

DIR. FALL.

IL DIRITTO FALLIMENTARE E DELLE SOCIETA' COMMERCIALI

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

GIÀ DIRETTA DA ITALO DE PICCOLI (1924-1940), RENZO PROVINCIALI (1941-1981),
ANGELO BONSIGNORI (1982-2000) E GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

DIREZIONE

GIROLAMO BONGIORNO, CONCETTO COSTA,
MASSIMO DI LAURO, ELENA FRASCAROLI SANTI,
BRUNO INZITARI, GIUSEPPE TERRANOVA, GUSTAVO VISENTINI



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI - PADOVA - 2013

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in Abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1,
comma 1 - DCB Milano - Pubblicazione bimestrale - Con I.P.

**CONTIENE
INDICI
DELL'ANNATA**

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI Civile
7 novembre 2012, n. 19280 (ord.)

Pres. PLENTEDA D. – Rel. CULTRERA M.R.
Sorgenia S.p.a. c. Fallimento Masterplez S.r.l.

Fallimento – Effetti sui rapporti giuridici preesistenti – Contratti pendenti – Somministrazione – Contratto pendente alla data della dichiarazione di fallimento – Contratto nuovo e medesimo contenuto – Autorizzazione – Non necessità.

(Artt. 35, 72, 74 L. n. 267/1942)

In caso di subentro del curatore in un contratto di somministrazione in luogo della società fallita non è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, anche in caso di sottoscrizione di un nuovo e diverso rapporto contrattuale, che presenta però le medesime condizioni del precedente. Peraltro, non essendo necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, ex art. 74 legge fallim., non può considerarsi contra legem l'ipotesi in cui tale autorizzazione sia stata comunque rilasciata; in tale ipotesi, non può essere esaminata, in sede di legittimità, la modalità così seguita, atteso che la stessa non va a spiegare incidenza alcuna nella prospettiva contrattuale ⁽¹⁾.

(¹) Il subentro del curatore nel contratto di somministrazione in caso di fallimento del somministrato.

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. – 2. La disciplina dei contratti di durata pendenti al momento della dichiarazione di fallimento. – 3. La disciplina degli atti di straordinaria amministrazione. – 4. Conclusioni.

1. *Il caso di specie.* – La sesta sezione della Corte di cassazione ⁽¹⁾ con la presente pronuncia ha dichiarato inammissibile in camera di consiglio un ricorso straordinario, ritenendo che i motivi esposti non evidenzino vizi del provvedimento censurabili in sede di legittimità.

L'impugnazione, proposta da una società fornitrice di energia elettrica, ha ad oggetto un decreto del Tribunale fallimentare, che ha rigettato un'opposizione allo stato passivo contro la qualificazione di un credito come chirografario e non prededucibile; a motivo della decisione il Tribunale adduceva la circostanza che il credito era sorto da un nuovo contratto di somministrazione, anche se il giudice delegato aveva autorizzato il curatore a concluderlo alle stesse condizioni di quello precedente.

Il ricorso si articola in tre motivi.

In primo luogo, la ricorrente denuncia l'errore in cui sarebbe incorso il Tribunale per aver ritenuto indispensabile l'autorizzazione del giudice delegato, al fine di dar corso al subentro nel contratto di somministrazione da parte del curatore.

In secondo luogo, la società indica un vizio di motivazione nel provvedimento del Tri-

⁽¹⁾ Sull'ordinanza in commento si veda: TARANTINO G., *Il subentro del curatore in un contratto in luogo del fallito non richiede (necessariamente) l'autorizzazione del giudice delegato*, in *Dir. e giustizia*, 2012, pag. 1022.

(*Omissis*)

RITENUTO IN FATTO E IN DIRITTO. – La Sogenia s.p.a. ha proposto dinnanzi al Tribunale di Firenze opposizione allo stato passivo del fallimento della società Masterplez dolendosi dell'ammissione in chirografo di un proprio credito per forniture di energia elettrica erogata anche prima del fallimento con contratto nel quale era subentrato il curatore fallimentare assertivamente assistito da prededuzione.

bunale, che ha considerato esistente tra le parti un nuovo contratto di fornitura di energia elettrica, nonostante il subentro del curatore alle stesse condizioni.

In terzo luogo la stessa lamenta il disconoscimento del valore di prova legale di un documento.

