

L'azione di risoluzione del contraente *in bonis* nel concordato preventivo¹

Sommario: 1. Premessa - 2. La risoluzione del contratto nel fallimento - 3. - La risoluzione del contratto nel concordato preventivo - 4. Conclusioni

Premessa

Una volta depositata la domanda di concordato preventivo la posizione del creditore è solitamente di mera attesa.

Si trova infatti costretto ad aspettare passivamente di conoscere il contenuto del piano, la decisione del Tribunale in sede di ammissione, l'esito del voto, l'eventuale omologa.

Nel frattempo, è paralizzato in ogni azione cautelare e esecutiva per via del divieto dell'art. 168 l.f.², che gli impedisce di attivare il suo diritto di credito e dare concretezza alle proprie ragioni.

In una tale situazione, ci si chiede se vi sia una alternativa a tale imposta inerzia, se cioè il creditore *in bonis* possa assumere una diversa iniziativa a tutela del proprio diritto, ricorrendo alle tipiche azioni approntate dall'ordinamento di fronte all'inadempimento del contratto.

¹ Il presente lavoro prende spunto da uno dei tanti dialoghi intercorsi fra professionisti e studiosi su *receivership* fonte, continua di arricchimento e di stimolo per gli operatori del settore.

² La norma è di più ampio spettro rispetto al divieto di cui all'art. 51 l.f., in quanto, diversamente da questa, impedisce l'inizio e la prosecuzione anche dell'esecuzione fondiaria ex artt. 38 e 41 del D. Lgs. n. 385 del 1.9.1993. Si vedano sul punto Cass. 19.3.1998 n. 2922 e Cass. 7.11.1991 n. 11879. La sola eccezione al divieto di cui all'art. 168 l.f. è quella prevista dal combinato disposto degli artt. 1 e 4 del D. Lgs. n. 170 del 21.5.2004 (Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria) che consente l'escussione di pegni di azioni e strumenti finanziari.

Si fa riferimento ai rimedi di cui agli artt. 1453 e segg. del codice civile, che comprendono non solo la risoluzione per inadempimento, ma anche gli strumenti di autotutela del creditore quali l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) e la sospensione della prestazione per l'intervenuta compromissione della garanzia patrimoniale dell'altro contraente (art. 1461 c.c.).

In questa sede concentreremo l'attenzione sulla proponibilità o meno dell'azione di risoluzione del contratto, ordinaria o di diritto, verso il debitore in concordato, strumentale al conseguimento dell'effetto restitutorio del bene in precedenza consegnato, al recupero di quell'oggetto così saldamente nel possesso del debitore³. Le altre forme di tutela infatti - le eccezioni di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c. - non comportando una domanda di restituzione di un bene entrato a far parte del patrimonio del debitore in concordato, sono pacificamente esperibili dal creditore, già contraente *in bonis*⁴.

Il tema appare poco esplorato in dottrina e giurisprudenza, ancorché rivesta, riteniamo, una rilevanza pratica non indifferente.

E' infatti innegabile che in alcune dinamiche, in cui ad esempio il piano di concordato offra al creditore una modesta percentuale di soddisfazione del credito (da ottenere oltretutto in tempi non immediati) possa risultare più appetibile - ove praticabile - recuperare in natura il bene a suo tempo trasferito (e rimasto impagato).

³ Nell'ipotesi in esame l'inadempimento del debitore deve essere "storicamente" precedente la domanda di concordato. Se il fatto costitutivo si verificasse successivamente non potrebbe infatti configurarsi un suo inadempimento, ciò in ragione degli stringenti limiti imposti al suo operare dagli artt. 167 e 168 l.f.

⁴ Sul tema, per un'ampia disamina di simili fattispecie, si rinvia al recente lavoro di A. Briguglio, "Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all'inadempimento contrattuale del richiedente", in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014, pagg. 345 e segg. ed. Cedam.

Il punto è quindi analizzare se in pendenza di una procedura di concordato preventivo vi siano spazi di *scelta* in capo al creditore, sia per avviare un'azione di risoluzione, sia per proseguirla efficacemente ove precedentemente avviata⁵.

L'effetto pratico della questione che ci siamo posti è ancora più tangibile *ex latere debitoris*.

