ci si muova intorno all’idea di *rapporto* tra le due dimensioni. Qualora, invece, si accedesse alla tesi secondo la quale il fallimento

configurerebbe un micro-cosmo *autonomo*, un micro-ordinamento ritagliato all'interno dell'ordinamento generale e rispetto ad esso indipendente, allora ci troveremmo dinanzi a un sistema chiuso, estraneo rispetto alla disciplina di diritto comune⁸⁶: in tal caso, è evidente, la segnalata *estraneità* tra i due sistemi, che si risolve nella negazione di un loro rapporto, renderebbe quell'esigenza di armonizzazione non tanto inutile, quanto concettualmente erronea.

Oggi, come prima, l'assoluto silenzio a livello di disciplina positiva rinvia completamente all'interprete di farsi carico di tale delicato impegno⁸⁷.

Ci sia consentito di mutuare, per il nostro *incipit*, le parole con le quali un grande Maestro, in chiusura invece di un proprio scritto, ha segnato la via della futura ricerca in ordine al problema di distinguere, all'interno dei procedimenti in camera di consiglio, i decreti con natura di atti contenziosi da quelli di volontaria giurisdizione: «Ritengo perciò che la ricerca, caso per caso, della natura del provvedimento abbia tuttora decisiva importanza per

⁸⁶ Per la concezione del sistema fallimentare come diritto speciale, come tale idoneo all'uso del magistero dell'analogia e inidoneo a consentire la enucleazione di principi generali dell'ordinamento, v. già ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XVI, Milano, 1967, 267. Ove invece si dovesse negare alla disciplina regolata dalla legge fall. il carattere di specialità rispetto alla disciplina generale di diritto comune, allora l'affermata *estraneità* indurrebbe a riconoscere al micro-sistema di norme fallimentari la potenzialità di esprimere proprie e autonome logiche, tarate su determinate classi di rapporti. Logiche autonome, con ciò idonee a esprimere principi organici, tali da assurgere, all'esito di un processo di consolidazione, a diritto generale di quelle classi e di una determinata materia: ossia, ad esprimere propri principi generali. Il diritto comune, allora, lungi dal porsi in termini di diritto generale, svuoterebbe il proprio ruolo a mera disciplina residuale, rispetto a quella, essa stessa generale, del micro-cosmo della legge fall. (v., per tutti, IRTI N., *L'età della decodificazione*, 3° ed., Milano, 1979). Per una impostazione del fenomeno fallimento alla stregua di *ordinamento processuale*, ossia come sistema nel quale le relative norme sostanziali trovano la disciplina della loro funzione, v. BRUNETTI A., *Lezioni sul fallimento*, Padova, 1937, 182 ss., il quale reputava che il fallimento fosse fenomeno che sfuggisse a essere ridotto in schemi preesistenti (invero, per lo più processuali), che mal gli si adattavano. Meglio sarebbe stato, secondo l'opinione di tale ultimo A. – fautore della tesi del micro-cosmo fallimentare come sistema autonomo e indipendente - elaborare una concezione che cogliesse il fallimento nella sua dimensione di sistema, o ancora meglio di ordinamento particolare, che riducesse ad unità un complesso di norme processuali.

⁸⁷ Il legislatore (secondo FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, in JORIO A., FABIANI M. (diretto da e coordinato da), *Aggiornamento - Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 31), neppure riscrivendo l'art. 26 con il "d. correttivo" «ha voluto cimentarsi sull'aspro terreno della impugnabilità del decreto. Deve ripetersi quindi che la soluzione non può essere presa in astratto, ma presuppone che si vada a identificare la natura del provvedimento».

assoggettarlo, a seconda delle conclusioni raggiunte, al principio del giudicato o a quello ben diverso della revocabilità stabilito dall'articolo 742 cod. proc. civile»⁸⁸.

2. Premessa metodologica. – A seguito della riforma di cui al “d. correttivo” (d. lgs. n. 169/07), ci sembra che i tradizionali e laceranti dissidi in ordine alle garanzie interne al procedimento di reclamo regolato dall'art. 26 possano infine considerarsi composti, atteso che oggi a tale modello può essere riconosciuta l'attitudine a ospitare (anche) una cognizione piena, non ordinaria quanto piuttosto speciale, su diritti soggettivi o *status*, quindi in linea con i principi del “giusto processo” anche fallimentare⁸⁹.

Crediamo, pertanto, che le maggiori criticità poste oggi dalla disciplina del reclamo *ex art 26* siano quelle che essa proietta, prima e dopo l'esperimento del mezzo, al di fuori della sfera strettamente procedimentale, precisamente sul piano della stabilità dei provvedimenti (sia quelli «primari», che quelli «secondari»).

D'altronde, situazioni soggettive difformi, pur convogliate nel procedimento «uniforme», danno esito, di necessità, a provvedimenti di contenuto difforme, che esigono regimi di stabilità altrettanto difformi. Sicché, la pluralità di situazioni soggettive che il legislatore ha inteso canalizzare attraverso la disciplina uniforme dell'unico procedimento di reclamo, riemerge, in tutta la sua varietà di profili e questioni, una volta pronunciata la decisione. Pertanto, la semplice previsione di un unico procedimento di reclamo per la tutela di (quasi) tutti i provvedimenti endofallimentari, assicura la uniformità appena per un

⁸⁸ Così, LIEBMAN E.T., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio*, ripubblicato in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 454, in conclusione di una nota all'ord. 17.12.1947 della corte d'appello di Milano.

⁸⁹ Verosimilmente, tuttavia, tale attitudine non poteva riconoscersi al modello precedente, di cui alla riforma operata con d. lgs. n. 5/06, atteso che tale procedimento si snodava intorno al potere del giudice (tribunale o corte d'appello) «di assumere, anche d'ufficio, le informazioni ritenute necessarie», formula la cui latitudine aveva restituito nuova linfa alla corrente di pensiero contraria a ogni forma di “cameralizzazione” su diritti (cfr. art. 26, 9° co., in vigore dal 16.07.2006 al 31.12.2007). Per la tesi della persistente inidoneità del procedimento di reclamo, anche nella versione “corretta” del 2007, a ospitare un'adeguata tutela dei diritti soggettivi, v. CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti (parte seconda)*, cit., 1271 ss.

segmento, lasciando fuori di sé - cioè sia prima, che dopo di sé - la medesima difformità di situazioni soggettive, le quali esigono, ciascuna, un peculiare regime che si confaccia a ognuna di esse.

Potremmo dire che oggi le maggiori insidie, anche a livello di implicazioni sistematiche, non siano racchiuse all'interno del procedimento di reclamo, quanto collocate fuori di esso, vale a dire prima e dopo il procedimento. Una rassegna di siffatti problemi, per quanto rapida, per aspirare a un minimo di ordine potrebbe articolarsi secondo il seguente piano di lavoro.

In primo luogo, si pone l'esigenza di individuare il contenuto del singolo provvedimento «primario» del giudice delegato o del tribunale, astrattamente reclamabile; tale esame – come visto reputato da taluni ormai superato per via della riforma, che ha convogliato nel reclamo *ex art. 26*, salvo le eccezioni, qualunque doglianza contro qualunque provvedimento endofallimentare – crediamo invece debba mantenere una sua valenza, che si apprezza non tanto ai fini del diverso procedimento di reclamo cui accedere (se non per quanto si dirà sui provvedimenti “abnormi”), quanto su altri e rilevanti profili.

Segnatamente, in punto di revocabilità e modificabilità del provvedimento: tale analisi, condotta per ciascuna tipologia, consente di esaminare il problema della stabilità del provvedimento «primario» nella sua globalità (con ciò ribadendo il carattere soltanto parziale, in tale ottica, della sola problematica impugnatoria). Si vedrà, quindi, come le conclusioni che possono trarsi in ordine alla revocabilità di ciascun tipo di provvedimento riflettano – e non potrebbe essere diversamente – le caratteristiche del provvedimento stesso, confermando la utilità, a livello concettuale, della insistenza sulla distinzione dei provvedimenti, anche di quelli «primari» (e non solo di quelli «secondari», dunque).

Quale corollario, si profila la ulteriore indagine - da condurre anch'essa per ciascuna tipologia di provvedimento - dell'eventuale concorso tra il mezzo del reclamo e, ove configurabile, della revoca.

In secondo luogo, si pone l'esigenza di individuare il contenuto del singolo provvedimento «secondario» reso dal tribunale o dalla corte d'appello in esito al reclamo: siffatta indagine va ben al di là della semplice necessità di verificare se il singolo

provvedimento sia o meno ricorribile *ex art. 111, 7° co., Cost.*, atteso che tale profilo, come anticipato, coglie solo una parte delle questioni connesse alla pronunzia del provvedimento. Di là di tale aspetto, comunque meritevole di attenzione, si pone il problema, al pari dei provvedimenti «primari», della revocabilità e, così, dell'eventuale concorso tra i due mezzi.

In terzo luogo, si proverà infine a delineare il regime di stabilità proprio di ciascuno dei singoli tipi di provvedimenti «secondari». L'esame dei singoli regimi di stabilità si snoderà nel senso di rinvenire, in assenza di una disciplina specifica, un ventaglio di soluzioni astrattamente configurabili e, tra di esse, si additeranno quelle reputate più adeguate – o alle quali sia necessario accordare preferenza – in relazione ai diversi piani di coerenza sistematica che andranno emergendo.

Quanto, infine, alla eterogenea e variegata pluralità di provvedimenti endofallimentari, se prescindiamo da quelli “abnormi” (*infra, sub § 7*), rileviamo che essi possono essere compendati all'interno della seguente griglia tipologica, che vale a segnarne anche il successivo ordine di esposizione: provvedimenti ordinatori (§ 3), decisori (§ 4), esecutivi (o di liquidazione dell'attivo, § 5) e cautelari (§ 6)⁹⁰.

3. Provvedimenti a contenuto «ordinatorio». - È pacificamente riconosciuto che tanto al giudice delegato quanto al tribunale fallimentare sia attribuito, tra gli altri, il potere di pronunziare provvedimenti «primari», qualificabili come ordinatori⁹¹.

È altrettanto acquisito che il tribunale e la corte d'appello, provvedendo in esito al reclamo *ex art. 26* sui provvedimenti emessi, rispettivamente, dal giudice delegato e dal tribunale, possano pronunziare provvedimenti, «secondari», di contenuto anch'esso ordinatorio.

⁹⁰ Tale suddivisione si muove, in buona sostanza, sulla scia di quelle già tracciate da FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato e l'art. 26 della legge fallimentare*, cit.; RICCI E.F., *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 93 ss.; SATTA S., *Diritto fallimentare*, 2° ed., cit.

⁹¹ E sui quali v. già *retro, sub Cap. I, nt. 23*.

Ebbene, è stato precisato - nella dottrina e giurisprudenza spintesi al di là della “mera efficacia endoconcorsuale”⁹² - che la base teorica dei provvedimenti che all’interno della peculiare sfera fallimentare sono qualificati comunemente come «ordinatori», sia da ascrivere al fatto che essi, al di fuori del suindicato contesto concorsuale, sono definiti abitualmente come provvedimenti «di giurisdizione volontaria»⁹³.

⁹² V., fra le tante, Cass., n. 4475 del 2003. Discorso a parte, infatti, meritano quei provvedimenti che sono abitualmente denominati “ordinatori” soltanto a seguito di un’operazione di definizione in negativo, nel senso che sono ricondotti a tale categoria, dai teorici e dai pratici, per la semplice ragione che non si è riusciti ad ascriverli nelle altre; sotto tale aspetto, è agevole cogliere il carattere di *residualità* che denota la categoria in esame, il quale naturalmente determina opacità e si riflette e si sconta sul piano della certezza dell’ambito di applicazione e, quindi, della tutela. Tra i provvedimenti solitamente ricondotti nella categoria in esame, per la semplice ragione che “non producono effetti al di fuori della sfera fallimentare” e “non incidono su diritti”, vi sono, ad esempio, quelli di carattere intermedio, con i quali il giudice delegato regola il procedimento che si svolge dinanzi a sé e la relativa istruzione.

⁹³ In tal senso, fra gli altri, BRUNETTI A., *Lezioni sul fallimento*, cit., 193; BIANCHI D’ESPINOSA L., *Provvedimenti di «volontaria giurisdizione» in materia fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 193 ss., 198; ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, cit., 370-372; BONGIORNO G., *I provvedimenti del tribunale fallimentare*, Milano, 1979, 310; SILENZI L., *Revocabilità dei provvedimenti del Tribunale fallimentare ed altre note a margine di un caso concreto*, in *Monit. Trib.*, 1967, 178; MARTINETTO G., *I reclami contro i provvedimenti del giudice delegato e contro gli atti di amministrazione del curatore*, cit., 325 ss.; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 158 ss. In giurisprudenza, Cass., n. 26 del 1946; Cass., n. 1644 del 1953; Cass., n. 3310 del 1955; Cass., n. 3130 del 1958; più di recente, Cass., n. 10868 del 1994. Come noto, la letteratura in tema di giurisdizione volontaria è sconfinata, sicché in questa sede ci limiteremo a taluni rimandi di carattere generale: v., tra gli altri, FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953; ID., *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XIX, 1970, 330 ss.; MONTESANO L., *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989; MICHELI G.A., *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 526 ss.; ID., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, 981 ss.; LIEBMAN E.T., *Impugnazione in sede contenziosa del provvedimento di giurisdizione volontaria*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 445 ss.; ID., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio*, in ID., *Problemi del processo civile*, cit., 448 ss.; ID., *Nuove questioni sulla revoca dei decreti «volontari»*, nota ad App. Milano 30 aprile 1957, in ID., *Problemi del processo civile*, cit.; CARNACINI T., *Le norme sui procedimenti di giurisdizione volontaria: come nacquero e come riformarle*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 593 ss.; COLESANTI V., *Variazioni sul tema dell’efficacia dei provvedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 121 ss.; ALLORIO E., *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, ripubblicato in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 3 ss.

Inoltre, la tradizionale e risalente “natura camerale” del procedimento di reclamo *ex art. 26* (a cognizione sommaria, però), è stata riaffermata dal legislatore della riforma, sebbene su basi di novità⁹⁴.

Il nesso, appena evidenziato, che lungo lo scosceso crinale degli effetti del provvedimento risale sino alla natura del potere che lo esprime, si rinsalda sotto un ulteriore, rilevante profilo.

Si consideri, infatti, che la relazione che stringe e avvince la peculiare dimensione fallimentare alla disciplina di diritto comune corre lungo due binari, spesso sovrapposti e di non facile individuazione.

Il primo: quello della natura del provvedimento e del potere che lo esprime, qualificabili «di giurisdizione volontaria» nell’un caso e nell’altro.

Il secondo: quello del procedimento, quale sede nelle cui pieghe quel potere si svolge, culminante nella emissione del provvedimento.

A ben vedere, però, a fronte dei numerosi riferimenti al “rito camerale” contenuti nelle Relazioni illustrative alle riforme fallimentari del 2006 e del 2007, rileviamo che l’attuale disposizione recata dall’art. 26 contiene un unico accenno testuale alle “forme camerali”: il 1° comma, infatti, dispone che il tribunale o la corte d’appello «provvedono in camera di consiglio»⁹⁵.

Una prima criticità, pertanto, si annida nella locuzione «provvedono in camera di consiglio»: vale a dire sulla idoneità di tale indice testuale ad affermare, per ciò solo, la natura camerale del procedimento e a richiamare, così, tramite il meccanismo di rinvio di cui all’art.

⁹⁴ Inserendovi i principi del giusto processo: con attitudine, secondo la dottrina dominante e a seguito del “d. correttivo”, a una cognizione piena, anche se non ordinaria quanto piuttosto speciale, comunque di carattere non sommario (*v. amplius, sub Cap. III*).

⁹⁵ La dottrina, al riguardo, muovendo dalla distinzione fra procedimenti in camera di consiglio in senso proprio e quelli che si pongono invece come sedi di attività giurisdizionali interne al processo di cognizione, ha rimarcato come la locuzione «camera di consiglio», di per sé, fosse in realtà priva di significato e inadatta ad assurgere a nota caratterizzante a fini ricostruttivi: cfr. CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, 1, nt. 1. Già CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, III ed., Napoli, 1923, 314, insegnava che la formula «camera di consiglio» equivaleva soltanto a dire «senza trattazione alla pubblica udienza».

742 *bis* c.p.c., la disciplina generale comune recata dagli artt. 737-742 c.p.c., che regge (seppure in via residuale, ove non diversamente disposto) tutti i procedimenti in camera di consiglio⁹⁶.

Un secondo aspetto problematico involge la controversa portata di tale eventuale richiamo: se cioè si debba propendere per l'applicazione integrale della disciplina degli artt. 737-742 c.p.c.⁹⁷, oppure si debba di volta in volta segnare il limite di applicabilità a quelle sole norme compatibili con la disciplina richiamante⁹⁸.

Vi sono procedimenti camerale che ospitano materie di volontaria giurisdizione: qui il rapporto tra quelli e queste è originario, l'adesione astrattamente integrale, salvo norme derogatorie delle fonti richiamanti, dettate però da esigenze diverse legate alla specifica disciplina.

Ma i procedimenti camerale ospitano anche materie contenziose, per precisa scelta del legislatore⁹⁹: qui il rapporto fra i primi e le seconde è imposto, e come tale la commistione tra forme camerale e materie contenziose necessita di adattamenti e verifiche di compatibilità.

⁹⁶ In senso favorevole all'applicabilità degli artt. 737 ss. c.p.c. ai provvedimenti ordinatori endofallimentari, ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, cit., 370-372. Sul rischio che l'art. 742 *bis* c.p.c. potesse consentire una indistinta estensione del procedimento camerale a prescindere dall'oggetto del giudizio: ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1957, 504 ss.; CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 460 ss.

⁹⁷ In tal senso, MICHELI G.A., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, cit., 981 ss.

⁹⁸ Secondo ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, cit., 370-372, la specialità del contesto fallimentare impone all'interprete di ridurre al minimo il margine di utilizzazione di tali norme. Margine la cui modestia della misura, però, vista la rilevanza dell'art. 742 c.p.c., non va certo a discapito della qualità.

⁹⁹ E non da poco tempo: CHIOVENDA G., *Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti emessi dal Tribunale in base all'articolo 153 del Codice di commercio*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, 1993, 311 ss., e v. anche ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., 313 ss., rilevava che la disposizione recata dall'art. 778 del Codice di rito civile del 1865 - la prima del Libro III, sui "vari procedimenti speciali" - muovendo dal condiviso assunto della non necessaria coincidenza tra i provvedimenti di giurisdizione volontaria e i procedimenti in camera di consiglio, disponeva: «Si provvede in camera di consiglio: 1. in materia di giurisdizione volontaria, salvo che la legge stabilisca diversamente; 2. nelle altre materie da trattare senza contraddittore; 3. negli altri casi determinati dalla legge» (ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 425 ss., al riguardo, precisava come il Codice di rito del '42 avesse in comune con la corrispondente parte di quello del 1865 la sola rubrica del Capo: ma difettava, però, di una norma analoga per contenuto all'art. 778 di quel Codice). L'Autore avvertiva, quindi, che sarebbe

Quanto al procedimento di reclamo regolato dall'art. 26 l. fall., esso è deputato a conoscere – come già anticipato - tanto materie di volontaria giurisdizione, che contenziose.

Sicché, in linea con l'opinione dominante, possiamo affermare che l'applicazione delle norme di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. debba vedere regolata la propria misura e modulata la propria intensità, alla stregua del seguente criterio: a seconda, cioè, che il procedimento *ex art.* 26 ospiti, nel singolo caso, l'una o l'altra materia.

In caso il reclamo abbia a oggetto materie di volontaria giurisdizione, e si concluda quindi con provvedimento ordinatorio, il richiamo agli artt. 737 ss. c.p.c. potrebbe astrattamente essere integrale, salvo previsioni derogatorie contenute nella stessa fonte richiamante (l'art. 26)¹⁰⁰.

Qualora invece il reclamo *ex art.* 26 abbia a oggetto materie che esulano dalla volontaria giurisdizione, come nel caso di materie contenziose (che si concludono con provvedimenti decisori e definitivi), il richiamo alle norme recate dagli artt. 737 ss. c.p.c. dovrà essere rimesso alla prudente valutazione dall'interprete, il quale sarà chiamato a esprimere un giudizio di compatibilità tra ciascuna delle norme astrattamente richiamate e la

stato «un volgare errore» confondere le materie che si trattano in camera di consiglio con le materie di giurisdizione volontaria, data la previsione di procedimenti speciali di giurisdizione contenziosa, nei quali la legge, «per riguardo alla natura del rapporto», preferisce in tutto o in parte (ad es. per la sola deliberazione sulla decisione) la trattazione in camera di consiglio in luogo di quella in pubblica udienza. Sicché occorre distinguere tra affari contenziosi (che hanno per substrato l'esistenza di un conflitto; il cui solo carattere costante, perché derivante dalla sua stessa finalità, è la presenza di due parti: l'una che chiede il provvedimento, l'altra contro cui è chiesto. Ma né il contraddittorio, né il dibattito sono essenziali al procedimento contenzioso, basti pensare ai provvedimenti emessi *inaudita altera parte*) soggetti a procedimenti speciali e gli affari della volontaria giurisdizione: che quindi non inganni l'utilizzo, in entrambi i casi, di ricorsi, di deliberazioni in camera di consiglio, di decisioni con forma di decreti, poiché tutti elementi solo esteriori e non caratteristici.

¹⁰⁰ Le disposizioni compendiate negli artt. 737-742 c.p.c. governano in via generale la disciplina dei procedimenti che si devono concludere con provvedimenti di giurisdizione volontaria: e ciò, sia per la diffusione che di esse assicura l'art. 742 *bis* c.p.c., sia perché il Codice di rito, in virtù di quanto stabilito all'art. 1, è legge generale dei procedimenti in cui si attuano funzioni dei giudici civili (così: MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 593; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 20 ss.), e quindi anche in sede fallimentare.

disciplina richiamante - che regolerebbe, nella specie, materie contenziose - misurandone i risultati interpretativi sul piano delle diverse implicazioni¹⁰¹.

Il fatto poi che la medesima struttura procedimentale dell'art. 26 l. fall. sia stata foggata per ospitare, di volta in volta, materie così diverse, induce a svolgere un'ulteriore osservazione, in ordine a un aspetto della relativa disciplina, che si rivela a ben vedere più congeniale alle esigenze dettate dalle materie contenziose rispetto a quelle delle materie ordinarie-volontarie: notiamo, infatti, che il decreto «primario» impugnabile con il reclamo “camerale” ex art. 26 è *provvisoriamente esecutivo* (e il reclamo non ne sospende l'esecuzione).

Quanto, invece, al reclamo camerale ex art. 739 c.p.c., rileviamo che esso è deputato a conoscere di provvedimenti resi in prime cure in sede di camera di consiglio, i quali, per espressa volontà di legge (art. 741 c.p.c.), acquistano di regola *efficacia* soltanto una volta che sia decorso il termine per il reclamo (salvo anticipazioni per urgenze).

Sicché, nel caso di decreto del giudice delegato o «primario» del tribunale, reclamabile ex art. 26, la possibilità dell'immediata efficacia “esecutiva” che la legge astrattamente accorda, con la mera emanazione, a tale provvedimento, è indice significativo - e sintomatico della precedente notazione - atteso che l'esecuzione provvisoria di cui la legge munisce il decreto è istituto proprio della giurisdizione contenziosa¹⁰².

¹⁰¹ Sebbene il procedimento in camera di consiglio in certi casi, ossia per alcune materie contenziose, si faccia preferire perché «più pronto e circondato da minori forme, solennità, nullità», ciò non toglie (secondo l'autorevole insegnamento di CHIOVENDA G., *Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti emessi dal Tribunale in base all'articolo 153 del Codice di commercio*, cit., 311 ss. e v. anche ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., 313 ss.) che rispetto al processo ordinario di cognizione «la sostanza del provvedimento che dirime la controversia resti immutata: decreto e sentenza hanno in questi casi la medesima importanza; provengono dal collegio, sono deliberati e motivati ad un modo, hanno identico contenuto, tranne le differenze di forma, le quali non impediscono che entrambi possano ad un modo *transire in vim iudicati*». Ne discende, per l'Autore, che «il decreto stia in luogo e in forza di sentenza».

¹⁰² CHIOVENDA G., *Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti emessi dal Tribunale in base all'articolo 153 del Codice di commercio*, cit., 316.

E l'esecuzione provvisoria presuppone necessariamente un provvedimento positivo emanato in un conflitto di parti, un vincitore interessato a eseguirlo, un soccombente interessato a impugnarlo¹⁰³.

Tali questioni, evidentemente, si pongono per i provvedimenti ordinatori «secondari», i quali sono pronunciati a conclusione del procedimento di reclamo *ex art.* 26.

Tuttavia, occorre dare conto di un ulteriore snodo problematico che potrebbe avere notevoli implicazioni e che riguarda, in linea generale, i provvedimenti «primari» emessi dal giudice delegato e dal tribunale: quelli, per intenderci, reclamabili a norma dell'art. 26.

Occorre ragionare, in particolare, se tali provvedimenti «primari», che potrebbero avere contenuto anche diverso da quello di volontaria giurisdizione, presuppongano a monte sempre e comunque un procedimento, o se possano darsi casi di provvedimenti senza procedimenti¹⁰⁴.

La questione, forse, potrebbe essere meno peregrina di quanto possa apparire di primo acchito¹⁰⁵.

Si pensi, a mero titolo di esempio, al caso dei provvedimenti «primari» di nomina (afferenti, questi, alla volontaria giurisdizione): ci si chiede se per essi sia sempre e comunque previsto a monte un procedimento, e se, in talune ipotesi, esso sia anche soltanto configurabile¹⁰⁶.

¹⁰³ ID., *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁴ Di norma, il «provvedimento» di un organo pubblico – cioè l'atto con cui esso emana, nell'ambito della propria competenza, una disposizione imperativa – costituisce la conclusione di un «procedimento», l'atto finale del medesimo (FAZZALARI E., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, 1970, 819 ss.). Nel senso, quindi, che la legge in tanto attribuisce validità e/o efficacia al provvedimento, in quanto esso sia preceduto da una serie di attività in senso lato preparatorie previste dalla legge stessa. E il procedimento è individuato, solitamente, in relazione all'atto finale cui mette capo.

¹⁰⁵ La dottrina, in effetti, sembra non coltivare particolari dubbi in ordine al fatto che il provvedimento reclamabile *ex art.* 26 sia preceduto in ogni caso da un vero e proprio procedimento; ad es., PAGNI I., *Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare (e le nuove regole della tutela giurisdizionale)*, in *Fall.*, 2007, 2, 140 ss., parla di «due gradi di merito (così sarà anche per i provvedimenti del tribunale, che ne conoscevano uno soltanto)» e uno, finale, di legittimità per i soli provvedimenti decisori.

¹⁰⁶ Per interessanti spunti sul tema degli atti senza procedimento, v. GRASSO E., *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 35 ss.

Qualora, in effetti, tale indagine fornisca riscontri positivi - in ordine all'assenza o alla non configurabilità per alcuni atti «primari», astrattamente anche esulanti la volontaria giurisdizione, di un previo procedimento - ciò indurrebbe a ponderare con cautela una eventuale assimilazione, in punto di disciplina applicabile, di tali atti a quelli effettivamente emessi in esito a un procedimento di prime cure. In particolare, tale rilievo indurrebbe a ponderare con ancora maggiore attenzione l'assimilazione dei primi ai secondi in punto di efficacia e di stabilità del provvedimento «primario». L'atto asseritamente pronunciato senza un previo procedimento, ancor più se esulante le materie volontarie, dovrebbe rinvenire la propria legittimità esclusivamente nella previsione dell'aggancio, eventuale e rimesso a chi ne abbia interesse, alla successiva fase a cognizione piena (speciale) del reclamo *ex art. 26*, atteso che anche la c.d. trasformabilità presuppone, per essere tale, lo svolgimento di un previo procedimento, ancorché sommario, che sia suscettibile di «convertirsi», su istanza di chi ne abbia interesse, in una successiva fase, soltanto eventuale, a cognizione piena¹⁰⁷.

Si consideri, inoltre, che qualora vi fosse un atto primario emesso senza un previo procedimento, dovremmo anche prescindere da una domanda di parte, la quale reca con sé l'esigenza che sia accordata una determinata tutela a un'altrettanto determinata situazione soggettiva¹⁰⁸: pertanto, avremmo un provvedimento emesso a prescindere e in assenza di una

¹⁰⁷ Si pensi, a mero titolo di esempio, al decreto di chiusura della procedura di fallimento. Al riguardo, l'art. 119 l. fall. prevede che tale decreto possa essere pronunciato dal tribunale anche soltanto «d'ufficio»: quindi, a prescindere da un previo procedimento e da una istanza di parte (ancorché l'esercizio officioso di tale potere sia comunque governato, nei presupposti, dai «casi di chiusura» di cui all'art. 118 l. fall.). A tale decreto, reclamabile a norma dell'art. 26, è pacificamente riconosciuta natura *decisoria*: da tale premessa consegue che, in caso di mancato reclamo, si avrà un provvedimento decisorio, come tale contenente statuizioni su diritti soggettivi o *status*, pronunciato senza un previo procedimento e senza domanda di parte. Va da sé, quindi, che inevitabilmente ampie riserve si appuntano sulla stessa idoneità, di siffatto provvedimento, a «statuire su diritti o *status*». Non di meno, il fatto stesso che una determinata stabilità (quale che sia) sia accordata a tale decreto decisorio, ove non reclamato, ci sembra sia ulteriore segno della grave incertezza e ambiguità nella quale ancora ci si muove.

¹⁰⁸ La domanda di parte costituisce – nei casi in cui non concorra con l'iniziativa di ufficio – il presupposto indefettibile per l'attività del magistrato (FAZZALARI E., *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XIX, s.d., 339 ss.). Anche nei procedimenti in camera di consiglio trova applicazione il *principio della domanda* (istanza di soggetto privato o richiesta del P.M.), com'è agevole desumere anche dalla norma di cui all'art. 737 c.p.c. e dalla relativa rubrica (ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 434; FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova,

domanda di tutela. Mancando la domanda di parte, mancherebbe l'accertamento, anche solo sommario, su tale domanda e sulle esigenze di tutela che essa pone: il provvedimento emesso, e il punto si rivela nodale, non sarebbe quindi un atto a tutela di parte, ossia a tutela di un interesse individuale, ma necessariamente un atto a tutela di un interesse sovraindividuale e generale.

Si noti, al riguardo, che un attento esame della disciplina delineata dall'art. 26 rivela che essa pur contenendo, per un verso, l'esplicito riferimento a un decreto c.d. primario - peraltro già «esecutivo» - che si vuol fare oggetto di reclamo, tuttavia, per altro verso, prescinde completamente, però, dal fatto che precedentemente si sia svolto o meno un procedimento («di primo grado»); prescinde, inoltre, nel segnare l'ambito soggettivo della legittimazione al reclamo, tanto dal concetto di «parti» di un precedente procedimento, che da quello di «soccombenza», dovendosi tale concetto misurare nel raffronto tra «domanda di parte» e contenuto del provvedimento; prescinde, infine, dal fatto che un precedente procedimento sia stato avviato «su istanza di parte» e che in quella sede siano state formulate una o più «domande di parte».

Certamente, se quanto appena esposto può non sollecitare problemi particolari con riguardo ai provvedimenti ordinatori - o a quelli esecutivi, per i quali il reclamo opererebbe alla stregua di opposizione *ex art. 617 c.p.c.* - tale scenario non è in alcun modo ipotizzabile allorché si tratti di provvedimenti che statuiscano su diritti o *status*: in tali casi, non possono essere elisi elementi quali un procedimento, seppure in forme camerali e sincopate, avviato su istanza di una parte che con la propria domanda chieda concedersi una tutela giurisdizionale, e, infine, una decisione e una soccombenza.

Quanto al novero dei provvedimenti ordinatori endofallimentari, la riforma ha fatto registrare drastiche riduzioni, qualitative e quantitative.

1953, 74; MICHELI, *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, cit., 984). Vi sono poi taluni casi (FAZZALARI E., *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, cit., 339 ss.) - che tuttavia esulano dal novero di quelli oggetto del presente lavoro - espressamente previsti dal legislatore, nei quali l'attività del giudice non è necessariamente correlata a una domanda, ma si svolge anche *d'ufficio* (v. ad es., artt. 303, 336 u.c., 361, 397 co. 2°, cod. civ.), o a seguito di presentazione di «denunce» o «comunicazioni» (345 cod. civ.).

Il legislatore della riforma è intervenuto con la finalità, esplicitata, di scindere il più possibile la funzione gestoria degli organi preposti al fallimento, oggi sostanzialmente eccezionale, da quella decisoria sulle controversie, tipica, accentuando la posizione di terzietà del giudice e la sua imparzialità.

A seguito della riforma, quindi, il tribunale fallimentare, seppur formalmente qualificato come vertice del controllo sulla procedura¹⁰⁹, tende a essere abbastanza scollato dalla gestione della medesima: il controllo di merito puro, prima esercitato sugli atti di straordinaria amministrazione attraverso i poteri di autorizzazione di cui all'art. 35 l. fall., è venuto meno, residuando una competenza di sola legittimità¹¹⁰.

Al giudice delegato residuano il potere di controllo specifico degli atti e quello autorizzatorio delle cause, con un ruolo di supervisione di non semplice esecuzione e con il tradizionale ruolo di accertamento dei crediti¹¹¹.

Da una rapida panoramica dei provvedimenti che la giurisprudenza e la dottrina, non senza contrasti e incertezze, hanno nel tempo qualificato come ordinatori, rileviamo che a tale categoria è stata ascritta una pluralità di situazioni, anche eterogenee¹¹²: quasi tutte avvinte, però, dall'essere promanazione di poteri afferenti la c.d. volontaria giurisdizione¹¹³.

Quanto al contenuto dei singoli provvedimenti, esso è come sempre fissato dalla singola norma: potrà darsi il caso di una descrizione compiuta del contenuto, oppure la legge

¹⁰⁹ Ma in ordine a tale assunto andrà verificato il ruolo che assumerà la corte d'appello, anche quale giudice sugli atti del tribunale.

¹¹⁰ PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, 7° ed., Milano, 2008, 193 ss.

¹¹¹ ID., *op. loc. ult. cit.*

¹¹² Come anticipato, la categoria in esame si atteggia a essere, tra le altre, quella di carattere residuale, sicché si è soliti sussumervi anche quei provvedimenti che non si è riusciti a collocare altrove.

¹¹³ CHIOVENDA G., *Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti emessi dal Tribunale in base all'articolo 153 del Codice di commercio*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, 1993, 311 ss. e v. anche ID., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, III ed., Napoli, 1923, 313 ss., secondo cui la distinzione tra atti di giurisdizione contenziosa e di giurisdizione volontaria andrebbe operata facendo leva sulla sostanza, piuttosto che sulla forma: nei secondi il giudice è chiamato a *supplire e integrare* capacità giuridiche difettose, a cooperare alla *formazione* di stati giuridici, o allo *svolgimento* del commercio giuridico (con omologazioni, legalizzazioni, etc.); nei primi, ad *attuare diritti*, ad accertare e riparare l'infrazione di *doveri* giuridici di parti verso parti.

potrà affidarne la determinazione, in tutto o in parte, al potere del giudice, indicandogli le finalità da perseguire come adeguato mezzo di tutela e vincolando così il medesimo giudice all'interesse predeterminato e sotteso alla norma¹¹⁴.

Ci si imbatte, così, in provvedimenti d'integrazione di poteri¹¹⁵, controlli di mera legittimità e valutazioni di opportunità per la regolazione concreta delle fasi della procedura concorsuale e per la gestione di interessi devoluta al giudice¹¹⁶. In particolare, provvedimenti del giudice delegato e del tribunale a contenuto autorizzatorio o di diniego di autorizzazioni¹¹⁷; provvedimenti resi in materia di revoca delle autorizzazioni¹¹⁸; decreti di nomina, revoca o sostituzione degli organi della procedura¹¹⁹ e tra questi, in particolare, di

¹¹⁴ FAZZALARI E., *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, cit., 335 ss.

¹¹⁵ A compiere atti negoziali, così integrando la relativa fattispecie costitutiva. Ipotesi superata però dalla riforma.

¹¹⁶ La nota caratterizzante delle funzioni esercitate dal giudice è qui pura gestione di interessi, sicché situazioni di diritti e di *status* potrebbero rilevare o perché sono il presupposto dell'attività di gestione o perché su di esse incide tale attività – revoche degli organi - ma mai accertamento previo o tantomeno l'incisione di tali situazioni.

¹¹⁷ I quali sottendono valutazioni di opportunità in ordine a un negozio o a un affare. In giurisprudenza, Cass., n. 13288 del 2004. Tra di essi: le autorizzazioni al curatore a promuovere le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori della società, ovvero contro i soci della società a r.l. *ex art.* 146 l. fall. (Cass., 26 giugno 2000, n. 8666); le autorizzazioni al curatore, ormai superate dalla riforma, a subentrare nei contratti pendenti (Cass. 2790/95; Cass., 1584/95; Cass., 27.8.1994, n. 7544; Cass., 3.8.1994, n. 7207; Cass., 4.6.1994, n. 5425; Cass., 22.3.1994, n. 2741); quelle, al curatore, a stare in giudizio come attore o come convenuto (GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 87; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 158); l'autorizzazione del giudice delegato al curatore – e la successiva decisione del tribunale in sede di reclamo - a richiedere la partita I.V.A. dopo la chiusura del fallimento (Cass., 10/10/2007, n. 21288, in *Mass. Giur. It.*, 2007 e in *Fall.*, 2008, 1, 93); quelle all'esercizio provvisorio dell'impresa, all'affitto di azienda, agli atti esecutivi del programma di liquidazione (SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, in DIDONE A. (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 468-469).

¹¹⁸ Cass., n. 7351 del 1994; Cass., n. 6369 del 1991; Cass., n. 1665 del 1988.

¹¹⁹ Cass., 17 giugno 1995, n. 6851; Cass., 28 agosto 1995, n. 9030. Ci si è chiesti se l'atto che disponga la rimozione degli organi della procedura vada a "incidere" sui diritti soggettivi dei soggetti revocati (e si discuteva di quale dovesse essere la relativa tutela): se così fosse, al soggetto revocato andrebbe consentita una qualche forma di reazione (il reclamo *ex art.* 26, oppure un'autonoma azione, a tutela del diritto soggettivo inciso dal potere di gestione dell'interesse contrapposto). In ogni caso, si esclude che il soggetto rimosso possa ottenere la reintegrazione giudiziale nelle funzioni, sicché la tutela si palesa soltanto risarcitoria. D'altronde, negare la tutela specifica e, così, la reintegrazione nelle funzioni, è assunto che si fonda su di un rilievo di ordine generale: la legge configura le

revoca del curatore o di rigetto dell'istanza di revoca¹²⁰; provvedimenti ordinatori-processuali¹²¹; provvedimenti del tribunale che incidono sulla realizzazione dell'attivo ma non dirimono controversie attinenti a diritti soggettivi tra "la massa" e i singoli creditori concorrenti¹²²; altre ipotesi di provvedimenti oggi superate dalla riforma¹²³.

3.1. (segue) il problema della revocabilità. – Senza volersi addentrare in fondo al "labirinto" delle questioni sull'efficacia, sulla revoca e sulla sindacabilità contenziosa dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili¹²⁴, ci si propone di esaminare i profili che più degli altri rivestono rilevanza ai fini del presente lavoro.

Va rilevato, innanzitutto, come piano dell'indagine che ci accingiamo a svolgere, che il silenzio della legge fallimentare in ordine alla revocabilità e modificabilità dei

situazioni soggettive del diritto al bene (e non al suo equivalente) quali cedevoli rispetto al contrapposto interesse della procedura di fallimento.

¹²⁰ Tanto prima della riforma (Cass., 17 giugno 1995, n. 6851; Cass., 28 agosto 1995, n. 9030), quanto successivamente (GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, cit., 87).

¹²¹ Si tratta dei provvedimenti intermedi dei quali si è già riferito; provvedimenti che sono solitamente ricondotti alla categoria degli ordinatori per il fatto che non spiegano effetti al di fuori del fallimento e che non incidono su diritti, ma che evidentemente esulano dal novero di quelli di volontaria giurisdizione. Tra di essi, il provvedimento con cui il giudice delegato (sia prima che dopo la riforma) dispone la fissazione dell'udienza a seguito di mancata approvazione del rendiconto di gestione presentato dal curatore *ex art. 116, ult. co., l. fall.* (Cass., 17 maggio 1995, n. 5435); il decreto con cui il giudice delegato dispone il rinvio dell'udienza di verifica dei crediti (Cass., 2 agosto 1990, n. 7762).

¹²² Cass., n. 1991 del 1974. In particolare, per impugnazioni (finalizzate, ad es., alla sospensione della vendita: Cass., n. 2649 del 1982), proposte *ex art. 26* esclusivamente per presunte irregolarità procedurali su decreti del giudice delegato (ad es., di autorizzazione alla vendita) che non contengono statuizioni di natura sostanziale (Cass., 26 marzo 2003, n. 4475, in *Fall.*, 2004, 67). Ma si veda, sul punto, quanto si dirà nel prosieguo sotto il paragrafo dei provvedimenti «esecutivi».

¹²³ Tra queste: i decreti di nomina degli incaricati del fallimento (TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 158); il decreto del giudice delegato per l'apposizione dei sigilli sui beni del fallito, compresi quelli concessi in locazione dal fallito a terzi, non comportando siffatta misura alcuna decisione sui diritti del conduttore (Cass., 22 ottobre 1992, n. 11537); tra le autorizzazioni, del giudice delegato o del tribunale, finalizzate alla integrazione dei poteri del curatore di cui all'art. 35 l. fall., quella alla stipula di transazioni, o il decreto che invece la nega (Cass., 16/07/2005, n. 15094, in *Fall.*, 2006, 1, 94; Cass., 28/06/2002, n. 9489).

¹²⁴ Così, MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 592.

provvedimenti endofallimentari ordinatori, primari e secondari, imponga all'interprete di muovere da una prospettiva più generale¹²⁵.

Converrà muovere, allora, dalla definizione del concetto stesso di *revoca*, quale elaborato sul piano della teoria generale, avvertendo subito che all'interno di esso, in linea con autorevole dottrina, possiamo considerare compreso l'ulteriore concetto di *modifica*, ossia la possibilità di un intervento soltanto parziale sugli effetti dell'atto che precede¹²⁶.

La scienza amministrativistica insegna che con la revoca si ha un rinnovato esercizio degli stessi poteri, per le stesse finalità segnate dalla legge che consentirono l'emanazione dell'atto revocabile¹²⁷.

Posizioni analoghe si riscontrano anche sul versante della scienza processualpenalistica¹²⁸.

Quanto alla dottrina processualcivilistica, è stato evidenziato che il lemma «revoca» sia spesso utilizzato con significati non omogenei¹²⁹: si può tuttavia definire la revoca quale eliminazione con efficacia retroattiva degli effetti della dichiarazione antecedente¹³⁰. L'esercizio del potere di revoca, poi, si atteggia diversamente a seconda che si esprima nella sfera dell'autonomia privata, e allora consisterà nell'esercizio di un mero *jus poenitendi*¹³¹, o che, invece, abbia a oggetto dei provvedimenti giurisdizionali: in tale ultimo caso, infatti, il potere di revoca del giudice, per quanto officioso nell'iniziativa e discrezionale nel contenuto,

¹²⁵ L'esame del dato positivo induce a confrontarsi con l'assenza, nel sistema processuale di diritto comune, di una disciplina unitaria dell'esercizio del potere di revoca, potendosi riscontrare soltanto una serie di previsioni di revocabilità per taluni atti del giudice.

¹²⁶ CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 15.

¹²⁷ V., per tutti, ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, 8° ed., Milano, 1958, 323 ss.

¹²⁸ V., per tutti, CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1985, 412-414, il quale ascrive la revoca nel generale novero degli atti del giudice a efficacia invalidativa: tali atti ne presuppongono un altro precedente, i cui effetti sono risolti, con efficacia *ex tunc*, da quello successivo.

¹²⁹ Secondo ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 1 ss., la revoca è atto che ha per specifico contenuto la eliminazione, ed eventualmente la sostituzione, degli effetti giuridici di un atto precedente.

¹³⁰ CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti*, cit., 100 ss.; LIEBMAN E.T., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in Camera di Consiglio*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 451. Per l'inquadramento della nozione di revoca a livello generale, v. BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001, 30 ss.

¹³¹ Così, FERRI L., *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 197 ss.

è comunque vincolato, nel suo esercizio, alla valutazione di elementi dei quali è tenuto a dare atto in sede di motivazione del provvedimento.

Autorevoli studi hanno dimostrato, attraverso un'analisi condotta su un piano rigorosamente *strutturale*, che la revocabilità assurge a elemento ricostruttivo centrale per il micro-sistema dei provvedimenti camerali-volontari (e tali sono, come visto, quelli ordinatori)¹³². E il potere di revoca, nel micro-sistema della volontaria giurisdizione, si fonda sulla norma recata dall'art. 742 cod. proc. civ.¹³³, reputata elemento essenziale e caratterizzante delle forme camerali, nonché base della legittimazione teorico-positiva di tale discussa categoria¹³⁴.

¹³² V., per tutti, l'accurato lavoro svolto da CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti*, cit., 100 ss., 379 ss., il quale, però, in ordine al ruolo della revocabilità dei decreti camerali in quanto tale, ha cura di precisare che essa, sul piano ricostruttivo, non è idonea ad assurgere a elemento specifico della categoria giurisdizione volontaria, che valga a segnarne la distinzione rispetto al processo contenzioso. Ciò perché, come si dirà meglio *infra*, si postula l'esistenza di un principio generale dell'ordinamento processuale secondo cui, salvo le sentenze e taluni altri casi determinati, i provvedimenti del giudice civile sarebbero tutti, sia volontari-camerali che contenziosi, tendenzialmente revocabili.

¹³³ È stato rilevato, al riguardo, che l'art. 742 c.p.c. derivi direttamente dalla concezione di Chiovenda della giurisdizione volontaria: così, SATTA S., *Commentario al c.p.c.*, IV, 2, Milano, 1971, 47; LIEBMAN E.T., *Impugnazione in sede contenziosa del provvedimento di giurisdizione volontaria*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 445 ss. Altra dottrina (MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, cit., 618 ss.) ha rilevato, però, che rispetto alla concezione chiovendiana, a seguito dell'introduzione della Costituzione, o forse già con l'art. 1 c.p.c., andrebbe smentita la natura amministrativa della giurisdizione volontaria, e assegnata alle funzioni in esame piena giurisdizionalità. Con ciò, imponendo all'interprete di colmare le lacune in via analogica non già facendo leva sulla revoca e modifica dei provvedimenti amministrativi, quanto su quelli giurisdizionali che pronunciano positivamente o negativamente sul merito degli atti di impulso processuale (ossia sulle pronunce in merito allo stato degli atti, presenti nei processi civili e quali, a titolo di esempio, le ordinanze per il pagamento di somme nel processo del lavoro). Altri ancora (CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti*, cit., 379 ss.) ribadiscono come sul piano del diritto positivo la giurisdizione volontaria sia da ricondurre alla «provincia più estesa della giurisdizione», pur riconoscendone una significativa peculiarità che dal piano dell'oggetto scende a quello della struttura procedimentale.

¹³⁴ MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 20 ss.; CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 455 ss. L'art. 742 c.p.c., a parte la generica direttiva a favore della revocabilità del provvedimento, lascia irrisolta la quasi totalità dei problemi applicativi che a esso si ricollegano (così, CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti*, cit., 379 ss., che rileva pertanto la necessità di procedere attraverso una indagine sistematica).

Qualora, invece, si osservi il fenomeno della revocabilità da una prospettiva *funzionale*, sarà agevole segnare un significativo rilievo: il potere di revoca si accorda alla tutela di situazioni di diritto sostanziale sovraindividuali¹³⁵.

Ci si chiede, quindi, se i provvedimenti endofallimentari, primari e secondari, a contenuto ordinatorio, siano revocabili e modificabili.

Quanto ai provvedimenti «secondari», emessi dal tribunale o dalla corte d'appello in esito al reclamo *ex art. 26*, ne possiamo affermare la revocabilità e modificabilità, in ogni tempo, da parte dello stesso giudice che ha emesso il provvedimento. Ciò, oltre quanto si dirà nel prosieguo, in virtù della norma recata dall'art. 742 c.p.c., della quale appare plausibile postulare l'applicazione in via diretta – e non già analogica – alla fattispecie di cui all'art. 26 l. fall., valorizzando appieno il richiamo alle disposizioni comuni degli artt. 737-742 c.p.c. contenuto nel comma 1° del medesimo art. 26¹³⁶.

Quanto ai provvedimenti «primari», emessi dal giudice delegato o dal tribunale, l'indagine denota subito maggiori complicazioni: tanto per il fatto che si può discutere sull'applicabilità, a essi, delle norme comuni camerale, ferma la mancanza di un qualunque riferimento testuale che consenta di richiamare, tramite l'art. 742 *bis* c.p.c., le forme camerale (in effetti, come segnalato, non è detto neppure che vi sia sempre un procedimento che li preceda), quanto per la lunga elaborazione concettuale formatasi, con riguardo a essi, prima della riforma.

Per quanto concerne, in particolare, i provvedimenti ordinatori del giudice delegato, la giurisprudenza della Suprema Corte, in linea con la dottrina dominante, ha affermato la loro

¹³⁵ Sicché la revoca prescinderebbe da un «interesse ad agire», atteso che la esigenza di porre riparo a una invalidità dell'atto (tale anche il caso d'inopportunità o inadeguatezza dell'atto, valutate in base a fatti sopravvenuti o prima non valutati) non potrebbe essere subordinata all'iniziativa della «parte» interessata; come rivelerebbe anche la peculiarità con la quale lo stesso concetto di «parte» deve essere calato in questo contesto (v., al riguardo, PROTO PISANI A., *Parte, II. – Parte nel processo, a) dir. proc. civ.*, in *Enc. del dir.*, XXXI, 1981, 938 ss.).

¹³⁶ LIEBMAN E.T., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio*, cit., 453, al riguardo, parlava di applicazione estensiva di tali norme, le quali insieme regolavano «un procedimento tipo per i processi volontari» sparsi nei codici, per i quali manchino disposizioni particolari.

revocabilità (e modificabilità), ad opera dello stesso giudice delegato che li ha pronunciati, salvo che la legge disponga altrimenti¹³⁷.

Quanto, invece, alla revocabilità (e modificabilità) dei decreti «primari» del tribunale, si noti che essa ha alimentato, sino alla riforma, accesi dibattiti.

Nel silenzio della legge fallimentare, due orientamenti si snodavano dall'identico presupposto – ossia, la irreclamabilità dei medesimi decreti e la chiusura del sistema endofallimentare che questa determinava – giungendo, però, a conclusioni opposte.

Parte della dottrina, muovendo come anticipato dalla irreclamabilità testuale dei provvedimenti del tribunale fallimentare (art. 23, ult. co., l. fall.), reputava che, in coerenza con la esigenza di assicurare la completa stabilità dei medesimi, si dovesse escluderne la revocabilità; tanto quella sollecitata dai diretti interessati, che d'ufficio e tanto per motivi di legittimità, che di merito¹³⁸. L'esigenza, quindi, sarebbe stata assicurare la immediatezza e definitività della decisione, che avrebbe reso intangibile il provvedimento. Inoltre, tale tesi faceva leva anche sulla mancanza nella disciplina fallimentare di una norma che, al pari dell'art. 487 c.p.c. nell'esecuzione forzata di diritto comune, ponesse anche per i provvedimenti del tribunale la regola della revocabilità (e modificabilità)¹³⁹. La tesi, inoltre, poggiava sul richiamo all'art. 2907 cod. civ. - secondo cui il giudice provvede alla tutela giurisdizionale dei diritti su istanza di parte, mentre i casi in cui sono assunti provvedimenti su istanza del P.M. o d'ufficio sono consentiti solo ove siano espressamente previsti dalla legge – per trarne l'assunto in ordine alla insussistenza di un altro principio generale che sancisse invece la revocabilità (e modificabilità) dei provvedimenti del tribunale fallimentare.

Altra parte della dottrina¹⁴⁰, invero più possibilista, pur riconoscendo che i provvedimenti del tribunale fallimentare emessi nell'attività di direzione e controllo delle operazioni fallimentari rientrassero sostanzialmente nell'ambito della volontaria giurisdizione,

¹³⁷ Cass. 28 marzo 1987 n. 3032; Cass. 15 aprile 1986, n. 2670.

¹³⁸ Fra le voci contrarie alla revocabilità, PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, 668, n. 22.

¹³⁹ PROVINCIALI R., *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁰ BIANCHI D'ESPINOSA L., *Provvedimenti di «volontaria giurisdizione» in materia fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 193 ss.

negava tuttavia che fosse configurabile qualsivoglia richiamo alle disposizioni comuni sui procedimenti in camera di consiglio; sebbene, però, in via dubitativa, ammetteva l'applicabilità al caso di specie della norma di cui all'art. 742 cod. proc. civ.

Altra tesi, piuttosto contigua alla precedente, assumeva che i provvedimenti del tribunale fallimentare potessero essere assimilati a quelli emessi in sede di giurisdizione volontaria, con il conseguente richiamo, per i provvedimenti del tribunale fallimentare, delle norme di cui agli artt. 742 e 742 *bis* c.p.c. Si reputava, al riguardo, che l'art. 742 c.p.c. ponesse quale regola l'efficacia *ex tunc* della revoca e come eccezione la salvezza dei diritti acquistati dai terzi in buona fede: pertanto, i decreti emessi in camera di consiglio potevano essere in ogni tempo revocati o modificati¹⁴¹. Autorevole dottrina, poi, reputava che l'art. 742 c.p.c., «nei limiti di struttura che gli sono propri», potesse trovare applicazione ai provvedimenti del giudice delegato e del tribunale che si profilassero come presupposti di efficacia di atti del curatore¹⁴².

Taluni Autori reputavano che la regola di cui all'art. 742 cod. proc. civ. potesse trovare applicazione non già in via diretta, dato il marcato carattere di autonomia delle norme contenute nel Capo della I. fall. dedicato agli «Organi preposti al fallimento», quanto in via analogica¹⁴³. Questa tesi muoveva dalla premessa che i decreti resi dal tribunale avessero non già natura giurisdizionale, e contenuto decisorio, ma soltanto amministrativa, ivi compresi quelli sulla liquidazione dei compensi degli incaricati; la irreclamabilità, quindi, non equivaleva certo a intangibilità di tali provvedimenti nell'ambito del fallimento¹⁴⁴.

Si sosteneva, pertanto, un autonomo potere di revoca (e modifica), in senso proprio, in capo al tribunale, da attivare d'ufficio o su sollecitazione di eventuali soggetti interessati; inoltre, si censurava anche l'orientamento giurisprudenziale che aveva fondato detto potere di revoca facendo applicazione dell'art. 487, I co., c.p.c. (norma che prevede la revocabilità e modificabilità dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione e in cui l'esecuzione del

¹⁴¹ SILENZI L., *Revocabilità dei provvedimenti del Tribunale fallimentare*, cit., 178 ss.

¹⁴² ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, cit., 370-372.

¹⁴³ CASELLI, *op. cit.*, 33 ss.

¹⁴⁴ ID., *op. ult. cit.*, 113 ss.

provvedimento segna un limite alla facoltà di revoca), rilevando come il riferimento fosse «poco felice per molte ragioni», tra le altre, si sarebbe trattato di estendere una norma nata per la fase esecutiva, la liquidazione dell'attivo, alla fase amministrativa-gestoria della procedura fallimentare¹⁴⁵.

Altra dottrina, anch'essa contraria alla tesi che intendeva fondare il principio di revocabilità sull'art. 487, I co., c.p.c.¹⁴⁶, rilevava poi che l'esercizio del potere di revoca, rivolto essenzialmente a riparare l'errore insito nel provvedimento che viene eliminato, troverebbe un limite insuperabile tanto nella chiusura della procedura – con la conseguente decadenza degli organi fallimentari – quanto e soprattutto nella ritenuta fondamentale esigenza che l'atto non abbia spiegato ancora i suoi effetti. Assunto che muoveva, evidentemente, dall'accoglimento, a livello di principio generale, della non retroattività della revoca; il che postulava appunto l'integrale conservazione degli effetti che l'atto aveva provocato anteriormente all'eventuale provvedimento di revoca. La portata di tali conclusioni – seppur ridimensionate in coerenza con il peculiare ambito di applicazione delle norme del Capo II della l. fall. – era sostanzialmente accolta da quella dottrina¹⁴⁷ favorevole all'applicazione in via analogica della regola contenuta nell'art. 742 c.p.c.

Il potere di revoca (e modifica), oltre ad apparire, secondo tale ultima concezione, perfettamente compatibile con le esigenze della procedura fallimentare¹⁴⁸, si reputava che trovasse fondamento nella persistenza, in capo allo stesso organo che aveva emesso il provvedimento, del dovere di curare l'interesse per la cui tutela il provvedimento fu emesso: sicché poteva configurarsi quale esercizio di un potere-dovere¹⁴⁹.

¹⁴⁵ ID., *op. ult. cit.*, 33 ss.

¹⁴⁶ RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., 367 ss., in adesione ai motivi svolti da CASELLI G., *op. cit.*, 33 ss., nonché, in più, anche perché si sarebbe trattato di superare l'ostacolo dato dalla differente forma prevista per i provvedimenti in esame: ordinanza per il giudice dell'esecuzione e decreto per il tribunale fallimentare.

¹⁴⁷ CASELLI G., *op. cit.*, 33 ss.

¹⁴⁸ RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., 369.

¹⁴⁹ ID., *op. ult. cit.*, 367 ss.; FAZZALARI E., *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, cit., 330, n. 17; BONGIORNO G., *I provvedimenti del tribunale fallimentare*, cit., 341 ss.; CASELLI G., *op. loc. ult. cit.*; BONSIGNORI A., *Il fallimento*, cit., 252.

Di recente, muovendo dalla somiglianza tra provvedimenti del giudice fallimentare e dell'esecuzione ordinaria, è stata affermata – senza operare alcuna distinzione in punto di “tipologia” dello stesso, e pur senza citare espressamente l’art. 487 c.p.c. – la revocabilità e modificabilità dei primi, da parte dello stesso giudice che li ha emessi, fermo il limite della mancata esecuzione¹⁵⁰. Vi è da dire che se la rigida applicazione dell’art. 487, co. 1°, impone di considerare il limite dell’avvenuta esecuzione per l’esercizio della revoca, ove, invece, si propenda per l’applicazione dell’art. 742 c.p.c., si può discutere in ordine alla sussistenza di un siffatto limite; secondo parte della dottrina dovrebbe essere negata, atteso che tale seconda norma, nella sua parte finale, presupporrebbe proprio la operatività di una revoca, retroattiva, quand’anche il provvedimento sia stato eseguito¹⁵¹.

Quanto alla giurisprudenza, si è imposta, anche per i provvedimenti ordinatori del tribunale fallimentare, la soluzione che ne afferma la revocabilità e modificabilità, anche se in alcuni casi l’*iter* argomentativo seguito appare alquanto incerto¹⁵².

È possibile, a questo punto, provare a fermare alcune conclusioni.

In primo luogo, in linea con la dottrina e la giurisprudenza dominante, appare plausibile reputare revocabili e modificabili, in ogni tempo, da parte dello stesso giudice che li ha emanati, i provvedimenti del giudice delegato e quelli «primari» del tribunale, di contenuto ordinatorio.

Quanto alla fonte di siffatto potere di revoca, valorizzando la natura di volontaria giurisdizione di tali provvedimenti «primari», è possibile fare riferimento alla norma recata dall’art. 742 c.p.c., postulandone l’applicazione in linea analogica (consentita «per casi simili o materie analoghe»), secondo il precetto di cui all’art. 12, co. 2°, delle disp. sulla legge in

¹⁵⁰ PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 202.

¹⁵¹ CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 360 ss.

¹⁵² Cass., n. 2177/66; Trib. Milano, 10.10.1966, in *Foro it.*, 1967, I, 143, secondo cui l’autorizzazione del tribunale, al curatore, per la stipula di una transazione, era revocabile o modificabile, ex art. 487 c.p.c., sino a quando tale decreto di autorizzazione non avesse avuto esecuzione.

generale; l'applicazione diretta, in tal caso, sembrerebbe invece ostacolata dal mancato espresso richiamo alle norme generali camerali compendiate negli artt. 737-742 c.p.c.)¹⁵³.

In più, e qui il discorso vale anche per quelli «secondari», la revocabilità dei provvedimenti ordinatori endofallimentari potrebbe affermarsi sulla base di una *regola generale*, che muove dall'art. 742 c.p.c., che assoggetta ogni atto di volontaria giurisdizione alla revocabilità e modificabilità, salvo eventuale espressa disposizione - derogatoria per eccezione - fissata dal legislatore¹⁵⁴. Sicché, rispetto alla tendenziale operatività di tale *regola*, la irrevocabilità dei provvedimenti volontari-camerali si porrebbe in termini di *eccezione*. Nella specie, quindi, l'assenza di disposizioni contrarie - e la esclusione di ogni efficacia di accertamento - consente di reputare revocabili e modificabili i provvedimenti di volontaria giurisdizione endofallimentari, c.d. ordinatori, sia primari che secondari.

Ancora, e con ciò accedendo a un autorevole orientamento, la revocabilità dei provvedimenti ordinatori endofallimentari, «primari» e «secondari», potrebbe sostenersi facendo applicazione di un *principio generale* dell'ordinamento processuale, secondo cui tutti i provvedimenti del giudice civile - non solo volontari-camerali, ma anche contenziosi -

¹⁵³ La postulata applicazione, in via di *analogia legis*, dell'art. 742 c.p.c. esige una precisazione di ordine generale. Il presupposto per ricorrere al primo livello dell'analogia è che vi sia, nella specie, una lacuna della legge fallimentare - ossia, la mancata previsione della revocabilità dei provvedimenti ordinatori endofallimentari - vale a dire l'assenza di una «precisa disposizione» che consenta di decidere la controversia, regolando un determinato caso. È necessario, pertanto, che vi sia una lacuna della legge speciale, il che certo non vuol dire che vi sia una lacuna dell'ordinamento giuridico, poiché sarà proprio nell'ordinamento generale che andrà ricercata la esistenza di una diversa ma comunque «precisa disposizione» da applicare tramite *analogia legis*. Quindi, preliminare si pone l'inquadramento del sistema disciplinato dalla legge fallimentare: se in termini di *legge speciale*, allora potrà darsi il problema della lacuna e sarà consentito il ricorso alle norme dell'ordinamento generale di diritto comune, da importare tramite *analogia legis*; se, invece, in termini di micro-sistema autonomo, di *micro-ordinamento chiuso*, il problema della lacuna non potrebbe neanche porsi - dato che il sistema cerca e trova le soluzioni normative non già fuori di sé, quanto dentro di sé - attesa l'esigenza di risolvere entro la sfera della propria autonomia ogni problema di disciplina. In tale secondo caso, quindi, il ricorso a fonti esterne potrà essere consentito solo a seguito dell'esaurimento di ogni risorsa interna (IRTI N., *L'età della decodificazione*, cit., 1979; CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1929, 275 ss., 285 ss.).

