

I CONTRATTI IN CORSO NEL CONCORDATO PREVENTIVO

CAPITOLO PRIMO

SEZIONE PRIMA

LA STORIA DEI RAPPORTI GIURIDICI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO. (INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA).

- 1) L'introduzione del nuovo istituto.**
- 2) La nuova legge fallimentare.**
 - 2.1) L'applicazione al concordato dell'art. 72 l.fall.**
 - 2.2) L'art. 167 l.fall.**
- 3) Conclusioni.**

SEZIONE SECONDA

- 1) Il nuovo concordato**
 - 1.1.) L'importanza del piano**
- 2) Un caso molto particolare**

3) un'importante estensione

**CAPITOLO SECONDO
LA NUOVA DISCIPLINA**

1) L'art. 169-bis l.fall.

2) La ridefinizione dei rapporti giuridici pendenti. Per il concordato vi è una nozione più ampia rispetto all'art. 72 l.fall?

3) Le due nuove forme di concordato introdotte dal decreto sviluppo, perfezionate dal decreto fare.

4) L'autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

4.1) Contenuto della richiesta

4.2) Il momento della richiesta

4.3) Legame tra sospensione e scioglimento

4.4.) Il momento della richiesta autorizzativa nel concordato con riserva

4.5) La valutazione dell'autorità giudiziaria

4.6) Definitività dell'autorizzazione

4.7) Prima di arrivare all'autorizzazione è necessario attivare il contraddittorio con il contraente in bonis?

4.8) Eventuale opposizione.

5) Strumentalizzazione della richiesta:in particolare nel concordato con riserva.

5.1.) La convenienza relativa all'abuso nel concordato preventivo.

6) La posizione del contraente in bonis.

6.1) L'opportunità di un'analisi separata.

6.2) Ipotesi di proseguimento del rapporto da parte del debitore concordatario

6.3) Davanti alla sospensione ed allo scioglimento ex 169-bis l.fall.

7) Effetti della sospensione e dello scioglimento

7.1.) L'ammontare dell'indennizzo

7.2.) Nella sospensione

7.3) Il pagamento in moneta concorsuale

7.4) Opportunità di collocare il debitore in un'apposita classe.

7.5) Rapporto con la soddisfazione prevista nel fallimento.

7.6.) L'indennizzo nei contratti di durata: in particolare ad esecuzione continuata o periodica.

8) Esenzioni dall'applicazione dall'art. 169-bis l.fall.

8.1) Clausola compromissoria.

8.2) Le altre fattispecie escluse

9) Sono possibili altre estensioni.

CAPITOLO TERZO

ALCUNE FATTISPECIE

- 1) L'art.186-bis l.fall.**
- 2) Il contratto di leasing: ulteriori complicazioni**
 - 2.1) In passato.**
 - 2.2) Non applicabilità dell'art. 72-quater**
 - 2.3) Problemi aperti**
 - 2.4) Due problem superabili**
 - 2.5) Dopo il 2012 parte dei problemi permangono**
 - 2.6) Le ipotesi scaturenti dall'art. 169bis**
 - 2.6.1) Ipotesi di continuazione dei rapporti dopo il periodo di sospensione**
 - 2.6.2) Ipotesi di scioglimento dei rapporti**
 - 2.7) Il leasing traslativo**
- 3) Contratti bancari**
 - 3.1) Contratti bancari di anticipazione**
 - 3.1.1) Quando deve autorizzare**

CAPITOLO QUARTO

- 1) IN CONCLUSIONE.**

CAPITOLO I

SEZIONE PRIMA

LA STORIA DEI RAPPORTI GIURIDICI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO.

Nonostante che l'apertura della procedura di concordato preventivo determini conseguenze di rilievo sul patrimonio del debitore, per molto tempo la legge nulla ha disposto sulla sorte dei rapporti giuridici pendenti, su quei rapporti, cioè, che al momento dell'apertura della procedura non hanno trovato compiuta esecuzione da entrambe le parti¹. L'assenza di una previsione ha determinato, per lungo tempo, un'incertezza sulla sorte di questi rapporti nell'ambito del concordato preventivo e ci si è chiesti se essi, data l'indubbia affinità tra le procedure di concordato preventivo e fallimento, fossero suscettibili di risentire, se non delle stesse norme, almeno dei principi dettati per quest'ultimo. Occorre preventivamente esaminare, seppur in modo sintetico, l'istituto del concordato preventivo come introdotto e come modificatosi nel corso del tempo.

¹ Nozione di rapporto bilaterale pendente, Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma 1964 p.235; Ferrara jr., *Il fallimento*, Milano, 1966, p.303; Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1970, II, p.1057.

1. L' introduzione del nuovo istituto.

La legge del 1903², che apportando alcune modifiche al Codice di Commercio, introdusse nel nostro ordinamento il concordato preventivo, ma nulla disse sulla possibile sorte dei rapporti pendenti³, così che si aprì la strada a conclusioni tutt'altro che univoche da parte di dottrina e giurisprudenza, nel ricercare i principi applicabili a tale procedura. Prima di questa legge il codice di commercio prevedeva soltanto l'istituto della *moratoria*⁴, che, con la novella del 1903, fu abolito per riapparire solo negli anni 1921 e 1922 in occasione del dissesto della Banca Italiana di Sconto⁵. Il concordato preventivo, dunque, concepito nella sola forma di concordato con garanzia, aveva finalità conservative dell'impresa e finì per rappresentare l'unico mezzo per evitare al debitore “onesto e sfortunato” la distruzione dell'impresa e fu anche lo strumento per introdurre nell'alveo giudiziario gli accordi tra debitore e creditori e per controllare che questi non andassero a vantaggio di quelli “*più ostinati, più furbi e meno corretti*”⁶.

In via schematica, può dirsi che - ai fini che ci occupano - si radicò una tendenza a negare qualsiasi influenza della procedura concorsuale sui

² L. 24 maggio 1903, n. 197, che subì successive modifiche con la l. 10 luglio 1930 n. 995.

³ Anche la legge belga (l. 29 giugno 1887) sul concordato, dalla quale quella italiana prendeva spunto, nulla disciplinava al riguardo.

⁴ Essa poteva essere sia anteriore che posteriore al fallimento, concludendosi in questo caso con il concordato amichevole di cui all'art 125 del vecchio codice.

⁵ Ferrara, *Un'inconcepibile riesumazione*, in *Giur.it.*, 1938, IV, c.18.

⁶ Bolaffio, *Relazione alla legge 24 maggio 1903, n. 197*.

rapporti giuridici pendenti. Le ragioni a sostegno muovevano dall'opinione che vedeva nel concordato preventivo uno strumento di conservazione dell'azienda, per cui i contratti pendenti non potevano essere regolati da norme identiche a quelle delineate per il fallimento, in cui la continuazione del rapporto aveva carattere del tutto eccezionale, laddove nel concordato preventivo essa rappresentava la normalità⁷. Altro argomento a sostegno dell'ininfluenza era la diversa posizione che veniva ad assumere il debitore nell'ambito delle due procedure: nel fallimento si aveva lo spossessamento, che impediva di adempiere le obbligazioni assunte; nel concordato preventivo il debitore, mantenendo l'amministrazione dei beni (seppure sotto la vigilanza del commissario giudiziale e del giudice delegato), poteva compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione⁸. Si riteneva pertanto che “le obbligazioni sinallagmatiche tra debitore e terzo non dovessero subire alcuna alterazione dalla sopravvenuta domanda di concordato e dal relativo decreto che la ammette”⁹ e che la “continuazione” dei rapporti comportasse che il debitore non doveva ricevere alcun trattamento di favore sul piano dell'adempimento degli obblighi assunti, ai quali doveva ottemperare al pari dei nuovi sorti per la continuazione della vita commerciale. Corollario di ciò era che, in caso di inadempimento agli

⁷ Nati, Concordato preventivo, ne *Il nuovo digesto italiano*, Torino, 1938, p.665; Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare secondo la nuova legislazione*, Bologna, 1935, II, 322.

⁸ Montessori, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Prato, 1917, p. 24, inoltre sosteneva che il debitore dovesse eseguire i pagamenti.

⁹ Bonelli, *Del fallimento*, nel *Commentario al cod. di comm.*, terza ed. a cura di Andrioli, III, Milano, 1939, p. 503.

obblighi preesistenti, il debitore avrebbe risposto secondo le normali regole risarcitorie, senza avvalersi degli strumenti concorsuali¹⁰.

Neppure con le successive modifiche¹¹ alla legge del 1903 il legislatore si preoccupò dei rapporti giuridici pendenti.

2. Il regio decreto 16 marzo 1942 n. 267.

Il legislatore del 1942 innovò radicalmente in materia fallimentare e, per quanto qui interessa, introdusse, accanto al concordato con garanzia, il concordato con cessione dei beni ai creditori, senza, ancora una volta, occuparsi dei rapporti giuridici pendenti.

I due concordati, nonostante fossero diversi, finirono per essere accorpati: la nuova forma di concordato fu vista in relazione alle finalità che aveva la prima (il concordato con garanzia aveva lo scopo di mantenere in vita l'azienda) senza tener conto delle diverse esigenze delle due strutture. Saranno, poi, le successive tendenze a vedere il concordato preventivo come procedura parafallimentare, salvo i (rari) casi di acquisto dei beni del debitore da parte di un terzo. In tale contesto, solo pochi erano riusciti a considerare ed a dare peso alle

¹⁰ Montessori, *op. cit.*, p.24 seg. ; Bonelli, *op. cit.*, p.504. In giurisprudenza si ricordano due pronunce al riguardo: App. Milano, 29 luglio 1910, in Mon. trib., 1910, p.950; App. Roma, 17 agosto 1927, in Riv. dir. comm., 1828, II, p.72. Si riteneva in queste pronunce che l'indennizzo nel caso di inadempimento non fosse "soggetto alla riduzione del concordato".

¹¹ Legge 17 aprile 1925, n. 473 e legge 10 luglio 1930, n. 995.

problematiche relative ad una necessaria differenziazione disciplinare tra concordato con cessione dei beni e concordato con garanzia.¹²

Comunque, la mancata previsione normativa fece sì che dottrina e giurisprudenza continuarono a dibattere in ordine alla estensibilità al concordato preventivo della normativa fallimentare per i rapporti pendenti. Anche se la maggioranza degli interpreti riteneva che il silenzio del legislatore non autorizzasse alcuna estensione analogica, alcuni sostenevano l'applicabilità ai contratti in corso della normativa fallimentare, o comunque la possibilità da parte della procedura concorsuale di interferire sui contratti attraverso l'art. 167 l.fall. Accenniamo brevemente alle due teorie anche perché – come vedremo – alcuni degli argomenti a sostegno non saranno abbandonati anche dopo le riforme 2005 – 2007.

2.1. L'applicazione al concordato dell'art. 72 l.fall.

Tale soluzione¹³ ipotizzava che i rapporti giuridici pendenti avrebbero, almeno in parte, goduto delle norme riservate al fallimento per la comune natura di processi esecutivi.

¹² L.Stanghellini, *Gestione dell'impresa e contratti pendenti nell'amministrazione controllata e nelle altre procedure a carattere concorsuale*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 3, 1994, par. 8, p. 441, n.21.

¹³ Condivisa per certi aspetti anche da G.De Semo, *Dir. fall.*, 5^a ed, n. 546, p. 542-543.

La teoria era sostenuta per lo più da Provinciali, che definiva addirittura “un’eresia”¹⁴ il fatto che i contratti potessero rimanere insensibili all’apertura del concordato preventivo. Le norme sullo scioglimento o sulla prosecuzione dei contratti previste per il fallimento erano idonee - precisava l’Autore - a disciplinare anche gli altri procedimenti concorsuali, in quanto il fallimento sarebbe l’archetipo di queste procedure. La disciplina delle procedure concorsuali, infatti, contraddistinte dal comune fine di rimuovere il dissesto, avrebbe carattere unitario che, fondandosi sulla “identità, più che unitarietà” del fine che i procedimenti si propongono, renderebbe applicabili gli stessi mezzi e strumenti per rispondere ad esigenze comuni. In base a ciò sarebbe sostenibile che la *resiliazione* dei rapporti giuridici si presentasse come esigenza propria di tutti i procedimenti concorsuali, che suppongono una interruzione o diversa sistemazione dei contratti in essere all’apertura del procedimento.

Concepire la stessa normativa sulla base delle comuni esigenze delle procedure, era una teoria, già vecchia a quei tempi, elaborata da Montessori in una monografia dei primi anni del ‘900¹⁵. Questa visione aveva come base l’idea che anche il concordato preventivo, al pari del fallimento, comportasse, seppur in modo più attenuato, uno spossessamento del debitore; oltre a ciò si sosteneva¹⁶ che il “moderno”

¹⁴ Confr. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano 1974: «costituisce una sorprendente novità, ché un’eresia siffatta non è mai stata sostenuta da alcuno, ché, anzi, si è sempre ampiamente reputato il contrario»

¹⁵ Montessori, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Prato, 1917.

¹⁶ Candian, *Il processo di concordato preventivo*, nn. 91 ss, p. 114 e ss.

diritto dell'epoca aveva consolidato una concezione unitaria delle procedure concorsuali, in antitesi al vecchio modo di concepirle, variando tra esse solo il grado di intensità: il concordato preventivo non era più inteso come un beneficio concesso al debitore sfortunato ed incolpevole, ma come un procedimento esecutivo vero e proprio.

Si denotava, da parte di questi sostenitori, un ripudio del passato e della originaria funzione del concordato preventivo, la cui nuova concezione non avrebbe potuto generare che conseguenze come queste, ripercuotendosi anche sui periodi posteriori nei quali, appunto, si finì a lungo col vedere nel concordato una procedura più orientata alla liquidazione del patrimonio delle aziende in crisi, piuttosto che uno strumento per far fronte ad un periodo "buio".

Vedremo più avanti che numerosi autori criticarono questa posizione, la quale, come detto, trovò poche condivisioni¹⁷, finendo per essere respinta dalla maggioranza della dottrina e dalla giurisprudenza, anche nei momenti più vicini alla riforma del 2012.

¹⁷ G.Pico, *Concordato preventivo e rapporti giuridici preesistenti*, in *Banca borsa*, 1969, II, 337; S.Satta, *Diritto fallimentare*, Cedam, 1996, p.489ss, considera la modificazione dei rapporti pendenti in contraddizione con le finalità del concordato (nello stesso senso App. Firenze 10.12.1990, in *Dir. Fall.*, 1991, II, 561; T.Milano 20.4.1989, in *Fall.*, 1989, 954; Trib. Macerata 19.1.1987, in *Fall.*, 1987, 647); con la sentenza 3.12.1968 n. 3868, in *Dir. Fall.*, 1968, II, 933 la Cassazione ha escluso (conf. App. Roma 8.5.1967, *Dir. Fall.*, 1967, II, p. 619) l'applicabilità degli artt. 72 e ss. al concordato preventivo in conformità all'art. 169 l.fall, riconfermata in Cass., 29.9.1993 n. 9758, in *Dir. Fall.*, 1994, II, 226. Più recente la critica sempre conforme alla non applicabilità dell'art. 72 ss. di F.Fimmanò, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Contratti in esecuzione e fallimento: la disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*, a cura di Fabrizio di Marzio, Ipsa, 2007, p.379.

2.2. L' ART. 167 L.FALL.

Altri autori ritenevano che – ferma l'impossibilità di mutuare la disciplina fallimentare – i rapporti giuridici pendenti potessero essere influenzati dalla norma in esame, potendo il giudice delegato intervenire sulla esecuzione dei contratti in corso¹⁸, autorizzando il debitore secondo le finalità del concordato. Tuttavia, per ciò ipotizzare occorreva però sostenere l'applicabilità dell'art. 167 l.fall. anche ai contratti precedenti all'apertura della procedura¹⁹. Quindi, contrariamente a chi sosteneva che il potere del Commissario Giudiziale e del Giudice Delegato fosse limitato a quei negozi che il debitore poneva in essere *ex novo* dopo l'apertura della procedura²⁰, tali autori²¹ ritenevano che anche i rapporti giuridici sorti anteriormente al concordato preventivo dovessero rientrare nel novero degli atti previsti dall'art. 167 l.fall. Per sostenere tale teoria occorreva, inoltre, ritenere - essendo anche questo

¹⁸L'ipotesi era stata scorta anche in precedenza da Ramella, *Trattamento dei contratti nel fallimento e nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1931, p. 63. L'Autore sosteneva la possibilità che, lasciando senza restrizioni la facoltà del debitore di dare esecuzione ai contratti, potevano sorgere inconvenienti, cui si sarebbe potuto riparare subordinandone l'esercizio all'autorizzazione del giudice delegato o del commissario giudiziale.

¹⁹ Ipotesi condivisa in parte anche da Satta, *Diritto fallimentare*, Cedam, 1996, p.490 e ss. che, nel sostenere la possibilità per il debitore di compiere tutti gli atti necessari per lo svolgimento della sua attività, non potrà valicare, senza l'autorizzazione del giudice delegato, i limiti imposti dalla legge, espliciti dall'art. 167 l.fall.

²⁰ Bonsignori, *Comm. Scaiola-Branca*, p.220ss.; Tarzia, *Gli effetti del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata sui rapporti bancari*, in *G.comm.* 96, I, 466; Pinto, *Effetti del concordato preventivo sul preliminare di vendita*, in *G.comm.* 87, I, 277.

²¹ Jorio, *I rapporti giuridici preesistenti nel concordato preventivo*, Cedam, 1973, p. 209ss; Censoni, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Giuffrè, 1988, p. 46ss.

aspetto assai dibattuto - che le ipotesi previste dall'art. in questione non fossero da considerare *numerus clausus* ma elencate a mero titolo esemplificativo. La necessità dell'autorizzazione del Giudice Delegato valorizzava il compito del magistrato e della sua funzione di vigilare sulla procedura affinché, nello svolgimento della medesima, non si verificassero atti pregiudizievoli per il patrimonio (e, di conseguenza, per i creditori); questa è la finalità principalmente attribuita all'art. 167 l.fall., norma che, non privando il debitore dell'amministrazione (ordinaria) dei beni durante la procedura, evita che atti di straordinaria amministrazione rechino pregiudizio ai creditori. Secondo tale orientamento - che evidenziava l'importanza non della data di stipulazione degli atti, ma della portata che questi potevano avere sul patrimonio - i contratti, indipendentemente dal fatto di essere stati stipulati prima o dopo l'apertura della procedura, dovevano essere eseguiti con l'autorizzazione di cui all'art.167 l.fall. Il Giudice Delegato quindi, utilizzando il suo potere discrezionale, avrebbe dovuto eventualmente non autorizzare il compimento degli atti che, sebbene necessari per fronteggiare impegni assunti in precedenza, non fossero utili alla procedura, o meglio fossero suscettibili di danneggiare il patrimonio del debitore concordatario. Da qui la necessità di valutare caso per caso i contratti in corso alla luce di determinati parametri (tra i quali la dimensione dell'azienda e le sue disponibilità), non potendosi dare una regola predeterminata sulla loro sorte.

Né ha alcun rilievo il fatto che si sarebbe venuta a creare una situazione differenziata tra contratti stipulati prima e dopo l'apertura della

procedura, sia perché la legge non distingueva tra di loro le due ipotesi, sia perché la disciplina delle procedure concorsuali offriva molti esempi dell'assenza di un principio di tutela assoluta del contraente *in bonis* che fosse venuto in contatto con il contraente insolvente²².