Se infatti un venditore insoddisfatto del prezzo può effettivamente scegliere in ogni momento della procedura di

⁵ I casi in questione non entrano nel novero dei contratti "in corso di esecuzione", in cui entrambe le parti devono ancora completare le reciproche prestazioni, ma in quelli già parzialmente eseguiti dal contraente *in bonis*, che avendo effettuato la prestazione a suo carico, è divenuto mero creditore del concordato. La sorte dei contratti in corso di esecuzione disciplinata all'art. 169 *bis* l.f., non viene qui quindi esaminata. Si tratta di un argomento diverso, sul quale vi è ormai una vasta elaborazione dottrinale (fra i principali contributi possiamo ricordare A. Patti, "Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento", in *Il Fallimento* 2013 pagg. 261 e segg., G. Bozza, "I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo" in *Il Fallimento* 2013, pag. 1121 e segg., M. Fabiani, "Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo" in www.ilcaso.it, F. Benassi, "Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169 bis l.f. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente" in www.ilcaso.it, A. Penta, "Concordato preventivo e scioglimento dai rapporti in corso di esecuzione" in *Il diritto fallimentare e le società commerciali*, Cedam, 2014, II, p. 728 e F. Casa e F. Sebastiano, "I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo", in *Il Fallimento* 5/2014 pagg. 600) e giurisprudenziale (tra le più recenti T. Treviso 2.2.2015 e C. App. Venezia 23.12.2014 in www.fallimentsocietà.it, C.App. Venezia 26.11.2014, Trib. Pavia 24.11.2014, T. Milano 11.9.2014, T. Pistoia 23.1.2014, T. Terni 23.11.2013, T. Pistoia 9.7.2013 su www.ilcaso.it; per un'ampia rassegna si vedano poi, sub art. 169 *bis* l.f., i siti www.ilcaso.it e www.osservatorio-oci.org). Ci limitiamo ad evidenziare che per i contratti pendenti non dovrebbe esservi dubbio circa l'esperibilità di una azione di risoluzione o degli altri rimedi di cui all'art. 1460 e 1461 c.c. anche dopo la proposizione di una domanda di concordato. Attesa la fluidità del rapporto non opera infatti una cristallizzazione dei crediti e dei debiti come nelle ipotesi esaminate nel testo. Vi è una particolare complessità in relazione ai contratti (pendenti) a esecuzione continuata e periodica, ove ricorra una cd. *corrispettività a coppie* che configura, per le prestazioni già eseguite, dei debiti e dei crediti (per i quali lo stesso art. 1458 c.c. comma 2 esclude l'effetto restitutorio con la risoluzione). Si tratta delle ipotesi frequenti di utenze, locazioni, somministrazioni, per le quali il contraente abbia accumulato una morosità *ante* concordato. Si ritiene che il contraente *in bonis* possa utilizzare anche in questi casi i rimedi civilistici a fronte dell'inadempimento (sul punto Briguglio, *op. cit.* secondo il quale la conferma di tale impostazione deriverebbe dallo stesso dettato dell'art. 182 *quinquies* l.f. Uno strumento che sarebbe apprestato dall'ordinamento proprio a evitare che il contraente *in bonis* possa interrompere la prestazione a fronte della precedente morosità, a tutela della continuità aziendale).

non partecipare al concorso, optando per la risoluzione del contratto e la restituzione del bene, è evidente che ciò può creare più di una difficoltà nella formulazione dei piani e nel loro sviluppo, dovendosi stabilire se il bene o i beni contesi vadano inclusi o esclusi dall'attivo concordatario.

Non è quindi trascurabile per il debitore poter contare o meno, per il suo piano, su tale attivo.

Ciò vale sia nella prospettiva liquidatoria che in quella della continuità aziendale. E' necessario infatti perimetrare il *patrimonio* del debitore prevedendo la dismissione di un bene o programmando la continuità sul suo utilizzo (si pensi a un macchinario o ad altro impianto strumentale alla produzione).

Per cercare delle possibili risposte al quesito che ci siamo posti è però necessario, preliminarmente, verificare quale sia la disciplina riservata alle azioni di risoluzione contrattuale nel fallimento, così da evidenziarne differenze, analogie e affinità con la procedura minore e provare così a tracciare una strada possibile.