La Corte ritiene irrilevante la prima censura, perché la presenza del provvedimento autorizzativo, pur superfluo, non determinerebbe di per sé un vizio del negozio concluso; non prende in considerazione il secondo e terzo motivo, perché relativi ad apprezzamenti di merito incensurabili in cassazione, poiché adeguatamente motivati.

Questa pronuncia, che sembra ribadire nient'altro che il disposto legislativo, genera alcuni dubbi da sciogliere: innanzitutto, si deve distinguere tra un contratto concluso ma non ancora eseguito alla data della dichiarazione del fallimento ed un nuovo contratto, anche se stipulato alle stesse condizioni del precedente; infine, nella legge fallimentare non è riservato un differente trattamento ad un nuovo contratto ad esecuzione continuata o periodica a seconda che esso abbia o meno il contenuto di altro antecedente alla dichiarazione di fallimento.

2. *La disciplina dei contratti di durata pendenti al momento della dichiarazione di fallimento.* – L'art. 74 della legge fallim. è stato modificato dall'art. 61, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e dall'art. 4 del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169. Prima di quest'ultimo intervento legislativo, l'art. 74 si limitava a disciplinare le vendite a consegne ripartite e la somministrazione; attualmente la disposizione riguarda i tutti i contratti di durata.

I suddetti interventi legislativi hanno contemporaneamente coinvolto anche l'art. 72, a cui l'art. 74 rinviava espressamente: allo stato attuale, la norma contiene la disciplina generale dei rapporti pendenti ⁽²⁾.

Il nuovo art. 72 sancisce la regola della sospensione dei contratti in corso al momento della dichiarazione di fallimento. Il rapporto contrattuale rimane in stato di quiescenza fino a quando il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendone tutti i relativi obblighi; al contraente, dal canto suo, viene riconosciuta la possibilità di mettere in mora il curatore, presentando istanza al giudice delegato affinché gli assegni un termine (commi 1 e 2).

Presupposto necessario per applicare l'art. 72 è che il contratto concluso comporti ob-

⁽²⁾ In arg. v.: GUGLIELMUCCI, *Sub art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Torino, 2006, I, pag. 1117; VATTERMOLI, *Sub art. 72*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro-Sandulli, Torino, 2006, pag. 414; ID., *Sub art. 74*, *ivi*, pag. 458; GROSSI M.R., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2008, pag. 668; DI MARZIO, *I rapporti pendenti in generale*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Faucella-Panzani, II, Milano, 2009, pag. 725; IVONE, *I singoli contratti pendenti*, *ivi*, pag. 752; MEOLI-SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi, Padova, 2010, II, pag. 411; BERTINO, *Sub art. 74*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, II, pag. 421; FIENGO, *Sub art. 72*, *ivi*, pag. 345; APRILE-FERRO, *Sub art. 74*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2011; NARDO, *Sub art. 72*, *ivi*, pag. 828; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2012, pag. 190.

Il Tribunale ha disposto il rigetto dell'opposizione con decreto depositato il 1° dicembre 2010 che la Sogenia ha quindi impugnato con ricorso per cassazione affidato a tre motivi, cui ha resistito il curatore fallimentare con controricorso.

Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 74 legge fallim. Il Tribunale fallimentare sarebbe incorso nel denunciato errore per aver ritenuto indispensabile l'autorizzazione del giu-

blighi a carico di entrambe le parti e che queste non abbiano ancora eseguito o compiutamente eseguito il contratto. La norma non si applica ai contratti ad effetti reali quando abbia avuto luogo il trasferimento del diritto: in questo caso si deve ritenere che l'esecuzione sia già avvenuta, senza che abbia rilevanza l'effettiva consegna o meno del bene ⁽³⁾.