Quanto alla inesecuzione del contratto in corso precisava l'Autore "la presenza del processo di concordato (come del fallimento) costituisce di per sé un elemento neutro per la definizione della responsabilità del contraente in dissesto in ordine all'inadempimento del rapporto pendente. O meglio: essa indica l'esistenza di una causa che consente di ritenere impossibile l'adempimento nella concorrenza di determinati presupposti racchiusi nella formula della contrarietà alle esigenze della procedura, ma non soddisfa l'ulteriore ed imprescindibile requisito richiesto per il venir meno della responsabilità, ed individuato nella non imputabilità della causa al contraente inadempiente, che deve sussistere anche nell'ipotesi di *factum principis*, la quale può essere invocata come esimente della responsabilità solo nella misura in cui il soggetto che ne invoca l'applicazione non abbia determinato le condizioni per l'intervento di carattere cogente dell'autorità"²³. Conseguentemente si ammetteva la mancanza di responsabilità per l'inesecuzione solo in assenza di colpa dell'imprenditore. Nei due casi i risvolti saranno diversi

²² Jorio, *op. cit.*, p. 213, dove l'Autore fa riferimento all'istituto dei rapporti pendenti nel fallimento e la proposizione dell'azione revocatoria, aggredente colui che ha concorso a concludere atti pregiudizievoli del patrimonio nel periodo anteriore alla procedura.

²³ Jorio, *I rapporti giuridici preesistenti nel concordato preventivo*, Cedam 1973, p. 259ss.

nel pagamento del contraente in *bonis* e per gli strumenti di cui quest'ultimo può disporre (strumenti di tutela diversi).

3. CONCLUSIONI.

In sintesi, possiamo affermare che la maggior parte della dottrina, alla vigilia delle riforme 2005-2007, ritenesse²⁴ doveroso l'adempimento nei contratti pendenti.

Si era però osservato²⁵ che, in pratica, la necessità di adempiere non aveva conseguenze rilevanti sulla sorte del concordato, in quanto, normalmente, l'impresa che accedeva alla procedura minore cessava la propria attività e quindi non vi erano rapporti da proseguire. Nel caso, poi, in cui alla data della proposta concordataria l'attività non fosse cessata, le alternative che si presentavano nel concordato erano normalmente due: l'affitto d'azienda (e, in tal caso, l'imprenditore concordatario non era più parte di tali contratti nei quali subentrava l'affittuario) o la progressiva cessazione dell'attività (nel qual caso il problema era solo quello della risarcibilità del danno derivante dalla eventuale inesecuzione dei contratti anteriori). Quindi, secondo tali interpreti, il problema esisteva, ma era limitato alle sorti del danno da inadempimento, complicazione che, come vedremo *infra*, sarà risolta dalla novella del 2012.

²⁴ Come per altro la giurisprudenza.

²⁵ L. Stanghellini, *op. cit.*, p. 444.

SEZIONE SECONDA

Tra le ampie modifiche apportate alla legge fallimentare dai decreti del periodo 2005-2007 (d.l. n. 35/2005, d. lgs. n. 5/2006 ed al d. lgs. n. 169/2007) esamineremo solo quelle che hanno interessato il concordato preventivo.

1. Il nuovo concordato.

Fino al 2005 - come già accennato - il concordato preventivo era una procedura che, nella pratica, non generava grosse esigenze a livello di regolarizzazione dei rapporti giuridici pendenti, perché era previsto in due forme, cessione dei beni ai creditori e concordato in garanzia, avendosi soltanto per quest'ultimo eventuali esigenze di prevedere una disciplina per la continuazione dei rapporti. Con le modifiche, l'istituto è stato completamente rinnovato ed ha perso gran parte di quelle caratteristiche che aveva nella legge fallimentare del '42.

Le modifiche sono state profonde: sono state eliminate tutte le condizioni di ammissibilità legate alla figura dell'imprenditore e all'impresa; è venuto meno il limite minimo di soddisfazione dei creditori chirografari ed è stata resa meno elevata la maggioranza necessaria per

l'approvazione da parte dei creditori; è stata soppressa la necessità di una maggioranza per numero dei creditori; è stato modificato il presupposto oggettivo: non più lo stato di insolvenza, bensì lo stato di crisi.

Già sotto quest'ultimo profilo appare evidente come il concordato sia venuto a perdere quella funzione liquidatoria, prima prevalente se non addirittura unica. Il nuovo concordato infatti appare, oggi, un istituto molto duttile, volto ad incentivare il debitore a chiedere un regolamento giudiziale dello stato di crisi, così da regolare a stralcio la propria posizione debitoria.

Il fatto che il nuovo art. 160 l.fall. stabilisca che la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti (finalità del concordato) possano avvenire in qualsiasi forma, apre il ventaglio dei mezzi "utili" per pervenire a quel risultato, tra i quali rimane anche quello che prima era, praticamente, il solo strumento concorsuale (la cessione dei beni).

E' evidente, dunque, che in tale contesto sia emersa (o riemersa) la necessità di regolare i contratti pendenti, esigenza avvertita, all'avvento delle riforme, dai più importanti commentatori: da un lato, il nuovo concordato, ormai non più finalizzato alla liquidazione dell'azienda e quindi alla cessazione (istantanea o progressiva) dell'attività di impresa, apriva la strada alla regolazione dei contratti; da un altro lato, il fatto che la novella, pur modificando sostanzialmente l'istituto, non prevedesse alcuna regolamentazione dei contratti pendenti, determinava il "riacuirsi" delle dispute²⁶ sulla sorte dei contratti precedenti all'apertura della procedura.

²⁶ Come sostiene Patti.

In particolare, si è affermato che i contratti pendenti non possono restare insensibili al concordato preventivo occorrendo effettuare una valutazione di convenienza in relazione all'art. 167 l.fall., con la conseguente possibilità²⁷, per il debitore, di manifestare la volontà di non adempiere al contratto. Il problema è allora delle sorti che verrebbe ad avere il contratto ineseguito.

A tale riguardo, si è ritenuto²⁸ che il credito che verrebbe a sorgere a seguito dell'inesecuzione, nascendo dal contratto ineseguito già pendente prima del concordato, sarebbe pagabile in moneta concorsuale. Tuttavia occorre valutare che, di fronte alla volontà del debitore concordatario di non adempiere il contratto (nel concordato non vi sono limiti all'esperimento di azioni cognitive poiché manca un procedimento per accertare il passivo), vi è il contraente *in bonis* che può chiederne la risoluzione ed il risarcimento del danno, se non addirittura la condanna all'adempimento. Quanto agli effetti, in caso di azione di risoluzione, l'eventuale credito, essendo riferibile al periodo anteriore alla procedura, sarà concorsuale; se invece il contraente opta per l'adempimento, sebbene si possa avere la condanna dell'imprenditore in concordato, non potrà aversi contro questi un effetto esecutivo, in quanto esclusa dall'art. 168 l.fall.

Dunque il problema che viene a porsi è inerente all'eventuale non continuazione dei rapporti e, in particolare, alla collocazione del credito risarcitorio derivante dal mancato adempimento, a prescindere dal fatto

²⁷ M.Fabiani, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, in *Fallimento*, 2011, 765ss.

²⁸ M.Fabiani, *op. cit.*

che si sia promossa o meno azione di risoluzione ed escluso il particolare caso dell'esecuzione ex 2932 c.c.²⁹.

Alcuni autori vedono la collocazione di detto credito in via concorsuale, sempre giustificata dal fatto che l'inadempimento sia relativo ad un' obbligazione sorta anteriormente all'apertura della procedura. Tuttavia, il principio non è applicabile *tout court* occorrendo, come taluno³⁰ ha fatto, distinguere tra vari generi di contratti, subendo essi sorti in parte differenti.

Infatti per i contratti ad esecuzione istantanea, nei quali l'adempimento è unico (non scindibile) come il sinallagma funzionale (al pari di quello genetico), non vige il divieto di cui all'art. 168 l.fall. ed il pagamento delle prestazioni anteriori deve avvenire regolarmente, senza necessità di autorizzazione ex 167 l.fall. Al contrario nei contratti di durata si potrà avere scindibilità delle prestazioni e conseguente applicazione del divieto di cui all'art. 168 per quelle anteriori, assoggettabili a falcidia concordataria.

In conclusione si è sottolineato che si fosse in presenza di una lacuna a seguito della riforma, perché il legislatore se avesse voluto comunque lasciare inalterata la disciplina dei contratti a seguito della procedura lo avrebbe dovuto esplicitare; non si può quindi affermare che quello del legislatore del triennio sia stato un atteggiamento agnostico³¹.

²⁹ Problema diverso è quello dell'esecuzione in forma specifica in riferimento all'obbligo a contrarre, ma su di esso ci soffermeremo più avanti in sede di trattazione del preliminare.

³⁰ A.Patti, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, 264s.

³¹ M.Fabiani, *op. cit.*

1.1.L'importanza del piano.

Sicuramente il nuovo concordato, dando la possibilità di protrarre l'attività imprenditoriale, deve consentire anche la prosecuzione dei rapporti, in linea con le finalità della riorganizzazione aziendale.

Tuttavia proprio la necessità di rimettere in sesto l'azienda potrebbe condurre il debitore alla necessità di sciogliersi da determinati rapporti non conformi alle nuove prospettive. Come si è appena detto, davanti a tale esigenza non possono che venire in luce una serie di interessi confliggenti³²: quello del contraente *in bonis* alla regolare prosecuzione del rapporto; quello dei creditori a non subire i costi di prosecuzione del contratto³³; quello dell'impresa concordataria a realizzare il piano senza l'eventuale vincolo dei contratti pendenti.

L'assetto del nuovo concordato, dunque, è fortemente basato sul piano e sulla proposta, attraverso i quali si realizza la riorganizzazione aziendale. Il piano è lo strumento attraverso il quale l'imprenditore valuta l'utilità e quindi anche la sorte dei rapporti pendenti.

Evidenziando l'importanza del piano, molti autori hanno condiviso l'idea che il debitore debba prevedere quali sono i contratti che non intende proseguire, palesando in tal modo la volontà di non adempiere. Come si è esattamente³⁴ sostenuto, il piano, data la flessibilità del nuovo art. 160

³² M.Fabiani, *op. cit.*

³³ G.Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p.565.

³⁴ M.Fabiani, *op. cit.*

l.fall., deve prevedere in modo dettagliato e specifico l'indicazione di tali rapporti (l'attestazione su cui questo deve far forza è, ovviamente, quella del professionista incaricato di redigere la dichiarazione di accompagnamento).

Quindi la scelta se proseguire o meno un rapporto deve rinvenirsi nel suddetto piano, così che la prosecuzione di un contratto, se prevista nel prospetto, deve ritenersi esclusa senza necessitare dell'autorizzazione del Giudice Delegato (la mancata autorizzazione allo scioglimento comporterebbe³⁵ un modifica del piano da parte del giudice stesso).

Bisogna infine ricordare che la tutela del contraente, ora creditore, sia da trovare nella possibilità di votare la proposta. Il tutto andrebbe di pari passo anche col fatto che la nuova formulazione dell'art. 167 l.fall., accompagnata dalle disposizioni in tema di struttura del concordato, fa trasparire una maggiore autonomia del debitore, parallelamente ad una diminuzione dei poteri del Giudice Delegato, il cui ruolo di direzione è venuto meno.

2. Un caso molto particolare

In questo periodo il legislatore (nonostante continuasse a disinteressarsi dei rapporti pendenti) ha disciplinato, se pur in una fattispecie molto particolare, un caso di facoltà di scelta tra esecuzione e scioglimento dei contratti pendenti anche per le imprese in concordato preventivo.

³⁵ F.Fimmanò, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Fallimento*, 2006, 1054.

L'art. 3 del d.lgs 20 giugno 2005, n. 122³⁶, prevede, a favore del promissario acquirente di immobili da costruire, la possibilità di scioglimento del contratto nel caso in cui l'impresa promittente abbia richiesto un concordato. La legge (che impone ai costruttori l'obbligo di consegnare al momento della stipula del preliminare una fideiussione per un importo pari alle somme riscosse e da riscuotere sino al trasferimento della proprietà), consentendo al promittente l'acquisto di escutere il fideiussore in caso di domanda di concordato presentata dal costruttore, realizza un'ipotesi di recesso *ex lege* per il contraente *in bonis*.

Dunque, anche se il legislatore (preoccupato del pericolo di sottoposizione del costruttore a procedura concorsuale) ha previsto una particolare disciplina di tutela a favore di uno specifico contraente (promissario acquirente di immobili da costruire), abbiamo, per la prima volta, una regolamentazione legale dei rapporti pendenti in una procedura di concordato preventivo.

3. Un' importante estensione.

La riforma del 2006 ha esteso l'applicazione dell'art. 45 l.fall. al concordato preventivo, attraverso la modifica apportata all'art. 169 l.fall. La sua disciplina, tipica delle procedure liquidatorie aventi ad oggetto lo spossessamento del debitore, determina che, anche nel concordato

³⁶ All'art. 1, sulle definizioni, e 3 prevede la sua applicazione al concordato preventivo.

preventivo, sono opponibili alla procedura solo gli atti le cui formalità siano state eseguite prima dell'apertura della medesima.

Tale estensione è rilevante per gli effetti che ha nei confronti della procedura il preliminare di vendita.

Un'attenta analisi³⁷ ha portato ad esaminare gli effetti che potrebbe avere sul patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori, un'eventuale azione di adempimento in forma specifica (ex 2932 c.c.) da parte del contraente in *bonis*. Essa, intesa dalla prevalente dottrina come azione cognitiva e più specificamente costitutiva³⁸ (considerata nel fallimento azione non esecutiva ai sensi dell'art. 51 l.fall.) tale diventerebbe anche per il concordato in relazione all'art. 168 l.fall. Oltre a ciò, nel concordato preventivo, differentemente da quanto avviene nel fallimento³⁹ in cui si ha un accertamento del passivo, non essendovi questa verifica non vi sono limiti all'esperimento di azioni cognitive, così che la suddetta azione sarebbe proponibile verso il contraente in concordato⁴⁰. Ebbene il contratto preliminare sembrerebbe non condizionato dalla procedura di concordato, finendo per gravare sulla procedura, perché i beni oggetto del suddetto contratto non potranno essere destinati al soddisfacimento dei crediti. L'unica via di uscita

³⁷ Di M.Fabiani, *op. cit.*

³⁸ Come sostiene Fabiani essa rappresenterebbe l'archetipo delle azioni costitutive, in cui il comando del giudice si va a sostituire all'attività delle parti.

³⁹ Anche se come dice Fabiani non è detto che il limite nel fallimento si trovi soltanto su un piano processuale, ammettendo che sia possibile rinvenirlo anche su un piano sostanziale.

⁴⁰ C.Cavallini, sub art. 168, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C.Cavallini, III, Milano, 2010, 596.

sarebbe sposare la tesi che vede nel 2932 c.c. un'azione esecutiva⁴¹, operando in tal modo il limite dell'art. 168 l.fall., purché non siano però state adempiute le formalità di cui all'art. 45 l.fall. (richiamato dal 169 l.fall.). In definitiva si può concludere asserendo che il contraente in *bonis* potrà separare la sua posizione da quella degli altri creditori soltanto se avrà compiuto le formalità necessarie per poter opporre alla procedura il contratto preliminare, ovvero avendo trascritto tempestivamente⁴² la domanda di adempimento ex 2932 c.c.

Ulteriore conseguenza all'applicazione dell'art. 45 l.fall. alla procedura di concordato, è che tale norma recepisce in ambito concorsuale la disciplina degli artt. 2914 e ss. c.c. In conseguenza di ciò la proposta di concordato preventivo viene ad imprimere sul patrimonio del debitore un vincolo equiparabile a quello del pignoramento. Pertanto, anche nel concordato preventivo, il patrimonio resta insensibile ai negozi ed agli atti di disposizione per i quali la legge richiede, ai fini dell'opponibilità ai terzi, l'adempimento, da parte del debitore o di terzi, di particolari formalità. Queste, che costituiscono il mezzo di risoluzione dei conflitti tra creditori e terzi che hanno acquistato un diritto sui beni del debitore, possono consistere nella trascrizione degli atti o delle domande giudiziali nei registri pubblici, nella iscrizione di ipoteche, nella notifica di cessioni del credito o loro accettazione da parte del debitore e nell'attività

⁴¹ Riferimenti giurisprudenziali sulle diverse concezioni del 2932

⁴² Ai fini della questione sarà tempestiva la trascrizione anteriore, non al decreto di ammissione di cui all'art. 166 l.fall. che opera soltanto come pubblicità notizia, ma alla presentazione della domanda di concordato. Opinione condivisa da Cass. 16 aprile 1996, n. 3588; M.Gaboardi, sub art. 166, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C.Cavallini, III, Milano, 521.

necessaria al fine di rendere opponibile alla procedura la data delle scritture private.

Sarà dunque possibile ricomprendere nel piano concordatario anche beni o crediti, precedentemente oggetto di disposizione, qualora non siano ancora state adempiute le formalità necessarie per renderle opponibili ai terzi da parte del contraente in *bonis* prima del deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo.

In sintesi - al di là dei rilievi che taluno ha mosso in ordine alla scarsa compatibilità tra le finalità liquidatorie proprie dei procedimenti a cui si applica l'art. 45 ed il concordato preventivo - la previsione legislativa di cui all'art. 169 l.fall. mira "ad accrescere la tutela dei creditori concorrenti, i quali potranno fare affidamento su un patrimonio più ampio di quello effettivamente relitto e dunque la norma si scrive a buon titolo fra quelle volte ad un generale *favor* concordatario"⁴³.

⁴³ M.Fabiani, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, nota a Trib. Pistoia, 30.10.2012, in *Foro It.* 2013, IV, coll. 1352.

CAPITOLO SECONDO

La nuova disciplina.

Il 22 giugno 2012, con d.l. n. 83, noto come “decreto sviluppo”, convertito con la legge 7 agosto 2012, n.134, il Governo ha ritenuto di adottare misure finalizzate a sostenere la crescita e lo sviluppo economico del Paese. Parte di questo intervento ha comportato alcune modifiche alla legge fallimentare, integrando, soprattutto, la disciplina del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani di risanamento.

L’art. 33 di tale legge, rubricato “Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale”, modifica varie preesistenti norme della legge fallimentare ed introduce cinque articoli, tra i quali, fondamentale per una migliore gestione della procedura di concordato, è l’art. 169-bis. L’intervento - che mira a “potenziare” ulteriormente, nel solco delle precedenti riforme succedutesi nel biennio 2005-2007, i c.d. strumenti di composizione della crisi d’impresa - ha però⁴⁴ creato non pochi problemi, principalmente conseguenti alla necessità di armonizzare il concordato con riserva con il resto della normativa (come meglio

⁴⁴ F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012, I; Anche L.A.Bottai, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012, 925.

vedremo). In linea generale, i problemi nascono dal fatto che gli strumenti⁴⁵ concessi al debitore concordatario per rendere più agevole il superamento della crisi, debbono tendenzialmente non pregiudicare le posizioni della massa creditoria.

Inoltre, soprattutto con riferimento al concordato con riserva l'intervento del legislatore è finalizzato ad incentivare l'impresa a denunciare la propria situazione di crisi per tempo, piuttosto che rimandare la sua sistemazione ad un momento successivo che l'avrebbe sottoposta a misure di controllo esterno⁴⁶.