La risoluzione del contratto nel fallimento

Prima delle modifiche introdotte nel 2006 con la riforma fallimentare la giurisprudenza della Suprema Corte aveva ripetutamente affermato che per rendere opponibile alla massa l'azione di risoluzione del contratto occorre che la relativa domanda fosse "quesita", fosse stata cioè proposta prima della dichiarazione di fallimento⁶.

⁶ Fra le tante decisioni, Cass. 9.12.1982 n. 6713, Cass. 21.2.1994 n. 1648, Cass. 9.12.1998 n. 12396, Cass. 13.3.2001 n. 4365, Cass. 3/2/2006 n. 2439. Per un'applicazione del principio alla fattispecie del recesso *ex art. 1385 c.c.* del venditore, che dichiara di volersi trattenere la caparra a fronte dell'inadempimento dell'acquirente, si veda Cass. 15.2.2011 n. 3728 e, più in generale, per l'inquadramento del recesso come forma di risoluzione Cass. SS.UU 14.1.2009 n. 553 (v. anche Tribunale di Verona 28.10.2013, con nota di M. Montanari, "Accertamento

Si affermava che tale dichiarazione comportava da un lato l'indisponibilità dei beni del fallito e, dall'altro, la cristallizzazione delle situazioni giuridiche in capo ai creditori. L'esercizio successivo del diritto avrebbe così violato il principio della *par condicio creditorum*, poiché l'effetto restitutorio proprio di tale azione (la riconsegna di un bene inventariato e acquisito alla massa) avrebbe modificato a favore di un solo soggetto la situazione, con inammissibile "posteriore" mutamento delle singole posizioni dei creditori.

Al contrario, sempre secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, la proposizione della domanda di risoluzione prima del fallimento consentiva di stabilizzare tale posizione in capo al creditore, attraverso una sorta di "prenotazione". Questi si inseriva nel fallimento già con la propria aspettativa di restituzione, con una legittimazione all'effetto retroattivo ex art. 1458 comma 1° c.c.

In ipotesi di risoluzione ordinaria si richiedeva l'intervenuta proposizione di una domanda giudiziale, insufficiente a tal fine una pretesa avanzata in via stragiudiziale.

Nel diverso caso della risoluzione di diritto (le ipotesi di clausola risolutiva espressa, termine essenziale e diffida ad adempiere), il diritto quesito maturava in capo al creditore già con l'esercizio stragiudiziale della pretesa, quindi anche con una lettera o con il semplice maturare del termine essenziale⁷.

Su questo tessuto giurisprudenziale, maturato negli anni, la riforma ha introdotto una disciplina specifica per l'opponibilità dell'azione di risoluzione in ambito

giudiziale della legittimità del recesso e restituzione del doppio della caparra: fallimento e separazione delle cause", Il Fallimento, 4/2014 pag. 440 e segg.)

⁷ Si veda, fra le altre, Cass. 5.5.1995 n. 4911.

fallimentare, inserendo il 5° comma dell'art 72 l.f.⁸, dai più considerato come un'acquisizione esplicita delle elaborazioni sopra enunciate⁹.

La norma consente oggi esplicitamente la prosecuzione di una azione di risoluzione (legittimando il permanere della pretesa restitutoria in capo al creditore) ove iniziata *prima* della pronuncia di fallimento.

Tale disposizione è riconducibile anche all'art. 43 l.f., il quale prevede in generale che il curatore subentri nelle controversie in corso aventi ad oggetto rapporti di diritto patrimoniale del fallito "*compresi nel fallimento*".

Si tratta di un particolare effetto dello spossessamento tipico del fallimento, che regola l'ipotesi in cui siano presenti al momento della dichiarazione anche diritti *sub judice* (tale è infatti la domanda di risoluzione), che impediscono una piena acquisizione del diritto.

E' per tale strada che si rende opponibile al fallimento la pretesa sul bene precedentemente radicata verso il fallito.

Laddove si tratti di un'azione di risoluzione contrattuale¹⁰, l'art. 72 co. 5° l.f., prevede che gli effetti restitutori di tale

⁸ La prima parte della citata norma, introdotta dal D. Lgs. 5/2006 a far data dal 16.7.2006, testualmente recita (comma 5): "*L'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda*".

⁹ Per un panorama della giurisprudenza precedente e del significato della riforma fallimentare sul punto vd. "*Commentario Breve alla Legge Fallimentare*" a cura di A. Maffei Alberti, 2013, pag. 455 e segg., Cedam e "*La legge fallimentare*" a cura di M. Ferro, 2014, *sub* art. 72 l.f. pag. 968 e segg. e *sub* art. 103 l.f., pagg. 1334-1336, Cedam.