Con specifico riguardo ai contratti di durata, l'art. 74 detta un'unica disposizione speciale, in virtù della quale ove il curatore decidesse di subentrare nel contratto pendente, dovrebbero essere pagate per intero ed in prededuzione le obbligazioni del fallito corrispondenti al prezzo delle consegne già avvenute ovvero dei servizi già erogati. La *ratio* della norma, di analoga portata nel testo previgente, viene individuata ora nell'esigenza di paralizzare la facoltà del contraente adempiente di sospendere l'esecuzione delle future prestazioni, invocando gli inadempimenti pregressi ⁽⁴⁾, ora nell'unitarietà causale del contratto in esecuzione, quale ragione giustificativa della sottrazione del credito pregresso alle regole del concorso ⁽⁵⁾. Tale disposizione rappresenta una deroga al principio della *par conditio creditorum* di cui all'art. 2741 cod. civ., che governa l'intera procedura fallimentare, perciò è inapplicabile oltre i casi in essa considerati ⁽⁶⁾, incluso quello di un nuovo contratto pur concluso alle stesse condizioni del precedente. Avendo ben presente la differenza tra i due casi prospettati, la giurisprudenza di Cassazione, formatasi in relazione alla normativa passata, ha ritenuto che non fosse consentito al curatore sciogliere un contratto in esecuzione per stipularne un altro della stessa natura, con le stesse clausole e con lo stesso soggetto, al solo scopo di non pagare per intero i crediti già maturati dal somministrante: si sarebbe trattato di un comportamento illegittimo, perché contrario al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto sancito dall'art. 1375 cod. civ. ⁽⁷⁾.

3. *La disciplina degli atti di straordinaria amministrazione.* – Il contratto nuovo concluso alle stesse condizioni del precedente è soggetto, dunque, alla stessa disciplina di quello concluso a nuove condizioni: entrambi non sono riconducibili all'art. 74, ma all'art. 35 legge fallim.

Il nuovo art. 35, ampiamente novellato dagli interventi legislativi del 2006 e 2007, disciplina l'integrazione dei poteri del curatore necessaria per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione ⁽⁸⁾.

⁽³⁾ Sul punto vedi: DI MARZIO, *I rapporti pendenti in generale*, cit., pag. 732 segg.

⁽⁴⁾ V. BERTINO, *Sub art. 74*, cit., pag. 427.

⁽⁵⁾ V. IVONE, *I singoli contratti pendenti*, cit., pag. 767.

⁽⁶⁾ Cassazione, 12 gennaio 2001, n. 396, in *Foro it., Rep.*, 2001, voce *Fallimento*, pag. 498; Id., 19 maggio 2006, n. 11855, in *Fall.*, 2007, pag. 16.

⁽⁷⁾ Vedi la giurisprudenza richiamata da BERTINO, *op. cit.*, pag. 425.

⁽⁸⁾ Sul punto si veda la dottrina: ABETE, *Sub art. 35*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., pag. 595; ID., *Sub art. 35*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, pag. 299; SPAGNUOLO, *Sub art. 35*, in *La riforma della legge fallimentare*, cit., pag. 214; GRAMATICA, *Sub art. 35*, in PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di Bocciola-Poluchowschi, Milano, 2009, pag. 408; TESCANO-ZACCARIA, *Sub art. 35*, in *Commentario*

dice delegato al fine di dar corso al subentro nel contratto di somministrazione da parte del curatore.

Col secondo motivo deduce vizio di motivazione in ordine alla conclusione da parte del curatore di un nuovo contratto di fornitura di energia elettrica, diverso dal precedente per potenza e durata, affermata dal Tribunale ma contraddetta dalla dichiarazione di subentro *alle stesse condizioni*, di cui è stato dato in causa, il cui esame sarebbe stato omesso.

L'art. 35 *post* riforma ha sostituito gli abrogati artt. 25, n. 6 e 35. Ai sensi di tali disposizioni era necessaria l'autorizzazione del giudice delegato per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione da parte del curatore; si richiedeva l'autorizzazione del Tribunale, su proposta del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, solo quando si trattava degli atti espressamente enunciati dall'art. 35 e il loro valore era superiore a quello indicato dalla norma ovvero indeterminato. In quest'ultimo caso, ove possibile, doveva essere sentito anche il fallito.

La giurisprudenza considerava il difetto di autorizzazione *ex* art. 25 e 35 legge fallim. come la mancanza di un elemento integrativo della capacità del curatore, che dava luogo ad annullabilità del negozio *ex* art. 1425 cod. civ.: il vizio poteva essere fatto avere solo dalla parte nel cui interesse fosse stato previsto (1441 cod. civ.), ovvero dagli organi del fallimento, nelle forme proprie del tipo procedimentale in cui l'atto annullabile si inseriva e nei termini consessi per la proposizione delle necessarie impugnazioni; in caso di inerzia degli organi fallimentari, l'atto rimaneva efficace ed opponibile al terzo ⁽⁹⁾. La mancata audizione del comitato dei creditori o del fallito poteva essere considerata un vizio del procedimento di autorizzazione, denunciabile attraverso i medesimi mezzi. Non venivano ritenuti impugnabili mediante ricorso straordinario in cassazione i provvedimenti del Tribunale fallimentare emessi nello svolgimento del suo controllo sull'attività amministrativa del giudice delegato, svolta nell'ambito della gestione della procedura fallimentare ⁽¹⁰⁾. L'atto viziato veniva considerato sanabile per effetto di autorizzazione successiva ⁽¹¹⁾.