Potrebbe sembrare strano⁴⁷ che, proprio mentre veniva espressamente prevista dal legislatore la possibilità di un concordato con continuità aziendale, si sia deciso di regolare i contratti pendenti, ma ciò si spiega col fatto che - come già detto - la presenza di alcuni rapporti da eseguire potrebbe essere di ostacolo alla riorganizzazione aziendale.

Circa il contesto normativo in cui si è sviluppato il nuovo concordato, appare necessario ricordare le modifiche successivamente apportate. Infatti, l'articolo 82 del "Decreto del fare" (Decreto Legge numero 82 del 21.06.2013, come convertito in Legge) ha introdotto alcune importanti novità. Quest'ultime interessano, in particolare, la domanda

⁴⁵ Tra le numerose modifiche introdotte con la riforma del decreto sviluppo si ricordano la possibilità di portare domanda di concordato preventivo e di AdR in via anticipata con riserva di produrre il piano e la documentazione prescritta dal 161 l.fall. in un termine successivo fissato dal giudice; l'importanza della normatizzazione di cui al 186-bis l.fall. sul concordato con continuità aziendale; infine vanno ricordate le innovazioni in tema di obbligo di ricapitalizzazione della società in perdita e quelle in materia fiscale di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 33 del decreto in esame, in vigore fin dal 26 giugno.

⁴⁶ Anche L.A.Bottai, *op. citata*, 925; F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012, I.

⁴⁷ Strano, perché proprio tale forma di procedura, in virtù della continuità, esigerebbe una prosecuzione dei rapporti senza doverne prevedere una differente sorte.

“in bianco” di concordato preventivo (o *preconcordato*) che è stata oggetto di un utilizzo massiccio da parte delle imprese, in alcuni casi con intenti “abusivi” (aspetto questo su cui ci soffermeremo, in quanto l’abuso ha ad oggetto spesso proprio il tema dei contratti). Il decreto recepisce le indicazioni fornite dagli operatori introducendo delle misure volte a rendere trasparente, sin da subito, lo “stato di salute” dell’impresa che presenta la domanda. Tale finalità è stata perseguita: introducendo l’obbligo di depositare l’elenco dei creditori insieme al ricorso; prevedendo la facoltà di nomina “anticipata” del commissario giudiziale; specificando e ampliando gli obblighi informativi periodici ai quali il debitore deve adempiere nella fase anteriore all’eventuale ammissione alla procedura di concordato preventivo.

1. L’art. 169-bis l.fall.

Con la novella del 2012 è stato introdotto l’art. 169-bis l.fall. che ha sancito la possibilità di sciogliersi dal contratto. Quello che ieri rappresentava un caso del tutto eccezionale (*retro* pag 15- preliminare 122\05) viene oggi introdotto come regola generale per tutti i rapporti giuridici pendenti.

La nuova norma consente, infatti, al debitore di chiedere (col ricorso introduttivo) al Tribunale o (dopo il decreto di ammissione) al Giudice Delegato di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione della domanda concordataria.

Inoltre, per dare al debitore un maggiore spazio temporale necessario a meglio definire il piano di concordato, può essere chiesta ed autorizzata anche la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.

Quanto alle conseguenze derivanti dallo scioglimento, la norma al secondo comma prevede il pagamento di un indennizzo equivalente al risarcimento del danno per il mancato adempimento, da soddisfarsi come credito anteriore al concordato.

Tale disposizione è un chiaro intervento del legislatore volto a favorire la soluzione concordataria della crisi, consentendo al debitore di liberarsi dai contratti eccessivamente penalizzanti e che potrebbero ostacolare la ristrutturazione aziendale: egli può optare per tale soluzione ogni volta che, per far fronte agli obblighi assunti, verrebbe a sopportare oneri maggiori dei benefici che potrebbe trarne.

Tale possibilità elaborata dall'art. 169 bis l.fall., sebbene generi (come vedremo più avanti) non pochi problemi applicativi⁴⁸, tende a preservare in modo tendenzialmente equilibrato gli interessi confliggenti che sorgono in sede di riorganizzazione aziendale concordataria; d'altra parte, senza questa previsione di risarcire il danno con moneta concorsuale, si vanificherebbe il giovamento conseguente al recesso.

Recente giurisprudenza⁴⁹ ha sostenuto che il procedimento di cui all'art. 169-bis l.fall. sarebbe bifasico: nella fase dell'autorizzazione il Giudice valuta, nell'interesse della massa dei creditori, la mera congruenza della

⁴⁸ M.Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, *ilcaso.it*, 11.3.2013.

⁴⁹ Trib. Rovigo, 6.3.2014, Estensore Martinelli.

richiesta rispetto alle finalità della procedura concordataria; in quella della determinazione dell'indennizzo, soppesa l'interesse dell'altro contraente, valorizzandone il pregiudizio nei limiti di un sindacato prettamente giuridico, ovvero di legittimità ed ammissibilità nei confini imposti dall'art. 169-bis l.fall. e dalle norme imperative dell'ordinamento.

2. La ridefinizione dei rapporti giuridici pendenti. Per il concordato vi è una nozione più ampia rispetto all'art. 72 l.fall?

Si è già detto che nel periodo a ridosso e successivo all'avvento dell'articolo 169-bis l.fall., si era sentita la necessità di (ri)definire, nel concordato preventivo, la categoria dei contratti pendenti, dal momento che la legge li disciplina solo nel fallimento all'art. 72 l.fall.

Poco prima della riforma vi era chi sosteneva⁵⁰ che i rapporti giuridici preesistenti fossero quelli che, necessitando di un perfezionamento dell'*iter* formativo, integravano il requisito della preesistenza dal punto di vista del sinallagma genetico; da un punto di vista funzionale, l'incompleta esecuzione bilaterale determinava le reciproche obbligazioni⁵¹. Quindi come sostiene l'Autore citato alla nota precedente tali contratti sono caratterizzati da “un peculiare dinamismo intrinseco,

⁵⁰ Patti, *op. citata*, p. 261s.

⁵¹ L'inesecuzione - precisa l'Autore di cui alla nota precedente - deve far riferimento alle prestazioni principali e non a quelle marginali.

derivante da una condizione suscettibile di andamento evolutivo, foriero di diritti e di doveri, tendenzialmente dissonante rispetto alla cristallizzazione del patrimonio dell'imprenditore (...), fonte di una realtà giuridica intersoggettiva".

Dopo le modifiche del 2012, alcuni ritengono che i "contratti in corso" siano quelli compresi nel novero della nozione di cui all'art. 72 l.fall. in riferimento alle parole "rapporti pendenti"; altri che la categoria prevista dal nuovo articolo sia di più ampia accezione.

La prima⁵² opinione giustifica l'assimilazione in relazione col fatto che la normativa fallimentare, pur utilizzando espressioni differenti, fa comunque riferimento ai contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti all'apertura della procedura; inoltre alla base vi sarebbe un esplicito richiamo dell'ultimo comma dell'art. 169-bis l.fall. - sebbene in relazione alla non applicazione delle regole stabilite dai primi due commi - alla normativa di cui all'art. 72, comma 8, 72-ter e 80, comma 1, l.fall.

La seconda⁵³ rileva che la formula lessicale di cui all'art. 169-bis l.fall. "contratti in corso di esecuzione", distinguendosi da quella dell'art. 72 l.fall. in cui si parla di "contratto ancora ineseguito..", lascia pensare ad una lettura più ampia, tale da comprendere, ad esempio, anche i contratti nei quali la prestazione è unilaterale, ma pendente e non esaurita. Anzi, secondo l'Autore (ultimo citato), i contratti in corso di esecuzione

⁵² P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso.it*, 11 marzo 2013.

⁵³ M.Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, *il caso.it*, 11.03.2013.; anche F.Canepa, *I contratti pendenti nel "nuovo" concordato preventivo e il trattamento dei debiti per i leasing*, *il caso.it*.

sarebbero innanzitutto quelli opponibili ai sensi dell'art. 45 l.fall. In sintesi “dal perimetro dell'art. 169-bis l.fall. fuoriescono, (...), solo quei contratti il cui rapporto non prevede alcuna esecuzione che non sia il pagamento da parte del debitore concordatario di un debito scaduto (o anche non scaduto ma senza che la parte *in bonis* debba fare alcunché)”⁵⁴.

Le norme degli artt. 72 e 169 bis l.fall. sono rubricate in modo differente, ma non per questo dovrebbero, a mio avviso, far riferimento a situazioni diverse, trattandosi di una distinzione più formale che sostanziale⁵⁵, non essendosi mai dubitato che (salve alcune ipotesi - chiamate dallo stesso Autore - *border-line*) i contratti già eseguiti anteriormente e completamente da una delle due parti del rapporto rientrassero nelle regole del concorso.

Infine il legislatore del 2012 ha anche introdotto nuovi istituti - il concordato con continuità aziendale ed il concordato con riserva - che dovremo esaminare proprio in relazione ai contratti pendenti. Vediamo adesso più in particolare il contesto della riforma.

Le nuove modifiche introdotte hanno suscitato alcuni problemi interpretativi, soprattutto sistematici, che in parte erano già sorti nei periodi precedenti. Per quanto interessa lo studio che stiamo effettuando, occorre esaminare le interpretazioni dell'art. 169-bis l.fall. in relazione alle svariate forme di concordato. Vedremo di portare in luce le problematiche sorte durante la vecchia disciplina, il loro superamento in

⁵⁴ M.Fabiani, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, nota a Trib. Pistoia, 30.10.2012, in *Foro It.* 2013, IV, coll. 1354.

⁵⁵ F.Lamanna, *la legge fallimentare dopo il “decreto sviluppo”*, ne *il Civilista*, ed. riforma 2012, p 52.

conseguenza della nuova normativa e quelle sorte a seguito di quest'ultima⁵⁶.

Ma in realtà l'art. 169-bis l.fall. non risolve definitivamente la questione dei contratti pendenti: le complicazioni sono sopravvenute proprio per effetto delle norme introdotte dalla riforma quali la domanda di concordato con riserva, le regole in tema di concordati in continuità e quelle in tema di pagamento dei creditori anteriori⁵⁷.

Molti dei relativi problemi saranno analizzati alla luce delle nuove forme di concordato (con continuità aziendale e con riserva) e, talvolta, necessiteranno di una trattazione separata.

Tuttavia, per l'esposizione non si potrà prescindere da una fondamentale dicotomia, dovendosi distinguere l'ipotesi che la continuazione dei rapporti sia legata all'idea che l'attività imprenditoriale prosegua, dal caso in cui la continuità sia legata allo schema di concordato, e quindi relativa alla soddisfazione dei creditori, ma comunque in un'ottica di cessazione dell'attività.

⁵⁶ Cercheremo di darvi, nei limiti del possibile, se non una soluzione una lettura soddisfacente a livello applicativo.

⁵⁷ M.Fabiani, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, nota a Trib. Pistoia, 30.10.2012, in *Foro It.* 2013, IV, coll. 1355.

3. Le due nuove forme di concordato introdotte dal “decreto sviluppo”, perfezionate dal “decreto fare”.

Il concordato con continuità.

Il concordato con continuità aziendale⁵⁸, se pur possibile anche anteriormente alla novella del 2012⁵⁹, mancava di una sua disciplina specifica; la nuova normazione ha messo le basi per alcune osservazioni riguardo l’ambito dei contratti pendenti.

La nuova disciplina viene a ricomprendere, nel seno della continuità aziendale, tutte le fattispecie nelle quali vi possa essere una possibilità di continuazione dell’attività, sia in capo all’imprenditore (in concordato) sia in capo a terzi. In essa rientrerebbe anche il concordato con cessione dell’azienda oltre a quello di ristrutturazione. Si può parlare in tal modo di “esercizio provvisorio dell’impresa” in vista del ritorno in *bonis* della stessa o del trasferimento a terzi dell’attività “in esercizio”.

Detta novità fa leva sulla possibile migliore soddisfazione che i creditori possono ottenere da un concordato diverso da quello tradizionale, cioè con liquidazione dei beni in via atomistica (quindi sostanzialmente privati del maggior valore garantito dal complesso aziendale); il che

⁵⁸ Disciplinato all’art. 186-bis l.fall., introdotto con la riforma dell’anno 2012.

⁵⁹ Come fa presente anche M.Arato, *Il concordato con continuità aziendale*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012, p. 2. Egli afferma che tali erano detti “concordati di ristrutturazione” o di “risanamento”, i quali facevano ritornare in *bonis* l’impresa che, in tal modo, poteva proseguire la sua attività. In ogni caso la casistica fornita dai tribunali fallimentari evidenzia già dalla riforma del triennio l’omologazione di concordato con continuità.

poco si differenzia da una liquidazione fallimentare, se non per il fatto in quest'ultima vi sarebbe la possibilità di esperire l'azione revocatoria.

Infine, la fattispecie che meglio andrà a sovrapporsi alle esigenze imprenditoriali possiamo ritenere sia quella relativa alla possibilità di disporre del concordato c.d. "misto"⁶⁰.

L'art. 186-bis l.fall. prevedendo, al terzo comma, che i contratti in corso non si risolvono⁶¹ a seguito dell'apertura della procedura, ha ampliato la disciplina sancita dall'art. 169-bis l.fall., all'evidente scopo di favorire la continuità aziendale (d'altra parte l'ampliamento di cui parliamo trova spazio solo per la fattispecie di concordato con continuità aziendale e purché non sia stata promossa dal contraente in *bonis* azione di risoluzione del contratto). Molti contratti, soprattutto con la P.A., prevedevano clausole risolutive nell'ipotesi in cui l'appaltatore fosse ricorso ad una procedura concorsuale minore. L'intervento legislativo ha quindi impedito che l'estromissione dell'imprenditore concordatario dall'appalto, sancendo anche la possibilità per costui di partecipare alle gare per l'assegnazione dei contratti (purché il professionista designato attesti la capacità per l'impresa di far fronte ai relativi obblighi⁶²).

⁶⁰ In cui si mischiano liquidazione, relativamente al comparto di beni dai quali l'impresa intende liberarsi, e continuità, relativa al comparto dei beni che parteciperanno alla continuazione dell'attività.

⁶¹ Mancava nel concordato preventivo una norma come questa, presente nel fallimento all' 72, comma 6, l.fall.

⁶² Anche B.Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l.fall.*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012.; condiviso da F.Pedoja, *I contratti in corso nel concordato preventivo: sospensione e scioglimento*, in *Fallimentiesocietà.it*, 2014, n. 2809.

Pertanto il sistema all'attualità prevede da un lato, che il contratto in corso non si risolve (art. 186-bis, co. terzo) e, da un altro lato, consente al debitore concordatario di sciogliersi (art. 169-bis l.fall)⁶³.

Concordato con riserva.

Il “Decreto Sviluppo” - in riferimento ai nuovi schemi della procedura ha riconosciuto al debitore la facoltà di depositare, presso la cancelleria del Tribunale, un ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva di produrre, nel termine che sarà assegnato con decreto dal Giudice, la proposta, il piano concordatario e i documenti previsti dall'articolo 161 l.fall.

La domanda permette al debitore di anticipare gli “effetti protettivi” contro le azioni esecutive, conseguenti ad una presentazione di una domanda completa, e di fruire quindi di un maggiore termine per la predisposizione della proposta concordataria da sottoporre al vaglio del Tribunale e dei creditori.

Questa opportunità ha determinato, in alcuni casi, veri e propri comportamenti abusivi, da parte di debitori ormai decotti, per bloccare le azioni esecutive individuali subite e/o procrastinare la dichiarazione di fallimento.

Tale forma di concordato ha comportato - come si è già notato - la necessità di particolari prescrizioni, intervenute a cura del “Decreto fare”, il quale ha previsto l'obbligo per il debitore di depositare, insieme alla domanda “in bianco” di ammissione al concordato preventivo,

⁶³ Sostenuto anche da F.Canepa, *op. cit.*

l'elenco nominativo dei creditori con l'ammontare dei rispettivi crediti. La presenza di tale allegato (che si aggiunge all'obbligo, già previsto, di depositare i bilanci degli ultimi tre esercizi) è finalizzata a rendere trasparente, sin da subito, la massa passiva a carico della futura procedura concorsuale. Inoltre, viene riconosciuta al Tribunale la facoltà di nominare il Commissario Giudiziale già nel decreto che fissa il termine entro il quale il debitore deve depositare la proposta e il piano concordatario. In questa fase, anteriore all'eventuale decreto di apertura della procedura di concordato preventivo, il Commissario Giudiziale potrà esaminare le scritture contabili dell'impresa e accertare la sussistenza di fatti che rendano improcedibile la domanda (come ad esempio l'occultamento o la dissimulazione dell'attivo, l'omessa denuncia dolosa di crediti ed altri atti in frode ai creditori). L'eventuale improcedibilità, dichiarata con decreto dal Tribunale, potrà seguire la dichiarazione di fallimento del debitore, in presenza dell'istanza del pubblico ministero o di uno o più creditori e dei presupposti di legge.

Nella fase anteriore al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo viene previsto che il Tribunale, prima di autorizzare il compimento di atti di straordinaria amministrazione, debba richiedere un parere al Commissario Giudiziale (ove già nominato a seguito dell'esercizio della facoltà sopra descritta).

La novità è finalizzata a permettere al Commissario Giudiziale, il quale ha esaminato le scritture contabili e vigilato sulla condotta del debitore, di esporre il proprio parere circa il compimento di operazioni rilevanti. Si ritiene, a tale proposito, che la normativa sarebbe stata più coerente se il

parere del commissario fosse stato inserito anche nell'ambito del procedimento di autorizzazione agli atti di straordinaria amministrazione dopo l'ammissione alla procedura (articolo 167, comma 2, l.fall.).

4.L'autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

Il debitore concordatario deve chiedere al giudice l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione del contratto. Ciò ha dato non poche difficoltà interpretative.

4.1.Contenuto della richiesta.

In relazione alla richiesta prevista dall'art. 169-bis l.fall. si pongono, innanzi tutto, due problematiche, una meramente temporale, l'altra legata ai criteri di valutazione che l'organo autorizzante deve seguire. Tratteremo più oltre i criteri che deve seguire l'autorità giudiziaria che deve concedere l'autorizzazione, problematica questa che desta maggiori problemi.

Dati gli interessi in gioco, il legislatore ha voluto sottoporre la domanda all'autorizzazione dell'organo giudiziario non potendosi lasciare la delicatezza della situazione in mano al solo debitore, come deriverebbe da un'applicazione a specchio della normativa fallimentare che vede il tutto in mano ad un unico soggetto, il Curatore (con parere favorevole del comitato dei creditori).

In primo luogo sembra giusto ritenere, come fa parte della dottrina⁶⁴, che la domanda del debitore non può essere generica, o riguardare indistintamente tutti i contratti in corso, ma deve essere specifica, con indicazione analitica dei contratti oggetto di autorizzazione e dei motivi della richiesta.

4.2. Il momento della richiesta.

La previsione dell'art. 169-bis l.fall. (il debitore può chiedere lo scioglimento e/o la sospensione dei contratti in corso al *Tribunale* o al *Giudice Delegato*) ha fatto sorgere qualche dubbio se il momento della richiesta sia solo quello iniziale (al deposito del ricorso introduttivo) oppure se l'autorizzazione possa essere chiesta anche successivamente, anche dopo l'ammissione. Secondo alcuni⁶⁵ l'istanza di cui all'art. 169-bis l.fall. deve essere contenuta nel ricorso introduttivo e non può essere presentata in un momento successivo al Giudice Delegato; quest'ultimo potrà solo autorizzarla (ove non vi abbia già provveduto il Tribunale), ma l'istanza deve essere contenuta nel ricorso originario. Infatti la norma dispone che la richiesta debba essere contenuta nella domanda presentata

⁶⁴ A.Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 265; A.Penta, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *dir. fall.*, I, 2014, p. 130, relativamente al problema dell'uso distorto della richiesta nel concordato preventivo.