¹⁰ Sotto tale profilo potrebbe essere sottoposta a critica la posizione espressa dalla Suprema Corte anche dopo la riforma (v. Cass. 18.4.2013 n. 9448), secondo cui, in conformità all'indirizzo consolidato con la vecchia normativa, sarebbe opponibile al curatore la risoluzione di diritto formalizzata anche solo stragiudizialmente prima del fallimento. La norma infatti parla di "*azione*" promossa prima del fallimento lasciando intendere che sia necessaria la proposizione di una vera e propria "domanda giudiziale". Simili problematiche non si presentano nell'ipotesi in cui la risoluzione del rapporto venga solamente eccepita (eccezione riconvenzionale) allo scopo di far respingere la domanda di controparte. Non è necessario, in questi casi, che la domanda venga proposta prima del fallimento, vertendosi in

iniziativa potranno essere pretesi verso il curatore, ove risulti vittoriosamente esperita¹¹.

La disposizione si connota quindi come una speciale applicazione della regola generale dell'art. 43 l.f. al tema della risoluzione, precisando che ove si tratti di controversie su beni soggetti a trascrizione (immobili o mobili registrati) la relativa domanda deve essere *anche* trascritta prima del fallimento.

Ecco allora che nel fallimento soccorrono specifiche disposizioni (artt. 43 e 72 co.5° l.f.) che permettono di rendere opponibili ad un soggetto terzo, quale il curatore, una pretesa di risoluzione originariamente rivolta alla parte contrattuale.

Si tratta di un fenomeno che ostacola la cristallizzazione del credito, poiché consente al creditore-attore di coltivare la pretesa in precedenza avanzata verso il debitore fallito.

La previsione delle norme sopra richiamate, e in particolare dell'art. 72 co.5 l.f., solleva l'interprete dall'analisi e dall'applicazione in caso di fallimento della disciplina prevista all'art. 1458 co. 2 c.c., che assume invece un rilievo decisivo in ipotesi di concordato preventivo, tema centrale del presente lavoro e su cui ci si sofferma di seguito.

ipotesi appunto di eccezione. Sul punto, anche per una chiara distinzione tra domanda e eccezione di risoluzione, si veda Cass. 4.3.2013 n. 5298.

¹¹ Resta estranea alla presente riflessione la problematica attinente l'eventuale suddivisione tra il giudice ordinario e il giudice fallimentare avente ad oggetto le pretese risarcitorie e restitutorie proposte congiuntamente alla domanda di risoluzione del contratto proposta ante fallimento. Si registrano in proposito due differenti impostazioni, la prima favorevole al trasferimento dell'intera questione avanti al giudice del fallimento in sede di accertamento del passivo, una seconda orientata verso il mantenimento davanti al giudice ordinario dell'azione di risoluzione, con spostamento delle sole pretese economiche avanti al Tribunale fallimentare. Per una disamina della questione si veda M. Montanari, *"Sulla traslatio in sede di verifica del passivo dell'azione di risoluzione contrattuale pendente alla data del fallimento"*, Il Fallimento, 11/2013, pag. 1394 ss., oltre che lo stesso autore, op. cit., pag. 441 e segg. Sul tema anche Tribunale di Torino 17.5.2014, Il Fallimento, 11/2014, pag. 1236 ss. Di recente anche T. Torino 17.5.2014 in Il Fallimento, 3/2015, pag. 348 e segg. con nota di E. Staunovo Polacco *"Trasmigrazione dell'azione di risoluzione nella verifica del passivo"*.

La risoluzione del contratto nel concordato preventivo

In materia di concordato preventivo non si registrano specifici arresti giurisprudenziali sulla risoluzione dei contratti (non pendenti) con pretesa restitutoria da parte del contraente *in bonis*.

Secondo parte della dottrina non vi sarebbe alcun ostacolo a una tale iniziativa anche dopo il deposito di una domanda di concordato¹².

Non vi è qui, infatti, uno spossessamento pieno del debitore, né il venir meno della *parte* dell'originario contratto, come accade invece nel fallimento.