¹⁵⁴ CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 458 ss.; CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 356 ss.

sarebbero tendenzialmente revocabili e modificabili, salvo le sentenze e talune ulteriori ipotesi previste dalla legge¹⁵⁵.

La configurabilità di una *regola generale* o addirittura di un *principio generale*¹⁵⁶, in punto di tendenziale revocabilità (e modificabilità) dei provvedimenti, rispettivamente, soltanto camerali-volontari nell'un caso, o comunque emessi dal giudice civile nell'altro caso, autorizza l'interprete a superare la presunzione di revocabilità del provvedimento soltanto in presenza di univoci indici testuali; in assenza dei quali, inevitabilmente, dovrà accordarsi preferenza alla scelta ermeneutica che si appunta sulla revocabilità¹⁵⁷.

3.2. (segue)... e quello della stabilità. - Il tema della revocabilità dei provvedimenti ordinatori introduce quello, più generale, del regime di stabilità dei medesimi.

¹⁵⁵ CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 143 ss.; BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit., che sottolinea, però, l'assenza di una nozione generale di revocabilità.

¹⁵⁶ Al fine di chiarire (tramite gli insegnamenti della migliore dottrina, v. IRTI N., *L'età della decodificazione*, cit., 43 ss.) l'utilizzo nel testo delle formule "regole generali" e "principi generali", osserviamo che con le prime si è soliti far riferimento non già a singole norme, o gruppi di norme, ma a principi e criteri di disciplina, i quali pervadono l'ordinamento e garantiscono la omogeneità delle soluzioni accolte. Le "regole generali", di cui all'art. 14 disp. sulla legge in generale, si distinguono dai "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" - utilizzati dall'art. 12, co. 2°, disp. sulla legge in generale come strumento di *analogia juris* - per il *minor grado di generalità*. Le "regole", quindi, riguardano istituti di singoli settori del diritto, non l'intero ordinamento. Pertanto, possiamo trarre conferma del fatto che la revocabilità dei provvedimenti volontari-camerali sia espressione di una "regola generale", quale criterio di disciplina che assicura la omogeneità delle soluzioni che concernono l'istituto della revoca nell'ambito dello specifico settore giuridico della volontaria giurisdizione; l'applicazione di tale *regola generale*, quale si esprime e si riassume in una serie costante di effetti, è interrotta dalla eventuale presenza di una norma *eccezionale*, e tali sono considerate infatti quelle con le quali la legge prevede espressamente la rottura della continuità di quegli effetti costanti in favore, per quel caso determinato, della irrevocabilità del provvedimento volontario-camerale. Risulta altresì confermata la portata di "principio generale" della revocabilità dei provvedimenti del giudice civile, diversi dalle sentenze e da altre ipotesi determinate, in quanto principio a cui può riconoscersi, rispetto al precedente, un maggior grado di generalità - riguardando non solo i provvedimenti del giudice civile volontari-camerali, ma i provvedimenti del giudice civile in quanto tali - e idoneo pertanto, tramite l'*analogia juris*, ad attraversare trasversalmente i diversi settori dell'ordinamento.

¹⁵⁷ CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 458 ss.; CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 356 ss.

Si consideri, in linea generale, che una volta resa una decisione nell'ambito di un certo giudizio, essa è minacciata su due fronti¹⁵⁸.

Da un lato, dalla possibilità di revoca da parte dello stesso giudice che l'ha emanata.

Dall'altro, dalla possibilità di annullamento da parte del giudice superiore.

A difesa della decisione si pongono, quindi, nel corso del processo, due rimedi, quali distinti mezzi di tutela, di carattere interno ed esterno al processo: per un verso, la irrevocabilità (o vincolo endoprocessuale alla cognizione¹⁵⁹, che garantisce la stabilità e la normatività della sentenza nei confronti del giudice che l'ha resa)¹⁶⁰; per altro verso, la cosa giudicata formale (che tutela la decisione dagli attacchi delle parti).

Il concorso dell'una e dell'altra assicura la piena stabilità del provvedimento all'interno del processo stesso.

¹⁵⁸ ID., *op. ult. cit.*, 34 ss.

¹⁵⁹ CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Milano, 1993, 231 ss., spec. 272 ss., rilevava che l'esame delle questioni decise da un primo giudice è precluso rispetto al giudice che le ha decise, che con la pronuncia ha esaurito il proprio ufficio e vi osterebbe il divieto di *bis in idem*, ma non rispetto al giudice superiore. In questi casi non si parlerebbe ovviamente di cosa giudicata, ma di preclusione, quale vincolo con «efficacia limitata», che opera solo «in confronto del giudice che ha emanata la decisione», sottolineandone la distinzione dal giudicato, che invece «si stacca dal processo acquistando efficacia autonoma assoluta generale, precisando quindi che ove poi la preclusione sia diventata definitiva, essa ha efficacia non solo «in confronto del giudice che ha emanata la decisione», ma in confronto di tutti i giudici che siano successivamente chiamati a pronunciare «nello stesso processo».

¹⁶⁰ La cui base normativa (secondo parte della dottrina: CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti*, cit., 39 ss; CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 450; ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 6 ss.) non sarebbe da rinvenire nell'art. 324 c.p.c. e neanche nel relativo limite temporale, quanto piuttosto negli artt. 279 c.p.c. (da cui si evince che il riesame delle ordinanze è svolto mediante il mezzo – di autotutela - della revoca, mentre il riesame delle sentenze mediante impugnazione con appello, anche in virtù dell'art. 161, I comma, c.p.c., che prevede la valutabilità dei vizi del provvedimento solo in sede di impugnazione) e 287 c.p.c. (a norma del quale la correzione delle sentenze avviene in sede di impugnazione, ossia d'appello, la correzione delle ordinanze in sede di revoca, o se non revocabili con il procedimento di cui all'art. 288 c.p.c.), che tutti muovono dalla irrevocabilità della sentenza. Se è vero che il giudicato materiale esprime la forza vincolante di una decisione (sulla fondatezza della domanda) che si manifesti al di fuori del processo, è vero pure che l'accertamento giudiziale ha una forza vincolante nell'ambito del medesimo processo.

La medesima decisione, dunque, è suscettibile di essere incisa da due poteri distinti: quello del giudice che l'ha resa, officioso o indotto da apposita istanza di parte¹⁶¹; quello delle parti, di promuovere una nuova fase processuale per ottenere l'annullamento-sostituzione del provvedimento a opera del giudice superiore.

La stabilità del provvedimento, allora, va esaminata nei confronti di ciascuno di questi due autonomi poteri.

L'analisi del primo potere, del giudice sul proprio provvedimento, involge il tema della revocabilità; l'esame del secondo potere, delle parti sul provvedimento, il tema della impugnabilità-reclamabilità.

La *tecnica della revocabilità* ben si correla a provvedimenti che non statuiscano su diritti soggettivi o *status*, quali i volontari in senso proprio, e con l'assenza di giudicato¹⁶². Essa sacrifica la certezza del diritto alla *giustizia* oggettiva, alla esigenza di garantire nel tempo la conformità tra norma e fattispecie concreta.

La *tecnica della stabilità* ben si correla invece a provvedimenti, a contenuto decisorio e definitivo, che statuiscano su diritti soggettivi o *status*, con efficacia di accertamento idoneo al giudicato¹⁶³. Essa, tramite l'autorità della cosa giudicata, sacrifica invece la giustizia alla *certezza del diritto*.

Pertanto, quanto alla base logica della revocabilità dei decreti ordinatori, essa lungi dall'accordare un livello di tutela deteriore, trae motivo invece dalla specificità delle fattispecie – diverse da diritti soggettivi e *status* – assegnate al procedimento camerale. La cui

¹⁶¹ Parte della dottrina (COMOGLIO L.P., *I procedimenti in camera di consiglio*, in ID., FERRI C., TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, II, 189) prospetta la revoca *ex officio* soltanto nei casi nei quali il giudice avrebbe potuto pronunciare *ex officio* anche l'originario provvedimento, perché investito del relativo potere; tale assunto fa leva sulla ritenuta necessità di coerenza con il principio della domanda e con l'eccezionalità delle sue deroghe. Su tali posizioni, già LIEBMAN E.T., *Nuove questioni sulla revoca dei decreti «volontari»*, nota ad App. Milano 30 aprile 1957, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 462-463, secondo cui le suddette deroghe dovrebbero essere espressamente previste: pena l'apertura di «una falla veramente dannosa e pericolosa» nella sicurezza dei rapporti giuridici.

¹⁶² CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit.

¹⁶³ ID., *op. ult. cit.*.

protezione, dunque, consegue maggiori benefici dalla tecnica della revocabilità della pronuncia, che non da quella della stabilità.

Sicché il provvedimento ordinatorio sarà efficace, ma privo di definitività e stabilità¹⁶⁴.

Ebbene, dai rilievi svolti è possibile declinare taluni, significativi corollari in ordine alle caratteristiche dei provvedimenti endofallimentari a contenuto c.d. ordinatorio.

In primo luogo, revocabilità (e modificabilità) in ogni tempo.

Poi, assenza del giudicato formale. I provvedimenti «primari», pur decorso inutilmente il termine perentorio per reclamare (art. 26, co. 3° e 4°), sono in ogni caso inidonei alla formazione del giudicato formale; al pari di questi, sono anche inidonei al giudicato formale i provvedimenti «secondari»¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Poiché, secondo MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, cit., 618 ss., sottoposto a condizione risolutiva che sia pronunciata revoca o modifica, d'ufficio o sollecitata su istanza di chi abbia interesse.

¹⁶⁵ Autorevoli studi (CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit.) si sono mossi nel senso di affermare che revocabilità e giudicato formale sarebbero fenomeni distinti e autonomi, che opererebbero su piani diversi, sicché la revocabilità di un provvedimento non escluderebbe, da sola, la idoneità del medesimo provvedimento al giudicato formale. Ove si acceda a tale prospettiva, ne consegue la indipendenza tra revocabilità della decisione e giudicato formale, confermata dalla diversa scansione temporale dei due fenomeni: il vincolo endoprocessuale per il giudice opera immediatamente, sin dal momento della sola emanazione del provvedimento, la cosa giudicata formale presuppone invece il decorso dei termini per la impugnazione, o la rinuncia della parte. La indipendenza e autonomia tra revocabilità e giudicato formale comporta che alla presenza del secondo si può accompagnare tanto la revocabilità del provvedimento quanto il vincolo endoprocessuale, e che alla presenza della irrevocabilità può accompagnarsi o meno il giudicato formale. Il che vuol dire che anche una volta formatosi il giudicato formale il giudice potrebbe revocare (o modificare) il proprio provvedimento. Secondo questa dottrina, quindi, occorre valutare in concreto quale sia stata la scelta compiuta dal legislatore, atteso che nella volontaria giurisdizione – in materie sottratte alla disponibilità delle parti - i due fenomeni della revocabilità e del giudicato formale potrebbero anche coesistere (unitamente al giudicato materiale: v. MONTELEONE G., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it., Appendice, I*, Torino, 1980, 988 ss.), di modo che il provvedimento sarebbe stabile e inattaccabile rispetto all'iniziativa delle parti e invece instabile e revocabile dal giudice che lo ha pronunciato (in tali casi, la esigenza di parziale instabilità, dal lato del giudice, si lega alla necessità che il provvedimento sia sempre conforme alla realtà di fatto: è il caso della sentenza determinativa di prestazioni alimentari, la quale deve ricalcare la situazione patrimoniale degli interessati, per definizione mutevole. Sul punto, v. anche PUGLIESE G., *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XVIII, 1969, 838, il quale al riguardo parla di «sentenze determinative», e rileva come nel caso in cui la decisione si riferisca a rapporti con svolgimento

Quindi, assenza della operatività del principio di assorbimento delle nullità di cui all'art. 161, co. 1°, c.p.c.¹⁶⁶

Infine, assenza del giudicato sostanziale (il decreto ordinatorio, quale provvedimento di volontaria giurisdizione, non spiega efficacia di accertamento incontrovertibile), che si lega anche all'assenza di giudicato formale¹⁶⁷: assenza della preclusione del dedotto e del

continuativo quali, tipicamente, le obbligazioni di alimenti o anche i rapporti fra coniugi legalmente separati, il mutamento delle circostanze di fatto «fa cadere l'autorità del giudicato» e rende possibile la pronuncia di una nuova decisione, adatta alle nuove circostanze). Pur sempre, comunque, sussiste un nesso funzionale tra giudicato formale e vincolo endoprocessuale per il giudice, essendo entrambi presupposti per il giudicato materiale (almeno per il processo ordinario di cognizione). Si è rilevato, inoltre, che l'art. 324 c.p.c., quale presupposto del giudicato materiale, esprime non tanto la mera inoppugnabilità, quanto la relazione tra stabilità della decisione e certe forme di gravame, sicché i procedimenti camerale, per i quali il legislatore ha stabilito altre previsioni, non sono idonei al giudicato formale e, così, necessariamente, sono inidonei a quello materiale. Sicché, dove quell'insieme di gravami non è applicabile e tutto si riduce a un solo, «atrofizzato mezzo di controllo», difettano le premesse essenziali del giudicato formale e la *ratio legis* esclude ogni riferimento a esso (così, CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, cit., 447 ss.). In base all'attuale quadro positivo, dunque, il giudicato formale è presupposto essenziale di quello materiale, quindi ove manchi il primo, mancherà anche il secondo; sicché anche nei camerale – e il discorso non può essere diverso – mancando il primo, manca anche il secondo. Pertanto, escludere per essi il giudicato materiale e il relativo effetto di accertamento della decisione, implica che al provvedimento di volontaria giurisdizione potrà riconoscersi un regime di stabilità, quale che sia, di certo sganciato da tutti i limiti che l'ordinamento correla al giudicato materiale (ad es., copertura del dedotto e deducibile). I provvedimenti ordinatori, divenuti irreclamabili, saranno comunque inidonei al giudicato formale e, quindi, a quello sostanziale; l'esercizio del potere di revoca sarà svincolato dai limiti del “dedotto e deducibile”.

¹⁶⁶ CHIZZINI A., *op. loc. ult. cit.*, esclude l'operatività del principio di cui all'art. 161, co. 1°, c.p.c. Ne esclude la operatività anche DENTI V., *Poteri del giudice*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1957, 492.

¹⁶⁷ CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, III ed., Napoli, 1923, 318-319, secondo cui, ferma la natura di attività sostanzialmente amministrativa della giurisdizione volontaria, i relativi provvedimenti erano inidonei al giudicato formale, e così al giudicato materiale, fermo invece il potere dell'interessato di ottenere sempre la revoca o la modifica del provvedimento di accoglimento o di rigetto dell'istanza proposta. Per la negazione di ogni attitudine al giudicato formale e sostanziale dei provvedimenti camerale-volontari (MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, cit., 618 ss), sull'assunto che tali effetti e autorità non sono propri di tutti i provvedimenti giurisdizionali sul merito della domanda. Cfr. anche PROTO PISANI A., *Usi e abusi*, cit., 433 ss.

deducibile¹⁶⁸ e, coerentemente, non ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7°, Cost.¹⁶⁹

3.3. (segue) il concorso tra reclamo e revoca. La revoca in senso proprio e improprio.

– A questo punto, occorre esaminare i problemi che si legano al coordinamento dei due istituti¹⁷⁰.

Una prima prospettiva sarebbe quella di propugnare l'alternatività tra i due mezzi: il reclamo sarebbe così il solo strumento concesso alla parte per far valere vizi di legittimità o di merito originari, provocando il controllo del provvedimento dinanzi al giudice superiore. Dalla natura impugnatoria del reclamo discenderebbe quindi una forma di preclusione rispetto alle deduzioni delle parti, sicché, in caso di mancato tempestivo esperimento del mezzo, le parti dovrebbero considerarsi decadute dal potere di provocare una pronuncia sostitutiva della precedente (facendo valere motivi preesistenti).

Qualora invece il reclamo sia stato già esperito, si dovrebbe parlare di consumazione del potere di impugnazione. Quale corollario di tale impostazione, il mezzo della revoca sarebbe deputato alla deduzione dei fatti nuovi, nonché, forse, anche di quelli preesistenti ma ignorati¹⁷¹.

¹⁶⁸ ID., *Usi e abusi*, cit., 416 ss.; MONTESANO L., «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 4, 915 ss.

¹⁶⁹ PROTO PISANI A., *Usi e abusi*, cit., 416 ss.

¹⁷⁰ Sicuramente proficuo l'esame del concorso tra i due mezzi in settori contigui di disciplina: tra gli altri, la questione si atteggia in modo peculiare, anche per via di espresse previsioni al riguardo, nell'ambito del procedimento cautelare uniforme: per tutti, v. RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, in CHIARLONI S., CONSOLO C. (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, Torino, 2005.

¹⁷¹ Alcuni Autori, favorevoli alla revoca c.d. impropria, prospettano un orientamento restrittivo dell'ambito di applicazione dell'art. 742 c.p.c., limitandolo al mutamento delle circostanze sul piano sostanziale, ossia a motivi di merito sopravvenuti, mentre i vizi originari sarebbero deducibili solo nel reclamo (GRASSO E., *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, cit., 35 ss., il quale reputa che l'art. 742 c.p.c. disciplini soltanto la revoca c.d. impropria; MICHELI G.A., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, cit., 981 ss., ove sia stata consumata la fase di reclamo; cfr. MONTELEONE G., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, cit., 989). *Contra*, CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 333 ss., il quale contesta tale lettura riduttiva dell'art. 742 c.p.c. poiché non vi

Pertanto, una volta esaurito il reclamo o decorso il relativo termine di proposizione (ed è qui evidente la tendenza ad avvicinare tali momenti al fenomeno del giudicato formale), il provvedimento ordinatorio potrebbe dirsi *stabilizzato*, non privo di qualche forma di definitività, intangibile – rispetto agli attacchi delle parti – quanto ai vizi preesistenti.

Altro e diverso angolo di osservazione¹⁷², sarebbe quello di considerare, in primo luogo, che la legge ha inteso associare all'esaurimento della fase di reclamo (o alla decadenza dal termine per proporlo) una stabilità formale del provvedimento, la quale viene in considerazione soltanto quale elemento di fattispecie: al verificarsi della quale, la legge ricollega, come conseguenza, la idoneità del provvedimento a spiegare efficacia. Il che si evincerebbe, a seguire tale orientamento, dall'art. 741 c.p.c.

La perentorietà del termine per reclamare non si legherebbe, quindi, alla definitività del provvedimento – che invece andrebbe negata in radice - bensì al fatto che l'art. 741 c.p.c. attribuisce alla pendenza di detto termine l'effetto di tenere sospesa l'efficacia del provvedimento. La mancata proposizione del reclamo o il suo rigetto, dunque, non sarebbero idonei a rendere definitivo il provvedimento: se non nel senso, soltanto formale, di esaurire l'*iter* processuale previsto dalla legge.

sarebbe ragione per assegnare, nel silenzio della legge, una notevole stabilità formale al provvedimento se non si intende introdurre il giudicato materiale; l'Autore quindi rileva per un verso che con la revoca c.d. impropria semplicemente sarebbe sempre ottenibile un nuovo provvedimento, che si sostituisca a quello precedente, per altro verso che in questo modo la distinzione tra le categorie del provvedimento camerale e delle sentenze passate in giudicato verrebbe elisa, dato che la revoca per mutamenti delle circostanze è propria anche di queste ultime se incidono su rapporti continuativi (è il caso della sentenza determinativa di prestazioni alimentari). I primi, fondamentali contributi sul tema furono quelli degli amministrativisti: cfr. ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, cit., 323 ss., secondo cui il controverso concetto di revoca, c.d. in senso proprio, potrebbe essere definito quale rimedio dell'amministrazione per precedenti atti viziati soltanto di inopportunità nel merito, ma legittimi in punto di diritto; la revoca presuppone un nuovo apprezzamento dei fatti e dell'interesse (in tal caso, evidentemente pubblico). Inoltre, essa si fonda su valutazioni di esigenze e circostanze contemporanee all'emanazione dell'atto e su vizi originari di questo: pertanto, ma il punto è controverso, la revoca avrebbe efficacia *ex tunc* (allo stesso titolo per cui tale efficacia è riconosciuta all'annullamento dell'atto amministrativo). Quanto all'ulteriore concetto di revoca c.d. impropria, o «abrogazione», essa è disposta per mutate condizioni di fatto, per ragioni di merito sopravvenute, o per nuove esigenze dell'interesse (pubblico); essa avrebbe efficacia soltanto *ex nunc* e inciderebbe non tanto sull'atto, quanto sul rapporto da esso costituito.

¹⁷² CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 306 ss.

Siffatta stabilità soltanto formale del provvedimento, però, in nessun modo inciderebbe sul mezzo della revoca, espressamente ammessa in ogni tempo: il provvedimento, o meglio i suoi effetti, resterebbe revocabile in ogni tempo.

Il reclamo, quindi, opererebbe soltanto sul piano del procedimento di formazione del provvedimento e nulla di più¹⁷³.

Al reclamo potrà essere riconosciuta natura impugnatoria, con il potere-dovere di sostituire il provvedimento reclamato con il proprio, sia in caso di accoglimento che di rigetto del gravame¹⁷⁴. Ma la qualificazione del reclamo come gravame nulla toglierebbe all'autonoma operatività della revoca, la quale – a livello sistematico – si lega alla inesistenza di un vincolo del giudice alla propria decisione¹⁷⁵; non certo alla presenza o meno di un mezzo di gravame attivabile su istanza delle parti.

La legge offre quindi all'interessato due strade, formalmente e sostanzialmente molto diverse, per ottenere il mutamento degli effetti del provvedimento: preclusa la prima di esse, resta comunque aperta la seconda.

La revoca, poi, potrà utilmente operare anche in pendenza di reclamo, sull'assunto che tale ultimo procedimento e il potere di revoca corrono su piani diversi¹⁷⁶.

Tale linea interpretativa, d'altronde, si pone in linea di coerenza con la riconosciuta negazione dell'autorità di cosa giudicata del provvedimento ordinatorio, nonché di una sua qualunque definitività: ai provvedimenti di volontaria giurisdizione spetta efficacia (art. 741 c.p.c.) ma non giudicato formale e sostanziale¹⁷⁷. Né, d'altro canto, il potere di chiedere la revoca potrebbe essere riservato soltanto ai terzi, a discapito delle parti, o meglio, di coloro

¹⁷³ LIEBMAN E.T., *Impugnazione in sede contenziosa*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 446.

¹⁷⁴ CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 306 ss.

¹⁷⁵ Sicché il giudice può provvedere nuovamente secondo ciò che reputi conforme a diritto e opportuno; senza essere vincolato dal precedente provvedimento.

¹⁷⁶ MONTELEONE G., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, cit., 989. Al riguardo, RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 621, precisa che la intervenuta revoca «si riverbera sull'interesse al reclamo, facendolo venir meno, quindi, precludendo la proposizione del gravame ovvero stimolando la cessazione della materia del contendere per la caducazione *in itinere* dell'oggetto del gravame stesso».

¹⁷⁷ Escluso anche il *ne bis in idem*, secondo LIEBMAN E.T., *Limiti alla domanda di revoca di decreto «volontario»*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 455 ss.

che parteciparono al procedimento. L'art. 742 c.p.c., infatti, non distingue fra *parti* e *terzi*: la distinzione tra i due concetti è assai peculiare nel contesto camerale, sicché risulterebbe fuorviante, se non erroneo, muovere dalla rigida contrapposizione propria delle tutele e degli schemi contenziosi per trarre conclusioni di respiro generale; anche la disciplina dell'art. 26 l. fall. risente delle forme camerali e oblitera la distinzione tra parti e terzi, la quale cede il posto alla categoria degli *interessati*, dei quali una ristretta rosa indicata dalla norma.

Il reclamo, quindi, avrebbe lo stesso ambito del procedimento di prima istanza, comprendendo dunque anche le questioni di opportunità e il provvedimento finale non conseguirebbe l'autorità della cosa giudicata, né potrebbe considerarsi definitivo.

Tale è l'orientamento della dottrina dominante¹⁷⁸, secondo cui i provvedimenti di volontaria giurisdizione sono del tutto inidonei anche solo a essere considerati definitivi: sono invece revocabili in ogni tempo, *ex art. 742 c.p.c.*

E la revoca potrà essere disposta su istanza di qualunque interessato, a prescindere dalla previa impugnazione o pendenza del reclamo davanti al giudice superiore. E tale revocabilità non sarebbe subordinata a nessuna specie di condizione, né al mutamento delle circostanze di fatto. Viceversa, ai provvedimenti di volontaria giurisdizione si finirebbe col riconoscere una definitività sostanzialmente analoga al giudicato materiale¹⁷⁹.

¹⁷⁸ LIEBMAN E.T., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 448 ss.

¹⁷⁹ Tale orientamento inclina a favore di un esercizio della revoca in senso proprio: LIEBMAN E.T., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio*, cit., 451 ss., rileva come ai provvedimenti di giurisdizione volontaria spetti efficacia (cfr. art. 741), «ma non autorità del giudicato che vuol dire immutabilità (o, d'accordo con la terminologia corrente, che non acquistano né la cosa giudicata formale né la materiale)». Per l'Autore, quindi, postulare la revoca c.d. impropria, e quindi renderli irrevocabili salvo mutamento delle circostanze, significa attribuire a quei provvedimenti una definitività «che in nulla differisce praticamente dalla cosa giudicata, negata a parole». Ebbene, la esclusione di qualsiasi impugnazione contro il decreto ordinatorio pronunciato in seconda istanza viene a ribadire la revocabilità, propria, come suo carattere naturale; se il provvedimento non fosse revocabile, senza limite di alcun tipo, dovremmo postulare una definitività che in nulla differisce praticamente dalla cosa giudicata. Per una lettura dell'art. 742 c.p.c. come espressione di un potere di revoca c.d. propria (tra gli altri, MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 620), ossia come potere di riesame dei medesimi fatti, oltre che per motivi di legittimità sostanziale o processuale: CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 7 ss., secondo cui i motivi di revoca integrano gli estremi obiettivi del potere, non sono tipizzati dalla norma e si correlano a uno strumento a critica libera. Essi sono individuati in sede di esercizio del potere che si esprime nella

Il rilievo della mancata operatività, per le forme camerali, di una norma processuale analoga a quella che si riconduce al principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, potrebbe indurre a inclinare a favore della revoca c.d. propria: essa, quindi, si correlerà a una critica libera (e anche qui diversamente dal provvedimento cautelare, che può invece considerarsi stabilizzato, una volta esaurito il reclamo o decorso il relativo termine¹⁸⁰).

Né, d'altro canto, vi è una espressa previsione che autorizzi l'interprete a ridurre l'ambito della revoca¹⁸¹.

Il provvedimento ordinatorio, primario o secondario, una volta emesso chiude il relativo procedimento; il provvedimento di revoca, invece, presuppone la riapertura del medesimo procedimento: l'esercizio del potere di revoca – quale seconda manifestazione

motivazione del decreto. Secondo PROTO PISANI A., *Usi e abusi*, cit., 416 ss., i provvedimenti camerali sono revocabili o modificabili in ogni tempo, in primo luogo, per vizi di legittimità del procedimento e della decisione non sanati, ove le nullità, formali o extraformali, non si siano sanate nel corso del procedimento *ex artt.* 156, 157, 162 c.p.c., ovvero tramite le discipline di sanatoria relative ai singoli requisiti extraformali, nei limiti in cui tali discipline del Libro I c.p.c. siano applicabili anche al rito camerale (l'Autore espone il dubbio se le nullità verificatesi in sede di primo provvedimento o in primo grado e non fatte valere tramite il reclamo si sanino o meno). Inoltre, per motivi di merito: ossia, a seguito di allegazione di fatti o prove sia preesistenti al momento della emanazione del decreto - già valutati o meno dal decreto stesso - e allora la revoca potrà avere efficacia *ex tunc*; sia sopravvenuti, e allora la revoca potrà produrre effetti soltanto *ex nunc* (favorevole alla differente valutazione anche delle stesse risultanze processuali acquisite, che possono indurre a mutare decisione: MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 620; *contra*, CIVININI M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino, 1994, 393, che restringe il campo della revoca ai soli fatti non dedotti). Alcuni pongono poi, quale limite all'esercizio del potere di revoca, la necessità che vi sia una «causa», quale requisito essenziale di ogni atto giudiziario (ai sensi degli artt. 121, 131 e 156 c.p.c.: MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 620 ss. L'Autore, inoltre, rileva che trattandosi di provvedere ancora sul merito, sussiste o meno tale causa, se sussiste o meno ancora la stessa materia di quel controllo precedente, se persistano le situazioni allora legittimanti. Sicché, secondo l'Autore, non potrà essere revocato un provvedimento autorizzativo ove, *medio tempore*, sia stato perfezionato il negozio autorizzato o costituita la situazione giuridica soggettiva collegata per nesso genetico al provvedimento stesso: in tal caso, si reputa che la revoca non sia più ammissibile e il regime della modifica di tali effetti dovrà essere tratto non già dall'art. 742 c.p.c., ma dalle singole discipline).

¹⁸⁰ V., per tutti, RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, cit., 693 ss.

¹⁸¹ Per l'ambito della revoca in materia cautelare, v. ID., *op. ult. cit.*; CORSINI F., *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 91 ss.; BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit., 248 ss.

dello stesso potere - non consuma il potere del giudice di provvedere, sebbene in quel procedimento sia stato già esercitato¹⁸².

La revoca del provvedimento nella sostanza esclude il vincolo del giudice alla propria decisione e si concretizza in una nuova fase del medesimo procedimento instaurato dalla domanda originaria; è utile allora in tal senso il parallelo con la revocazione¹⁸³, istituto che – pur con notevoli tratti di differenza – presenta una evidente analogia di fondo con la revoca, atteso che lo stesso giudice che ha emanato l’atto ne dispone la eliminazione-sostituzione¹⁸⁴.

La revocazione (straordinaria), pertanto, secondo parte della dottrina, opera come limite alla cosa giudicata formale e non già a quella materiale, sostanziandosi nella ulteriore progressione del medesimo procedimento verso una nuova fase cognitoria, intrinsecamente legata alle precedenti sul piano formale; la revocazione promuove un riesame della questione dinanzi allo stesso giudice che ha emesso la sentenza nell’ambito dello stesso processo, sicché non incide sul giudicato materiale, che è invece destinato a operare verso altri giudici in diversi processi¹⁸⁵.

Da tale raffronto, se orientato dalla prospettiva di una revoca “propria”, emerge che la revocabilità, quindi, va ben al di là dei motivi di revocazione di cui all’art. 395 c.p.c. (e, in particolare, degli angusti limiti dei nn. 2 e 3 della norma)¹⁸⁶.

¹⁸² MONTESANO L., *Sull’efficacia, sulla revoca*, cit., 618 ss., il quale fa leva sulla mancata previsione legislativa di ogni autonoma procedura o fase di revoca per affermare che il giudice *a quo* o quello del reclamo, provvedendo, non ha con ciò consumato il proprio potere di decidere. LIEBMAN E.T., *Limiti alla domanda di revoca di decreto «volontario»*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 458, secondo cui si deve alla mancata applicazione del *ne bis in idem* nei procedimenti camerali.

¹⁸³ V., tra gli altri, ATTARDI E., *La revocazione*, Padova, 1959; CERINO CANOVA - TOMBARI FABBRINI, voce «*Revocazione: I) diritto processuale civile*», in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991. Sulla revocazione delle sentenze della Cassazione, v. CONSOLO C., *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989; RECCHIONI S., *Revocazione delle sentenze della Cassazione: carenza di legittimazione del terzo ad impugnare anche nel giudizio elettorale*, in *Corr. Giur.*, 2001, 12, 1599.

¹⁸⁴ CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 169 ss.

¹⁸⁵ ID., *op. ult. cit.*, 23 ss.; CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 51 ss. e 636 ss.

¹⁸⁶ PROTO PISANI A., *Usi e abusi*, cit., 416 ss., che ricorda come la modifica o la revoca per fatti sopravvenuti sia fenomeno comune a tutte le ipotesi in cui un provvedimento giurisdizionale si pronuncia su situazioni durevoli nel tempo; CHIZZINI A., *op. ult. cit.*.

La funzione del reclamo, pertanto, lungi dall'essere quella di attribuire stabilità formale alla decisione, attuerebbe soltanto una forma di controllo sul provvedimento.

Per i camerati, il controllo tramite reclamo si correla alla produzione degli effetti del provvedimento; il reclamo *ex art. 26*, però, presuppone che i decreti reclamabili siano già esecutivi. Tuttavia, ove si consideri che la scelta di tale soluzione si lega probabilmente a quella di regolare tramite un unico procedimento (uniforme) le tutele, fra le altre, anche decisorie, sembra plausibile non accordare particolare rilievo a siffatta previsione: di certo non potrà far pervenire a conclusioni diverse da quelle scandite per i provvedimenti volontari-camerati extrafallimentari.

Si avrebbe una conferma, quindi, anche per il procedimento camerale regolato dall'art. 26, della distinzione tra potere di impugnazione attribuito alle parti e potere del giudice di tornare sulla propria decisione, e del distinto regime positivo che li caratterizza.

Quanto alla competenza a conoscere e a provvedere sulla revoca, si reputa in linea di massima che essa debba essere radicata in capo al giudice che ha emesso il provvedimento revocabile; la dottrina dominante reputa acquisito che tale regola debba valere anche in caso di provvedimenti «secondari»¹⁸⁷, sull'assunto per cui la emissione del provvedimento secondario comporterebbe l'esaurimento del potere di revoca in capo al primo giudice e il contestuale sorgere di un analogo potere in capo al secondo giudice, sebbene l'opinione contraria abbia fatto registrare voci autorevoli¹⁸⁸. I provvedimenti ordinatori «secondari», che sostituiscono o assorbono quelli «primari», possono dunque considerarsi revocabili, ma

¹⁸⁷ ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 488, 498 ss.; CARNELUTTI F., *Revoca del decreto pronunciato dal giudice di appello in tema di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 315 ss., il quale rilevava che il giudice di prime cure non avrebbe potuto revocare il proprio decreto, perché sostituito da quello «secondario», tanto in caso di riforma che di conferma; né avrebbe potuto revocare quello «secondario», atteso che il potere di revoca apparterrebbe soltanto al giudice dello stesso ufficio che ha emesso il provvedimento da revocare. Sicché la competenza per revocare il decreto «secondario» andrebbe posta soltanto in capo al giudice del reclamo. MONTELEONE G., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, cit., 990.

¹⁸⁸ LIEBMAN E.T., *Nuove questioni sulla revoca dei decreti «volontari»*, nota ad App. Milano 30 aprile 1957, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 461 ss., secondo cui competente a conoscere della revoca doveva essere in ogni caso il giudice di prime cure, sull'assunto che l'istanza di revoca determinasse l'apertura di un nuovo procedimento sullo stesso oggetto e non già la riapertura dello stesso procedimento.

soltanto dal giudice che li ha emessi, vale a dire quello del reclamo (tribunale o corte d'appello, *ex art. 26 l. fall.*).

Quanto all'ambito dei provvedimenti revocabili, essi sono quelli di contenuto positivo: di accoglimento, completo o anche solo parziale, della domanda. Per quanto concerne la modifica, può essere apportata in senso quantitativo o qualitativo, ed essere di segno riduttivo o ampliativo. Il limite alla modifica può essere marcato dinanzi a una radicale *mutatio*, la quale ovviamente, salvo il caso dell'iniziativa di revoca *ex officio*, profilerebbe esigenze di coordinamento con la riproposizione dell'istanza.

Si può discutere, poi, dinanzi a un provvedimento ordinatorio di rigetto, del concorso tra reclamo *ex art. 26* e riproposizione dell'originaria domanda (respinta), da un lato, nonché del concorso tra istanza di revoca e riproposizione della domanda, dall'altro.

In assenza di precisi riscontri a livello positivo, e in ragione dell'affermata, completa instabilità del provvedimento ordinatorio, non si può escludere che, in concreto, si profili al soggetto istante, quale destinatario di un provvedimento ordinatorio di segno negativo, il seguente ventaglio di soluzioni: la prima, esperire reclamo; la seconda, chiederne la revoca; la terza, alternativa alle due precedenti, riproporre *ex novo* la domanda.

A tale obiettiva difficoltà nella scelta dello strumento di cui avvalersi, si correla la instabilità del provvedimento e la sua assenza di definitività: tali rilievi inducono a concludere nel senso di reputare astrattamente percorribile ciascuna delle predette soluzioni, atteso che una eventuale pronuncia di inammissibilità, per il caso in cui ci si determinasse per la via della riproposizione dell'istanza, andrebbe attentamente ponderata nelle sue implicazioni proprio alla luce della evidenziata instabilità del provvedimento ordinatorio.

La questione in ordine all'ambito di efficacia della revoca, se cioè i relativi effetti retroagiscano *ex tunc* oppure si producano semplicemente *ex nunc*, si presenta controversa e invero di non facile soluzione.

Sulla scorta delle elaborazioni dottrinarie maturate in settori contigui a quello in esame e ferme le peculiarità della sfera entro la quale proviamo a calare le prime, si potrebbe affermare che nel caso in cui la revoca si fondi sulla originaria illegittimità del provvedimento ordinatorio, oppure sulla originaria inopportunità del medesimo, potremmo inclinare a favore

della retroattività degli effetti della revoca (fatti salvi in ogni caso i diritti dei terzi, *ex art. 742*¹⁸⁹).

Qualora, invece, la revoca si fondi su fatti sopravvenuti, potremmo accordare preferenza alla efficacia *ex nunc*.

Il criterio discrezionale appena accennato, seppure in linea di prima approssimazione, richiede, però, una imprescindibile verifica delle peculiarità delle singole fattispecie concrete, rispetto alle quali deve essere misurato, valutato e del caso adeguato.

Due ultime notazioni.

La prima: soltanto i provvedimenti «primari» che si pronunciano sulla revoca sono reclamabili *ex art. 26*, al pari di quelli revocati¹⁹⁰; per la stessa ragione, i provvedimenti «secondari» sulla revoca, al pari di quelli revocati, non lo sono.

La seconda: fra i poteri attribuiti dall'art. 23 l. fall. al tribunale, rientrerebbe anche, secondo un controverso orientamento, la sostituzione d'ufficio al giudice delegato, anche in via di revoca o modifica dei provvedimenti, soltanto ordinatori¹⁹¹, emessi da quest'ultimo¹⁹². È chiaro che in tale ipotesi il problema della revoca andrebbe mediato con la ulteriore complicazione data dal fatto che la revoca sarebbe emessa non già dal medesimo giudice (delegato), quanto piuttosto dal tribunale, peraltro lo stesso giudice (superiore) del reclamo.

3.4. (segue) ricorribilità per Cassazione dei provvedimenti ordinatori - La premessa - invero di controversa legittimità (v. *infra*, § 4) - secondo la quale la tutela accordata dalla norma recata dall'art. 111, 7° co., Cost. è estesa oggi a ogni provvedimento che la Suprema Corte, al momento di vagliarne l'ammissibilità, riscontri essere «decisorio e definitivo»,

¹⁸⁹ TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 153; PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 19 ss.

¹⁹⁰ Esempio testuale, l'art. 37 l. fall., relativo alla revoca del curatore ed espressamente reclamabile.

¹⁹¹ Per la revocabilità dei soli decreti non decisorii, fra le molte, Cass. 11 marzo 2005 n.5450; Cass. 23 settembre 2003 n.14103; Cass. 18 gennaio 2001 n.697.

¹⁹² In dottrina, v. RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 620-621. Contrario al potere di sostituzione del tribunale, TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 157.

consente comunque di escludere dall'ambito di siffatta tutela, facendo leva questa volta su di un assunto condiviso e pacifico, i provvedimenti a contenuto ordinatorio, primari e secondari.

D'altronde, in linea di coerenza sistematica con l'appena affermata non impugnabilità in Cassazione, si pongono la già evidenziata inidoneità di tali provvedimenti alla formazione del giudicato formale e, così, di quello sostanziale.

3.5. (segue) impugnazione in sede contenziosa. - Ulteriore questione concerne l'ammissibilità di un'azione autonoma (rispetto alla reclamabilità endofallimentare) attraverso la quale sottoporre il decreto a contenuto ordinatorio, primario o secondario, al controllo di un giudice diverso da quello che lo ha pronunciato.

Il problema riguarda la invocata tutela per i diritti dei controinteressati, eventualmente "incisi" dai provvedimenti ordinatori, che si vorrebbe assicurare tramite la sindacabilità contenziosa delle relative illegittimità o invalidità.

Tale prospettiva di analisi, in effetti, stride con il presupposto della mancanza di lite o di contestazione che fonda, in termini oggettivi, una delle note costanti della volontaria giurisdizione: per tale ragione, parte della dottrina ha proposto di limitare il campo di applicazione dell'azione di nullità ai soli provvedimenti inesistenti o "abnormi"¹⁹³.

In ogni caso, larga parte della dottrina reputa configurabile l'azione autonoma di nullità del provvedimento ordinatorio, in sede contenziosa¹⁹⁴: il sindacato del giudice, in tal caso, sarebbe limitato alla sola legittimità del provvedimento¹⁹⁵.

¹⁹³ FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato e l'art. 26 della legge fallimentare*, cit.

¹⁹⁴ A favore, sull'insegnamento di CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, cit., 319; LIEBMAN E.T., *Impugnazione in sede contenziosa*, cit., 445 ss.; GRASSO E., *I procedimenti camerati e l'oggetto della tutela*, cit., 35 ss.; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 198. *Contra*: ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 1; CARNELUTTI F., *Rimedi contro il provvedimento di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 666 ss., il quale censura l'utilizzo stesso dell'espressione, quale sintomo di quella che sarebbe una «confusione di idee»; secondo l'Autore il provvedimento volontario non è suscettibile di essere impugnato mediante il processo contenzioso, al pari di come un provvedimento contenzioso non potrebbe essere impugnato secondo le norme del processo volontario. Andrebbe esclusa, pertanto, «ogni promiscuità tra i due processi», e ciò per la diversità dei presupposti

Secondo altri Autori, poi, si discute in ordine all'eventuale "disapplicazione" del provvedimento ordinario illegittimo nell'ambito di un processo contenzioso¹⁹⁶.

Altra dottrina ha escluso ogni concorso tra reclamo e azione di nullità¹⁹⁷: se la legge, con l'art. 742, ha consentito di revocare o modificare, in sede volontaria, in ogni tempo un provvedimento formalmente valido, allora di certo non potrebbe vietare al giudice di dichiararne la nullità, in sede contenziosa, ove lo stesso fosse illegittimo. Lo spirare del termine di reclamo non è idoneo ad arginare l'azione di nullità: lo impone il principio di inesistenza dell'autorità di cosa giudicata dei provvedimenti di volontaria giurisdizione.

Secondo altra opinione, il rimedio non potrebbe estendersi alle nullità che potevano dedursi con il reclamo¹⁹⁸; proprio il reclamo sarebbe concesso per far valere l'ingiustizia del provvedimento ma anche le sue nullità e non potrebbe reputarsi, vanificandosi la previsione

dell'uno e dell'altro: una *lite* non può essere trattata come un *affare* e viceversa. Ciò non toglie che da un *affare* possa ben sorgere una *lite*, ma allora non si tratterà di impugnazione in senso proprio (e di un controllo sulla *giustizia* del provvedimento), quanto di accertamento di invalidità (con un controllo quindi in punto di *legalità*), e comunque oggetto della domanda non sarebbe il provvedimento volontario, ma l'atto, il negozio, al quale il provvedimento si riferisce. Cfr. anche MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 615 ss.; CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 495.

¹⁹⁵ CARNELUTTI F., *Rimedi contro il provvedimento di giurisdizione volontaria*, cit., 666 ss., secondo cui in sede contenziosa, dunque, il giudice potrebbe rilevare al più eventuali profili di illegalità del provvedimento volontario, di certo non di ingiustizia del medesimo; FAZZALARI E., *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, cit., 361; LIEBMAN E.T., *Impugnazione in sede contenziosa*, cit., 445 ss., secondo cui la sostanziale differenza tra le due forme di controllo, quella del reclamo e dell'azione in giudizio, esclude ogni loro equivalenza o interferenza.

¹⁹⁶ CARNELUTTI F., *Disapplicazione dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 622 ss.; ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche*, cit., 1 ss.; FAZZALARI E., *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, cit., 330 ss., previa «disapplicazione» del provvedimento da parte del giudice ordinario (l'utilizzo del termine riflette la tradizionale teoria della natura in senso lato amministrativa), parla di sentenza di accertamento o di «annullamento in sede contenziosa», che ne elimini gli effetti (secondo ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche*, cit., 60 ss., ciascun provvedimento in tanto produce gli effetti previsti dalla legge, in quanto vi siano i relativi prescritti presupposti: ove di essi se ne riscontri il difetto, quel provvedimento è dato *inutiliter* e in radice inidoneo a produrre gli effetti previsti dalla legge, sicché, più semplicemente, di esso va rilevata la nullità e dichiarata la inefficacia *ab origine*).

¹⁹⁷ LIEBMAN E.T., *Impugnazione in sede contenziosa*, cit., 445 ss.

¹⁹⁸ GRASSO E., *I procedimenti camerale e l'oggetto della tutela*, cit., 65 ss. *Contra*, MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 601 ss., anche per il riesame del merito e già LIEBMAN E.T., *Impugnazione in sede contenziosa*, cit., 445 ss., ma limitatamente al controllo di legittimità.

normativa, che al destinatario sia concessa l'alternativa fra il mezzo del reclamo e l'azione di nullità, o addirittura l'uso di entrambi¹⁹⁹.

Un'ulteriore, autorevole dottrina²⁰⁰, quanto all'azione di nullità, muove dalla essenziale differenza, per struttura e contenuto, tra due tipi di procedimenti: da un lato, quelli che si concludono con provvedimenti (ordinatori), i quali, autorizzando atti di diritto sostanziale, si atteggiano a elementi «non principali» della fattispecie²⁰¹. In tal caso, non si vede come la loro illegittimità possa incidere su diritti²⁰², fuori dei casi in cui gli atti siano costitutivi di fattispecie di invalidazione o di rimozione di atti autorizzati (ad es., valutazioni erronee del giudice che ha autorizzato la vendita di un bene²⁰³). Dall'altro, i procedimenti i cui provvedimenti finali «sono essi stessi le compiute fattispecie dell'assetto sostanziale che la legge vuol ricevuto dall'insieme degli interessi superindividuali e di ordine pubblico in gioco»²⁰⁴. E si possono dare casi diversi, tra i quali: quello in cui la legge disciplini, successivamente al processo di giurisdizione non contenziosa, un processo di tipo contenzioso, sia pure speciale, nel cui ambito sono assicurate le garanzie del «dovuto processo» su diritti²⁰⁵ (come potrebbe essere per il reclamo *ex art. 26*, quale procedimento

¹⁹⁹ GRASSO E., *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, cit., 65 ss.; in giurisprudenza, v. Cass., 7 febbraio 1987, n. 1255, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1160 ss., che fonda tale assunto sulla base dei principi della specialità dei mezzi di impugnazione, dell'economia processuale e della certezza delle situazioni giuridiche.

²⁰⁰ MONTESANO L., «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, cit., 938 ss., ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 20 ss.

²⁰¹ ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, cit., 372, rileva come, in sede fallimentare, sia il caso dei provvedimenti del giudice delegato o del tribunale che si profilino come «presupposti di efficacia» di atti del curatore.

²⁰² Tanto è vero che la dottrina (v., tra gli altri, SATTA S., *Commentario al c.p.c.*, IV, 2, Milano, 1971, 41 ss.) ha rilevato come in realtà si impugni l'atto compiuto in forza del provvedimento, e non tanto il provvedimento stesso. La giurisprudenza, in caso di revoca, da parte del giudice delegato, del proprio precedente decreto autorizzativo di una transazione, ha costantemente qualificato entrambi i provvedimenti come ordinatori, al pari di quello reso sul reclamo, profilando per l'interessato l'azione in sede contenziosa ordinaria, con ciò impugnando l'atto negoziale, ossia la transazione (Cass., 2730/95; Cass., 5066/94; Cass., 5134/87; Cass., 3179/75; Cass., 185/71).

²⁰³ MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 615 ss.

²⁰⁴ ID., «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, cit., 938 ss., ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 20 ss.

²⁰⁵ ID., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 601 ss., ammette in tale caso, nel silenzio del legislatore, l'azione ordinaria contenziosa, che andrebbe, a suo dire, ammessa in via «sistemica».

secondario rispetto ad altro primario endofallimentare. Ma il discorso, nel caso che ci occupa, può adattarsi soltanto ai provvedimenti primari, non già ai secondari, per i quali non resterebbe che l'azione di nullità); il caso in cui la legge tace sulla tutela contenziosa dei diritti incisi da provvedimenti conclusivi di procedimenti che non apprestano altri rimedi contenziosi, e il rimedio deve essere - perché imposto da rilievi sistematici dettati dai principi degli artt. 3 e 24 Cost. - quello dell'*azione ordinaria* a tutela del diritto inciso dal provvedimento camerale, e ciò per motivi di legittimità, invalidità o merito²⁰⁶. Tale dottrina, quindi, censura nettamente l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione, che qualificando tali ultimi provvedimenti camerali non contenziosi ablativi o incisivi di diritti come «sentenze in senso sostanziale», li ha assoggettati, si assume erroneamente, alla tutela di cui all'art. 111 Cost.; negando così il diritto alle garanzie del «dovuto processo» dei soggetti incisi da quei provvedimenti e dimenticando la inidoneità al giudicato di tali provvedimenti camerali²⁰⁷.

Si è anche rilevato²⁰⁸, che l'azione di nullità debba essere consentita tanto ai *terzi* quanto alle *parti*, anche per via della peculiarità con la quale entrambi i concetti si atteggiavano nel contesto camerale.

Quanto al terzo, è stato rilevato che l'azione ordinaria di nullità non può essergli negata, atteso che questi sarebbe peraltro privo di un rimedio analogo all'opposizione prevista dall'art. 404 c.p.c.²⁰⁹

Quanto alla posizione di chi, avendo partecipato al procedimento, sia stato diretto destinatario degli effetti sfavorevoli della pronuncia ordinatoria, parte della dottrina reputa che l'azione di nullità sia consentita nei limiti di ammissibilità della revocazione *ex art.* 395, nn. 1, 2, 3, 4 e 6, c.p.c.²¹⁰; nonché, tanto in via principale che incidentale, per le nullità di cui

²⁰⁶ ID., *op. ult. cit.*, 599 ss., ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 20 ss, esclude la disapplicazione da parte del giudice contenzioso tanto alla stregua di atto amministrativo, quanto *ex art.* 742, quale norma applicabile solo in sede di giurisdizione volontaria.

²⁰⁷ ID., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 599 ss., ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 20 ss.

²⁰⁸ MONTELEONE G., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, cit., 990.

²⁰⁹ GRASSO E., *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, cit., 65 ss.

²¹⁰ ID., *op. loc. ult. cit.*

risulti viziato il decreto emesso in esito al reclamo, per vizi propri o derivati dalla nullità del relativo procedimento²¹¹.

Altri²¹², negano l'autonoma azione di nullità contro il provvedimento camerale, al pari dell'impugnazione principale e della disapplicazione incidentale in sede contenziosa, atteso che la successiva eventuale tutela contenziosa a cognizione piena dei diritti incisi dal provvedimento camerale ordinatorio non sarebbe idonea ad assorbire e a sostituirsi al provvedimento camerale, a differenza di ciò che avviene tra provvedimenti sommari contenziosi su diritti e successivi processi a cognizione piena.

In conclusione, i rimedi prospettati in via generale dalla dottrina, anche calati nella sfera prettamente fallimentare dei provvedimenti ordinatori, risultano percorribili a livello teorico, dato che risulterebbero invece preclusi, quanto alle "parti", soltanto nel caso in cui i vizi - motivi di nullità - rischiassero di essere "assorbiti" nei motivi di gravame, per la operatività dell'art. 161, co. 1°, c.p.c. o di altra norma di contenuto analogo (e ai terzi dovrebbe però essere consentita la relativa opposizione).

Ciò nonostante, ove si affermi la non concorrenza tra reclamo e revoca, l'applicazione "in senso proprio" di quest'ultima, la completa instabilità del provvedimento ordinatorio, sembra plausibile reputare che non tanto il reclamo - per via del breve termine per proporlo - quanto la revoca, esperibile in ogni tempo su istanza delle *parti* o anche dei *terzi*, potrebbe porsi come rimedio ulteriore, di respiro schiettamente endofallimentare, che vada ad aggiungersi ai rimedi extraconcorsuali segnalati dalla dottrina. Insomma, la revoca come rimedio che potrebbe essere attivato, anche dai terzi, prima della instaurazione del (lento) processo di cognizione, e con il quale provare a conseguire, in tempi assai rapidi, il risultato della eliminazione degli effetti del provvedimento ordinatorio.

²¹¹ ID., *op. loc. ult. cit.*, rileva come non vi osti la norma di cui all'art. 161 c.p.c. perché essa, che esclude l'azione di nullità secondo il principio dell'assorbimento, è dettata solo per la sentenza.

²¹² PROTO PISANI A., *Usi e abusi*, cit., 423 ss.; CIVININI M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 393 ss.

4. *Provvedimenti a contenuto «decisorio»*. - È dato in larga parte condiviso, sebbene si siano registrate in dottrina talune opinioni contrarie²¹³, che il giudice delegato e il tribunale, nell'esercizio del potere giurisdizionale rispettivamente loro attribuito dalla legge fallimentare, pronuncino provvedimenti «primari» da tempo designati come decisori²¹⁴.

Risulta acquisito, inoltre, il fatto che il tribunale o la corte d'appello, decidendo il reclamo di cui all'art. 26 proposto contro i provvedimenti «primari» tanto decisori, che privi di decisorietà ma dei quali si lamentino vizi di procedura, possano pronunciare provvedimenti «secondari» anch'essi decisori²¹⁵.

Si è puntualmente rilevato che anche per i provvedimenti a contenuto decisorio è la natura del potere che ne determina gli effetti, sicché qualsivoglia indagine sulla decisorietà deve prendere le mosse dallo studio degli effetti, quale espressione dei poteri concretamente esercitati dal giudice²¹⁶.

Ebbene, a riprova della costante ambiguità che accompagna i tentativi di segnare i limiti della nozione di provvedimento decisorio, alcuni Autori hanno efficacemente rimarcato

²¹³ LUISO F.P., *Il giudice delegato: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 824, il quale esclude in radice che sia configurabile una funzione cognitoria-decisoria in capo al giudice delegato, sull'assunto per cui tutte le attività previste dall'art. 25 l. fall. dovrebbero essere ridotte a funzioni amministrative. Tale orientamento si pone sulla scia di una più generale tendenza ad ampliare il novero dei provvedimenti endofallimentari a contenuto ordinatorio, riducendo sempre di più il campo di quelli a contenuto decisorio.

²¹⁴ FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisorio nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 4, 944 ss. Secondo DENTI V., *Poteri del giudice*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1957, 489 ss., il legislatore adotta il metodo decisorio, quale specifica tecnica, allo scopo di garantire un adeguato controllo del provvedimento, in vista della gravità delle conseguenze della decisione: insomma, l'esercizio di poteri decisori può confluire o meno in sentenze, ma in ogni caso il regime dei controlli e garanzie è analogo a quello delle sentenze, tanto è vero che secondo questo Autore anche i provvedimenti diversi dalle sentenze sono sempre impugnabili ai sensi dell'art. 111, co. 7°, Cost. Scorrendo il versante della scienza processualpenalistica, al riguardo, segnaliamo che autorevoli esponenti (CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1985, 373 ss.) hanno qualificato la decisione, ossia la *dichiarazione decisoria*, alla stregua di pronuncia il cui valore risiede, in limiti più o meno estesi, nel fatto che non ammette (giuridicamente parlando) di essere contraddetta.

²¹⁵ FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisorio nel fallimento*, cit., 944 ss. Reputa oramai inevitabile il superamento di tale, decennale, punto fermo, per le ragioni che si esporranno *infra*, CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 1276 ss.

²¹⁶ FERRI C., *op. loc. ult. cit.*

il singolare atteggiamento di dottrina e giurisprudenza, le quali, cimentandosi in quella prova, hanno spesso tratto il positivo riscontro e quindi la conclusione in ordine alla decisorietà di un determinato provvedimento, muovendo dalla premessa che detto provvedimento fosse ricorribile *ex art. 111, co. 7°, Cost.*²¹⁷; tale opinione, viceversa, auspicava che si riuscisse finalmente a muovere dalla natura decisoria del provvedimento per trarre la conclusione in ordine alla impugnabilità con tale mezzo, facendo applicazione dei criteri propri delle vicende interpretative della norma costituzionale²¹⁸.

Con riguardo a tali vicende interpretative, va ricordato come sia almeno duplice la nozione di provvedimento decisorio che è possibile enucleare dalla norma.

La prima nozione di provvedimento decisorio, ai sensi della norma recata dall'art. 111 co. 7° Cost., è quella recepita tradizionalmente dalla dottrina prevalente e dall'orientamento consolidato della Cassazione, secondo cui tale nozione – indifferente rispetto alle scelte politiche della legislazione ordinaria - dovrebbe essere intesa come una sentenza “sostanziale”; con ciò, identificando il provvedimento impugnabile nella pronuncia che statuisca su diritti soggettivi o *status*, e garantendo per queste pronunce l' idoneità ad acquistare l'autorità di cosa giudicata²¹⁹.

Alla stregua, invece, della seconda nozione di provvedimento decisorio²²⁰, ai sensi dell'art. 111 co. 7° Cost., la Costituzione non conterrebbe la previsione della cosa giudicata come attributo necessario e indispensabile dei provvedimenti giurisdizionali decisorio, sicché tutti i provvedimenti, a contenuto decisorio e che hanno a oggetto, secondo il modello del processo ordinario di cognizione, le «questioni» di cui all'art. 279 c.p.c. – anche se emessi in forma diversa dalla sentenza, ma astrattamente idonei ad acquisire definitività sul piano processuale – devono reputarsi assoggettabili, se definitivi e non impugnabili per le vie ordinarie, alla tutela di cui all'art. 111 co. 7° Cost. La definitività del provvedimento, quindi, si legherebbe, sul piano formale, alla sua definitività sul piano processuale: ossia, la idoneità a

²¹⁷ ID., *op. ult. cit.*, 948 ss.

²¹⁸ ID., *op. loc. ult. cit.*

²¹⁹ CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)*, cit., 395 ss.

²²⁰ DENTI V., *La giustizia civile*, Padova, 1989, 73 ss.

dar luogo al giudicato soltanto formale. Ne deriva una estensione del carattere della decisorietà ben oltre un oggetto circoscritto al diritto soggettivo suscettibile del giudicato materiale.

Si tratta di stabilire, allora, se la sentenza (e, quindi, il provvedimento decisorio suscettibile d'impugnazione) debba intendersi quale provvedimento che statuisce su situazioni sostanziali (diritti soggettivi o *status*), ma che ha anche la funzione di garantire l'autorità del giudicato; oppure se la decisorietà inerisca a qualsiasi provvedimento suscettibile di acquisire definitività sul piano processuale.

Svolta questa premessa, sono meglio comprensibili gli orientamenti sorti nella giurisprudenza in materia fallimentare della Suprema Corte, in ordine alla distinzione tra provvedimento a cui attribuire carattere decisorio e provvedimento con effetti meramente ordinatori.

Secondo parte della dottrina, il provvedimento è decisorio se verte su diritti soggettivi, che ne sono oggetto, ed è idoneo al giudicato materiale²²¹.

Altri qualificano decisorio il provvedimento che verta comunque su diritti, ove «incida» su posizioni soggettive, anche non suscettibile di diventare cosa giudicata sostanziale²²².

Un ulteriore orientamento propende per reputare decisorio il provvedimento del tribunale che abbia ad oggetto anche diritti processuali alla regolarità della procedura, o diritti di “annullamento” ad opera di parti del procedimento o di terzi²²³.

²²¹ CERINO CANOVA A., *op. ult. cit.*, 395 ss.; SCANZANO, *I rimedi fallimentari. In particolare la vicenda giurisprudenziale (costituzionale e ordinaria) degli artt. 23 e 26 legge fallimentare*, in *Fall.*, 1989, 357 ss., 364.

²²² In senso critico, FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato*, cit., 14 ss., 97 ss., il quale ne ribadisce l'ambiguità, atteso che anche provvedimenti ordinatori potrebbero indirettamente “incidere” su diritti.

²²³ RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, 299 ss. Si rileva, al riguardo, che gli atti di giurisdizione esecutiva del giudice delegato, qualificabili come «atti esecutivi», la cui collocazione è quella della «liquidazione dell'attivo» (e sui quali, v. *infra*, § 5), sarebbero privi di contenuto decisorio; tuttavia, ai provvedimenti secondari del tribunale, emessi in esito al reclamo *ex art.* 26 sui detti atti esecutivi, è riconosciuta generalmente natura decisoria (processuale), sicché mancherebbe la consueta sequenza del doppio provvedimento decisorio. La giurisprudenza, in questi casi, esce dall'*impasse* facendo leva sulla formula secondo la quale “il tribunale risolve un incidente di tipo

Nella giurisprudenza della Suprema Corte, quindi, la decisorietà del provvedimento non sembra connotare una caratteristica del medesimo, né un *prius* oggettivo rispetto all'impugnazione²²⁴, ma sembra invece discendere dall'esame del mezzo di impugnazione (art. 111 Cost.).

Il passaggio è il seguente: tra il reclamo *ex art. 26* e il giudizio di opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.* dottrina e giurisprudenza riconoscono che ci sia analogia; quindi, se il provvedimento reso in esito al secondo è impugnabile *ex art. 111*, vuol dire che esso è decisorio; ma allora vuol dire che l'analogo provvedimento emesso in esito al reclamo *ex art. 26* sarà anch'esso impugnabile *ex art. 111 Cost.*, e, in quanto tale, anch'esso decisorio.

La peculiare sequenza atto esecutivo-atto decisorio, in luogo di quella, tradizionale, decisorio-decisorio, induce a osservare il tratto di autentica peculiarità di tali procedimenti, i quali vedono mutare profili e caratteri dell'oggetto della pronuncia e della materia del contendere²²⁵.

Non è chiaro, però, se l'analogia – in virtù della quale reputiamo ricorribili per cassazione anche quei provvedimenti secondari che decidono su atti di liquidazione dell'attivo - possa spingersi anche alle altre attività, ordinatorie, del giudice delegato.

Se cioè, in tanti casi di provvedimenti primari ordinatori avremmo in esito al reclamo *ex art. 26* dei provvedimenti secondari non già anch'essi ordinatori, ma decisori, in applicazione del criterio della «decisorietà» processuale: come tali, ricorribili quindi *ex art. 111 Cost.*

cognitorio”): vale a dire, il reclamo *ex art. 26* (Cass., 23.4.1992, n. 4893, in *Fall.*, 1992, 795; Cass., 20.9.1993, n. 9624 e Cass., 21.10.1993, n. 10421, in *Fall.*, 1994, 269). Altra dottrina - CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 1276 ss. – auspica un pronto ripensamento della Cassazione, anche nell'ambito fallimentare, in merito all'anomala sequenza della fase di liquidazione dell'attivo, ossia atto ordinatorio- atto decisorio processuale.