⁶⁵ G.Bozza, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 1125.

a norma dell'art. 161 l.fall.⁶⁶, spostando l'autorizzazione ad un momento successivo: ciò perché l'esame dei contratti potrebbe ostacolare la procedura nei casi in cui il Tribunale non sia in grado in prima battuta di effettuare le opportune valutazioni. Inoltre - aggiunge l'Autore - il legislatore, cosciente degli strumenti di cui dispone nel fallimento il curatore⁶⁷, se avesse voluto dare all'imprenditore in concordato la possibilità di proporre lo scioglimento in qualsiasi momento, avrebbe optato per una formulazione diversa dell'art. 169-bis l.fall. Una scelta contraria (e cioè una richiesta non contestuale al deposito del ricorso) consentirebbe (ingiustamente) al debitore di sfruttare i vantaggi dei vari contratti fino al momento che ritiene opportuno per poi poterli sciogliere, senza che l'altro contraente possa fare alcunché e ricevendo un indennizzo in via concorsuale. La soluzione a livello pratico sarebbe quindi di far sì che nel ricorso di cui all'art. 161 l.fall. siano, almeno elencati, i contratti che saranno oggetto di autorizzazione prevista dall'art. 169-bis l.fall.

Diversamente, altri ⁶⁸ hanno ritenuto che l'istanza all'autorizzazione per la sospensione o lo scioglimento possa proporsi anche successivamente

⁶⁶ Sulla scia di questa affermazione anche F.Canepa, *op. cit.*, sostiene che la proposta debba essere contenuta nel ricorso di cui all'art. 161 l.fall, sebbene lasci trasparire un margine di incertezza al riguardo.

⁶⁷ A titolo esemplificativo si ricorda il caso previsto dall'art. 80 l.fall in cui il curatore in caso di fallimento del conduttore può recedere in qualsiasi momento dal contratto; inoltre al secondo comma dello stesso articolo è prevista la possibilità per il curatore di recedere entro un anno in caso di fallimento del locatore se la durata del contratto sia complessivamente superiore a quattro anni. Anche l'art. 79 l.fall. prevede per entrambe le parti la possibilità di recedere dal contratto di affitto d'azienda entro 60 giorni; l'art. 104 l.fall., al comma 7, fa salva la possibilità per il curatore di sciogliersi o sospendere l'esecuzione senza porre limiti di tempo.

⁶⁸ P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso.It*, 11 marzo 2013, p. 17.

al ricorso introduttivo, ove sia lo stesso debitore ad avere necessità di meglio ponderare la proposta concordataria. Ciò, come vedremo più avanti, comporterebbe una piena armonizzazione tra dell'art.169-bis l.fall. ed il concordato con riserva. Al riguardo, si è però osservato che l'istanza deve seguire in tempi rapidi l'ammissione alla procedura di concordato e possibilmente prima della scadenza delle reciproche obbligazioni, perché il contratto continuerebbe nel periodo intercorrente. A noi sembra preferibile la soluzione che prevede la possibilità di presentare l'istanza anche dopo la presentazione del ricorso, in quanto pare coerente sia con l'obiettivo di consentire il successo della proposta concordataria, nonché col nuovo sistema concorsuale che, se prevede la possibilità di presentare un concordato con riserva, a maggior ragione non può non prevedere la possibilità - ove necessario - di una migliore valutazione (dopo cioè la presentazione del ricorso ex 161 l.fall.) circa la necessità ai fini del concordato di farsi autorizzare allo scioglimento del contratto pendente. La stessa possibilità di procedere, in corso del giudizio di omologazione, ad una modifica del piano del concordato, legittima la presentazione di una istanza di autorizzazione allo scioglimento del rapporto pendente. In tal senso si capisce e si giustifica la dizione normativa.

4.3. Legame tra sospensione e scioglimento.

Da alcuni si è ipotizzato che vi sia un ordine temporale tra le due richieste previste come possibili dal legislatore, nel senso che se venisse chiesta, in un momento anteriore, la sospensione, questa impedirebbe la successiva richiesta di scioglimento⁶⁹ (il contrario non sarebbe ipotizzabile, essendo quest'ultima per natura assorbente dell'altra).

In realtà non vi è ragione di impedire al debitore di chiedere, in un primo momento, la sospensione (andandosi così a limitare anche il problema relativo al momento della proposizione della domanda) per poi eventualmente chiedere lo scioglimento⁷⁰, che dovrebbe seguire in termini congrui e cioè nel periodo concesso per la sospensione del contratto. Questa soluzione, oltre a superare in parte il problema temporale, ben si armonizza con le varie forme di concordato, essendo applicabile anche al concordato con riserva: in tale caso, il debitore potrebbe in sede di istanza chiedere la sospensione, lasciandosi un margine temporale valutativo per optare per lo scioglimento. Tale soluzione metterebbe il contraente *in bonis* in una posizione molto vicina a quella che subirebbe in conseguenza di apertura di un eventuale fallimento, costretto a tenersi pronto ad adempiere per un periodo relativamente lungo. Indubbiamente tale soluzione finisce con appesantire la posizione del creditore, ma bisogna ricordare che la norma

⁶⁹ P.F.Censoni, *op. cit.*

⁷⁰ Come vedremo di seguito qualcuno - nella più recente dottrina - ha optato per la tramutazione della sospensione in scioglimento ipotizzando così l'idea di un possibile legame funzionale tra la sospensione e lo scioglimento.

in parola (così come l'intero istituto novellato) è, ancorché non ostile al soddisfacimento dei creditori, orientata a mettere l'imprenditore in crisi in una situazione più agevole per il suo superamento, tale da consentirgli la riorganizzazione aziendale. Ciò giustifica anche una posizione del contraente *in bonis* talvolta più svantaggiata.

4.4. Il momento della richiesta autorizzativa nel concordato con riserva.

La particolare struttura del concordato con riserva porta a rilevare alcune considerazioni importanti. In primo luogo, sorge il dubbio se esso possa risentire dell'applicazione, in modo analogo alle altre strutture di concordato, di quanto disposto dall'art. 169-bis l.fall. Più in particolare secondo alcuni vi sarebbe la possibilità di chiedere fin dal deposito del ricorso di cui all'art. 161, comma 6, l.fall. sia lo scioglimento che la sospensione; secondo altri, in tale momento, si può chiedere la sola sospensione, anticamera di un (eventuale) successivo scioglimento; infine altri ritengono inapplicabile l'art. 169-bis l.fall. in sede di deposito della richiesta di cui all'art. 161, comma 6, l.fall.

Impossibilità di chiedere l'autorizzazione giudiziale al momento del deposito del concordato preventivo con riserva.

Una delle prime pronunce giurisprudenziali⁷¹ in materia ha affermato che la disciplina di cui all'art. 169-bis l.fall. trova applicazione soltanto in relazione al concordato di cui all'art. 161, co. primo, l.fall., non nel caso di concordato con riserva. Analogamente si è riespressa successivamente, in maniera più incisiva, la giurisprudenza⁷² rigettando la richiesta di autorizzazione allo scioglimento in presenza di una domanda generica di concordato. Tuttavia dottrina e giurisprudenza maggioritarie sono contrarie alle conclusioni a cui sono pervenuti le suddette pronunce, tuttavia è stato posto⁷³ sull'art. 169-bis l.fall. un fondato problema che: sebbene sia una possibile "strategia" del debitore quella di non far comparire subito la proposta ed il piano, il Tribunale non potrebbe decidere al buio sulla richiesta di scioglimento e sospensione dei contratti. La stessa dottrina ha rilevato che, nel silenzio di numerose

⁷¹ Trib. Verona, 31.10.2012, *ilcaso.it*, 2013, I, 8359. "La disciplina di cui all'art. 169 bis legge fall., la quale consente al proponente il concordato di richiedere l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso, è applicabile unicamente nell'ambito del ricorso per concordato di cui al primo comma dell'art. 161 legge fall. e non nel caso in cui venga presentata domanda di concordato con riserva di presentazione del piano e della documentazione di cui al sesto comma della stessa norma".

⁷² Trib. Venezia, 7.1.2013, in *fallimento*, 2013, 768, ha rigettato la richiesta di autorizzazione allo scioglimento di alcuni contratti bancari in presenza della domanda generica di concordato, il che fa pensare ad un rifiuto di concedere l'applicazione dell'art. 169-bis alla suddetta fattispecie.

⁷³ G.Bozza, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013.

norme⁷⁴, nascerebbero i relativi dubbi e per questo bisogna “capire il significato del silenzio del legislatore”. Quindi, l’Autore (di cui alla precedente nota) afferma che la disposizione dell’art. 169-bis l.fall., nella prima parte del comma 1, prende in considerazione il solo concordato pieno, poiché solo in questo vi può essere l’alternativa di decidere l’organo autorizzatorio tra Tribunale e Giudice Delegato; ciò non sarebbe possibile nel concordato con riserva, in cui il decreto di ammissione di cui all’art. 161, co. 6, l.fall. non prevede che sia nominato il Giudice Delegato, che viene nominato con il decreto di ammissione ex 163 l.fall., estraneo al preconcordato nel quale eventualmente si può avere solo la nomina di un Commissario Giudiziale (secondo quanto ha modificato il decreto fare). Tuttavia - secondo lo stesso Autore di cui sopra - altre ragioni inducono a ritenere la non applicabilità dell’art. 169-bis l.fall. al concordato in bianco: in primo luogo se il legislatore avesse voluto applicare la richiesta di autorizzazione allo scioglimento al concordato con riserva lo avrebbe espressamente detto, ovvero bisogna considerare che, nei casi in cui egli vuole lasciar pensare che una certa disciplina

⁷⁴ L’Autore (citato in nota precedente) pone in luce le incompletezze di certe norme cioè: “il settimo comma dell’art. 161 espressamente dispone che dopo il deposito del ricorso per preconcordato il debitore «può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale»; il primo e il quarto comma dell’art. 182-quinquies consentono al debitore «che presenta, anche ai sensi dell’articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo» di chiedere al tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell’art. 111, e di pagare (ove sia presente la continuità) i crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori; l’art. 182-sexies rende inapplicabile la disciplina societaria posta a tutela della conservazione del capitale sociale “dalla data del deposito della domanda per l’ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell’articolo 161, sesto comma; l’art. 161 non contiene alcun accenno allo scioglimento o sospensione dei contratti, né nell’art. 169 bis, che tratta di tale argomento, vi è alcun riferimento al sesto comma dell’art. 161 o, comunque, ai concordati con riserva”.

(quando richiama il concordato preventivo in via generica) si applichi anche al concordato con riserva, lo ha fatto in modo chiaro⁷⁵; in secondo luogo rileva che la richiesta di sospensione o scioglimento dovrebbe essere proposta all'interno del ricorso di cui all'art. 161 l.fall., il quale presuppone che vi sia ben chiara la struttura del concordato, laddove il debitore non sia invece in grado di delinearla, quindi lo scioglimento non potrebbe chiedersi in tale fase nel concordato preventivo con riserva⁷⁶, né potrebbe attivarsi un contraddittorio con la controparte (l'Autore lo vede come necessario); lo scioglimento dei contratti non potrebbe avvenire neanche a mezzo di parere del commissario nominato ai sensi del co. 8 dell'art. 161 l.fall., ritenendo questi non rientranti negli atti urgenti, sebbene di straordinaria amministrazione, descritti dall'articolo (in particolare modo per gli effetti che l'art. 169-bis determina, sancendo il pagamento in moneta concorsuale del credito che verrebbe a sorgere). Da ultimo sottolinea come la pericolosità degli effetti che l'art. 169-bis l.fall. determini in tema di definitività dello scioglimento autorizzato, qualora non seguisse

⁷⁵ In base a ciò si verrebbero a non applicare neanche gli artt. 168 e 169 l.fall. al concordato preventivo con riserva se non fosse che essi preesistevano al detto concordato, essendo stati inseriti nella riforma precedente; il silenzio infatti si può ritenere preclusivo, nel senso di "espreso richiamo", solo relativamente al contesto delle altre norme introdotte nella riforma che ha introdotto tale forma di concordato; si veda - come peraltro visto anche in altra sede (retro)- ad es. quanto disposto per la norma di cui all'art. 182-quinquies (relativa a pagamento di crediti anteriori ed a finanziamenti), diversamente dal mancato richiamo de concordato in bianco nell'art. 169-bis l.fall..Tale silenzio rimasto anche nel decreto fare, infatti come sostenuto da Bozza, op. cit., 1131, "Quale migliore occasione per un legislatore così solerte - da riformulare le caratteristiche di un istituto introdotto meno di anno fa - per disporre che l'art. 169-bis è applicabile anche ai concordati presentati con il ricorso di cui al sesto comma dell'art. 161!".

⁷⁶ Sebbene qualche dubbio potesse suscitare relativamente a quanto stabilito dal decreto fare che, in relazione alla fase di preconcordato, dispone la necessaria previa elencazione dei creditori, ma ciò non implica la presentazione del piano.

nel termine concesso una proposta di concordato piena. Sebbene le considerazioni sopra dette si riferiscano (negativamente) più allo scioglimento che alla sospensione, questa per le stesse considerazioni, in modo parzialmente diverso, è stata esclusa⁷⁷.

Applicazione relativa alla sola sospensione, anche funzionale.

La giurisprudenza⁷⁸, sempre nel periodo a ridosso della nuova disciplina, forse per il legame relativo ai termini concessi nelle due disposizioni, ha affermato che la sospensione sia l'unica richiesta che può essere fatta dal debitore nella fase di *preconcordato*.

In favore, seppur parzialmente, si è schierato anche qualche studioso⁷⁹, che pare aver risentito - anche se per il caso in questione solo in via indiretta - della disciplina del "Decreto fare"; egli sostiene che l'autorizzazione a sciogliersi possa essere concessa soltanto in presenza di piani e proposte "definitivi ed impegnativi", il che sarebbe incompatibile con la proposta di un concordato con riserva. Quindi ritiene l'Autore (in nota precedente) che si possa avere la sola sospensione in sede di proposta di cui all'art. 161, co. 7 l.fall., purché si

⁷⁷ Non potendosi dilungare sulle considerazioni dell'autore in tema di sospensione, si rinvia per maggiore precisione alle considerazioni effettuate nel suo brano da Bozza, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 1136 ss. In proposito si ricordano le parole con cui l'autore conclude l'articolo: "So bene che, quanto meno, la misura della sospensione nella fase del preconcordato potrebbe essere utile e idonea a favorire le soluzioni concordatarie, verso le quali il legislatore del 2012 ha fortemente spinto, ma a me pare che tale "*voluntas legis*", non si sia spinta fino al punto da consentire la sospensione e lo scioglimento nel concordato con riserva, anzi che si sia manifestata in senso opposto".

⁷⁸ Trib. Pistoia 30.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 74; anche Vella, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *fallimento*, 2013, 672, che sostiene, in tali casi, la necessità di una disclosure circa il concordato proposto.

⁷⁹ A.Penta, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *dir. fall.*, I, 2014, p 130.

verta in “situazioni potenzialmente pregiudizievoli⁸⁰ ed urgenti”. Tuttavia “alla scadenza del termine, qualora *medio tempore* fosse stata depositata la proposta, potrebbe poi consentirsi la trasformazione della sospensione in scioglimento”. A mio avviso, in ogni caso, si deve ritenere che l’autorizzazione a sciogliersi possa chiedersi anche in un momento ed in un termine successivo a quello di proposizione della domanda di cui all’art. 161 l.fall., quantomeno per il concordato con riserva.

Piena applicazione.

Infine vi è chi sostiene⁸¹ che il debitore abbia anche nel concordato con riserva la possibilità di optare sia per la sospensione che per lo scioglimento del contratto in sede di presentazione del ricorso. Infatti sostiene il medesimo Autore che non vi sono limiti a condividere l’idea che, poiché il debitore ha la possibilità di chiedere l’autorizzazione anche in tale sede - non negabile secondo l’Autore in quanto il richiamo dell’art. 161 l.fall. non possa prevedere di scartare l’ipotesi di cui al sesto comma -, egli abbia ampia disponibilità al riguardo purché - responsabilizzando l’imprenditore - egli sia legato ad una dichiarazione, sebbene sommaria, relativa al piano ed alla proposta. Così egli paleserebbe il fatto di avere un’idea consolidata circa la piega che la procedura prenderà. Al riguardo bisogna ritenere che nel caso in cui fosse concessa la suddetta autorizzazione si verrebbe ad escludere, in

⁸⁰ L’Autore l’ha inteso come aggravio degli oneri prededucibili.

⁸¹ A.Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *fallimento*, 2013, 272.

relazione a quanto previsto dall'art. 161 l.fall., che la proposta possa prendere una strada diversa, se non parzialmente, o comunque non in grado di stravolgere le intenzioni prospettate e, a maggior ragione, sarà tagliata fuori la possibile tramutazione in accordo di ristrutturazione dei debiti. La teoria della responsabilizzazione della richiesta sicuramente suppone un atteggiamento di buona fede nello sfruttamento degli istituti di gestione della crisi aziendale.

Anche la giurisprudenza⁸², sembra favorevole a ciò. Infatti ha affermato che sebbene non vi sia contestuale proposizione in tale sede della documentazione necessaria, è possibile che sia data l'autorizzazione ex 169-bis l.fall. qualora possa valutarsi in via prognostica la non convenienza della continuazione (cioè relativa al fatto che il tribunale possa valutarlo conoscendo le ragioni a fondamento della richiesta⁸³) del rapporto ai fini del concordato, sia per la mancanza di risorse da parte dell'imprenditore, sia perché non vi sarebbero ragioni, anche future, che giustificerebbero il subentro nel rapporto. Una seconda giustificazione a

⁸² I tribunali italiani si sono mostrati favorevoli anche al caso di concordato con riserva: Trib. La Spezia 24.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 77.trib. Mantova 27 settembre 2012, in *ilcaso.it*; Trib. Como 5 novembre 2012; Trib. Biella 13 novembre 2012; Trib. Modena 30 novembre 2012; Trib. Ravenna 24 dicembre 2012, tutte in *ilcaso.it*; Trib. Monza 16 gennaio 2013 e Trib. Catanzaro 23 gennaio 2013, in *IlFallimentarista.it*, con nota di C. Cavallini, «Spigolature» e dubbi in tema di (pre)concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti; Trib. Roma 20 febbraio 2013, in *IlFallimentarista.it*, con nota di M. Vitiello, *Scioglimento e sospensione dei contratti pendenti nel concordato con riserva*.

⁸³ Al riguardo è stato affermato: Trib. Roma 20 febbraio 2013, cit. «è indispensabile che il debitore che ha formulato domanda di concordato ai sensi dell'art. 161, comma 6 l. fall. prospetti al tribunale i contenuti di proposta e piano accompagnati da una prima relazione del professionista che sia funzionale ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità di quanto prospettato»; per il Trib. Monza 16 gennaio 2013, cit. l'autorizzazione allo scioglimento «è impossibile in assenza di elementi di giudizio quali la tipologia di concordato che il debitore intende proporre, l'esposizione della situazione economica aggiornata, l'incidenza della prosecuzione dei contratti sul passivo concordatario»; per il Trib. Mantova 22 settembre 2012, *cit.*, è, invece, sufficiente che venga «delineato il tipo di concordato che sarà proposto»

ciò sarebbe rinvenibile nell'assenza di espressi parametri e criteri⁸⁴ cui far dipendere l'autorizzazione del tribunale, potendosi la richiesta di scioglimento qualificarsi come mero diritto potestativo del debitore⁸⁵, valorizzato dal fatto che esso possa essere allineato con il futuro interesse dei creditori ad un migliore soddisfacimento. Da preferire una lettura di quest'ultime ipotesi simili (in quanto a favore dell'applicazione anche al concordato in bianco della disciplina dell'art. 169-bis l.fall.) alla luce della responsabilizzazione dell'imprenditore in procedura (come previsto dalla prima).