E' inoltre pacifico che siano esercitabili da parte dei creditori - anche dopo il deposito di una domanda di concordato preventivo - le azioni di accertamento e di condanna nei confronti dell'imprenditore.

Unica particolarità, la circostanza che, in base al principio dell'obbligatorietà del concordato per i creditori aventi titolo anteriore (art. 184 l.f.), la soddisfazione del credito potrà avvenire solo nei limiti della percentuale concordataria¹³.

Con il concordato non si verifica poi alcuna interruzione nei processi in corso, né è necessaria una specifica norma che disciplini la prosecuzione dei procedimenti in essere (come

¹² Si veda, oltre a A. Briguglio, cit., anche F. Lamanna, “La nozione di contratti pendenti nel concordato preventivo” in www.ilfallimentarista.it, 7.11.2013, secondo cui “nel concordato preventivo la proposizione di una tale domanda (di risoluzione ndr) anche dopo il deposito del ricorso per concordato non può considerarsi preclusa, salvo che nel caso in cui la domanda stessa sia soggetta a trascrizione (poiché, essendo prevista l'applicabilità anche al concordato dell'art. 45 l.f, a sua volta richiamato dall'art. 168, occorre, ai fini della relativa opponibilità, che tale formalità sia stata eseguita prima dell'inizio della procedura concordataria)”.

¹³ Cass. 30.3.2005 n. 6672.

invece l'art. 43 l.f., non richiamato in materia di concordato preventivo)¹⁴.

L'impostazione riferita valorizza le differenze con il fallimento senza però tener conto che alcuni principi - quali la cristallizzazione dei crediti¹⁵ e il rispetto della *par condicio creditorum* - operano in entrambe le procedure.

Ed allora, in presenza di elementi non univoci rinvenibili dalla (speciale) normativa fallimentare, una più soddisfacente risposta alla questione in esame si ritiene possa scaturire dall'approfondimento della (generale) disposizione dell'art. 1458 co 2 c.c.

La norma specifica che la risoluzione "*non pregiudica i diritti acquistati dai terzi*", da cui l'impossibilità, solo in tali casi, di ottenere l'effetto restitutorio della pronuncia invocata dall'attore.

La *ratio* è di tutta evidenza, e consiste nella salvaguardia della certezza della circolazione dei beni e dei diritti, confermata anche dalla rilevanza delle formalità delle trascrizioni per i beni immobili e mobili registrati.

Il richiamato principio generale pone allora una questione centrale: occorre domandarsi *se* la procedura di *concordato preventivo* possa *rappresentare un diritto acquistato da terzi*, nel

¹⁴ Il debitore, a differenza che nel fallimento, mantiene infatti piena capacità processuale. Sul punto, fra le altre, Cass. 8.5.2013 n. 10724.

¹⁵ Cass. 15.06.2000 n. 8160 secondo cui: "*In tema di rapporti tra concordato preventivo, amministrazione straordinaria e fallimento, la cosiddetta "cristallizzazione" della massa passiva, conseguente all'applicazione degli art. 55 e 59 l. fall., opera nella procedura di concordato, in virtù del richiamo a tali disposizioni contenuto nell'art. 169 stessa legge, indipendentemente dalla circostanza che sia stata avanzata istanza di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, poiché, tra l'altro, tale cristallizzazione è destinata a conservare i suoi effetti anche in detta procedura*".

senso voluto dall'art. 1458 co. 2 c.c., idoneo a bloccare ogni pretesa restitutoria da risoluzione¹⁶.

Si ritiene di poter rispondere affermativamente alla questione esposta.

Si ravvisano infatti nel sistema delle norme, speciali e generali, numerosi indizi ed elementi rivelatori in tal senso.

Va innanzitutto ricordato che con il deposito della domanda di concordato, diviene operativo il regime previsto dall'art. 45 l.f., richiamato dall'art. 169 l.f.¹⁷.

Come noto, tale norma prevede che per opporre un diritto al concordato si debbano rispettare le formalità che la legge indica per l'opponibilità degli atti ai terzi. Si ritiene che con questa disposizione si sia inteso applicare alla procedura concorsuale minore (non più solo al fallimento) le norme dettate in materia di pignoramento (artt. 2913 e segg. c.c.)¹⁸.