²²⁴ Così, Cass., 6.5.1992, n. 5355.

²²⁵ FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisorio*, cit., 958 ss., che ipotizza quantomeno la possibilità di distinguere, in seno ai decisori, tra quelli che come oggetto decidono su diritti soggettivi, da quelli che decidono su questioni solo processuali, anche di semplice irregolarità od opportunità. V. ancora CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 1276 ss.

La giurisprudenza, però, si noti, ha agganciato la ricorribilità in Cassazione e l'art. 111 Cost. non già all'analogia con l'art. 617 c.p.c., quanto al criterio dell'attitudine al giudicato.

In definitiva, secondo parte della dottrina²²⁶, andrebbero respinte la tesi della sentenza in senso sostanziale e il criterio dell'attitudine al giudicato - se tale fenomeno è estraneo al procedimento - per attribuire natura decisoria ai provvedimenti degli organi fallimentari: sicché tale dottrina nega che qualunque censura relativa a vizi *in procedendo* possa essere oggetto di una decisione dell'organo fallimentare con il reclamo *ex art. 26*, se del provvedimento impugnato è invece incontestato l'effetto meramente ordinatorio, limitando la qualifica di decisorio quindi ai soli provvedimenti endofallimentari che producono effetti diretti e immediati su posizioni soggettive sostanziali²²⁷.

Quanto al novero dei provvedimenti ai quali, nel tempo, è stato ascritto contenuto decisorio, segnaliamo che tanto le Sezioni Unite della Suprema Corte quanto la dottrina avevano contribuito a stilare il già citato catalogo delle "ipotesi tipiche", al fine di segnare il distinguo con la categoria dei provvedimenti ordinatori e con quella dei provvedimenti invece inesistenti o c.d. abnormi.

Pertanto, sono stati nel tempo qualificati decisori, pur tra persistenti ambiguità e posizioni contrapposte, i seguenti provvedimenti: quelli del giudice delegato, e del tribunale sul reclamo, che pronunciano sulle istanze di liquidazione compensi, o acconti, per crediti prededucibili, dei soggetti nominati ai sensi dell'art. 25, co. 1°, n. 4) e 6) (già n. 7), e di cui all'art. 111 *bis*, per i quali la giurisprudenza e taluna dottrina hanno a lungo disputato tra chi li reputava ordinatori²²⁸ e chi decisori²²⁹; quelli del giudice delegato, e del tribunale sul reclamo,

²²⁶ FERRI C., *op. ult. cit.*, 962.

²²⁷ ID., *op. loc. ult. cit.*

²²⁸ Cass., n. 1437 del 1980. In dottrina, CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, cit., 113 ss., il quale censurava la tesi dominante della natura decisoria di tale provvedimento - che, in caso di mancata tempestiva impugnazione, implicava la non ulteriore contestabilità, e quindi il carattere di certezza del giudicato in punto di *an* e *quantum*, del credito - negando quella natura: «il decreto di liquidazione non è decisorio ... al contrario, il decreto ha carattere amministrativo», con ciò escludendo altre forme di impugnazioni (quali l'art. 111 Cost.) fuori del reclamo. Per l'incaricato, dunque, il decreto di liquidazione non avrebbe avuto altra natura se non quella di una proposta, che poteva essere accettata o respinta: come tale, mero atto ordinatorio di amministrazione. E se tale proposta fosse stata respinta dall'incaricato, o comunque per ogni doglianza in ordine a tale

che pronunciano sulle istanze di liquidazione compensi, o acconti, per crediti prededucibili, del curatore²³⁰; quelli con i quali il giudice delegato dispone la sospensione delle operazioni di vendita, o l'impedimento del perfezionamento della vendita, di cui all'art. 108²³¹, nonché quelli «secondari» emessi dal tribunale²³²; quelli adottabili in ordine alle ripartizioni parziali, di cui all'art. 113²³³; quelli con i quali il giudice delegato ordina il riparto finale dell'attivo, ai sensi dell'art. 117, 1° co., rendendolo esecutivo²³⁴; i decreti di ingiunzione emessi dal giudice

provvedimento da parte di ogni interessato, non vi sarebbe stata altra strada che quella dell'accertamento del credito, che sarebbe potuto avvenire anche nella speciale sede del reclamo *ex art. 26*, purché non fosse peggiore rispetto a quello degli altri creditori (sulla illegittimità di tale distinzione di tutela per posizioni soggettive identiche, v. SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi nel fallimento*, cit., 660). In tal senso, anche LUISO F.P., *Il giudice delegato: problemi attuali e prospettive di riforma*, cit., 821 ss.; RICCI E.F., *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 98 ss.

²²⁹ In dottrina, FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisivo nel fallimento*, cit., 944 ss., il quale propende per la sussistenza del diritto di credito anteriormente al decreto di liquidazione, che avrebbe la funzione di determinarne soltanto il *quantum*; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 198-199; FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 16 ss.; LANFRANCHI L., *I rimedi endofallimentari*, cit., 1070; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 152; SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 371 ss. La giurisprudenza propende decisamente nel senso della natura decisoria: Cass., 29-03-2007, n. 7782, in *Mass. Giur. It.*, 2007 e in *Fall.*, 2007, 7, 838, la quale distingue tra momento accertativo e momento solutorio; Cass. 13-10-2005, n. 19888, in *Mass. Giur. It.*, 2005 e in *Fall.*, 2006, 5, 600 e in *Fall.*, 2006, 6, 720, la quale aveva riconosciuto la natura decisoria e non meramente ricognitiva del decreto *ex art. 25 co. 7°*, precisando che – in epoca *ante riforma* – dovesse essere accertato *ex art. 26* e non con le forme del Capo V, e la idoneità dell'accertamento al giudicato pieno. Ma tale ultimo assunto non può resistere alla riforma, tanto è vero che la giurisprudenza successiva non fa alcun riferimento al giudicato. Nello stesso senso, pure Cass., 16-09-2002, n. 13482, in *Mass. Giur. It.*, 2002 e in *Dir. Fall.*, 2003, 2, 875); Cass., n. 5905 del 2004; Cass., n. 17898 del 2003; Cass., 9 giugno 1998, n. 5675.

²³⁰ L'orientamento dominante lo reputa decisivo (e quindi ricorribile *ex art. 111, co. 7°*, Cost.): tra gli altri, FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisivo nel fallimento*, cit., 944 ss.; LANFRANCHI L., *I rimedi endofallimentari*, cit., 1070; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 152; Cass., 26.02.1992, n. 2350. Nettamente contrario alla tutela *ex art. 111, co. 7°*, Cost. in relazione al decreto che liquida il compenso del curatore: CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 435-437.

²³¹ Cass., 24 marzo 2000, n. 3522;

²³² Cass. civ., Sez. I, 24/04/2007, n. 9896, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

²³³ LANFRANCHI L., *I rimedi endofallimentari*, cit., 1070.

²³⁴ *Id.*, *op. loc. ult. cit.*, che li qualifica provvedimenti decisori sommari trasformabili; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 158. Contro la concessione della ricorribilità *ex art. 111, co. 7°*, Cost. in relazione al decreto che approva il piano di riparto: CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 435-437. Si consideri che la garanzia

delegato a norma dell'art. 150 (concernenti il versamento delle somme dovute dai soci a responsabilità limitata e dai precedenti titolari delle quote o delle azioni) nonché, nella disposizione precedente alla riforma di cui al d. lgs. n. 5/06, dell'art. 151 (afferenti al versamento delle somme necessarie per l'estinzione delle passività, da parte dei soci delle cooperative)²³⁵; i decreti con i quali il tribunale pronunzia sul reclamo avverso provvedimenti del giudice delegato in materia di liquidazione dell'attivo²³⁶, e tali decreti - poiché emessi in esito al reclamo *ex art. 26*, nella sua funzione di *alter ego* dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* - sarebbero non solo decisori ma anche definitivi, quindi ricorribili *ex art. 111, co. 7^o*²³⁷; i decreti di distribuzione delle somme ai creditori, ai sensi dell'art. 111, ult. co.; il provvedimento di aggiudicazione d'immobile²³⁸; quelli con i quali il giudice delegato, in fase

della cognizione piena, ancorché speciale, offerta dall'odierno art. 26, consente di reputare siffatto procedimento di reclamo quale sede adeguata ad assurgere a grado di merito, attivabile in via soltanto eventuale, e così di reputare superati i problemi che si ponevano in passato in ordine alla inidoneità del precedente art. 26, quale rimedio soltanto sommario, a soddisfare l'esigenza, manifestata dalla dottrina, di almeno un grado di merito a cognizione piena, e di dovere andare così a reperire altrove un siffatto rimedio.

²³⁵ LANFRANCHI L., *I rimedi endofallimentari*, cit., 1070; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 158.

²³⁶ Il decreto «secondario avrebbe» natura decisoria e poiché dichiarato dalla legge non impugnabile sarebbe suscettibile di ricorso straordinario per Cassazione: Cass., n. 979 del 1998; Cass., 1° aprile 1992, n. 3916; Cass., 27 marzo 1992, n. 3792; Cass., 27 febbraio 1992, n. 2420.

²³⁷ Come per il caso di declaratoria d'inammissibilità del reclamo *ex art. 26*, per tardiva proposizione dello stesso: Cass., n. 3177 del 1985.

²³⁸ V., tra le altre, Cass., 17 luglio 2008, n. 19737, in *Fall.*, 2009, 6, 683, che da ultimo ne ha ribadito «l'incontestabile carattere decisorio», con nota di ABETE L., *Natura e carattere del provvedimento di aggiudicazione di immobile*, il quale rileva quanto sia stata significativa, nella riforma che ha interessato il processo di esecuzione individuale, l'introduzione dell'art. 187 *bis* disp. att. c.p.c., rubricato «intangibilità nei confronti dei terzi degli effetti degli atti esecutivi compiuti», ove è esplicito il riferimento anche all'aggiudicazione provvisoria. Secondo tale Autore, quindi, apparirebbe più che plausibile ammettere che l'effetto traslativo reale sia destinato a prodursi ancor prima della pronuncia del decreto di trasferimento (ossia, nella vendita con incanto: con la pronuncia dell'ordinanza *ex art. 581, 3° co.*, c.p.c., o, al più tardi, con l'integrale deposito del prezzo di aggiudicazione; e, nella vendita senza incanto: una volta avvenuto il versamento del prezzo nel termine stabilito con il decreto *ex art. 574, 1° co.*, c.p.c.). In tal guisa la decisorietà e definitività dell'ordinanza di aggiudicazione apparirebbero in proiezione futura destinate a consolidarsi. Al contempo, la previsione dell'art. 187 *bis* disp. att. c.p.c. potrebbe riflettere, secondo l'Autore, la propria valenza anche sul terreno fallimentare: l'art. 107, 2° co., l. fall. (quale inserito dal d. lgs. "correttivo" n. 169/2007) prefigura espressamente che il curatore possa prevedere nel programma di liquidazione che le vendite di beni (mobili, immobili e mobili registrati) siano effettuate dal giudice

delegato secondo le disposizioni del codice di rito, applicabili in quanto compatibili. Siffatta possibilità, subordinata alla duplice condizione che sia oggetto di esplicita enunciazione nel programma di liquidazione e che il programma medesimo consegua l'approvazione del comitato dei creditori, non solo restituirebbe al giudice delegato, nello specifico ambito della liquidazione, quella centralità che le scelte operate con i primi interventi della riforma fallimentare gli avevano sottratto, ma soprattutto, improntando il percorso della vendita immobiliare fallimentare alla disciplina della vendita senza incanto e con incanto di cui agli artt. 570 ss. del codice di rito, importerebbe operatività a pieno titolo, sul terreno dell'esecuzione concorsuale, degli artt. 574, 1° co., e 581, 3° co., c.p.c. e, quindi, in pari tempo valorizzazione della decisorietà e definitività dei passaggi procedurali antecedenti alla pronuncia del decreto di trasferimento e dai medesimi articoli riflessi. Nell'ambito fallimentare, inoltre, e il punto merita di essere segnalato, l'affermata natura decisoria del provvedimento di aggiudicazione d'immobile appare coesistere, nella giurisprudenza consolidata formatasi più in generale per i provvedimenti del giudice delegato resi nella fase di liquidazione dell'attivo, con l'altrettanto riconosciuta revocabilità del medesimo, con il limite del principio di esecuzione: si tratta di confrontarsi, quindi, non soltanto con il problema dello specifico concorso tra reclamo ex art. 26 e revoca, quanto anche e soprattutto con la coesistenza del carattere decisorio con la revocabilità. Tale coesistenza, come già anticipato nel presente lavoro, secondo una buona parte della dottrina non soltanto è astrattamente configurabile, ma anche, e come tale, non ignota al nostro legislatore. Si tratta, tuttavia, di verificare se il provvedimento, «primario», in questione abbia effettivamente contenuto decisorio, o se per caso sia stato così qualificato, nel tempo, al fine di assicurare alle situazioni soggettive sottese un certo tipo di tutela, di cui senza tale qualificazione non avrebbero beneficiato: vale a dire, le forme di tutela del reclamo nella versione più garantista accordata ai provvedimenti decisorii. Ove si accedesse alla seconda delle ipotesi prospettate, e si avesse riscontro del fatto che determinati provvedimenti «primari», pur privi di concreto contenuto decisorio, siano stati nel tempo così qualificati al fine di assicurare ai relativi interessati un percorso di tutela giurisdizionale più garantista, allora si potrebbero immaginare altre strade, dettate dal fatto che quelle esigenze, oggi, sono state soddisfatte dalla riforma, visto che tutti i provvedimenti del giudice delegato (e quelli «primari» del tribunale) sono in ogni caso reclamabili e con lo stesso rimedio, garantista, di cui all'attuale art. 26. Potrebbe allora essere di utilità, forse, valorizzare la categoria dei «provvedimenti esecutivi» o «di liquidazione dell'attivo», quali atti del giudice delegato compiuti nella fase di liquidazione dell'attivo, che siano privi obiettivamente di contenuto decisorio, non diversamente da come nel processo di esecuzione individuale siano qualificati «atti esecutivi» i relativi atti (contro i quali si propone l'opposizione «agli atti esecutivi» ex art. 617 c.p.c.), ove tale inquadramento, lungi dal rispondere a sterili finalità classificatorie e nominalistiche, possa implicare un contributo di chiarezza a livello di coerenza delle diverse soluzioni sul piano sistematico. Segnatamente e in primo luogo, il ricorso a tale categoria consentirebbe di predicare la revocabilità, di tali atti esecutivi del giudice delegato (quindi per definizione «primari»), in virtù dell'art. 487, 1° co., c.p.c., e quindi con il limite dell'avvenuta esecuzione, senza la necessità di far coesistere la revocabilità dei medesimi con il contenuto decisorio, affermato ma non giustificato, se non per l'esigenza, non più attuale, di provocarne un riesame con forme di tutela garantiste. Autorevole dottrina ha reputato «veramente inaccettabile» la concessione del ricorso ex art. 111, 7° co., Cost. in relazione ai provvedimenti della vendita fallimentare, affermando che di tali questioni, agitatesi sotto il profilo dell'art. 111, attuale comma 7, Cost. si sarebbe dovuto investire il giudice più adeguato: la Consulta, al fine di verificare la tenuta costituzionale della disciplina fallimentare (CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 435-437).

di liquidazione dell'attivo, si pronuncia, accogliendo o rigettando, sull'istanza di restituzione della cauzione incamerata²³⁹: quelli che, a norma dell'art. 119 l. fall., dichiarano la chiusura del fallimento, o ne respingono la richiesta²⁴⁰; quelli del giudice delegato, con cui si dichiara l'inefficacia delle offerte in aumento di sesto per omesso deposito degli importi approssimativi delle spese di vendita²⁴¹; quelli di rigetto del diritto di prelazione invocato da una società affittuaria dell'azienda nella titolarità del fallimento²⁴²; quelli con cui il giudice delegato non dispone l'accantonamento di somme per interessi, antecedenti alla dichiarazione di fallimento, relativi a crediti privilegiati ammessi al passivo con riserva all'esito del giudizio tributario²⁴³; il decreto emesso dal tribunale in sede di reclamo avverso il provvedimento con il quale il giudice delegato, a norma dell'art. 46 l. fall., determina la quantità del salario percepito dal fallito da destinare alle esigenze di questo e della sua famiglia²⁴⁴; il decreto con cui il giudice delegato si pronuncia dichiarando la decadenza dall'aggiudicazione per mancato versamento del residuo prezzo dell'immobile venduto all'incanto²⁴⁵. Viceversa, e tra gli altri, contenuto decisorio e definitività non sono stati riscontrati nei provvedimenti di rigetto dell'istanza di fallimento²⁴⁶.

²³⁹ Cass. civ., Sez. I, 22-12-2006, n. 27506, con nota di MANNA F., *Il reclamo fallimentare e il suo giudicato*, in *Fall.*, 2007, 5, 525.

²⁴⁰ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 612, rileva come l'art. 119 stabilisca testualmente la reclamabilità, a norma dell'art. 26, del decreto del tribunale che dichiara la chiusura del fallimento o ne respinga la richiesta. Si noti, inoltre, che il legislatore, in modo singolare, dopo aver omesso di disciplinare, in linea generale, l'impugnabilità dei provvedimenti «secondari» emessi all'esito del reclamo *ex art. 26*, abbia espressamente previsto, all'art. 119, che «contro il decreto della Corte d'Appello il ricorso per Cassazione è proposto nel termine perentorio di trenta giorni [...]».

²⁴¹ Cass., 22 settembre 2000, n. 12544.

²⁴² Cass., 13 maggio 1998, n. 4794.

²⁴³ Cass., 8 maggio 1995, n. 5020.

²⁴⁴ Cass., 7 febbraio 2008, n. 2939, in *Sito Il caso.it*, 2008, secondo cui inciderebbe sui diritti del fallito e su quelli dei creditori, così presentando i caratteri della decisorietà e della definitività.

²⁴⁵ Cass., 22 dicembre 2006, n. 27506, cit.; Cass., 8 aprile 2003, n. 5506; Cass., 5 luglio 1990, n. 7072; Cass., 23 gennaio 1985, n. 291.

²⁴⁶ Cass., Sez. Unite, 7 dicembre 2006, n. 26181, in *Mass. Giur. It.*, 2006 e in *Fall.*, 2007, 3, 343; conformi, Cass., 7 ottobre 2005, n. 19643; Cass., 29 settembre 2006, n. 21193.

4.1. (segue) la irrevocabilità. - L'orientamento tradizionale e consolidato propende per ascrivere ai provvedimenti decisori endofallimentari, «primari» e «secondari», di regola, il carattere della irrevocabilità²⁴⁷.

La irrevocabilità, come noto, opera come vincolo endoprocessuale del giudice alla propria decisione: in passato, si era parlato di preclusione²⁴⁸, con ciò provocando non poche prese di posizione, ribadite in tempi recenti²⁴⁹. La decisione, dunque, al momento della pronuncia spiega un'efficacia di accertamento soggettivamente diversa rispetto a quella che produrrà una volta formatosi il giudicato materiale. In particolare, a seguito della pronuncia, l'efficacia di accertamento si estende esclusivamente al giudice che l'ha pronunciata; soltanto in seguito tale efficacia opererà nei confronti di altri soggetti, quali le parti, e, poi, in relazione a queste, ogni futuro giudice²⁵⁰. E una volta pronunciata la decisione in esito al giudizio di impugnazione, anche in questo caso il giudice superiore ne sarà vincolato, in modo analogo a quanto già verificatosi per il giudice inferiore.

²⁴⁷ Già CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, III ed., Napoli, 1923, 313 ss., tendeva a escludere la revocabilità dei provvedimenti camerati quando fossero adattati a ospitare tutele contenziose. LIEBMAN E.T., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio*, ripubblicato in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 451 ss., rilevava come tutte le volte che un decreto emesso in camera di consiglio risultava avere natura contenziosa e non volontaria, a esso non poteva applicarsi l'art. 742 c.p.c., atteso che l'efficacia di un provvedimento, e la sua revocabilità o irrevocabilità, dipendono dal suo contenuto, dalla natura dell'attività che l'organo giurisdizionale ha svolto nel pronunciarlo. Da ultimo, TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 153.

²⁴⁸ Per la costruzione del vincolo del giudice alla propria sentenza nei termini di preclusione, v. CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Milano, 1993, 231 ss., secondo il quale «la preclusione consiste nella perdita o estinzione o consumazione di un potere processuale che si subisca per il fatto: [...] di avere già una volta validamente esercitato il potere medesimo».

²⁴⁹ Contrario, ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 6 ss., che contestava il ricorso al concetto di preclusione perché reputato privo di validità a livello scientifico e, nel caso, fonte di pericolosi errori ed equivoci. L'Autore, in ogni caso, anche se per diversa via, conferma la esistenza del vincolo del giudice alla propria decisione. Di recente, contrario al ricorso al concetto di preclusione anche CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 38 ss., secondo cui risulta più appagante parlare di efficacia di accertamento, rispetto al concetto di preclusione, atteso che la prima, ma non il secondo, giustifica il vincolo positivo all'accertamento.

²⁵⁰ CHIZZINI A., *op. ult. cit.*, 37 ss.; ATTARDI A., *La cosa giudicata*, cit., 6 ss.

La decisione, solitamente espressa in forma di sentenza, spiega una forza vincolante nei confronti del giudice che l'ha pronunciata²⁵¹; forza che è anticipazione dell'efficacia che la medesima produrrà al di fuori del processo, in maniera generale, al formarsi del giudicato formale, e, quindi, del giudicato materiale²⁵².

Tale principio si esplica distinguendo il piano del provvedimento come *atto* (e qui il vincolo opera come impossibilità per il giudice di annullare o revocare la propria sentenza, al pari di come il giudicato formale opera per le parti), da quello degli *effetti* che esso produce (ossia, la dimensione normativa del vincolo del giudice all'accertamento²⁵³: il fatto che il giudice debba osservare, nel prosieguo del processo, il contenuto della propria decisione implica che il vincolo endoprocessuale per il giudice si colloca sul piano degli effetti, a fianco del giudicato materiale, inteso quale effetto di accertamento).

Da tale premessa, però, non sembra potersi trarre, quale ineluttabile corollario, la conclusione della idoneità del provvedimento al giudicato materiale. Si è rilevato, al riguardo, che la irrevocabilità – come il giudicato formale – attiene all'atto, mentre il giudicato materiale individua un effetto del provvedimento: sicché, dal regime di stabilità dell'atto non sembra potersi dedurre la sua idoneità a quell'effetto, ossia a dettare un assetto che abbia i crismi della definitività dei rapporti di diritto sostanziale sottesi, e ciò malgrado la eventuale illegittimità del provvedimento stesso²⁵⁴. Tale idoneità, invece, si correla a una scelta del legislatore (e su di essa la stabilità formale del provvedimento può riversare una influenza soltanto indiretta)²⁵⁵.

²⁵¹ Al quale è precluso il potere di revocarla; egli è vincolato a essa dal momento della emanazione e il giudicato nei suoi confronti non aggiunge nulla di nuovo al preesistente vincolo; sicché la irrevocabilità è vincolo per lo stesso giudice rispetto al proprio provvedimento; il vincolo nei confronti del giudice è quindi manifestazione della stessa imperatività della sentenza, intesa quale efficacia propria dell'accertamento. Secondo alcuni (CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 37 ss.) tale vincolo non può essere ridotto a un mero riflesso della perdita del potere di pronunciare nuovamente sulla questione decisa da parte del giudice, come sostenuto invece dall'orientamento che fa leva sull'esaurimento del potere-dovere del giudice di pronunciare.

²⁵² CHIZZINI A., *op. ult. cit.*, 170 ss.

²⁵³ ATTARDI A., *La cosa giudicata*, cit., 29 ss. e 184 ss.,

²⁵⁴ CHIZZINI A., *op. ult. cit.*, 167 ss.; ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, cit., 1 ss.

²⁵⁵ CHIZZINI A., *op. ult. cit.*

Si è già segnalato, inoltre (v. *retro*, sub § 3.1.), che parte della dottrina reputa plausibile configurare un principio generale secondo il quale la revocabilità troverebbe ampia applicazione nel processo civile, di guisa che i provvedimenti giurisdizionali del giudice civile (ordinanze e decreti) sarebbero da considerare, in linea generale, tendenzialmente revocabili, salvo le sentenze e altri casi predeterminati dalla legge²⁵⁶.

La revocabilità, quindi, esprimerebbe un regime dell'atto non esclusivo della volontaria giurisdizione (o dei provvedimenti camerali), né sarebbe l'elemento rivelatore di tale categoria. A ben vedere, *la tecnica della revocabilità* si presterebbe ad essere calata, con utilità, anche nel campo della giurisdizione contenziosa (al perseguimento di finalità determinate e autonome, con funzione anticipatoria o prodromica, di certo non espropriativa di quella tutela piena che solo il giudicato materiale assicura alle parti).

Tanto è vero, che si afferma la conciliabilità tra il potere di revoca e modifica, da un lato, e l'autorità e la stabilità della cosa giudicata materiale, dall'altro²⁵⁷.

Il nostro diritto positivo prevede che perché vi sia la cosa giudicata materiale, debbano essere presenti, necessariamente, quali presupposti indefettibili legati da rigida correlazione, la irrevocabilità e il giudicato formale²⁵⁸; vi è, però, che il mero concorso dei due elementi

²⁵⁶ ID., *op. ult. cit.*, 143 ss.; BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit.

²⁵⁷ MONTELEONE G., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, cit., 988-989.

²⁵⁸ Espressione di due principi saldamente radicati nella nostra civiltà giuridica: il primo, per cui contro la sentenza l'unico rimedio esperibile è l'impugnazione (principio formulato da CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, ripubblicato in *Opere giuridiche*, vol. VI, Napoli, 1976; v. anche MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967, 10 e 21 ss.). Il secondo, per cui il giudicato materiale, ossia l'autorità della sentenza, presuppone la consumazione delle impugnazioni ordinarie (illustrato da PUGLIESE G., *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., 800 ss. e su cui già ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 1 ss.). Da tale principi è stata tratta l'implicazione (v. CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 425 ss.; ma *contra*, MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967, 28 ss.) per cui la decisione su diritti esige il rimedio dell'impugnazione ed ancora alla consumazione di questa l'autorità di cosa giudicata, sicché ove la legge ordinaria stabilisca la non impugnabilità di un provvedimento, deve escludersi che esso sia idoneo alla immutabilità (stabilità) e al giudicato materiale. CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Milano, 1993, 234 ss., rileva che la cosa giudicata – che «non vuol dire giudizio, vuol dire bene riconosciuto o negato» - «ha sempre la sua base in una preclusione», atteso che essa presuppone, attraverso la preclusione della impugnabilità del deciso, la preclusione della questionabilità del diritto.

formali di stabilità del provvedimento si rivela antecedente necessario, ma non sempre sufficiente, per la produzione dell'effetto del giudicato materiale²⁵⁹.

Sicché, in linea di massima, irrevocabilità e giudicato formale preludono al giudicato materiale.

Tuttavia, la revocabilità non escluderebbe necessariamente il giudicato formale e materiale; mentre alla irrevocabilità e al giudicato formale non necessariamente consegue il giudicato materiale.

Quanto, dunque, al caso dei provvedimenti “decisori” endofallimentari, «primari» e «secondari», fermo l'assunto secondo cui dalla irrevocabilità non sarebbe comunque possibile trarre conferma in ordine alla idoneità dei medesimi al giudicato sostanziale, sembra plausibile reputare, in linea con l'orientamento consolidato e per le tradizionali ragioni legate al contenuto decisorio degli stessi, che le esigenze più pressanti siano quelle sollecitate dalla certezza della decisione e che quindi il legislatore abbia inteso accordare a esse maggior tutela rispetto alle esigenze dettate dalla giustizia della decisione, sicché anche la scelta della tecnica processuale, nel silenzio della legge, debba inclinare proprio nel senso della irrevocabilità.

La esclusione della revocabilità comporta, di conseguenza, la negazione, in primo luogo, del concorso tra potere di revoca del giudice delegato o del tribunale e pronuncia del giudice del reclamo; in secondo luogo, del concorso tra potere di revoca del giudice del reclamo (tribunale o corte d'appello) e pronuncia del giudice di legittimità.

4.2. (segue) il controllo di legittimità. – Giurisprudenza consolidata di legittimità e parte della dottrina considerano da tempo ricorribili per cassazione, a mezzo del ricorso di cui all'art. 111 co. 7° Cost., i provvedimenti «secondari» di contenuto *decisorio* (negando tale tutela a quelli «primari», i quali - pur decisori – difetterebbero però della *definitività*)²⁶⁰; tale

²⁵⁹ CHIZZINI A., *op. ult. cit.*, 169 ss.

²⁶⁰ Autorevole dottrina (RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 662) rileva come il mero dato testuale della disposizione dell'art. 26 alimenti il dubbio in ordine al fatto che la ricorribilità in Cassazione concerna soltanto i provvedimenti emessi in esito al reclamo dalla corte d'appello (ipotesi che farebbe leva sulla ulteriore reclamabilità, dinanzi alla medesima corte d'appello, del decreto del tribunale reso

impostazione è stata confermata anche a seguito della riforma fallimentare culminata con il “d. correttivo”, anche in ragione dell’assenza, nel testo dell’art. 26, di qualunque previsione al riguardo²⁶¹.

all’esito del reclamo) o invece anche dal tribunale, ipotesi quest’ultima alla quale l’Autore ascrive il maggior grado di plausibilità. Invero, già sotto il vigore della legge del ’42 risultava alquanto dibattuta la questione della reclamabilità, alla corte d’appello, dei provvedimenti del tribunale fallimentare, atteso che la giurisprudenza della Suprema Corte appariva sul punto oscillante, non riuscendo a fornire un indirizzo univoco. Il problema prendeva le mosse dal rilievo che in capo al tribunale fallimentare era possibile distinguere attribuzioni e attività tanto amministrative-ordinatorie, quanto prettamente giurisdizionali (e ciò sia allorché agiva quale giudice unico, che quando agiva come giudice del reclamo *ex art. 26*). Tale duplicità di funzioni del tribunale fallimentare, e del giudice delegato, è stata inizialmente negata (C. Cost., 9.7.1963, n. 118) e poi riconosciuta dalla stessa Consulta (C. Cost., 23.3.1981, n. 42; C. Cost., 19.11.1985, n. 303): si è affermato che il reclamo *ex art. 26* fosse destinato a operare sia quale mezzo di revisione dei provvedimenti amministrativi-ordinatori resi dal giudice delegato e sia quale rimedio giurisdizionale endofallimentare sui provvedimenti del medesimo giudice delegato in talune controversie su diritti a lui specificamente demandate. Sicché, la reclamabilità dinanzi alla corte d’appello dei provvedimenti del tribunale fallimentare è stata negata, con riguardo ai provvedimenti decisori, sulla scorta del rilievo che la legge fallimentare ha istituito un proprio particolare sistema di impugnazioni, nell’ambito delle quali il reclamo *ex art. 26* costituiva una vera impugnazione, instaurando un riesame del provvedimento da parte del giudice del secondo grado, e che quindi non era ipotizzabile una «impugnazione dell’impugnazione» contro i provvedimenti del tribunale (Cass., 16.10.1991, n. 10900; Cass., 26.6.1992, n. 8022). La reclamabilità alla corte d’appello dei provvedimenti del tribunale è stata invece ammessa in altri casi, sul presupposto della natura ordinatoria del provvedimento (Cass., 12.7.1990, n. 7212; Cass., 10.12.1984, n. 6481). Per lungo tempo, dunque, si è avvertita la necessità di tenere ferma la regola – oggi venuta meno – della irreclamabilità dei provvedimenti del tribunale di cui all’art. 23, ult. co., l. fall., quale espressione di un canone generale del fallimento, secondo cui i provvedimenti del tribunale assunti in sede endofallimentare non sono, in quanto tali, né reclamabili alla corte d’appello, né impugnabili in via ordinaria, se non nei casi previsti dalla medesima legge fallimentare (Cass., 20.11.1993, n. 11480). Si è quindi rilevato che nell’ambito della impugnazione prevista dal sistema endofallimentare – il reclamo *ex art. 26* – la corte d’appello non ha di regola alcun potere in ordine al riesame dei provvedimenti: con l’unica particolarità del reclamo, proposto dal creditore alla corte, nei confronti del decreto di rigetto dell’istanza di fallimento, ma la portata di tale eccezione si ridimensiona allorché si noti che ove la corte d’appello accolga il reclamo, rimette d’ufficio gli atti al tribunale per la dichiarazione di fallimento. D’altronde, si diceva, tutte le volte che il legislatore ha voluto predisporre a favore dei soggetti del fallimento una tutela differenziata, ciò è stato stabilito espressamente (v. anche l’art. 119, co. 2°, l. fall.).

²⁶¹ Nonostante l’art. 111, co. 7°, Cost. limiti il ricorso alla «violazione di legge», alla luce della nota evoluzione giurisprudenziale e normativa - specie a seguito della riforma del giudizio in Cassazione, operata dal d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che ha riscritto l’art. 360 c.p.c., prevedendo espressamente all’ultimo comma l’estensione di applicazione del 1° e 3° comma «alle sentenze ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge» - tutti i motivi *ex art. 360*, previsti per il ricorso ordinario, saranno esperibili contro i decreti decisori e definitivi pronunciati in sede di reclamo *ex art. 26* l. fall., quindi anche ai sensi del n. 5), 1°

Sebbene la disposizione recata dall'art. 26 nulla preveda in ordine alla ricorribilità per cassazione dei relativi provvedimenti, un elemento di riflessione può essere tratto dal fatto che l'art. 119 l. fall. preveda testualmente, in primo luogo, l'impugnazione del decreto che pronuncia sulla chiusura del fallimento tramite il reclamo *ex art. 26*, in secondo luogo, la ricorribilità per cassazione di tale decreto reso in esito al suindicato procedimento di reclamo. Ragionando, allora, sulla – affermata – natura decisoria e definitiva di tale ultimo decreto, unico tra quelli resi *ex art. 26* a cui la legge fallimentare concede la espressa ricorribilità in sede di legittimità, può togliersi ulteriore conferma, quantomeno per i fautori di tale forma di controllo a tali fattispecie, nel senso della correttezza dell'assunto di partenza.

A ben vedere, però, di là da tali, comunque frammentari, elementi di riscontro, la questione della ricorribilità per cassazione dei decreti c.d. decisori di cui all'art. 26, si presenta fortemente dibattuta, poiché s'inserisce nella più ampia cornice inerente, in generale, la legittimità dell'uso (per molti, abuso) di tale mezzo di controllo e della grave incertezza che ancora si registra tanto a livello di presupposti quanto di ricadute a livello sistematico.

Ebbene, sin dall'entrata in vigore della Costituzione ci si è chiesti quale fosse la sfera di applicabilità della norma recata dall'allora 2° comma dell'art. 111 Cost.

L'ampio dibattito attraverso cui la dottrina si è interrogata in ordine alla portata da attribuire a tale norma, si è riprodotto, nei suoi termini principali, anche in ambito fallimentare.

In particolare, prima della recente riforma delle procedure concorsuali, vi era chi ne contestava l'applicabilità, atteso che il medesimo non valeva comunque ad assicurare la garanzia di almeno un grado a cognizione piena, non essendone un succedaneo, vista la cognizione soltanto sommaria del tradizionale reclamo *ex art. 26*. L'art. 111 Cost., quindi, non risolveva il problema della mancanza di almeno un grado di giudizio a cognizione piena.

comma, dell'art. 360, posto che, come recentemente statuito anche dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238), il difetto motivazionale della decisione, ai sensi del nuovo ultimo comma dell'art. 360 c.p.c., rileva comunque quale violazione di legge. In tal senso, v. per tutti: RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 661-662.

Oggi, a seguito del “d. correttivo”, ove si condivida l’assunto per cui il reclamo di cui all’art. 26 sia idoneo a esprimere un procedimento a cognizione piena speciale, ne discende che almeno un grado a cognizione piena risulterebbe garantito; sicché, oggi, la contestazione che si appunta sul ricorso *ex art. 111 Cost.* resta quella relativa all’utilizzo che ne viene fatto, talmente esteso, per taluna dottrina, da snaturarne le originarie caratteristiche e finalità. Occorre constatare, infatti, che anche a seguito della riforma prosegue inalterato il consolidato e risalente orientamento della Suprema Corte che accorda contro i provvedimenti decisori del tribunale (e, da ultimo, della corte d’appello) emessi in esito al reclamo di cui all’art. 26 l. fall. e individuati secondo il catalogo delle “ipotesi tipiche”, quel peculiare mezzo di tutela espresso dall’attuale art. 111, co. 7° (già co. 2°), Cost.: ciò al fine di sopperire, tramite il detto catalogo, alla difficoltà di fornire una definizione chiara dei provvedimenti ricorribili.

Il che vuol dire, in estrema sintesi, un’applicazione della garanzia offerta dall’art. 111, co. 7°, Cost. svincolata e autonoma rispetto ai fenomeni – da molti reputati ad essa necessariamente correlati – della cosa giudicata formale e sostanziale²⁶².

D’altro canto, la incalzante prassi del legislatore di far ricorso alle forme camerali per la tutela di diritti soggettivi e *status* ha determinato un aumento esponenziale di

²⁶² Da ultimo, CIVININI M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, I, 1994, 389 ss.: tale A. sottolinea che la idoneità al giudicato sarebbe condizione per l’ammissibilità del ricorso per cassazione. L’A. ricorda che i ricorsi di cui all’art. 111 Cost., nella giurisprudenza della Cassazione, sono reputati ammissibili al concorrere dei due elementi della decisorietà e definitività, la quale ultima è riscontrata in alcuni casi di revocabilità del provvedimento solo “impropria” o in molti casi in via induttiva dall’oggetto del provvedimento, ossia dall’attribuzione, in via definitiva, di un bene della vita a un determinato soggetto, con ciò definendo un contrasto tra opposte pretese credito-debitore (argomento usato per i casi di obbligazioni a contenuto patrimoniale). Le Sezioni Unite (v. Cass., n. 4607/87), poi, avrebbero elaborato tre indici della idoneità al giudicato materiale: presenza di una controversia su diritti, struttura del procedimento, assenza di revocabilità. L’A., al riguardo, rileva che tali indici operano su piani differenti e apparirebbero sia ultronei che insufficienti. Scarsamente significativo sarebbe, tra gli altri, il riferimento alla struttura del procedimento, atteso che potrebbe essere segnale di una precisa volontà di legge (v. pure CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, cit., 474) o rivelatore della illegittimità costituzionale della disciplina. Sicché l’A. conclude segnalando che l’unica soluzione idonea ad escludere il ricorso all’art. 111 Cost. sarebbe ipotizzare l’assorbimento del provvedimento decisorio camerale in un successivo giudizio a cognizione piena. Sicché, si dovrebbe postulare l’esclusione della garanzia di cui all’art. 111, co. 7°, Cost. per il provvedimento decisorio su diritti soggettivi o *status*, ogni volta che sia prevista o astrattamente possibile l’instaurazione di un successivo giudizio a cognizione piena sul medesimo oggetto.

provvedimenti decisori aventi forma di ordinanza o di decreto, con ciò rendendo ancora più arduo il compito dell'interprete.

In tale contesto, si colloca la pervicace applicazione ad ampio spettro del ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*, quale autentico "diritto vivente" che promana dalla Cassazione e sul quale la dottrina, seppure con variegate opinioni, ha da tempo espresso le proprie perplessità²⁶³.

Ebbene, il consolidarsi di tale orientamento nella giurisprudenza di legittimità, alimenta la profonda insoddisfazione di parte della dottrina, che raccolta in una prima corrente richiama l'attenzione generale sul valore della cosa giudicata, quale indispensabile e costante attributo della tutela giurisdizionale civile dei diritti soggettivi e degli *status*, rinvenendo proprio nella Costituzione le basi del proprio assunto²⁶⁴.

Quanto al fatto che la norma recata dall'art. 111, co. 7°, *Cost.* richiami la *sentenza* - mentre nei camerale adattati a materie contenziose ci si imbatta, come con l'art. 26 l. fall., in *decreti* - autorevole dottrina, nel solco di siffatto orientamento, ha da tempo fornito una importante lettura di tale termine «sentenza». E ciò, nell'ambito di una più vasta e complessa impostazione, con la quale ha inteso delineare, in seno a una Carta costituzionale già ricca di

²⁶³ Al ricorso *ex art. 111 Cost.*, in tal modo, è riconosciuta la singolare virtù di nobilitare modelli processuali alquanto approssimativi, di riverberare la regolarità del segmento conclusivo su tutto l'*iter* del processo difettoso, facendo di una garanzia costituzionale un comodo quanto pericolosissimo paravento che monopolizza in sé tutte le garanzie del processo: poche parole che racchiudono il netto dissenso di CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 478. Altra, autorevole dottrina (CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2° ed., Padova, 2008, 217 ss.), qualificando tale orientamento alla stregua di una «sciagurata rotta» da invertire al più presto, ha puntualmente rilevato come il carico di ricorsi in cassazione sia salito a varie decine di migliaia, la possibilità di contrasti inavvertiti si è di conseguenza esasperata (fattore che peraltro alimenta esso stesso la tendenza a proporre impugnazione), la vocazione di nomofilachia della Corte risulta quasi del tutto sbiadita e «il suo ruolo si è ad un tempo banalizzato e inflazionato».

²⁶⁴ La tesi secondo la quale il valore più alto della funzione giurisdizionale sarebbe l'autorità di cosa giudicata ai provvedimenti che statuiscano su diritti e *status*, è stata svolta, tra gli altri, da CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 395 ss., spec. 427 ss.; ID., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 431 ss. V. anche LANFRANCHI L., *La tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, 84 ss.; MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 591 ss.; ID., «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerale e sommari, cit., 915 ss. RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., 358 ss., rilevano come l'art. 111, co. 7°, *Cost.* operi come norma di chiusura del sistema, mirando ad apprestare una garanzia ulteriore di tutela giurisdizionale e non già sostitutiva di quella normale.

garanzie processuali, la consacrazione a livello normativo del più alto valore giurisdizionale: quello per cui la tutela dei diritti dovrebbe realizzarsi con pronunce dotate dell'autorità di cosa giudicata²⁶⁵.

Sulla scia di tale impostazione, si è quindi ripetuto che la coerenza, la legittimità e dunque l'ammissibilità del ricorso al mezzo di cui all'art. 111, co. 7°, Cost. si lega indissolubilmente al presupposto che il provvedimento impugnato sia idoneo al giudicato: il quale, a propria volta, richiede un determinato grado di stabilità del provvedimento, quale deriva dalla irrevocabilità e dal giudicato formale²⁶⁶.

Giudicato materiale, giudicato formale e ricorso per cassazione *ex art.* 111, co. 7°, dunque, sarebbero fenomeni avvinti, tutti, dal medesimo nesso e presupposto applicativo: che alla base vi sia una sentenza. Il concetto di «sentenza» (anche quale presupposto della operatività del vincolo per il giudice alla propria decisione) si rivela dunque, in tale prospettiva, autentico snodo cruciale.

Le forme e i contenuti in cui tale giurisdizione, di carattere contenzioso, su diritti soggettivi e *status* dovrebbe necessariamente articolarsi, sarebbero quindi i seguenti: processo a cognizione piena²⁶⁷, provvedimento avente attitudine al giudicato formale e contenente un accertamento idoneo al giudicato materiale, tutela cautelare *ex ante*, tutela esecutiva *ex post*²⁶⁸.

²⁶⁵ CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 425 ss.

²⁶⁶ MONTESANO L., «*Dovuto processo*» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, cit., 920 ss.

²⁶⁷ PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., 393 ss., precisa che la garanzia della cognizione piena deve intendersi rispettata anche se il processo non sia stato effettivamente celebrato, dato che ciò che rileva è che alla parte risultata soccombente in esito alla fase sommaria il sistema attribuisca la facoltà di avviare il processo a cognizione piena (come nell'opposizione a decreto ingiuntivo). Il che non intacca in alcun modo il valore e la portata della regola generale della correlazione biunivoca tra cognizione piena e giudicato, formale e sostanziale, atteso che si tratta in questi casi di processi sommari «trasformabili» in processi a cognizione piena su iniziativa della parte nel cui interesse sono previste le garanzie proprie di tale cognizione. V., in tal senso, MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 598.

²⁶⁸ PROTO PISANI A., *op. ult. cit.*, 393 ss.; CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 463.

Tali Autori rilevano che la lettura combinata della Costituzione e della legge ordinaria, in linea e sulla scia di una più che millenaria tradizione ed evoluzione storica, imporrebbe di riconoscere nella stabilità e nella certezza propria del giudicato materiale il risultato naturale e indispensabile della tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status*²⁶⁹. Detta stabilità e certezza, però, andrebbe ricollegata soltanto ad accertamenti contenuti in provvedimenti emessi a seguito di un processo a cognizione piena (in tal modo «decisori»)²⁷⁰. Ciò perché soltanto con

²⁶⁹ CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Milano, 1993, 234 ss., insegna che la cosa giudicata, ossia la *res iudicata*, altro non è, secondo la concezione romana della quale mostra l'attualità, se non «la *res in iudicium deducta*, dopo che fu *iudicata*; in altri termini è il bene della vita [...] che è perseguito in giudizio, dopo che il giudice lo ha riconosciuto o lo ha negato, e così è diventato incontestabile [...] e questo avviene coll'accoglimento della domanda o col rigetto [...] La sentenza dunque che produce la «cosa giudicata» è quella *che accoglie o respinge la domanda dell'attore* e questa soltanto; quella che è destinata a valere per sempre nel futuro *fuori del processo*, garantendo il vincitore contro qualunque nuova pretesa o contestazione intorno al bene riconosciuto o negato; quella insomma che rappresenta il grande contributo che il processo reca alla vita sociale, la sicurezza nel godimento dei beni della vita, mediante la dichiarazione definitiva della volontà della legge nel caso concreto». La cosa giudicata, soddisfacendo l'esigenza di certezza del diritto, ha per fine la intangibilità dell'accertamento oggetto del giudizio e spinge i propri effetti «indefinitamente nel futuro». La disciplina positiva, però, si stacca dall'idea chiovendiana allorché prevede che la decisione sulla fondatezza della domanda dettata nei procedimenti speciali rivesta una forma diversa da quella della sentenza. La scelta della sentenza, d'altronde, rileva nel sistema delle impugnazioni, garantisce la irrevocabilità da parte del giudice che l'ha resa.

²⁷⁰ Al riguardo, esprime invece dubbi sulla costituzionalizzazione del principio della necessaria cognizione piena, PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., 393 ss., che rileva come il valore della «cognizione piena» (intesa quale predeterminazione legale delle forme, dei termini, dei poteri doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice dell'intero processo e quindi controllabilità *in iure* della massima parte del processo di formazione del convincimento del giudice), e del giudicato formale e sostanziale ad essa correlato, assuma, ai fini della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli *status*, rilievo di «principio generale dell'ordinamento», mentre vi sarebbe ancora incertezza se tale principio sia stato costituzionalizzato o meno (si pensi anche alla difficoltà e soggettività con la quale si possono qualificare a cognizione piena o meno i vari processi). L'Autore esprime la propria adesione alla tesi per cui non vi sarebbe, a livello costituzionale (quantomeno all'epoca del proprio scritto, ma sembrerebbe che rispetto ad allora il quadro non sia cambiato), la giustificazione del valore insopprimibile della cognizione piena nella tutela giurisdizionale dei diritti. Il che vorrebbe dire che procedimenti a cognizione non piena o addirittura sommaria potrebbero sfociare in provvedimenti con contenuto sostanziale di sentenza, ossia decisivo su diritti soggettivi e *status*, con attitudine al giudicato formale e sostanziale (ad es. procedimenti monitori e decreti ingiuntivi). In tali casi, l'Autore preferisce parlare di «preclusione *pro iudicato*», quale forma che rispetto al giudicato sostanziale avrebbe identità qualitativa e differirebbe soltanto sotto il profilo quantitativo, che sarebbe più ridotto (Contrario al concetto di preclusione *pro iudicato*, LANFRANCHI L., *I rimedi endofallimentari*, cit., 1066 ss.). La stessa Corte Cost. ha più volte affermato la

riguardo a tali provvedimenti, le sentenze, opera il principio della conversione dei motivi di nullità della sentenza (e del precedente procedimento) in motivi di impugnazione (art. 161, co. 1°, c.p.c.), principio indispensabile per assicurare - attraverso l'operare di controlli interni al processo - la stabilità dei provvedimenti stessi, indispensabile a propria volta per assicurare la stabilità del risultato sostanziale del processo, cioè il giudicato materiale²⁷¹.

Strettamente legata a tale quadro, dunque, sarebbe la garanzia costituzionale offerta dall'art. 111, co. 7°, Cost.

costituzionalità dei procedimenti camerali, anche in funzione della tutela decisoria dei diritti soggettivi, atteso che, fermo il rilievo che il rito processuale ordinario non costituisce l'unico ed esclusivo strumento di attuazione della garanzia costituzionale, nulla osta a che il legislatore, sulla scorta di scelte di politica processuale, possa adottare riti speciali, la disciplina dei quali non contrasti con lo scopo e la funzione del processo (C. Cost., 122/66; C. Cost., 142/70; C. Cost., 202/75; C. Cost., 543/89). Sulla necessità di riaffermare la correlazione tra cognizione piena e giudicato per la tutela dei diritti soggettivi e *status*, anche al fine di contrastare la tendenza legislativa alla c.d. cameralizzazione, v. CIVININI M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 200 ss..

²⁷¹ PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., 393 ss., rileva un punto di estrema rilevanza teorica e pratica, ossia che la tutela giurisdizionale, contenziosa, sui diritti soggettivi e *status* non richiederebbe necessariamente, come elemento coesenziale, la cosa giudicata. Sicché l'A. ammette che a fianco ai processi a cognizione piena il legislatore possa legittimamente (ossia senza entrare in contrasto con il valore della cognizione piena o del giudicato) foggare dei processi a cognizione non piena, sommaria-semplificata, attraverso i quali possano essere fatti valere diritti soggettivi o *status*, destinati a concludersi con provvedimenti privi di qualunque effetto preclusivo proprio del giudicato formale o di quello materiale, ma dotati di sola efficacia esecutiva. Sicché l'accertamento sommario-semplificato in essi contenuto potrà essere rimesso in discussione in un futuro processo a cognizione piena (se del caso, con le forme dell'art. 615 c.p.c.) e non eserciterà alcuna efficacia preclusiva in questo secondo processo, mentre sarà assorbito dalla sentenza che in esito a tale processo accerti in via di cognizione piena l'esistenza o la inesistenza del diritto o dello *status*. Contro la coesistenza tra processo a cognizione piena e processi semplificati-sommari-esecutivi, CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 476 ss. e già ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1955, 247 ss. Sostanzialmente in senso favorevole, MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 591 ss.; ID., «*Dovuto processo*» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, cit., 915. Indubbiamente tale tesi consente di uscire dalla strettoia del binomio provvedimento relativo a diritti soggettivi-necessaria attitudine al giudicato formale e materiale, anche allorché vi sia stata cognizione non piena, né vi sia la possibilità di attivare tale processo con la via della «trasformazione», senza che quindi si debba fare necessariamente applicazione, quale panacea, del ricorso *ex art. 111 Cost.* Sicché, la legittimità teorica di tale categoria potrebbe, nell'auspicio dell'Autore, consentire la sistemazione concettuale di istituti che male si prestano a essere ricondotti nello schema della cognizione piena con attitudine al giudicato.

Si è quindi affermato che il ricorso *ex art. 111 Cost.*, per i provvedimenti decisori in ambito fallimentare, sarebbe rimedio inutile: vi sarebbero sottratti, infatti, soltanto i provvedimenti ordinatori che nessuna incidenza possono comunque spiegare sui diritti soggettivi. E anche insufficiente: perché solo un giudicato a cognizione ordinaria sulla nullità del provvedimento garantirebbe la dovuta tutela ai terzi, quale pluralità innominata dei soggetti coinvolti nell'espropriazione concorsuale²⁷².

Altra dottrina, tuttavia, rileva che ove così fosse, tutte le volte che la legge non prevede la cosa giudicata – all'esito di procedimenti avviati comunque a tutela di situazioni giuridiche soggettive - si dovrebbe negare la garanzia costituzionale²⁷³.

La Cassazione, dal canto proprio, prosegue la estensione della garanzia del ricorso di là dalle sentenze in senso *formale*; fornisce, inoltre, una interpretazione *sostanziale* della sentenza impugnabile²⁷⁴, con ciò conferendo uno «straordinario successo applicativo» al

²⁷² Il che, per dirla con CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, cit., 31, è in linea con l'art. 2907, comma 1, cod. civ., secondo cui il mezzo normale di tutela giurisdizionale spettante come tale a ogni soggetto di diritto, sarebbe il processo di cognizione ordinario (a favore della sola opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, BONGIORNO G., *I provvedimenti del tribunale fallimentare*, cit., 340 ss.).

²⁷³ GRASSO E., *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, cit., 65.

²⁷⁴ La Cassazione, dopo una prima fase in cui si è negata l'impugnabilità dei provvedimenti del tribunale fallimentare, rifacendosi alla natura amministrativa dei poteri attribuiti a tale organo dalla legge fall. e quindi al carattere ordinatorio dei relativi provvedimenti, ha poi rilevato che anche ove i medesimi avessero intrinseco contenuto decisorio, tuttavia non potrebbero essere qualificati come sentenze. L'orientamento è mutato a partire dalla nota pronuncia del 1953 (Cass., S.U., 30.7.1953, n. 2593, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 453 ss., con nt. di AZZOLINA): si è stabilito che a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 111 Cost., tutti i provvedimenti decisori, ancorché siano dichiarati sentenze non impugnabili o siano emanati nella forma del decreto o dell'ordinanza, sono ricorribili dinanzi alla Cassazione per violazione di legge. Invero, rileviamo di scorcio, a seguito di un intervento della Consulta (C. Cost., sent. 9.7.1963, n. 118, in *GC*, 1963, III, 213), 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 il coordinamento tra la legge fallimentare e il codice di rito civile fece emergere tanti e tali problemi da indurre la giurisprudenza a disattendere ben presto quanto affermato dalla Consulta (peraltro, legittimamente, trattandosi di una sentenza interpretativa di rigetto). Nella giurisprudenza successiva e più recente, tuttavia, l'indice della impugnabilità è collegato non più a dati tecnici precisi – il contenuto della pronuncia, il tipo di controversia, l'efficacia del provvedimento – ma a un parametro estremamente fluido, una nozione ampiamente indeterminata, un criterio evanescente: l'incidenza su diritti (senza specificare né il modo, né il contenuto di tale incidenza). Così, CERINO CANOVA A., *La*

ricorso di cui all'art. 111 Cost.²⁷⁵: la garanzia del ricorso è concessa contro ogni provvedimento che abbia contenuto *decisorio*²⁷⁶ e potenzialmente *definitivo*²⁷⁷, non

garanzia costituzionale del giudicato civile, cit., 402 ss. e 433 ss., il quale rilevava come «incidenza» comprendesse qualsiasi relazione tra un provvedimento e una situazione giuridica soggettiva (tale Autore, inoltre, rilevava come, secondo una progressione che risponde al differente grado di perfezione legislativa, l'applicazione del ricorso *ex art. 111* è più numerosa nella sfera eterogenea dei procedimenti speciali, e tra di essi quelli che più marcata hanno la nota della specialità. Tra di essi, spiccano tra tutti quelli regolati dalla legge fallimentare). La Cassazione ha quindi stabilito che il rimedio dell'art. 111 sia limitato all'ipotesi di provvedimenti che incidano, direttamente e immediatamente, sulle posizioni di soggetti tra i quali si svolga la procedura fallimentare; pertanto, non riguarda i terzi, i quali ove assumano di aver subito un pregiudizio dalla esecuzione di tali provvedimenti sono tutelati dalle norme generali che disciplinano l'impugnazione di tali atti, nella tutela contenziosa ordinaria e non fallimentare (Cass., n. 10351/93; Cass., n. 5306/92; Cass., n. 4214/92). La Suprema Corte, inoltre, ormai consolidata nel senso della ricorribilità *ex art. 111* dei provvedimenti decisori del tribunale fallimentare, ne ha anche stabilito le modalità nelle quali deve svolgersi l'impugnativa: il termine entro cui proporre ricorso è di 60 gg. dalla pubblicazione del decreto (che avviene tramite deposito in cancelleria del provvedimento e inserimento nel fascicolo fallimentare), negando l'applicazione dell'art. 327 c.p.c. (termine lungo) perché ritenuto incompatibile con le esigenze della procedura fallimentare (tra le altre, Cass., 3.3.1995, n. 2455 e Cass., 23.2.1995, n. 2066, in *Fall.*, 1995, 1029. In altre occasioni la Cassazione ha reputato che il *dies a quo* dei 60 gg. dovesse decorrere dalla data di comunicazione del provvedimento impugnato fatta alla parte, ovvero dall'incontestabile conoscenza da questa comunque acquisita: Cass., 12.4.94, n. 3404, in *Fall.*, 1994, 1043; Cass. 4.11.93, n. 10927, *ivi*, 1994, 180). Inutile dire che tale orientamento si attirò le critiche di coloro che evidenziarono la lesione del diritto di difesa degli interessati, ancora più eclatante alla luce del processo di adeguamento del reclamo alle garanzie costituzionali, atteso che il deposito del provvedimento è atto interno, non conoscibile dai destinatari dello stesso, i quali - il più delle volte - non hanno neanche facoltà di accesso al fascicolo fallimentare, se non attraverso specifiche autorizzazioni del giudice delegato.

²⁷⁵ Così, CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 395 ss., che evidenziava come il più pregnante valore della norma dell'art. 111 fosse proprio la portata garantistica di tale precetto costituzionale, per cui «il valore che l'art. 111, comma 2°, intende garantire ed imporre al rispetto del legislatore ordinario è la tutela giurisdizionale dei diritti con statuizioni dotate dell'autorità di cosa giudicata». L'Autore rilevava come tale idea consentisse di contrastare l'insidia attuale di legislazioni che, unendo alla *specialità* della materia l'*atipicità* delle forme, farebbero scontare la sommarietà del procedimento in termini di efficienza di tutela. Quanto al comma 7° della norma, parla di «enorme efficacia espansiva della tutela, proprio in ragione della sua formulazione», ANDRONIO A., *Sub art. 111*, in (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, cit., 2120 ss., per via della sua forza precettiva diretta affermata sin dalla nota sentenza delle S.U. n. 2593/53, e successivamente sempre confermata.

²⁷⁶ Quanto al concetto di *decisorio*, la Cassazione meno recente faceva riferimento al contenuto del provvedimento, intendendo come tale quello che decideva su diritti e che possedeva uno di quei contenuti per i quali il legislatore prevedeva in via generale nell'art. 279 c.p.c. la forma di sentenza. Poi, scompare completamente il riferimento all'art. 279 c.p.c. e si afferma il concetto di *decisorietà* come idoneità alla risoluzione di una controversia su diritti soggettivi o *status*: qui si segna

il passaggio da un criterio di contenuto a un altro fondato sulla situazione in cui un provvedimento opera. Il riferimento all'efficacia del provvedimento sorregge per la Cassazione una nozione straordinariamente estesa di sentenza *ex art. 111 Cost.* Successivamente, il parametro cessa di essere un indice preciso – contenuto del provvedimento, tipo di controversia, efficacia del provvedimento – e diventa il già segnalato parametro estremamente fluido dell'incidenza su diritti (tra le tante, Cass., 5 settembre 2000, n. 11635, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 21, 82). Oggi tale criterio è il più frequente. CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 402 ss., esprimeva la propria insoddisfazione per la vaghezza della locuzione «incidenza su diritti». Sicché si è stati indotti a qualificare il diritto soggettivo più come situazione destinata a subire gli effetti del provvedimento, tenendo sempre meno conto delle caratteristiche degli effetti di tale provvedimento. E tale indagine richiede di analizzare la fattispecie oggetto di reclamo, per valutare in concreto l'esistenza di quella situazione giuridicamente tutelata. La giurisprudenza, poi, avverte che, in taluni casi, il provvedimento del reclamo ha quale caratteristica obiettiva la decisorietà, che è *prius* logico e giuridico rispetto all'atto di impugnazione; sicché non basterebbe affermare la generica lesione di un proprio diritto ad opera del provvedimento. Il quale, ove non impugnato con l'ultimo di una serie di mezzi ordinari di impugnazione, è idoneo al giudicato materiale *ex art. 2909 cod. civ.* Dato che ogni provvedimento del giudice è idoneo a incidere direttamente o indirettamente su diritti sostanziali, allora la nota della decisorietà così intesa non appare criterio idoneo su cui fondare l'applicabilità del rimedio *ex art. 111 Cost.* ai provvedimenti fallimentari (così: CERINO CANOVA A., *op. ult. cit.*, 406 ss.; RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C., *op. cit.*, 353 ss.). Si è giustamente osservato che altro è un provvedimento del tribunale che ha la sostanza di decisione su un diritto, implicante il pregiudizio irreparabile della cosa giudicata, altro è vantare un interesse contrario alla dichiarazione contenuta nel provvedimento, di cui è titolare chi si sia venuto a trovare in una situazione connessa con quella posta in essere dal provvedimento. La nota difficoltà di segnare il confine tra provvedimenti decisori e ordinatori ha portato alla teoria delle «ipotesi tipiche», ossia a un processo di tipizzazione, in corso da tempo in giurisprudenza, dei provvedimenti ricorribili *ex art. 111 Cost.* L'attuale reale vaghezza di presupposti per l'accesso alla tutela dell'*art. 111 Cost.* è dimostrata da un semplice esame della giurisprudenza di legittimità da cui emergono conclusioni a volte contrastanti: ammissibilità del ricorso *ex art. 111 Cost.* a tutela del diritto soggettivo alla regolarità della procedura, vantato dai soggetti del processo fallimentare (Cass., 10.6.1965, n. 1179, in *Dir. fall.*, 1965, II, 404); tra Cassazione n. 2547/72 e Cassazione n. 1134/88 sulla consultazione del fascicolo fallimentare, il cui provvedimento è ora decisorio ora ordinatorio; e sulla natura del provvedimento del tribunale, che conferma o nega la sospensione della vendita disposta dal giudice delegato (Cass., n. 9595/93; Cass., n. 3934/84; Cass., 10974/92; Cass., n. 486/91). GRASSO E., *I procedimenti camerale e l'oggetto della tutela*, cit., 35 ss., rileva che la cifra dell'eventuale incidenza su diritti «nella sua ambiguità semantica è rivelatrice della tendenza ad eludere la puntuale determinazione dell'oggetto dell'atto»: e se il diritto pregiudicato non è del terzo, non può trattarsi che della situazione dedotta nel giudizio dai rispettivi titolari. È probabile però che la indecisione terminologica derivi dalla non chiara distinzione fra quelle situazioni e le altre appartenenti agli stessi soggetti, e collegate alle prime, che solo di riflesso possono avvertire gli effetti del provvedimento, ma sono estranee all'oggetto della vicenda camerale e del provvedimento finale. L'Autore (GRASSO E., *op. ult. cit.*, 35 ss., 53 ss.) rileva come sia significativo che la Cassazione, nel tentativo di sciogliere il nodo dell'applicabilità dell'*art. 111 Cost.* ai procedimenti camerale conclusi con decreto, ha ritenuto di fissare il carattere della decisorietà del provvedimento, quale presupposto della meritevolezza del rimedio, facendo leva non già sulla sostanza della situazione soggettiva compromessa, che peraltro ha sempre omesso di analizzare, quanto sulla presenza di un conflitto che il

traducendosi necessariamente in una pronuncia sulla domanda sostanziale, ma anche in una pronuncia di carattere processuale che non consenta rimedi endoprocessuali.