Possiamo così sintetizzare le possibilità autorizzative nell'ambito del concordato in bianco. La legge quando prevede che il debitore può chiedere nel ricorso di cui all'art. 161 l.fall. al Tribunale l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso stabilisce che la relativa istanza deve essere presentata insieme al ricorso per l'ammissione alla procedura. Quando prevede che tale domanda può essere avanzata dopo il decreto di ammissione al Giudice Delegato, stabilisce che il potere di richiedere lo scioglimento dal contratto può essere esercitato anche durante il giudizio di omologazione. Lo stesso primo comma dell'art. 169-bis l.fall. prevede che il debitore può chiedere (sia al tribunale che al Giudice Delegato perché diversamente avrebbe distinto) la sospensione del contratto in corso (prodromica poi di un eventuale futuro scioglimento). Questo è il regime nel caso di proposta di concordato pieno.

⁸⁴ Argomento che sarà affrontato di seguito.

⁸⁵ Così ipotizzato da Trib. Salerno 25.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 75.

Poiché l'art. 169-bis l.fall. richiama *tout court* l'art. 161 l.fall. che prevede al sesto comma la possibilità di un concordato con riserva, indubbio appare che la disciplina si applichi anche al concordato con riserva, con la sola precisazione che nel concordato in bianco occorre che la domanda di scioglimento sia accompagnata da quella responsabilizzazione di cui si è detto (relativa ad una prospettazione del futuro concordato).

4.5. La valutazione dell'autorità giudiziaria.

Uno degli interrogativi che sorgono relativamente alla norma attiene ai criteri alla luce dei quali l'autorità competente debba valutare la richiesta del debitore concordatario. La norma si limita a prevedere che la richiesta di scioglimento (o di sospensione) del contratto debba essere autorizzata dall'autorità competente. La prima risposta che può saltare agli occhi, forse anche la più logica, è quella di far derivare i criteri non in via assoluta ed astratta da una norma, ma in relazione al piano proposto⁸⁶ e quindi dal dato concreto emergente dal piano e dalla proposta. Peraltro, un aiuto esegetico è stato dato dalle Sezioni Unite con

⁸⁶ P.F.Censoni, *op. citata*, p 14, parla di "fattibilità giuridica" in relazione alla coerenza col piano.

la sentenza n. 1521 del 2013⁸⁷, che ha disegnato i confini del potere del Tribunale sulla fattibilità del piano. I principi dettati dalla suprema corte sono stati quindi “utilizzati” anche per individuare i confini del potere autorizzativo dello scioglimento dei rapporti giuridici.

Logicamente il problema si complica quando si sia in presenza di un concordato con riserva e quindi la domanda sia priva di un piano e di una proposta, ovvero l’integrazione debba seguire l’istanza di ammissione alla procedura. In tal caso una decisione ponderata (positiva o negativa) è impossibile mancando i parametri valutativi per accedere alla richiesta di sospensione o scioglimento. Per evitare tale inconveniente, bisogna ritenere che la domanda di concordato con riserva, sebbene incompleta, non possa essere del tutto priva di qualsiasi indicazione, ancorché approssimativa, dei dati in virtù dei quali verrebbe chiesta l’autorizzazione. Ulteriore complicazione deriva dal fatto che il debitore potrebbe integrare la proposta di concordato dandogli una sorte diversa⁸⁸,

⁸⁷ Cass., Sez. Un., 23.1.2013, n. 1521, in fallimento, 2013, 149, ha enunciato il principio: “Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall’attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l’effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest’ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore, da un lato, e all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”.

⁸⁸ Abbiamo già detto che questo costituirebbe un abuso che come tale dovrebbe trovare, a nostro avviso, una possibile repressione all’interno della normativa fallimentare.

ovvero quella di una ristrutturazione debiti ex 182-bis l.fall. (come previsto dal sesto comma dell'art. 161 l.fall.).

Pare, dunque, condivisibile la tesi⁸⁹ secondo cui la richiesta di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti deve essere motivata⁹⁰, pena la sua inammissibilità, ed accompagnata dall'indicazione dei caratteri che il concordato verrà ad assumere⁹¹ (ovviamente nell'ipotesi in cui la domanda di concordato sia non contestuale alla richiesta di ammissione alla procedura).

Si è altresì ipotizzata⁹² - determinando così un ulteriore parametro - la necessità di allegare anche una valutazione comparatistica tra oneri che conseguirebbero alla prosecuzione dei rapporti, che diverrebbero prededucibili, con quelli che conseguirebbero ad uno scioglimento anticipato, che diverrebbero quindi concorsuali, consentendo così una valutazione più precisa circa la convenienza.

Come detto vi è chi⁹³ ha sostenuto che fino a quando non si abbia il deposito del piano e della proposta, quindi un prospetto di concordato "completo", non si possa chiedere di essere autorizzati allo scioglimento, ma soltanto alla sospensione.

⁸⁹ Censoni, *op. cit.*

⁹⁰ Così ha sostenuto anche Trib. Biella, 13.11.2012, *il caso.it*, 2013, I, 8359 in relazione ad una pronuncia sull'ammissibilità della richiesta in sede di concordato con riserva.

⁹¹ Censoni, *op. cit.*, p. 15.

⁹² Censoni, *op. cit.*

⁹³ Trib. Pistoia, 30.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 74, ipotizzando che l'art. 169-bis l.fall. potesse trovare piena applicazione soltanto davanti ad un piano di concordato completo.

Al contrario⁹⁴ la maggior parte della dottrina è orientata nell'ammettere la possibilità di chiedere lo scioglimento anche per il *preconcordato*⁹⁵. Diversa soluzione, infatti, comporterebbe una continuazione dei rapporti che finirebbe per andare a discapito della massa dei creditori (qualora divenisse prededucibile) o del debitore (qualora si ponesse in contrasto col piano).

La migliore soluzione⁹⁶ deve dunque rinvenirsi nella possibilità per il debitore di chiedere la sospensione o lo scioglimento di determinati rapporti, anche in caso di concordato con riserva, contestualmente alla domanda di ammissione alla procedura, purché illustri, seppur in modo sommario, le proprie intenzioni, consentendo all'organo giudiziario di poter esprimere la sua valutazione all'assenso.

Nel merito, si è ipotizzato⁹⁷ che lo scioglimento dei rapporti possa essere chiesto solo se necessario, o quantomeno opportuno, alla realizzazione del piano; da ciò un eventuale criterio alternativo ma un po' troppo generico per il giudizio di autorizzazione.

La giurisprudenza contraria⁹⁸ allo scioglimento del contratto per l'ipotesi di concordato in bianco, motiva la sua opinione affermando che il Tribunale deve operare un'attenta valutazione della convenienza per la

⁹⁴ Come sostenuto anche da Trib. Modena, 30.11.2012, in *ilcaso.it*, I, 8196.

⁹⁵ Ma a nostro avviso pare che sia la norma stessa a consentirlo.

⁹⁶ Condivisa in parte anche da P.F.Censoni, *op. cit.*

⁹⁷ Maffei Alberti, legge fallimentare commentata, *sub art. 169-bis*, Giuffrè, 2013.

⁹⁸ Trib. Monza, 16.1.2013, *ilcaso.it*, 2013, I, 8531. Nello stesso senso Trib. Udine, 25.9.2013., *ilcaso.it*, 9531 in cui si afferma che l'autorizzazione può essere concessa se la richiesta contenga elementi di fatto e di diritto sufficienti a consentire al Tribunale di apprezzare l'utilità della sospensione dei contratti rispetto al contenuto della proposta e del piano in corso di definizione.

procedura sciogliersi dai contratti, effettuabile solo in presenza di certi elementi, quali la tipologia di concordato che il debitore intende perseguire, l'esposizione della situazione economica aggiornata, l'eventuale incidenza dei contratti sul passivo concordatario, l'inutilità di beni e servizi oggetto di tali contratti per la prosecuzione dell'attività di impresa (in caso di presentazione di concordato in continuità).

Al contrario⁹⁹, il Tribunale di Salerno ritiene che la richiesta autorizzativa di cui all'art. 169-bis l.fall. sia l'esercizio di un diritto potestativo, vede nell'autorizzazione del Tribunale l'assenza di criteri valutativi, dovendo il Giudice limitarsi a prendere atto dell'intenzione del debitore di effettuare una determinata scelta imprenditoriale. Nonostante tale affermazione di principio il Tribunale di Salerno¹⁰⁰, nel corpo della motivazione afferma che nella specie l'imprenditore aveva indicato gli elementi necessari ad una valutazione ponderata. Comunque che l'autorizzazione sia comunque dovuta è ipotesi poco condivisibile¹⁰¹: in quanto la norma creerebbe la possibilità che il debitore *ad libitum* possa regolare unilateralmente una situazione per natura bilaterale¹⁰².

⁹⁹ Trib. Salerno, 25.10.2012, in *fallimento*, 2013, 75.

¹⁰⁰ Trib. Salerno, 25.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 76, "...rilevato che però nel caso concreto la parte abbia data una spiegazione forte della convenienza ad assumere l'atto inerente all'inopponibilità di continuare tale rapporto giuridico perché non più conveniente (per difficoltà nella riscossione dei canoni) e perché reputa più conveniente l'affitto dell'azienda..". Parole queste usate nella motivazione.

¹⁰¹ Sembra condiviso anche da A.Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *fallimento*, 2013, 269, il quale afferma essere la valutazione del tribunale sulla richiesta di cui all'art. 169-bis l.fall. "lungi dal ritenerla una mera presa d'atto di un diritto potestativo del debitore".

¹⁰² Venendosi a determinare un diritto potestativo si consentirebbe un potere troppo forte in mano al debitore concordatario che si troverebbe a non dover neanche giustificare la propria scelta davanti all'organo autorizzante, finendo per passare come "equa" conseguenza della situazione di crisi dell'imprenditore e sottoponendo il terzo alle conseguenze di un - secondo me - ingiustificato arbitrio.

D'altra parte quando il legislatore ha previsto l'autorizzazione del Giudice, non può non avere inteso che essa autorizzazione presupponga una valutazione ponderata da parte dello stesso; diversamente il legislatore avrebbe previsto che *tout court* il debitore possa sciogliersi dal contratto.

Infine vi è stata una recente pronuncia¹⁰³ che - nello stabilire un legame funzionale tra proposta e piano con lo scioglimento del contratto, che otterrebbe effetti sostanziali solo se il concordato venisse omologato - ha ritenuto, similmente a coloro che reputano quello ex 169-bis l.fall. sia un mero diritto potestativo e da valutarsi come tale dall'organo adito, che il controllo che debba essere effettuato in sede di rilascio dell'autorizzazione sia puramente formale e finalizzato alla congruità con l'art. 169-bis l.fall. (cioè che non rientri nelle fattispecie escluse) ed un'approssimativa compatibilità logico-formale con la proposta ed il piano di concordato (in sintesi un controllo di legittimità della procedura).

¹⁰³ Trib. Pistoia, 23.1.2014, *ilcaso.it*; in modo non del tutto dissimile si era già pronunciato lo stesso Tribunale, senza però affermare che l'omologa determinasse la definitività degli effetti dello scioglimento: Trib. Pistoia, 9.7.2013, *ilcaso.it*, 9381, che afferma: "al tribunale che sia richiesto dell'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione prevista dall'articolo 169 bis l.fall., una volta eseguito uno scrutinio di legittimità in ordine ai presupposti di accesso all'istituto (scrutinio che si articola nella qualificazione del rapporto come contratto effettivamente in corso di esecuzione) non compete nessun accertamento di merito, salvo quello relativo alla funzionalità dello scioglimento con il piano concordatario che, a ben vedere, si risolve nella mera verifica di non contraddizione del piano in generale con la parte relativa allo scioglimento dei contratti".

4.6. Definitività dell'autorizzazione.

Ottenuta l'autorizzazione, il debitore si è sciolto dal contratto. Sul punto ci si è chiesti se tale scioglimento sia agganciato all'esito della procedura. In altri termini che effetti ha la mancata omologazione del concordato sul recesso del debitore?

L'orientamento maggioritario¹⁰⁴ sostiene che il contratto si scioglie in modo irreversibile al momento della manifestazione della volontà (unilaterale) da parte del debitore, in sede di domanda di concordato, la cui efficacia è subordinata all'autorizzazione del Tribunale (secondo alcuni autori, al previo contraddittorio con il contraente in *bonis*). Lo scioglimento, sebbene non sia un istituto di diritto comune (quindi i cui effetti siano facilmente rintracciabili), determina dunque la “definitiva estinzione di ogni futuro effetto del contratto rispetto alla massa dei creditori”¹⁰⁵.

Una particolare ipotesi: dipendenza dall'omologa.

Merita particolare attenzione una tesi che subordina l'efficacia dello scioglimento all'omologa del concordato. Tale teoria nasce da un recente

¹⁰⁴ Come rilevato da T.Stanghellini, *Dallo scioglimento con concordato al concordato con scioglimento: un nuovo inquadramento sistematico dell'art. 169-bis l.f. in tema di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, ne *ilcaso.it*, 8.4.2014.

¹⁰⁵ G.Bozza, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 1134.

arresto giurisprudenziale¹⁰⁶- dissonante però con quanto pensa la dottrina maggioritaria - in cui si afferma che lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione non costituisce un momento indipendente, ma un aspetto che integra la proposta e il piano di concordato; pertanto esso acquista efficacia non al momento della manifestazione di volontà del debitore (sia pur autorizzato dal tribunale o dal giudice delegato), ma a seguito del raggiunto consenso della maggioranza dei creditori e della successiva omologa del concordato. Quindi, per il Tribunale di Pistoia, l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione non determina di per sé l'effetto sostanziale del definitivo scioglimento del contratto, ma solo quello "procedimentale" di consentire al proponente di presentare ai creditori una proposta e un piano che lo prevedano. In tal modo il Tribunale sancisce una inscindibilità (non solo quindi dipendenza) tra il piano, proposta, la relazione del professionista e lo scioglimento del contratto. L'autorizzazione verrebbe a costituire solo un parametro di sottoponibilità al giudizio dei creditori della richiesta di scioglimento contenuta nel piano. Ciò non può che andare a favore del debitore il quale si vedrà "penalizzato" solo in presenza di una proposta di concordato omologato, divenendo la sua posizione più severamente valutata prima di subire un pregiudizio. Inoltre lo scioglimento non permarrebbe neanche nell'eventuale successivo fallimento e neppure (a scanso di equivoci circa eventuali abusi dello strumento di cui all'art.

¹⁰⁶ Trib. Pistoia, 23.1.2014, alla fine del decreto prima dell'elencazione dei contratti per i quali viene concessa l'autorizzazione a sciogliersi, il tribunale precisa che l'effetto sarà conseguente all'omologa.

169-bis l.fall.) nel caso in cui la proposta di concordato non abbia esito positivo per volontà dell'imprenditore¹⁰⁷.

Se quanto abbiamo detto - secondo il Tribunale - crea un legame di dipendenza dello scioglimento dalla proposta di concordato, non si può affermare il contrario, cioè non si può ritenere che una negata autorizzazione possa in qualche modo pregiudicare, o precludere, l'esito del piano e della proposta di concordato, dovendo intendere quindi dipendente il contratto da questi ultimi e non viceversa.

4.7. Prima di arrivare all'autorizzazione è necessario attivare il contraddittorio con il contraente in *bonis*?

Ci si è chiesti se l'autorità giudiziaria nell'autorizzare l'istanza del debitore, debba sempre accoglierla o se, al contrario, debba effettuare una valutazione che tenga conto anche della posizione del terzo contraente. Ciò perché, tenendo conto degli interessi in gioco, anche il contraente in *bonis*, per l'ipotesi di una richiesta di sospensione o scioglimento del contratto, dovrebbe essere chiamato ad esprimere le proprie ragioni, dal momento che lo scioglimento coinvolge i suoi interessi. Sul punto si sono avute vari interventi.

¹⁰⁷ Cioè un probabile ritiro della proposta o, nell'eventualità di un'ammissione della proposta in sede di concordato con riserva contestuale al decreto di cui all'art.161, comma sesto, l.fall. a cui poi venga a succedere una ristrutturazione dei debiti oppure non avvenga la dovuta integrazione (quindi che la proposta non divenga piena).

Infatti in tal modo si renderebbe necessaria l'attivazione di un contraddittorio¹⁰⁸ con i controinteressati, ai quali sarebbe garantita la possibilità di far valere le ragioni contrarie. In contrasto potrebbe porsi la concezione che ipotizza che la richiesta di cui all'art. 169-bis l.fall. sia un mero diritto potestativo concesso ad debitore e, inoltre, un problema relativamente alla teoria che vede nel potere concesso al tribunale la garanzia delle ragioni dei terzi. Quindi bisogna cercare un contemperamento tra le ragioni che vedono nel contraddittorio un miglior mezzo di tutela per il terzo e di cognizione da parte del giudice con quelle che vedono il potere concesso all'autorità giudiziaria a tutela degli interessi dei terzi per non appesantire maggiormente la snellezza della procedura.

Da un lato qualche pronuncia¹⁰⁹ ha comunque ipotizzato che vi fosse la possibilità di attivare un contraddittorio con i terzi controinteressati (in concreto i contraenti in *bonis*), in particolare affinché questi possano

¹⁰⁸ Vella, *op. cit.*, 672.

¹⁰⁹ Trib. Novara, 3.4.2013, *ilcaso.it*, I, 2013, 8830; anche Trib. Monza, 21.01.2013, *ilcaso.it*, che ha disposto che “la valutazione in ordine all'opportunità di autorizzare lo scioglimento del contratto in corso di esecuzione al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo non può prescindere dall'instaurazione del contraddittorio con la controparte contrattuale affinché questa possa esprimere le proprie considerazioni e le eventuali ragioni di opposizione”; Trib. Piacenza, 5.4.2013, *ilcaso.it*.

esprimersi anche relativamente all'indennizzo¹¹⁰. Dall'altro lato parte della giurisprudenza¹¹¹ ha ipotizzato che il contraddittorio possa trovare luogo (quindi sufficiente garanzia) nell'udienza di cui all'art. 174 l.fall., previsto per l'adunanza dei creditori.

In definitiva altre pronunce, probabilmente più autorevoli¹¹², hanno previsto come necessaria la convocazione del terzo in sede di autorizzazione, negando che eventuali contrarie ragioni dovessero essere, successivamente, vantate nella fase di gravame relativa all'opposizione all'autorizzazione stessa. La Corte di Venezia - nella sentenza richiamata nella precedente nota - ha affermato la necessità di attivare un contraddittorio, richiamando l'art. 101 della Costituzione, applicato numerose volte anche dalla Cassazione sottolineandone, nei procedimenti camerali come quello dell'art. 169-bis l.fall., l'inderogabilità ogni volta che sia identificabile un controinteressato.