¹⁶ Per l'applicazione del principio al caso di un'esecuzione individuale, l'unico precedente edito è rappresentato da Trib. di Agrigento 30.8.1996, in *Vita Notarile*, 1997, pag. 1362 e segg. con nota S. Rondelli, in cui si evidenzia che l'effetto retroattivo della risoluzione non può incidere sull'efficacia del pignoramento.

¹⁷ Il richiamo è stato introdotto dal D. Lgs. n. 5 del 2006. E' stato in proposito sollevato un sospetto di incostituzionalità per eccesso di delega da S. Ambrosini "*Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*" in www.fallimentiesocietà.it, 2014, pag. 38. Prima di tale richiamo normativo, la Suprema Corte aveva escluso l'applicazione analogica dell'art. 45 l.f. al concordato preventivo (Cass. 21.10.93 n. 10434 e Cass. 1.6.1999 n. 5306).

¹⁸ Per un inquadramento generale si veda "*Commentario Breve alla Legge Fallimentare*" a cura di A. Maffei Alberti, 2013, pag. 292 e segg., Cedam e "*La legge fallimentare*" a cura di M. Ferro, 2014, pag. 639 e segg., Cedam. Ci si è posti il problema se il pignoramento intervenuto sui beni del debitore che ha successivamente proposto il concordato preventivo comporti l'inefficacia delle ipoteche iscritte dopo la trascrizione del pignoramento ma prima della domanda di concordato. Prima della riforma la giurisprudenza aveva ritenuto efficace tale garanzia (Cass. 3.5.2000 n. 5511). Oggi il dibattito è aperto e si registrano posizioni discordanti in sede di merito: Tribunale di Udine, 23.09.2011, in www.unijuris.it, (secondo cui l'introduzione dell'art. 45 fra le norme richiamate dal concordato comporterebbe una retrodatazione dell'effetto del pignoramento alla trascrizione effettuata in sede di esecuzione individuale) e, in senso contrario, Tribunale di Busto Arsizio 29.1.2010 in www.jusexplorer.it. Tale ultima pronuncia sembra preferibile nell'impostazione, in quanto il fondamento dell'inefficacia dell'ipoteca nel fallimento si rinviene principalmente nell'art. 107 l.f. (piuttosto che nell'art. 45 l.f.), che consente al curatore di subentrare nelle procedure esecutive in corso.

La *ratio* di tale estensione risiede nell'esigenza di circoscrivere e preservare il patrimonio che il debitore "destina" (spontaneamente) alla soddisfazione dei creditori. Un principio che rafforza il già presente divieto di avvio o prosecuzione di azioni esecutive e cautelari sui beni del debitore in concordato, previsto dall'art. 168 l.f.

Il diritto *acquistato* consiste nella prerogativa di impedire che alcuno - privo di atto opponibile - possa sottrarre risorse dal patrimonio destinato con la proposta di concordato, escludendo dal concorso soggetti non legittimati¹⁹.

L'art. 45 l.f. costituisce quindi un primo elemento indicatore della presenza di un diritto *acquistato* da terzi, che matura contestualmente al deposito del concordato.

Anche negli artt. 161 co. 7 e 167 l.f. è possibile rinvenire un indizio di quanto prospettato.

In forza di tali disposizioni il debitore "*conserva l'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa*". Si tratta tuttavia di una libertà imprenditoriale e gestoria limitata ai soli atti di ordinaria amministrazione, necessitando, per quelli straordinari (e anche "*urgenti*", ove ci si trovi in fase prenotativa), di specifica autorizzazione del giudice a pena di inefficacia. E' il fenomeno sinteticamente definito di "*spossessamento attenuato*"²⁰.

Nell'ottica dei creditori le richiamate disposizioni determinano una *libertà attenuata*, prevista a loro tutela.

Il curatore diviene in questi casi "creditore procedente" a tutti gli effetti, situazione non riscontrabile invece nel concordato preventivo, ove non vi è un terzo soggetto cui è data la piena disponibilità del bene in virtù dello spossessamento.

¹⁹ Si pensi ai terzi cessionari di un credito, per cui è richiesta la notifica anteriore al deposito della domanda con data certa, e a tutte le altre ipotesi di cui agli art. 2913 e segg. c.c.

²⁰ Per un inquadramento generale di tale aspetto ci si permette richiamare il "*Commentario Breve alla Legge Fallimentare*" a cura di A. Maffei Alberti, 2013, pag. 1112 e segg., Cedam e "*La legge fallimentare*" a cura di M. Ferro, 2014, pag. 2237 e segg. Cedam.