La dottrina, appuntando la propria attenzione sul testo dell'art. 111 Cost., si è orientata verso una nozione di sentenza formale²⁷⁸ (e sarebbe ricorribile solo il provvedimento cui la

giudice sarebbe chiamato a dirimere, oltre che sulla stabilità della pronuncia, usando formule promiscue quali *conflitto di interessi* o *conflitto su diritti* nel sancire l'identico trattamento. Con ciò facendo leva sulla tesi che la *conflittualità* sia attributo essenziale dell'oggetto della tutela giudiziale, le cui origini dogmatiche risalgono alla teoria del rapporto giuridico e alla sua assunzione a concetto-chiave dell'intero ordinamento (la concezione di una *costante* correlazione, nell'ambito delle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, tra una situazione di vantaggio e una di svantaggio coordinata con la precedente, che funge da strumento di realizzazione della prima ed è posta quindi in funzione di essa, comporta che il bisogno di tutela si identifichi *in ogni caso* con la crisi del rapporto intersoggettivo, determinata dal comportamento del titolare dell'obbligo, inteso come lesione o mancato appagamento del diritto altrui. V. MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit.). Con ciò, la Cassazione continua ancora oggi a far leva su di una impostazione risalente che non tiene conto di come la tutela giurisdizionale dei diritti abbia riacquisito il suo genuino significato di protezione di ogni situazione che necessiti per la sua effettività l'intervento del giudice, anche se non contestata, e non necessariamente nei confronti di altro soggetto determinato. La *conflittualità*, dunque, è una circostanza eventuale, che nulla aggiunge all'essenza della tutela (e non giustifica la concezione di due tutele, concettualmente diverse, e meno ancora la rimozione della stessa idea di tutela dove il conflitto manchi). L'Autore quindi rileva che l'interpretazione c.d. sostanzialista dell'art. 111 Cost. e l'invenzione del modulo del decreto-sentenza rinviene il proprio fondamento logico soltanto in questo: sulla illusoria possibilità di distinguere per la sostanza la «decisione su un diritto», quale che ne sia la forma legale del provvedimento camerale, da ogni altro contenuto, peraltro mai definito; e sulla supposta esigenza di apprestare solo nel primo caso la identica tutela garantita al risultato del processo ordinario. Sicché, segnala come sul piano esegetico questa linea non può che condurre a uno stato di perenne incertezza sulla qualificazione delle singole fattispecie e sul modulo da adottare per il loro trattamento processuale, rendendo sempre più difficile lo sviluppo del sistema, di guisa che l'identica situazione giuridica soggettiva in un caso è qualificata diritto vero e proprio, in un caso no, con diverse applicazioni di tutela e tutto a seconda dell'angolo prospettico in cui si pone l'interprete.

²⁷⁷ Per definitività, o idoneità al giudicato, la Cassazione intende l'inesistenza di rimedi diversi dal ricorso *ex art. 111 Cost.*, o ancora (secondo, tra le altre, Cass., 16.5.1992, n. 5846, in *Fall.*, 1992, 1109) come attitudine del provvedimento a pregiudicare in modo irreversibile – mancando di rimedi diversi e idonei a provocare il riesame della controversia – i diritti e *status*. Da notare che proprio la incertezza del concetto di decisorietà ha comportato che criterio decisivo ai fini dell'ammissibilità del ricorso *ex art. 111 Cost.* fosse considerata la definitività del decreto che pronuncia sul reclamo (Cass., 18.9.1993, n. 9595, in *Fall.*, 1994, 280; Cass., 4.12.1991, n. 12999, *ivi*, 1992, 162).

²⁷⁸ Tra gli altri, ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 494 ss. e 498 ss.; CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile*, in *Nov. Dig. It.*, II, Torino, 1957, 1067 ss.; MARTINELLI, *Diritto di difesa e impugnazione dei provvedimenti di liquidazione fallimentare*, cit., 497 ss.; BONSIGNORI A., *Il fallimento*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di*

legge ordinaria impone la forma di sentenza), oppure, come anche la letteratura più recente, sostanziale²⁷⁹ (sarebbe ricorribile il provvedimento che pur avendo una veste formale diversa, abbia contenuto decisivo, ossia di pronuncia su diritti)²⁸⁰.

Si è evidenziato che l'art. 111, nell'allora comma 2°, sulla scorta dell'insegnamento chiovendiano, intende la sentenza, con nozione propria e autonoma, diversa e insensibile rispetto a quella che potrebbe dipendere dalla disciplina – e dalla scelta – del legislatore ordinario, nel significato di provvedimento che decide sulla fondatezza della domanda, non presuppone una determinata “forma” del provvedimento onde ricollegarvi la impugnazione: «la concessione del gravame è proprio oggetto di garanzia fondamentale»²⁸¹.

Si è rilevato che presupposto del ricorso *ex art.* 111 sia il provvedimento individuato per il contenuto e per il potere giurisdizionale, dove la forma è concepita solo quale espressione dell'uno e dell'altro²⁸²; la disciplina del provvedimento non apparterebbe alla norma costituzionale, sicché sovviene solo il criterio dell'effettivo e concreto contenuto del provvedimento stesso²⁸³.

Per cogliere quindi il concetto di sentenza nella sua essenza più qualificata, occorrerebbe rimuovere alcuni indici: la impugnabilità (non tutte le sentenze sono

diritto pubblico dell'economia, Padova, 1986, 50 ss., 248 ss.; CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, cit., 28 ss.

²⁷⁹ Per citarne alcuni, SATTA S., *Diritto fallimentare*, cit., 100; MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, cit., 41 ss. e 55 ss.; v. anche lo studio di CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 395 ss.

²⁸⁰ ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., 281 ss., si chiedeva se, al termine di una lunga e sfibrante diatriba, le due dottrine, sostanziale e processuale, del giudicato, non fossero più vicine di quanto fosse parso, sicché l'acceso contrasto tra di esse potesse essere composto con il rilievo che i due argomenti fondamentali fossero, in fondo, «la stessa cosa»: per la sostanziale, con la sentenza di accertamento irrevocabile e inoppugnabile si determinerebbe un nuovo regolamento del rapporto materiale già controverso, per la processuale, un semplice vincolo per tutti i giudici futuri. Il che consente all'Autore di ipotizzare l'unificazione anche dei due distinti modi di concepire il vincolo per i giudici futuri: ossia, il vincolo a sentenziare conformemente al contenuto del precedente giudicato (c.d. funzione positiva del giudicato), o vincolo a non più sentenziare su quello che fu oggetto del precedente giudicato, insomma semplice *ne bis in idem* (c.d. funzione negativa del giudicato).

²⁸¹ ID., *op. ult. cit.*, 420 ss. *Contra*, MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità*, cit., 60 ss., 75 ss. e 82 ss.

²⁸² CERINO CANOVA A., *op. loc. ult. cit.*.

²⁸³ ID., *op. loc. ult. cit.*.

impugnabili e non tutte le impugnazioni riguardano sentenze), la irrevocabilità del provvedimento da parte del giudice che lo ha pronunciato (perché nota che può appartenere anche ad altri atti giurisdizionali), tenendo invece ben fermo quale nota saliente della sentenza la vincolatività (ossia la coazione a un giudizio conforme quando si riproduca l'oggetto della sentenza). È vincolante, e dunque è «sentenza» impugnabile *ex art. 111 Cost.* (che sollecita le funzioni di nomofilachia e uniformità della giurisprudenza, specie quanto ai provvedimenti di attuazione del diritto sostanziale), il provvedimento il cui oggetto è idoneo a riprodursi, ossia ha una consistenza extraprocessuale, non esaurendosi nell'*iter* procedimentale, dato che statuisce – cioè accerta o modifica - su situazioni sostanziali, ossia su diritti e *status*²⁸⁴.

Tale proposizione non stabilisce – né potrebbe farlo, per la difficoltà che verrebbe indotta – i criteri per appurare quando oggetto del provvedimento siano diritti (o *status*)²⁸⁵, rileva però che tali situazioni siano il contenuto specifico della decisione (di là, quindi, della ricorrente formula, nelle sentenze di Cassazione, della «incidenza su diritti»)²⁸⁶.

Sicché, in definitiva, contro i provvedimenti sui diritti soggettivi è data la facoltà del ricorso in Cassazione.

Emesso, quindi, un provvedimento a contenuto decisorio su diritti, non ulteriormente impugnabile con mezzi ordinari (e non revocabile), senza la previsione della facoltà di una ulteriore impugnazione (quella con l'art. 111 Cost.) vi sarebbe, da subito, dal momento stesso della emanazione, l'assetto della stabilità del provvedimento e, quindi, la produzione dell'effetto di accertamento: quindi, del giudicato materiale e della relativa incontrovertibilità della decisione.

In questi casi, dunque, garantire, dopo la emissione di un provvedimento decisorio su diritti, la (mera) facoltà dell'impugnazione tramite l'art. 111 Cost., consente di procrastinare la formazione del giudicato materiale all'esito del processo, eventualmente instaurato, dinanzi alla Cassazione; oppure, in caso di mancato esercizio della facoltà d'impugnare il

²⁸⁴ ATTARDI A., *La cosa giudicata*, II, in *Jus*, 1961, 184 ss.; CERINO CANOVA A., *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁵ ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1955, 247 ss.

²⁸⁶ CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 420 ss.

provvedimento con l'art. 111 Cost. e quindi una volta spirato il relativo termine (o fatta acquiescenza), consente di procrastinare il formarsi del giudicato materiale soltanto dopo che si sia formato (e quindi si sia consentito il formarsi) del giudicato formale²⁸⁷.

La garanzia costituzionale dell'art. 111 Cost., quindi, sarebbe volta ad assicurare la formazione del giudicato materiale soltanto a seguito della previa formazione di quello formale, e non già al momento della semplice pronuncia del provvedimento; la norma dell'art. 111 Cost., quindi, agirebbe sul piano degli effetti, trasladando in avanti nel tempo il momento di formazione del giudicato materiale, e garantendo uno *spatium deliberandi* per proporre il ricorso *ex art. 111 Cost.* o, in difetto, comunque assicurando la formazione del giudicato materiale soltanto a seguito della formazione di quello formale.

E la norma di cui all'art. 324 c.p.c. subordina il giudicato formale al fatto che il provvedimento non sia *più* soggetto, fra gli altri mezzi, a ricorso per cassazione (il che presuppone che vi fosse la facoltà in astratto di proporlo). Il che vuol dire che in difetto di tale previsione, e quindi allorché il provvedimento *ab origine* non fosse impugnabile in cassazione, dobbiamo escludere che si potesse formare il giudicato formale; non solo, tra un provvedimento non impugnabile e il giudicato materiale vi ostano e si frapongono gli artt. 324 c.p.c. e 2909 cod. civ.²⁸⁸

²⁸⁷ V. ID., *op. ult. cit.*, 425 ss., il quale esclude che il valore protetto dall'art. 111 Cost. sia l'impugnazione di chi subisce un pregiudizio definitivo e irretrattabile dalla sentenza (o dal provvedimento a contenuto decisorio). Sul punto, *contra*, MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità*, cit., 21 ss. e 45 ss.

²⁸⁸ ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, cit., 1 ss. e PUGLIESE G., *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., 785 ss.. Secondo ALLORIO E., *op. loc. ult. cit.*, tra giurisdizione e giudicato intercorre «una correlazione necessaria e indissolubile», trattandosi non di questioni tra loro prossime, ma compenstrate e identiche, sicché l'attività giurisdizionale va definita come quella da cui risulta la formazione della cosa giudicata. La funzione giurisdizionale, dunque, è essenzialmente «funzione accertatrice». L'Autore rileva (e contesta) come una parte della dottrina abbia più volte posto in dubbio, in forma ora diretta ora mediata, tale vincolo biunivoco tra giurisdizione e giudicato. L'Autore ha escluso che, «se la legge non dispone altrimenti», da un procedimento ordinario avanti il tribunale possa sortire come risultato finale «un provvedimento semplicemente volontario, un provvedimento insomma non giurisdizionale», come tale, possiamo dedurre, anche un provvedimento non idoneo al giudicato (perché sarebbe recidere quel nesso tra giurisdizione e giudicato). L'A., quindi, dall'esame della legge, che ad es. per il decreto ingiuntivo prevede (non già l'efficacia di un mero titolo esecutivo, né di un provvedimento «volontario», ma) il giudicato – in caso di mancata tempestiva opposizione – trae, in ciò e non in altro, l'inevitabile segno

Il giudicato formale designa la situazione del provvedimento non più impugnabile con i mezzi ordinari²⁸⁹; di per sé non soddisfa esigenze specifiche, ma svolge una funzione strumentale quale necessario presupposto all'autorità del giudicato materiale e, quindi, la garanzia di cui è fatto oggetto mira alla tutela dell'autorità della cosa giudicata. E, quindi, l'art. 111, co. 7°, assicura il giudicato formale, quale requisito minimo e indispensabile per proteggere il valore più alto della funzione giurisdizionale: garantire l'autorità di cosa giudicata ai provvedimenti che statuiscono su diritti²⁹⁰.

Il settore del fallimento, tra tutti, è quello che più di ogni altro ha registrato l'applicazione del ricorso *ex art. 111 Cost.*, sebbene si fosse evidenziato come la condivisa carenza di garanzie non potesse essere colmata con questa fase di ultima istanza.

Per la giurisdizione su diritti e *status*, dunque, e si pensi al novellato art. 26 l. fall., l'art. 111, co. 7°, Cost. imporrebbe al legislatore un modello procedimentale articolato sulla possibilità-facoltà del ricorso in Cassazione e sull'autorità di cosa giudicata della pronuncia non più impugnabile. Tale norma costituzionale esprimerebbe quindi per il legislatore ordinario un principio vincolante, che tuttavia sembra essere eluso con sempre maggior frequenza dal medesimo legislatore ordinario nella disciplina processuale degli ultimi anni. L'esistenza stessa di tale principio vincolante collide con l'idea che il legislatore ordinario goda della più ampia libertà legislativa di disciplinare il processo su diritti e *status*, e che anzi i processi senza ricorso in cassazione e autorità di cosa giudicata abbiano una intrinseca giustificazione: il duplice difetto troverebbe compensazione in quanto ciò che si toglie a una

della giurisdizionalità di quel provvedimento. E ciò, a prescindere dal carattere assolutamente rudimentale (e quindi assai lontano dal processo di ordinaria cognizione) del procedimento monitorio. Quindi secondo l'A. il tratto distintivo tra un atto giurisdizionale e un atto ad es. amministrativo non riposa tanto sul procedimento in esito al quale l'uno o l'altro sono emessi (perché, in ipotesi, potrebbero essere simili; e quindi sulla necessaria contenziosità di detto procedimento, che l'A. esclude debba pretendersi, dato che la giurisdizione volontaria «non è vera giurisdizione»), quanto sul fatto insuperabile che l'uno acquisti, e l'altro no, l'autorità della cosa giudicata. L'Autore liquida però le eventuali divergenze del legislatore dal binomio giurisdizione-giudicato come «un rispettabilissimo ramo dell'attività amministrativa dello Stato», ma non certo giurisdizione in senso tecnico, per il quale la cosa giudicata è requisito immancabile.

²⁸⁹ CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 450 ss., scolpisce con esemplare lucidità la rilevanza dei mezzi di impugnazione al fine della formazione del giudicato formale.

²⁹⁰ ID., *op. ult. cit.*, 425 ss.

parte (il ricorso) si equilibrerebbe con il sacrificio dell'altra (la instabilità della tutela). Tale armonia sarebbe soltanto apparente, poiché attenterebbe l'essenza della funzione giurisdizionale e l'efficienza dei diritti nel nostro ordinamento; sicché l'art. 111, co. 7°, assumerebbe rilevanza nel contrastare semplificazioni processuali che si risolvano in pura perdita di giustizia²⁹¹.

La tesi, dunque, muove dalla seguente premessa: in caso di provvedimento decisorio, non altrimenti impugnabile, la garanzia del giudicato civile sarebbe data dalla facoltà di ricorrere previamente per cassazione contro detto provvedimento.

Calando tale premessa nell'ambito del reclamo di cui all'art. 26 l. fall., possiamo trarre due conseguenze, tra di loro alternative.

La prima: poiché vi sono provvedimenti decisori emessi in esito al reclamo pacificamente ricorribili ex art. 111, co. 7°, si deve concludere, forzatamente, che in tali casi, ossia per il novero di "ipotesi tipiche", si formi il giudicato materiale, nel qual caso l'utilizzo del mezzo può dirsi legittimo.

La seconda: ove invece, fermi alcuni punti dell'ipotesi precedente (provvedimenti decisori, ricorribilità degli stessi ex art. 111, co. 7°), si intenda negare la conclusione che dai medesimi abbiamo (di necessità) tratto, inclinando invece per l'alternativa secondo la quale siffatti provvedimenti decisori siano inidonei al giudicato materiale, allora non resta che rilevare, secondo la teoria in esame, la illegittimità di tale percorso.

A seguire tale ultima teoria, *tertium non datur*. Una volta, cioè, che si constati come il ricorso al mezzo dell'art. 111 Cost. sia oramai un dato di fatto, pacifico tra i Giudici della Suprema Corte e in larghe schiere della dottrina, non resterebbe che ritornare alla suindicata alternativa: o si conclude per la configurabilità del giudicato per quei provvedimenti, oppure, ove la si escluda, non resta che continuare ad affermare la suddetta illegittimità²⁹².

²⁹¹ CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 437 ss.

²⁹² LANFRANCHI L., *I rimedi endofallimentari*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1066 ss.,

Autorevole dottrina²⁹³, sostiene che tale tesi – la quale propende per conservare la suindicata correlazione necessaria anche in ambito fallimentare - non possa essere accolta, atteso che nella dimensione concorsuale, l'idea di postulare in capo al provvedimento endofallimentare, «primario» o «secondario», la idoneità al giudicato materiale non appare convincente, anzi destinata ad alimentare equivoci e dubbi²⁹⁴.

Anzi, la idoneità al giudicato materiale andrebbe esclusa²⁹⁵, perché la «decisione», in generale, sarebbe estranea alla funzione esecutiva concorsuale: nell'ambito del fallimento – e delle procedure concorsuali, almeno quelle con finalità liquidatorie – si dovrebbe escludere che i provvedimenti endofallimentari, primari o secondari, del giudice delegato e del tribunale (e ora anche della corte d'appello), siano idonei a statuire con effetti vincolanti e di autorità del giudicato al di fuori della procedura di fallimento.

I rilievi conclusivi, a questo punto, in ordine alla ricorribilità per cassazione dei provvedimenti in esame, saranno svolti di seguito, nell'ambito dell'analisi della stabilità.

4.3. (segue) il cuore del problema: la stabilità. - Si è soliti rimarcare come il legislatore, per le materie dedotte in forme contenziose, abbia ben vivo l'interesse alla stabilità dei relativi provvedimenti.

Si tratta, tuttavia, di riempire di contenuto, nel caso di specie, la formula stessa della *stabilità*, la quale altrimenti rischia di essere non soltanto vuota e inutile, ma anche ambigua e fuorviante. Attenta dottrina non ha mancato di rilevare come «nella parte carente della normativa» del novellato art. 26, a ben vedere, «nulla tuttavia si prevede circa la stabilità degli effetti», sicché all'interprete non resta altra strada che quella di «richiamarsi ai principi generali»²⁹⁶.

²⁹³ FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisivo nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 4, 950 ss.

²⁹⁴ SCANZANO, *I rimedi fallimentari*, cit., 364 ss., precisa che si tratterebbe di qualcosa di eventualmente diverso e minore del giudicato sostanziale.

²⁹⁵ Secondo FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisivo*, cit., 950 ss.

²⁹⁶ FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 516-517.

E poiché i provvedimenti in esame esprimono il proprio carattere *decisorio* in quanto statuiscono su diritti soggettivi o *status*, e poiché ogni statuizione dovrebbe tendenzialmente presupporre l'espletamento di una previa attività cognitoria, converrà muovere l'indagine dalla disciplina contigua dell'accertamento del passivo, per cogliere quali regimi di tutela la legge fallimentare accordi, in tale ambito, alle predette situazioni giuridiche soggettive.

Ebbene, diritti soggettivi, relativi e assoluti, sono tutelati dalla legge fallimentare, in linea generale e in virtù di quanto previsto dall'art. 52 l. fall., tramite il giudizio di accertamento dello stato passivo di cui agli artt. 93 ss. l. fall.

Prendiamo le mosse dall'esame dei diritti soggettivi relativi.

Tra i diritti di credito, si prevede oggi espressamente che anche quelli prededucibili vadano accertati nelle forme di cui agli artt. 93 ss.

Tra i crediti prededucibili, però, ve ne sono alcuni – quelli maturati a titolo di compenso dai soggetti nominati *ex art. 25 l. fall.* – i quali, ove contestati, si prevede che debbano essere accertati non già con il rito previsto dal Capo V agli artt. 93 ss., quanto invece con quello regolato dall'art. 26 l. fall.²⁹⁷

La disciplina dei crediti prededucibili di cui all'art. 111 *bis* l. fall., quindi, contiene un esplicito richiamo della norma recata dall'art. 26, comportando così che siano «accertate» secondo le forme di tale ultimo modello le controversie relative a determinati crediti oggetto di contestazione: il reclamo *ex art. 26* ospiterebbe fattispecie nelle quali giudizi *contenziosi* avrebbero a oggetto *innegabilmente* diritti soggettivi sorti dalla e in occasione della procedura²⁹⁸.

Quindi, tra i diritti di credito, segnatamente tra quelli prededucibili, si prevede che alcuni siano accertati con le forme previste nel Capo V dagli artt. 93 ss., altri con quelle fissate dall'art. 26.

²⁹⁷ Si tratta delle «persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse del fallimento» *ex art. 25, co. 1°*, n. 4), e dei «difensori nominati dal medesimo curatore» *ex art. 25, co. 1°*, n. 6). Quanto alle ragioni della sottrazione della materia dei compensi alla disciplina generale dell'accertamento del passivo per i crediti prededucibili, esse dovrebbero rinvenirsi in una modalità più rapida di definizione delle questioni, investendo direttamente, in caso di contestazione, il tribunale *ex art. 26*.

²⁹⁸ FERRI C., Sub *art. 26*, cit., 503.

Dunque, diverse forme di tutela, di identiche situazioni giuridiche soggettive²⁹⁹.

Ferma tale premessa, allora, sembra plausibile sostenere che i risultati, nell'un caso e nell'altro, debbano essere raccordati, sino a farli coincidere.

E, per risultati, intendiamo il singolo regime di *stabilità* che governa gli effetti di ciascun provvedimento³⁰⁰.

La legge fallimentare prevede espressamente quale sia il regime di stabilità che consegue all'accertamento condotto a norma degli artt. 93 ss., tanto a livello di decreto primario, che secondario³⁰¹: tale regime è compendiato nell'art. 96 u.c. l. fall.³⁰²

²⁹⁹ La disciplina *ante* riforma prevedeva - all'art. 111, co. 2, l. fall. - il c.d. *decreto di prelievo*, con il quale il giudice delegato determinava i prelevamenti in vista dei pagamenti da eseguire in favore dei creditori prededucibili. Quanto alla natura di tale provvedimento, si discuteva se fosse decisoria, ordinatoria, o esecutiva. Parte della dottrina, però (CAVALAGLIO A., *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali (Parte prima: la disciplina previgente)*, in *Dir. fall.*, 2010, 3-4, 449 ss.) reputa che tale decreto non avesse alcunché da accertare: non il diritto di credito, non quello al concorso (poiché l'A. nega potesse sussistere qualunque concorso tra i creditori prededucibili e gli altri creditori), non quello al riparto (poiché presupponeva il concorso e comunque non era la sede fisiologica della soddisfazione del credito di massa). Sicché, l'A. qualifica il decreto di prelievo come lo strumento formale di pagamento del creditore prededucibile, esecutivo di un rapporto "negoziale" tra creditore e organi della procedura, comunque privo di natura decisoria. Il decreto con il quale veniva negato il prelievo, dunque, equivaleva soltanto al rifiuto di pagare, manifestato dal debitore. Del pari privo di contenuto decisivo sarebbe stato anche il decreto secondario in esito al reclamo *ex* art 26.

³⁰⁰ Si noti che in sede di Relazione illustrativa a uno dei tanti progetti di riforma succedutisi negli ultimi anni, il legislatore scriveva che il diritto all'impugnazione sarebbe stato regolato, oltre che dal reclamo, anche «sussistendone le condizioni, con l'esperimento del ricorso straordinario per cassazione: ne consegue che nel caso in cui l'accertamento contenuto nel provvedimento non più impugnabile, del tribunale o della corte d'appello, abbia ad oggetto diritti soggettivi, gli effetti del provvedimento *possono* operare *anche* a fini *diversi* da quelli peculiarmente propri della procedura. La formulazione del 2° co. dell'art. 74 che fa riferimento ad un 'effetto vincolante' *intende volutamente* prescindere da qualificazioni del provvedimento non più impugnabile propri del giudicato sostanziale, *assegnando all'interprete*, il compito di verificare di volta in volta se siano ravvisabili nella fattispecie sostanziale i caratteri propri dell'istituto disciplinato dall'art. 2909 del codice civile [corsivo nostro]». Tale spunto, come noto, non ha avuto seguito.

³⁰¹ In passato, invece, il legislatore aveva optato per la diversa soluzione di astenersi dall'introdurre una disciplina esplicita in punto di stabilità delle decisioni rese all'esito della fase di verifica dello stato passivo e delle relative impugnazioni: la legge fallimentare del 1942 e, prima ancora, il Codice di commercio del 1882 (agli artt. 758 ss.), riflettevano in pieno tale scelta. Sotto il vigore del Codice di commercio, in particolare, LIEBMAN E.T., *La contestazione dei crediti nel fallimento*, in *ID.*, *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 396 ss., rilevava che la fase di verifica dei crediti era stata regolata alla stregua di un processo giurisdizionale di cognizione

inserito nel corso di una procedura esecutiva; un processo unico, sebbene articolato in due fasi. La prima, necessaria, retta da norme e forme speciali; la seconda, soltanto eventuale e da svolgersi solo in caso di contestazione del credito (o in caso d'insinuazione tardiva), invece governata da norme e forme ordinarie. La fase di verifica dei crediti, secondo l'Autore, non poteva avere altra funzione che quella di un accertamento; e l'ammissione del credito era da equipararsi alla cosa giudicata.

³⁰² Il Capo V, secondo la dottrina, prevede oggi un accertamento pieno e, all'esito, un provvedimento instabile; dato singolare, atteso che, di solito, si aveva conoscenza di accertamenti sommari che mettevano capo a provvedimenti tendenzialmente stabili e definitivi, addirittura idonei al giudicato (ad es., procedimenti monitori e decreti ingiuntivi). Un punto di coerenza nella disciplina dell'art. 96 u.c., tuttavia, è stato riscontrato allorché unifica, sul piano degli effetti, i due tipi di creditori, ammessi allo stato passivo e respinti. Autorevole dottrina (CAVALLINI C., *Formazione ed impugnazione dello stato passivo: poteri processuali del creditore*, in *Fall.*, 2009, 693 ss.) distingue tra oggetto della domanda ex art. 93, ossia il "diritto di credito", e gli effetti che la legge, tramite l'art. 96 u.c., collega al provvedimento finale; sicché, l'efficacia ai soli fini del concorso, o meramente endoconcorsuale, sarebbe un dato slegato rispetto all'oggetto della domanda, che resterebbe in ogni caso il "diritto di credito" (quale *res in iudicium deducta*). V. anche: PAGNI I., *L'accertamento del passivo nella riforma della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2006, V-8, 196; LANFRANCHI L., *Civile giurisdizione e procedure concorsuali*, in *Corr. giur.*, 2007, 6, 877 ss., secondo cui la riforma si sarebbe mossa nel senso di un «generalizzato tentativo di completa cameralsommarizzazione inidonea al giudicato di quasi tutte le essenziali vicende giurisdizionali rintracciabili». Attenta dottrina (ROLFI F., *Ancora sull'effetto di "giudicato endofallimentare" del decreto di esecutività dello stato passivo*, in *Fall.*, 2009, 2, 158 ss.), poi, ha segnalato come il vero *pendant* interpretativo dell'art. 96 u.c. sia oggi l'art. 114 l. fall., che sancisce la regola generale della irripetibilità dei pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto (salvo, in via di eccezione, il caso di accoglimento di domande di revocazione). Il principio, quanto al decreto di esecutività dello stato passivo, di origine pretoria e assolutamente consolidato (tra le ultime, Cass. civ. Sez. I, 09 luglio 2008, n. 18832; Cass. 20 settembre 2006, n. 20416; Cass., Sez. I, sent. n. 19940 del 15-09-2006; Cass., Sez. I, sent. n. 13865 del 24-09-2002; Cass., sez. 1^a, 1 settembre 1995, n. 9220; Cass., sez. 1^a, 3 febbraio 1987, n. 952; e prima fra tutte, Cass., sez. un., 27 luglio 1963, n. 2082) e da ultimo recepito a livello normativo, è quello per cui il decreto di esecutività dello stato passivo viene a conferire all'accertamento dei crediti operato nel medesimo stato passivo efficacia meramente interna alla procedura concorsuale stessa, precludendo che nell'ambito di quest'ultima possano rimettersi in discussione l'esistenza del credito, la sua entità, l'efficacia del titolo da cui esso deriva e l'esistenza delle cause di prelazione (*contra*, però, per l'affermazione che lo stato passivo reso esecutivo dal giudice delegato fosse opponibile «come cosa giudicata al debitore dopo il fallimento», e costituisse titolo esecutivo a favore del creditore rimasto insoddisfatto per la realizzazione del proprio diritto di credito: SATTA S., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1953, 251 ss.). D'altronde una qualche forma di stabilità dello stato passivo è indispensabile, ieri come oggi, per evitare che il medesimo possa essere rimesso in discussione *ad libitum*, al di fuori delle impugnazioni espressamente previste. Per contro, l'accertamento contenuto nello stato passivo in alcun modo produce efficacia al di fuori della procedura concorsuale, sia nei confronti di terzi diversi dal fallito, sia nell'ambito del giudizio di impugnazione della declaratoria di fallimento. Discorso diverso per la definizione delle opposizioni, a seguito di un giudizio avente le forme della cognizione piena e la forma decisoria di sentenza: ben pochi dubbi poteva lasciare sulla idoneità al giudicato della decisione medesima (tra gli altri, COSTA C., *L'accertamento del passivo e dei diritti personali e reali dei terzi su beni mobili e immobili*, in (a cura di) SCHIANO DI PEPE G., *Il*

La legge fallimentare, però, nulla prevede in ordine a quale sia il regime di stabilità che consegue all'accertamento di un diritto (di credito) svolto a norma dell'art. 26.

Ebbene, in assenza di una precisa disposizione, ancora una volta spetta all'interprete reperire la soluzione più adeguata³⁰³.

Una soluzione, fra tutte, sollecita l'interprete sulla spinta di pressanti esigenze di coerenza sistematica: sembra arduo, infatti, postulare che il regime di stabilità che consegue all'accertamento *ex art. 26* di siffatte situazioni soggettive possa essere slegato, e quindi diverso, a livello qualitativo o quantitativo, rispetto al regime di stabilità - quale che esso sia - espressamente previsto dal legislatore per l'esito dell'accertamento, delle identiche situazioni soggettive, svolto nelle forme di cui agli artt. 93 ss.

diritto fallimentare riformato, Padova, 2006, 323-324; FABIANI M., *Decreto di esecutorietà dello stato passivo e accertamento negativo del credito*, in *Fall.*, 1997, 1087; LAMANNA F., *Compensazione nella verifica del passivo, ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie*, in *Fall.*, 2005, 415). Si noti, poi, che la riforma ha espressamente esteso l'efficacia meramente endoconcorsuale dell'accertamento del passivo (come visto, riconosciuta dalla giurisprudenza anche precedentemente), anche alle impugnazioni (così "declassandone" il valore di accertamento, secondo ROLFI F., *op. ult. cit.*, 158 ss., quantomeno assicurando però, rispetto al regime previgente, una certa omogeneità di trattamento e la eliminazione di quella vistosa incongruenza data dalla ricerca dell'opposizione al fine di conseguire un accertamento coperto da vero e proprio giudicato), «impropriamente», almeno dopo il "d. correttivo" (secondo CAVALLINI C., *Formazione ed impugnazione dello stato passivo*, cit., 693 ss.). Vi è da dire, come anticipato, che l'espresso riconoscimento solo endofallimentare dei decreti del Capo V sembra stridere, secondo alcuni (PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 525 ss.; ROLFI F., *op. ult. cit.*, 158 ss.), con la incisiva proceduralizzazione della fase di accertamento dello stato passivo e con la relativa applicazione, in detto contesto, di tutte le garanzie tipiche del processo a cognizione ordinaria.

³⁰³ FERRI C., *La formazione dello stato passivo nel fallimento: procedimento di primo grado e impugnazioni*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 5, 1261 ss., secondo cui l'oggetto del processo sarebbe il diritto, di natura processuale, del creditore a concorrere alla ripartizione delle somme da distribuire; PAGNI I., *L'accertamento del passivo nella riforma della legge fallimentare*, cit., 196, rileva come sia espressamente previsto (seppure suscitando qualche perplessità di troppo) che i provvedimenti abbiano come oggetto il diritto al concorso e non il credito: *contra*, come segnalato, CAVALLINI C., *op. loc. ult. cit.* Ancora PAGNI I., *op. loc. ult. cit.*, rileva che la statuizione sui crediti avrebbe, nella sostanza, una stabilità del tutto diversa dall'accertamento del rapporto sostanziale con la valenza del giudicato sostanziale (la quale rileverebbe, infatti, non già come effetto di accertamento, quanto piuttosto come effetto esecutivo, consistente nell'attribuzione definitiva della somma ai creditori concorrenti). Si tratta, allora, come anticipato da parte della dottrina, di tornare a confrontarsi su temi classici della materia: uno su tutti, se l'attribuzione di efficacia endoprocessuale al provvedimento del giudice riapra la questione dell'individuazione del suo oggetto nel diritto di credito o nel mero diritto al concorso, per valutare le implicazioni della negazione esplicita dell'equivalenza tra accertamento del passivo fallimentare e accertamento dell'esistenza del credito, nel normale rapporto tra creditore e debitore.

Intendiamo dire, in altre parole, che il cuore del problema ci sembra non tanto quello di delineare il regime di stabilità da accordare ai provvedimenti decisori resi in esito al reclamo *ex art. 26*, facendo leva, quale elemento di comparazione, sul trattamento di quei diritti (di credito) come regolato secondo le ordinarie regole e garanzie del diritto comune.

Il parametro, invece, ci sembra debba essere appuntato nell'art. 96 u.c.: siffatto regime di stabilità, com'è ovvio, riflette determinate scelte di politica legislativa, sulle quali si potrà concordare o meno, a seconda che risultino più o meno efficienti, e più o meno coerenti a livello sistematico.

Il cuore del problema, quindi, ci sembra legarsi al fatto che, preso atto della scelta compiuta dal legislatore - quale compendiata nell'art. 96 u.c. - il problema vero, rimesso all'accortezza dell'interprete, è che il medesimo regime di stabilità, condivisibile o meno, sia assicurato all'esito dell'accertamento svolto con le forme di cui all'art. 26.

Non sembra percorribile, infatti, la linea ermeneutica che induce ad accordare - nell'ambito della medesima dimensione fallimentare - a identiche situazioni giuridiche soggettive, pur tutelate tramite forme di accertamento non coincidenti, un regime di stabilità differente; ci sembra, al contrario, che l'uno debba essere misurato sull'altro³⁰⁴.

Attenta dottrina³⁰⁵ rilevava come anche la norma regolante il giudicato, al pari di ogni altra norma, fosse il frutto di una scelta pratica del legislatore, dettata da una particolare esigenza avvertita da un determinato Stato in un certo tempo: e, aggiungiamo, dettata in relazione alle categorie di rapporti per le quali quella esigenza è stata avvertita. Categorie che possono essere più ampie, allorché la norma sia di applicazione generale, ma che possono conoscere alcune ipotesi di deroga, nelle quali - perché ci si trovi all'interno di un settore

³⁰⁴ *Contra*, SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, in DIDONE A. (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 405 ss., spec. 407 e 414, secondo cui il decreto con cui il giudice delegato liquida i compensi per l'opera prestata dagli incaricati dal fallimento, lungi dall'essere meramente ricognitivo, concreta un provvedimento di natura giurisdizionale, su diritto soggettivo, destinato a statuire sul diritto dell'incaricato in maniera *irretrattabile e con gli effetti propri della cosa giudicata*; suscettibile quindi di impugnazione soltanto con l'art. 26, senza che possa trovare applicazione, in caso di contestazione, la diversa regola per la quale anche il credito di massa, se controverso, debba essere accertato con le forme del Capo V. Analoga posizione è sostenuta dall'Autore anche quanto alla liquidazione dei compensi dei difensori.

³⁰⁵ ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, cit., 1 ss.

peculiare, come il *fallimento* – il legislatore può reputare di compiere altre scelte, dettate, anche questa volta, da esigenze fondamentalmente pratiche, come quelle che porterebbero a prevedere effetti diversi a seguito dell'accertamento.

E ciò, non per produrre decisioni dal valore meramente platonico, ma perché in un dato contesto particolare – quello fallimentare - si è reputato (a torto o a ragione) che altrettanto particolari debbano essere le conseguenze dell'accertamento. Ovviamente, a meno che quella norma, che pone il giudicato civile, abbia rispetto alle altre una peculiare copertura costituzionale.

La medesima efficacia, dunque, ai soli fini del concorso - al fine di partecipare alla distribuzione delle somme che compongono la massa liquida immobiliare e mobiliare, formata a norma dell'art. 111 *ter* l. fall. e da distribuire ai sensi degli artt. 110 ss. l. fall. - ci sembra che debba essere ascritta e riconosciuta ai provvedimenti, resi *ex art.* 26, che decidano sull'accertamento dei diritti di credito prededucibili contestati³⁰⁶.

Qualunque diversa efficacia si voglia postulare per detti provvedimenti, di segno qualitativo o quantitativo, ampliativo o riduttivo, sarebbe operazione ermeneutica che rischierebbe concretamente di determinare un illegittimo trattamento differenziato di situazioni soggettive analoghe, in violazione del precetto primario recato dall'art. 3 Cost.

La garanzia dell'uguaglianza, quindi, in punto di tutela dei diritti, ci sembra indurre ad accordare ai provvedimenti in esame una stabilità non diversa da quella prevista dall'art. 96 u.c.

³⁰⁶ SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, cit., 1001 ss. e ID., *La formazione dello stato passivo: un tema in evoluzione*, reperibile sul sito www.judicium.it, segnala come tale riforma vada letta in parallelo con l'altra riforma del nuovo art. 512 c.p.c. (in tema di controversie sorte in sede di distribuzione della somma ricavata nell'esecuzione forzata): l'una e l'altra si porrebbero in una tendenza del legislatore ad accordare alle pronunce rese in questi giudizi effetti circoscritti al singolo processo, con conseguente irrilevanza all'esterno di esso. Sicché la soluzione di cui all'art. 96 u.c., in linea con quella dell'art. 512 c.p.c., sarebbe con ciò «in sintonia con il sistema». Sulla norma recata dall'art. 512 c.p.c., e sulla questione di accertamento peculiare che oggi sembra porre, vedi, *amplius*, RECCHIONI S., in CONSOLO C., LUISO F.P. (a cura di), *Cod. proc. civ. commentato*, Milano, 2010.

Diversamente opinando³⁰⁷, assicurare il giudicato materiale al provvedimento cui mette capo il reclamo *ex art. 26*, vale a dire un incisivo scarto migliorativo rispetto a quanto previsto dall'art. 96 u.c., potrebbe equivalere a conseguire un traguardo, in punto di tutela dei diritti, di dubbia legittimità.

Il referente normativo su cui parametrare la uguaglianza e quindi la legittimità in punto di tutela dei diritti, in questo caso, ci sembra pertanto che debba essere reperito non già al di fuori del fallimento, ossia "importato" dal diritto comune, bensì, al contrario, reperito all'interno del fallimento, in sede di accertamento del passivo.

Autorevole dottrina ha puntualmente rilevato che l'efficacia dei provvedimenti resi in esito alle impugnazioni di cui al Capo V, *ex art. 99*, «potrebbe sistematicamente conciliarsi con l'efficacia di accertamento *ultra litem*»³⁰⁸; dobbiamo prendere atto, tuttavia, che allo stato e sino a eventuali prossimi interventi del legislatore, la norma recata dall'art. 96 u.c. sembra imporre all'interprete di essere considerata essa stessa quale referente normativo su cui calibrare, in assenza di disposizioni contrarie, il regime di stabilità dei provvedimenti decisori di cui all'art. 26, soprattutto di quelli che statuiscono su diritti di credito di natura prededucibile.

Ci sembra, pertanto, che sia legittima e rispettosa del principio di uguaglianza, la stabilità accordata al provvedimento decisorio reso in esito al reclamo *ex art. 26*, se delineata attraverso il raffronto con quella prevista dall'art. 96 u.c.; diversamente, la soluzione che propenda per delineare siffatta stabilità muovendo dalle norme recate dagli artt. 324 c.p.c. e 2909 cod. civ. ci sembra complicata tanto dal confronto con quel principio, quanto sul piano della coerenza delle scelte a livello sistematico³⁰⁹.

³⁰⁷ Tra gli altri, v. MANNA F., *Il reclamo fallimentare e il suo giudicato*, in *Fall.*, 2007, 5, 525 ss., secondo cui «i presidi garantistici previsti dal nuovo testo della norma tendono, ad evidenza, al giudicato», sicché il reclamo di cui all'art. 26 «consegue direttamente il giudicato una volta esaurito (o escluso per mancata attivazione nei termini) il ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*».

³⁰⁸ CAVALLINI C., *Formazione ed impugnazione dello stato passivo*, cit., nt. 13.

³⁰⁹ Tale seconda alternativa sarebbe poi esclusa in radice allorché si accogliesse la tesi del fallimento come sistema chiuso, come micro-ordinamento autonomo, poiché in tal caso ogni esigenza interpretativa andrebbe soddisfatta soltanto attingendo al "serbatoio normativo" interno, esplorando le risorse interne del sistema; del pari, ogni armonizzazione dovrebbe essere cercata soltanto tra i vari

Il problema del giudicato e della tutela dei diritti, e dei rapporti tra quello, questi e il mezzo dell'art. 111 Cost., è stato a suo tempo tenuto presente dal legislatore della riforma fallimentare, in ordine alla soluzione concretamente adottabile³¹⁰; tuttavia, una volta che il legislatore si è determinato a inserire in un contesto peculiare come quello fallimentare una norma come l'art. 96 u.c., crediamo che l'esigenza di comporre quelle criticità non possa essere ulteriormente e utilmente coltivata, né soddisfatta con l'inserimento del giudicato in via ermeneutica, negli ambiti non espressamente coperti dall'art. 96 u.c.

A questo punto, ferma l'operatività della norma recata dall'art. 96 u.c. e in assenza di precise disposizioni concernenti gli effetti da accordare agli accertamenti svolti *ex art.* 26, il percorso ermeneutico volto a predicare il giudicato materiale in capo a questi ultimi, potrebbe apparire ispirato da una logica che, sebbene sia propria della tutela dei diritti secondo le regole di diritto comune, sembrerebbe tuttavia diversa, e quindi estranea, rispetto a quella espressamente selezionata dal legislatore della riforma e compendiata nell'art. 96 u.c., quale deputata a governare tali assetti nella peculiare sfera fallimentare.

Una volta compiuta la scelta di politica legislativa (discutibile, a seconda dei punti di vista), quella esigenza di accordare comunque, anche in via interpretativa, il giudicato - anche in sede fallimentare, nelle zone d'ombra della relativa disciplina - dovrebbe forse essere rinviata ad altra sede e occasione, atteso che coerenza sistematica e principio di uguaglianza, inteso come principio di ragionevolezza³¹¹, sembrano guidare l'interprete ad accordare alle ipotesi in esame un trattamento analogo a quello regolato in sede di accertamento del passivo

settori dell'unica disciplina concorsuale, non certo verso l'esterno con altri sistemi, coordinando le soluzioni della sfera fallimentare con quelle previste dall'ordinamento di diritto comune.

³¹⁰ PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 525, ove si rileva che tale soluzione non va ascritta a ragioni di assetto organico della disciplina, quanto piuttosto a «scelta esplicita eseguita dallo stesso legislatore».

³¹¹ V. CELOTTO A., *Sub art. 3, 1° co., Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 65 ss. Si tratta di una interpretazione costituzionalmente orientata, in modo da assicurare eguaglianza ed evitare che tramite esegesi siano create discipline differenziate per situazioni analoghe, le quali sarebbero irragionevoli, ossia contrarie al canone di ragionevolezza (volto ad evitare discriminazioni ingiustificate, arbitrarie e irrazionali), perché accorderebbero benefici o imporrebbero sacrifici a seconda che si percorra una via oppure l'altra, ossia il rito del Capo V o quello dell'art. 26.

(quale che esso sia); e quindi, al momento, quello compendiato nell'art. 96 u.c., ossia dell'efficacia ai soli fini del concorso.

Qualora, dunque, i crediti prededucibili siano accertati in sede fallimentare, al fine di essere soddisfatti dalla procedura, sia che l'accertamento a tale fine sia svolto con le forme del Capo V, che con quelle dell'art. 26, il regime di stabilità crediamo debba essere, in entrambe le ipotesi, quello previsto dall'art. 96 u.c.

L'art. 96 u.c., a questo punto e in tale prospettiva, appare profilarsi quale norma idonea a esprimere una regola di carattere generale in ambito fallimentare per i provvedimenti decisori endofallimentari: come tale, cedevole soltanto rispetto a eventuali norme eccezionali espressamente previste dalla legge.

In più, dato che la legge espressamente prevede la ricorribilità per cassazione come ultima fase di tutela concessa per i casi di accertamento di cui al Capo V, tale forma di tutela crediamo debba essere inevitabilmente accordata, agli stessi diritti, anche nel caso in cui siano accertati con le forme dell'art. 26.

Ove si acceda a tale prospettiva, i provvedimenti decisori resi in esito al reclamo *ex* art. 26 saranno ricorribili in cassazione non perché idonei al giudicato materiale - e quindi perché l'art. 111, co. 7°, Cost. si correli a tale accertamento incontrovertibile - quanto perché, più semplicemente, sarebbe arduo giustificare una tutela delle relative situazioni soggettive sottese, deteriore rispetto a quella prevista per le medesime situazioni soggettive ove accertate con le forme di cui al Capo V.

Sicché, la ricorribilità - straordinaria - per cassazione accordata dall'art. 111, co. 7°, Cost. sulla base dell'affermata natura *decisoria* e *definitiva*, potrebbe plausibilmente concorrere con la ricorribilità - ordinaria - per cassazione che discenderebbe dall'applicazione, in linea analogica, dell'art. 99 u.c.: d'altronde, appare arduo revocare in dubbio la sussistenza, nel caso di specie, di «casi simili o materie analoghe» (art. 12, co. 2°, disp. sulla legge in generale), quantomeno per i diritti soggettivi di credito in prededuzione, di cui all'art. 25, co. 1°, n. 4) e 6), l. fall., in virtù di quanto disposto dall'art. 111 *bis* l. fall.

E non sembra potersi revocare in dubbio che certamente peggiore sarebbe una tutela priva del controllo di legittimità in Cassazione, rispetto ad altra tutela che quel sindacato invece preveda e consenta.

Quanto all'efficacia delle decisioni rese dalla Suprema Corte, constatiamo che l'art. 96 u.c., al riguardo, nulla prevede in ordine agli effetti di tali sentenze.

Ebbene, qualora la Cassazione, a norma dell'art. 384 c.p.c., in caso non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto (il che potrebbe riscontrarsi nella maggior parte dei casi devoluti *ex art. 99* o *ex art. 26*), decida la causa nel merito, secondo la dottrina a tali decisioni sarebbe necessario accordare la medesima efficacia che l'art. 96 u.c. assegna alle decisioni primarie e secondarie: la medesima efficacia, ai soli fini del concorso quindi, dovrebbero produrre anche le decisioni, in forma di sentenza, rese dalla Corte di cassazione³¹².

Non solo: ove si reputi che il regime di stabilità di cui all'art. 96 u.c. sia chiamato a governare tanto i risultati "di accertamento" di cui al Capo V, quanto quelli dei crediti in prededuzione canalizzati nelle forme dell'art. 26, potrebbe ipotizzarsi l'estensione di tale regime, a questo punto, anche ai provvedimenti «primari», di contenuto decisorio e reclamabili *ex art. 26*, pronunciati dal giudice delegato o dal tribunale³¹³.

Altro profilo, poi, concerne la possibilità che gli altri creditori concorrenti sollevino eccezioni o formulino impugnazioni in ordine agli accertamenti dei crediti svolti *ex art. 26*³¹⁴, al pari di quanto è previsto nel Capo V.

Secondo parte della dottrina³¹⁵, al riguardo, sarebbe inibito ai creditori anteriori d'interferire nell'accertamento dei crediti di massa: costoro sarebbero quindi privi di

³¹² SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, cit., 981 ss.

³¹³ Si consideri che quanto al compenso (e agli eventuali acconti sul medesimo) maturato dal curatore, l'art. 39 l. fall. prevede che il decreto del tribunale sia «non soggetto a reclamo». Quindi non reclamabile *ex art. 26*. Quanto agli effetti di tale decreto decisorio del tribunale, che pronuncia sui compensi del curatore, dovremmo immaginare, anche in questo caso, che gli effetti – al pari di tutti gli altri crediti da chiunque vantati e accertati nei confronti della procedura – siano regolati, in linea con gli altri, ai soli fini del concorso, quindi sulla base dell'art. 96 u.c. l. fall.

³¹⁴ Per la titolarità in capo ai creditori concorrenti, quali interessati, di un potere processuale di eccezione, che consentirebbe loro di intervenire e allegare fatti e dedurre prove, in contraddittorio con il creditore istante e il curatore: FERRI C., *La formazione dello stato passivo nel fallimento: procedimento di primo grado e impugnazioni*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 5, 1262.

legittimazione all'intervento e alle impugnazioni. Altrimenti, se così non fosse, si alimenterebbero impugnazioni strumentali volte alla eliminazione o riduzione di pretese creditorie destinatarie di un trattamento particolare.

Non solo, si consentirebbe ai creditori concorrenti d'interferire – con gli organi della procedura - nella fase solutoria del rapporto, il che sarebbe singolare, attesa l'assenza di voce in capitolo dei medesimi nella fase genetica del rapporto.

Ragioni di coerenza “endofallimentare”, dunque, inclinano a reputare che i provvedimenti decisori, primari e secondari, possano tendenzialmente produrre gli effetti fissati dall'art. 96 u.c., e non già quelli del giudicato materiale: tanto più che il legislatore fallimentare - ma si tratta di un argomento ulteriore, che si fonda sul mero dato testuale – nei casi nei quali ha inteso accordare la tutela del giudicato materiale, ha previsto espressamente la sentenza come forma del provvedimento e ne ha dato espressamente conto (v. art. 119, u.c., l. fall., nel quale si fa riferimento al «passaggio in giudicato della sentenza di revoca del fallimento»).

Al di fuori del fallimento, poi, l'unica valenza che le decisioni sulla insinuazione al passivo potranno produrre è quella testualmente accordata dall'art. 120 l. fall., ossia semplice valore di elemento documentale idoneo per la emissione di un decreto ingiuntivo³¹⁶.

Ancora più evidente, quindi, risulta la fragilità dell'accertamento compiuto in sede fallimentare, atteso che al di fuori di tale sfera le decisioni sembrano spiegare efficacia di mero principio di prova documentale e nulla di più.

Passiamo ora in rassegna le criticità sollevate dai diritti soggettivi assoluti.

³¹⁵ CAVALAGLIO A., *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali*, cit., 449 ss.

³¹⁶ SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, cit., 981 ss., rileva come tale provvedimento conservi la limitata valenza extrafallimentare di cui al nuovo art. 120 u.c. l. fall., ossia di prova scritta idonea all'emissione di un decreto ingiuntivo. Cfr., RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 620, nt. 73. Ma non per la sua conferma in sede di opposizione; tale lettura sembra più corretta – rispetto a quella secondo cui la decisione sull'ammissione al passivo avrebbe valore di prova scritta piena del credito – attesa la diversità di trattamento che altrimenti si verrebbe a creare rispetto alle decisioni negative, per le quali non è contemplata alcuna forma di efficacia extrafallimentare: ROLFI F., *Ancora sull'effetto di “giudicato endofallimentare”*, cit., 158 ss.

Quanto ai diritti reali e personali vantati dai terzi, il legislatore ha stabilito, con il novellato art. 52 l. fall., che essi debbano essere accertati, in prime cure, nelle forme regolate dagli art. 93 ss. e in sede di eventuale impugnazione nelle forme dettate dagli artt. 98 ss.

I risultati, nell'un caso e nell'altro, sono fissati dall'art. 96 u.c., il quale stabilisce che i decreti, primari e secondari, producono effetti, tanto in caso di accertamento positivo che negativo, soltanto ai fini del concorso.

La dottrina ha rilevato che in queste ipotesi l'oggetto del processo dovrebbe essere il diritto alla restituzione di beni mobili o immobili, di proprietà di un terzo ma nella disponibilità materiale del fallito.

Quanto all'esame della congruità della soluzione normativa di cui all'art. 96 u.c., rispetto alla tutela di diritti reali e personali vantati da terzi su beni mobili o immobili, a differenza con quanto appena visto per la tutela dei crediti, ci sembra che possa essere condotta in raffronto alla disciplina di diritto comune³¹⁷; in tale caso, non si dovrebbe porre un problema di armonizzare tale soluzione di stabilità con quella dell'art. 26, atteso che tramite le forme del detto art. 26 non pare possa essere espletato l'accertamento di diritti reali e personali vantati da terzi su beni mobili o immobili.

Infatti, se non andiamo errati, l'unico caso in cui si giunga a ragionare intorno a tali diritti nel reclamo *ex* art. 26, potrebbe darsi allorché sia stato emesso un decreto di acquisizione dal giudice delegato, a norma dell'art. 25, 1° co., n. 2), l. fall., ed esso si presenti inizialmente legittimo, per via della mancata contestazione da parte di terzi al momento della sua emanazione.

Tuttavia, potrebbe capitare che un terzo - per superficialità, o perché incorso in errore o ancora per altre ragioni - soltanto in un secondo momento si determini a "rivendicare un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione".

³¹⁷ La dottrina ha segnalato l'inadeguatezza di tale soluzione (ROLFI F., *Ancora sull'effetto di "giudicato endofallimentare"*, cit., 158 ss.) e la difficoltà, se non impossibilità, di accettare che l'efficacia solo endoconcorsuale possa riguardare le azioni reali e quelle immobiliari: CAVALLINI C., *Formazione ed impugnazione dello stato passivo*, cit., 693 ss.; PAGNI I., *Sub artt. 95 e 96*, in LO CASCIO G. (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, 890 ss.; CHIMENTI S., *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi*, in VITALONE V., CHIMENTI S., RIEDI R., *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, 194.

In tal caso, il terzo, al fine di rimuovere gli effetti del decreto di acquisizione, potrebbe esperire l'azione di nullità del decreto (*iter* dai tempi notoriamente dilatati), oppure, più rapidamente, potrebbe chiederne la revoca al medesimo giudice delegato, o ancora, da ultimo, potrebbe impugnarlo con il reclamo *ex art 26* davanti al tribunale fallimentare, formulando la propria contestazione verso l'acquisizione del bene, "rivendicando" così "un proprio diritto", reale o personale, "incompatibile con l'acquisizione".

In tale ultimo caso, però, il procedimento di reclamo *ex art. 26* non avrebbe ad oggetto l'accertamento di quel diritto, reale o personale, affermato dal terzo - atteso che, se così fosse, il risultato di tale reclamo dovrebbe essere armonizzato, ancora una volta, con il risultato dell'accertamento dei medesimi diritti espletato con le forme del Capo V, e quindi, in un caso e nell'altro, inevitabilmente, dovremmo accordare la stabilità di cui all'art. 96 u.c. - ma lungi dall'aver a oggetto l'accertamento di quel diritto, verterà esclusivamente sulla esistenza o meno, ancorché tardivamente espressa (o tardivamente rilevata), della mera "contestazione", quale mera affermazione, o "rivendicazione" di un "diritto incompatibile con l'acquisizione".

Una volta rilevata l'esistenza di tale contestazione da parte del terzo, infatti, il tribunale, in sede di reclamo *ex art 26*, dovrà limitarsi ad annullare il decreto emesso dal giudice delegato - la cui legittimità continua a fondarsi sull'assenza di contestazioni - senza che in sede di reclamo *ex art. 26* possa procedersi ad ulteriore attività; e tale sarebbe quella volta all'accertamento del diritto del terzo.

Una volta annullato il decreto di acquisizione del giudice delegato, resteranno eventualmente a disposizione, per la procedura, le vie ordinarie; e per il terzo, la via dell'accertamento tramite le forme di cui al Capo V della legge fallimentare.

Quindi, la esistenza di una «contestazione» in ordine a questi diritti determina che la sede dell'accertamento sia quella segnata nel Capo V, mentre la esistenza di una «contestazione» in ordine a determinati diritti di credito prededucibili ne comporta l'accertamento, *ex art. 111 bis*, nelle forme regolate dall'art. 26.

4.4. (*segue*) *il giudizio di rinvio*. - La disciplina della fase di rinvio³¹⁸ appare destinata a suscitare inevitabili problemi di coordinamento, anche a seguito della riforma fallimentare.

In particolare, le criticità, oggi come prima della riforma, si annidano nell'esigenza di raccordare la disciplina del giudizio di rinvio regolata dagli artt. 392 ss. c.p.c. - la quale all'art. 392, 2° co., prevede che la riassunzione della causa dinanzi al giudice di rinvio si proponga «con citazione, la quale è notificata personalmente a norma degli artt. 137 e seguenti» - con le norme stabilite per il procedimento davanti al giudice di rinvio (ai sensi dell'art. 394, 1° co.), in tutti i casi nei quali, per effetto della già segnalata "espansione" del mezzo di cui all'art. 111 7° co. Cost., il processo dinanzi al giudice *a quo* sia regolato da norme diverse da quelle del giudizio di ordinaria cognizione di cui al Libro II del Codice di rito.

La commistione tra elementi del processo ordinario, quali la introduzione della causa con citazione, e procedimenti camerali, variamente modulati sulle regole degli artt. 737 ss. c.p.c., è questione, evidentemente, foriera di persistente criticità.

Precedentemente alla riforma fallimentare, la Suprema Corte si era espressa nel senso di reputare che qualora contro il decreto "decisorio" del tribunale fallimentare fosse stato proposto ricorso *ex art. 111 Cost.*, e tale ricorso fosse stato accolto e quindi vi fosse stata la cassazione del decreto impugnato, con rinvio al giudice *a quo* - ossia al tribunale fallimentare che aveva reso il decreto, data la sua competenza inderogabile a provvedere in ordine alla procedura³¹⁹ - il medesimo, in sede di rinvio, avrebbe dovuto fare applicazione delle norme del rito camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., le quali sarebbero state «da applicarsi da parte del tribunale fallimentare, in caso di cassazione con rinvio e riassunzione della causa a norma dell'art. 392 c.p.c.»³²⁰.

La stessa Cassazione, peraltro, aveva già segnalato che le regole dettate dal combinato disposto degli artt. 394 c.p.c. e 26 l. fall. avrebbero dovuto governare il giudizio di rinvio, e

³¹⁸ Al riguardo, si rimanda a CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., 602 ss.

³¹⁹ Tra le altre, Cass., 10.4.1987, n. 3572, in *Fall.*, 1987, 1130.

³²⁰ Cass., 09.4.1984, n. 2255; conf. Cass., 09.04.1984, n. 2257.

aveva precisato, inoltre, con orientamento rimasto invero minoritario, che l'eventuale riassunzione del processo sarebbe dovuta avvenire con ricorso, anziché con citazione; tuttavia, qualora la riassunzione fosse stata eseguita con citazione, ciò non avrebbe determinato, in forza del principio della conversione degli atti viziati nella forma, la nullità del giudizio di rinvio³²¹.

A parte tale ultimo orientamento, come segnalato minoritario, i Giudici di legittimità solevano ribadire, in generale, che le modalità per la riassunzione della causa dinanzi al giudice di rinvio avrebbero dovuto uniformarsi a quanto previsto dalla norma di cui all'art. 392, 2° co., c.p.c.: ossia, notifica della citazione.

Inevitabili, quindi, i problemi di coordinamento tra tale ultima previsione e quelle recate dagli artt. 737 ss. c.p.c.: a ben vedere, peraltro, l'una e gli altri imposti dalla Cassazione.

La elaborazione dell'interprete, poi, aveva indotto a reputare che mentre l'introduzione del giudizio dovesse avvenire a norma dell'art. 392, 2° co., c.p.c., vale a dire con la notifica della citazione, il resto del giudizio dovesse articolarsi a norma degli artt. 737 ss. c.p.c.

Tale il quadro di riferimento sino alla riforma fallimentare.

Ebbene, anche a seguito del "d. correttivo", una volta riaffermata, tanto in dottrina che in giurisprudenza, la ricorribilità per Cassazione dei decreti "decisori" del tribunale o della corte d'appello resi in esito al reclamo di cui all'art. 26 l. fall., sembra che tali problemi di coordinamento siano destinati, ineluttabilmente, a riproporsi.

Il criterio della commistione tra la introduzione del giudizio di rinvio da eseguire con notifica di citazione a udienza fissa e svolgimento delle successive fasi del processo secondo le regole dettate dall'art. 26 l. fall., nella sua attuale versione, sembra, forse, addirittura acuire le evidenziate criticità.

Intanto, il giudizio di rinvio dovrà essere riassunto dinanzi al tribunale fallimentare o alla corte d'appello, a seconda che il giudice che aveva pronunciato il provvedimento in seguito cassato sia l'uno o l'altra; la riassunzione andrà eseguita entro il termine perentorio di

³²¹ Cass., n. 2873 del 1975.

tre mesi dalla data di pubblicazione della sentenza di Cassazione (giusta la riforma dell'art. 392, 1° co., c.p.c.).

In caso di mancata riassunzione della causa dinanzi al giudice di rinvio entro il predetto termine perentorio, oppure nel caso di estinzione del giudizio di rinvio, l'intero processo si estinguerà: e cassato il decreto secondario, non sopraggiunto il nuovo decreto all'esito del giudizio di rinvio, non per questo, secondo autorevole insegnamento, "rinascerà" il decreto primario³²², né, quindi, farà stato l'accertamento – quale che esso sia, secondo le controverse opinioni al riguardo³²³ – contenuto nel medesimo decreto di prime cure.