¹¹⁰ Trib. Pavia, 04.04.2014, *ilcaso.it*, si afferma che l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nell'ambito del concordato preventivo deve contemperare l'interesse del debitore con quello della controparte contrattuale, alla quale deve essere, fra l'altro, riconosciuto il diritto di esporre in contraddittorio le proprie eventuali ragioni di opposizione all'accoglimento della richiesta. Ancor più incisivo in relazione all'opportunità di esperire un contraddittorio sull'indennizzo Trib. Novara, 27.03.2013, *ilcaso.it*, in cui si afferma che "la valutazione in ordine all'opportunità, prevista dall'articolo 169 bis L.F., di autorizzare lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione non può prescindere dalla instaurazione del contraddittorio con le controparti contrattuali, alle quali deve essere dato modo di esprimere le proprie considerazioni in relazione alla determinazione dell'indennizzo previsto dalla citata norma".

¹¹¹ Trib. Ravenna, 28.1.2014, *ilcaso.it*, in relazione ad un'ipotesi di concordato liquidatorio.

¹¹² App. Venezia, 20.11.2013, *ilcaso.it*; App. Milano, 8.8.2013, *ildirittodegliaffari.it* che afferma sull'opportunità di attivare il contraddittorio: "la necessità di tale incumbente appare incontestabile"

Quanto affermato dalla medesima Corte è - secondo qualcuno¹¹³- condivisibile solo per quei procedimenti nei quali entrambe le parti del rapporto sono in *bonis*, non condividendosi per quei casi in cui almeno una delle parti sia coinvolta in una procedura concorsuale o comunque in un procedimento volto al superamento della crisi, nei quali l'interesse dei singoli è posposto a quello della collettività dei creditori ed a quello pubblicistico cui è volta la procedura. Così si giustificerebbe il mancato richiamo in favore del terzo da parte dell'art. 169-bis. Le procedure concorsuali - sottolinea l'Autore citato in nota precedente - prevedono un trattamento dei creditori a carattere collettivo con adunanza e votazione, dunque in mancanza di espressa deroga normativa non vi sarebbe ragione di riservare a taluni un trattamento migliore¹¹⁴ (in effetti potrebbe sembrare una violazione della *par condicio*). La norma stessa sancendo il principio secondo il quale il credito derivante dalla sospensione o dallo scioglimento sia da considerare anteriore al concordato pone il terzo contraente già in una situazione analoga a quella degli altri creditori. Eventualmente il terzo contraente potrà essere collocato in un'apposita classe per ragione di interessi giuridici ed economici. Infine bisogna ricordare che alcune delle richieste di cui all'art. 169-bis l.fall. possono necessitare di autorizzazioni urgenti, tali da non consentire (nel caso in cui vi sia il rischio di creare pregiudizi irreversibili al patrimonio dell'imprenditore) una previa chiamata del

¹¹³ F.Benassi, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169-bis L.F. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, in *caso.it*, 1.1.2014, p. 3.

¹¹⁴ Condiviso anche da T.Stanghellini, *Dallo scioglimento con concordato al concordato con scioglimento: un nuovo inquadramento sistematico dell'art. 169-bis l.f. in tema di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, ne *ilcaso.it*, 8.4.2014.

terzo in contraddittorio¹¹⁵. In relazione all'urgenza del provvedimento si è anche ipotizzato che¹¹⁶, se anche quando la convocazione del terzo debba ritenersi per la questione in atto indispensabile od opportuna, si possa comunque avere una pronuncia *inaudita altera parte*, rinviando ad un momento successivo la convocazione del terzo interessato, così come avviene nei procedimenti cautelari di cui agli artt. 669-bis e ss. c.p.c.

Vediamo che sull'opportunità di sollevare un contraddittorio con il terzo la giurisprudenza ed anche la dottrina¹¹⁷ non sono affatto su un'unica linea, restando inoltre - anche qualora si voglia optare per la soluzione positiva all'attivazione - conteso il campo oggetto di tale contraddittorio e talvolta il momento in cui può essere fatto valere. Dunque bisogna ritenere che il momento più opportuno - se si vuol optare per la scelta di dare spazio al terzo contraente - debba essere la sede in cui venga concessa l'autorizzazione, che potrebbe avvenire in maniera sommaria per evitare l'appesantimento della procedura, e dovendosi, in caso di autorizzazione concessa, estendere successivamente alla determinazione dell'indennizzo che vi conseguirebbe¹¹⁸. Questa soluzione sarebbe in

¹¹⁵ Trib. Udine, 25.1.2013, *ilcaso.it*, I, 9531, con provvedimento ha autorizzato la sospensione di vari contratti di locazione senza disporre la convocazione del locatore per evitare che l'inadempimento producesse un danno irreparabile al patrimonio della procedura, quindi per i creditori.

¹¹⁶ F.Benassi, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169-bis L.F. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, in *caso.it*, 1.1.2014, p. 5.

¹¹⁷ In proposito si ricorda anche quanto detto da F.Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne *Il fallimentarista*, 26.11.2012, p. 8, in cui afferma che il Tribunale deve sempre disporre il contraddittorio con le controparti contrattuali prima di decidere su richieste di scioglimento dai contratti.

¹¹⁸ Riguardo la determinazione dell'indennizzo e la possibilità di un contraddittorio sul quantum è rinviata alla sede di trattazione sull'indennizzo.

grado di curare gli interessi in gioco senza pregiudizio per la procedura (quindi per i creditori chirografari), garantita dall'autorità giudiziaria, né per il terzo che in tal modo avrebbe la possibilità di meglio difendere le proprie pretese.

Indubbiamente l'attivazione di un contraddittorio sarebbe opinabile in caso di scioglimento del rapporto (se si decide di condividere la teoria), ma può - in modo piuttosto scontato - nascere l'idea che possa aversi anche per l'ipotesi di sospensione¹¹⁹.

4.8. Eventuale opposizione.

Relativamente all'autorizzazione concessa all'imprenditore in procedura, nell'ambito della tutela del terzo, potrebbe ammettersi - almeno secondo qualcuno¹²⁰ - la possibilità di impugnare il provvedimento. Infatti in favore di ciò si è sostenuto che l'impugnazione possa avvenire a mezzo di reclamo da presentarsi al Tribunale o alla Corte d'Appello¹²¹, a

¹¹⁹ App. Milano, 8.8.2013., *ildirittodegliaffari.it*, in cui si ha l'autorizzazione impugnata ha ad oggetto la sospensione di alcuni contratti di apertura di credito.

¹²⁰ F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012, p. 54; della stessa opinione seppur sulla base di un autonomo ragionamento appare essere F.Benassi, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169-bis L.F. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, in *caso.it*, 1.1.2014, p. 5, ove afferma relativamente alla sua contraria opinione di attivare il contraddittorio con il terzo che "su questo delicato argomento, val la pena di osservare che ove si dovesse ritenere indispensabile o anche solo opportuna la convocazione del terzo, nei casi di particolare urgenza, si potrebbe emettere una pronuncia inaudita altera parte, con successiva convocazione dell'interessato, così come avviene nei procedimenti cautelari di cui agli artt. 669 bis ss. c.p.c."

¹²¹ Al riguardo si può ricordare, a titolo esemplificativo, le pronunce sopra trattate delle Corti d'Appello di Milano e di Venezia.

seconda che l'autorizzazione sia stata concessa dal Giudice Delegato o dal Tribunale. Inoltre il reclamo potrebbe essere vantato anche da colui che si è visto negata la richiesta.

La stessa possibilità di reclamo è stata sostenuta anche da qualche altro studioso¹²² che, senza andare oltre una soluzione di primo impatto, ha fatto applicazione del principio generale in ragione del quale ogni provvedimento concorsuale è soggetto al reclamo ex art. 26 l.fall. di fronte al giudice sovraordinato. L'Autore citato - giustamente - si pone però il problema che genererebbe l'accoglimento del reclamo, contrario all'autorizzazione (probabilmente anche nel caso opposto), sulla procedura, in particolare sull'ammissibilità della domanda ed anche sull'attestazione della domanda, sulla quale si reggerebbero le valutazioni del debitore (sebbene nell'attestazione del professionista) e, indirettamente, del Tribunale, basate sull'esito positivo dello scioglimento ex 169-bis l.fall. Problema quest'ultimo non trascurabile qualora si ravvisi la possibilità del suddetto reclamo.

5.Strumentalizzazione della richiesta: in particolare nel concordato con riserva.

Relativamente alla richiesta di scioglimento, potrebbe ipotizzarsi un eventuale uso distorto; infatti il ricorso nell'ipotesi di concordato con

¹²² C.Cavallini, *Concordato preventivo "in continuità" e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, ne *Il fallimentarista*, 23.1.2013, p.3.

riserva potrebbe essere sfruttato per far venire meno vincoli (contrattuali) sgraditi. In relazione allo sfruttamento della suddetta fattispecie è stato osservato¹²³, prima dell'intervento legislativo (decreto fare), che al concordato con riserva potrebbero non necessariamente seguire una proposta ed un piano, avendo ormai ottenuto lo scioglimento da certi rapporti reputati non più convenienti.

Per attenuare il rischio insito nella richiesta di sospensione (particolarmente nell'ipotesi che si tramuti in scioglimento) la soluzione, in linea con il "Decreto fare"¹²⁴, si può trovare nella nomina di un ausiliario (preferibilmente un commercialista) contestualmente al decreto con cui viene assegnato il termine¹²⁵. Tale soluzione si giustifica col fatto che l'art. 161, ai commi terzo e sesto, l.fall. non prevede che la proposta di concordato con riserva (ed in particolare - per quanto riguarda la nostra trattazione - la richiesta di cui all'art. 169-bis l.fall.) sia accompagnata dalla relazione di un professionista, differentemente da quanto disposto per il piano e per la documentazione di un "tradizionale" concordato. Inoltre il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, additivo dell'art. 182-quinquies alla l.fall., ha previsto per i finanziamenti interinali e per il pagamento di crediti anteriori (in caso di presentazione di domanda di

¹²³ Trib. La Spezia, 25.10.2012.

¹²⁴ La norma parla nel nuovo 161 l.fall. co. 6 di Commissario Giudiziale, essendo questa però una facoltà esercitabile dal Tribunale. Infatti mancherebbe qui un soggetto che si pone a garanzia della procedura.

¹²⁵ Soluzione così proposta da A.Penta, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *dir. fall.*, I, 2014, p. 131, secondo il quale il fondamento della suddetta nomina potrebbe aversi nell'art. 68 c.p.c in virtù del quale, quando sorge la necessità, il giudice si può far assistere da esperti in una determinata professione e, in genere, da persona che sia idonea al compimento di atti che non è in grado di compiere da solo.

concordato di cui all'art. 161, co. sesto, l.fall) la presenza di un attestatore¹²⁶.

Il problema sembra superato, o almeno temperato, dalla normativa di cui al d.l. 21 giugno 2013, n. 69¹²⁷, conosciuto anche come “Decreto fare”, che ha previsto la possibilità (purché ne faccia uso) per il Tribunale di nominare, nel decreto con cui assegna il termine (per la produzione di quanto manca per completare il concordato, trattandosi qui di domanda con riserva), un Commissario Giudiziale perché sia supportata la vigilanza. Il professionista, in tal modo, verrebbe a ricoprire un ruolo di controllo e consultivo (analogamente ai pareri che di regola da la figura del Commissario Giudiziale che nel preconcordato egli incarnerebbe), essendo anche in grado di dare una valutazione sull'eventuale scioglimento dei rapporti¹²⁸ (e su molti altri atti ed aspetti della procedura).

¹²⁶ Qui il medesimo di cui all'art. 67, co. terzo, lett. d), considerato, poiché nominato dal debitore, non troppo affidabile da alcuni autori per il peso dell'attestazione che sarebbe chiamato a dare nel caso in questione, in ipotesi di concordato con riserva: infatti come sostiene P.Vella, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 666, la sanzione penale a cui andrebbe in contro il professionista non sarebbe idonea a rimediare ai danni che si potrebbero nell'immediato verificare.

Evitare ciò determinerebbe però un ulteriore aggravio della procedura con maggiori oneri prededucibili.

¹²⁷ La norma introduce alcune novità in tema di concordato preventivo, interessando, in particolare, la domanda “in bianco” di concordato preventivo (o preconcordato) che è stata oggetto di un utilizzo massiccio da parte delle imprese, in alcuni casi con intenti “abusivi”.

¹²⁸ L'art. 161 comma 7 l.fall. dispone che il Tribunale anche nella fase di preconcordato, dati certi parametri, possa con il parere del Commissario Giudiziale eventualmente nominato, autorizzare il compimento di atti di straordinaria amministrazione. Si potrebbe ipotizzare al riguardo che tra questi vi rientrino anche lo scioglimento e/o sospensione dei rapporti giuridici pendenti. Questione questa che dovrebbe essere analizzata in altra sede.

Assume rilievo l'analisi di un ulteriore aspetto su cui dovrebbe ruotare il sindacato del giudice, cioè quello della convenienza per la procedura e non soltanto per l'impresa, ovvero l'onerosità che un contratto potrebbe avere in un contesto ben più ampio¹²⁹; parametro questo che consentirebbe di valutare la presenza di un abuso dello strumento concordatario.

5.1. La convenienza relativa all'abuso nel concordato preventivo.

Come abbiamo notato, il parametro della convenienza (a sciogliersi o a sospendere i contratti) relativamente all'abuso dello strumento concordatario deve fare i conti con una serie di interessi. Sebbene non si siano ancora analizzate quelle che sono le conseguenze della sospensione o dello scioglimento se non limitatamente al fatto che il terzo sarà - nei limiti di quanto previsto dall'art. 169-bis l.fall. - tenuto indenne, poco rileva al fine di valutare la suddetta convenienza.

Partendo dall'idea che spesso molti rapporti si rivelano onerosi per un'impresa in crisi, a tal punto da chiedere di sganciarsi, al pari si dovrebbe considerare l'impatto che lo scioglimento potrebbe determinare nell'ambito della produzione (oltre che - come vedremo - per il

¹²⁹ Quello dell'impresa in crisi e del miglior soddisfacimento dei creditori, probabilmente venendosi a trascurare, in tal caso, quello del terzo contraente in *bonis*, comunque beneficiario di un indennizzo concorsuale secondo quanto previsto all'art. 169-bis. l.fall. ed eventualmente audibile in contraddittorio sulla sospensione o scioglimento.

contraente in *bonis*), aspetto questo, se pur di gran rilievo, su cui non ci soffermeremo.

Dunque la convenienza andrebbe valutata¹³⁰ relativamente ai parametri contrattuali più strettamente civilistici: ovvero alla luce dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, come previsto dagli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., che racchiudono nella loro disciplina l'individuazione degli obblighi contrattuali; inoltre questi ultimi potrebbero estendersi fino a comprendere quelli (obblighi) che, seppur non previsti in via esplicita, siano idonei a preservare le pretese dell'altro contraente, sia il bilanciamento degli interessi in gioco, al punto da consentire un sindacato del giudice modificativo o integrativo del contenuto contrattuale¹³¹(in particolare al fine di evitare abusi di posizione intracontrattuali). Se questi anzidetti sono i limiti del diritto civile, si dovrebbe allora ritenere che la valutazione della convenienza a sciogliersi da determinati rapporti determini l'abuso di un diritto soggettivo da parte di un contraente quando, non essendovi comunque divieti formali, lo eserciti con modalità tali da uscire dai parametri di correttezza e buona fede stessi, così determinando un sacrificio "troppo" oneroso per la controparte e conseguendo risultati diversi, talvolta ulteriori (in termini di benefici economici) rispetto a quelli che, con la facoltà prevista, si vorrebbero far ottenere.

¹³⁰ Come fa A.Penta, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *dir. fall.*, 2014, I, p. 133.

¹³¹ Anche Cass., 18.9.2009, n. 20106, in *Giur. comm.*, 2011, 2, 286, con nota di Barcellona.

I poteri del Giudice consentirebbero di sindacare sull'abuso (sulla base delle ordinarie norme civilistiche appena viste), potendo egli dichiarare l'inefficacia degli atti compiuti in violazione del divieto di abusare del diritto o condannando al risarcimento colui che ne ha abusato¹³².

La suddetta soluzione, nonostante la sua genericità, ben sarebbe adoperabile per far fronte ai problemi suscitati dagli strumenti a disposizione del debitore in concordato (per noi relativi allo sfruttamento della norma dell'art. 169-bis l.fall.) che, pur con le finalità di aiutare il superamento della crisi, risentirebbero di un facile aggiramento da parte dell'imprenditore non più "onesto e sfortunato", bensì - in relazione al comportamento a posteriori manifestato - "disonesto e furbo".

Abbiamo sicuramente rilevato la pericolosità che un uso "distorto" (nel senso sfruttato a fine di ottenere un'utilità maggiore da quella che la legge vuole consentire) dell'istituto in analisi può assumere ed una possibile soluzione sanzionatoria; infatti relativamente a ciò si potrebbe intervenire soltanto a posteriori, con il sindacato del Giudice, essendo il comportamento del debitore concordatario, qui abusante della facoltà concessa, valutabile non sempre *ex ante*. Ci si dovrebbe allora chiedere come poter prevedere in anticipo, se non finendo per far scivolare la responsabilità su un professionista attestatore (come ipotizzato al paragrafo precedente), l'intento di abusare della posizione contrattuale o idonee forme di garanzia.

¹³² In tal caso - a mio avviso - da pagarsi, per la fattispecie in esame, secondo quanto previsto per il mancato adempimento di cui all'art. 169-bis co 2; l'entità del risarcimento sarebbe maggiore di quanto previsto in caso di mancato adempimento concesso dal giudice e non rivelatosi poi riprovevole per il beneficiario della somma stessa.

6. La posizione del contraente in *bonis*.

Per comprendere la posizione del contraente in *bonis* è necessario valutare la disciplina in un'ottica più ampia della norma in esame, la quale riguarda il solo contraente in procedura. Infatti l'altra parte (cioè il contraente solvente) stando a quanto disposto dall'art. 169-bis l.fall. si troverebbe, in quanto parte di un rapporto, davanti ad una situazione in cui il debitore, a seguito dello stato di crisi in cui è incappato, potrebbe avvalersi della facoltà concessa dalla norma stessa, cioè sciogliersi o sospendere l'esecuzione. Ovviamente quest'ultimo (debitore in concordato) godrebbe, a prescindere dall'interpretazione (soprattutto dal punto di vista temporale, cioè legata al fatto che non tutti sono dell'idea che nel concordato si possa avere la richiesta di sospensione o scioglimento soltanto in apertura) che si voglia scegliere per la prima parte¹³³ del primo comma dell'articolo sopracitato, del beneficio di aver prontamente messo al riparo da azioni esecutive il proprio patrimonio (grazie al divieto di cui all'art. 168 l.fall.), potendo contestualmente o, ove si dia un'interpretazione più ampia - orientata cioè a vedere la possibilità di esperire la richiesta di autorizzazione anche in momenti diversi della procedura rispetto alla data di deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.fall. - della norma, posteriormente optare per una delle soluzioni indicate dall'articolo 169-bis l.fall. Il contraente *in bonis*

¹³³ “Il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso”; questo è quanto dispone l'art. 169-bis nella parte richiamata dal testo.

sarebbe in un certo senso alle dipendenze delle conseguenze di tale scelta, residuando in suo favore un numero inferiore di mezzi di tutela rispetto a quelli ordinari (presenti in un qualunque contratto a prestazioni corrispettive); si fa salvo il caso - già esaminato - di azioni intraprese antecedentemente all'ammissione al concordato, contrassegnate dell'esperimento delle formalità indicate all'art. 45 l.fall. (come richiamato dall'art. 169 l.fall.), adempimento quest'ultimo che, in relazione a quanto già affrontato¹³⁴, rende di gran lunga maggiore la tutela del contraente in *bonis*.