Proprio in ragione del diritto *acquistato* dai creditori, il patrimonio loro destinato è posto al riparo da atti di natura straordinaria, individuabili in quelli idonei a depauperare o intaccare la sua consistenza²¹.

Se dunque nell'art. 45 l.f. il *diritto acquistato* si delinea in senso "orizzontale", vale a dire nel concorso fra creditori, negli artt. 161 co. 7 e 167 l.f. esso si manifesta in linea "verticale", attraverso i limiti imposti all'attività debitore.

Proseguendo nell'analisi, è possibile trovare ulteriori tracce, oltre a quelle già evidenziate, che delineano la consistenza del diritto dei creditori nel concordato preventivo.

Si pensi all'irrevocabilità della domanda di concordato una volta proposta. Sul punto si registrano posizioni diverse in dottrina e giurisprudenza rispetto al *momento* in cui la domanda diventi effettivamente irrevocabile²². Tuttavia, è

²¹ In questi termini Cass. 20.10.2005 n. 20291: "*In tema di concordato preventivo, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto posto in essere dal debitore senza autorizzazione del giudice delegato, ai fini della eventuale dichiarazione di inefficacia dell'atto stesso ai sensi dell'art. 167 l. fall., deve essere compiuta dal giudice di merito tenendo conto che il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determina la riduzione, ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi*".

²² L'opinione prevalente valorizza l'aspetto processuale, qualificando come vera e propria domanda giudiziale la domanda di concordato preventivo, rinunciabile, al pari delle altre, sino al momento in cui termina il procedimento e quindi con l'omologa (F. Filocamo in "*La legge fallimentare*" a cura di M. Ferro, Cedam, 2014, pag. 2359, E. Norelli "*La proposta di concordato*", Relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "L'insolvenza del debitore e le procedure alternative al fallimento", in *www3.unisi.it*, 2008, pag. 43, S. Ambrosini e M. Aiello "*La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*" in *www.ilcaso.it*, 2014, pag. 8, Nonno-D'Amora "*Revoca della proposta*" in Ferro-Ruggero-Di Carlo, "Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti", Giappichelli 2009, pag. 44-45, Tribunale di Bari 9.6.2010, Il Fallimento, 10/2010, pag. 1216). Vi è poi altra opinione che privilegiando invece la natura contrattuale del concordato considera possibile la rinuncia alla domanda solo fino all'intervenuta approvazione dei creditori (De Semo "*Diritto Fallimentare*", Cedam, 1989, Tribunale di Chieti 24.9.1986, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Cedam, 1987, II, p. 947).

pacifico – e ciò è sufficiente ai fini che interessano - che in caso di concordato si vada a perfezionare un assetto stabile, che sfugge alla disponibilità del debitore.

Anche il divieto per il debitore di procedere direttamente alla dismissione dei beni una volta intervenuta l'omologa di un concordato liquidatorio rappresenta un'ulteriore manifestazione del medesimo principio. Tale potere è infatti demandato in via esclusiva al liquidatore giudiziale, che deve avere le caratteristiche di imparzialità e autonomia di cui all'art. 28 l.f. (richiamato da art. 182 co. 2 l.f.)²³.

In sintesi, il debitore concordatario non può né revocare la proposta, né discostarsene, maturato ormai un diritto all'esecuzione del piano in capo ai creditori.

Non da ultimo, anche la rilevanza dell'art. 186 l.f., previsto per tutte le fattispecie di concordato, secondo cui i creditori possono richiedere la risoluzione per inadempimento ove lo stesso non abbia "*scarsa importanza*".

La norma è sintomatica anch'essa dell'esistenza di un accordo (novativo) che si è consolidato tra le parti (debitore e creditori) a seguito dell'omologa, e che (solo) i creditori possono rimuovere ove non rispettato. Ciò testimonia, anche sotto questo profilo, che i creditori hanno *acquistato un diritto* (e una conseguente tutela) a vedere eseguito il piano con il patrimonio loro offerto.