Immediati, poi, risaltano i punti di autentica criticità nell'articolarsi del giudizio di rinvio: eseguita la riassunzione della causa a mezzo notifica della citazione, emerge, tra le altre, la questione del rapporto tra i requisiti segnati dall'art. 163 c.p.c., per la citazione, e quelli previsti nell'art. 26 l. fall., per il ricorso; tra questi, il coordinamento tra la fissazione dell'udienza di comparizione rimessa all'attore in riassunzione, *ex art.* 163 c.p.c., e la previsione della fissazione dell'udienza di comparizione da parte del presidente, con decreto in calce al ricorso, *ex art.* 26 l. fall.; la funzione, in tale contesto, dell'avvertimento, di cui all'art. 163 c.p.c., sia con riferimento alle decadenze, che ai termini di costituzione, per i convenuti *ex art.* 163, di almeno 20 giorni prima dell'udienza, e per i resistenti *ex art.* 26 l. fall. di almeno 5 giorni prima dell'udienza; il coordinamento tra il termine libero di non meno di 90 giorni tra la notifica della citazione e l'udienza di comparizione, *ex art.* 163 *bis* c.p.c., e i termini, da un lato, di non oltre 40 giorni tra il deposito del ricorso e l'udienza di comparizione e, dall'altro, di almeno 15 giorni tra la notifica del ricorso (con decreto in calce) e l'udienza, *ex art.* 26 l. fall.; tra il regime di nullità della citazione, di cui all'art. 164 c.p.c., e gli eventuali vizi del ricorso previsto dall'art. 26 l. fall.

Occorre auspicare, allora, un intervento chiarificatore della Suprema Corte, la quale intervenga a comporre le siffatte criticità.

³²² FAZZALARI E., *Il processo ordinario di cognizione*, II, in ID. (diretto da), *Il processo civile*, Torino, 1989, 340 ss.; LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4° ed., Milano, 1981, 353 ss.; SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., II, 2, 307.

³²³ V. *retro*, sub § 4.2. e § 4.3.

5. *Provvedimenti «esecutivi» o «di liquidazione dell'attivo».* - Secondo autorevole dottrina, è possibile distinguere, in capo agli organi preposti al fallimento, fra la funzione di cura del patrimonio fallimentare, da un lato, e quella «giurisdizional-contenziosa» in generale; inoltre, nell'ambito di tale seconda funzione sarebbe possibile ricavare, più in particolare, l'ulteriore funzione «giurisdizional-esecutiva»³²⁴.

L'idea, invero, risalente, è che possa essere delineata una categoria di provvedimenti ulteriore rispetto a quelle già descritte sino ad ora: vale a dire, quella dei provvedimenti del giudice delegato «esecutivi» o «di liquidazione dell'attivo»³²⁵.

Esecutivi, perché espressione, come appena segnalato, di una funzione giurisdizionale esecutiva; *di liquidazione dell'attivo*, perché si tratterebbe di provvedimenti collocati funzionalmente all'interno della fase liquidatoria del fallimento³²⁶.

³²⁴ CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, cit., 5 ss.

³²⁵ LO CASCIO G., *Composizione del collegio e partecipazione del giudice delegato*, in *Fall.*, 1999, 2, 145 ss., rimarcava da tempo come nella fase di liquidazione dell'attivo fallimentare l'esatta individuazione della natura del diritto o dell'interesse leso fosse divenuta «una sorta di lotteria»; analoga incertezza, secondo l'A., accompagnava la scelta del mezzo d'impugnazione in concreto esperibile.

³²⁶ RICCI E.F., *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento*, cit., 97 ss., al riguardo, parlava di vero e proprio sub-procedimento di liquidazione dell'attivo. L'A., peraltro (*op. ult. cit.*, 105 ss.), reputava che il reclamo ex art. 26 l. fall. fosse inapplicabile ai provvedimenti resi dal giudice delegato nella fase di liquidazione dell'attivo. ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, cit., 437 ss. sosteneva la impugnabilità di tali provvedimenti mediante l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. e quindi l'introduzione di tale mezzo nella fase di liquidazione del fallimento. Condivideva tale soluzione (pur nelle forme del collegio sovraordinato alla stregua del modello della espropriazione immobiliare), anche se espressamente «senza entusiasmo», anche RICCI E.F., *op. ult. cit.*, 106 ss., che tuttavia avrebbe preferito accordare preferenza al reclamo ex art. 26. Secondo tale ultimo A., il richiamo dell'art. 105 l. fall. alle norme di diritto comune sull'esecuzione (riferimento, come segnalato, eliminato con la riforma fallimentare) avrebbe impedito di derogarvi in favore dell'applicazione di altre norme (quali l'art. 26). Inoltre, la scelta di propendere per l'applicazione del mezzo di cui all'art. 617 c.p.c. sarebbe stata fondata anche sul fatto che vi erano taluni provvedimenti del giudice delegato nella fase di liquidazione che rivestivano per legge la forma dell'ordinanza, come tali, secondo questo A., fuori dal campo dell'art. 26. Tale ultimo A, però, continuava a reputare applicabile il reclamo di cui all'art. 26 per i provvedimenti aventi la forma di decreto (compreso quello di esecutività del piano di riparto). Secondo altri Autori (LANFRANCHI L., *La tutela dei diritti nel fallimento*, cit., 77 ss.), in caso di lesione di diritti soggettivi si sarebbe potuta chiedere la declaratoria d'inefficacia di tali provvedimenti, mediante un'ordinaria domanda di accertamento. *Contra*, rispetto a tale ultima soluzione, RICCI E.F., *op. ult. cit.*, 97 ss., che rilevava come di regola nel fallimento, al pari della espropriazione individuale, il provvedimento anche se illegittimo fosse comunque efficace,

In ogni caso, ci troveremmo dinanzi a provvedimenti privi di contenuto decisorio³²⁷: il che vuol dire, secondo la formula ormai collaudata in giurisprudenza e anche in dottrina, che essi non conterrebbero statuizioni su diritti soggettivi o *status*. Tuttavia, si reputa che tali provvedimenti siano comunque idonei a “incidere” su diritti soggettivi (ad es., nel caso di decreto di trasferimento), anche se privi di contenuto decisorio³²⁸. La Suprema Corte, dal canto proprio, dopo aver a lungo qualificato come decisori i provvedimenti del giudice delegato di liquidazione dell’attivo, ha successivamente mutato orientamento e ne ha affermato il contenuto esecutivo³²⁹.

Del pari, si tratterebbe di provvedimenti privi di contenuto ordinatorio: a tal fine, si potrebbe distinguere, in seno agli atti comunemente qualificati «esecutivi», tra quelli esecutivi “in senso stretto”, ossia espressione di una vera e propria giurisdizione esecutiva³³⁰, e quelli a ben vedere di contenuto ordinatorio, i quali tuttavia, per il fatto di essere pronunciati nel corso della fase esecutiva di liquidazione dell’attivo fallimentare, risultano sovente essere assimilati

atteso che proprio questo sarebbe stato il presupposto necessario per rendere *stabili* gli effetti del processo esecutivo (e sui cui v., *amplius*, ORIANI R., *L’opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 180 ss., 412 ss.): sicché, a ben vedere, il problema non sarebbe stato tanto quello di far accertare l’inefficacia di un provvedimento, quanto piuttosto di rimuovere gli effetti di un provvedimento efficace in quanto non impugnato. E l’unica sede idonea sarebbe stata quella dei rimedi interni al processo esecutivo, per natura sottoposti a termini di decadenza e destinati a far sorgere procedimenti di tipo incidentale.

³²⁷ FERRI C., *Sull’identificazione del provvedimento decisorio nel fallimento*, cit., 955 ss.; RICCI E.F., *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento*, cit., 108 ss., secondo cui nella fase di liquidazione dell’attivo le decisioni del giudice delegato recherebbero statuizioni su diritti soggettivi quali situazioni giuridiche meramente interne al fallimento, senza alcuna rilevanza esterna alla procedura, sicché anche le relative decisioni avrebbero un rilievo puramente interno al fallimento. Secondo tale A. le possibilità che nella fase di liquidazione, anche espropriativa individuale, le situazioni giuridiche soggettive siano oggetto di una decisione che si pronunzi in ordine alla sussistenza o meno delle medesime, sarebbero da considerare eccezionali e limitate ad alcune ipotesi tipiche. L’A., poi, rilevava che mentre nel fallimento le controversie in sede di riparto attongono solo alla graduazione dei crediti, nella espropriazione individuale, invece, in sede di riparto si fa luogo (anche se soltanto in via eventuale) a un vero e proprio accertamento dei crediti.

³²⁸ V., in giurisprudenza, Cass., 2.4.1985, n. 2252, in *Fall.*, 1985, 1039; Cass., 17.7.1980, n. 4647, in *Dir. fall.*, 1980, II, 494.

³²⁹ Siffatto mutamento di valutazione è ben scandito da FERRI C., *Sull’identificazione del provvedimento decisorio nel fallimento*, cit., 955 ss.

³³⁰ La medesima Cassazione si esprime ormai abitualmente in termini di “giurisdizione esecutiva del processo fallimentare”.

ai primi, con conseguenti inevitabili ricadute in termini di confusione e incertezza sul piano applicativo³³¹. Non solo, già autorevole dottrina³³² rilevava che tra “gli atti esecutivi” del processo di espropriazione di diritto comune, segnatamente tra i provvedimenti del giudice, si potesse distinguere tra ordini, ossia provvedimenti *ordinatori*, con effetti limitati al processo; e *ingiunzioni esecutive*, caratterizzate dalla loro «efficacia di diritto materiale», con effetti quindi al di là del processo, sulla situazione materiale delle parti o dei terzi (e l’ingiunzione tipica, per questa dottrina, sarebbe la *decisione*).

Quanto ai rapporti, in linea generale, tra esecuzione forzata individuale ed esecuzione in sede fallimentare³³³, conviene muovere dalla comune finalità, in un caso e nell’altro, cui mira la tutela esecutiva: vale a dire, quella di assicurare il conseguimento concreto da parte dell’avente diritto degli obiettivi che gli sono garantiti dalla legge sostanziale³³⁴.

L’esecuzione forzata di diritto comune può essere avviata anche da titoli esecutivi (quali in particolare quelli stragiudiziali) che prescindono completamente da qualsivoglia vicenda preclusiva propria del giudicato formale e materiale.

Nel fallimento, la partecipazione alla fase esecutiva, di liquidazione dell’attivo, spetta a coloro che, in esito alla fase “cognitiva” di verifica del passivo di cui al Capo V l. fall., hanno ottenuto un provvedimento che ne abbia accertato il credito (ai soli fini del concorso), sicché, si usa dire, da creditori concorsuali sono diventati creditori concorrenti. Il loro titolo per partecipare alla distribuzione dell’attivo, dunque, è il decreto di esecutività dello stato

³³¹ V., tra le altre, Cass., 26.9.1990, n. 9737, in *Fall.*, 1991, 275, secondo cui il provvedimento con cui il giudice delegato dispone la vendita avrebbe carattere ordinatorio.

³³² CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, 3° ed., Roma, 1942, 680 ss., secondo cui il fatto che entrambi i tipi di provvedimenti fossero impugnabili *ex art. 617 c.p.c.* provocava gravi problemi: primo fra tutti, l’esclusione di ogni impugnazione contro la sentenza che pronunciava sulle ingiunzioni esecutive, aspetto che più di ogni altro avrebbe imposto di differenziare il trattamento delle medesime da quello che governava i meri ordini.

³³³ BRUNETTI A., *Lezioni sul fallimento*, cit., 182 ss., avvertiva la difficoltà di assimilare modelli procedurali così diversi, per «essenza e scopi», come l’esecuzione forzata individuale e fallimentare concorsuale, atteso che, in particolare, la difficoltà di procedere a tale ipotetico avvicinamento sarebbe stata acuita dal fatto che le norme di diritto materiale male si sarebbero prestate, secondo l’A., a incorporarsi in un sistema rigoroso di norme strumentali.

³³⁴ Ossia, quantomeno per la espropriazione individuale, assicurare che i fatti si adeguino alla *lex specialis* enunciata dalla sentenza: PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit.; PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., 400 ss.

passivo (o quello reso in esito alle impugnazioni del medesimo, di cui agli artt. 98 e ss. l. fall.). Anche in questo caso, la partecipazione alla fase esecutiva, al pari di quanto è previsto per quella individuale di diritto comune, prescinde dal previo formarsi del giudicato formale e materiale.

Quanto al rapporto tra le norme fallimentari che attengono alla fase esecutiva, da un lato, e quelle del procedimento di espropriazione forzata individuale, dall'altro, ove si inclini per la tesi che avvince le prime alle seconde secondo un nesso di *specialità*, nel senso che quelle si atterrebbero a speciali rispetto a queste, allora è possibile svolgere un'ulteriore notazione: il carattere di specialità delle norme fallimentari che regolano la fase esecutiva sarebbe stato accentuato dalla recente riforma fallimentare, per via della eliminazione del rinvio espresso, previa verifica di compatibilità, che la norma recata dall'art. 105 l. fall. operava alle disposizioni del Codice di rito relative al processo di esecuzione. Oggi, dunque, la verifica di compatibilità sarebbe ancora più importante e necessaria, atteso che rispetto allo scopo originario del fallimento, meramente satisfattivo dei creditori, sono state introdotte ulteriori e diverse finalità³³⁵.

³³⁵ PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *op. ult. cit.*, 45: secondo tale opinione, la norma chiave a suo tempo espressa dall'art. 105 l. fall., quale ponte di collegamento tra le due discipline, fallimentare e di diritto comune, potrebbe essere oggi ravvisata in quella contenuta nell'art. 107, co. 2°, l. fall. Altra dottrina (PENTA A., *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, in *Dir. fall.*, 2010, 3-4, 288 ss.) osserva, in senso più restrittivo, che rispetto al precedente richiamo di cui all'art. 105 l. fall., a seguito della riforma le norme comuni dell'esecuzione dovrebbero trovare applicazione soltanto in due casi: ove il curatore preveda nel programma di liquidazione che le vendite siano effettuate dal giudice delegato (art. 107, co. 2°, l. fall.); ove il curatore decida di subentrare in procedure esecutive già pendenti alla data della dichiarazione di fallimento. Altri Autori (FERRI C., *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 964 ss.), poi, in maniera ancora più radicale segnalano come la recente riforma abbia innovato il sistema delle vendite fallimentari, sottraendolo del tutto alle regole della espropriazione forzata di cui al Libro III del Codice di rito: la regola fondamentale, dunque, sarebbe oggi quella secondo la quale il curatore deve procedere alla liquidazione dell'attivo effettuando «procedure competitive» (e non già osservando le norme sulle esecuzioni individuali). Tale ultima dottrina, quindi, reputa che la esclusione del richiamo al Codice di rito sottenda l'intenzione del legislatore della riforma di imporre al curatore di procedere nel modo che egli reputi più efficiente, con la sola osservanza di taluni criteri indicati nell'art. 107 l. fall. L'A., quindi, esclude che il curatore possa promuovere vendite secondo le forme previste dal Codice di rito con incanto o senza incanto: la ragione si legherebbe al fatto che nell'esecuzione individuale il giudice è tuttora al centro del processo esecutivo (nonostante la riforma al Codice di rito gli abbia sottratto alcuni compiti operativi), mentre la riforma fallimentare avrebbe posto al centro

Il recupero, o comunque la piena valorizzazione in tutte le sue potenzialità e implicazioni, del concetto e della categoria, autonoma, dei provvedimenti «esecutivi», pronunziati nell'ambito della giurisdizione esecutiva fallimentare (quale giurisdizione esecutiva afferente alla sfera fallimentare), crediamo possa essere di qualche utilità, dunque, quantomeno per ritagliare dalla categoria dei provvedimenti decisori, una categoria di provvedimenti che decisori non sono, i quali, proprio in ragione della loro differente natura, sollecitano l'applicazione di altra e diversa disciplina³³⁶.

della liquidazione il curatore, che vi procede in luogo del giudice delegato, sicché le precedenti analogie non sarebbero oggi ulteriormente configurabili. Il curatore, quindi, non potrebbe oggi surrogare il giudice delegato nei compiti propri del giudice dell'esecuzione, nell'esercizio di poteri che la legge non gli attribuisce più. A marcare la differenza tra la forma di vendita in sede di espropriazione forzata individuale e in sede di liquidazione dell'attivo fallimentare, l'A. (FERRI C., *op. ult. cit.*, 965-967) osserva che nella prima il giudice dell'esecuzione pronuncia il decreto con il quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, una volta avvenuto il versamento del prezzo; nella liquidazione dell'attivo fallimentare, invece, il giudice delegato ordina con decreto la cancellazione delle iscrizioni, delle trascrizioni e di ogni altro vincolo, una volta che sia eseguita la vendita e quindi compiuto l'*iter* promosso autonomamente dal curatore (art. 108, co. 2°, l. fall.).

³³⁶ La valorizzazione della categoria dei provvedimenti «esecutivi» potrebbe forse contribuire a cogliere più nitidamente e con maggiore coerenza taluni fenomeni della peculiare disciplina fallimentare: fra gli altri, ne valga subito uno, a titolo di esempio. È noto che la partecipazione del giudice delegato al collegio che provvedeva sugli atti emessi dallo stesso giudice delegato, abbia alimentato nel tempo innumerevoli polemiche (composte soltanto con la riforma della legge fallimentare). Il dibattito era alimentato, in dottrina, dalla diffusa sensazione di ingiustizia, o meglio di autentica violazione di alcuni tra i più elementari principi costituzionali in tema di tutela giurisdizionale dei diritti, che tale assetto recava con sé: era inimmaginabile, insomma, che il controllo fosse esercitato, anche solo parzialmente, dal soggetto controllato. Commistione inaccettabile, quindi, alla quale faceva eco la più volte ribadita legittimità della questione da parte della Suprema Corte. L'assunto della Cassazione speso a fondamento e giustificazione di tale scelta, nei suoi termini essenziali, era il seguente: il procedimento di reclamo *ex art. 26 l. fall.* e quello di opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.* sono assimilabili per struttura e funzione (tale assimilazione è affermata, per la prima volta, in Cass., 20.8.1997, n. 7764, in *Fall.*, 1998, 493; di recente, nello stesso senso, Cass., 13.9.2006, n. 19667). Quanto all'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, il giudice coincide con quello che ha emesso l'atto impugnato (il giudice dell'esecuzione) – oppure per la espropriazione immobiliare partecipa al collegio - quindi lo stesso giudice prima pronunzia un atto e poi istruisce e decide la causa di merito sulla legittimità del proprio atto, e il tutto è previsto dalla legge e quindi legittimo. Si rileva, tuttavia, che altro è, come nel giudizio *ex art. 617 c.p.c.*, un atto esecutivo emesso da un giudice (attività giurisdizionale esecutiva) e poi un giudizio (attività giurisdizionale di cognizione, peraltro la prima su tale atto): qui la identità, anche soltanto parziale, del giudice risponde a una esigenza normale, funzionale e non confligge con altri principi. Nel reclamo *ex art. 26*, invece, dato che in esso vengono convogliate le doglianze contro provvedimenti di varia natura (non necessariamente esecutiva), si potrebbe dare il caso che a essere reclamato sia un atto decisorio, e allora in tale ipotesi

Come già segnalato, i provvedimenti del giudice delegato qualificabili come “esecutivi in senso stretto” (quali, ad es., il decreto del giudice delegato di trasferimento di un immobile in favore dell’aggiudicatario), sono da tempo assimilati a quelli che nel processo di espropriazione forzata individuale sono comunemente denominati “atti esecutivi”; non solo, il mezzo d’impugnazione dei primi (il reclamo *ex art. 26 l. fall.*) è da tempo reputato equipollente a quello dei secondi (l’opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*)³³⁷; del pari, il provvedimento reso all’esito del giudizio d’impugnazione è reputato, in un caso come nell’altro, di contenuto non già esecutivo, quanto invece decisorio (così configurando, in entrambe le ipotesi poste a raffronto, una sequenza del tipo provvedimento primario esecutivo-provvedimento secondario decisorio)³³⁸, sulla scorta dell’argomento per cui il giudizio d’impugnazione si risolverebbe in un «incidente di tipo cognitorio» sulla ritualità del provvedimento esecutivo del giudice delegato³³⁹, anche ove si tratti di meri vizi di forma.

avremmo un caso di identità del giudice, anche soltanto parziale, tra il giudice della prima fase cognitoria sul diritto e il giudice della successiva fase impugnatoria, anch’essa cognitoria del diritto stesso: si porrebbe, dunque, il problema paventato dalla dottrina. Problema che dunque poteva porsi nel caso di reclamo contro un provvedimento di contenuto effettivamente decisorio ma che invece era da escludere nel caso di reclamo contro un atto a ben vedere non decisorio ma esecutivo fallimentare, atteso che in tale secondo caso l’identità del giudice nelle due fasi sarebbe stata speculare a quella abitualmente riscontrata nel processo di esecuzione individuale, pacificamente reputata legittima dalla Suprema Corte.

³³⁷ Ne sottolineano l’analogia funzione di controllo, fra le altre, Cass., n. 2018 del 2004; Cass. n. 4128 del 2003. PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 199 ss., ribadiscono la esclusività del foro interno fallimentare, sicché le impugnazioni *ex artt. 617 e 619 c.p.c.* sarebbero improponibili, attesa la esperibilità del reclamo *ex art. 26 l. fall.* (in giurisprudenza, v. Cass., 16.7.1992, n. 8665; Cass., 18.4.1994, n. 3694; Cass., 23.11.1994, n. 9886).

³³⁸ FERRI C., *Sull’identificazione del provvedimento decisorio nel fallimento*, cit., 955 ss. In giurisprudenza, Cass., 27.2.1992, n. 2420, in *Foro it.*, 1992, I, 2710; Cass., 23.4.1992, n. 4893, in *Giust. it.*, 1993, I, 1023, per il caso del decreto di trasferimento; Cass., 1.4.1992, n. 3916; Cass., 27.3.1992, n. 3792. Avrebbero quindi carattere decisorio i provvedimenti del tribunale resi sull’efficacia delle offerte in aumenti di sesto, che abbiano statuito sulla decadenza dell’aggiudicatario, che abbiano confermato la sospensione della vendita disposta dal giudice delegato (mentre, si noti, il provvedimento del giudice delegato di sospensione della vendita avrebbe carattere esecutivo; sicché, il medesimo provvedimento di sospensione della vendita sarebbe esecutivo, in prime cure, decisorio, in seconde cure): contrario all’affermata natura decisoria del provvedimento secondario, FERRI C., *op. ult. cit.*, 960 ss.

³³⁹ RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., 356 ss.; Cass., 23.4.1992, n. 4893, in *Fall.*, 1992, 795; Cass., 20.9.1993, n. 9624 e Cass., 21.10.1993, n. 10421, in *Fall.*, 1994, 269.

Nel caso di provvedimenti di giurisdizione esecutiva, quindi, è da tempo condivisa la configurabilità della suindicata sequenza atto esecutivo-atto decisorio³⁴⁰.

Inizialmente, si noti, il provvedimento secondario decisorio era sempre riferito al *diritto sostanziale* di un soggetto; successivamente, però, si è giunti a considerare decisorio anche il provvedimento, avente una decisorietà di carattere meramente processuale, che decida “un diritto al regolare svolgimento della procedura”, vertendo in tema «di *diritti soggettivi di natura processuale* del terzo interessato»³⁴¹.

³⁴⁰ FERRI C., *op. ult. cit.*, 955 ss.; SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi nel fallimento*, cit., 661 ss. Parte della dottrina (CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 1276 ss., il quale però muove dalla diversa sequenza atto ordinatorio-atto decisorio processuale), rileva tuttavia che «alla luce delle più recenti prese di posizione delle sezioni unite della Cassazione» (ossia, Cass., sez. un., 3.3.2003, n. 3073, in *Foro it.*, 2003, I, 2090 ss.; seguita da altre pronunzie conformi, quali Cass., sez. un., n. 11026 del 2003; Cass., n. 15487 del 2004; Cass., n. 19643 del 2005; Cass., n. 5390 del 2005), «il discutibile orientamento giurisprudenziale, diffusosi nel sistema previgente, secondo il quale nell'ambito delle operazioni di liquidazione dell'attivo il reclamo esperito avverso provvedimenti ordinatori del giudice delegato, ai sensi dell'art. 26 l. fall., sarebbe idoneo a «mutare» la natura del provvedimento reclamato in decisorio ed a consentire, in tal modo, l'esperimento del successivo ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 cost.», «sembra destinato ad essere definitivamente abbandonato». Tale orientamento, secondo l'A., si fondava sul discutibile rilievo che il reclamo dell'art. 26 l. fall. sarebbe diretto «a tutelare un diritto soggettivo del reclamante al regolare svolgimento della procedura», ossia il c.d. diritto soggettivo processuale. Al riguardo, tuttavia, l'A. richiama quanto statuito dalle Sezioni Unite nelle pronunzie sopra riportate, sicché «il contenuto non decisorio del provvedimento (e dunque la sua non impugnabilità ex art. 111, comma 7°, cost.) permane» “anche quando [...] si faccia valere la lesione di un diritto processuale”.

³⁴¹ In giurisprudenza, v. Cass., 20.9.1993, n. 9624, cit. In dottrina, v. RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, 300, secondo cui il reclamo che abbia a oggetto una censura di carattere processuale avrebbe natura di gravame rescindente e metterebbe capo a una vera e propria decisione da parte del tribunale. Secondo tale dottrina, le censure di carattere processuale si estenderebbero a qualunque atto del procedimento e non sarebbero dunque limitate ai provvedimenti del giudice delegato resi in fase di liquidazione dell'attivo. Il soggetto reclamante, dunque, sarebbe titolare di un diritto processuale all'annullamento del decreto impugnato con reclamo. Naturalmente, in prospettiva diametralmente opposta si pongono coloro che, seguendo la posizione tradizionale, reputano, come visto, che il requisito della decisorietà debba rinvenirsi nel collegamento tra contenuto del provvedimento, la sua natura giurisdizionale e la cosa giudicata. FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisorio nel fallimento*, cit., 960 ss. rileva che la legittimazione a proporre reclamo ex art. 26 e a far valere il proprio diritto al regolare svolgimento della procedura non spetti a ogni terzo assoggettato all'esecuzione, ma soltanto a quello che sia interessato al rispetto di siffatta regolarità proprio al fine di evitare una lesione al proprio diritto. E tale lesione al diritto del terzo deriverebbe dal compimento di atti della procedura esecutiva in violazione di legge; tuttavia, e il punto merita di essere rimarcato, il danno toccherebbe comunque una posizione sostanziale del terzo (Cass., 17.8.1990, n.

Tale orientamento estende la nozione di *decisorietà* - applicata ai provvedimenti decisoriosi del tribunale resi in esito al reclamo *ex art. 26 - fino a coprire qualsiasi situazione di carattere processuale*: e non è chiaro, allora, se la ragione del richiamo al rimedio generale dell'opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*³⁴², consenta di ampliare ulteriormente la nozione di *decisorietà* a carattere processuale, estendendola anche ad aree del procedimento fallimentare diverse da quella della liquidazione dell'attivo (quali, ad es., le attività a contenuto ordinatorio)³⁴³.

Tanto è vero che ci si chiede come il criterio della *decisorietà processuale* - secondo cui è decisorio qualunque provvedimento secondario reso in esito al reclamo *ex art. 26*, che abbia a oggetto la irregolarità o il vizio di forma o lo svolgimento della procedura - possa essere limitato nell'applicazione alla sola fase di liquidazione dell'attivo.

Il criterio della *decisorietà processuale*, insomma, ove applicato anche oltre la fase di liquidazione, e segnatamente anche alle altre fasi della procedura di fallimento, comporterebbe che in tutti i relativi giudizi di reclamo *ex art. 26* si avrebbe sempre un provvedimento qualificato come (processualmente) decisorio: il che darebbe luogo, inevitabilmente, a un'ulteriore estensione dei casi di ricorribilità *ex art. 111, 7° co., Cost.*³⁴⁴. Ne discende che qualora si reputi decisoria anche la pronuncia, secondaria, resa dal tribunale

8370). Questa opinione, dunque, segnala tutta la difficoltà di identificare situazioni lesive di un diritto processuale del terzo interessato, anche in ragione della disomogeneità con la quale i concetti di "terzo" e di "parti" si calano nell'ambito fallimentare. Sicché, attribuire alla pronuncia del tribunale, resa in esito al reclamo su un motivo di irregolarità fatto valere da un terzo interessato, carattere *decisorio* e consentire quindi a detto terzo la ricorribilità in cassazione *ex art. 111, co. 7°, Cost.*, equivale ad aprire la via del controllo di legittimità a una schiera di soggetti del tutto incerta e non predeterminabile. Ove il terzo, interessato al regolare svolgimento della procedura, non fosse titolare di alcun rapporto sostanziale con le vicende proprie dell'esecuzione fallimentare, ma abbia partecipato soltanto occasionalmente a una fase di essa, non andrebbe quindi considerato giuridicamente alla stregua di «interessato».

³⁴² V. FERRI C., *op. ult. cit.*, 958 ss., secondo cui non è chiaro se detto richiamo sia operato in via di applicazione analogica oppure, come invece sembra propendere la giurisprudenza, in via d'interpretazione estensiva.

³⁴³ ID., *op. loc. ult. cit.*, rileva come sia ben noto che il rimedio di cui all'art. 617 c.p.c. possa fondarsi anche su motivi di semplice inopportunità o incongruenza, irregolarità di atti o vizi di forma. Al riguardo, v. *amplius*, ORIANI R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 22 ss., 118 ss., 234 ss., 489 ss.

³⁴⁴ FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisorio nel fallimento*, cit., 958 ss.

su questioni di rito, a seguito di reclamo su censure processuali, sarebbe arduo escludere una decisione, processuale, del tribunale stesso in fasi di procedimento diverse da quelle di liquidazione dell'attivo; inoltre, il destinatario degli effetti potrebbe risultare qualunque terzo interessato³⁴⁵. Si è osservato³⁴⁶, al riguardo, che occorrerebbe limitare la qualifica di "decisorio" ai soli provvedimenti, del giudice delegato e del tribunale, che spieghino effetti diretti e immediati su *situazioni giuridiche soggettive sostanziali*; con ciò negando che qualsivoglia censura relativa a vizi *in procedendo* possa essere oggetto di decisione del tribunale, in sede di reclamo *ex art. 26*, nel caso in cui il provvedimento (reso dal giudice delegato) impugnato con reclamo abbia palesemente contenuto non decisorio. Diversamente, si finirebbe per assegnare l'attributo di decisorietà a taluni provvedimenti per il solo fatto che essi siano resi in esito a un giudizio, il reclamo *ex art. 26*, assimilato all'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*³⁴⁷

Quanto, infine, al novero dei provvedimenti qualificabili come esecutivi in senso stretto si parla, tra gli altri: del decreto di trasferimento di un bene in favore dell'aggiudicatario³⁴⁸, al pari di come, nell'espropriazione forzata individuale, le ordinanze di vendita e di assegnazione (che pure si dice incidano su diritti soggettivi) sono da considerare esecutive (e non già decisorie) poiché prive di contenuto accertativo, bensì successive, invece, a un accertamento presupposto³⁴⁹; il decreto di trasferimento per mancato saldo, ove il trasferimento sia inteso come atto esecutivo non decisorio; così anche la dichiarazione di decadenza dell'aggiudicatario e di confisca della cauzione³⁵⁰; il decreto che dispone la sospensione della vendita³⁵¹; talune ipotesi superate dalla riforma³⁵².

³⁴⁵ ID., *op. ult. cit.*, 960-962.

³⁴⁶ ID., *op. loc. ult. cit.*

³⁴⁷ ID., *op. ult. cit.*, 957 ss.

³⁴⁸ Cass., 20.8.1997, n. 7764: per la Suprema Corte tale provvedimento avrebbe natura esecutiva e non già decisoria, mentre il relativo provvedimento secondario del tribunale avrebbe invece natura decisoria.

³⁴⁹ ORIANI R., *op. ult. cit.*, 22 ss.; BASILICO G., *op. ult. cit.*, 309 ss.

³⁵⁰ Mentre la consueta natura decisoria si attribuisce ancora una volta ai provvedimenti resi in esito ai reclami contro di essi.

³⁵¹ Invero, tale decreto è reputato a volte esecutivo, a volte decisorio.

Discorso a parte, per la sua rilevanza, merita il decreto di esecutività del piano di riparto (art. 110 l. fall.), la cui natura giuridica è stata da sempre controversa: vigendo la disciplina recata dalla legge fallimentare del '42, l'orientamento prevalente attribuiva a tale provvedimento contenuto decisorio³⁵³. Tale ultimo convincimento, a ben vedere, faceva leva sul fatto che il piano di riparto fosse configurato come atto del giudice delegato, sebbene presupponesse un procedimento articolato in una pluralità di fasi: l'iniziativa competeva al curatore, seguiva l'acquisizione del parere del comitato dei creditori, quindi il giudice delegato esaminava il progetto, vi apportava le variazioni reputate convenienti e lo faceva proprio, ordinandone il deposito in cancelleria e disponendo che i creditori fossero avvisati. Infine, il giudice delegato, anche tenuto conto delle osservazioni eventualmente formulate, stabiliva quale dovesse essere il piano di riparto e lo rendeva esecutivo con decreto³⁵⁴. Siffatto decreto, e con esso il piano di riparto di cui si pronunciava l'esecutività, era impugnabile con il reclamo *ex art. 26*; e il decreto reso in esito al reclamo, quale provvedimento qualificato anch'esso decisorio, era considerato ricorribile per Cassazione *ex art. 111 Cost.*

Tale contesto, però, è stato profondamente inciso dalla riforma fallimentare intervenuta nel 2006 e "corretta" nel 2007: oggi, infatti, il progetto di riparto è atto del curatore, e non più del giudice delegato.

Il progetto di riparto, dunque, quale atto del curatore, è coerentemente impugnabile a norma dell'art. 36 l. fall.

³⁵² Le ordinanze rese dal giudice delegato con le quali erano disposte le vendite (art. 108, co. 2°, l. fall., nella precedente formulazione); i provvedimenti per i quali l'art. 105 l. fall. faceva rinvio, per la fase di liquidazione, alle norme del Libro III del Codice di rito.

³⁵³ In dottrina, fra gli altri, v. FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato e l'art. 26 della legge fallimentare*, cit., 15; ID., *Sull'identificazione del provvedimento decisorio nel fallimento*, cit., 950 ss., ove l'A., pur qualificando detto provvedimento come decisorio, ne escludeva ogni idoneità alla cosa giudicata materiale di cui all'art. 2909 cod. civ. In giurisprudenza v., tra le altre, Cass., n. 2879 del 1982; Cass., n. 5784 del 1981.

³⁵⁴ Al riguardo, FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato e l'art. 26 della legge fallimentare*, cit., 15, rilevava come il giudice delegato esercitasse una «vera e propria attività di cognizione, relativa alla graduazione dei privilegi e alla collocazione di un credito rispetto all'altro, oltre che all'ammontare delle somme da distribuire».

E il decreto del giudice delegato, impugnabile a norma dell'art. 26 l. fall.³⁵⁵, di esecutività del piano di riparto elaborato dal curatore, merita forse di vedere riconsiderato il proprio contenuto: va da sé, infatti, che una volta configurato il piano di riparto quale atto del curatore e, correlativamente, una volta privato il giudice delegato di ogni potere di apportarvi autonomamente le variazioni repute convenienti, le ragioni che spingevano ad attribuire a tale decreto natura decisoria sembrerebbero, a ben vedere, venute meno³⁵⁶.

Sicché, sembra plausibile affermare che a seguito della riforma fallimentare completata con il "d. correttivo" del 2007, il decreto del giudice delegato di esecutività del piano di riparto, un tempo qualificato come decisivo e come tale all'origine del lungo travaglio dell'art. 26 (v. *retro*, sub Cap. I, § 1), possa essere oggi considerato privo di decisività³⁵⁷ e di contenuto, invece, esecutivo.

Come tale e in definitiva, da ascrivere alla categoria dei provvedimenti esecutivi del giudice delegato, pronunciati nella fase di liquidazione dell'attivo fallimentare. Quindi, e in ultima analisi, rientrante a pieno titolo tra i provvedimenti oggetto della presente indagine.

5.1. (segue) la revocabilità. Il concorso tra revoca e reclamo. - L'indagine in ordine alla revocabilità e modificabilità dei provvedimenti esecutivi in senso stretto, proprio in ragione dell'autonoma configurabilità di siffatta categoria, può essere svolta lungo un

³⁵⁵ Ancorché, di fatto, la più parte delle contestazioni si appunteranno sul piano di riparto predisposto dal curatore (attivabili, come visto, *ex art.* 36), lasciando alle impugnazioni contro il decreto di esecutività del medesimo progetto (reclamabile *ex art.* 26), un campo di applicazione certamente ridotto rispetto al passato.

³⁵⁶ In tal senso, v. anche SILVESTRINI A., *Sub art. 110*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 1539 ss.

³⁵⁷ Così, anche ID., *op. ult. cit.*, 1545, secondo il quale «pare impossibile continuare a ritenere che il giudice delegato intervenga nel procedimento» con un provvedimento di contenuto decisivo. L'A., tuttavia, spostando l'oggetto della propria analisi dal decreto di esecutività del piano di riparto, e fermanolo invece sul decreto (antecedente) con cui il medesimo giudice ordina il deposito del piano di riparto in cancelleria, revoca in dubbio lo stesso carattere giurisdizionale di tale ultimo provvedimento, affermandone la «natura sostanzialmente amministrativa», poiché «mero ordine di deposito».

percorso indipendente rispetto a quello già prospettato con riguardo ai provvedimenti a contenuto ordinatorio.

In particolare, un problema di revocabilità si pone soltanto per i provvedimenti esecutivi pronunciati dal giudice delegato (come tali, «primari»); al contrario, si esclude la revocabilità e modificabilità dei provvedimenti, secondari, resi dal tribunale in esito al reclamo *ex art. 26* proposto contro gli atti esecutivi del giudice delegato, in ragione dell'affermata natura decisoria-processuale dei medesimi (al pari di come si esclude la revocabilità delle sentenze rese in esito al giudizio di opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*)³⁵⁸.

Così segnati i limiti dell'esame che ci accingiamo a svolgere, occorre rilevare come in passato parte della dottrina³⁵⁹ abbia censurato l'orientamento giurisprudenziale che aveva fondato il potere di revoca in ambito fallimentare sulla norma recata dall'art. 487, co. 1°, c.p.c.³⁶⁰: vi avrebbe fatto ostacolo, secondo tale opinione, la inopportunità di estendere una norma nata per la fase esecutiva, la liquidazione dell'attivo, alla fase amministrativa-gestoria della procedura fallimentare.

Ebbene, le criticità a suo tempo rilevate, rispetto all'applicazione di quella norma in ambito fallimentare, potrebbero forse essere superate qualora si avvalorasse un assetto di provvedimenti che ponga a fianco di quelli ordinatori, i provvedimenti esecutivi; la distinzione tra gli uni e gli altri, allora, potrebbe consentire di reperire per ciascuna delle due tipologie una disciplina, in punto di revocabilità, propria e peculiare, così riducendo le possibilità di incorrere in confusioni e sovrapposizioni, del genere di quelle segnalate dalla suindicata dottrina con riferimento all'applicabilità della norma di cui all'art. 487, co. 1°, c.p.c.

³⁵⁸ La giurisprudenza esclude la revocabilità del decreto reso sul reclamo, proprio facendo leva sull'affermato contenuto decisivo: v., tra le altre, Cass., 15.3.2001, n. 3746, in *Fall.*, 2001, 808.

³⁵⁹ CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, cit., 33 ss.; RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., 367 ss.

³⁶⁰ Si tratta della norma che stabilisce la revocabilità e modificabilità delle ordinanze del giudice dell'esecuzione e prevede l'avvenuta esecuzione di tali provvedimenti quale limite all'esercizio della facoltà di revoca e modifica.

Al riguardo, attenta dottrina ha riaffermato la revocabilità, da parte del giudice delegato, dei propri provvedimenti resi nella fase di liquidazione dell'attivo³⁶¹; e ciò - sebbene la recente riforma delle procedure concorsuali abbia eliminato l'espresso e generale rinvio alle regole del processo esecutivo - in virtù dell'applicazione, in sede fallimentare, della norma di cui all'art. 487, co. 1°, c.p.c., secondo la quale il giudice dell'esecuzione, anche qualora sia scaduto il termine per proporre opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, ha facoltà di revocare i propri atti, con l'unico limite della loro avvenuta esecuzione³⁶².

Sulla scorta dei suindicati, acuti rilievi dottrinari, sembra plausibile ipotizzare che la fase di liquidazione dell'attivo fallimentare e il processo di espropriazione forzata individuale possano rinvenire ulteriori elementi di contatto proprio nel regime di revocabilità degli atti pronunziati dal giudice delegato, in un caso, e dal giudice dell'esecuzione, nell'altro.

Nel processo di esecuzione di diritto comune, come noto, è testualmente prevista - all'art. 487, co. 1, c.p.c. - la revocabilità, da parte del giudice dell'esecuzione, dei propri provvedimenti (aventi la forma di ordinanza)³⁶³. Ebbene, in linea con la tradizionale e consolidata dottrina - e senza le sovrapposizioni e criticità, concettuali e applicative, che la commistione di provvedimenti ordinatori ed esecutivi reca con sé e che invece la distinzione tra le due categorie ci sembra contribuisca a dipanare - sembra plausibile affermare la revocabilità, da parte del giudice delegato, dei propri provvedimenti esecutivi (pur aventi la forma di decreto), facendo applicazione, anche in sede fallimentare, della norma recata dall'art. 487, co. 1, c.p.c. (d'altronde, anche in sede di esecuzione individuale, nei casi, invero tassativi, nei quali il giudice dell'esecuzione pronunzia decreti la dottrina reputa che essi siano

³⁶¹ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 619.

³⁶² ID., *op. loc. ult. cit.*

³⁶³ Nella fase esecutiva, i provvedimenti del giudice dell'esecuzione sono dati *in linea generale* con ordinanza, «salvo che la legge disponga altrimenti» (secondo la formula recata dall'art. 487, 1° co., c.p.c.). Tale ultima locuzione, quindi, va interpretata nel senso di riferirla esclusivamente ai decreti, comunque *in via di eccezione* e quindi in casi tassativi; non già alle sentenze, attesa la funzione di esse, accertativa e decisoria, come tale estranea al processo esecutivo (BASILICO G., *op. ult. cit.*, 294 ss.). Sicché, tra gli atti esecutivi in senso stretto, e tra quelli del giudice dell'esecuzione, non può trovar luogo la sentenza.

revocabili, secondo un regime assimilabile a quello proprio delle ordinanze del giudice dell'esecuzione³⁶⁴).

Alcuni Autori, inoltre, hanno ravvisato anche nel processo esecutivo individuale quel medesimo *principio generale* dell'ordinamento processuale che opererebbe in sede di giudizio di cognizione, secondo cui tutti i provvedimenti del giudice civile sarebbero tendenzialmente revocabili e modificabili, salvo le sentenze e talune ulteriori ipotesi previste dalla legge³⁶⁵. Qualora si acceda a tale prospettiva, si potrebbe reputare che di là dall'applicazione in sede fallimentare della norma di cui all'art. 487, co. 1, c.p.c., la revocabilità dei provvedimenti esecutivi del giudice delegato, pur aventi la forma di decreti, possa essere affermata in virtù di siffatto principio generale dell'ordinamento processuale, cui alcuni Autori attribuiscono piena operatività anche in sede di processo esecutivo e al quale, perciò, potrebbe essere verosimilmente ascritta eguale operatività anche nella fase esecutiva fallimentare.

Su posizioni antinomiche rispetto a tale orientamento, però, si attesta l'opinione secondo la quale mentre nel processo di cognizione ordinaria la regola generale sarebbe la revocabilità delle ordinanze (salvo le eccezioni di irrevocabilità), nel processo esecutivo invece la regola sarebbe diversa: non esisterebbe una revocabilità generale e di principio per le ordinanze, ma – e tale sarebbe la regola generale nel processo esecutivo - una revocabilità condizionata al mancato avveramento (o completamento) dell'esecuzione delle stesse³⁶⁶.

In ogni caso, nella fase esecutiva il potere di revoca assolverebbe alla funzione di strumento, flessibile, per l'autocorrezione, per la eliminazione tanto di errori di apprezzamento, quanto di nullità. E la particolare limitazione posta dalla legge - all'avvenuta esecuzione del provvedimento, quale attuazione concreta del suo intrinseco contenuto³⁶⁷ - vale a introdurre un limite alla revoca; la cui *ratio* si lega alla peculiare funzione del processo esecutivo e alle esigenze sottese alla potenziale idoneità che i relativi atti spieghino immediata incidenza sulla situazione materiale.

³⁶⁴ TRAVI A., *Espropriazione forzata in genere*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 25 ss., 31.

³⁶⁵ CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 119 ss.

³⁶⁶ BASILICO G., *op. ult. cit.*, 305 ss. e su cui, in particolare, v. *infra*.

³⁶⁷ ID., *op. ult. cit.*, 302.

Si reputa, invero, che la ragione del limite alla revoca sia quella di evitare la incisione su posizioni consolidate per effetto della esecuzione del provvedimento³⁶⁸.

Parte della dottrina³⁶⁹, tuttavia, inclina per una interpretazione restrittiva del concetto di *esecuzione* del provvedimento, ascrivendo a tale locuzione soltanto il compimento di quelle attività che risulterebbero idonee a incidere sulla situazione materiale extraprocessuale. Si rileva, in tale prospettiva, che il limite alla revocabilità si fonderebbe essenzialmente sulla tutela dei terzi e in questa direzione, pertanto, si reputa che esso debba operare. Ne discende, secondo tale lettura, che alla parte finale del 1° comma dell'art. 487 c.p.c. non potrebbe essere ascritta valenza di principio generale; piuttosto, dovrebbe essere interpretata con esclusivo riferimento alla situazione extraprocessuale³⁷⁰.

Le ordinanze pronunziate dal giudice dell'esecuzione - le quali servirebbero a scandire le tappe di avvicinamento alla conclusione satisfattiva per il creditore - sono oggetto di una disciplina piuttosto articolata: la norma di cui all'art. 487 c.p.c. prevede un rinvio applicativo ad altre norme, generali, regolatrici dei poteri del giudice istruttore nel processo di ordinaria cognizione, rispetto alle quali essa si atterrebbe a norma speciale³⁷¹.

Ebbene, l'ordinanza del giudice dell'esecuzione è soggetta tanto alla revoca (*ex art. 487, co. 1, c.p.c.*), quanto all'impugnazione (*ex art. 617 c.p.c.*); sul versante fallimentare, i provvedimenti esecutivi del giudice delegato sono anch'essi soggetti, come rilevato, tanto a revoca, quanto a impugnazione (mediante reclamo *ex art. 26*). Occorre indagare, allora, quale rapporto intercorra tra i due citati mezzi.

Parte della dottrina³⁷² assume che le ordinanze del giudice dell'esecuzione possano avere contenuto dichiarativo o costitutivo.

³⁶⁸ ORIANI R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 150-151.

³⁶⁹ CHIZZINI A., *op. loc. ult. cit.*

³⁷⁰ ORIANI R., *op. ult. cit.*, 139, secondo cui la dottrina allorché analizza la revocabilità delle ordinanze del giudice dell'esecuzione osserva che l'ampiezza della revoca si fonda sulla esigenza di non «irreggimentare il processo esecutivo entro paratie molto rigide che, privando il meccanismo di un adeguato coefficiente di elasticità, impedisca la necessaria opera di aggiustamento e autocorrezione».

³⁷¹ TRAVI A., *op. ult. cit.*, 30.

³⁷² BASILICO G., *op. ult. cit.*, 302 ss.

Quelle *dichiarative* (fra le altre, l'ordinanza *ex art.* 495, co. 3, c.p.c.) sarebbero tutte ineseguibili (art. 487, co. 1, c.p.c., ultima parte): esse, al più, sarebbero idonee ad essere attuate, perché – tutte - autoattuative (l'attuazione coinciderebbe con la stessa pronunzia, in via automatica)³⁷³.

Quelle *costitutive* andrebbero esaminate caso per caso, atteso che alcune di esse sarebbero eteroattuative.

Accedendo a tale impostazione, quindi, le ordinanze del giudice dell'esecuzione sarebbero quasi tutte ineseguibili; sicché la portata della norma recata dall'art. 487, co. 1, a ben vedere, si rivelerebbe di poco momento.

Per le ordinanze con funzione esclusivamente dichiarativa, quindi, non si porrebbe un problema di esecuzione, o, comunque, l'esecuzione sarebbe *in re ipsa*: pronunzia ed esecuzione coinciderebbero. Come tali, poiché ineseguibili, o al più autoattuative *uno actu* con la pronunzia, sarebbero escluse dall'ambito dell'art. 487, co. 1. Per esse, dunque, andrebbe esclusa la revocabilità, nonché, per le stesse ragioni, anche la modificabilità; ne andrebbe invece affermata la irrevocabilità e residuerebbe il solo mezzo dell'opposizione di rito *ex art.* 617 c.p.c.³⁷⁴

Quanto alla seconda tipologia di ordinanze del giudice dell'esecuzione, costitutive o non meramente dichiarative (il cui contenuto dispositivo si realizza mediante un'attività ulteriore e successiva rispetto alla pronunzia: vendita, assegnazione, etc.), esse ricadrebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 487, co. 1°: sicché sarebbero revocabili sino a che la realizzazione concreta del loro contenuto dispositivo non sia completata (ad es., fino a che non siano terminate le operazioni di vendita)³⁷⁵. E il limite segnato dalla legge troverebbe la

³⁷³ Così, BASILICO G., *op. ult. cit.*, 305.

³⁷⁴ BASILICO G., *op. ult. cit.*, 305 ss.

³⁷⁵ Tra di esse, è possibile annoverare anche l'ordinanza di distribuzione (pronunziata nel riparto giudiziale), quale "atto esecutivo" dell'espropriazione forzata revocabile o modificabile, *ex art.* 487, anche oltre il termine dei venti giorni per proporre opposizione di rito, finché la stessa non abbia avuto esecuzione, che nella specie va ravvisata nel momento di emissione del mandato di pagamento da parte del cancelliere. Poiché, come esposto nel § precedente, è plausibile reputare che, a seguito della riforma e del correttivo fallimentare, il decreto del giudice delegato di esecutività del piano di riparto abbia contenuto esecutivo, sembra altrettanto plausibile reputare che anche tale provvedimento

propria *ratio* nell'esigenza di assicurare *stabilità* al processo esecutivo: il che pare congruente con la struttura del processo esecutivo a compartimenti stagni, per fasi³⁷⁶. Il pregiudizio lamentato per effetto di tali ordinanze potrebbe essere fatto valere, poi, con l'opposizione di rito *ex art. 617 c.p.c.*

Secondo tale orientamento, quindi, come già anticipato, mentre nel processo di cognizione ordinaria la regola generale sarebbe la revocabilità delle ordinanze (salvo le eccezioni di irrevocabilità), nel processo esecutivo non sarebbe predicabile una revocabilità generale e di principio per le ordinanze, ma – e tale sarebbe la regola generale nel processo esecutivo - una revocabilità condizionata al mancato avveramento (o completamento) dell'esecuzione delle stesse³⁷⁷.

Un ulteriore profilo merita di essere segnalato. La revoca di cui all'art. 487, co. 1, ha carattere anche officioso, in alternativa alla istanza di parte: ciò emergerebbe non soltanto dal dato testuale, ma anche dal richiamo, seppure in senso lato, ai principi generali in tema di ordinanze istruttorie³⁷⁸. Tuttavia, il limite dell'avvenuta esecuzione si impone tanto all'iniziativa di parte, quanto a quella officiosa.

Con riguardo, poi, alle ragioni che possano offrire fondamento a una pronuncia di revoca, si considerino: l'inopportunità del provvedimento, originaria o sopravvenuta; una nuova valutazione dei fatti, anche nuovi, e pure degli elementi di diritto. L'aspetto più problematico, però, si annida sull'attivabilità o meno della revoca anche per vizi di legittimità del provvedimento, poiché in caso di risposta affermativa la revoca si porrebbe quale rimedio

sia revocabile o modificabile finché il medesimo non abbia avuto esecuzione: momento che, al pari di quanto accade in sede di espropriazione forzata, è verosimile possa essere individuato con la emissione del mandato di pagamento da parte del cancelliere.

³⁷⁶ Il processo esecutivo, quanto a struttura formale, si snoda attraverso una serie di fasi predeterminate dal legislatore, con natura attuativa e non accertativa. In ordine a tale fasi, poi, si discute se esse siano concatenate funzionalmente tra di loro o meno: in senso favorevole alla configurabilità di subprocedimenti autonomi, ciascuno dei quali si conclude con un provvedimento a propria volta autonomo, impugnabile *ex art. 617 c.p.c.*, v. Cass., S.U., 27.10.1995, n. 11178, in *Foro it.*, 1996, I, 3468; Cass., S.U., 3.7.1993, n. 7289, che esclude la propagazione delle nullità di un atto esecutivo da una fase all'altra, se non tempestivamente opposto *ex art. 617 c.p.c.* (che quindi agisce come contrappeso al mancato raggiungimento dello scopo dell'atto: ORIANI R., *op. ult. cit.*, 118).

³⁷⁷ BASILICO G., *op. ult. cit.*, 305 ss.

³⁷⁸ Tra gli altri, v. BASILICO G., *op. ult. cit.*, 310 ss.

che si andrebbe a sovrapporre a quello dell'opposizione di rito *ex art. 617 c.p.c.*³⁷⁹, determinando una concorrenza funzionale con l'eventuale impugnazione-opposizione di parte (e il discorso varrebbe anche con riguardo all'eventuale proposizione, in sede fallimentare, del reclamo *ex art. 26 l. fall.*); anche se, beninteso, siffatta equiparazione opererebbe soltanto sul piano degli effetti. La norma recata dall'art. 487, co. 1, a ben vedere, sembra non escludere tale eventualità³⁸⁰.

L'esame del rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi consente di approfondire la questione del concorso fra tale mezzo e quello della revoca. Il giudizio *ex art. 617 c.p.c.* è un processo di cognizione³⁸¹, teso a far valere, con riguardo agli atti esecutivi, di parte o del giudice dell'esecuzione, gli eventuali vizi generatori della invalidità (intesa in senso molto ampio) dei medesimi; siffatto giudizio è destinato a concludersi con una sentenza di rito espressamente non appellabile.

Il processo instaurato a norma degli artt. 617 ss. c.p.c., quindi, avrebbe natura cognitiva, di contenuto processuale e non già di merito (peraltro, di primo grado). Il giudice dell'esecuzione ne è giudice con poteri che non sono esecutivi; sicché pronunzia provvedimenti finali che non sono esecutivi, bensì cognitivi. Tale mezzo, quindi, si presta a essere utilizzato per contestare, tra gli altri, i singoli atti dell'esecuzione: il motivo dell'opposizione non è solo la difformità dell'atto dal suo modello, ma anche la violazione di norme processuali e sostanziali in cui sia incorso il giudice dell'esecuzione³⁸². Ogni invalidità, in definitiva, è deducibile *ex art. 617 c.p.c.*

³⁷⁹ In tal senso, seppure con sfumature diverse: ORIANI R., *op. ult. cit.*, 130 ss., il quale si esprime a favore dell'ampia possibilità di revoca dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione; TRAVI A., *op. ult. cit.*, 31.

³⁸⁰ Possibilità che sarebbe avallata anche sotto un ulteriore profilo, squisitamente pratico: non v'ha dubbio, infatti, che proporre un'istanza di revoca sarebbe soluzione assai più rapida e meno dispendiosa rispetto all'avvio di un giudizio d'impugnazione del provvedimento (opposizione *ex art. 617 c.p.c.* o, in ambito fallimentare, reclamo *ex art. 26 l. fall.*).

³⁸¹ ORIANI R., *op. ult. cit.*, 19; BASILICO G., *op. ult. cit.*, 312. In passato, per la risalente opinione in termini di reclamo: ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., 258. Per la tesi dell'opposizione di rito quale mero incidente, interno al processo esecutivo, v. FAZZALARI E., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1995, 122.

³⁸² ORIANI R., *op. loc. ult. cit.*; CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, 3° ed., Roma, 1942, 679 ss., 679 ss., secondo cui «l'esecuzione è regolare o irregolare, congrua od

La revoca delle ordinanze del giudice dell'esecuzione è possibile, dunque, fino alla "esecuzione" delle stesse; l'opposizione di rito *ex art. 617 c.p.c.* è proponibile, invece, entro il termine perentorio (di venti giorni) dal compimento del singolo atto esecutivo. Revoca e opposizione di rito, pertanto, hanno tempi diversi (al pari di come tempi diversi hanno la revoca e il reclamo *ex art. 26* in ambito fallimentare): si è affermato, quindi, che a seconda dei casi e indifferentemente, i due rimedi possono rivelarsi più o meno congrui per soddisfare l'interesse della parte³⁸³.

La regola generale che si evince dal sistema, circa la disciplina delle invalidità, secondo tale dottrina sarebbe dunque la seguente³⁸⁴: entro il termine dei venti giorni, il rimedio sarebbe l'opposizione di rito *ex art. 617*; decorso tale termine, qualora l'ordinanza non abbia ancora avuto esecuzione, si porrebbe il rimedio della revoca, ma soltanto per i vizi extraformali (inerenti, cioè, la violazione di norme non afferenti direttamente alla corrispondenza allo schema formale dell'ordinanza)³⁸⁵. Va da sé che la riproposizione di tale limite, anche per il giudice delegato, rispetto al potere di revoca dei propri provvedimenti esecutivi, è questione che non può essere adeguatamente sviscerata in questa sede.

Pur in assenza di una precisa disposizione, tale assunto si fonderebbe, in primo luogo, sul fatto che la revoca non è di per sé un mezzo per far valere le invalidità (anche se può fungere pure a quello scopo); in secondo luogo, sul fatto che se detta possibilità fosse generalizzata indiscriminatamente, si trasformerebbe, nell'ipotesi sopra prospettata, in una forma di rimessione in termini per colui che abbia lasciato decorrere inutilmente il termine

incongrua, secondo che si svolga con osservanza o con inosservanza delle *regole della legge o dell'esperienza*». L'A. distingueva tra opposizione proposta contro semplici atti di parte o d'ufficio, cui attribuiva carattere d'invalidazione, e quella proposta contro provvedimenti, con carattere d'impugnazione: l'una tendeva a escludere l'efficacia di un atto, l'altra a provocare il riesame delle questioni concernenti la regolarità o la congruità del provvedimento. Ebbene, l'opposizione era congegnata in modo da non distinguere tra i due tipi, dell'invalidazione e dell'impugnazione. In entrambi i casi vi era solo da giudicare intorno alla regolarità o alla congruenza di un atto per determinare l'ulteriore attività del giudice (o dell'ufficio). Quindi, opposizione come fase *incidentale* dell'esecuzione.

³⁸³ BASILICO G., *op. ult. cit.*, 319.

³⁸⁴ ID., *op. ult. cit.*, 319 ss.

³⁸⁵ Cass., n. 2848 del 1998; Cass., n. 3427 del 1997.

perentorio dei venti giorni, senza proporre l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*³⁸⁶ Ma tali conclusioni, come segnalato, meritano di essere ben ponderate prima di essere "importate" nella sfera fallimentare.

Per quanto concerne i vizi formali, poi, il mancato esperimento dell'opposizione *ex art. 617* produce sanatoria³⁸⁷; mentre per tutto ciò che esula dall'invalidità, la revocabilità è assoluta, entro i limiti dell'*art. 487, co. 1.*

Nel processo esecutivo, nelle sue fasi, il meccanismo di rilevazione delle nullità è dato dalla sola opposizione *ex art. 617 c.p.c.*³⁸⁸, quale strumento rimesso alla sola disponibilità delle parti; ne discende che si deve escludere una rilevabilità d'ufficio delle stesse a norma dell'*art. 157 c.p.c.* È invece consentita una revoca officiosa in senso ampio (per motivi in senso lato di opportunità o per fatti sopravvenuti), salvo le ipotesi d'invalidità la censura delle quali è riservata alle parti. La revoca sarà utilizzabile anche in via officiosa e anche per far valere vizi di legittimità, ma solo nella misura in cui questi ultimi siano in sé rilevabili d'ufficio³⁸⁹.

Sicché, secondo tale orientamento, non resterebbe che concepire la revoca alla stregua di un rimedio posto essenzialmente per violazione di norme extraformali, per lo più di ordine pubblico.

Il risultato finale sarà comunque la sopravvivenza degli effetti prodotti dall'atto esecutivo fino al momento della revoca.

Quanto alle ordinanze conclusive delle varie fasi del processo esecutivo (quella di assegnazione, di vendita) sono stati sollevati forti dubbi sulla loro revocabilità, almeno se officiosa, da escludersi anche se l'esecuzione non si perfeziona; la ragione si fonderebbe sul fatto che essendo la revoca comunque il riesercizio dello stesso potere da parte dello stesso giudice, in tutti questi casi si sarebbe verificato l'esaurimento di quel potere da parte del giudice dell'esecuzione e, chiusa quella fase, non esisterebbe più la sede processuale

³⁸⁶ BASILICO G., *op. ult. cit.*, 319 ss.

³⁸⁷ ORIANI R., *op. ult. cit.*, 118.

³⁸⁸ BASILICO G., *op. ult. cit.*, 320.

³⁸⁹ ORIANI R., *op. ult. cit.*, 138 ss.; BASILICO G., *op. loc. ult. cit.*; TRAVI A., *op. ult. cit.*, 31.

all'interno della quale esercitarlo³⁹⁰. La revocabilità delle ordinanze, subordinata alla sola esecuzione, destabilizzerebbe la chiusura del processo esecutivo. Resterebbe comunque aperta la via dell'opposizione *ex art. 617*.

La scelta operata dal legislatore di introdurre la contrapposizione tra revoca ed esecuzione dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione, allora, sarebbe dettata dalla precisa intenzione di accordare particolare tutela alla situazione processuale che si fosse consolidata a seguito dell'ordinanza, la quale è sempre attaccabile sotto il profilo dell'illegittimità con l'opposizione di rito *ex art. 617*, ma soltanto entro un limitato termine (di venti giorni), decorso il quale tale invalidità è definitivamente sanata. Esigenza, crediamo, e fermi ulteriori e necessari approfondimenti, possa essere avvertita e ragionevolmente condivisa anche nella fase di liquidazione dell'attivo fallimentare.

Inoltre, la dottrina reputa che la revoca non produca effetto retroattivo; i provvedimenti del giudice dell'esecuzione sulla revoca o modifica, poi, sono impugnabili *ex art. 617*³⁹¹.

L'accoglimento dell'opposizione di rito, invece, produce l'eliminazione degli effetti dell'ordinanza impugnata.