L'attuale art. 35 prevede che gli atti di straordinaria amministrazione ⁽¹²⁾ possano essere compiuti dal curatore previa autorizzazione del comitato dei creditori; se l'atto ha un valore superiore ai cinquantamila euro ovvero se si tratta di una transazione, il curatore deve informare preventivamente il giudice delegato, a meno che quest'ultimo non lo abbia già autorizzato *ex* art. 104-ter, comma 8.

Anche nella nuova disciplina, la capacità di compiere un atto di straordinaria amministrazione richiede una fattispecie a formazione complessa, di cui l'autorizzazione del comita-

breve alla legge fallimentare, diretto da Maffei Alberti, Padova, 2009, pag. 161; RUGGERI, *Sub art. 35*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit., pag. 757; VELLA, *Sub art. 35*, in *La legge fallimentare*, cit., pag. 414.

⁽⁹⁾ Cassazione, 9 dicembre 1971, n. 3563, in *Foro it.*, 1972, I, pag. 375; Cassazione, 12 ottobre 1981, n. 5334, in *Fall.*, 1982, pag. 66; Cassazione, 18 dicembre 1984, n. 6628, *ivi*, 1985, pag. 634; Cassazione, 8 agosto 1995, n. 8669, *ivi*, 1996, pag. 145; Appello Genova, 8 agosto 2007, in *www.leggiditalia.it*. In dottrina in questo senso v.: FERRARA F. JR, *Il curatore fallimentare*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, XI, pag. 517. Altra dottrina attribuiva al provvedimento di autorizzazione il contenuto di vero e proprio atto deliberativo, concretante la volontà dell'ufficio, in mancanza del quale il negozio compiuto dal curatore doveva ritenersi nullo: così PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, pag. 719; RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, pag. 132.

⁽¹⁰⁾ Cassazione, 18 dicembre 1984, n. 6628, cit., pag. 634.

⁽¹¹⁾ FERRARA F. JR, *op. ult. cit.*

⁽¹²⁾ Sulla questione degli atti rientranti in tale categoria v.: RUGGERI, *Sub art. 35*, cit., pag. 760 seg.

Col terzo motivo, in relazione alla medesima circostanza di fatto, ascrive al Tribunale la violazione dell'art. 2702 cod. civ., per aver disconosciuto il valore di prova legale di un documento.

Il controricorrente deduce l'infondatezza delle censure.

Il Consigliere relatore ha depositato proposta di definizione osservando che:

il ricorso può essere trattato in camera di consiglio per essere dichiarato inammissibile. I motivi investono il passaggio logico, fondante della decisione conclusiva, secondo cui il curatore, in conformità all'autorizzazione del

to dei creditori⁽¹³⁾ è elemento indispensabile all'integrazione dei poteri del curatore. Il ritorno all'autorizzazione del giudice delegato in caso di inerzia, di impossibilità di costituzione o di funzionamento del comitato dei creditori (art. 41, comma 4), induce a ritenere che i due atti autorizzativi, pur promanando da organi di diversa natura, svolgano una funzione equivalente e che, perciò, la loro carenza dia luogo allo stesso tipo di vizio⁽¹⁴⁾.

L'atto compiuto senza la necessaria autorizzazione ovvero a seguito di un procedimento autorizzativo difettoso da luogo ad un vizio che, a prescindere dal fatto che lo si identifichi come annullabilità⁽¹⁵⁾ ovvero illegittimità⁽¹⁶⁾, deve essere fatto valere con il reclamo di cui all'art. 36.

Secondo il comma 1 dell'art. 36, legittimati al reclamo sono il fallito ed ogni altro interessato: si possono far rientrare in quest'ultima categoria tutti i creditori ed anche i terzi estranei alla procedura, se l'atto viziato incide su posizioni giuridiche tutelate⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Queste conclusioni prescindono dalla natura che si attribuisce al controllo compiuto dal comitato dei creditori ed a quello del giudice delegato, l'uno di merito l'altro di legittimità, v.: ROCCO DI TORREPADULA, *Un complicato menage a trois: giudice delegato, comitato dei creditori e curatore*, in *Dir. fall.*, 2008, I, pag. 10 segg.