Dunque pare opportuno soffermarsi - mettendo in chiaro anche i comportamenti dell'altra "sponda" della vicenda contrattuale in esame - sul repertorio dei mezzi a disposizione del contraente in *bonis* per meglio poi trattare le conseguenze della sospensione o dello scioglimento del rapporto (c.d. effetti dell'autorizzazione).

6.1. L'opportunità di un'analisi separata.

Davanti all'autorizzazione del debitore a sciogliersi dai contratti o a sospenderne l'esecuzione, taluno¹³⁵ ha supposto che fosse preferibile, data la regola generale della continuità dei rapporti anche nella procedura di concordato preventivo, distinguere - giustamente - i diversi strumenti che la parte non in concordato può utilizzare, in particolare sulla base

¹³⁴ P. 17.

¹³⁵ A.Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 266.

della scelta effettuata dal debitore; cioè si farebbe distinzione tra la scelta (dell'imprenditore) della sospensione, dello scioglimento o della normale prosecuzione.

6.2. Ipotesi di proseguimento del rapporto da parte del debitore concordatario.

Prendiamo ad ipotesi innanzitutto la scelta del debitore di non sciogliersi dai rapporti in corso. In tal caso l'altra parte potrebbe, se l'imprenditore in concordato non provvede ad adempiere anche alle prestazioni anteriori, agire per ottenere l'adempimento. Lo stesso potrà farsi qualora il debitore, in concordato, decida di sciogliersi dal rapporto per autonoma iniziativa, senza autorizzazione¹³⁶. Al debitore inadempiente (perché divenuto insolvente) il contraente in *bonis* potrebbe opporre uno dei rimedi di autotutela civilistici (che potrebbero comunque lasciare, seppure in via momentanea, in vita il rapporto): l'eccezione di inadempimento (1460 c.c.) oppure la sospensione della prestazione (1461 c.c.). La prima, tipica dei contratti le cui prestazioni sono corrispettive e contemporanee, esige che si sia verificato l'inadempimento (ma non necessariamente la sua imputabilità), inoltre che sussista la buona fede dell'eccepente; quindi sarebbe esperibile per i contratti pendenti ad esecuzione istantanea, per i quali non si ha scindibilità tra prestazioni dovute anteriormente e posteriormente

¹³⁶ In sostanza il debitore decida di comunicare all'altra parte la volontà di non adempiere e di voler sciogliere il contratto.

all'apertura del concordato; aspetto quest'ultimo che consente al contraente in *bonis* di sollevare l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. in assenza di pagamento anche delle prestazioni anteriori¹³⁷ all'apertura del concordato. La suddetta eccezione non troverebbe spazio nei contratti di durata¹³⁸ per i quali il contraente in procedura chiedesse l'adempimento, poiché in questi si ha scindibilità delle prestazioni, (tra quelle anteriori e quelle posteriori all'apertura della procedura); anzi, in quest'ultimo caso, il contraente in procedura potrebbe agire, qualora l'altro contraente non esegua la prestazione sebbene si sia aperto il concordato, per l'adempimento o per la risoluzione del contratto¹³⁹, ancorché non abbia adempiuto alle prestazioni anteriori (ciò si immagina che possa avvenire davanti ad una "credibilità" dell'adempimento per le prestazioni richieste dal debitore concordatario).

La facoltà che il contraente non concordatario sospenda la prestazione (ex 1461 c.c.) sorge dal mutamento *in pejus* delle condizioni patrimoniali dell'altra parte, la quale pone in pericolo l'equilibrio del rapporto. Di fronte ad una tale scelta, se la prestazione si intende necessaria, il debitore concordatario (per evitare la sospensione suddetta) potrà,

¹³⁷ Ciò non contrasterebbe con il divieto di cui all'art. 168 l.fall.

¹³⁸ Per questi "il principio di concorsualità prevale su quello di sinallagmaticità"; parole queste di A.Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 267.

¹³⁹ Senza necessitare dell'autorizzazione di cui all'art. 167, co. 2, l.fall., in quanto atto a tutela di un proprio diritto e comunque stimabile come di ordinaria amministrazione. Come sostiene A.Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 266 : "l'esercizio della tutela giurisdizionale relativa ad un rapporto pendente costituisce atto di ordinaria amministrazione, siccome non modificativo della struttura quali-quantitativa del patrimonio assoggettato, ma inteso al mantenimento della sua coerenza con gli obiettivi negoziali programmati ovvero alla sua ricostruzione nella composizione precedente alla conclusione del contratto, senza l'assunzione di rischi anomali".

liberamente¹⁴⁰, anticipare la propria prestazione oppure offrire un'adeguata garanzia. Infine il contraente in *bonis* se l'inadempimento sia tale da giustificare la risoluzione del contratto potrà agire di conseguenza, purché si tratti di contratti ad esecuzione istantanea, data la non scindibilità delle prestazioni e la forte natura del sinallagma. Le conseguenze restitutorie e risarcitorie devono in tal caso essere regolate fuori dal concorso in quanto il credito si sarebbe formato dopo l'apertura del concordato (in via extracontrattuale). Le prestazioni saranno, ovviamente, da considerarsi fuori dal concorso, in quanto divenute prededucibili.

6.3. Davanti alla sospensione ed allo scioglimento ex 169-bis l.fall.

Di fronte all'autorizzazione, in favore del debitore in procedura, alla sospensione ex 169-bis l.fall., può sorgere il dubbio se questa sia consentita anche (a favore) al contraente in *bonis*, cioè se la sospensione del contratto possa in qualche modo agevolare anche la posizione di questi (senza inoltre mettere il debitore in posizione di dover pagare un indennizzo per la sospensione, o quantomeno una minor somma). Da un primo orientamento, manifestatosi all'esordio della nuova disciplina¹⁴¹, pare possibile la (contemporanea) sospensione della prestazione da parte

¹⁴⁰ Senza necessitare, anche in tal caso, dell'autorizzazione di cui all'art. 167 l.fall. per i motivi anzidetti.

¹⁴¹ B.Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l.fall.*, in *Il fallimentarista.it*, Focus ed approfondimenti del 3.8.2012, p. 2.

del contraente in *bonis*. Ciò soltanto qualora la prestazione di quest'ultimo sia suscettibile di essere sospesa, non maturando a carico del debitore l'obbligo di pagare una somma per la sospensione del contratto, cosa che si verificherebbe nel caso contrario.

Secondo qualcuno l'appena citata possibilità (cioè di bilaterale sospensione) “vanificherebbe la volontà del legislatore”¹⁴² che, con la disciplina anzidetta avrebbe previsto un indennizzo per il contraente in *bonis*, seppur conseguente in astratto ad un danno derivante dal mancato adempimento o, come in questa fattispecie, in luogo di un (mancato) tempestivo adempimento. Dunque pare dubbia, in presenza della possibilità per il contraente in *bonis* di sospendere la propria prestazione nel caso in cui anche l'altra parte sia stata autorizzata a farlo dal giudice, la qualificazione di danno da risarcire ex 169-bis l.fall. se effettivamente vi era la possibilità di evitarlo (se non come si vorrebbe civilisticamente con “la normale diligenza”) rimandando anche la propria prestazione, ove ciò non fosse particolarmente oneroso (in caso l'onerosità potrà essere parametro per il *quantum* di un'eventuale indennizzo) per il contraente in buono stato.

Nel caso invece in cui si sia verificato lo scioglimento del contratto ex 169-bis l.fall. la norma stabilisce che al contraente in *bonis* spetti un indennizzo, per il quale si rinvia la trattazione ad un'apposita sezione; possiamo comunque premettere che, in tal caso, lo strumento utilizzabile dal suddetto contraente, per quanto interessato a far sì che si realizzi un adempimento pieno delle obbligazioni in suo favore, non andrà oltre

¹⁴² A.Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 268.

un'eventuale possibilità di sindacare sulla determinazione del *quantum* dell'indennizzo.

7.Effetti della sospensione e dello scioglimento.

L'art. 169-bis l.fall. relativamente agli effetti dell'autorizzazione (alla sospensione o allo scioglimento) si limita, al secondo comma, ad affermare, relativamente al *quantum*, che “il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento”, e, sulle modalità di pagamento, che “tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato”. Le espressioni sopra riportate, per quanto chiare, hanno suscitato in numerosi esperti svariati interrogativi. Bisogna premettere infatti che la norma non specifica il momento della produzione degli effetti (dell'autorizzazione) potendosi - a nostro avviso - sposare una tesi, almeno in relazione al fattore temporale, elaborata dalla giurisprudenza¹⁴³, che non fa altro che rifarsi ad un noto principio civilistico, sancendo che il provvedimento autorizzatorio del Tribunale si intende efficace solo dal momento in cui il debitore comunica al proprio creditore di voler esercitare tale facoltà; ciò avviene con la notifica del provvedimento giudiziale che autorizza la richiesta.

¹⁴³ App. Genova, 10.2.2014, *ilcaso.it*, 10080, in cui si afferma che “Gli effetti del provvedimento del tribunale che autorizza il debitore a valersi dello scioglimento dai rapporti pendenti ai sensi dell'art. 169 bis l.fall. decorrono solo dal momento in cui il debitore comunica al proprio creditore di voler esercitare tale facoltà: tale dichiarazione di volontà è implicita nella notifica del provvedimento giudiziale che autorizza il debitore allo scioglimento”.

Si ritiene che il risarcimento di cui al secondo comma sia da considerare, sebbene poi la valutazione sia diversa, relativo ad entrambe le autorizzazioni previste (cioè sia alla sospensione ed allo scioglimento); la formulazione della norma¹⁴⁴ in questo sembra piuttosto chiara.

La questione di maggior rilievo, forse anche la più problematica, su cui è necessario soffermarsi è quella relativa all'ammontare dell'indennizzo ed eventualmente valutare in che rapporto si pone con quanto previsto dagli art. 72 e ss. l.fall. in caso di scioglimento operato dal Curatore. Sull'ammontare dell'indennizzo - si premette - assume particolare rilievo la problematica inerente al soggetto chiamato a pronunciarsi.

7.1. L'ammontare dell'indennizzo.

L'ammontare dell'indennizzo, una questione delicata, che vede come preminente l'interesse del creditore ad un ristoro appagante, è stata oggetto di differenti letture interpretative, spesso tese a paragonare, come poi avviene con gran parte della disciplina, la disposizione in questione con quella degli articoli di legge sul fallimento.

Uno dei primi articoli¹⁴⁵, che non prescinde dal paragone suddetto, inizia (per trattare poi il concordato) proprio con l'analisi delle possibilità che ha il curatore nel fallimento: si precisa infatti che nel concordato,

¹⁴⁴ L'art. 169-bis, al secondo comma, inizia con l'espressione "in tali casi", il che come precisa P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, *ilcaso.it*, 11.3.2013, p. 19.

¹⁴⁵ B.Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l.fall.*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012., p.3.

differentemente dal fallimento, lo scioglimento dei rapporti non è automatico - peraltro adesso, grazie alla nuova normativa, anche la prosecuzione lo è meno - e si afferma che esso (scioglimento) sia il risultato di una scelta del debitore volta ad una migliore valorizzazione dei beni e dei rapporti aziendali. Detto ciò si ritiene¹⁴⁶ che il ristoro per il contraente in *bonis* non sia analogo a quello che il creditore potrebbe far valere sulla base degli artt. 1218 e 1223 c.c., ma sia soltanto un “indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento”, da intendersi però in “modalità diversa dal consueto adempimento”. L’Autore sostiene dunque che per quanto la norma possa far sembrare che il risarcimento sia analogo a quello civilistico (tradizionale) sia da ritenersi diverso, nel caso in questione inferiore, facendo lo stesso - a nostro avviso - trasparire tra le righe¹⁴⁷ il fondamento di ciò sulla base del fatto che il pagamento avverrebbe in moneta concorsuale. Egli, in pratica, accentuerebbe - probabilmente in maniera errata¹⁴⁸ - doppiamente la “svalutazione” che avrebbe il risarcimento del danno, già previsto dalla norma da pagarsi in via concorsuale. Probabilmente egli ha preferito la soluzione volta a non appesantire la procedura, dunque più favorevole alla massa dei creditori. L’ipotesi per quanto possa avere un fondamento logico finisce per trascurare, più del dovuto, l’interesse del contraente in *bonis*.

¹⁴⁶ Nell’articolo richiamato nella precedente nota.

¹⁴⁷ B.Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l’art. 169-bis l.fall.*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012., p.3.

¹⁴⁸ Errata perché, data la minor somma che (in sostanza) verrebbe pagata a seguito della falcidia concordataria, si dovrebbe quanto meno valorizzare l’ammontare dell’indennizzo.

Qualcuno¹⁴⁹, poi, non si è allontanato dalla suddetta teoria, affermando che, una volta che il debitore abbia ottenuto l'autorizzazione, il conseguente "esercizio di quella facoltà ed il mancato (o ritardato) adempimento" non costituiscono vero e proprio inadempimento¹⁵⁰, da cui deriverebbe il diritto al risarcimento, secondo i più comprensivo di danno emergente e lucro cessante, come previsto dagli artt. 1218 e 1223 c.c.

Diversa linea è seguita da qualche altro studioso¹⁵¹ che, precisando che la parola indennizzo usata nell'art. 169-bis l.fall. trovi fondamento nel genere di interruzione del rapporto, particolare in quanto non si avrebbe un inadempimento colposo, ma una causa legittima di scioglimento, consistente nell'autorizzazione giudiziale (motivo alla luce del quale - precisa l'Autore - si parla di scioglimento e non di risoluzione del contratto), afferma che il *quantum* sarebbe da ragguagliare a quello delle norme che disciplinano il risarcimento del danno (ex 1218 e 1223 c.c.). Inoltre sottolinea la non possibilità di sottrarre le conseguenze del mancato adempimento alle regole generali, relative alla determinazione del danno, dovendosi il giudice attenere a quest'ultime. Della stessa opinione anche altri autori¹⁵², i quali però pervengono alle medesime conclusioni sulla base di una valutazione comparatistica con quella

¹⁴⁹ P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, *ilcaso.it*, 11.3.2013, p. 19.

¹⁵⁰ In quanto non imputabile al debitore concordatario, finito in crisi. Questa non sembra - a nostro avviso - una sufficiente giustificazione a sminuire il danno sofferto dall'altra parte.

¹⁵¹ F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012, p. 53.

¹⁵² Tra i quali si ricorda Maffei Alberti, *Commentario alla legge fallimentare*, giuffrè, 2013, sub art. 169-bis.

fallimentare, e, almeno pare, sposando la tesi di una pronuncia giurisprudenziale¹⁵³.

Soggetto che determina l'indennizzo.

Problema diverso da quello dell'ammontare è quello relativo al soggetto tenuto alla determinazione dell'indennizzo. L'art. 169-bis l.fall. non esplicita infatti a chi spetti questo compito ma si può immaginare, come del resto accade per gli altri crediti concorsuali, che non spetti al giudice della procedura. In proposito (contrariamente a quanto sopra detto) si richiama un orientamento giurisprudenziale¹⁵⁴ secondo il quale la determinazione dell'indennizzo dovuto al terzo contraente ai sensi dell'articolo 169-bis l.fall. deve essere effettuata dal debitore, il quale dovrà anche inserire nel piano la relativa previsione; l'accertamento in questione non deve, infatti, essere effettuato dal giudice della procedura di concordato, il quale non può essere chiamato ad accertare l'esistenza del credito se non ai limitati fini dell'ammissione del voto. Eppure vi è chi¹⁵⁵ ha dubitato su quale giudice (della procedura, cioè quello autorizzante, o quello ordinario, cioè il giudice civile ordinariamente competente) fosse competente a liquidare l'indennizzo. L'Autore senza schierarsi ha elaborato le ragioni a fondamento delle possibili ipotesi:

¹⁵³ Trib. Rovigo, 6.3.2014, affermando che il ristoro della controparte, del danno conseguente al venir meno del contratto, ha luogo tramite concessione di una indennità di ammontare equivalente a quanto la stessa poteva conseguire dall'inadempiente a titolo di risarcimento del danno, indennità che si traduce in un credito chirografario pagato dalla massa concorsuale come credito anteriore all'apertura della procedura.

¹⁵⁴ Trib. Padova, 26.3.2013., *ilcaso.it*, 8794.

¹⁵⁵ F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012, p. 54.

infatti relativamente alla competenza del giudice estraneo alla procedura (cioè ordinariamente competente) pone in rilievo le questioni - come peraltro qualcun altro¹⁵⁶ aveva fatto - per cui non sarebbe stata prevista la competenza funzionale del Tribunale o del Giudice Delegato, aggiungendo che la determinazione dell'indennizzo deriverebbe non dal contratto, ma da una previsione *ex lege*. Dall'altro lato - afferma sempre l'Autore - l'indennizzo è fortemente legato all'autorizzazione del Tribunale o del Giudice Delegato, concessa senza prescindere da un previo apprezzamento circa le sue conseguenze in termini *quantum* dovuto al contraente in *bonis*; dunque parrebbe che lo stesso organo della procedura possa essere competente a determinare l'ammontare dell'indennizzo. Lo stesso Autore, in una elaborazione successiva¹⁵⁷, pare essere più a favore della prima, asserendo che essi non sarebbero propriamente chiamati a liquidare alcunché (in quanto la determinazione sarebbe fatta dal debitore con la presentazione del relativo credito nel piano). Il Giudice Delegato deciderebbe sul *quantum* del credito solo ai fini del voto (come ha statuito anche la giurisprudenza sopracitata); qualora, poi, il terzo contraente non si ritenesse soddisfatto di quanto liquidato dal debitore nel piano a titolo di credito concorsuale, o del provvedimento del Giudice Delegato reso ai fini del voto, potrà - secondo l'Autore - nel primo caso (*quantum*) adire il giudice ordinario competente e, nel secondo (ai fini del voto), proporre reclamo contro la

¹⁵⁶ B.Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l.fall.*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012.

¹⁵⁷ F.Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne *Il fallimentarista*, 26.11.2012, p. 9.

decisione del Giudice Delegato, o contrastarla in sede di opposizione all'omologa del concordato. Similmente a ciò¹⁵⁸ si può - relativamente a chi sostiene la determinabilità dell'indennizzo da parte del debitore, funzionale per il Giudice Delegato al solo computo dei voti - ipotizzare che il creditore che volesse opporsi all'ammontare statuito dal debitore, sebbene possa farlo con opposizione all'omologa, potrà agire con azione autonoma, non necessariamente di competenza del giudice ordinario, davanti al giudice che ha concesso l'autorizzazione, perché, in conseguenza di questa, “verrebbe a determinarsi un titolo concordatario di *quantum* diverso da quello impugnato”.

7.2. Nella sospensione.

E' chiaro che la norma in questione - come abbiamo chiarito sopra - faccia riferimento anche al caso della sospensione. Non si può però fare un'assimilazione con la disciplina dello scioglimento, riferendosi questo - per quanto diversamente si sia interpretato - ad indici di valutazione diversi.

Dunque nella sospensione si può operare una distinzione¹⁵⁹, per le prestazioni che il debitore non ha eseguito nel periodo di sospensione, tra i contratti nei quali il contraente in *bonis* ha comunque effettuato a

¹⁵⁸ In tal modo ipotizzato da C.Cavallini, *Concordato preventivo “in continuità” e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, ne *Il fallimentarista*, 23.1.2013, p. 4.