Quindi, e ci sembra sia plausibile reputare che il discorso valga anche per la sfera fallimentare, per l'interessato, la scelta fra il mezzo della revoca e quello dell'opposizione di rito *ex art. 617* (o del reclamo *ex art. 26*) non sarà dettata soltanto da ragioni cronologiche, ma anche dal tipo di vizio che questi intenda dedurre e dai risultati che si prefigga di conseguire: soltanto l'accoglimento dell'opposizione di rito (o del reclamo), come esposto, e non già la semplice revoca, avrebbe l'idoneità a eliminare gli effetti dell'atto esecutivo di cui ci si dolga³⁹².

³⁹⁰ BASILICO G., *op. ult. cit.*, 320 ss.

³⁹¹ Cass., 1943/98; Cass., 1787/98.

³⁹² ORIANI R., *op. ult. cit.*, 435 ss.; BASILICO G., *op. ult. cit.*, 322-323.

5.2. (segue) la ricorribilità per cassazione. - I provvedimenti esecutivi del giudice delegato, in quanto «primari», sono impugnabili con il reclamo di cui all'art. 26 l. fall. dinanzi al tribunale fallimentare; viceversa, essi non sono ricorribili per Cassazione, a norma dell'art. 111, co. 7, Cost., poiché difettano, evidentemente, tanto del contenuto decisorio, quanto del carattere della definitività.

Quanto ai provvedimenti, «secondari», emessi dal tribunale in esito al reclamo *ex art.* 26, i quali si pronunziano su di un atto esecutivo del giudice delegato, essi sono comunemente qualificati, come segnalato, *decisori-processuali*. Di essi, pertanto, si è affermata la ricorribilità *ex art.* 111, co. 7, Cost., postulandosi la medesima *ratio* sulla quale, nel processo di esecuzione individuale, si fonda l'ammissibilità di quella impugnazione straordinaria contro la sentenza che definisce il giudizio di opposizione agli esecutivi (resa a norma degli artt. 617 ss. c.p.c.)³⁹³. Quindi, «per la stessa ragione» e in forza di analogia - che in questo

³⁹³ Cass., 21.10.1993, n. 10421, in *Fall.*, 1994, 269; Cass., 1.4.1992, n. 3916, e Cass., 27.3.1992, n. 3792, *ivi*, 1992, 901; Cass., 26.9.1990, n. 9737, *ivi*, 1991, 275. Sin dagli anni '50, la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 617, pur espressamente qualificata non impugnabile, è stata reputata ricorribile *ex art.* 111 Cost., quale provvedimento decisorio e definitivo. Secondo alcuni (FAZZALARI E., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 126 ss.), la prassi avrebbe equivocato il contenuto della sentenza *de qua*, come se essa contenesse una statuizione su di un diritto, e ha fatto ricorso al mezzo di cui all'art. 111 Cost., così dilatando tale incidente. Sulla impugnabilità, *ex art.* 111 Cost., delle sentenze rese in esito al giudizio di opposizione *ex art.* 617 c.p.c., ANDRIOLI V., *Commento*, III, cit., 361 ss., rilevava come «questa inserzione automatica del precetto costituzionale nel plesso del codice di rito non è stata troppo favorevolmente apprezzata dalla dottrina», non considerando il contenuto d'incidente del processo di esecuzione, proprio della opposizione agli atti esecutivi, che rende la sentenza che lo definisce «assai simile ad un provvedimento ordinatorio». CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3° ed., Roma, 1942, 687 ss., precisava che la forma di sentenza non doveva far dimenticare che la natura del provvedimento che conclude l'opposizione di rito *ex art.* 617 è «puramente e prettamente esecutiva [...] e non giurisdizionale», sicché con essa si potrebbe anche, ad es., ordinare la vendita. D'altronde, anche la testuale inoppugnabilità della sentenza resa *ex art.* 617, dipenderebbe dalla natura del giudizio, legandosi (secondo MONTESANO L., ARIETA G., *Diritto processuale civile*, Torino, 1995, 118-119) all'intenzione del legislatore di limitare in un unico grado di giudizio l'esercizio di poteri cognitivi di controllo aventi a oggetto atti del processo esecutivo, idonei a produrre effetti solo all'interno di questo. Si è rilevato (MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2002, 161 ss.), al riguardo, che anche nel disegno del legislatore la non impugnabilità della sentenza *ex art.* 617 sarebbe stata concepita sulla scorta dell'assunto per cui alle forme della cognizione non corrispondesse una pronuncia su diritti. La consapevolezza, acquisita dall'esperienza successiva, che in realtà la pronuncia investe i diritti, sia pure indirettamente, insieme con il rilievo determinante che il provvedimento ha, per legge, la forma di sentenza, aprirono la via, non appena iniziò ad attribuirsi immediata efficacia

caso sarebbe dettata dal principio di cui all'art. 3 Cost. - con l'esecuzione regolata dal Libro III del Codice di rito³⁹⁴.

Inevitabili, al riguardo, i rilievi critici sollevati dalla dottrina³⁹⁵, per via della poca chiarezza del percorso ermeneutico in esito al quale il rimedio di cui all'art. 111 Cost. troverebbe applicazione al caso di specie; tale *iter*, si rileva, risulterebbe fondato soltanto sull'analogia del reclamo *ex art. 26* con l'opposizione *ex art. 617*. Inoltre, tale elemento di incertezza si porrebbe all'interno di un contesto più generale connotato da una sequenza di procedimenti nei quali l'oggetto della pronunzia e la materia del contendere denotano una peculiare (e obiettiva) propensione a mutare profili e caratteri.

5.3. (segue) la stabilità. – Il problema della stabilità dei provvedimenti esecutivi concerne, alla luce di quanto esposto sino ad ora, essenzialmente gli atti «primari», di contenuto strettamente esecutivo, pronunziati dal giudice delegato nella fase di liquidazione dell'attivo fallimentare e reclamabili a norma dell'art. 26: tra di essi, come rilevato, sembra oggi plausibile inserire anche il decreto di esecutività del piano di riparto, ossia il c.d. decreto di distribuzione.

Quanto ai provvedimenti «secondari» del tribunale, resi all'esito del reclamo *ex art. 26* proposto contro i provvedimenti esecutivi del giudice delegato, la discussa qualificazione dei medesimi in termini di provvedimenti decisori comporta, di per sé, la loro estraneità alla presente indagine; tuttavia, la stretta equipollenza da tempo segnata fra il reclamo *ex art. 26* e l'opposizione di rito *ex art. 617 c.p.c.* induce comunque a svolgere qualche rapida notazione.

Muovendo da una prospettiva generale, propria del diritto comune, segnaliamo come il tema della stabilità di un atto esecutivo solleciti, di primo acchito, il riferimento a una nota e controversa questione, con la quale pare chiamato inevitabilmente a misurarsi: segnatamente,

precettiva all'art. 111 Cost., a riconoscere l'impugnabilità, con questo mezzo, di tale sentenza. E da questo momento, l'istituto avrebbe subito una certa crisi d'identità (MANDRIOLI C., *op. loc. ult. cit.*).

³⁹⁴ FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisivo nel fallimento*, cit., 956 ss.

³⁹⁵ ID., *op. ult. cit.*, 957 ss.; CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 1276 ss.

si pone il problema di appurare se la cosa giudicata sia fenomeno proprio soltanto del processo di cognizione, oppure si estenda – contrariamente a quanto lascerebbero presumere le norme recate dagli artt. 324 cod. proc. civ. e 2909 cod. civ. - anche alle azioni puramente processuali, come quelle esecutive, non definite con sentenza.

Ci si chiede, insomma, se nelle azioni esecutive si tuteli il medesimo diritto sostanziale tutelato in sede di cognizione, oppure se il carattere puramente processuale di tali azioni e la loro autonomia comportino un'astrazione dal diritto sostanziale e, per ciò, un effetto diverso, di segno meramente processuale³⁹⁶.

Ebbene, con riguardo al problema della *stabilità dei risultati* della espropriazione forzata individuale – e in prospettiva prodromica all'esame della medesima questione in sede fallimentare - osserviamo che tale processo mette capo a due distinti *risultati sostanziali*: la vendita forzata, da un lato, e la distribuzione del ricavato, dall'altro.

A differenza del processo di cognizione (che contiene la espressa previsione del giudicato materiale), però, la legge tace in ordine alla stabilità di tali risultati: già autorevole dottrina³⁹⁷, al riguardo, rilevava la mancanza, per gli «effetti del processo esecutivo», di una formula analoga a quella del giudicato materiale, che denotasse tale efficacia.

In particolare, poi, il problema della stabilità dei risultati della distribuzione forzata rappresenta pacificamente «il nodo teorico più notevole e controverso della fase del processo espropriativo finalizzata alla distribuzione della somma ricavata», fase caratterizzata dal fine propriamente soddisfattivo³⁹⁸; naturale, quindi, che in ordine a tale problema della stabilità sia

³⁹⁶ Parte della dottrina (ORIANI R., *op. cit.*, 251 ss.) evidenzia che se all'interno dell'esecuzione individuale è possibile distinguere fra atti, ordini e ingiunzioni che operano sulle situazioni sostanziali, allora non vi dovrebbe essere dubbio in ordine alla strutturale inidoneità dei provvedimenti esecutivi a pregiudicare stabilmente situazioni soggettive sostanziali. Su posizioni contrarie, si attestano coloro i quali reputano tendenzialmente immutabili i risultati sostanziali dell'esecuzione forzata (fra gli altri, PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., 401, nt. 13). L'uno e l'altro orientamento, però, sembrano concordare sul fatto che tale stabilità sarebbe fenomeno ben diverso dal giudicato materiale, sebbene la seconda scuola di pensiero qualifichi la preclusione *pro iudicato* come fenomeno qualitativamente identico alla cosa giudicata.

³⁹⁷ CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, 3° ed., Roma, 1942, 84 ss.

³⁹⁸ In questi termini, VERDE G., CAPPONI B., *Profili del processo civile*, Napoli, 1998, 190 ss.

proliferata una pluralità di teorie, che sebbene variegata può essere raccolta in due fondamentali orientamenti.

Il primo, «cognitivo», che ravvisa nella distribuzione una fase del processo, la quale, pur funzionalmente coordinata all'esecuzione, partecipa della natura e della funzione del processo di ordinaria cognizione.

Il secondo orientamento, «esecutivo», al polo opposto rispetto al precedente, rileva il carattere formalmente e sostanzialmente «esecutivo» anche della fase che definisce il processo di espropriazione, quale attività meramente liquidatoria e astratta, del tutto svincolata dalle singole domande di soddisfazione: con la conseguenza di ammettere, una volta chiuso il processo di esecuzione, la ripetibilità da parte dell'esecutato.

In linea con la prima opinione, si è da tempo rilevato³⁹⁹ che l'effetto della distribuzione, la «restituzione forzata» secondo le parole di tale dottrina, al pari della cosa giudicata, si risolverebbe in un effetto di diritto materiale, in una modificazione della situazione giuridica esistente fra le parti, nel senso della soddisfazione della pretesa. Anche in tale contesto si pone il problema, analogo alla cosa giudicata, relativo alla stabilità della nuova situazione costituita con la «restituzione forzata».

L'opposizione, quindi, si porrebbe quale rimedio al processo di esecuzione, che tenderebbe a eliminare il pericolo della «restituzione forzata» ingiusta⁴⁰⁰. Ove tale rimedio dell'opposizione non sia esperito, o sia stato esperito invano, il processo esecutivo registra un altro effetto, la *immutabilità del suo risultato*: «ciò che in virtù del processo esecutivo una parte ha conseguito non le può comunque essere ritolto»⁴⁰¹.

E l'effetto della *immutabilità del suo risultato*, secondo questa dottrina, sarebbe strettamente analogo alla cosa giudicata formale e avrebbe, perciò, natura processuale: una volta eseguita la «restituzione forzata», nessun ufficio giudiziario, salvo che in sede di

³⁹⁹ CARNELUTTI F., *op. ult. cit.*, 84 ss.

⁴⁰⁰ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰¹ ID., *op. loc. ult. cit.*, secondo cui, sotto questo profilo, la «restituzione forzata» si distingue dall'adempimento: il secondo ammette la ripetizione dell'indebitto, *ex re* o *ex persona* (artt. 2033 e 2036 cod. civ.) con il solo limite della prescrizione. Quanto alla prima, invece, i limiti dell'opposizione del debitore e del terzo contro il processo esecutivo «sono molto più ristretti».

opposizione, potrebbe ulteriormente provvedere sulla lite composta mediante la «restituzione» medesima⁴⁰².

Secondo altra dottrina⁴⁰³, la cosa giudicata accede, come *stabilità degli effetti*, a tutti i comandi giurisdizionali, ossia a tutti i provvedimenti del giudice, anche non di accertamento (quindi, anche alla convalida di sfratto); e ciò, a partire dal momento in cui si siano completamente esauriti i poteri processuali delle parti e del giudice sull'azione proposta⁴⁰⁴.

Si ribadisce, quindi, l'intangibilità del risultato dell'esecuzione forzata (cioè, il pagamento forzoso); e si ribadisce, così, la incontestabilità dei pagamenti, affermando che il concetto di cosa giudicata non stride se utilizzato nel processo esecutivo per designare la consumazione-preclusione di tutti i poteri processuali della parte e la conseguente stabilità degli effetti finali⁴⁰⁵.

Secondo tale concezione, dunque, la stabilità degli effetti del processo esecutivo si collegherebbe non solo al conseguimento pratico del bene dovuto (ad es., pagamento coattivo), ma anche alla consumazione di tutte le opposizioni già proposte e pendenti. Tale dottrina, poi, riferiva la cosa giudicata sostanziale formatasi in esito all'esecuzione non più alla vendita forzata, ma all'atto finale di soddisfazione del credito (piano di riparto, nell'espropriazione forzata), escludendone la ripetibilità⁴⁰⁶.

⁴⁰² ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰³ FAZZALARI E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1304 ss., e ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1986, 107 ss.

⁴⁰⁴ In tal senso, già LIEBMAN E.T., *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931, 218 ss., il quale affermava la stabilità del risultato, «che non è più consentito di rimuovere», della esecuzione forzata in generale, mentre per la espropriazione forzata, mobiliare e immobiliare, sosteneva la stessa stabilità solo per la vendita forzata, escludendola invece per la distribuzione del ricavato, di cui ammetteva la ripetibilità a esecuzione compiuta (ID., *op. ult. cit.*, 224). L'illustre Autore (ID., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, 46 ss.), inoltre, definiva la cosa giudicata come «l'immutabilità del comando nascente da una sentenza», ed estendeva tale immutabilità ai comandi pronunciati dal giudice nel processo esecutivo, riferendosi alle sentenze di vendita dei beni del debitore e a quelle di assegnazione di un credito al creditore precedente.

⁴⁰⁵ FAZZALARI E., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 107 ss., 115 ss., 120.

⁴⁰⁶ ID., *Processo civile (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVI, 1987, 194, secondo cui anche gli effetti che la legge ricollega alle misure giurisdizionali esecutive (provvedimenti o attività mere) devono reputarsi coperti dall'autorità di cosa giudicata: nel senso che qualora l'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* o quella *ex art. 617 c.p.c.* non siano state esercitate o siano state respinte, quelle misure e i loro effetti non sono più soggetti a contestazione e ritrattazione (così non lo sono più gli effetti prodottisi

Al suindicato orientamento, quindi, alimentato dalle citate dottrine, si deve l'estensione dei tradizionali confini della cosa giudicata, sino a ricomprendervi, in una nuova visione sistematica, anche gli effetti dei processi esecutivi (a prima vista processuali e meramente preclusivi).

Al riguardo, però, altra dottrina⁴⁰⁷ s'interroga sul perché "in esecuzione" la stabilità (come prospettata dalla tesi precedente) e la incontestabilità del credito nei futuri processi, diversamente da quanto preveda l'art. 2909 cod. civ., copra soltanto l'accertamento positivo e non quello negativo, e soltanto per la parte del credito che abbia avuto, all'atto del riparto, concreta soddisfazione.

Coerenza vorrebbe, secondo tale opinione, che la cosa giudicata "in esecuzione", come avviene "in cognizione", riguardi non solo il risultato positivo, ma anche quello negativo.

Quindi, nell'espropriazione, la cosa giudicata dovrebbe estendersi non solo ai crediti ammessi, ma anche a quelli esclusi dal piano di riparto⁴⁰⁸.

Altri Autori, restii a dilatare i confini della cosa giudicata, hanno preferito far ricorso al concetto di "preclusione *pro iudicato*", che si proponeva di conciliare - proprio per spiegare gli effetti dei processi, tra gli altri, esecutivi - due istituti così profondamente diversi. Vale a dire, l'effetto preclusivo processuale della definizione di ogni azione, e quindi la irrevocabilità e inoppugnabilità del provvedimento finale; con l'ulteriore effetto, sostanziale, di irripetibilità di quanto conseguito in via di esecuzione, tipica dei processi esecutivi.

In particolare, l'Autore che ha coniato tale fortunata locuzione⁴⁰⁹ ha inteso operare, come noto, una sintesi linguistica tra le due formule della preclusione e della cosa giudicata; foggiando la «preclusione *pro iudicato*», ha inteso affrontare il problema della stabilità dei

fra il creditore esecutante e il debitore esecutato). Se per lungo tempo si è evitato d'impiegare per queste ultime il concetto di «cosa giudicata», ciò sarebbe dipeso dalla «non sufficiente depurazione di tale concetto»: il quale, invece, sarebbe uno dei capisaldi di tutti i processi giurisdizionali, atteso che essi, di regola, risultano contraddistinti anche e proprio dalla *definitività* dei propri *risultati*.

⁴⁰⁷ TOMEI G., *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 832 ss.

⁴⁰⁸ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰⁹ REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 71 ss.; ID., *op. ult. cit.*, III, 25 ss., 46, 198 ss.

risultati delle azioni esecutive e offrire una spiegazione della incontestabilità degli effetti sostanziali dei processi «che non implicino o non richiedano un accertamento», e cioè dei processi (per i fini che qui interessano) esecutivi.

I procedimenti di esecuzione forzata tenderebbero dunque al conseguimento di risultati di carattere materiale (come l'incasso di somme di denaro o il recupero di un possesso)⁴¹⁰. Ciò, a differenza del processo di cognizione ordinaria, dove l'oggetto e il risultato è un giudizio, un accertamento. Quindi, in un caso la tutela del risultato si sostanzierebbe nella tutela dell'effetto materiale, affinché non si venga chiamati a restituire quanto materialmente conseguito; nell'altro caso, la tutela del risultato si sostanzierebbe nella tutela dell'accertamento, ossia nella cosa giudicata materiale che lo rende incontrovertibile.

Pertanto, la tutela del risultato in un caso sarebbe la incontrovertibilità (dell'accertamento, del giudizio), nell'altro sarebbe la irripetibilità (di quanto conseguito sul piano materiale).

La formula della preclusione *pro iudicato*, inoltre, è stata recepita da altri Autori.

Secondo parte della dottrina⁴¹¹, che l'ha condivisa in pieno, la preclusione *pro iudicato* fissa sempre la regola sostanziale di un rapporto, tratta dal rapporto causale o fondamentale, senza però mai incidere, come invece la cosa giudicata, sulle originarie fonti sostanziali anche per ogni effetto diverso da quello prodotto.

Altri Autori⁴¹² reputano che la esecuzione forzata metta capo a *risultati sostanziali* (distribuzione del ricavato, consegna, rilascio, etc.) *stabili*, ossia non suscettibili di essere rimessi in discussione dall'esecutato tramite autonome azioni di ripetizione d'indebito *ex art. 2033 ss. cod. civ.*, salvo alcuni limitati casi⁴¹³.

⁴¹⁰ REDENTI E., VELLANI M., *Diritto processuale civile*, I, 5° ed., Milano, 2000, 122 ss.

⁴¹¹ MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 219 ss., nt. 30.

⁴¹² PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., 400 ss., nt. 13.

⁴¹³ Tra i quali, l'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione, per motivi di rito e/o merito, successivamente alla distribuzione del ricavato; nonché l'avvio e il compimento dell'esecuzione forzata tramite sentenza – o altro provvedimento giudiziale – provvisoriamente esecutiva, che sia poi riformata o cassata nell'ulteriore corso del giudizio.

Secondo tale dottrina, il fenomeno di siffatta stabilità condivide la medesima identità qualitativa del fenomeno del giudicato sostanziale: questione marginale, quindi, sarebbe chiedersi se i due fenomeni siano «la stessa cosa» (con la conseguente estensione all'intero rapporto di cui è parte o su cui si fonda il credito soddisfatto in via di esecuzione forzata) o invece (secondo l'avviso dell'Autore) se questa stabilità sia inquadrabile nella nozione quantitativamente più ristretta di preclusione *pro iudicato* o di stabilità degli effetti esecutivi.

Sicché, tale Autore conclude per il rilievo che, a livello positivo, nella “esecuzione forzata individuale” *i risultati sostanziali* devono essere considerati come *tendenzialmente immutabili*, e ciò sulla base della presenza nel nostro ordinamento: a) di strumenti, geneticamente interni al processo esecutivo, idonei ad accertare (se del caso tramite la tecnica della non contestazione) in modo immutabile l'esistenza del diritto del creditore istante al pagamento del credito (o alla consegna o rilascio del bene, etc.) nonché del diritto dei creditori intervenuti nella espropriazione forzata a partecipare alla distribuzione del ricavato; b) di strumenti idonei a escludere che eventuali illegittimità della procedura esecutiva si riflettano (non solo sulla validità delle vendite forzate, ma anche) sulla validità (e quindi sulla stabilità) dei provvedimenti di distribuzione del ricavato: importanza centrale a tale scopo assumono meccanismi di controllo come quelli della opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.* (la quale assolve, in sede di esecuzione forzata, funzione del tutto simile a quella assolta dall'art. 161, co. 1°, c.p.c. in sede di cognizione)⁴¹⁴.

⁴¹⁴ PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., 441, il quale, inoltre, rileva che l'esigenza di assicurare la stabilità dei risultati sostanziali del fallimento (e quindi anche dei riparti dell'attivo) esclude la praticabilità in questa materia della soluzione offerta dai provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi, provvedimenti che per definizione non assicurano alcuna stabilità. Rispetto a tale soluzione l'Autore aderisce alle ipotesi prospettate in dottrina di impugnare i provvedimenti decisori su diritti del giudice delegato con rimedi oppositori introduttivi di processi a cognizione piena con attitudine al giudicato formale e sostanziale. Tale soluzione invero non ha raccolto il *favor* auspicato dalla dottrina, e le opposizioni esecutive ai decreti del giudice delegato sono state incanalate da tempo nel reclamo *ex art. 26*: soluzione che oggi, alla luce della ritenuta cognizione piena (e speciale) del procedimento, esce indubbiamente rafforzata. L'Autore, poi, segnala (ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, 2° ed., Napoli, 1996, 809 ss.) che a differenza di quanto accade nel fallimento, nel processo di espropriazione forzata manca una fase destinata all'accertamento necessario dell'esistenza dei crediti. Centrale, a tale riguardo, è l'art. 512 c.p.c., il quale prevede l'opposizione in sede di distribuzione, quale unica forma soltanto *eventuale* di

D'altronde, la immutabilità propria del giudicato materiale si fonda sul giudicato formale, che a sua volta si fonda sul principio espresso dall'art. 161, co. 1, c.p.c.⁴¹⁵

Il processo esecutivo, dal canto proprio, conosce meccanismi idonei a svolgere la funzione dell'art. 161, co. 1, c.p.c. e del giudicato formale (quale suo corollario): diverse ricerche, infatti, hanno dimostrato che il mezzo dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. assolve, nel processo esecutivo, alla funzione che l'art. 161, co. 1, c.p.c. e il giudicato formale assolvono, nel processo ordinario, con riguardo agli *errores in procedendo*. Analoga funzione, nella fase di liquidazione dell'attivo fallimentare, è oramai pacificamente attribuita al reclamo di cui all'art. 26 l. fall., per via dell'affermata equipollenza di tale mezzo con l'opposizione di rito.

accertamento del credito dei creditori intervenuti, ove sorgano controversie sull'esistenza o sull'ammontare di tali crediti, ovvero in ordine all'esistenza di diritti di prelazione. Se la controversia non sorge, e quindi in caso di non contestazione, i creditori possono partecipare alla distribuzione indipendentemente dall'accertamento del loro credito. Si pone, dunque, un problema delicato in ordine alla stabilità della distribuzione del ricavato: se vi è distribuzione del ricavato - senza che sorga un accertamento dei crediti *ex art. 512* - con chiusura del processo esecutivo, si contendono il campo tre teorie, nel completo silenzio del legislatore. La prima: il debitore (con l'unico limite del termine di prescrizione) potrebbe agire in qualunque momento, dopo la chiusura del processo esecutivo, per la ripetizione dell'indebito verso i creditori che hanno incassato in fase di distribuzione. La seconda: la mancata contestazione darebbe luogo a un accertamento giurisdizionale a tutti gli effetti sull'*an* e sul *quantum* dei crediti, che potrebbe servire, chiuso il processo esecutivo, al creditore solo parzialmente soddisfatto di agire per il resto. La terza (cui presta adesione l'Autore): la distribuzione - senza previa contestazione e senza accertamento *ex art. 512* - darebbe luogo alla stabilità della distribuzione stessa, ma non darebbe luogo a un accertamento dei crediti a tutti gli effetti. Al debitore sarebbe definitivamente preclusa la via della ripetizione dell'indebito, ma potrebbe invece contestare, chiuso quel processo esecutivo, l'*an* e il *quantum* dei crediti, al fine di paralizzare le richieste di adempimento della parte dei crediti rimasta insoddisfatta. Ove invece vi sia un accertamento giurisdizionale (formatosi *ex art. 512* o coperto dal giudicato preesistente all'esecuzione) e poi la distribuzione, non sorgerebbe problema alcuno: sino alla recente riforma del 2005 che ha interessato il processo esecutivo (di cui al d.l. n. 35 del 2005, conv. con modif. nella legge n. 80 del 2005), si prevedeva un processo di cognizione secondo le forme del Libro II del Codice di rito, quindi un processo di cognizione ordinaria, con sentenze idonee al giudicato materiale. Dunque, per il credito coperto da giudicato vi era la irripetibilità da parte del debitore e la stabilità della distribuzione era garantita a tutti gli effetti. Quindi, qualunque contestazione di merito doveva essere esperita a norma dell'art. 512, se di rito invece a norma dell'art. 617: in difetto di entrambe, si formava la stabilità, a ogni effetto, della distribuzione. Errori di merito e di rito diventavano irrilevanti e il sistema garantiva quindi la stabilità. Dopo la citata riforma del 2005, si discute, come già segnalato *retro*, sull'efficacia dell'ordinanza resa *ex art. 512*, con la quale si provvede in prima istanza, e su quella della sentenza, *ex art. 617*, con la quale si provvede in seconda istanza.

⁴¹⁵ PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 824 ss.

L'opposizione di rito *ex art. 617*, come noto, da rimedio per impugnare i vizi formali dei singoli atti esecutivi, ha subito nel tempo una profonda evoluzione attraverso l'opera lenta ma costante della giurisprudenza⁴¹⁶: la quale evoluzione si è registrata nel novero dei soggetti legittimati a impugnare *ex art. 617* (non solo il debitore, ma anche i creditori, gli altri interessati che possono subire effetti sfavorevoli dai singoli atti) e nel novero dei vizi denunciabili (esteso, da quelli solo formali ai vizi extraformali, alle valutazioni di opportunità del giudice dell'esecuzione, a tutti gli *errores in procedendo* che possono comunque viziare il procedimento)⁴¹⁷.

L'opposizione di rito *ex art. 617*, pertanto, al pari del reclamo *ex art. 26* in sede fallimentare, è funzionale a depurare il processo espropriativo da possibili vizi che possono incrinare la stabilità dei relativi risultati sostanziali⁴¹⁸.

La sentenza di accoglimento dell'opposizione, come già evidenziato, annulla l'atto impugnato e si ripercuote *ex tunc* su tutti gli atti dipendenti, riparto compreso: «tutto – dall'atto dichiarato nullo o annullato in poi – è da rifare»⁴¹⁹.

Il mezzo di cui all'art. 617, quindi, ha assunto la funzione di rimedio residuale, utilizzabile ogni qual volta risultino non esperibili altri rimedi (quelli recati dagli artt. 615, 619 o 512 c.p.c.); ma la sua funzione principale, che condivide con il reclamo *ex art. 26*, è assicurare l'operatività, anche nel processo espropriativo, del principio espresso dall'art. 161,

⁴¹⁶ LO CASCIO G., *Composizione del collegio e partecipazione del giudice delegato*, in *Fall.*, 1999, 2, 145 ss., secondo cui tanto l'espropriazione forzata individuale, quanto quella fallimentare, seppur prevedano diversi modelli procedurali d'impugnazione, mirano ad assicurare la medesima garanzia costituzionale ai creditori.

⁴¹⁷ Secondo FAZZALARI E., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 126 ss., il giudizio *ex art. 617*, seppur di tipo cognitivo, non era qualificabile come un vero e proprio processo di cognizione; non aveva a oggetto una situazione sostanziale, infatti, ma un atto del processo. In più, si concludeva con una sentenza di rito, anziché di merito. VERDE G., CAPPONI B., *Profili del processo civile*, cit., 223 ss. - a detta dei quali il principio informatore della materia dell'esecuzione sarebbe quello della tendenziale stabilizzazione degli atti del processo esecutivo - considerano l'opposizione *ex art. 617* come una forma di «reclamo», avverso l'operato del giudice dell'esecuzione o di una delle parti del processo esecutivo. Dalla mera regolarità formale si è da subito esteso il novero dei vizi deducibili alla inopportunità e alla incongruenza degli atti esecutivi. Quindi rimedio di chiusura del processo esecutivo.

⁴¹⁸ PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 824 ss.

⁴¹⁹ FAZZALARI E., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 126 ss.

co. 1, c.p.c., al fine di garantire la stabilità dei risultati sostanziali della espropriazione forzata⁴²⁰.

Nel processo esecutivo, rileva taluno⁴²¹, ciò che viene colpito da preclusione è l'atto finale che conclude i relativi processi, senza fissazione di regole o costituzione di rapporti: la irripetibilità dei risultati, provocata dalla preclusione *pro iudicato*, non sembrerebbe poter prescindere dall'accertamento del rapporto causale anche nelle azioni esecutive, e condurrebbe quindi, secondo tale lettura, a una inevitabile equiparazione di effetti tra preclusione *pro iudicato* e cosa giudicata.

Tale dottrina⁴²², quindi, sostiene che nelle azioni esecutive la irripetibilità dei risultati coincida con incontestabilità dei diritti, con la cosa giudicata; sicché contesta il ricorso al concetto di preclusione *pro iudicato*, poiché ciò determinerebbe un ingiustificato

⁴²⁰ In giurisprudenza, da ultimo, v. Trib. Modena, Sez. lavoro, 28.06.2007, secondo cui il provvedimento che chiude il procedimento esecutivo è privo di contenuto decisorio e, pertanto, è privo di efficacia di giudicato; tuttavia, tale provvedimento è caratterizzato da una definitività incompatibile con qualsiasi sua revocabilità. Quindi, i motivi di nullità della procedura esecutiva debbono essere fatti valere, con gli strumenti giuridici previsti dalla legge, nel giudizio di espropriazione forzata, restando preclusa, dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata, l'esperibilità di un'autonoma azione delle parti interessate mediante separato giudizio. Resta quindi preclusa l'azione di ripetizione di indebito contro il creditore procedente per ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso, sul presupposto della illegittimità per motivi sostanziali dell'esecuzione forzata. La legge, quindi, pur non attribuendo efficacia di giudicato al provvedimento conclusivo del procedimento esecutivo, tuttavia sancisce la irrevocabilità dei relativi provvedimenti una volta che essi abbiano avuto esecuzione (art. 487 c.p.c.), sicché la proposizione dell'azione di ripetizione dopo la conclusione dell'esecuzione e la scadenza dei termini per le relative opposizioni sarebbe in contrasto con i principi ispiratori del sistema e con le regole specifiche sui modi e sui termini delle opposizioni esecutive. La definitività dei risultati dell'esecuzione, d'altra parte, è insita nella chiusura di un procedimento svoltosi con il rispetto delle forme idonee a salvaguardare gli interessi contrapposti delle parti, nel quadro di un sistema di garanzie di legalità per la soluzione di eventuali contrasti (artt. 485, 615, e 512 c.p.c.), ed è basata sul concetto di preclusione, più ampio di quello di giudicato. Pertanto, l'accertamento della illegittimità dell'esecuzione non è possibile al di fuori delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, oppure del giudizio di impugnazione o riesame del provvedimento giurisdizionale provvisoriamente esecutivo posto a base dell'esecuzione stessa.

⁴²¹ TOMEI G., *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, cit., 833 ss.

⁴²² ID., *op. ult. cit.*, 834.

impoverimento del livello della cosa giudicata in queste azioni, considerandola in tali casi limitata, priva di alcuni suoi fondamentali caratteri quali la efficacia riflessa⁴²³.

Le azioni esecutive, secondo questa dottrina, sarebbero azioni tipicamente processuali e autonome, che deriverebbero non dalla contestazione, dalla controversia (in questi limiti già risolta) sul rapporto sostanziale dedotto, ma dalla mera legittimazione formale del titolo esecutivo: e l'autonomia (formale o sostanziale) dell'azione esecutiva sarebbe oramai un punto fermo in dottrina⁴²⁴. Vi sarebbero, però, delle eccezioni.

Tra queste, vi era chi⁴²⁵ revocava in dubbio la correlazione biunivoca necessaria tra giurisdizione e giudicato. L'Autore esponeva una qualificazione del *risultato* della procedura di esecuzione forzata, non già alla stregua di cosa giudicata in senso proprio, quanto piuttosto di *stabilità degli effetti*. La quale avrebbe assolto alla funzione di evitare che i diritti realizzati e soddisfatti in sede di esecuzione forzata potessero essere - una volta esaurita l'esecuzione e quindi di là dei rimedi all'uopo previsti dalla legge in quella sede (opposizione all'esecuzione) - oggetto di un autonomo giudizio per la ripetizione dell'indebito (esponendo quel risultato ad attacco e alla eventualità di essere incondizionatamente rimesso in discussione).

⁴²³ Autorevole e risalente dottrina - ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 13 ss. - in linea con il professato carattere dichiarativo dell'attività giurisdizionale, muoveva dall'assunto per cui gli atti esecutivi (al pari di quelli di giurisdizione volontaria) non fossero giurisdizionali in senso tecnico - come tali inidonei al giudicato - quanto piuttosto «d'indole in senso largo amministrativa». L'A. rilevava che un conto era dire che il risultato cui metteva capo l'esecuzione non potesse essere poi ridiscusso, qualora non fossero più esperibili i rimedi della opposizione esecutiva; altro era dire che quel risultato, in caso di divergenza tra tale assetto e lo stato reale dei diritti sostanziali, conservasse stabilità anche nell'ipotesi del giudizio di ripetizione. Tale regola della stabilità, è ovvio, si sarebbe posta come derogatoria, in un solo particolare caso, rispetto all'efficacia generale del principio della ripetizione dell'indebito e su ciò sarebbe stata da motivare; avrebbe inoltre presupposto l'applicazione, al risultato del processo esecutivo, di una regola testualmente dettata per il risultato del solo processo di cognizione. Inoltre, si sarebbe dovuta spiegare la differenza tra stabilità di effetto dell'esecuzione e giudicato: differenza che l'A. dava - provocatoriamente - per esistente, atteso che la legge attribuiva testualmente efficacia di giudicato alle sole sentenze e non agli esecutivi. Sicché, secondo l'A., lo stato reale dei diritti sostanziali non poteva venir meno se non per effetto di un giudicato che lo disconoscesse.

⁴²⁴ ALLORIO E., COLESANTI V., *Esecuzione forzata (dir. proc. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, 733 ss.; TOMEI G., *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, cit., 851.

⁴²⁵ MINOLI E., *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano, 1950, 113 ss. *Contra*, si veda la ferma contestazione da parte di ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, cit., 13 ss.

Secondo questa dottrina⁴²⁶, l'esigenza di certezza e di stabilità permea, dunque, anche la fase esecutiva, anche se si atteggia in modo peculiare, correlata alla peculiarità della sede e della funzione, che è di soddisfazione materiale del diritto e non di accertamento incontrovertibile. Essa realizzerebbe un risultato pratico simile al giudicato, tanto è vero che si continua a parlare di preclusione *pro iudicato*. Questa stabilità degli effetti e immutabilità del risultato della esecuzione, deve esprimersi, per essere tale, come garanzia sotto il consueto duplice profilo della irrevocabilità (da parte del giudice che ha emesso l'atto esecutivo) e della inoppugnabilità (ad opera delle parti).

Inoltre, v'era chi⁴²⁷, avendo indicato come finalità dell'azione forzata «la soddisfazione di diritti di credito realmente esistenti», negava in conseguenza l'autonomia dell'azione esecutiva.

Si è rilevato⁴²⁸, allora, come la dottrina dominante, pur partendo dalla processualità e autonomia dell'azione esecutiva, sia giunta, se non apertamente alla cosa giudicata (perché

⁴²⁶ MINOLI E., *op. loc. ult. cit. Contra*, si veda la ferma contestazione da parte di ALLORIO E., *op. loc. ult. cit.*

⁴²⁷ ANDRIOLI V., *Commento*, cit., III, 3 ss., 4.

⁴²⁸ TOMEI G., *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, cit., 854 ss., secondo cui gli effetti sarebbero identici tra cosa giudicata e preclusione *pro iudicato*, e resterebbe aperto il problema se in esecuzione possa aversi accertamento e incontestabilità del credito. La tesi dell'A. muove dal rilievo che questa irripetibilità, quale improponibilità di future azioni di ripetizione *ex art. 2033 c.c.*, sulla quale la preclusione *pro iudicato* vorrebbe differenziarsi, per gli effetti, dalla cosa giudicata, non sarebbe altro che una formula diversa per indicare che in esecuzione forzata non si produce soltanto un effetto processuale di mera preclusione, ma che anche il rapporto sostanziale (causale o fondamentale), al quale inerisce l'obbligazione eseguita, viene definitivamente accertato e non può più essere rimesso in discussione. Se il rapporto fondamentale non fosse anch'esso coinvolto e accertato, l'azione di ripetizione sarebbe infatti sempre proponibile, e potrebbe essere sempre dimostrato che il bene attribuito al creditore non è dovuto (art. 2033 c.c.), per inesistenza originaria o sopravvenuta del rapporto causale. La stessa improponibilità di future azioni di ripetizione contro il risultato pratico conseguito dalla esecuzione forzata lascia chiaramente intendere che il concetto di preclusione *pro iudicato*, per l'A., non riesce a trovare una propria autonoma collocazione tra preclusione e cosa giudicata, in quanto la via intermedia che propone non esclude effetti di accertamento direttamente incidenti sul rapporto causale e operanti nei futuri processi: con due sostanziali differenze, che non si possono in alcun modo giustificare alla luce dei principi generali della domanda e della cosa giudicata, e cioè che nella preclusione *pro iudicato* l'accertamento non riguarda *tutto* il credito dedotto con la pretesa esecutiva, ma solo la parte di esso in conclusione attribuita al creditore e che rileva soltanto se è positivo, non vincolando i creditori per la parte dei loro crediti per cui non hanno avuto soddisfazione. Sarebbe quindi risultato anomalo quello per cui tale

incompatibile come effetto sostanziale con quelle premesse), alla preclusione *pro iudicato*, come istituto composito che associa in sé l'effetto processuale della irrevocabilità e inoppugnabilità nel procedimento in corso, a quello sostanziale della irripetibilità nei processi futuri, del bene esecutivamente conseguito.

Secondo tale dottrina⁴²⁹, in definitiva, per accreditare la cosa giudicata o anche la preclusione *pro iudicato* all'esito dell'azione esecutiva, sarebbe necessario coinvolgere il rapporto sostanziale (causale o fondamentale) attraverso una formale domanda, nel contraddittorio e nel giudizio; diversamente, dall'esercizio di azioni puramente processuali potrebbe derivare l'unico effetto finale della preclusione dei poteri processuali d'impugnazione, cioè la irrevocabilità e inoppugnabilità dell'atto conclusivo, senza che possa espandersi ulteriormente e venire a incidere in modo incontestabile sulla realtà sostanziale del rapporto controverso.

Altra dottrina⁴³⁰ reputa che il processo esecutivo si concluda con atti privi della incontrovertibilità del giudicato.

In quanto irrevocabili, tuttavia, chiusa l'esecuzione essi godono di un minimo di definitività, che copre i vizi del procedimento non fatti valere a suo tempo con le opposizioni.

Secondo l'Autore⁴³¹, l'assetto giuridico che consegue all'esecuzione può essere contestato sotto il profilo sostanziale come esigono i principi della ripetizione dell'indebito.

Il che confermerebbe, alla luce di tale concezione, che il giudicato può formarsi solo in sede di cognizione⁴³².

accertamento peculiare non coinvolgerebbe l'intero rapporto dedotto con l'azione esecutiva e vincolerebbe nei soli limiti del risultato positivo praticamente conseguito da ciascun creditore. Per l'A., quindi, per addivenire, senza contrasti, alla soluzione della cosa giudicata o della preclusione *pro iudicato* bisognerebbe rivedere tutto il concetto e il fondamento delle azioni esecutive, rimettendo in discussione la loro pura processualità e autonomia, immedesimando titolo e diritto e in sostanza convertendole in azioni causali: il rapporto sostanziale (causale o fondamentale) dovrebbe essere dedotto in giudizio con domanda, avallato dal titolo esecutivo, accedendo alla concezione unitaria di altra dottrina (SATTA S., *Giurisdizione*, in *Enc. del dir.*, XIX, Milano, 1969, 220 ss.) nella quale non vi è spazio per la distinzione tra diritto e azione.

⁴²⁹ TOMEI G., *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, cit., 860.

⁴³⁰ MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2002, 36 ss.

⁴³¹ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴³² ID., *op. loc. ult. cit.*

Si osserva che attribuire all'avvenuta esecuzione una portata preclusiva rispetto all'azione di arricchimento significherebbe attribuire all'opposizione *ex art. 615* il carattere della necessarietà, che le è invece estraneo. D'altra parte, è certo che le nullità del processo esecutivo non possono essere fatte valere ad esecuzione conclusa, per la loro irrilevanza rispetto alla stabilità dell'avvenuto spostamento patrimoniale, come confermato dall'*art. 2929 c.c.*, salvo il caso della sentenza riformata a esecuzione conclusa (*artt. 336, co. 2, e 389 c.p.c.*).

Altri Autori⁴³³, poi, reputano che la tutela prevista dall'*art. 2033 cod. civ.* non è data dall'esigenza di chi esegue un esborso *tout court*, ma da quella di tutelare chi esegue un esborso *fuori* dal processo⁴³⁴ e che, sotto il profilo strettamente processuale, l'assenza di una norma che legittimi il debitore, che nulla abbia eccepito (nel corso dell'intero processo esecutivo e quindi anche) in sede di distribuzione, a ripetere quanto il creditore abbia conseguito è un dato positivo costituente non già una lacuna di legge, ma la positiva disciplina del processo di esecuzione, che entro certi limiti assicura stabilità ai risultati che il creditore consegue.

Tale posizione è stata confermata dalla Suprema Corte, la quale ha reputato, sulla questione della ripetibilità da parte del debitore di quanto ingiustamente versato in sede distributiva, di escluderla per varie ragioni: perché la definitività è coesistente alla chiusura di un procedimento svolto nel rispetto delle forme imposte dalla legge a garanzia di tutti coloro che ne hanno preso parte (*artt. 485, 615 e 512 c.p.c.*); perché sarebbe contraddittorio riaprire un fronte di contestazione ove il debitore non si sia avvalso dell'opposizione *ex art. 615* e i creditori non abbiano sollevato contestazioni *ex art. 512*; perché una contestazione successiva ove utilmente esercitata, sottrarrebbe le somme recuperate dal debitore al concorso (e proprio perché i pagamenti avvengono secondo le regole del concorso, si ritiene che nei giudizi *ex art. 512* vi sia litisconsorzio di tutti i creditori fra loro e il debitore; conclusione che

⁴³³ VERDE G., CAPPONI B., *Profili del processo civile*, cit., 190 ss.

⁴³⁴ ID., *op. loc. ult. cit.*, arg. *ex art. 494 c.p.c.*, secondo cui il debitore che per evitare il pignoramento versa nelle mani dell'ufficiale giudiziario la somma per cui si procede e l'importo delle spese, con l'incarico di consegnarli al curatore, ha facoltà, all'atto del versamento, di formulare *riserva di ripetere la somma versata*.

non sarebbe giustificata se ogni posizione creditoria potesse avere un trattamento differenziato)⁴³⁵.

In conclusione, gli Autori reputano che il riparto, quando giunga a termine, sarà ormai irrevocabile e inoppugnabile agli effetti del procedimento in corso, in quanto assistito da una preclusione *pro iudicato*; ma la sua efficacia non si può estendere al di fuori di questo ambito⁴³⁶.

Il debitore ha infatti avuto facoltà di proporre tutte le sue contestazioni, ma non si può desumere che abbia taciuto quando avrebbe potuto e dovuto parlare anche ad effetti dei quali per il momento non era questione, e sui quali non si può reputare che fosse provocato a interloquire.

Gli effetti sostanziali del riparto quindi rimangono fermi, da qui l'impossibilità di riaprire la questione mediante un'azione con finalità restitutorie, anche se l'accertamento in base al quale si è provveduto alla distribuzione è in sé inidoneo a spiegare efficacia al di fuori del processo esecutivo.

La stabilità della distribuzione forzata non risponde dunque a una logica astratta, ma ha una funzione di salvaguardia della concreta realizzazione della *par condicio creditorum*; non a caso, parte della dottrina ha giustamente osservato che in una prospettiva *de iure condendo* la distribuzione dovrebbe poter essere contestata non con autonome e scoordinate iniziative, ma soltanto con un'azione di riapertura del riparto concluso, con conseguente formazione di uno nuovo, più rispettoso dei diritti effettivi dei creditori in concorso⁴³⁷.

E in effetti, stante la opinabilità della materia in sede espropriazione forzata, un intervento del legislatore – che faccia chiarezza in ordine alla stabilità del riparto concluso e alla possibilità di una sua riapertura, nel contraddittorio di tutti gli interessati, solo a determinate condizioni di tipo sostanzialmente revocatorio (a es., per elementi non conosciuti o non conoscibili nel corso del processo esecutivo) - non potrebbe che essere salutato con favore.

⁴³⁵ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴³⁶ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴³⁷ ID., *op. loc. ult. cit.*

Passando quindi all'ambito fallimentare - e in ragione dei temi sin qui sviluppati e dei principi ricavati per l'omologa fase dell'espropriazione forzata - sembra possibile fermare le seguenti conclusioni, quanto alla *distribuzione del ricavato* e alla sua stabilità.

Innanzitutto, all'esito della verifica di cui al Capo V della l. fall., ogni accertamento (sui diritti e) sui crediti spiega un'efficacia che l'art. 96, u.c., l. fall. circoscrive ai soli fini del concorso.

I pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto sono testualmente irripetibili, a norma dell'art. 114 l. fall., salvo il caso dell'accoglimento di domande di revocazione, unica deroga effettiva al principio di stabilità dei riparti⁴³⁸.

Di fronte alla portata esclusivamente endofallimentare dell'art. 96, u.c., la norma recata dall'art. 114 codifica il principio di immutabilità dei riparti e delle relative attribuzioni patrimoniali, accordando quindi stabilità alla (sola) distribuzione del ricavato⁴³⁹.

E in sede fallimentare, in tanto è possibile prevedere espressamente (con l'art. 114 l. fall.) la irripetibilità delle somme riscosse, in quanto il sistema pone preventivamente a disposizione degli interessati un rimedio quale il reclamo *ex art. 26 l. fall.*, di applicazione generale, attraverso cui dedurre i vizi della fase di liquidazione dell'attivo.

L'ultimo stadio dell'assimilazione tra i due mezzi dell'opposizione *ex art. 617* e il reclamo *ex art. 26*, si ravvisa nell'orientamento della Suprema Corte⁴⁴⁰, che importa in ambito fallimentare la ricostruzione del processo esecutivo in termini di struttura complessa articolata in sub-procedimenti autonomi, con preclusioni di fase che impediscono la propagazione delle nullità *ex art. 159 c.p.c.*: il reclamo *ex art. 26*, in tale contesto, si atteggia alla stregua di luogo privilegiato di trattazione e composizione delle nullità esecutive.

Il reclamo *ex art. 26*, quindi, riveste importanza centrale, poiché agisce come strumento di controllo idoneo a escludere che eventuali illegittimità della procedura esecutiva

⁴³⁸ CASILLI A., Sub *art. 114*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 1605 ss.

⁴³⁹ ROLFI F., *Ancora sull'effetto di "giudicato endofallimentare" del decreto di esecutività dello stato passivo*, cit., 158 ss.; CASILLI A., Sub *art. 114*, cit., 1606.

⁴⁴⁰ Cass., 25.8.2004, n. 16856.

si riflettano (non solo sulla validità delle vendite forzate, ma anche) sulla validità, e quindi sulla stabilità, dei provvedimenti di distribuzione del ricavato.

Le contestazioni sul piano di riparto e quelle sulle illegittimità del sub-procedimento di distribuzione del ricavato, sono assicurate dall'utilizzo dei reclami *ex art. 36* (contro il progetto di riparto del curatore) ed *ex art. 26* (contro il decreto di esecutività del piano di riparto).

Le invalidità della fase di liquidazione dell'attivo fallimentare, antecedente alla distribuzione del ricavato, sono irrilevanti, in base all'art. 2929, seconda parte, cod. civ., norma applicabile anche al fallimento (secondo la quale con riguardo alla «nullità del processo esecutivo» e alla «nullità degli atti esecutivi che hanno preceduto la vendita o l'assegnazione», la legge stabilisce che «gli altri creditori [diversi dal creditore precedente eventualmente colluso con l'acquirente o con l'aggiudicatario] non sono in nessun caso tenuti a restituire quanto hanno ricevuto per effetto dell'esecuzione»)⁴⁴¹.

Tale norma, dettata dall'esigenza di garantire, nel miglior modo possibile, la stabilità della vendita e dell'assegnazione forzata, avrebbe anche la funzione, indiretta, di stabilire un principio generale di preclusione delle nullità, mirando ad assicurare la stabilità dei risultati della distribuzione⁴⁴². I creditori concorrenti, quindi, anche in caso di collusione tra acquirente o assegnatario e creditore precedente non dovranno restituire quanto ricevuto per effetto dell'esecuzione.

Se si presta adesione, allora, alla concezione della formazione progressiva di un effetto di stabilità degli atti del processo esecutivo, che si manifesta in primo luogo nell'art. 617 c.p.c., in sede di espropriazione forzata, e nell'art. 26, in sede in liquidazione dell'attivo, e che ha il suo momento terminale nell'art. 2929 cod. civ.⁴⁴³, si dovrebbe concludere che i destinatari effettivi di tale complessivo effetto sono coloro i quali, in assenza di diversa

⁴⁴¹ VERDE G., CAPPONI B., *Profili del processo civile*, cit., 155-159.

⁴⁴² ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴³ Per cui (secondo ID., *op. loc. ult. cit.*) la esigenza del legislatore era quella di predisporre un meccanismo di rapida sanatoria delle invalidità degli atti, con il fine di isolare l'atto d'acquisto del terzo rendendolo insensibile alla regolarità causale della serie di atti che hanno preceduto la vendita o l'assegnazione.

disciplina, risentirebbero delle conseguenze dannose di un atto affetto da vizi, a loro non imputabili.

La norma recata dall'art. 2929 cod. civ., però, è riferita ai soli vizi formali del procedimento che ha portato alla vendita o all'assegnazione; mentre la controversia in ordine alla "giustizia" della soddisfazione, esula dall'ambito di applicazione di tale norma. Il riferimento, quasi accidentale, che la norma opera verso i creditori, serve solo a tutelare la loro posizione, nel momento in cui la tutela dell'acquisto del terzo viene fatta saltare dall'elemento della collusione⁴⁴⁴.

In definitiva, dall'esame del dato positivo recato dalla legge fallimentare, emerge che le uniche ipotesi nelle quali la distribuzione del ricavato verrebbe meno, sarebbero quelle dell'accoglimento di domande di revocazione, a norma dell'art. 114 l. fall.⁴⁴⁵

Il che ci consente di affermare, quanto alla sede fallimentare, che la distribuzione – pur con il previo accertamento dei crediti eseguito nelle forme del Capo V della l. fall. – è resa stabile dalla testuale previsione della irripetibilità delle somme riscosse (art. 114 l. fall.), pur senza un accertamento dei crediti stessi che sia tale a tutti gli effetti, in quanto espressamente limitato agli effetti del concorso (art. 96, u.c., l. fall.)⁴⁴⁶.

Sicché, anche in sede fallimentare, al fallito tornato *in bonis* è definitivamente preclusa la via della ripetizione, giusta la citata previsione dell'art. 114 l. fall., per quanto concerne le somme già riscosse dai creditori; tuttavia, chiusa la procedura concorsuale, le domande di adempimento concernenti la parte dei crediti rimasta insoddisfatta sarebbero da accertare, nei reciproci rapporti tra creditori ed *ex* fallito, tanto nell'*an* che nel *quantum*.

La previsione contenuta nell'art. 114, dunque, lascia inalterato il problema di tutte le ulteriori attività, diverse dalla distribuzione, che trovano svolgimento nella fase di

⁴⁴⁴ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴⁵ CASILLI A., *Sub art. 114*, cit., 1605 ss.

⁴⁴⁶ Secondo MANNA F., *Il reclamo fallimentare e il suo giudicato*, cit., 525 ss., il reclamo *ex* art. 26 metterebbe capo a un giudicato sostanziale ed esterno, che tuttavia si formerebbe a fini esecutivi, quindi qualificato come c.d. *giudicato esecutivo*, perché destinato a produrre i propri effetti essenzialmente all'interno del medesimo processo di esecuzione in cui è sorta la questione oggetto di reclamo. Il che non sarebbe contraddittorio, secondo l'A., con l'affermata natura esterna, atteso che le pronunce non si limiterebbero a colpire l'atto invalido, ma deciderebbero una situazione sostanziale.

liquidazione dell'attivo fallimentare e restano fuori dalla tutela della stabilità, atteso che la legge accorda la garanzia dell'immutabilità dei risultati alla sola distribuzione forzata e nulla più.

6. I provvedimenti cautelari. – La natura dei provvedimenti in esame, precisamente riconducibile a quella regolata agli artt. 669 *bis* ss. cod. proc. civ., consente di attingere, per ogni singolo aspetto della disciplina e per risolvere problemi teorici o applicativi, alle suindicate norme sul procedimento cautelare uniforme; sicché, a differenza delle categorie di provvedimenti passate in rassegna sino ad ora, le criticità che in questa sede si pongono all'interprete si rivelano di certo più lievi rispetto alle precedenti, anche in ragione della obiettiva esiguità di ipotesi astrattamente configurabili⁴⁴⁷.

La riforma fallimentare ha espressamente previsto - all'art. 15, co. 8, l. fall., nel testo varato nel 2006 e confermato dal "d. correttivo" del 2007 - che nel corso del processo per la dichiarazione di fallimento, il giudice possa adottare, su istanza di parte, misure cautelari o conservative del patrimonio o dell'impresa, con efficacia limitata alla durata di tale processo⁴⁴⁸.

Tali provvedimenti, di contenuto pacificamente cautelare, sono quindi pronunziati dal tribunale "non fallimentare", prima e comunque indipendentemente dalla successiva, soltanto eventuale dichiarazione di fallimento; non solo, la loro efficacia cessa proprio con la dichiarazione di fallimento, atteso che la misura cautelare, se del caso disposta con tali provvedimenti, viene sostituita, senza soluzione di continuità, dal diverso vincolo dello spossessamento.

⁴⁴⁷ Sulla disciplina uniforme dei provvedimenti cautelari v., per tutti, RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, cit.

⁴⁴⁸ SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, cit., 989 ss., il quale si mostra dubbioso in ordine alla possibilità che la pronunzia di tali provvedimenti possa essere delegata dal tribunale in composizione collegiale al giudice singolo.

Per tali ragioni, l'esame di tali provvedimenti esula dalla presente indagine, se non fosse che ci si interroga, in dottrina, su quale rimedio sia più adatto alla loro impugnazione, nel silenzio della legge.

Si contendono il campo il reclamo cautelare di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. e il reclamo di cui all'art. 26 l. fall.

Ebbene, la portata generale riconosciuta all'art. 26 - che regola il reclamo contro ogni provvedimento del giudice delegato e del tribunale fallimentare, a prescindere dalla loro natura - ha indotto a reputare che il reclamo contro l'ordinanza cautelare o conservativa a tutela del patrimonio o dell'impresa vada proposto nelle forme dell'art. 26 e non in quelle dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.⁴⁴⁹, sebbene si siano registrate opinioni contrarie⁴⁵⁰, e quindi allo stato la questione può essere considerata obiettivamente controversa.

Tra i provvedimenti fallimentari di contenuto cautelare erano abitualmente collocati quelli di sequestro conservativo, disposti a carico di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società fallita a norma dell'art. 146, co. 3°, l. fall., emessi dal giudice delegato a tutela del credito risarcitorio vantato dal fallimento attraverso l'esercizio delle azioni di responsabilità⁴⁵¹. Si discuteva, quindi, se tale provvedimento fosse reclamabile *ex art. 26* o se invece dovesse essere "convalidato" secondo le norme del Codice di rito. Ad ogni modo, a seguito della riforma fallimentare e del nuovo ruolo, terzo e imparziale, conferito al giudice delegato, siffatta previsione recata al comma 3°, che molti asserivano già implicitamente abrogata, è stata definitivamente espunta dalla legge fallimentare.

Inoltre, vi rientravano anche i sequestri conservativi previsti dall'art. 151, ult. co., l. fall. verso i soci di cooperativa fallita⁴⁵²; anche tale previsione è stata abrogata dalla riforma.

⁴⁴⁹ In tal senso, SCARSELLI G., *Procedimento prefallimentare e procedimenti in camera di consiglio*, in *Foro it.*, 2006, V-8, 181; SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, cit., 989 ss., sul rilievo che la valenza generale dell'art. 26 renderebbe tale norma quale *lex specialis* rispetto al reclamo cautelare.

⁴⁵⁰ SANTANGELI F. (a cura di), *Il nuovo fallimento*, cit., 79.

⁴⁵¹ PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, in CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000, 16 ss.

⁴⁵² ID., *op. loc. ult. cit.*

Ancora, cautelare è considerato il provvedimento del giudice delegato pronunciato ai sensi dell'art. 25, 1° co., n. 2), l. fall., vale a dire il c.d. decreto di acquisizione, volto ad acquisire beni non inventariati al fallimento, fermo il limite della non contestazione di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione stessa⁴⁵³. Si è orientati a reputare che tale decreto sia impugnabile mediante reclamo *ex art. 26*, anziché con reclamo cautelare, con ciò facendo leva sul fatto che si tratta di un decreto del giudice delegato, piuttosto che sul diverso aspetto del contenuto cautelare del medesimo.

Contenuto cautelare è attribuito anche al provvedimento di sospensione della vendita, reso a norma dell'art. 108, co. 1, l. fall. e a quello di sospensione della vendita, concesso su istanza formulata con la domanda, tempestiva o tardiva, di ammissione al passivo *ex art. 93 ss. l. fall.* dal terzo titolare di diritti reali o personali, immobiliari o mobiliari.

7. Provvedimenti inesistenti o "abnormi" - Sotto il vigore della legge del '42 e nell'ambito della citata teoria delle "ipotesi tipiche", si parlava di "ipotesi atipiche" con riguardo ai provvedimenti che incidevano su diritti soggettivi, ma in modo non definitivo o potenzialmente immutabile, quindi senza attitudine al giudicato.

Erano i casi in cui il giudice delegato o il tribunale, pur privi del potere di decidere su diritti, tuttavia pronunciavano un provvedimento che incideva su di essi. In tali casi, il provvedimento, emesso in carenza del potere di emanarlo, si riteneva non definitivo perché "inesistente" o "abnorme".

Tali provvedimenti erano quindi *ab origine* inidonei a incidere su diritti soggettivi, poiché radicalmente viziati o inesistenti, quindi non suscettibili di formazione del giudicato, né di qualunque efficacia a esso assimilabile, né sanabili per il sopravvenire del giudicato formale.

Essi, tuttavia, ponevano il problema di come dovessero essere rimossi.

⁴⁵³ SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 401 ss.

Dunque, contro di essi, parte della dottrina aveva ipotizzato quale unico rimedio adeguato quello tipico dei vizi di nullità, ossia l'azione ordinaria di cognizione volta alla declaratoria di nullità del provvedimento⁴⁵⁴.

Sicché, eventuali irregolarità compiute dagli organi giudiziari del fallimento potevano essere accertate, in via principale o incidentale, con un ordinario giudizio di cognizione, deducendo il profilo della abnormità della pronuncia; quindi, in sede di un'autonoma azione di accertamento svincolata da termini e forme della procedura fallimentare⁴⁵⁵.

Si discuteva sulla qualificazione come gravame, sia pure in senso generico, dell'*actio nullitatis*, ma soprattutto sulla sua compatibilità con la struttura del sistema e sull'ammissibilità di tale azione nell'ambito del fallimento, del sindacato del giudice ordinario, per giunta senza limiti di tempo, con la conseguenza di accordare ai provvedimenti dichiarati dalla legge non soggetti a gravame – ossia quelle resi dal tribunale - una tutela giurisdizionale di gran lunga più efficace di quella prevista per le pronunce che invece per legge erano reclamabili⁴⁵⁶.

Anche se l'azione di nullità non appariva del tutto coerente con la unitarietà e la speditezza della procedura di fallimento, non per questo le si è potuta negare la sua funzione di correttivo generale contro le illegittimità dei provvedimenti giurisdizionali, anche fallimentari. Si trattava di circoscrivere il rimedio in esame a quei provvedimenti che, pur

⁴⁵⁴ Tra gli altri, FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato*, cit., 84 ss., suggeriva l'esperimento dell'azione di nullità, quale autonomo processo di cognizione volto a far dichiarare l'inefficacia del provvedimento impugnato, per le "ipotesi atipiche", ossia quei provvedimenti variamente definiti come abnormi, inesistenti o affetti da nullità assoluta. Anche per la giurisprudenza di legittimità la nullità assoluta, o inesistenza, configurava vizi accertabili *sine die* e anche al di fuori della procedura fallimentare, con l'*actio nullitatis*: tra le altre, Cass., n. 1340 del 1995; Cass., n. 2 del 1995; Cass., n. 1984 del 1985; Cass., n. 2258 del 1984.

⁴⁵⁵ CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 425 ss., rilevava come il giudicato materiale di un provvedimento suscettibile di azione di nullità fosse soltanto apparente, poiché il giudice davanti al quale fosse postulata l'autorità di tale provvedimento avrebbe potuto sempre sindacarne la invalidità (per *errores in procedendo* e *in iudicando*) e quindi disapplicarlo.

⁴⁵⁶ BONGIORNO G., *I provvedimenti del tribunale fallimentare*, cit., 335 ss.

emanati nel corso di un'attività processuale, si discostassero sensibilmente dal modello tipico di pronuncia giurisdizionale previsto dalla legge, in ragione della loro abnormità⁴⁵⁷.