Sulle funzioni del comitato dei creditori v.: SCANO, *Il comitato dei creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare*, cit., II, pag. 218.

⁽¹⁴⁾ ESPOSITO, *I rapporti tra gli organi del fallimento al vaglio di costituzionalità*, nota a Tribunale Firenze, 13 dicembre 2007, in *Fall.*, 2008, 2004, il quale evidenzia come l'art. 41, comma 4, sia una norma di completamento del sistema, perché stabilisce una regola di integrazione della vicenda assicurando comunque che il controllo sull'operato del curatore, tipicamente attribuito al comitato dei creditori, sia svolto, in sua mancanza, con funzione suppletiva dal giudice.

⁽¹⁵⁾ SPAGNUOLO, *Sub art. 35*, cit., pag. 218.

⁽¹⁶⁾ ABETE, *Sub art. 35*, cit., pag. 602 seg.

⁽¹⁷⁾ Per approfondimenti sul reclamo ex art. 36 v.: ABETE, *Sub art. 36*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., pag. 607; TISCINI, FABIANI M., *Sub art. 36*, in *Codice commentato del fallimento*, cit., 2008, pag. 306; TRISORIO LIUZZI-PAGNI, *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., I, pag. 424; TRINCHI, *Sub art. 36*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit., I, pag. 767; TISCINI, *Sub art. 36*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, I, pag. 466; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, pag. 90.

Non sembra questa la sede opportuna per approfondire questo istituto, ci si limita perciò a richiamare alcune questioni che possono essere di interesse per il tema qui trattato.

Per eseguire un controllo di mero carattere amministrativo non è necessario compiere l'opera di arricchimento delle garanzie costituzionali suggerita da TRINCHI, *Sub art. 36, Commentario alla legge fallimentare*, cit., pag. 777 seg., seguendo la dottrina e giurisprudenza che tale lavoro hanno compiuto sul procedimento in camera di consiglio per la tutela dei diritti; si verrebbe solo ad appesantire ed a privare di senso uno strumento pensato per un agile controllo amministrativo. È preferibile considerare necessario ai fine della tutela dei diritti eventualmente incisi dall'operato del curatore un autonomo giudizio, così: GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., pag. 93 seg.

giudice delegato, chiese l'allacciamento in via provvisoria della fornitura di energia elettrica con la potenza predeterminata, e dunque concluse un nuovo e diverso contratto, situazione questa non smentita dalla sottoscrizione della «modulistica per voltura contrattuale (subentro ad un contratto di fornitura già esistente)».

La censura esposta nel primo motivo introduce questione di diritto la cui soluzione non appare di decisivo rilievo. Nel resto il ricorso mira a sollecitare un apprezzamento di merito, precluso in questa sede, sulle circostanze rappresentate, della cui valutazione il decreto impugnato rende conto con puntuale e logica motivazione.

Il giudice delegato che accolga il reclamo, ai sensi del comma 3 dell'art. 36, dovrebbe condannare il curatore a richiedere la necessaria autorizzazione al comitato dei creditori⁽¹⁸⁾. L'atto viziato viene sanato sia dal rilascio di una regolare autorizzazione successiva del comitato dei creditori, sia dall'inutile decorso del breve termine per proporre reclamo.

Più difficoltoso è stabilire quali siano le conseguenze in caso di mancata informativa del giudice delegato nelle ipotesi di cui all'art. 35, ult. comma.

All'indomani della riforma Il Tribunale di Firenze⁽¹⁹⁾ sollevò la questione di legittimità costituzionale degli artt. 41, commi 1 e 4 e dell'art. 35 legge fallim. in relazione agli artt. 76 e 3 della Cost., per la mancanza nella legge delega di un criterio direttivo volto a determinare una drastica ridefinizione della figura del giudice delegato; nonché per l'assenza del principio di ragionevolezza nel sistema autorizzatorio configurato dagli artt. 35 e 41, che sarebbe in contrasto con l'art. 3 della Cost.⁽²⁰⁾

Il suddetto Tribunale sosteneva che il trasferimento della titolarità delle funzioni di garanzia e tutela in favore di un organo non neutrale e non rappresentativo di tutti gli interessi rilevanti costituiva un'operazione irragionevole e soprattutto non coerente con le norme della legge delega. Infatti, dall'art. 1, comma 6, lett. A, n. 2 e n. 10 della L. n. 80/2005 non si potrebbe trarre come criterio direttivo della riforma «*la deambulazione del potere autorizzatorio*» dal giudice delegato al comitato dei creditori; momento essenziale della procedura fallimentare rimane sempre la predisposizione del programma di liquidazione da parte del curatore: in questa sede la legge delega avrebbe inteso ampliare, con le opportune cautele a tutela della totalità degli interessi coinvolti nel fallimento, le competenze del comitato dei creditori al fine di consentirgli una maggiore partecipazione gestionale⁽²¹⁾.