Lo sguardo alle disposizioni sopra richiamate porta a ritenere che con il deposito di una domanda di concordato maturi e si rafforzi progressivamente un diritto in capo ai

²³ In questi termini Cass. n. 15699 del 15.7.2011: "*Il potere di provvedere alla liquidazione tramite cessione dei beni della società concordataria è, infatti, attribuito per legge in modo esclusivo al liquidatore escludendo implicitamente la normativa vigente che tale attività possa essere svolta in modo parallelo o sostitutivo del debitore concordatario*". Negli stessi termini Cass. n. 1345 del 20.1.2011, Cass. n. 3270 del 10.2.2009, Cass. n. 17060 del 3.8.2007. Per la qualifica del liquidatore giudiziale quale mandatario dei creditori, si vedano Cass. n. 27897 del 13.12.2013 e Cass. n. 7021 del 8.5.2012.

creditori concorsuali, con una vera e propria *destinazione* in loro favore del patrimonio attivo.

Un diritto che parte da una prima protezione, riconosciuta con il semplice deposito della domanda, e giunge fino a una tutela più accentuata, al suo esito, con l'omologa.

Delineata la posizione dei creditori nel concordato e riconosciuta la presenza di loro diritti acquisiti, appare inevitabile in questi casi concludere per un'applicazione dell'art. 1458 co. 2 c.c., secondo cui, come anticipato, la risoluzione (e la pretesa restitutoria) non può prevalere in alcun modo su tali soggetti.

L'impedimento alla pretesa restitutoria da risoluzione opera in questi casi sia per le domande successive al deposito di concordato, sia per quelle già pendenti in quel momento.

Per l'azione proposta *dopo* il concordato la conclusione finisce per essere la medesima che nel fallimento.

Per l'azione proposta *prima* ("quesita"), poiché nel concordato manca la specifica disciplina presente invece nel fallimento (artt. 43 e 72 co. 5 l.f., non richiamati dall'art. 169 l.f.), non resta che applicare le norme generali del codice civile e quindi il già richiamato art. 1458 co. 2 c.c.

Il bene non può pertanto che restare *in ogni caso* acquisito al patrimonio del concordato, salvo che l'oggetto della pretesa sia un immobile (o mobile registrato) e la relativa domanda di risoluzione sia stata anteriormente trascritta (così infatti recita la parte finale della disposizione civilistica: "*salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*")²⁴.

²⁴ Per tali beni saranno opponibili solo le domande di risoluzione con richiesta di restituzione notificate e trascritte prima della domanda di concordato.

Conclusioni

Si è tentato di analizzare la questione posta con una ricostruzione quanto più possibile aderente alle norme positive, generali e speciali.

Non si può non notare come per le azioni proposte *prima* del deposito della domanda di concordato la strada seguita finisca per evidenziare una disparità di trattamento tra i medesimi creditori, a seconda che il debitore approdi a un concordato piuttosto che a un fallimento.

Pensiamo ad esempio a tutti i casi di *consecutio*, in cui un'azione proposta prima del concordato risulterebbe non opponibile, mentre invece lo sarebbe in caso di fallimento.

O ancora, ove di fronte alla stessa insolvenza, in dipendenza dalle scelte del debitore la medesima azione finisca per subire una sorte differente. Prevarrebbe nel fallimento, pur in presenza di ampio spossessamento *ex lege*, e non nel concordato, dove vi è un patrimonio gestito dal debitore e da questi volontariamente destinato alla soddisfazione dei creditori.

Non sembra però vi siano margini per invocare un'applicazione analogica anche al concordato dell'art. 72 co. 5 l.f. Certamente tale soluzione consentirebbe di assicurare un regime coordinato e unitario nelle esecuzioni concorsuali, con omogeneità di trattamento e aspettative in capo ai soggetti che si trovino nella medesima situazione a fronte della crisi dell'impresa debitrice.

Tuttavia la stessa natura della richiamata disposizione, norma speciale che fa eccezione a quella generale dell'art. 1458 c.c., la rende non suscettibile di estensione ad altre fattispecie, secondo i principi dell'interpretazione della legge (art. 14 preleggi).

Si è voluto qui dare conto della questione che, aldilà della condivisione della prospettiva suggerita, coinvolge ed è occasione di riflessione su aspetti di carattere centrale circa la natura del concordato preventivo, toccando profili quali la cristallizzazione e destinazione del patrimonio messo a disposizione dei creditori e la potenziale compressione dei diritti dei singoli.

Paolo Bortoluzzi

www.osservatorio-oci.org