In tali casi, invero, l'accertamento del giudice si sarebbe limitato alla verifica dei vizi formali che davano luogo alla nullità, rimanendo escluso ogni sindacato di merito dell'atto stesso.

Inoltre, anche la Suprema Corte rilevava come difettasse il presupposto per il ricorso *ex art. 111 Cost.*, proprio per la inidoneità del provvedimento all'efficacia di possibile giudicato, per la inidoneità della decisione, emessa in assoluta carenza di potere, a essere vincolante, se non impugnata, in ogni altro successivo giudizio sul medesimo oggetto⁴⁵⁸.

Tale ultima posizione era condivisa dalla dottrina, la quale evidenziava come i provvedimenti "abnormi", poiché estranei alla tipologia degli atti processuali, sfuggissero alla regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame; pertanto, esulavano dal campo di applicazione del ricorso *ex art. 111 Cost.*, giacché la inesistenza giuridica avrebbe potuto essere fatta valere, in qualsiasi momento, in sede di ordinaria cognizione⁴⁵⁹.

Tra i provvedimenti nel tempo reputati abnormi, vi era il provvedimento cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, la cui pronunzia, sebbene teoricamente preclusa al giudice delegato e al tribunale, si riscontrava di tanto in tanto nella prassi⁴⁶⁰.

Vi era, poi, il c.d. decreto di acquisizione del giudice delegato, nel caso in cui il terzo inciso nei propri diritti rivendicasse un diritto incompatibile con l'acquisizione del bene: il terzo inciso dal decreto aveva facoltà di avvalersi del reclamo *ex art. 26*, oppure del

⁴⁵⁷ MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, cit., 107 ss., per il quale l'abnormità o consiste in una generica mancanza di potere o si risolve direttamente in una violazione delle regole formali dell'atto.

⁴⁵⁸ Ancorché, in passato, la giurisprudenza si fosse orientata in favore della soluzione dettata dal ricorso di cui all'art. 111 Cost.: tra le altre, Cass., n. 3517 del 1975. Tale soluzione, peraltro, è stata di recente riaffermata in alcune pronunzie: Cass., 11.03.2005, n. 5379, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass., ord., 14.02.2008, n. 3691.

⁴⁵⁹ PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 18 ss.

⁴⁶⁰ RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., 430 ss.

concorrente mezzo dell'*actio nullitatis*⁴⁶¹. Il decreto di acquisizione, se emesso nonostante la contestazione del terzo, era pacificamente reputato abnorme e giuridicamente inesistente, quindi inidoneo al giudicato sostanziale⁴⁶².

Il decreto emesso in esito al reclamo *ex art. 26*, ove avesse confermato, erroneamente, il decreto di acquisizione reclamato, si sarebbe sostituito a esso e sarebbe stato rimovibile, a propria volta, con l'azione di nullità oppure, quale mezzo astrattamente concorrente, con la revoca (d'ufficio o su impulso di parte) pronunciata dal medesimo giudice del reclamo⁴⁶³.

Alla luce della riforma, si discute se ancora oggi il rimedio generale dell'azione di nullità contro i provvedimenti abnormi o inesistenti, perché resi in completa carenza di potere, si confermi alla stregua di quello più adeguato⁴⁶⁴ – se del caso, in concorso con il reclamo *ex art. 26* e con la revoca da parte dello stesso organo giudiziario autore del provvedimento abnorme – o se invece il rinnovato ambito oggettivo del reclamo *ex art. 26*, di amplissima latitudine, ben consenta di far confluire anche questa tipologia di censure nella sede del reclamo⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, I, cit., 305; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 157 ss., che ne sottolinea anche il profilo della inefficacia. In giurisprudenza, Cass., 20 novembre 1996, n. 10153; più di recente, tra quella di merito, Trib. di Torre Annunziata, decreto 17 aprile 2002, in *ilFallimento.it*.

⁴⁶² Trib. di Torre Annunziata, decreto 17 aprile 2002, cit. In dottrina, in tal senso, TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 146-148. Per il decreto di acquisizione del giudice delegato avente a oggetto documenti bancari del fallito, ove le resistenze della Banca non fossero qualificabili come "contestazioni di terzi": DE VIRGILIIS G.C., *Il fascino discreto del decreto di acquisizione*, in *Dir. Fall.*, 2003, 3, 408, nota a Cass., 19 ottobre 1999, n. 11733 e App. Roma, 20 maggio 2002.

⁴⁶³ RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶⁴ FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 508; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 198, quantomeno per i casi nei quali sia decorso il termine per reclamare *ex art. 26*.

⁴⁶⁵ Così, RECCHIONI S., *Sub art. 23*, in CAVALLINI C. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 464; ID., *Sub art. 26*, cit., 608 ss. L'A., inoltre, fa leva anche sulla possibilità che dinanzi a un provvedimento abnorme, impugnato *ex art. 26*, il giudice del reclamo emetta un provvedimento «meramente revocatorio (dell'atto che si assume illegittimo) ma sostitutivo del contenuto di quanto decretato in prime cure». V. anche MANNA F., *Il reclamo fallimentare e il suo giudicato*, cit., 525 ss.

CAPITOLO TERZO

SOMMARIO: **1. Profili generali (rinvio) - 2. Ambito di applicazione del reclamo - 3. Natura impugnatoria del reclamo e organo giudicante - 4. Le parti del reclamo: legittimazione attiva e passiva - 5. Termine per reclamare e sospensione feriale - 6. Avvio del procedimento. Contenuto dell'atto introduttivo - 7. La costituzione del resistente. Il reclamo incidentale - 8. L'intervento degli interessati - 9. La fase di trattazione e istruzione - 10. La fase di decisione - 11. Correzione dei provvedimenti.**

1. Profili generali (rinvio). - La riforma dell'art. 26 l. fall., come più volte segnalato, ha presentato all'interprete un modello di reclamo conforme ai principi cardine del "giusto processo", con ciò riscrivendone la disciplina all'insegna del rispetto del contraddittorio fra le parti, dell'esercizio effettivo del diritto di difesa e del diritto alla prova⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ Si rinvia a quanto ampiamente già esposto, *sub* Cap. I, § 3 e 4, e soprattutto *sub* Cap. II, § 1 e 2. Per un'ampia e analitica disamina della questione e, più in generale, sul novellato art. 26, v. RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 598 ss. Peraltro, la letteratura formatasi sul reclamo regolato dall'art. 26 risulta già copiosa: FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 494 ss.; FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 16 ss.; TRISORIO LIUZZI G., PAGNI I., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 392 ss.; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 200 ss.; GIORGETTI M., CLEMENTE F. (a cura di), *La legge fallimentare commentata*, Milano, 2007; APICE U., MANCINELLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008; NARDO G.N., *Commento all'art. 26*, in SANTANGELI F. (a cura di), *Il nuovo fallimento*, cit., 141 ss.; BONFATTI S., CENSONI, *Manuale di Diritto fallimentare*, 2° ed., Padova, 2007; ID., *Disposizioni correttive - Appendice al Manuale di Diritto fallimentare*, Padova, 2008; CAIAFA A., *Le nuove regole delle procedure concorsuali: la legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2007; CECHELLA C., *Il Diritto Fallimentare Riformato*, cit.; VITALONE V., CHIMENTI S., RIEDI R., *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008; GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, cit.; MANTOVANI F., *Commento all'art. 26*, cit., 214 ss.; ID., *Sub art. 26, Disposizioni integrative e correttive*, cit., 96 ss.; RIGHETTI E., *Gli organi della procedura*, cit., 89 ss.; ID., *Il giudice delegato*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Appendice di aggiornamento a Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2008, 21; SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, in DIDONE A. (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 371 ss.; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit.; TISCINI R., *Sub art. 26*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 350 ss.; ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006.

La dottrina ha puntualmente rilevato che il legislatore ha inteso introdurre uno schema di reclamo che si propone di regolare la maggior parte dei conflitti che possono sorgere all'interno della procedura⁴⁶⁷, disciplinandone con precisione gli snodi endoprocedimentali.

Sebbene il legislatore della riforma abbia foggato per la sede fallimentare, oltre al reclamo regolato dall'art. 26, altri modelli procedimentali, la dottrina dominante ne afferma la centralità, anche sulla base delle indicazioni espresse in tal senso dalla medesima legge fallimentare⁴⁶⁸.

L'esame del procedimento e delle relative criticità impone di considerare, da un lato, che il legislatore ha dichiarato espressamente, in sede di Relazione illustrativa, di aver tratto ispirazione dal *rito laburistico*; dall'altro, che al contempo il medesimo legislatore ha qualificato più volte detto reclamo alla stregua di procedimento *camerale*. Ebbene, la dichiarata commistione tra forme camerale e forme laburistiche – queste ultime proprie di un processo a cognizione piena, ancorché speciale - induce a reputare di confrontarsi con un nuovo procedimento, caratterizzato da una cognizione del giudice non sommaria.

Tale assunto, poi, è stato avvalorato dal “d. correttivo”, che, tra gli altri, ha sostituito, in seno alla fase di trattazione e istruzione del reclamo, l'assunzione «anche d'ufficio» delle «informazioni ritenute necessarie», con l'assunzione «anche d'ufficio» dei «mezzi di prova»⁴⁶⁹.

Si tratta, dunque, in linea con la dottrina prevalente, di un procedimento peculiare, a cognizione non sommaria ma piena, anche se non ordinaria quanto piuttosto speciale (una cognizione piena ma speciale, tra gli altri, caratterizza il rito laburistico e quello locatizio)⁴⁷⁰.

Come si dirà nel prosieguo, l'orientamento dominante reputa di ascrivere il reclamo *ex art. 26* al novero di vero e proprio *mezzo d'impugnazione*⁴⁷¹, richiamando autorevoli opinioni

⁴⁶⁷ V., per tutti, RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 602.

⁴⁶⁸ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶⁹ ID., *op. ult. cit.*, 604-605.

⁴⁷⁰ ID., *op. ult. cit.*, 605. Sul concetto di cognizione sommaria, ID., *Il processo cautelare uniforme*, cit., Cap. II.

⁴⁷¹ Quanto al concetto di impugnazione, SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1967, 344 ss., avverte che tale termine «è la qualificazione generica dei molteplici rimedi che sono dati contro atti giuridici: impugnare infatti non significa altro, latinamente, che contrastare, attaccare, e

già formatesi sotto il vigore della disciplina *ante* riforma, essendo tale mezzo finalizzato al controllo di un organo giurisdizionale superiore in ordine all'operato dell'organo sottordinato⁴⁷².

Sicché, con riguardo alle relative lacune di disciplina che prima o poi emergeranno, si ipotizza possa farsi ricorso, tra le altre, alle norme dettate dal Codice di rito per le impugnazioni in generale, compendiate negli artt. 323-338 ss. c.p.c.⁴⁷³

2. Ambito di applicazione del reclamo. - L'art. 26 l. fall. esprime una norma di carattere processuale⁴⁷⁴.

In particolare, la norma recata al 1° co. dell'art. 26 scolpisce l'oggetto del reclamo⁴⁷⁵: i decreti del giudice delegato, dinanzi al tribunale, e quelli del tribunale, dinanzi alla corte d'appello, «salvo che sia diversamente disposto»⁴⁷⁶.

quindi l'impugnazione non ha in sé e per sé alcuna tipicità». Sicché, prosegue l'A., le distinzioni della dottrina tra impugnazione e altre forme specifiche di rimedio indicate dalla legge (reclamo, ricorso, ecc.) non vanno condivise. Inoltre, v. ID., *Impugnazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 698; CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit. Per l'accostamento, su di un piano generale, del reclamo (contro le ordinanze e i provvedimenti camerali) alle impugnazioni della sentenza, v. GIANNOZZI G., *Il reclamo nel processo civile*, Milano, 1968, 80.

⁴⁷² SATTÀ S., *Diritto fallimentare*, cit., 120. Dopo la riforma del 2006, FERRI C., *op. ult. cit.*, 506 ss. A seguito di quella del 2007, RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 605; FABIANI M., *op. ult. cit.*, 16 ss.; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 405-406; MANTOVANI F., *Commento all'art. 26, Disposizioni integrative e correttive*, cit., 96 ss.

⁴⁷³ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 605.

⁴⁷⁴ SATTÀ S., *Diritto processuale civile*, cit., 213 ss., delineando i caratteri della "norma processuale", rileva che essa, come definita nell'art. 1 cod. proc. civ., regola l'esercizio della giurisdizione civile attraverso il processo. Sulla norma processuale e sulla sua interpretazione, v. ROCCO AL., *L'interpretazione della legge processuale*, in *Archivio giur.*, 1906.

⁴⁷⁵ FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 16 ss., osserva che appare doverosa una preliminare precisazione in ordine alla locuzione scelta dal legislatore: ove si prevede che il reclamo possa essere proposto davanti «al tribunale o alla Corte d'Appello» non si vuol dire che il reclamante può scegliere tra l'uno e l'altro organo giurisdizionale, ma assai più semplicemente che ci si rivolge all'uno o all'altro a seconda di quale sia il provvedimento impugnato.

⁴⁷⁶ FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 502 ss., rileva come l'attuale formulazione, a differenza di quanto previsto in precedenti elaborazioni, anziché estendere l'applicazione della norma di cui all'art. 26 a tutti i provvedimenti del giudice delegato e del tribunale (indipendentemente dalla loro forma),

Quindi, un sistema di tutela endofallimentare il cui accesso è in linea generale consentito contro i decreti giudice delegato e quelli «primari» del tribunale, salvo la legge non abbia previsto altri e diversi rimedi idonei a soddisfare la medesima esigenza⁴⁷⁷.

Pertanto, la disciplina recata dall'art. 26 opera in tutti i casi in cui il legislatore non abbia previsto diversi rimedi o impugnazioni; e opera, altresì, tradizionalmente, sebbene in concorso con l'azione di nullità e con il mezzo della revoca, con riguardo ai provvedimenti inesistenti o abnormi, in quanto viziati da assoluta carenza di potere del giudice che li ha pronunciati⁴⁷⁸.

Quanto alla clausola di riserva contenuta nell'art. 26, 1° co., si reputa che essa debba essere invocata anche per l'ipotesi della reclamabilità dei decreti del giudice delegato assunti sul reclamo proposto avverso atti del curatore o del comitato dei creditori⁴⁷⁹. Tali decreti del giudice delegato sono reclamabili davanti al tribunale, ma tuttavia con un diverso strumento,

stabilisce invece espressamente che il reclamo abbia a oggetto soltanto i *decreti*. L'A., al riguardo, evidenzia come fosse preferibile la formulazione originaria, che prevedeva il procedimento di reclamo contro ogni provvedimento, quale fosse la forma prevista dalla legge e indipendentemente dalla natura dei suoi effetti, cioè se decisori o meramente ordinatori. RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 607 ss., al riguardo, rileva puntualmente che, in realtà, la delimitazione della reclamabilità ai soli provvedimenti aventi veste formale di decreto, deriva dal fatto che – giusta previsione di cui al combinato disposto della norma con quelle degli artt. 23 e 25 l. fall – il decreto si rivela quale provvedimento “tipo” della procedura fallimentare. Tuttavia, rileva l'A., è chiaro che, in assenza di disposizione contraria, allorché la forma del provvedimento del giudice delegato o del tribunale sia diversa dal decreto (il caso dell'ordinanza, oppure quello in cui la legge taccia sulla forma), e in difetto di previsione di uno specifico mezzo d'impugnazione, non potrebbe certo escludersi il ricorso al reclamo *ex art. 26*, anche in forza della regola generale processualciviltistica dell'equivalenza formale (secondo la quale occorre accordare rilievo alla sostanza del provvedimento e non già alla mera forma). TISCINI R., Sub *art. 26*, cit., 350 ss.

⁴⁷⁷ FERRI C., Sub *art. 26*, cit., 502 ss.; TISCINI R., Sub *art. 26*, cit., 354.

⁴⁷⁸ V. *retro*, sub Cap. II, § 7. RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 608 ss.; FERRI C., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷⁹ Talora richiamata per escludere il reclamo contro le decisioni in tema di stato passivo: MANTOVANI F., *Commento all'art. 26, Disposizioni integrative e correttive*, cit., 217; TISCINI R., Sub *art. 26*, cit., 354. FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 17 ss., osserva che non tutti i provvedimenti relativi allo stato passivo sembrano porsi all'esterno del rimedio del reclamo; secondo l'art. 113 *bis* l. fall., in tema di scioglimento del provvedimento di ammissione al passivo con riserva, ad esempio, il provvedimento è dato con decreto e, in assenza di altri rimedi, sembra plausibile reputare che possa essere opposto con il reclamo (sotto quest'ultimo profilo, v. MANTOVANI F., *op. ult. cit.*, 218; conforme, TISCINI R., Sub *art. 26*, cit., 354).

il reclamo di cui all'art. 36 l. fall.⁴⁸⁰. In tal caso, il decreto potrà essere impugnato, nel minor termine di otto giorni, con un ulteriore reclamo davanti al tribunale, che a propria volta si pronuncerà con decreto motivato non soggetto a gravame. La dottrina ha evidenziato come tale fattispecie attribuisca la legittimazione a proporre il secondo reclamo soltanto alla "parte" che è risultata "soccumbente" al termine della prima fase⁴⁸¹. Il testo della norma sembra denotare l'intenzione del legislatore di escludere che il provvedimento del tribunale possa a sua volta essere reclamato dinanzi alla corte d'appello secondo lo schema dell'art. 26⁴⁸².

Per i decreti del tribunale, dunque, oltre alla predetta clausola di riserva, si ripropone la questione, già affrontata nel corso del presente lavoro, concernente la controversa ulteriore reclamabilità, dinanzi alla corte d'appello, del decreto reso dal medesimo tribunale in esito al reclamo: in ordine a tale questione, pertanto, rinviando a quanto già rilevato nei capitoli precedenti.

In ogni caso, in ragione della nota esclusività del foro interno fallimentare⁴⁸³, occorre verificare la idoneità del modello di reclamo di cui all'art. 26 a estendere la propria disciplina anche di là degli spazi di applicazione segnati dalla norma.

La clausola di riserva prevista dalla norma, quindi, esclude dall'ambito del reclamo in esame ogni provvedimento per il quale la legge abbia regolato una forma di controllo alternativa oppure ne abbia previsto, esplicitamente, la irreclamabilità⁴⁸⁴.

La norma compendiata nella predetta clausola di riserva, a ben vedere, è una tipica norma di "chiusura", destinata a operare, in via residuale, in tutte le ipotesi nelle quali la legge non regoli un alternativo strumento di controllo dei provvedimenti. E ciò, ponendosi sulla scia

⁴⁸⁰ FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 16 ss.

⁴⁸¹ ID., *op. ult. cit.*, 17 ss.

⁴⁸² ID., *op. loc. ult. cit.*; RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 610-611; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale*, cit., 197 ss.

⁴⁸³ PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., 199.

⁴⁸⁴ Parte della dottrina (TRISORIO LIUZZI G., *I reclami*, cit., 408) si interroga in ordine al problema se detta riserva possa significare che il legislatore si sia riservato il potere di escludere per taluni provvedimenti qualunque mezzo di controllo: l'A., tuttavia, rileva che una tale interpretazione si porrebbe in radicale e stridente contrasto con il canone costituzionale del diritto di difesa, di cui all'art. 24 Cost., con ogni prevedibile conseguenza.

di quel tradizionale insegnamento secondo cui l'art. 26, pur dettando un rimedio di ordine generale, fa salva l'esistenza di disposizioni contrarie⁴⁸⁵.

Quanto al decreto di esecutività dello stato passivo, esso esula dall'ambito dell'art. 26, in ragione dell'espressa previsione delle impugnazioni recate agli artt. 98 ss. l. fall.⁴⁸⁶

Come già esaminato (*sub* Cap. II, § 4.3.), i crediti prededucibili sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati ai sensi dell'art. 25, se contestati, devono essere accertati con il procedimento di cui all'art. 26⁴⁸⁷.

Tra le forme di reclamo diverse da quelle dell'art. 26, vi è l'art. 18 (che prevede altra forma di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento); e l'art. 22, che prevede altra forma di reclamo avverso il decreto motivato con cui il tribunale respinge l'istanza di fallimento⁴⁸⁸. Inoltre, come detto, i provvedimenti del curatore e del comitato dei creditori sono sottoposti a reclamo dinanzi al giudice delegato, ma secondo le forme regolate dall'art. 36.

⁴⁸⁵ Secondo SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 469, l'inciso «salvo che sia diversamente disposto» induce a reputare che il reclamo di cui all'art. 26 si atteggi a «rimedio di carattere generale residuale», attivabile soltanto nel caso in cui non sia previsto un mezzo di tutela specifico. Sulla stessa linea, TISCINI R., *Sub art. 26*, cit., 354, per la quale siffatta clausola di salvezza renderebbe il rimedio del reclamo residuale, consentendone l'accesso «solo nelle ipotesi in cui non sia contemplato un diverso strumento impugnatorio».

⁴⁸⁶ Il reclamo di cui all'art. 26 l. fall. non è esperibile per contestare l'ammissione di un credito allo stato passivo ovvero la stessa formazione dello stato passivo. Contro il decreto che dichiara l'esecutività dello stato passivo previsto dall'art. 97 l. fall. sono esperibili - da parte dei soli soggetti tassativamente individuati - i rimedi di cui agli artt. 98, 100 e 102 della stessa l. fall. (Cass., 19.3.2009, n. 6703). Ma, in passato, già Cass., n. 5719 del 20.06.1996 aveva ritenuto che «l'art. 26 della legge fallimentare, nell'accordare, in via generale, la possibilità di proporre reclamo al tribunale contro i decreti del giudice delegato, fa salva l'esistenza di disposizioni contrarie, costituendo, così una tipica norma di "chiusura", destinata ad operare in tutti quei casi in cui il legislatore non abbia previsto un diverso mezzo di impugnazione avverso i decreti del giudice delegato. Ne consegue che a tale norma non può farsi ricorso per impugnare il decreto con il quale sia stata dichiarata l'esecutività dello stato passivo a norma dell'art. 97 della legge fallimentare, siccome in tal caso la legge indica in modo specifico (artt. 98, 100 e 102 della legge fallimentare) quali siano i rimedi che possano essere esperiti avverso tale provvedimento».

⁴⁸⁷ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 610. Da ultimo, Cass., 13 luglio 2007, n. 15671.

⁴⁸⁸ *Id.*, *op. loc. ult. cit.*.

Del pari, come già ampiamente esposto⁴⁸⁹, il progetto di riparto delle somme disponibili (art. 110) è oggi atto del curatore, sicché va reclamato ai sensi dell'art. 36, come da puntuale modifica operata dal "d. correttivo" del 2007.

Tra i provvedimenti che la legge fallimentare qualifica espressamente come non reclamabili, vi è il decreto del tribunale con cui sono liquidati, *ex art.* 39, il compenso e le spese dovuti al curatore. Non reclamabili sono anche i provvedimenti *ex art.* 104, co. 7, in tema di cessazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, da parte del tribunale.

Quanto all'ipotesi opposta - ossia l'autorizzazione, con decreto motivato, della continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, *ex art.* 104, co. 2 - sembra doversi svolgere ragionamento contrario⁴⁹⁰.

Tra i provvedimenti espressamente reclamabili a norma dell'art. 26, invece, si annoverano: le spese della procedura e il compenso al curatore, *ex art.* 18, u.c.; il decreto di revoca del curatore o di rigetto dell'istanza di revoca, *ex art.* 37; le contestazioni in ordine ai crediti in prededuzione per compensi maturati dai soggetti nominati ai sensi dell'art. 25, di cui all'art. 111 *bis*; il decreto di chiusura del fallimento, a norma dell'art. 119; il decreto di cui all'art. 143, in tema di procedimento di esdebitazione; il decreto di chiusura del fallimento del socio, di cui all'art. 153.

Vi sono poi provvedimenti che sono considerati reclamabili a norma dell'art. 26, anche in difetto di una esplicita previsione: il decreto di restituzione di beni mobili, di cui all'art. 87 *bis*; il decreto di correzione degli errori materiali, di cui all'ultimo comma dell'art. 98; l'autorizzazione, con decreto motivato, della continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, di cui all'art. 104, 2° co.; il decreto di autorizzazione all'affitto dell'azienda del fallito, ai sensi dell'art. 104 *bis*; i decreti autorizzativi, da parte del giudice delegato al curatore ad affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo, di cui all'art. 104 *ter*, co. 3°; la sospensione delle operazioni di vendita, o l'impedimento del perfezionamento della vendita, di cui all'art. 108; i decreti pronunciati in

⁴⁸⁹ V. Cap. II, *sub* § 5., 5.1. e 5.3.

⁴⁹⁰ RECCHIONI S., *Sub art.* 26, cit., 612.

ordine ai riparti parziali, di cui all'art. 113; il decreto con cui il giudice delegato ordina il riparto finale, ai sensi dell'art. 117, co. 1°.

Alcune perplessità, invece, sorgono con riguardo ad altri provvedimenti: il provvedimento *ex art.* 102, concernente la previsione di insufficiente realizzo, giacché sebbene sia previsto uno specifico reclamo contro di esso, tuttavia in assenza di disciplina pare potersi applicare in via integrativa l'art. 26⁴⁹¹; quanto all'art. 116, relativo al procedimento di rendiconto del curatore, nel silenzio della legge, l'orientamento dominante, e in ogni caso preferibile⁴⁹², reputa applicabile la disciplina, peculiare e specifica, dell'art. 26, rispetto alla tesi alternativa volta a richiamare le regole di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.; l'art. 129, poi, in materia di giudizio di omologazione del concordato, richiama espressamente l'art. 26, prevedendo che l'opposizione e la richiesta di omologazione si propongano con ricorso a norma dell'art. 26, pur non avendo natura impugnatoria. Si è allora reputato, in tale ultimo caso, che il richiamo all'art. 26 debba intendersi come limitato al solo contenuto dell'atto⁴⁹³.

In tema di concordato preventivo, la norma recata dall'art. 164 contiene un richiamo generale all'art. 26; mentre l'art. 213, in tema di liquidazione coatta amministrativa, al 3° comma, richiama, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 26. Problematico appare il richiamo dell'art. 182 *bis*, u. c., all'art. 183, il quale, a sua volta, dichiara reclamabile avanti la corte d'appello il decreto del tribunale di omologa, o di rigetto, del concordato preventivo. In assenza di indicazioni di disciplina, si è reputato in dottrina⁴⁹⁴ di considerare applicabile la disciplina processuale descritta dall'art. 26.

All'esito della suindicata panoramica tra i provvedimenti endofallimentari si può concludere, in linea di piena congruenza con autorevole dottrina, che la portata e la centralità che la norma recata dall'art. 26 è oggi in grado di esprimere induce l'interprete a farvi ricorso anche nei casi nei quali non sia prevista alcuna forma impugnatoria e indipendentemente dalla

⁴⁹¹ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 613; FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 503.

⁴⁹² RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 613; FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 503.

⁴⁹³ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 613.

⁴⁹⁴ FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 504; RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 613-614.

forma del provvedimento pronunciato dal giudice delegato o dal tribunale⁴⁹⁵, in quanto reclamo introduttivo di un ampio riesame, sia di merito che di legittimità, sull'operato del giudice delegato o del tribunale⁴⁹⁶.

3. Natura impugnatoria del reclamo e organo giudicante. – Come già segnalato, al reclamo *ex art. 26*, nella versione del '42, era riconosciuta natura di impugnazione, quale mezzo diretto a garantire il controllo di un organo superiore nei confronti dei provvedimenti del giudice delegato⁴⁹⁷.

Con la riforma del 2006, "corretta" nel 2007, larga parte della dottrina si è espressa nel senso di reputare confermata la natura impugnatoria del reclamo⁴⁹⁸, sebbene la mera struttura del procedimento, pur omogenea ad altri modelli impugnatori inseriti nella legge fallimentare

⁴⁹⁵ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 613-614. Secondo MANTOVANI F., *Commento all'art. 26*, in FERRO M. (a cura di), *Disposizioni integrative e correttive*, cit., 96 ss., il d. "correttivo" non avrebbe apportato modifiche sostanziali a tale procedimento camerale, «già definito l'archetipo dei procedimenti endofallimentari». Concordano con tale ruolo, APICE, MANCINELLI, *Diritto fallimentare*, cit., 64 ss., secondo i quali il procedimento effettivamente rappresenta, da un punto di vista processuale, uno dei cardini dell'intero corpo normativo, atteso che a tale modello di portata generale si farebbe ricorso, secondo tali Autori, «in quasi tutte le ipotesi di contenzioso endofallimentare: le contestazioni al rendiconto del curatore (art. 116 l.f.); le opposizioni al decreto di chiusura del fallimento (art. 119 l.f.); l'opposizione e la richiesta di omologazione del concordato fallimentare (art. 129 l.f.)». V., però, gli spunti critici di FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 495. Dubitativo, TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 404 ss., sulla scorta del rilievo che il legislatore del 2006 ha dedicato apposite e specifiche disposizioni alle differenti situazioni che possono presentarsi nella procedura fallimentare, per le quali comunque è previsto il procedimento in camera di consiglio: procedimento per la dichiarazione di fallimento (art. 15), reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 18), gravami avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento (art. 22), reclamo avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori (art. 36), impugnazioni avverso lo stato passivo (art. 99).

⁴⁹⁶ La Relazione illustrativa al decreto correttivo 169/2007 afferma che il reclamo è il tipico mezzo di impugnazione dei provvedimenti emanati in camera di consiglio, quale che ne sia la forma.

⁴⁹⁷ In passato, nota era la posizione contraria di SATTA S., *Manuale di diritto fallimentare*, cit. (ma per un quadro delle varie posizioni v., *amplius*, *sub Cap. I*, § 1), secondo cui il procedimento «non aveva nulla delle ordinarie impugnazioni».

⁴⁹⁸ Tra gli altri, RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 598 ss.; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 405 ss.; MACRÌ U., *I reclami endofallimentari*, cit. 386 ss.

(quelli del reclamo *ex art. 18* e delle impugnazioni *ex artt. 98-99*), sembrerebbe non coinvolgere solo ed esclusivamente procedimenti con vocazione impugnatoria⁴⁹⁹.

Il reclamo di cui all'art. 26 si atteggia, secondo la dottrina dominante, come un *gravame* puro⁵⁰⁰, quindi automaticamente *devolutivo* e totalmente *sostitutivo*⁵⁰¹, a prescindere dai motivi del reclamante; in alcuni casi, poi, il reclamo si atteggia a impugnazione *rescindente* - laddove la censura sia soltanto processuale e il giudice del reclamo si limiti ad annullare l'atto oggetto di gravame⁵⁰² - a seconda, anche, della individuazione e qualificazione del provvedimento impugnato⁵⁰³.

Tuttavia, di recente, la Suprema Corte, nel solco dell'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità, ha revocato in dubbio una volta di più taluni profili che in dottrina sembravano ragionevolmente consolidati⁵⁰⁴, affermando la necessità di articolare specifici motivi di impugnazione, sulla scorta della disciplina stabilita per l'appello dall'art. 342 c.p.c., anche nel reclamo camerale (art. 739 c.p.c.). Sicché, il ricorso con cui si introduce

⁴⁹⁹ FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 16 ss. V. anche le conclusioni del § precedente.

⁵⁰⁰ Con riguardo all'affermazione del reclamo come mezzo di gravame (condivisa, tra gli altri, da RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 598 ss.), secondo LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, II, 273, nei mezzi di gravame (o impugnazioni sostitutive), quanto alla fase iniziale, la parte soccombente ha il potere di provocare direttamente il riesame della pronuncia impugnata semplicemente lamentandone l'ingiustizia e, correlativamente, il giudice del mezzo di gravame viene investito del potere di riesaminare le questioni già esaminate dal giudice della sentenza impugnata sulla base della pura e semplice richiesta della parte e ha gli stessi poteri che aveva il giudice che ha emesso la sentenza impugnata. Quanto alla fase finale, la pronuncia ha sempre effetti sostitutivi rispetto alla pronuncia impugnata, anche se è identica ad essa come contenuto (e ciò proprio perché il giudice opera il controllo ridecidendo le questioni a lui sottoposte).

⁵⁰¹ MACRÌ U., *I reclami endofallimentari*, cit. 386 ss.

⁵⁰² Così, fra gli altri, FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 508; MACRÌ U., *I reclami endofallimentari*, cit. 386 ss. *Contra*, SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 475, secondo cui alla fase rescindente «dovrà sempre seguire una decisione che sia sostitutiva di quella impugnata».

⁵⁰³ FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 508; RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 598 ss. Altri - GIORGETTI M., CLEMENTE F. (a cura di), *La legge fallimentare commentata*, cit. - reputano che il reclamo *ex art. 26* sia una procedura incidentale di tipo impugnatorio, una sorta di modello dei procedimenti endofallimentari, idoneo a mettere capo a una nuova pronuncia con effetto rescindente e rescissorio in relazione al provvedimento adottato in prime cure. In ogni caso, per un approfondito esame delle questioni in ordine al gravame a effetto devolutivo e sostitutivo, nella materia cautelare, v. per tutti, RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, cit.

⁵⁰⁴ Cass., 25.2.2008, n. 4179, in *Giur. It.*, 2008, 12.

un reclamo camerale non potrebbe limitarsi a contenere una generica istanza di riesame delle questioni dibattute in prime cure, sulla base di una dedotta ingiustizia del provvedimento «primario», ma dovrebbe recare l'indicazione di specifiche censure. Secondo questa impostazione, pertanto, la pronuncia resa in sede di reclamo sarebbe viziata da ultrapetizione nel caso in cui abbia riformato il provvedimento reclamato in assenza di apposito motivo di censura.

Con riguardo, in particolare, al reclamo previsto dall'art. 26 l. fall., la riforma ha dettato disposizioni specifiche, prevedendo, tra l'altro, che il reclamo debba contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa, con le relative conclusioni. Si discute, quindi, se tale innovazione abbia precluso la possibilità di esperire detto reclamo con una generica istanza di riesame del profilo oggetto di censura; se cioè si debba porre nella medesima posizione assunta dalla Suprema Corte, pur senza esplicitamente prevedere l'indicazione specifica dei motivi di impugnazione.

Contraria a tale linea esegetica, la dottrina che rileva come anche la versione dell'art. 26 *post* riforma - corretta con l'indicazione, da parte del ricorrente, degli elementi di fatto e di diritto della controversia - non può essere interpretata come argomento contro la totale devolutività del mezzo: e riprova ne sono la previsione della necessità di articolazione di motivi analitici di gravame e la sanzione, di nullità o, meno tecnicamente, di inammissibilità del gravame nel caso di loro difetto o imperfezione⁵⁰⁵.

Dunque, mentre l'art. 342 c.p.c. prevede che l'atto di citazione in appello contenga l'indicazione dei motivi specifici dell'impugnazione, l'art. 26 l. fall. si limita a prevedere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto (richiamando sostanzialmente l'art. 163 c.p.c.), senza tuttavia prescrivere decadenze e preclusioni, anche per l'indicazione dei mezzi di prova⁵⁰⁶ (decadenza prevista invece nel testo antecedente il decreto correttivo, a conferma quindi di una mutata posizione del legislatore dell'ultima riforma).

⁵⁰⁵ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 598 ss.

⁵⁰⁶ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 598 ss., reputa dunque che la mancanza di preclusioni e decadenze, non previste dalla norma, consente di effettuare le opportune integrazioni anche durante il procedimento, almeno sino all'udienza camerale la quale, pertanto, potrebbe non costituire più il primo ed unico momento processuale definitivo di assestamento del *thema decidendum*.

Ponendosi, invece, nella diversa prospettiva che assume il carattere non automaticamente devolutivo del mezzo, il giudice dovrebbe effettuare un esame preliminare sull'esaustività del contenuto del ricorso con cui si introduce il reclamo, sotto il profilo dell'individuazione del capo del decreto da censurare e dei correlati motivi di censura, in vista di un'eventuale dichiarazione d'inammissibilità o di nullità (mutuando il regime dall'art. 164 c.p.c.), comportando quindi, comunque, una cristallizzazione del *thema decidendum*: sicché, la dottrina, sulla scorta di siffatti, puntuali argomenti, conferma la qualificazione del reclamo alla stregua di un gravame «puro»⁵⁰⁷.

Nell'ottica di gravame puro del mezzo, dunque, la dottrina afferma che la fase di reclamo consenta sempre l'illimitata possibilità di rinnovare il giudizio effettuato in prime cure. Sintomatica, in tale prospettiva, la previsione, nel 12° comma dell'art. 26, della disponibilità *ex officio* di mezzi prova, regola poco compatibile con un concetto non automaticamente devolutivo del mezzo di reclamo in esame⁵⁰⁸.

Ora, riprendendo quanto anticipato in apertura del presente paragrafo, rileviamo che ove la censura sia processuale, la dottrina afferma che la struttura del reclamo diventi rescindente, in quanto volta all'annullamento del provvedimento: sicché, in questo caso, accogliere il reclamo non equivarrebbe a sostituire il decreto impugnato, bensì a pronunciare un provvedimento di tipo ablativo e una decisione con la quale il collegio si pronuncerà sul diritto all'annullamento del decreto impugnato⁵⁰⁹. Anche sotto questo profilo, riemerge il parallelo tra il reclamo in esame e la opposizione agli atti esecutivi, allorché ci si imbatte in una pronuncia del collegio resa sulla controversia relativa alla legittimità degli atti della procedura⁵¹⁰.

Con il reclamo, poi, è possibile dedurre qualunque censura, tanto di merito (illegittimità per violazione di legge o censure sotto il profilo dell'opportunità), quanto di carattere processuale⁵¹¹.

⁵⁰⁷ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 598 ss.

⁵⁰⁸ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰⁹ FERRI C., Sub *art. 26*, cit., 508 ss.

⁵¹⁰ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁵¹¹ FERRI C., Sub *art. 26*, cit., 508.

Secondo altra dottrina, nel caso di affermato vizio nel merito la funzione e la struttura del reclamo sarebbe proprio quella di un gravame a effetto devolutivo e sostitutivo⁵¹². Sicché, in caso di censura di merito, il giudice del reclamo dovrà pronunciare un decreto sul provvedimento impugnato: e la materia avrà oggetto e natura identica a quella del decreto primario, in quella sede reclamato⁵¹³.

Attenta dottrina, poi, ha segnalato come la pluralità di questioni e problemi applicativi che la disciplina del reclamo reca con sé, possa trovare un utile ausilio nel rodato serbatoio delle disposizioni generali di cui al primo libro del Codice di rito, nella disciplina delle impugnazioni in generale, in quella dei procedimenti in camera di consiglio, nonché, dinanzi a lacune non colmabili neanche tramite il ricorso al rito camerale, in quella del processo cautelare uniforme degli art. 669 *bis* ss. c.p.c.⁵¹⁴

Quanto all'organo giudicante, aspetto da rimarcare (e comunque già più volte sottolineato nei precedenti capitoli), è l'esclusione dal collegio del reclamo del giudice delegato: sancisce infatti l'art. 25, 2° co., che «il giudice delegato non [...] può far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti».

Tale previsione non solo pone fine al risalente dibattito fra giurisprudenza e dottrina, ma sancisce, inoltre, la fondamentale affermazione che il principio della terzietà e dell'imparzialità del giudice opera anche nelle procedure concorsuali⁵¹⁵.

Quindi, mentre nelle nuove procedure il giudice delegato non potrà partecipare al collegio che decide sul reclamo contro i propri provvedimenti, si afferma che per le procedure governate a tutt'oggi dalla legge del '42 tale innovazione, in mancanza di una norma espressa, non sia applicabile⁵¹⁶.

⁵¹² Cfr. RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, I, cit., 300 ss.; MACRÌ U., *I reclami endofallimentari*, cit. 381 ss. Peraltro, in senso parzialmente critico sull'oggetto del procedimento nell'ipotesi di censure esclusivamente processuali, FERRI C., *op. ult. cit.*, 494 ss., 508 ss.

⁵¹³ FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 508.

⁵¹⁴ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 598 ss.

⁵¹⁵ TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 405 ss.

⁵¹⁶ VITALONE V., *Gli organi del fallimento*, in VITALONE V., CHIMENTI S., RIEDI R., *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, 77 ss.

4. *Le parti del reclamo: legittimazione attiva e passiva.* - A titolo di esempio della singolarità del procedimento in esame, si è segnalata la sfasatura e quindi non coincidenza tra il novero dei soggetti legittimati al reclamo e quello di coloro che possono essere parti in senso sostanziale, quali destinatari degli effetti del provvedimento finale (ribadendo, ancora una volta, la peculiarità con la quale va inteso tale concetto nell'ambito fallimentare e, comunque, già in quello camerale)⁵¹⁷.

Quanto al 2° co. dell'art. 26, rileviamo che nessuna modifica, a livello testuale, è intercorsa fra le versioni del '42, del 2006 e del 2007: la legittimazione attiva a proporre reclamo resta in capo al curatore, al fallito, al comitato dei creditori e a chiunque vi abbia interesse⁵¹⁸.

L'affermata natura impugnatoria del mezzo impone che il reclamante sia titolare di uno specifico interesse alla revoca o alla modifica del provvedimento⁵¹⁹.

Dunque, se alla categoria di «chiunque vi abbia interesse» dobbiamo ascrivere pacificamente la sussistenza di un interesse specifico, per gli altri soggetti espressamente indicati nel catalogo dei legittimati non possiamo comunque superare il principio generale secondo il quale l'iniziativa giurisdizionale presuppone un interesse all'atto, seppur calato e calibrato, e funzionale, al ruolo svolto dal singolo soggetto nell'ambito del processo (nella specie, nell'ambito della procedura concorsuale)⁵²⁰.

Il fatto che taluni soggetti siano stati identificati e altri invece ricondotti alla formula generica (si pensi alla posizione dei creditori concorrenti) che da sola bene avrebbe potuto ricomprenderli tutti, sollecita l'interrogativo che i primi possano presentare il reclamo anche quando il provvedimento non li riguarda direttamente, mentre i secondi sarebbero, appunto, vincolati alla dimostrazione di un interesse⁵²¹.

⁵¹⁷ COMOGLIO L.P., FERRI C., TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile, Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 1995, I, 283.

⁵¹⁸ SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 469; MANTOVANI F., *op. cit.*, 214.

⁵¹⁹ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 623 ss.; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 405 ss..

⁵²⁰ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*.

⁵²¹ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*

In sostanza, si potrebbe reputare che i soggetti assegnatari di una espressa legittimazione possano essere esonerati dal dimostrare uno specifico interesse alla rimozione del provvedimento, in forza di una peculiare posizione di garanti o custodi, finalizzata a vedere realizzata la regolarità della procedura. Tale lettura, pur possibile sia per il dato testuale, sia perché giustificherebbe un catalogo altrimenti superfluo, non si rivela tuttavia la esegesi più aderente alla qualificazione del procedimento in relazione alla natura impugnatoria, la quale reca con sé l'esigenza di rinvenire uno specifico interesse alla proposizione del reclamo.

La presenza del catalogo, allora, trova fondamento non già per differenziare diverse tipologie di soggetti, ma per affermare, in positivo, che fra gli interessati non vanno esclusi né il curatore, né il fallito, né il comitato dei creditori⁵²².

Fra i soggetti che possono proporre reclamo, dunque, è annoverato anche il fallito, il che, come rilevato, appartiene alla tradizione della disciplina già del '42 e non è quindi una novità⁵²³.

Il fallito - e per esso, il legale rappresentante della persona giuridica dichiarata fallita - è legittimato a proporre reclamo sia per censurare i decreti che lo riguardino direttamente, sia per sindacare anche lo svolgimento della procedura, purché faccia valere uno specifico interesse alla revoca o modifica del provvedimento. Oggi che la portata sanzionatoria è stata fortemente ridimensionata, non vi è più alcun motivo per escludere che il fallito possa interloquire sulle vicende della procedura ogni qual volta ciò che accada sia destinato a riflettersi sulla sua posizione, quale risulterà al termine del fallimento⁵²⁴.

Quanto al comitato dei creditori, la confermata legittimazione riconosciuta a tale organo potrebbe assumere caratteri di novità e un nuovo significato soltanto se esso riuscirà

⁵²² ID., *op. loc. ult. cit.*

⁵²³ Ancorché sia stata evidenziata come una «peculiarità» visto che il fallito non dovrebbe ingerirsi nella procedura: NARDO G.N., *Commento all'art. 26*, in SANTANGELI F. (a cura di), *Il nuovo fallimento*, cit., 143.

⁵²⁴ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 623 ss.; FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*

ad assumere fino in fondo quel ruolo che il riformatore voleva attribuirgli, esprimendo, così, ogni relativa potenzialità⁵²⁵.

La legittimazione al reclamo riconosciuta «a chiunque vi abbia interesse» è anch'essa una conferma del previgente testo dell'art. 26, ed è stata valutata talvolta come precisa indicazione dell'innesto di un sistema diffuso di controlli sugli atti della procedura quando vanno a incidere sui diritti dei terzi⁵²⁶. Si discute, al riguardo, se il suindicato controllo diffuso possa spingersi sino a ricomprendere una legittimazione al reclamo fondata sull'interesse alla mera regolarità della procedura, o se, invece, la legittimazione presupponga in ogni caso l'accertamento di un interesse al reclamo, interesse che non può essere di mero fatto. Si rileva in dottrina, quindi, che tale interesse legittimante, se può essere facilmente riconosciuto in capo a ciascun creditore, può palesarsi anche per un ventaglio di soggetti che non sarà mai catalogabile a priori⁵²⁷.

Con riguardo, poi, alla legittimazione passiva necessaria, la norma indica il curatore e i controinteressati, mentre non è prevista la presenza del comitato dei creditori, che non è dunque un contraddittore necessario. Lo scarno dato testuale sottende, però, taluni problemi di non poco momento: basti ipotizzare, a titolo di esempio, il caso in cui il reclamo sia proposto dal curatore e non si ravvisino controinteressati (a es., nel caso di richiesta del curatore di nomina di un arbitro). In questo caso, dunque, mancherebbe il soggetto nei cui confronti radicare il contraddittorio. Si deve escludere che la rappresentanza del fallimento possa essere assunta dal comitato dei creditori: tale organo, infatti, è assegnatario al più di poteri di co-gestione ma mai di gestione attiva. Sicché, il procedimento, in questi casi, si trasformerebbe in procedimento unilaterale privo di contraddittorio (al pari del procedimento camerale societario, di cui agli abrogati artt. 25 e ss. d.lgs. 5/2003). Per superare il problema si discute in dottrina sulla nomina di un curatore speciale, a norma dell'art. 78 c.p.c., che assuma il

⁵²⁵ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 623 ss.

⁵²⁶ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*

⁵²⁷ Nelle esemplificazioni si è soliti rinviare al contraente *in bonis* esposto al rischio della scelta della curatela di sciogliersi dal contratto, al convenuto in una azione di responsabilità ex art. 146, al coobbligato solidale del fallito, all'assuntore del concordato fallimentare, all'offerente in aumento di sesto: gli esempi sono di FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*

ruolo di rappresentante della massa dei creditori⁵²⁸. Parte della dottrina inclina per tale ipotesi, mostrando di preferirla ogni volta che il reclamo abbia a oggetto diritti o interessi personali del curatore (è il caso della impugnazione del decreto che provvede sul rimborso delle spese anticipate o della impugnazione del decreto di revoca *ex art. 37 l. fall.*), mentre altra dottrina contesta il ricorso a tale soluzione rilevando che nel caso di specie il problema non è integrare o risolvere i difetti di capacità processuale di una parte, attesa la mancanza stessa di una parte⁵²⁹.

Ulteriori problemi pone la individuazione dei soggetti controinteressati, nei confronti dei quali va radicato il contraddittorio.

Ove infatti in prime cure il provvedimento primario sia reso sull'istanza di un terzo, si reputa che quel terzo diventi parte necessaria della fase di reclamo. Discorso meno agevole si pone nel caso in cui il provvedimento primario, reclamato da un terzo che ne lamenti l'incisione nella propria sfera giuridica, in realtà spieghi efficacia su una sfera indifferenziata di ulteriori soggetti.

La espressa previsione della norma che il ricorso vada notificato ai controinteressati, induce a reputare che il vizio della instaurazione del contraddittorio produca effetti rilevanti, considerando richiamate le norme degli artt. 102 e 331 c.p.c., e considerando inoltre che la partecipazione al procedimento investe la efficacia degli effetti della pronuncia. Così, ove per controinteressati si dovessero veramente intendere anche tutti i creditori destinati a vedere modificata in senso peggiorativo la loro posizione, il reclamante si troverebbe a fare i conti con difficoltà di non poco momento. Un punto di equilibrio nella interpretazione della disposizione sul contraddittorio è stato suggerito da quella dottrina che ha reputato di far leva sulla parte della norma in cui si ammette l'intervento di «qualunque interessato»; nel caso di creditori, la loro posizione può reputarsi tutelata dalla necessaria presenza in giudizio del curatore, e qualora vi siano uno o più creditori interessati a difendere un proprio interesse

⁵²⁸ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*

⁵²⁹ RECCHIONI S., *Sub art. 26, cit.*, 623 ss.

specifico, non coincidente con quello della “massa”, a tale esigenza potrebbe sopperire lo strumento dell’intervento⁵³⁰.

5. Termine per reclamare e sospensione feriale. - Da ultimo, le novità in punto di termine e sua decorrenza per la proposizione del reclamo rispondono a quelle fondamentali esigenze che hanno caratterizzato per sessant’anni il dibattito sul testo previgente dell’art. 26 (e su cui *amplius*, v. Cap. I, § 1).

Il termine, qualificato come perentorio, è di dieci giorni per qualunque tipo di provvedimento e decorre diversamente a seconda della categoria di soggetti nei cui confronti il provvedimento reclamabile vada a produrre i propri effetti⁵³¹. Quanto al termine di novanta giorni per proporre reclamo e alla sua controversa natura, e alle relative implicazioni sistematiche correlate, si rinvia all’analisi svolta nel Capitolo precedente con riguardo a ciascuna tipologia di provvedimento.

Con riguardo, poi, alla sospensione feriale, si rileva che la recente introduzione, operata nel tessuto normativo fallimentare per dichiarate esigenze acceleratorie, dell’art. 36 *bis* l. fall. comporta che tutti i termini processuali previsti nell’art. 26 (oltre che nell’art. 36) siano sottratti al relativo regime⁵³².

Meritano di essere segnalate, al riguardo, le implicazioni che la norma di cui all’art. 36 *bis* pone con riferimento al procedimento di revoca dei provvedimenti endofallimentari, distinguendo, al riguardo, tra provvedimenti «secondari» e «primari».

⁵³⁰ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*

⁵³¹ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 633 ss.; SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 471. In giurisprudenza, v. Cass., 26.2.2010, n. 4783, in *Fall.*, 2010, 10, 1210, secondo la quale tanto nel caso di comunicazione, quanto in quello di notificazione a cura del curatore, il provvedimento suscettibile di reclamo deve essere trasmesso per intero: non è all’uopo sufficiente, pertanto, la mera comunicazione dell’esito negativo dell’istanza, realizzandosi in tale ultimo caso soltanto «una parziale ed incompleta conoscenza del provvedimento», con conseguente applicazione del termine lungo di novanta giorni previsto nel 4° comma dell’art. 26 l. fall.

⁵³² ID., *Sub art. 26*, cit., 639.

Quanto ai primi, rileviamo che il procedimento di revoca riapre, come visto, lo stesso procedimento di reclamo regolato dall'art. 26, per la riespressione dello stesso potere di provvedere: ne discende che anche il procedimento di revoca o modifica non sarà soggetto alla sospensione feriale dei termini processuali, e ciò in applicazione della norma recata dall'art. 36 *bis* 1. fall. Il carattere eccezionale di tale ultima norma non ne preclude l'applicazione al procedimento di revoca di provvedimento «secondario» proprio perché, quindi, si tratta di farne applicazione allo stesso reclamo di cui all'art. 26, ipotesi ivi testualmente prevista.

Quanto, invece, ai provvedimenti «primari», come regolati dalle singole norme della legge fallimentare, osserviamo che per essi i procedimenti di revoca saranno disciplinati alla stregua delle singole ipotesi, delle quali costituiscono riapertura dei procedimenti: le norme che li prevedono, però, sono collocate fuori dall'ambito dell'art. 26 e, così, anche dell'art. 36 *bis*, che quale disciplina eccezionale, rispetto a quella che dispone la sospensione feriale, non sarà ad essi applicabile in via analogica, stante il fermo divieto posto dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

Pertanto, salvo il caso di postularne l'applicazione in via estensiva – come noto, predicabile anche per le norme di carattere eccezionale – francamente nel caso di specie poco convincente, si deve concludere nel senso che i procedimenti di revoca «primari», a differenza di quelli «secondari», ricadono nel regime della sospensione feriale dei termini, al pari dei procedimenti dei quali costituiscono riapertura.

Quanto, infine, al termine per proporre reclamo, *ex art.* 26, contro il provvedimento «primario» reso all'esito di procedimento di revoca di precedente provvedimento «primario», tale termine, poiché regolato dall'art. 26, non sarà soggetto, *ex art.* 36 *bis*, alla sospensione feriale.

6. Avvio del procedimento. Contenuto dell'atto introduttivo. - La norma recata dall'art. 26 prevede che il reclamo si introduca con ricorso; e la scelta di siffatto schema processuale si

pone in linea con le esigenze di rapida definizione del procedimento, poiché consente la immediata costituzione di un contatto fra le parti e il giudice.

La scelta del modello del ricorso, come noto, non è peraltro decisiva al fine di qualificare detto procedimento come camerale o a cognizione piena ed esauriente, atteso che il prototipo del ricorso per le controversie di lavoro dimostra come la forma dell'atto introduttivo non è coesistente alla qualificazione del modello processuale.

Il legislatore, nel prevedere il contenuto necessario del ricorso e della memoria difensiva, ha elencato in modo analitico i requisiti dell'atto, senza tuttavia regolare espressamente la sanzione eventualmente applicabile in caso di carenza del contenuto. Del pari, ha ommesso di prevedere se le attività indicate negli atti introduttivi possano essere svolte, senza incorrere in decadenze, anche in fasi successive⁵³³.

Quanto al contenuto del ricorso-reclamo, poi, la riscrittura del co. 6° da parte del "d. correttivo" non ne ha mutato la disciplina, riproponendo così i contenuti tipici di un processo di cognizione ordinaria⁵³⁴, segnatamente di cui alla norma dell'art. 125 c.p.c., introducendo soltanto, quale unica novità, la previsione della esplicita enunciazione dei mezzi di prova di cui la parte intenda avvalersi.

Il ricorso deve quindi contenere gli elementi di identificazione formale del procedimento, ossia l'indicazione dell'ufficio giudiziario competente, del giudice delegato e della procedura fallimentare, la indicazione delle parti e la elezione di domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito; nonché gli aspetti sostanziali, ossia la esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la impugnazione del reclamo, con le relative conclusioni, oltre alla indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intenda avvalersi e dei documenti prodotti⁵³⁵.

Il ricorso può contenere censure sia di merito, che di rito⁵³⁶.

⁵³³ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*.

⁵³⁴ MANTOVANI F., *op. cit.*, 214 ss.

⁵³⁵ FABIANI M., *op. cit.*, 16 ss.

⁵³⁶ FERRI C., *Sub art. 26, cit.*, 508; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 15; SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 475; MACRÌ U., *I reclami endofallimentari*, cit. 386.

Inoltre, facendo applicazione del principio ormai acquisito di conservazione degli atti, deve ritenersi pacifica la validità del reclamo proposto con atto di citazione, convertendosi validamente l'atto di citazione in ricorso, purché notificato e depositato nella cancelleria del giudice adito nei termini previsti a pena di decadenza per la proposizione del reclamo⁵³⁷.

Con il "d. correttivo" è stata abolita la contestata decadenza che la riforma del d. lgs. 5/2006 comminava per la indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti⁵³⁸ ed espressamente conservata l'ammissibilità di integrazione officiosa di mezzi di prova, escludendo la decadenza delle parti in caso di omessa articolazione⁵³⁹. Si è reputato, al riguardo, che la soppressione della sanzione della decadenza prevista per le deduzioni istruttorie non contenute negli atti introduttivi, da un lato armonizzi il reclamo allo schema dei camerati, dall'altro, lo allontani dal modello della cognizione piena⁵⁴⁰.

Si rileva che la genericità della formula «mezzi di prova» solleciti il dubbio se i mezzi di prova compatibili con il procedimento di reclamo possano essere tutti quelli che l'ordinamento consente siano introdotti nel processo ordinario di cognizione.

In particolare, nessun limite andrebbe posto rispetto alle prove orali, salvo che il limite non sia ricavabile dallo stesso mezzo istruttorio rispetto alla specifica funzione assunta da

⁵³⁷ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 639 ss.

⁵³⁸ TISCINI R., Sub *art. 26*, cit., 350 ss. rileva che il rito in camera di consiglio mal si adatta alle barriere preclusive che impongono una precostituzione astratta di un preciso ritmo processuale, e si caratterizza per essere agile e libero da forme predeterminate, allo scopo di meglio rispondere alle esigenze concrete di ciascun caso. Il legislatore avrebbe quindi accettato il rischio di sovrapporre sistemi non del tutto compatibili per avere l'accelerazione del processo e anche la sua semplificazione.

⁵³⁹ MANTOVANI F., *op. cit.*, 214 ss., secondo cui nel procedimento ex art. 99, modificato in parallelo all'art. 26, è stata dapprima formalizzata l'assunzione dei mezzi di prova, quindi mantenuta la previsione di deduzioni istruttorie a pena di decadenza (stante la più incisiva e marcata procedimentalizzazione della verifica dello stato passivo in sede impugnatoria e quale processo di parti), con abolizione della possibilità/potere del collegio di integrare, anche in via officiosa, le informazioni (con l'esclusione quindi di prove atipiche) ovvero autorizzare l'acquisizione di documenti. Sia per il reclamo ex art. 26 che per le impugnazioni ex art. 99, la Rel. illustrativa fa riferimento allo schema del processo del lavoro, benché in realtà il confine tra quest'ultimo e il procedimento camerale formalizzato secondo la disciplina del giusto processo si sia assottigliato sempre di più, sino a perderne i connotati differenziali.

⁵⁴⁰ FABIANI M., *op. cit.*, 16 ss. Tale dottrina rileva che se si volge lo sguardo verso altri modelli processuali, si nota che le decadenze rapportate agli atti introduttivi non sono affatto coesenziali alla struttura del processo di cognizione, che può dipanarsi anche per fasi successive.

alcuni dei protagonisti del procedimento. Mentre non si rilevano problemi particolari per la prova testimoniale, limiti alla prova per interrogatorio e al giuramento derivano dalla indisponibilità di molte delle situazioni dedotte laddove sia coinvolto il curatore.

Per quanto attiene alla deduzione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti, la dottrina ha osservato come il legislatore sia incorso nell'equivoco della presunta dualità fra mezzi di prova e documenti, obliterando la elaborazione dottrinale e giurisprudenziale decisamente indirizzata a interpretare disposizioni similari nel senso della piena equipollenza fra mezzi di prova e documenti. Si è proposta quindi una linea interpretativa per la quale la norma, intesa come non avulsa dal sistema processuale di diritto comune, preveda che l'onere difensivo concerna allo stesso modo tanto i mezzi di prova quanto i documenti, atteso che i secondi sono mezzi di prova⁵⁴¹.

Quanto all'avvio del procedimento di revoca (o modifica) del provvedimento, primario o secondario, detto dalla riapertura dello stesso procedimento originario, sollecitata dall'interessato, si pone l'alternativa se la relativa istanza debba seguire le forme dell'atto introduttivo del procedimento, oppure se debba essere proposta in via più semplificata.

Data la chiusura del procedimento originario, comunque si rende necessario un ricorso da depositare in cancelleria.

Allora è da reputare - quantomeno per le ipotesi di revoca o modifica di provvedimenti «secondari», le quali si articolano anch'esse secondo le forme dettate dall'art. 26 l. fall. - che il ricorso debba poi essere comunicato al curatore e ai controinteressati, e comunque a tutte le parti del procedimento di reclamo, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza camerale (steso in calce al ricorso).

La predetta comunicazione si rivela a ben vedere di grande rilevanza, atteso che la medesima soddisfa l'esigenza di attivare il contraddittorio, fra tutte le parti dell'originario procedimento, anche in vista della decisione sulla revoca (o modifica) del provvedimento, in ossequio ai principi generali.

⁵⁴¹ FABIANI M., *op. cit.*, 16 ss.

Sembra quindi plausibile reputare che la decisione sulla revoca (o sulla modifica) non possa essere assunta prima che il curatore e i controinteressati, e in ogni caso tutte le parti del procedimento originario, abbiano esaminato la relativa istanza, di modo da poter eventualmente controdedurre.

7. La costituzione del resistente. Il reclamo incidentale. - Sulla scorta di puntuali rilievi sollevati a seguito della riforma del 2006⁵⁴², il “d. correttivo” del 2007 ha modificato il testo dell’art. 26, nel senso di raccordare la posizione del reclamante a quella del resistente, restituendo simmetria alle medesime in punto di oneri di difesa⁵⁴³, sia sul piano sostanziale, che su quello della scansione temporale⁵⁴⁴. Tanto per gli uni che per gli altri adempimenti, dunque, i termini sono obiettivamente piuttosto compressi, in ragione dell’afferzata esigenza di celerità della procedura⁵⁴⁵.

⁵⁴² FERRI C., Sub *art. 26*, cit., 514, il quale segnalava l’assenza di simmetria tra le posizioni del reclamante e del resistente, atteso che nell’un caso sembrava che l’attività di deduzione istruttoria fosse a pena di decadenza, mentre nell’altro no.

⁵⁴³ Compreso il contenuto formale dei rispettivi atti introduttivi: così, RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 644. Basterebbe quindi confrontare il testo dell’art. 26, 6° comma, nn. 3 e 4, con il successivo comma 10°, per apprezzare come vi sia una sostanziale identità fra l’attività che ciascuna delle parti deve compiere.

⁵⁴⁴ FERRI C., Sub *art. 26*, cit., 513 ss., il quale aveva prontamente rilevato che diversamente da quanto il legislatore disponesse in altri procedimenti endofallimentari (es. l’art. 99, 4° co., sulla impugnazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo), non si prescriveva alcun contenuto predeterminato dell’atto con riferimento a difese, a eccezioni processuali o di merito non rilevabili d’ufficio, le quali parevano poter essere sollevate senza alcuna sanzione di decadenza anche successivamente alla costituzione in giudizio.

⁵⁴⁵ Il rinnovato schema del processo ordinario di cognizione (a seguito della l. 80/2005 e poi della l. 263/05) sottende, nel legislatore, un deciso *favor* per la concentrazione, e si propone quale modello che si attaglia a ogni tipologia di controversia dalla legge non devoluta esclusivamente a riti speciali; con riguardo alle esigenze di celerità del processo (quindi non soltanto fallimentare), che sembrano ispirare ogni recente riforma v. CAVALLINI C., *Il nuovo art. 183 c.p.c. e la riforma della trattazione della causa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 241. Commentando le riforme del 2005 inerenti il processo di cognizione, ma con rilievi e riflessioni di carattere generale, valide per ogni ulteriore sede processuale, l’A. sottolinea come il principio costituzionale della ragionevole durata del processo sembrava indicare al legislatore processuale quasi soluzioni estreme, preordinate a ridurre al massimo non tanto il tempo della deliberazione della decisione finale (della formazione del *decisum*), quanto quelli di definizione del tema decisorio (introduzione e trattazione in senso lato della causa), con il

Fra gli oneri di difesa che gravano sul resistente sono menzionate, genericamente, le difese: termine ampio, quindi, all'interno del quale devono essere considerate ricomprese anche le eccezioni, per le quali non è quindi stabilito un termine diverso di proposizione⁵⁴⁶.