Inoltre, pur a voler ritenere legittimo il trasferimento al comitato dei creditori del potere di autorizzazione di cui all'art. 35, al giudice delegato si dovrebbe riconoscere quantomeno un potere di intervento sugli atti dall'altro organo, consentiti, se considerati illegittimi o antieconomici: in caso contrario, la funzione di vigilanza e controllo attribuitagli dal comma 1 dell'art. 25 rimarrebbe una mera enunciazione di principio.

TRISORIO LIUZZI-PAGNI, *I reclami. Sospensione feriale dei termini*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., pag. 429, ritengono che l'adozione del parametro della violazione di legge richiami i limiti della nozione di diritto amministrativo: tra i vizi dell'atto amministrativo la giurisprudenza del Consiglio di Stato include anche il cattivo uso del potere discrezionale.

MANTOVANI, *Sub art. 36*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, cit., pag. 428.

⁽¹⁸⁾ ABETE, *Sub art. 35*, cit., pag. 601.

⁽¹⁹⁾ Tribunale Firenze, 13 dicembre 2007, cit., pag. 194.

⁽²⁰⁾ Non vi è spazio in questa sede per l'approfondimento della seconda questione di legittimità posta, relativa alla disparità di trattamento tra casi in cui c'è e quelli in cui non c'è un comitato dei creditori funzionante.

⁽²¹⁾ Tribunale Firenze, 13 dicembre 2007, cit., pag. 198.

Il collegio ritiene di condividere la riferita proposta osservando, in ordine al primo motivo, che la questione posta, se sia necessaria l'autorizzazione del giudice delegato per l'esercizio da parte del curatore del subentro nel contratto di fornitura elettrica ai sensi dell'art. 74 legge fallim., non dispiega rilievo nel caso di specie in cui è incontestato che il curatore stipulò il contratto d'allacciamento per la fornitura dell'energia elettrica con l'odierna ricorrente previa siffatta autorizzazione. Seppur fosse superflua, comunque il curatore ha agito previo suo rilascio, sì che la tematica, non è destinata a spiegare incidenza alcuna.

Nonostante i dubbi di costituzionalità sollevati non abbiano ricevuto risposta dalla Corte costituzionale (22), rimane l'interrogativo di quale sia, o se ci sia, strumento a disposizione del giudice per inibire il compimento di un atto ritenuto illegittimo, di cui sia stata data, tuttavia, regolare informativa.

La dottrina dal canto suo ha riconosciuto al giudice delegato, oltre al sindacato sulla legittimità dell'atto attivato dall'impugnativa di qualsiasi interessato, poteri di intervento *ex ante*.

L'atto compiuto senza la preventiva informativa al giudice delegato è impugnabile attraverso il reclamo di cui all'art. 36; tale impugnazione, tuttavia, non è destinata a sortire alcuna conseguenza sull'atto, che nel frattempo abbia cominciato a produrre i suoi effetti, se il provvedimento viene giudicato legittimo (23).

Il giudice delegato, inoltre, a seguito di atti illegittimi o manifestamente dannosi per il fallimento può proporre al Tribunale la revoca del curatore (art. 37) ed il nuovo curatore, a sua volta, può proporre azione di responsabilità nei confronti del curatore rimosso (art. 38) (24).

Infine, il giudice delegato, in applicazione dell'art. 25, n. 2, può emettere provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, impedendo il compimento di atti ritenuti illegittimi o palesemente antieconomici, anche se già autorizzati dal comitato dei creditori (25).

4. *Conclusioni.* – A seguito dell'esame della disciplina vigente, si può concludere che nell'esercizio del potere di gestione del curatore la richiesta di autorizzazione al giudice delegato è un'eccezione limitata alle ipotesi in cui il comitato dei creditori non si sia costituito, sia inerte o non sia in grado di funzionare ovvero a quelle in cui si debba procedere alla liquidazione di beni prima dell'approvazione del programma di liquidazione, per evitare un pregiudizio all'interesse dei creditori.

Al di fuori di questi casi, quando il curatore deve compiere un atto di straordinaria amministrazione, solo se il suo valore eccede i cinquantamila euro o si tratta di una transazione, è necessaria la previa informativa del giudice delegato.

(22) Corte cost., 7 novembre 2008, n. 365, in *Fall.*, 2009, pag. 390, ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione di legittimità posta, in considerazione del fatto che la valutazione del giudice collegiale rimettente sulla legittimità dell'operato del curatore fallimentare non aveva alcuna attualità, posto che il giudice delegato (al quale semmai spettava di dolersi di quanto successivamente lamentato dal rimettente) aveva ritenuto di definire la vicenda procedurale di fronte a sé attraverso il deferimento di essa alla cognizione del giudice collegiale, privando in tal modo di rilevanza la dedotta questione.

(23) ABETE, *Sub art. 35*, cit., pag. 605. Questa soluzione è coerente con l'attribuzione al giudice delegato di un controllo di legittimità sull'operato del curatore. Si veda inoltre sul punto: PAST, *Il giudice delegato*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, cit., pag. 287.

(24) SPAGNUOLO, *Sub art. 35*, cit., pag. 217.

(25) ESPOSITO, *I rapporti tra gli organi del fallimento al vaglio di costituzionalità*, cit., pag. 204 seg.

Nel resto la memoria illustrativa della ricorrente, insistendo nella prospettazione argomentata nel ricorso, non induce a rivisitazione della conclusione esposta nella proposta del relatore. L'interpretazione del contenuto del contratto appartiene al giudice del merito e non è sindacabile nel caso di specie in quanto è logicamente e puntualmente motivata.

Tanto premesso, il ricorso deve essere rigettato con condanna della ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio liquidate come da dispositivo.

P.Q.M. – (*Omissis*).

È conforme allo spirito della legge delega, che ha previsto l'ampliamento delle competenze del comitato dei creditori al fine di consentirgli una maggiore partecipazione alla gestione della crisi dell'impresa, non estromissione del giudice delegato da essa, riconoscere a quest'ultimo il potere di agire in via preventiva per inibire il compimento di atti sottoposti al suo controllo, che giudichi illegittimi o antieconomici: un'attività di tal genere può risultare più utile di un controllo di legittimità, attivato successivamente su istanza di parte, eventualmente a danno già avvenuto.

In questo contesto, al provvedimento autorizzativo del giudice delegato, concesso a seguito di richiesta del curatore nei casi in cui la legge fallimentare non lo preveda, si deve attribuire un significato positivo: si può considerare come approvazione dell'atto di straordinaria amministrazione che il curatore gli sottopone, nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 25 ⁽²⁶⁾.

La Corte di cassazione, nella pronuncia in esame, ritiene che la presenza del provvedimento di autorizzazione, non richiesto dalla legge, non abbia alcun rilievo nel caso sottoposto; in realtà, dopo il corretto inquadramento della fattispecie in esame nell'ambito della disciplina degli atti di straordinaria amministrazione, si può considerare il suddetto provvedimento come conferma dell'adempimento da parte del curatore dell'obbligo di cui all'art. 35, comma 3, ovvero come attestazione del controllo compiuto dal giudice *ex art.* 25.

LIVIA DI COLA

*Ricercatore di Diritto processuale civile
nell'Università di Macerata*

⁽²⁶⁾ Con riferimento alla disciplina previgente, il Giudice di legittimità si era pronunciata su di un caso analogo, v.: Cassazione, 22 maggio 1994, n. 2741, in *Fall.*, 1994, pag. 849, secondo la quale lo scioglimento del contratto da parte del curatore ai sensi dell'art. 72, comma 4, legge fallim., non rientrava in alcuna delle ipotesi previste dall'art. 35 legge fallim. e non richiedeva, quindi, alcuna autorizzazione; ove fosse stato egualmente richiesto e concesso, il provvedimento autorizzativo del giudice delegato aveva natura ordinatoria con funzione interna alla procedura, come espressione del potere direttivo dello stesso; conseguentemente il decreto del Tribunale emesso su reclamo proposto ai sensi dell'art. 26 legge fallim., non assumendo a sua volta carattere decisivo, lesivo in via definitiva del diritto del terzo, non era soggetto al ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111 Cost.