Il confronto del procedimento regolato dall'art. 26 con il procedimento cautelare uniforme⁵⁴⁷ e con i procedimenti in camera di consiglio suggerisce che non vi siano preclusioni correlate agli atti introduttivi⁵⁴⁸. Ma se il confronto lo si promuove sul presupposto della natura impugnatoria del procedimento di reclamo, allora qualche dubbio si insinua; in tal caso però il tema delle preclusioni non coinvolge quelle di primo grado, per ricollegarsi invece a quelle della fase di impugnazione⁵⁴⁹.

La dottrina, al riguardo, ha rimarcato il fatto che a fronte dell'analitico elenco del contenuto necessario del ricorso e della memoria difensiva corrisponde l'assenza di qualunque previsione, a livello positivo, in ordine alla carenza di siffatti contenuti⁵⁵⁰.

La memoria, dunque, quale atto di parte del resistente, dovrà contenere gli elementi di fatto e di diritto, nonché – a livello istruttorio - i mezzi di prova, costituende e documentali, di cui il resistente intenda avvalersi⁵⁵¹. La costituzione dovrà avvenire almeno cinque giorni prima dell'udienza: anche in questo caso, si è sostenuta la natura meramente ordinatoria del termine, potendo il resistente costituirsi anche in udienza, o in quelle eventuali successive,

risultato che la durata del processo è rimasta lunga. Ciò perché la sentenza (la decisione) continua a pervenire a grande distanza dalla chiusura della trattazione, mentre il diritto di difesa (e alla prova) viene concentrato in poche battute (estrema concentrazione, quasi contestualità, tra fase per le allegazioni e fase per le prove), per non dire, in alcuni casi, perfino pretermesso. La riflessione dell'A. è che la divaricazione temporale fra la chiusura della fase in cui le parti concorrono a formare l'oggetto del processo e la concreta decisione della causa, prodromica alla formazione del giudicato e del suo "oggetto", è ineliminabile, sicché la marcata concentrazione rischia di portare con sé il pericolo che per fare (troppo) in fretta il processo, e il suo epilogo, possa diventare irragionevolmente ingiusto (per via dello scarto fra "verità" accertata in sentenza e realtà rimasta estranea al processo). E la decisione ingiusta è un cattivo servizio della funzione giurisdizionale, e non può trovare un contraltare giusto nell'ostinato perseguimento della ragionevole durata del processo.

⁵⁴⁶ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*, che segnala la differenza con quanto previsto all'art. 99 l. fall., in materia di impugnazione dello stato passivo, dove sono menzionate *le eccezioni*.

⁵⁴⁷ Per tutti, v. RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, cit.

⁵⁴⁸ FABIANI M., *op. cit.*, 26.

⁵⁴⁹ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁵⁵⁰ ID., *op. loc. ult. cit.*.

⁵⁵¹ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 644.

senza incorrere in alcuna decadenza⁵⁵². Tale assunto riposa sul fatto che il convenuto non ha l'onere di sollevare le proprie eccezioni, a pena di decadenza, nel primo atto difensivo, non ravvisandosi preclusioni di sorta, a patto che venga garantito il contraddittorio (in questo caso, consentendo al ricorrente di replicare alle eccezioni sollevate dal resistente oltre la detta scadenza).

La norma tace sulla proponibilità di domande riconvenzionali: ma il silenzio è più giustificato, una volta che al reclamo si riconosce natura impugnatoria. E proprio nella prospettiva impugnatoria del reclamo, sembra di dover accordare preferenza alla soluzione volta alla configurabilità del reclamo in via incidentale⁵⁵³. Pertanto, il resistente cui venga notificato il reclamo potrà a sua volta impugnare il decreto già reclamato dal ricorrente.

Secondo attenta dottrina, quindi, oltre all'applicazione, per ragioni di economia processuale, dell'art. 333 c.p.c. e dell'art. 335 c.p.c. (a proposito delle impugnazioni separate, sempre tempestive, avverso il medesimo provvedimento, da riunirsi in un solo processo), non si può escludere l'impiego anche dell'art. 334 c.p.c., in tema di impugnazioni incidentali tardive (anche in considerazione della brevità dei termini concessi per proporre reclamo), laddove l'interesse al reclamo sorga solo in conseguenza del reclamo già proposto dal ricorrente principale (diversamente, cioè, il resistente, non avrebbe reclamato il provvedimento), e sia già spirato il termine per proporre autonomo reclamo⁵⁵⁴.

Quanto al termine per la proposizione del reclamo incidentale, il resistente deve costituirsi, secondo il testo della disposizione, almeno cinque giorni prima dell'udienza. E il reclamo sarà formulato all'interno della memoria difensiva; tuttavia, occorre chiedersi se la tardiva costituzione da parte del resistente, reclamante in via incidentale, comporti l'inammissibilità – come nel settore delle impugnazioni (v. art. 343 c.p.c.) - del reclamo incidentale.

⁵⁵² ID., Sub *art. 26*, cit., 645.

⁵⁵³ E ciò, con innesto anche nel presente processo, dell'art. 333 c.p.c., RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 646, specie quando il provvedimento impugnato abbia contenuto in senso lato decisorio.

⁵⁵⁴ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 646.

A tale proposito, poiché si è però affermato che non possano ravvisarsi nel procedimento in esame termini perentori (eccezione fatta per quelli su esaminati di proposizione del reclamo), la dottrina ha inteso affermare, coerentemente con il sistema sino ad ora descritto, che il resistente-ricorrente incidentale possa invero proporre il proprio reclamo incidentale sicuramente senz'altro sino all'udienza di comparizione delle parti, ed anzi, in ossequio alla natura devolutiva del mezzo impugnatorio, sino alla chiusura dell'udienza dinanzi al collegio⁵⁵⁵.

8. L'intervento degli interessati. - La legittimazione a proporre reclamo spetta, come visto, «a chiunque vi abbia interesse» (art. 26, co. 2).

Anche la legittimazione all'*intervento* nel procedimento di reclamo spetta, secondo la norma, a «qualunque interessato» (art. 26, co. 11)⁵⁵⁶, quindi anche ai creditori, *uti singuli*, a tutela di un proprio specifico interesse.

A prima vista, la somiglianza lessicale tra l'una e l'altra formula potrebbe indurre a sovrapporle, sicché si potrebbe reputare che i soggetti legittimati a spiegare intervento possano essere gli stessi che sono anche legittimati a proporre reclamo: la dottrina, tuttavia, ha revocato in dubbio tale conclusione, sulla scorta del rilievo che altrimenti la seconda norma assorbirebbe la prima, rendendola inutile, giacché diventerebbe irrilevante la previsione di un termine entro cui proporre reclamo⁵⁵⁷.

Vi è da dire, inoltre, che se nel processo di cognizione la formula “intervento di terzi” trova completo riscontro nella distinzione netta e fondamentale tra parti del processo e terzi,

⁵⁵⁵ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 646.

⁵⁵⁶ In ossequio al carattere camerale e deformalizzato del procedimento: così, RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 647 ss., il quale, inoltre, segnala come prima della riforma la possibilità di proporre intervento nel reclamo fosse dibattuta in giurisprudenza, anche per via della natura camerale del procedimento, che in quanto inidoneo al giudicato rendeva inammissibile, secondo un orientamento, l'intervento di terzi *ex art. 105 c.p.c.* TISCINI R., Sub *art. 26*, cit., 361, ricorda come il rigido schema con cui è regolato l'intervento dei terzi richiama, in parte, quello già vigente per l'abrogato processo societario e per il processo del lavoro.

⁵⁵⁷ PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, cit., 143, sottolinea come la formula ricalchi quella già utilizzata dal legislatore all'art. 18, co. 9, l. fall.; FABIANI M., *op. cit.*, 25.

come più volte segnalato nel corso del presente lavoro nel procedimento camerale, invece, ancor più se calato in sede fallimentare, i concetti di parti e terzi devono essere intesi in modo peculiare e con grande attenzione. Si pensi ai provvedimenti primari, resi dal giudice delegato o dal tribunale: come già segnalato, il più delle volte può risultare arduo reperire a monte un vero e proprio processo di parti, all'esito del quale i medesimi sono stati resi. Sicché, rispetto a tali provvedimenti primari endofallimentari, la tradizionale e fondamentale distinzione del processo di cognizione tra parti e terzi si atteggia a parametro incerto, tanto più ove si vada a sovrapporre con l'ulteriore ma differente distinzione, propria della materia fallimentare, tra parti della procedura concorsuale e terzi rispetto alla procedura stessa.

Ecco, allora, che l'utilizzo della formula "intervento degli interessati" si profila nella specie più acconcio e disteso, rispetto a quello della formula alternativa "intervento di terzi", la quale presuppone che si spieghi se il concetto di terzi vada inteso in senso comune, ossia rispetto a un processo di parti al quale non si è partecipato, oppure in senso concorsuale, cioè rispetto a una procedura fallimentare verso la quale non è stata formulata domanda *ex art. 93 l. fall.*, o ancora se la terzietà vada intesa rispetto a un singolo procedimento endofallimentare.

Sebbene la locuzione «qualunque interessato», recata al comma 11, si intenda in modo particolarmente ampio – in modo da ascrivere a tale categoria tutti coloro che siano coinvolti dal provvedimento e che dimostrino la sussistenza di un interesse alla «conferma, modifica o revoca» del provvedimento impugnato – tuttavia l'assenza, nella disposizione dell'art. 26, di una esplicita classificazione dei singoli tipi di interventi ammissibili⁵⁵⁸, non può consentire di obliterare il fondamentale rilievo secondo cui il diritto comune conosce e regola una pluralità di forme di intervento, tra loro diverse⁵⁵⁹, sicché si pone l'esigenza di individuare quali, tra di

⁵⁵⁸ TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 420; TISCINI R., *Sub art. 26*, cit., 361.

⁵⁵⁹ Tra gli altri, v. CAVALLINI C., *I poteri dell'interventore principale nel processo di cognizione*, Padova, 1998; CHIZZINI A., *L'intervento adesivo*. I: Premesse generali, Padova, 1991; ID., *L'intervento adesivo*. II: Struttura e funzione, Padova, 1992.

esse, siano consentite e ammesse con riguardo al procedimento di reclamo dettato dall'art. 26 l. fall.⁵⁶⁰

La dottrina, al riguardo, ha segnalato che il tema dell'intervento nel reclamo necessita di essere rapportato sia ai singoli tipi regolati dall'art. 105 c.p.c., sia ai profili impugnatori di tale procedimento⁵⁶¹. Pertanto, coloro che assumano di essere titolari di un interesse alla eliminazione del provvedimento («modifica o revoca», nel testo della norma), dichiarando quindi di trovarsi in una posizione omogenea a quella vantata dal reclamante, avranno l'onere di costituirsi entro il termine previsto, per il medesimo reclamante, al comma 3°, e ciò al fine di evitare un comodo aggiramento del termine: in caso di tempestiva costituzione in giudizio, avranno facoltà di svolgere un intervento principale o adesivo autonomo⁵⁶². In caso, invece, di mancata costituzione entro tale termine, ove la costituzione sia eseguita nel diverso termine previsto al comma 11°, l'unico intervento ammesso potrà essere quello adesivo dipendente⁵⁶³. Al contrario, coloro che assumano la titolarità di un interesse alla «conferma» del provvedimento, potranno spiegare intervento di qualunque natura, purché si costituiscano entro il termine previsto per il resistente e di cui al comma 10°⁵⁶⁴.

È stato puntualmente precisato, inoltre, che il reclamo in esame difficilmente può essere definito un processo tecnicamente litisconsortile, sicché, in ragione delle peculiarità del processo fallimentare, sembra assai arduo, se non impossibile, ipotizzare situazioni di litisconsorzio necessario⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 155-156, reputa che ogni valutazione vada espressa conformemente ai principi generali in tema di intervento.

⁵⁶¹ FABIANI M., *op. cit.*, 25.

⁵⁶² RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 649; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 420-421.

⁵⁶³ FABIANI M., *op. ult. cit.*, 25; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 420-421.

⁵⁶⁴ PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, cit., 143, rileva che l'ampiezza e la genericità della formula deve consentire anche al terzo intervenuto di dedurre mezzi di prova al pari del resistente; FABIANI M., *op. ult. cit.*, 26; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 420-421.

⁵⁶⁵ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 649, il quale pertanto tende a escludere l'applicabilità nella fase di reclamo dell'art. 331 c.p.c., mentre maggiore spazio potrebbe ravvisarsi per l'applicazione dell'art. 332 c.p.c. Al riguardo, MANTOVANI F., *Commento all'art. 26, Disposizioni integrative e*

La particolarità (e specialità) del procedimento di reclamo, poi, non consente di prescindere dal previo esame, in capo a coloro che propongano intervento, del canone generale dell'interesse ad agire, a norma dell'art. 105 c.p.c., norma che ricollega e subordina l'intervento alla sussistenza e titolarità di un interesse giuridicamente rilevante e non di mero fatto, in capo al terzo⁵⁶⁶.

Da ultimo, si è affermato che in mancanza di espressa sanzione nella norma, l'intervento fuori termine, specie quello in funzione meramente adesiva, dovrebbe comunque sfuggire a preclusioni o decadenze⁵⁶⁷.

Una volta spiegato l'intervento, dunque, e assunta la qualità di *parte* (seppure con le cautele e peculiarità, già segnalate *retro*, che accompagnano tale concetto in questa sede), in primo luogo ci si assoggetterà agli effetti del provvedimento che sarà reso all'esito del reclamo, in quanto pronunzia sostitutiva di quella «primaria»⁵⁶⁸; in secondo luogo, si avrà titolo, a livello formale, per esperire l'eventuale - a seconda del tipo di provvedimento «secondario» - ulteriore impugnazione in Cassazione, ai sensi dell'art. 111, co. 7°, Cost.⁵⁶⁹

9. La fase di trattazione e istruzione. – Una volta depositato il ricorso, il presidente entro i successivi cinque giorni designa il giudice relatore e fissa l'udienza da tenersi entro quaranta giorni dal deposito del ricorso.

correttive, cit., 98, ipotizza che il collegio ordini l'integrazione del contraddittorio, nella fase di reclamo, con il comitato dei creditori, «quasi ravvisando una sorta di litisconsorzio necessario dello stesso, proprio in relazione alle sue specifiche attribuzioni».

⁵⁶⁶ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 648-649. *Contra*, TISCINI R., Sub *art. 26*, cit., 362, secondo cui sarebbe sufficiente la sussistenza di un interesse, «quale che sia», non necessariamente corrispondente a quello sotteso all'intervento adesivo dipendente dell'art. 105, comma 2, c.p.c., così da legittimare all'intervento qualunque terzo, purché dimostri la sussistenza di un interesse «alla regolarità della procedura».

⁵⁶⁷ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 650. *Contra*, TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 420.

⁵⁶⁸ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁵⁶⁹ ID., *op. loc. ult. cit.*

La designazione del giudice relatore incontra il nuovo e rilevante limite segnato dall'art. 25, penult. co., l. fall., il quale stabilisce che il giudice delegato «non può far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti»⁵⁷⁰.

La riforma del 2006 aveva stabilito che con gli atti introduttivi le parti dovessero indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali avessero voluto avvalersi; tale previsione è stata quindi eliminata dal “d. correttivo” del 2007. Siffatto intervento correttivo, invero, è stato salutato con favore dalla dottrina⁵⁷¹.

Ebbene, alla luce del “d. correttivo”, dunque, superato il problema legato alla decadenza dalle prove, all'udienza fissata per la comparizione delle parti esse avranno facoltà di proporre anche nuove attività difensive, laddove siano la conseguenza delle altrui difese; sicché, è da reputarsi integra la facoltà, in capo alle parti, di modulare le proprie difese ancora nel corso dell'udienza fissata per la loro comparizione.

La comparizione delle parti, alla luce della riforma, assurge oggi a momento fondamentale e ineludibile, autentica sede deputata ad assicurare il pieno espletamento del principio, costituzionalmente garantito, di difesa secondo i canoni del “giusto processo”, e, così, di contraddittorio fra le parti, nonché fra le parti e il giudice del reclamo⁵⁷².

Il giudice, quindi, avrà la possibilità di indicare alle parti le questioni, rilevabili d'ufficio, di cui reputa opportuna la trattazione e di solleccitarne, così, il contraddittorio; in tal modo, il giudice può introdurre nella discussione ogni questione, di rito e di merito, rilevabile

⁵⁷⁰ SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 471-472; TISCINI R., *Sub art. 26*, cit., 361.

⁵⁷¹ Secondo FABIANI M., *Sub art. 26*, cit., 26, la decadenza sulle prove avrebbe «trascinato con sé» la decadenza sulle allegazioni e sul *thema decidendi*, atteso che nuove allegazioni e nuove domande sarebbero rimaste prive del necessario riscontro probatorio. Prima del d. correttivo, già FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 514.

⁵⁷² RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 650; FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 514; FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 26; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 204; RIGHETTI E., *Gli organi della procedura*, cit., 91, che rileva come l'obbligo, per il giudice del reclamo, di sentire le parti sia funzionale ad assicurare il rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio. Secondo MACRÌ U., *I reclami endofallimentari*, cit., 394, in tale occasione non si può escludere che il collegio tenti la conciliazione.

d'ufficio, nonché disporre le prove officiose in modo che le parti possano contraddire anche su queste, articolando la propria linea difensiva⁵⁷³.

Ancorché la disciplina recata dall'art. 26 non contenga alcuna specifica previsione, anche nel presente procedimento di reclamo deve applicarsi il principio secondo cui il giudice può decidere la lite su questioni rilevabili d'ufficio soltanto nel caso in cui abbia previamente sollecitato su di esse il contraddittorio delle parti⁵⁷⁴.

Come noto, a fronte di chi esalta la garanzia del contraddittorio sulle questioni sollevate d'ufficio dal giudice, vi è chi, all'esatto contrario, censura ogni garanzia allorché sia espressione di un mero formalismo, preferendo valutare la giustizia sostanziale della decisione. L'art. 26, pur prescindendo da tale dibattito, dovrebbe rivelarsi utile, tramite la comparizione delle parti all'udienza, al fine di consentire alle parti la contestazione sulle questioni rilevate in via officiosa; di guisa che il rilievo officioso di una questione non potrà mai essere posto a fondamento della decisione, se non previamente rappresentato alle parti⁵⁷⁵.

Il collegio, quindi, sarà chiamato, in via preliminare, a verificare la regolarità del contraddittorio, disponendo, ove necessario, il rinnovo della notificazione o l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei legittimati passivi necessari⁵⁷⁶. Al riguardo, si reputa che debba trovare sicura applicazione il principio della rimessione in termini di cui all'art. 153,

⁵⁷³ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 422.

⁵⁷⁴ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 650-651; FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 26 ss.

⁵⁷⁵ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 651; FABIANI M., *op. ult. cit.*, 27, che segnala, al riguardo, anche le modifiche apportate al giudizio di cassazione, all'art. 384 c.p.c., in punto di contestazione delle parti in ordine a questione rilevata d'ufficio.

⁵⁷⁶ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 651, il quale si interroga su cosa possa accadere nel caso di mancata comparizione, in udienza, di una o più parti costituite, specie del reclamante. L'A., condividendo una soluzione elaborata con riferimento alla disciplina previgente dell'art. 26, reputa che il collegio debba in ogni caso procedere alla trattazione - ad esempio, disponendo l'ammissione d'ufficio di un mezzo di prova, e rinviando ad altra udienza per la relativa assunzione - nonché, eventualmente, decidere sul reclamo, con ciò escludendo la possibilità di definizioni in rito «quali improcedibilità o estinzione o cessazioni della materia del contendere».

co. 2°, c.p.c., anche in virtù della recente ricollocazione fra le disposizioni generali del Codice di rito⁵⁷⁷.

Una volta costituitosi il contraddittorio, il procedimento è destinato ad articolarsi secondo modalità e forme dettate dal collegio, atteso che in questa fase, si usa ripetere, «le regole scritte lasciano il posto alla flessibilità del modello camerale»⁵⁷⁸. È ovvio, tuttavia, che la flessibilità deve essere comunque opportunamente temperata con la garanzia, per tutte le parti, di un margine di certezza preventiva sulle regole del gioco, ferma comunque, in ogni caso, la regola fondamentale e ineludibile dell'assoluto rispetto del contraddittorio⁵⁷⁹.

Il che vuol dire che il collegio deve concedere al reclamante la possibilità di replicare alle difese del resistente (e dell'eventuale intervenuto); nonché, consentire a quest'ultimo di poter a propria volta replicare alle deduzioni, ed eventuali modificazioni della domanda, formulate dal reclamante.

Siffatto contraddittorio, ove s'intenda valorizzare la rapidità di tempi assicurata dal modello camerale, dovrebbe essere realizzato oralmente in udienza; così lasciando l'ipotesi di un'appendice scritta ai soli casi di particolare difficoltà.

Ancora in sede di udienza, poi, una volta fermato il *thema decidendum*, il collegio dovrebbe provvedere in ordine alle istanze istruttorie formulate dalle parti; in quella stessa sede, inoltre, il collegio dovrebbe anche provvedere, in quanto possibile, all'assunzione delle eventuali prove costituite dedotte, delegando un proprio componente nella sola ipotesi della impossibilità di procedere immediatamente all'assunzione⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 651.

⁵⁷⁸ Così, FABIANI M., *op. ult. cit.*, 27; RECCHIONI S., Sub *art. 26*, cit., 651; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 422.

⁵⁷⁹ TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 422; FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 27.

⁵⁸⁰ Tanto nella formulazione del 2006, quanto in quella del 2007, è prevista la possibilità di delega, da parte del collegio, al giudice relatore in ordine all'assunzione dei mezzi di prova. MANTOVANI F., *Commento all'art. 26*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 214 ss., segnala che mentre il procedimento di cui all'art. 26 l. fall. resta in ogni sua fase di competenza collegiale (con la sola citata esclusione della delega all'assunzione dei mezzi di prova), invece il procedimento *ex art. 99 l. fall.* reca una forma di delega che investe la trattazione dell'intero procedimento (tranne la decisione, necessariamente collegiale), secondo la previsione introdotta già con la riforma del 2006.

Residuano dubbi ancora oggi, inoltre, in ordine a questioni che non sono state oggetto di specifica disciplina da parte del legislatore della riforma: è il caso, tra gli altri, dell'istituto della contumacia.

Con riguardo, poi, alla raccolta del materiale probatorio da parte del collegio, del quale il giudice deve tener conto ai fini della decisione, l'art. 26 prevede - con formula sostanzialmente identica a quella inserita nel nuovo art. 18 l. fall.- che il giudice del reclamo assuma «*anche d'ufficio i mezzi di prova*»⁵⁸¹.

È stato puntualmente rilevato⁵⁸², al riguardo, come significativo sia stato il passaggio, sul punto, dalla formula impiegata dal legislatore del 2006, «il collegio ... assume, anche d'ufficio, le informazioni ritenute necessarie», a quella attuale, scelta dal legislatore del “correttivo” 2007.

Tale autentico cambio di rotta del legislatore, infatti, segna il distacco dalla raccolta di informazioni ritenute necessarie, ossia da un modello proprio di altri «procedimenti deformalizzati», come quello camerale o cautelare; l'approdo, quindi, alla formula, e con essa al modello, dell'assunzione, anche d'ufficio, dei mezzi di prova, è momento determinante al fine di offrire del procedimento regolato dall'art. 26 una nuova lettura.

Segnatamente, si reputa che non vi sia più spazio per qualificare la cognizione di tale reclamo come sommaria – ossia, parziale e/o superficiale – dovendosi invece valorizzare le nuove potenzialità del procedimento, idoneo a esprimere una cognizione piena, ancorché non ordinaria ma speciale⁵⁸³.

⁵⁸¹ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 651; FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 27; MANTOVANI F., *Commento all'art. 26, Disposizioni integrative e correttive*, cit., 98.

⁵⁸² RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 651; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 421; SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 473; MANTOVANI F., *Commento all'art. 26, Disposizioni integrative e correttive*, cit., 98.

⁵⁸³ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 651 ss. Secondo CECHELLA C., *Il Diritto Fallimentare Riformato*, cit., 139 ss., l'intervento del “d. correttivo” 2007, sulla scia di quello operato nel 2006, trasforma sensibilmente il rito camerale sino a renderlo più conforme a un *rito a cognizione piena speciale*. Secondo l'A., quindi, il sistema fallimentare del 2007 adotta un rito camerale ambiguo, in cui il rito è assoggettato a un modello ibrido che molto si avvicina a quello ordinario (di fatto introducendo un ennesimo rito speciale). L'A. evidenzia, pertanto, la irrazionalità del sistema, con la sua frammentazione dei riti (pluralità di riti speciali a cognizione piena), che impone di includere i

Quanto alla verifica della sussistenza di un diritto delle parti di concorrere alla formazione della prova, si rileva che tale punto pare assodato e indiscusso, alla luce dello stesso art. 26, nella parte in cui - nel contenuto degli atti difensivi introduttivi - esplicitamente chiarisce che le parti possano indicare le prove: e indicare le prove, secondo la dottrina, non può che voler dire che le parti hanno diritto di formulare istanze istruttorie sulle quali il giudice ha l'obbligo di provvedere⁵⁸⁴.

Siffatta conclusione, inoltre, risulterebbe anche rafforzata dall'utilizzo del termine «anche», che consentirebbe di affermare che la formazione delle prove è sicuramente affidata alle parti e senza alcuna limitazione quanto al singolo mezzo di prova⁵⁸⁵.

Ebbene, una volta stabilito che le parti hanno diritto di concorrere alla formazione della prova, il punto più delicato si rivela quello per cui va riconosciuto loro anche il diritto, sebbene non espressamente indicato⁵⁸⁶, a contraddire sul risultato della prova da loro richiesta e a contraddire sull'ammissione della prova officiosa⁵⁸⁷.

Ad ogni modo, a seguito dell'assunzione della prova, va attribuito alle parti il diritto di poter formulare osservazioni, deduzioni e contestazioni sul risultato della prova, e ciò prima che il collegio assuma la decisione. Nel caso in cui siffatto diritto fosse negato, non si

reclami di cui all'art. 26 l. fall. (almeno dopo il 2007) nell'ambito dei riti camerale ibridi, anche in materia concorsuale, che aprirebbero uno svolgimento analogo in concreto a un processo a cognizione piena con rito speciale (mentre il reclamo ex art. 36 seguirebbe forme camerale pure, secondo lo scheletrico modello codicistico di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c.). *Contra*, CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 1271 ss.

⁵⁸⁴ FABIANI M., *op. ult. cit.*, 27 ss.

⁵⁸⁵ ID., *op. ult. cit.*, 28; BONFATTI S., CENSONI P.F., *Disposizioni correttive – Appendice al Manuale di Diritto fallimentare*, Padova, 2008, 71; TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 156.

⁵⁸⁶ FABIANI M., *op. ult. cit.*, 28, secondo cui il diritto delle parti a svolgere difese sul risultato della prova non è testualmente previsto in ragione di una precisa scelta: nell'adozione del modello processuale camerale, si sarebbero voluti irrobustire gli adempimenti connessi alla fase introduttiva del giudizio, ma altrettanto non si è voluto fare con riguardo allo sviluppo delle fasi successive, affidate alla discrezionalità del collegio.

⁵⁸⁷ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 651 ss.; FABIANI M., *op. ult. cit.*, 28; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 204.

potrebbe neanche discorrere di sussistenza di un diritto alla prova, atteso che tale diritto si attegna a corollario del diritto di difesa costituzionalmente garantito⁵⁸⁸.

Medesimo fondamento, dunque, deve essere accordato al diritto delle parti di contraddire in ordine alle scelte del giudice di disporre, d'ufficio, mezzi istruttori, nonché sull'esito della prova disposta officiosamente⁵⁸⁹; l'art. 183, 8° co., c.p.c., infatti, esprime un principio di carattere generale, secondo la quale ciascuna parte ha il diritto di replicare e dedurre nuovi mezzi di prova in relazione a quelli immessi nel processo dal giudice⁵⁹⁰. Quindi, pur non intendendo importare in sede fallimentare il modello del processo ordinario di cognizione, si tratta comunque di prendere atto che la norma recata dall'art. 183, 8° co.,

⁵⁸⁸ Su tale aspetto, v., fra gli altri, PATTI S., *Le prove*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010, 83 ss., il quale ribadisce che a ciascuna parte debba essere garantito non soltanto il diritto di fornire la prova dei fatti che ritiene a sé favorevoli, ma anche il diritto del contraddittorio sulle prove. L'A., inoltre, esclude che ragioni di economia processuale possano consentire limitazioni all'esercizio del diritto alla prova, per via della rilevanza costituzionale accordata a tale principio (quale corollario del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.).

⁵⁸⁹ SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 474.

⁵⁹⁰ Sul punto, v., per tutti, CAVALLINI C., *Il nuovo art. 183 c.p.c. e la riforma della trattazione della causa*, cit., 241 ss. L'Autore, a proposito di poteri istruttori officiosi e contraddittorio, rileva che a seguito della Riforma dettata per il processo civile dalla legge n. 263/05, l'8° co. dell'art. 183 c.p.c. prevede che l'iniziativa probatoria officiosa, disposta dal giudice con l'ordinanza istruttoria, richieda un contraddittorio completo. In tale ordinanza, infatti, il giudice può assegnare alle parti un termine perentorio per la formulazione di «mezzi di prova che si rendano necessari ai primi», «nonché di depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio assegnato dal giudice, che si riserva di provvedere ai sensi del settimo comma». Si sottolinea, al riguardo, che tali termini sono assegnati dal giudice in ogni caso, e non su richiesta di almeno una delle parti, ai fini dell'attuazione del contraddittorio conseguente all'esercizio dei poteri istruttori del giudice. Le memorie istruttorie di replica, quindi, sono destinate alla valutazione di parte in ordine alla rilevanza dei mezzi di prova dedotti in conseguenza dell'esercizio dei poteri istruttori officiosi (anche con riferimento al contenuto della «prima» ordinanza istruttoria, e pur sempre preordinate a influire sulla pronuncia della «seconda» ordinanza). Sembra così da escludersi che la disposizione d'ufficio della prova testimoniale, ex art. 281 *ter* c.p.c., possa essere esercitata nell'udienza fissata per la mera assunzione delle prove costituenti (art. 184 c.p.c.): se così fosse, infatti, la fase istruttoria dovrebbe «tornare sui propri passi», al fine di consentire alle parti tanto le deduzioni di prova reputate necessarie rispetto alla testimonianza disposta d'ufficio, quanto le stesse memorie di replica in ordine all'ammissibilità e rilevanza del mezzo stesso. E dovrebbe seguire un'ulteriore ordinanza istruttoria, sull'ammissione di tali prove e la fissazione di un'ulteriore udienza diretta all'assunzione delle stesse. Risulta comunque ridisegnato l'esercizio dei poteri istruttori officiosi, nel rinnovato disegno della trattazione della causa. L'A. rileva che sarebbe stato opportuno un intervento normativo sull'art. 281 *ter*, tale da semplificare il rigoroso contraddittorio sulla prova officiosa nella peculiare situazione di un mezzo istruttorio disposto a integrazione di quelli dedotti dalle parti, e quindi utilizzabile anche a istruzione esaurita.

c.p.c., esprime un principio di carattere generale, che come tale va esteso a tutti i riti e a tutti i modelli dibattimentali.

Naturalmente, la maggiore attenzione al rispetto delle garanzie potrebbe provocare un certo rallentamento dei tempi di definizione del procedimento, ma a tale esigenza dovrebbe poter accordare adeguata soluzione l'ampia sfera di poteri discrezionali assegnata al giudice del reclamo, idonea a contemperare, nel giusto punto di equilibrio, le esigenze di efficienza e quelle di garanzia.

Tale superiore notazione, tuttavia, merita di essere esplicitata: va infatti precisato che tali ampi poteri discrezionali riconosciuti al giudice del reclamo si riflettono esclusivamente sulla possibilità di scandire tempi e modi del procedimento secondo le esigenze del caso concreto. Ma la struttura camerale del reclamo, però, non comporta in alcuno modo la obliterazione, anche solo parziale, del fondamentale principio della domanda.

Ne discende che il procedimento in esame deve confermarsi, una volta di più, per nulla qualificabile come inquisitorio⁵⁹¹: basti considerare che la formazione del *thema decidendum* sfugge all'iniziativa, anche soltanto parziale, del giudice.

L'oggetto del reclamo è, e resta, «la verifica della esattezza - o della opportunità - del provvedimento impugnato»⁵⁹².

La officiosità, tuttavia, pare che possa rilevare sul fronte delle prove: sembrerebbe, stando al dato testuale, che l'assunzione delle prove - e non già l'ammissione delle stesse - possa avvenire d'ufficio⁵⁹³. Dalla lettera della legge, quindi, il giudice, in via officiosa, potrebbe assumere una prova richiesta dalle parti negli atti introduttivi e poi non sollecitata

⁵⁹¹ FERRI C., Sub art. 26, 515; FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 28-29, secondo cui pur permanendo, anche a seguito della riforma, la complessità e pluralità degli interessi coinvolti come dato caratterizzante il fallimento, e con esso, molti istituti della legge fallimentare, non per questo deve concludersi in ordine al perdurare dei profili di diffusa officiosità prima riconoscibili: d'altronde, se non ha più natura officiosa il procedimento per la dichiarazione di fallimento – dato che la officiosità è relegata in ambito istruttorio - non vi è alcuna ragione per reputare che la officiosità continui a permeare di sé il procedimento di reclamo *ex art. 26*.

⁵⁹² Testualmente, FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 28.

⁵⁹³ TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 421; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 204; PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, cit., 143.

nel corso dell'udienza (perché, ad esempio, quella parte non è comparsa). A seguire siffatta linea esegetica, la norma si atteggierebbe a deroga rispetto a quella dell'art. 208 c.p.c.; il collegio, pertanto, potrebbe avvalersi del catalogo dei mezzi di prova officiosi, ricavabile dal Codice di rito⁵⁹⁴.

Prima di giungere a tale conclusione, però, occorre valorizzare adeguatamente le implicazioni che reca con sé l'affermata qualificazione del reclamo come procedimento camerale. La natura camerale del procedimento, infatti, comporta che l'intera fase istruttoria sarebbe governata, anche, dal regime di cui all'art. 738 c.p.c., che, in ultima istanza, consente al collegio di «assumere informazioni». Ma tale formula, tolta dall'art. 738 c.p.c., pone non pochi problemi allorché le forme generali del procedimento camerale sono richiamate per risolvere controversie su diritti soggettivi, in assenza di opportuni adattamenti⁵⁹⁵. Le parti, come detto, hanno diritto di concorrere alla formazione della prova; rispetto a tale punto fermo, l'eventuale attribuzione al giudice del potere di chiedere informazioni si pone, quindi, come strumento soltanto additivo di conoscenza del fatto oggetto della lite⁵⁹⁶.

Se allora, pertanto, il giudice del reclamo ha il potere di assumere informazioni per completare il novero degli elementi sui quali successivamente fondare la decisione, è opportuno valutare in che cosa queste informazioni consistano; in particolare, se debbano essere ricondotte a ordini di esibizione di documenti (senza il rispetto delle regole di cui all'art. 210 c.p.c.), oppure se possano dar luogo anche a richieste di assunzione di informative da parte di soggetti diversi da quelli individuati dalle parti come possibili testimoni.

In tale contesto, occorre la formazione del materiale probatorio non sia “inquinata” da materiale che, pervenuto sotto la veste di informazioni, si riveli in realtà quantomeno variegato in punto di novità di fatti, tenuto conto che le iniziative istruttorie *ex officio* possono appuntarsi solo verso un accertamento di fatti che le parti abbiano già introdotto nel processo,

⁵⁹⁴ FABIANI M., *op. ult. cit.*, 29.

⁵⁹⁵ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 651 ss.

⁵⁹⁶ ID., *Sub art. 26*, cit., 651 ss.. Contrari al ricorso ai mezzi di prova deformalizzati, per acquisire comunque conoscenze e informazioni: TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 421 ss.; MANTOVANI F., *Commento all'art. 26, Disposizioni integrative e correttive*, cit., 98.

senza possibilità alcuna di andare alla ricerca di fatti diversi: in definitiva, «la diversità può attenere solo alle fonti di prova e mai ai fatti da provare»⁵⁹⁷.

Al riguardo, è punto controverso in dottrina se sia consentito al giudice del reclamo porre a fondamento della propria decisione il contenuto del fascicolo fallimentare (e i documenti prodotti in funzione della pronuncia del provvedimento poi impugnato *ex art. 26*), senza che sia necessario averne disposto la previa e formale acquisizione nel procedimento di reclamo⁵⁹⁸.

Nel vigore della disciplina previgente, la giurisprudenza aveva risolto tali problemi stabilendo che i documenti allegati alle istanze e ai ricorsi sui quali aveva provveduto il giudice delegato, nonché talvolta l'intero fascicolo fallimentare, fossero da considerare normalmente acquisiti al materiale probatorio del procedimento di reclamo, ancorché su di essi non si fosse formato il contraddittorio.

Soltanto successivamente si è affermata la distinzione, al riguardo, tra l'acquisizione degli atti della fase di prime cure, da un lato, e l'acquisizione del fascicolo fallimentare, dall'altro.

Si è quindi evidenziato con precisione che altro è consentire al giudice del reclamo di esaminare gli atti già valutati dal giudice di prime cure, in base al principio per cui il fascicolo del processo oggetto di riesame è di diritto acquisito al processo di impugnazione; altro, invece, è consentire che il giudice del reclamo possa scegliere il materiale sul quale fondare la decisione, andandolo a prelevare dal fascicolo della procedura⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ FABIANI M., *op. ult. cit.*, 30; RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 652; PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, cit., 143.

⁵⁹⁸ Contrari, nel senso di escluderne l'utilizzo, da parte del collegio, in difetto di una sua formale acquisizione agli atti del processo di reclamo: RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 654; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 422; FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 16 ss.; SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 474. Favorevole, invece, MANTOVANI F., *Commento all'art. 26, Disposizioni integrative e correttive*, cit., 98, in ragione della collocazione di tale momento impugnatorio, il reclamo, in ambito endoprocedimentale e dunque quale mero incidente di una procedura che manterrebbe la propria unitarietà.

⁵⁹⁹ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 654; SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 474; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 422.

La stessa dinamica della procedura fallimentare presuppone che vi sia una continua sequenza di atti inseriti nel fascicolo, sicché non sarebbe possibile conoscere, preventivamente, quali siano gli atti oggetto di valutazione da parte del giudice del reclamo e se questi atti siano stati conosciuti dalle parti. Da qui l'esigenza, segnalata dalla dottrina dominante, di un provvedimento formale di acquisizione del fascicolo fallimentare, nel quale si precisi che sono destinati a far parte del materiale probatorio gli atti della procedura compiuti sino a una certa data.

In alcun modo risulta ammissibile, quindi, una ricerca di fonti di prova su fatti che non siano già stati acquisiti agli atti del processo⁶⁰⁰.

Il giudice, dunque, può porre a fondamento della propria decisione soltanto i fatti provati dalle parti; e la regola di giudizio può derivare anche solo dal ricorso al principio della ripartizione dell'*onus probandi*, atteso che il potere assegnato al giudice di avviare iniziative istruttorie officiose, introducendo ulteriori mezzi di prova trova il fine, ma anche il limite, nel completamento del materiale probatorio dedotto dalle parti⁶⁰¹.

Quanto alla latitudine da attribuire al termine «informazioni», l'esperienza maturata in materia di procedimenti in camera di consiglio induce ad intendere quella formula con la massima duttilità, di guisa che non può essere esclusa a priori l'ammissibilità di prove testimoniali, del ricorso alla consulenza tecnica⁶⁰²; così, e per converso, neanche può essere escluso il ricorso a mezzi di prova del tutto estranei alla logica del processo di cognizione⁶⁰³.

Si è quindi rilevato che il vero problema potrebbe essere quello della inadeguatezza di un modello, quello camerale, che non veda le parti in grado di condizionare lo sviluppo istruttorio del procedimento. Proprio ora che alle parti del reclamo è riconosciuto il diritto di concorrere alla formazione della prova, il pericolo potrebbe annidarsi nell'attribuzione al

⁶⁰⁰ SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, cit., 474.

⁶⁰¹ PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, cit., 143; FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 30.

⁶⁰² BONFATTI S., CENSONI P.F., *Disposizioni correttive*, cit., 10.

⁶⁰³ FABIANI M., *op. ult. cit.*, 30-31.

collegio di poteri illimitati; il che potrebbe risolversi, di fatto, in una negazione di quel diritto alla prova appena affermato in capo alle medesime parti⁶⁰⁴.

10. La fase di decisione. - L'ultimo comma dell'art. 26 stabilisce, in chiusura di disciplina, che nel termine di trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti il collegio sia chiamato a provvedere con decreto *motivato*⁶⁰⁵.

Il contenuto della relativa pronunzia, naturalmente sostitutiva di quella di prime cure⁶⁰⁶, potrà essere di conferma, modifica o revoca del provvedimento reclamato⁶⁰⁷.

Tuttavia, si reputa di escludere la possibilità che la decisione possa contenere una *reformatio in pejus* ai danni del reclamante, dovendosi escludere, alla luce della riforma, qualsivoglia potere *inquisitorio* in capo al giudice del reclamo⁶⁰⁸.

Parte della dottrina ha manifestato una certa insoddisfazione verso la disciplina compendiata nell'ult. co. della norma, rilevando che il passaggio dalla fase dell'istruzione a quella della decisione fosse stato regolato alquanto frettolosamente⁶⁰⁹.

Si noti che qualora il procedimento, com'è verosimile che in effetti accada, si dovesse articolare in più udienze, si sostiene che il termine di trenta giorni per provvedere decorra dall'ultima udienza e quindi non da quella di comparizione delle parti; tuttavia, nel caso in cui il giudice conceda alle parti termine per il deposito di memorie conclusive, si reputa che il

⁶⁰⁴ FABIANI M., *op. ult. cit.*, 30-31.

⁶⁰⁵ FERRI C., *Sub art. 26*, cit., 516, il quale evidenzia come l'obbligo di motivazione del decreto sia un'autentica novità rispetto alla disciplina previgente. TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 423.

⁶⁰⁶ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 642 ss., 655 ss.

⁶⁰⁷ La forma e i tempi della decisione, peraltro, sono rimasti invariati, rispetto a quelli introdotti nel 2006, anche a seguito del "d. correttivo" del 2007.

⁶⁰⁸ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 642 ss., 656.

⁶⁰⁹ «In modo sbrigativo», secondo FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, cit., 31.

termine di trenta giorni per provvedere debba decorrere dalla scadenza fissata per il deposito⁶¹⁰.

In ogni caso, pare acclarato che la inosservanza, da parte del collegio, di siffatto termine di trenta giorni - avente natura per lo più sollecitatoria - non determini conseguenze sul piano processuale⁶¹¹.

Al momento della pronuncia del decreto motivato, poi, il giudice del reclamo regolerà anche il profilo delle spese di lite, in ragione del suo dovere di provvedere in tal senso in caso di parti contrapposte⁶¹².

Attenta dottrina⁶¹³ - sebbene il dato testuale dell'art. 26 si limiti a prevedere che il reclamo possa chiudersi con una conferma, modifica o revoca del provvedimento primario - segnala che ben potranno darsi ipotesi di inammissibilità-improcedibilità o, più in generale, invalidità del reclamo fallimentare.

Il fatto che il reclamo in esame spieghi effetto devolutivo automatico, nonché pienamente sostitutivo del provvedimento primario, ha indotto ad escludere la configurabilità del rinvio del procedimento al giudice di prime cure: sicché, risultano inapplicabili le ipotesi previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c., contenenti il rinvio al primo giudice da parte del giudice dell'impugnazione⁶¹⁴.

⁶¹⁰ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 423; PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 204; PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, cit., 143.

⁶¹¹ FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*; PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, cit., 143; TRISORIO LIUZZI G., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, cit., 423.

⁶¹² In dottrina, RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 659, FABIANI M., *op. loc. ult. cit.*; in giurisprudenza, da ultimo, Cass., 12 maggio 2010, n. 11503, che sulla scia dell'orientamento consolidato (v. Cass. n. 403 del 2010 Cass., 11320 del 2007; Cass., 1856 del 2006; Cass., 7644 del 2005; Cass., 1343 del 2003; Cass., 6365 del 2001) e decidendo un reclamo *ex art. 26 l. fall.*, ribadisce la legittimità della condanna alle spese di giudizio «nel procedimento promosso in sede di reclamo nell'ambito della volontaria giurisdizione, atteso che ivi si profila comunque un conflitto tra parte impugnante e parte destinataria del reclamo, la cui soluzione implica una soccombenza che resta sottoposta alle regole dettate dall'art. 91 c.p.c. e segg.».

⁶¹³ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 656, secondo cui, a titolo di esempio, sarà inammissibile-invalido il reclamo (principale come incidentale) proposto dal non legittimato, in assenza di soccombenza, oltre il termine di proponibilità, per difetto di procura alle liti, a giudice incompetente, ecc.

⁶¹⁴ RECCHIONI S., *Sub art. 26*, cit., 657.

In tutti i casi in cui la censura dedotta con il reclamo abbia carattere strettamente processuale, nell'ipotesi di accoglimento il giudice del reclamo dovrà limitarsi alla mera caducazione del provvedimento reclamato, sicché del reclamo risalterà la propria funzione di impugnazione solo rescidente⁶¹⁵.

Parte della dottrina, poi, sul presupposto della natura impugnatoria del reclamo in esame, reputa applicabile al decreto di riforma le norme recate dagli artt. 336, 1° e 2° co., c.p.c., come noto regolanti l'effetto espansivo interno ed esterno della sentenza di riforma o cassazione⁶¹⁶.

11. Correzione dei provvedimenti. – La norma recata dall'art. 287 c.p.c. (rubricata «Casi di correzione») stabilisce, in particolare, che in caso di errori materiali, di calcolo o di omissioni, per le sentenze non appellate e le ordinanze non revocabili, la correzione potrà avvenire tramite lo specifico procedimento regolato dagli artt. 287 e ss. c.p.c.

Ne discende, per quanto ci concerne, che siffatto procedimento di correzione si pone come eccezionale e residuale rispetto all'ipotesi generale della revocabilità e della pendenza del reclamo, meccanismi entrambi idonei ad assicurare la modifica, in termini di “correzione”, del provvedimento.

Quindi, per i provvedimenti endofallimentari, primari e secondari, ove revocabili, la correzione potrà essere espletata in sede di revoca; per quelli «primari», in via alternativa, la correzione potrà avvenire in sede di reclamo, se tempestivamente proposto.

Per i provvedimenti non revocabili, dunque, la correzione potrà avvenire in sede di reclamo (per quelli «primari»), oppure (per quelli «secondari» o nel caso in cui sia decorso il termine per reclamare) tramite l'utilizzo del procedimento di cui agli artt. 287 e ss. c.p.c.⁶¹⁷

⁶¹⁵ FERRI C., Sub art. 26, cit., 513; TRISORIO LIUZZI G., *op. ult. cit.*, 406; TEDESCHI G.U., *op. cit.*, 215.

⁶¹⁶ Al riguardo, v. *amplius*: RECCHIONI S., *op. ult. cit.*, 660, nonché sul funzionamento della norma, ID., *Pregiudizialità processuale*, cit., spec. 510 ss.

⁶¹⁷ In dottrina, già RECCHIONI S., Sub art. 26, cit., 662. Tale eventualità, peraltro, era ammessa da tempo in giurisprudenza: v. Cass., n. 1440 del 1974.

BIBLIOGRAFIA

ALLORIO E., *Saggio polemico sulla « giurisdizione » volontaria*, ripubblicato in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 3;

ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 1;

ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 247;

ALLORIO E., COLESANTI V., *Esecuzione forzata (dir. proc. civ)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, 724;

ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 1 e 184;

ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957;

ANDRIOLI V., *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XVI, Milano, 1967, 264;

ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979;

ANDRONIO A., *Sub art. 111 Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Sez. II, Torino, 2006, 2099;

APICE U., MANCINELLI S., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008;

ARIETA G., *Procedimenti in camera di consiglio*, in *Digesto*, 4° ed., XIV, Torino, 1996, 435;

BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001;

BIANCHI D'ESPINOSA L., *Provvedimenti di «volontaria giurisdizione» in materia fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 193;

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

BONFATTI S., CENSONI P.F., *Manuale di Diritto fallimentare*, 2° ed., Padova, 2007;

BONFATTI S., CENSONI P.F., *Disposizioni correttive – Appendice al Manuale di Diritto fallimentare*, Padova, 2008;

BONGIORNO G., *I provvedimenti del tribunale fallimentare*, Milano, 1979;

- BONSIGNORI A., *Il fallimento*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1986;
- BORRÈ G., *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, 137;
- BOVE M., *Rito camerale e "giusto processo regolato dalla legge" (a proposito dell'ordinanza della corte d'appello di Genova del 4 gennaio 2001)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 403;
- BRUNETTI A., *Lezioni sul fallimento*, Padova, 1937;
- CAIAFA A., *Le nuove regole delle procedure concorsuali: la legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2007;
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1942;
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, ripubblicata in *Opere giuridiche*, vol. 6 e 7, Napoli, 1976;
- CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile*, in *Nov. Dig. It.*, II, Torino, 1957, 1067;
- CARNACINI T., *Le norme sui procedimenti di giurisdizione volontaria: come nacquero e come riformarle*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 593;
- CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in on. di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, 695;
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3° ed., Roma, 1942;
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1929;
- CARNELUTTI F., *Revoca del decreto pronunciato dal giudice di appello in tema di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 315;
- CARNELUTTI F., *Rimedi contro il provvedimento di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 666;
- CARNELUTTI F., *Disapplicazione dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 622;
- CARPI F., COLESANTI V., TARUFFO M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 1988;

CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti (parte seconda)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4, 1271;

CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, in *Commentario SCIALOJA-BRANCA, BRICOLA F.-GALGANO F.-SANTINI G.* (a cura di), *Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1977;

CASILLI A., *Sub art. 114*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 1605;

CAVALAGLIO A., *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali (Parte prima: la disciplina previgente)*, in *Dir. fall.*, 2010, 3-4, 449;

CAVALLINI C., *Il nuovo art. 183 c.p.c. e la riforma della trattazione della causa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 241;

CAVALLINI C., *Il nuovo procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *www.judicium.it* (studio destinato al *Commentario alla riforma del diritto fallimentare*, a cura di CAVALLINI C.);

CAVALLINI C., *I poteri dell'interventore principale nel processo di cognizione*, Padova, 1998;

CAVALLINI C., *Le nuove norme sul procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 731;

CAVALLINI C., *Formazione ed impugnazione dello stato passivo: poteri processuali del creditore*, in *Fall.*, 2009, 693;

CECHELLA C., *Il Diritto Fallimentare Riformato*, Milano, 2007;

CELOTTO A., *Sub art. 3, 1° co., Cost.*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 65;

CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 431;

CERINO CANOVA A., *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*, III, Milano, 1979, 1853;

CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.

CHIARLONI S., *Giusto processo e fallimento*, in *Fall.*, 2002, 3, 257;

CHIARLONI S., CONSOLO C., *Passato e futuro del Libro IV c.p.c.*, in *Giur it*, 2006;

CHIMENTI S., *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi*, in VITALONE V, CHIMENTI S., RIEDI R., *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, 194;

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile. I concetti fondamentali, la dottrina delle azioni*, Napoli, 1935;

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, 3° ed., Napoli, 1923;

CHIOVENDA G., *Sulla cosa giudicata*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, 399, Milano, 1993;

CHIOVENDA G., *Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti emessi dal Tribunale in base all'articolo 153 del Codice di commercio*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, 1993, 311;

CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994;

CHIZZINI A., *L'intervento adesivo. I: Premesse generali*, Padova, 1991;

CHIZZINI A., *L'intervento adesivo. II: Struttura e funzione*, Padova, 1992;

CIPRIANI F., *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 189;

CIVININI M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, 1994;

COLESANTI V., *Variazioni sul tema dell'efficacia dei provvedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 121;

COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 577;

COMOGLIO L.P., FERRI C., TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995;

COMOGLIO L.P., *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719;

COMOGLIO L.P., *Contraddittorio*, in *Digesto Disc. priv. Sez. civ.*, IV, 4° ed., Torino, 1989, 1;

CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2° ed., Padova, 2008;

CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1985;

CORSINI F., *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002;

- COSTANTINO G., *Il giusto processo*, in *Fall.*, 2002, 3, 244;
- COSTANTINO G., *Opposizione a stato passivo e giusto processo*, in *Fall.*, 2003, 2, 126;
- COSTANTINO G., *Profili processuali della delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, 9, 995;
- DENTI V., *Poteri del giudice*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1957, 489;
- DENTI V., *La giustizia civile*, Padova, 1989;
- DE VIRGILIIS G.C., *Il fascino discreto del decreto di acquisizione*, in *Dir. Fall.*, 2003, 3, 408;
- FABIANI M., *Giusto processo e ruolo del giudice delegato*, in *Fall.*, 2002, 3, 271;
- FABIANI M., *Terzietà del giudice fallimentare: sintonie e asimmetrie fra Consulta e legislatore*, in *Foro it.*, 2006, I, 639;
- FABIANI M., *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 225;
- FABIANI M., *Il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, in JORIO A.-FABIANI M. (diretto da e coordinato da), *Aggiornamento - Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 16;
- FABIANI M., *Legge fallimentare riformata e presunta competitività dell'impresa*, in *Foro it.*, 2006, V-8, I, 173 ss.;
- FAZZALARI E., *Il processo ordinario di cognizione*, in *Il processo civile* (diretto da ID.), Torino, 1989;
- FAZZALARI E., *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 426;
- FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953;
- FAZZALARI E., *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XIX, Milano, 1970 330;
- FAZZALARI E., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova 1995;
- FAZZALARI E., *Processo civile (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 118;
- FAZZALARI E., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, 1970, 819;

- FAZZALARI E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1304;
- FERRI C., *I provvedimenti del giudice delegato e l'art. 26 della legge fallimentare*, Milano, 1986;
- FERRI C., *Aspetti processuali e organi delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, 9, 988;
- FERRI C., *Sub art. 26*, in JORIO A. (a cura di) e FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, I, 494 ss.;
- FERRI C., *Gli organi del fallimento*, in *Fall.*, 2006, 1225;
- FERRI C., *La tutela giurisdizionale nel progetto di riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, 6, 607 (Convegno Nazionale di Studi – Alba, 29 Novembre 2003);
- FERRI C., *Sull'identificazione del provvedimento decisorio nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 4, 944;
- FERRI C., *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 961;
- FERRI C., *La formazione dello stato passivo nel fallimento: procedimento di primo grado e impugnazioni*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 5, 1253;
- FERRI L., *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 197;
- GIANNOZZI G., *Il reclamo nel processo civile*, Milano, 1968, 80.
- GIORGETTI M., CLEMENTE F. (a cura di), *La legge fallimentare commentata*, Milano, 2007;
- GRASSO E., *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 35;
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008;
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, 3° ed., Milano, 1979;
- LANFRANCHI L., *La tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982;
- LANFRANCHI L., *I rimedi endofallimentari*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1066;
- LANFRANCHI L., *Procedure concorsuali e tutela dei diritti*, Milano, 1988;
- LANFRANCHI L. (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, 2001;
- LANFRANCHI L., *La roccia non incrinata*, Torino, 2004;

- LANFRANCHI L., *Civile giurisdizione e procedure concorsuali*, in *Corr. giur.*, 2007, 6, 877;
- LIEBMAN E.T., *Limiti alla domanda di revoca di decreto «volontario»*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 455;
- LIEBMAN E.T., *La contestazione dei crediti nel fallimento*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 396;
- LIEBMAN E.T., *Impugnazione in sede contenziosa del provvedimento di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 95 e in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 445;
- LIEBMAN E.T., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio*, in *Foro it.*, 1948, I, 327 e in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 448;
- LIEBMAN E.T., *Nuove questioni sulla revoca dei decreti «volontari»*, nota ad App. Milano 30 aprile 1957, in *Giur. it.*, 1958, I, 2, 490 e in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 461;
- LIEBMAN E.T., *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1952;
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile: principi*, 7° ed., a cura di COLESANTI V., MERLIN E., RICCI E.F., Milano 2007;
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, 4° ed., Milano 1980;
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4° ed., Milano, 1981;
- LIEBMAN E.T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935;
- LIEBMAN E.T., *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931;
- LO CASCIO G., *Composizione del collegio e partecipazione del giudice delegato*, in *Fall.*, 1999, 2, 145;
- LO CASCIO G., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007;
- LO CASCIO G., *Organi del fallimento e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 4, 2008, 369;
- LUGARO, *Riusciranno i nostri giudici a decifrare il rebus dell'art. 26 l. fall.?*, in *Fall.*, 1984, 1188;
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2000;

- LUISO F.P., *Il giudice delegato: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993;
- MACRÌ U., *I reclami endofallimentari*, in CELENTANO P., FORGILLO E. (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, 381;
- MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000;
- MALTESE D., *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di tutela di diritti soggettivi*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 127;
- MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967;
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2002;
- MANNA F., *Il reclamo fallimentare e il suo giudicato*, in *Fall.*, 2007, 5, 525;
- MANTOVANI F., *Commento all'art. 26*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 214;
- MANTOVANI F., *Commento all'art. 26*, in FERRO M. (a cura di), *Disposizioni integrative e correttive - La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2008, 96;
- MARTINELLI, *Diritto di difesa e impugnazione dei provvedimenti di liquidazione fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 497;
- MARTINETTO G., *I reclami contro i provvedimenti del giudice delegato e contro gli atti di amministrazione del curatore*, in *Dir. fall.*, 1968, I, 325;
- MENCHINI S., *Vicende del reclamo contro i decreti del giudice delegato: un travaglio da sanare*, in *Foro it.*, 1986, I, 1168;
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, Torino, 1988;
- MICHELI G.A., *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 526;
- MICHELI G.A., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, 981;
- MINOLI E., *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano, 1950;
- MONTELEONE G., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it., Appendice, I*, Torino, 1980, 986;

- MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 591;
- MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994;
- MONTESANO L., *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989;
- MONTESANO L., «*Dovuto processo*» su *diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 4, 915;
- MONTESANO L., ARIETA G., *Diritto processuale civile*, Torino, 1995;
- NARDO G.N., *Commento all'art. 26*, in SANTANGELI F. (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006;
- ORIANI R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987;
- PAGNI I., *Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare (e le nuove regole della tutela giurisdizionale)*, in *Fall.*, 2007, 2, 140;
- PAGNI I., *L'accertamento del passivo nella riforma della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2006, V-8, 188;
- PAGNI I., *Sub artt. 95 e 96*, in LO CASCIO G. (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008;
- PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, 7° ed., Milano, 2008;
- PATTI S., *Le prove*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010;
- PENTA A., *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, in *Dir. fall.*, 2010, 3-4, 286;
- PLENTEDA D., *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, in PANZANI L. (diretta da), *La riforma fallimentare*, Milano, 2008, 131;
- PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241;
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 2° ed., Napoli, 1996;
- PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393;
- PROTO PISANI A., *Parte, II. – Parte nel processo, a) dir. proc. civ.*, in *Enc. del dir.*, XXXI, Milano, 1981, 917;

- PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974;
- PUGLIESE G., *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1969, 785;
- RAGUSA MAGGIORE G., *Sull'impugnazione dei provvedimenti del giudice delegato*, in *Dir. fall.*, 1981, II, 229;
- RAGUSA MAGGIORE G., COSTA C. (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997;
- RECCHIONI S., Sub art. 26, in CAVALLINI C. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 597;
- RECCHIONI S., Sub art. 23, in CAVALLINI C. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 441;
- RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, in CHIARLONI S., CONSOLO C. (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, Torino, 2005;
- RECCHIONI S., *Revocazione delle sentenze della Cassazione: carenza di legittimazione del terzo ad impugnare anche nel giudizio elettorale*, in *Corr. Giur.*, 2001, 12, 1599;
- REDENTI E., VELLANI M., *Diritto processuale civile*, 5° ed., Milano, 2000;
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957;
- RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992;
- RICCI E.F., *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 93;
- RIGHETTI E., *Gli organi della procedura*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 89;
- RIGHETTI E., *Il giudice delegato*, in SCHIANO DI PEPE G. (a cura di), *Appendice di aggiornamento a Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2008;
- ROCCO AL., *L'interpretazione della legge processuale*, in *Archivio giur.*, 1906;
- ROLFI F., *Ancora sull'effetto di "giudicato endofallimentare" del decreto di esecutività dello stato passivo*, in *Fall.*, 2009, 2, 158;
- SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 981;

SALETTI A., *La formazione dello stato passivo: un tema in evoluzione*, reperibile sul sito www.judicium.it;

SANTANGELI F.(a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006;

SATTA S., *Le impugnazioni*, estratto dal *Commentario al codice di procedura civile*, libro II, parte II, Milano, 1962;

SATTA S., *Diritto fallimentare*, 2° ed., a cura di VACCARELLA R. e LUISO F.P., Padova, 1990;

SATTA S., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1953;

SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1967;

SATTA S., *Impugnazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 698;

SCANZANO, *I rimedi fallimentari. In particolare la vicenda giurisprudenziale (costituzionale e ordinaria) degli artt. 23 e 26 legge fallimentare*, in *Fall.*, 1989, 357;

SCARAFONI S., *I rapporti fra gli organi della procedura*, in DIDONE A. (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 371;

SCARSELLI G., *Brevi note sul giusto processo fallimentare*, in *Foro it.*, 2001, I, 113;

SCARSELLI G., *Procedimento prefallimentare e procedimenti in camera di consiglio*, in *Foro it.*, 2006, V-8, 180;

SCHETTINI I., *Esecutività e reclamabilità dei decreti del giudice delegato in relazione al controllo e ai limiti del tribunale*, in *Dir. fall.*, 1963, I, 57;

SILENZI L., *Revocabilità dei provvedimenti del Tribunale fallimentare ed altre note a margine di un caso concreto*, in *Monit. Trib.*, 1967, 178;

SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela dei diritti soggettivi nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 652;

SILVESTRINI A., *Sub art. 110*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 1539;

TARZIA G., *Problemi e prospettive della tutela dei diritti soggettivi nelle procedura concorsuali*, in *Fall.*, 1982, 461;

TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006;

TISCINI R., Sub *art. 26*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 350;

TOMEI G., *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 827;

TRAVI A., *Espropriazione forzata in genere*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992;

TRISORIO LIUZZI G., PAGNI I., *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, in FAUCEGLIA G., PANZANI L. (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 392;

VERDE G., CAPPONI B., *Profili del processo civile*, Napoli, 1998;

VITALONE V., *Gli organi del fallimento*, in VITALONE V., CHIMENTI S., RIEDI R., *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, 69;

ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006;

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, 8° ed., Milano, 1958;