¹⁵⁹ Così ha ritenuto B.Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l.fall*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012.

favore del debitore concordatario una prestazione che per sua natura non poteva essere sospesa, o la cui sospensione non era comunque facilmente attuabile, dai contratti nei quali anche il contraente in *bonis* ha sospeso la prestazione; sarebbe da ritenere che soltanto nel primo caso maturi a carico dell'imprenditore il debito per le prestazioni relative al periodo di sospensione.

Al di là della suddetta distinzione, bisogna considerare però¹⁶⁰ che la sospensione costituisce una moratoria legale e che, quindi, il debitore non sarebbe considerato inadempiente (quantomeno nel senso tradizionale); dunque non dovrebbe, per questo motivo, pagare interessi di mora né convenzionali: al limite egli dovrà pagare solamente “gli interessi compensativi come ristoro della perdita derivante dalla sospensione”¹⁶¹, i quali saranno considerati come parametro di commisurazione dell'indennizzo dopo il periodo di sospensione (che verrà poi pagato in moneta concorsuale).

In relazione alla quantificazione dell'indennizzo, per coloro che ritengono che nella fase di preconcordato (cioè in ambito di concordato con riserva) si possa avere la sola sospensione del contratto pendente (in attesa della definitiva formulazione e presentazione di proposta e piano) il problema - si è correttamente sostenuto¹⁶² - si pone soltanto dal momento in cui il concordato (pieno) sarà presentato.

¹⁶⁰ F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012, p. 54.

¹⁶¹ F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012, p. 54.

¹⁶² F.Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne *Il fallimentarista*, 26.11.2012, p. 10.

7.3. Il pagamento in moneta concorsuale.

La seconda parte del secondo comma dell'art. 169-bis l.fall. dispone, relativamente all'indennizzo, che "tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato". Pare che il legislatore sia stato chiaro nel voler assoggettare il credito in favore del contraente in *bonis*, a prescindere dai problemi - sopra analizzati - relativi alla determinazione dell'indennizzo, alla falcidia concordataria. Per quanto riguarda l'ambito dei crediti che saranno assoggettati alla falcidia occorre analizzare quali tra quelli sorti in apertura di procedura siano non divenuti prededucibili.

Quindi se consideriamo che i crediti che partecipano al concorso sono di regola tutti quelli su cui è "calato il sipario", cioè aventi radice causale del titolo anteriore al concordato (a seguito dei c.d. effetti sostanziali del concordato preventivo), qualche eccezione la stessa normativa fallimentare la ammette esplicitamente: infatti si ricorda in proposito l'art. 111 l.fall. che sottrae alla falcidia alcuni crediti, non aventi causa o titolo anteriore alla procedura, sia nel caso di fallimento che di concordato preventivo consecutivi, ed anche l'art. 182-quater l.fall., comma secondo e terzo¹⁶³. Quindi se è vero anche che di regola i crediti sorti dopo l'avvio di una procedura non sono assoggettabili al concorso dei creditori e così, infatti, era previsto in passato¹⁶⁴ per i rapporti in corso di esecuzione sciolti dopo l'inizio della procedura, a prescindere

¹⁶³ Al riguardo si ricorda che i finanziamenti di cui la norma tratta saranno esentati dalla concorsualizzazione.

¹⁶⁴ Jorio, *op. cit.*, p.245s, che riteneva che il contraente in *bonis* in tali casi avesse diritto ad un risarcimento integrale non suscettibile di assoggettamento a falcidia.

dal fatto che l'interruzione avvenisse con l'autorizzazione del Giudice Delegato (*ex art. 167 l.fall.*) o per autonoma iniziativa del debitore, la possibilità moderna (di concorsualizzare il credito), come vedremo più avanti (nella parte dedicata alle "conclusioni") era stata già vantata da una vecchia giurisprudenza.

Prima della riforma del 2012 - ma dopo la riforma del triennio - sembra che, a rigor di logica, le cose dovessero rimanere sulla stessa linea di quanto previsto in precedenza¹⁶⁵, cioè qualora l'inadempimento del debitore fosse stato posteriore all'apertura della procedura sarebbe sorto un credito prededucibile, purché il contratto rimasto pendente fosse opponibile alla massa creditoria.

Dunque, quello che è stato definito un "gioco di prestigio del legislatore"¹⁶⁶ è un ulteriore dubbio che la legge del 2012 ha chiarito, determinando la fisionomia concorsuale (chirografario, quindi con diritto di voto) di un credito che per sua natura nascerebbe, o meglio sarebbe sorto, come prededucibile.

L'onere che viene ad accompagnarsi allo scioglimento del contratto sarebbe dunque inserito nel coacervo dei debiti concordatari che andrebbero pagati nei tempi, nella misura e secondo le modalità del concordato, contenendo così il peso (onere conseguente allo

¹⁶⁵ In favore pare essersi schierato anche Fabiani, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, in *Fallimento*, 2011, 769, secondo il quale l'inadempimento, se posteriore alla procedura, generi un credito prededucibile. Egli afferma che il debitore avrebbe dovuto indicare nel piano quali sono i rapporti da cui intende sciogliersi, salvo poi considerare gli strumenti di cui dispone il contraente in bonis, in particolare l'esecuzione in forma specifica.

¹⁶⁶ Parole usate da P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso.It*, 11 marzo 2013.

scioglimento) della scelta. Come qualcuno¹⁶⁷ ha sostenuto, il pagamento in moneta concorsuale vanificherebbe l'indennizzo dovuto al contraente in *bonis*, essendo esso pregiudizievole verso il creditore, dal momento che il legislatore in altri casi, per lo più in tema di fallimento, avrebbe concesso la prededucibilità di detti crediti, come nel caso degli artt. 79 l.fall., relativo al contratto d'azienda, ed 80 l.fall., relativo dal contratto di locazione (sia nel caso di fallimento del conduttore che del locatore).

7.4. Opportunità di collocare il creditore in un'apposita classe.

Un profilo di rilievo è dato dalla riflessione sulla possibilità di collocare il debitore in un'apposita classe, data la particolarità del credito che verrebbe a vantare, fermo restando che egli sarebbe da considerare comunque un chirografario (ovviamente con diritto di voto).

E' stato sostenuto¹⁶⁸ - si può trovare in proposito anche qualche traccia della giurisprudenza¹⁶⁹- che l'opportunità della suddetta collocazione si rinverrebbe (come contrappeso) nell'autodeterminazione del *quantum* che il debitore intende valutare a titolo di indennizzo e la relativa percentuale di soddisfazione offerta nella proposta concordataria. Il peso

¹⁶⁷ Vella, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 672.

¹⁶⁸ C.Cavallini, *Concordato preventivo "in continuità" e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, ne *Il fallimentarista*, 23.1.2013, p. 3s; condiviso anche da Maffei Alberti, *sub art. 169-bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, 2013.

¹⁶⁹ Trib. La Spezia, 24.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 77.

del voto del creditore sarebbe da far derivare dal *quantum* del credito proposto dal debitore; dunque quanto dal debitore statuito sarebbe funzionale al Giudice Delegato a consentire l'ammissione al voto ed al calcolo delle maggioranze.

L'opportunità della sistemazione in una classe autonoma starebbe, in realtà, nel raggruppamento di creditori portatori di un interesse analogo, derivante da conseguenza simili.

7.5. Rapporto con la soddisfazione prevista nel fallimento.

La soddisfazione del contraente in *bonis* nel concordato preventivo necessita di un confronto con la disciplina del fallimento, di cui agli artt. 72 e ss. l.fall., in quanto, soprattutto in sede di indennizzo - ma come abbiamo notato anche in molti altri ambiti tra i quali, forse quello centrale della disciplina, il “perimetro della nozione” -, per diversi autori è stato un punto di riferimento importante¹⁷⁰ da cui far partire le proprie riflessioni. In proposito, come in parte abbiamo già notato, taluni non si sono del tutto separati dalla “radice” dell'art. 72 l.fall. tentando, proprio alla luce di questo, risolvere i problemi che sorgevano in sede di concordato.

¹⁷⁰ Anche Vella, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 672, nota n. 55: “ L'espressione crea una singolare crisi tra mancato adempimento e risarcimento, rispetto alla diversa previsione dettata in generale, nel fallimento, dall'art. 72, comma 4, l.fall., per cui, «in caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno”.

L'art. 72 l.fall., proprio in tema di ristoro, al comma quarto afferma che “in caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno”; proprio questa affermazione poteva, nell'indeterminatezza dell'indennizzo di cui all'art. 169-bis l.fall., fuorviare alcuni autori ad assimilarne l'ammontare. Si può condividere l'idea, come hanno fatto numerosi esperti¹⁷¹, che quanto previsto al 169-bis l.fall. sia tutt'altra cosa rispetto a quanto stabilito per il fallimento, per quanto gli artt. 73¹⁷²e ss. l.fall. possano sembrare “d'aiuto” a comprenderne il significato.

7.6. L'indennizzo nei contratti di durata: in particolare ad esecuzione continuata o periodica.

Questi particolari contratti subiscono nel concordato preventivo una sorte del tutto diversa da quella del fallimento. Infatti abbiamo visto che, sebbene vi siano importanti divergenze normative ed applicative, la

¹⁷¹ P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso.it*, 11 marzo 2013, p. 19, in cui afferma - dopo un'analisi sugli artt. 72 e ss. l.fall. - che quanto previsto in tema di fallimento non ha niente che vedere con quanto previsto in tema di indennizzo all'art. 169-bis l.fall. Sulla stessa scia di ragionamento anche C.Cavallini, *Concordato preventivo “in continuità” e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, ne *Il fallimentarista*, 23.1.2013, p. 4.

¹⁷² L'art. prevede in caso di scioglimento del contratto con riserva di proprietà un “equo compenso” in favore del contraente in *bonis*, in caso di fallimento del compratore. Anche all'art. 80 l.fall è previsto che, in caso di fallimento del locatore o del conduttore, possa aversi un “equo indennizzo”, però da soddisfarsi in prededuzione.

disciplina delle due procedure (di concordato e di fallimento) in tema di contratti in corso in molte ipotesi non è così lontana.

Vediamo, dunque, partendo proprio dal mettere in chiaro alcuni aspetti della normativa fallimentare, come si comportano i contratti di durata dal punto di vista dell'indennizzo che consegue al loro inadempimento (ancorché chiamato scioglimento), cioè in che modo esso partecipi al concorso dei creditori. Facendo partire lo sguardo dalla disciplina fallimentare, anteriore alla riforma (del triennio), si ricorda che la disciplina dei suddetti contratti era regolata dall'art. 74 l.fall.¹⁷³ che rinviava all'art. 72 l.fall., prevedendo in sostanza che i crediti, nell'eventualità del subentro da parte del Curatore nel contratto, sarebbero stati da pagare per intero, anche se riferiti a consegne già avvenute o servizi già erogati; ciò sarebbe avvenuto in forza del legame che in tali contratti è dato dall'unitarietà della causa. La norma - siamo sempre nell'ambito del fallimento - è cambiata adesso¹⁷⁴ (non solo nel nome relativo all'oggetto della disposizione¹⁷⁵), prevedendo l'art. 74 l.fall. che “se il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente il prezzo delle consegne già avvenute e dei servizi già erogati”, con una deroga

¹⁷³ Che nella disposizione faceva riferimento a contratti “a vendite ripartite” e di somministrazione, diventata oggi “contratto ad esecuzione istantanea o periodica”.

¹⁷⁴ A seguito dell'art. 61, D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

¹⁷⁵ Adesso “contratti ad esecuzione istantanea o periodica” non più di “somministrazione”.

particolare relativa all'esercizio provvisorio dell'impresa¹⁷⁶. Vediamo adesso, invece, cosa è disposto per la procedura di concordato preventivo quando il debitore voglia sciogliersi, in via autorizzatoria, da uno dei contratti in corso qualificabile come di durata, cioè ad esecuzione continuata o periodica. Qui, secondo quanto abbiamo potuto esaminare, i crediti per le prestazioni avvenute in precedenza sono da considerare concorsuali¹⁷⁷, salvo eventuali (rare) ipotesi in cui la causa del contratto possa determinare l'unitarietà della prestazione apparentemente "frazionata". Ciò si spiega in assenza di una norma che espliciti una disciplina analoga a quella dell'art. 74 l.fall.

Quanto abbiamo potuto considerare equivale alle previsioni del legislatore, tuttavia, bisogna chiarire che nella pratica tale differenza tra le due procedure non è così accentuata come sembra, se non ribaltata; cioè, sebbene sembri che nel caso in questione il concordato preventivo (solitamente una procedura più ricca rispetto al fallimento) goda di una disciplina più favorevole per la massa dei creditori, nel senso che il patrimonio del debitore subirebbe un appesantimento minore rispetto a quello che subirebbe nel fallimento nel caso in cui il Curatore, in

¹⁷⁶ Infatti l'art. 104 l.fall. nel caso di esercizio provvisorio dell'impresa stabilisce - stravolgendo così la regola generale nel fallimento - che tutti i contratti continuano salvo che il curatore decida di sciogliersi o sospendere l'esecuzione e ciò vale anche per i contratti in questione.

¹⁷⁷ Ad ulteriormente giustificare, sebbene in via indiretta, la suddetta affermazione si potrebbe richiamare quanto disposto dall'art. 182-quinquies l.fall. per il quale, nel caso di concordato con continuità aziendale, il debitore possa chiedere di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per beni o servizi, dando le "sommarie informazioni" e con l'attestazione richiesta che assicuri l'essenzialità della richiesta ed una possibile miglior soddisfazione dei creditori. E' chiaro che la norma faccia riferimento a quelle somministrazioni le quali siano da ritenersi indispensabili per la prosecuzione dell'attività e/o per una migliore realizzazione del piano nel suo complesso.

quest'ultima, ed il debitore, nella prima delle procedure, optino per una prosecuzione dei rapporti, nella pratica non è così. Infatti la giurisprudenza - la più autorevole¹⁷⁸ - ha affermato che i crediti del somministrante in *bonis* per le consegne già avvenute e per i servizi già erogati prima dell'avvio del fallimento con esercizio provvisorio, nel quale si è proseguito il contratto, siano da considerarsi concorsuali, affermando che quella di cui all'art. 74 l.fall. sia una disposizione eccezionale e che quella di cui all'art. 104 l.fall., al comma ottavo, consideri prededucibili i soli crediti sorti durante l'esercizio provvisorio (interpretazione restrittiva), quantomeno quando le prestazioni siano da considerarsi tra di loro autonome¹⁷⁹ (o comunque scindibili). In relazione a ciò non può non condividersi l'idea¹⁸⁰ che sia sorprendente la pronuncia della Corte la quale, probabilmente per evitare un trattamento peggiorativo del creditore in concordato rispetto al creditore, che si trovi nella medesima posizione, nel fallimento (voluto - stando alla lettera - dal legislatore), ha quanto meno pareggiato la disciplina.

¹⁷⁸ Cass. 19.3.2012, n. 4303, in *Fallimento*, 2012, 1222, con nota di Patti. Qui la corte si sarebbe ispirata a sue precedenti pronunce (Cass. Sez. un., 22.5.1996., n. 4715; Cass., 12.1.2001., n. 396) allora condivisibile in quanto conforme alla disciplina non riformata, cioè anteriore al triennio 2005-2007.

¹⁷⁹ "Indipendenti ed indistinte" come dice la Suprema Corte, cfr. nota precedente.

¹⁸⁰ P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso.It*, 11 marzo 2013, p. 25.

8. Esenzioni dall'applicazione dell'art. 169-bis l.fall.

L'art. 169-bis l.fall. stabilisce al comma terzo che “lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta”, al comma quarto che “ le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui all'art. 72, ottavo comma, 72-ter, ed 80, primo comma” della stessa legge. In questo il legislatore pare essere stato esplicito sancendo in modo chiaro le fattispecie esentate. Al riguardo occorre tenerne distinte alcune.

8.1. Clausola compromissoria.

Dunque, pare che lo scioglimento del contratto non venga a toccare la clausola compromissoria eventualmente prevista, per cui bisogna ipotizzare che la stessa resti in vita al momento dell'autorizzato scioglimento, andando quindi a ricadere nella competenza della clausola quanto da essa previsto. Il permanere in vita della stessa farà in modo che le dispute rientranti nel suo ambito di applicazione vengano devolute alla cognizione degli arbitri, o comunque del soggetto designato, in conformità alla medesima, cioè con applicazione dei principi e tenendo conto dei parametri da essa statuiti. L'eccezione sancita dalla norma, è

stato osservato¹⁸¹, avrebbe finalità di garantire la competenza arbitrale già prevista, sebbene poi i contratti siano travolti dallo scioglimento. Quindi, anche se lo scioglimento viene disposto dall'organo della procedura, ben potrebbe ammettersi l'idea che il *quantum* dell'indennizzo o eventuali altre previsioni, oggetto di contesa, nello stesso contratto siano decise dall'organo arbitrale (purché si sposi la teoria che tale competenza sia del giudice ordinario e non degli organi della procedura). In tal modo - per coloro che ne vantavano la possibilità - si verrebbe ad avere, seppur limitatamente all'ammontare dell'indennizzo, il contraddittorio. Vi è stato chi¹⁸², condividendo la possibilità sancita dalla legge di lasciare in piedi la clausola compromissoria per le questioni nascenti dal contratto, ha comunque escluso la possibilità che l'organo arbitrale indicato nella clausola medesima possa essere idoneo a conoscere la questione relativa alla determinazione dell'indennizzo, in quanto essa resterebbe di competenza dell'autorità giudiziaria (quella designata dalle norme comuni, quindi non quella della procedura che ha disposto sulla sospensione o scioglimento). Ciò perché la controversia relativa alla determinazione del *quantum* non discenderebbe dal contratto, bensì da una previsione di legge.

La norma si riferisce alla sola clausola compromissoria (quella di cui all'art. 808 c.p.c.) e non anche al compromesso (807 c.p.c.) ed alla

¹⁸¹ F.Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne *Il fallimentarista*, 26.11.2012, p. 54.

¹⁸² Così ha ritenuto Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l.fall*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012, p. 4.

convenzione contrattuale (808-bis c.p.c.), ma qualche autore¹⁸³ si è chiesto se anche quest'ultimi siano suscettibili di risentire della suddetta esenzione. La convenzione di cui all'art. 808-bis c.p.c. - come pare logico - mancando il contratto (*ab origine*) viene esclusa, mentre per il compromesso all'Autore sembra opportuno considerare (trasportando i risultati di un'analisi sull'art. 72 l.fall. al concordato preventivo) possibile per il debitore sciogliersi anche da un compromesso pendente tramite l'autorizzazione di cui all'art. 169-bis l.fall. Di diversa opinione qualcun altro¹⁸⁴ che ha difficoltà a dare un'interpretazione estensiva della "clausola compromissoria" sancita dall'articolo in questione.

In relazione al fallimento.

La previsione dell'art. 169-bis l.fall. dà una soluzione del tutto diversa da quella dell'art. 83-bis l.fall. per la procedura fallimentare. Infatti questo dispone che, se il contratto in cui è contenuta la clausola compromissoria si scioglie, il procedimento arbitrale non può essere proseguito. Il che assorbe anche l'inefficacia di una eventuale clausola arbitrale. Se però il Curatore decide di subentrare nel contratto bisogna ritenere che la clausola sopravviva col medesimo e che sia suscettibile di applicazione. Tale facoltà non sussiste per il concordato in cui si è voluta esplicitare la non validità (in negativo) della stessa estensione.

¹⁸³ F.Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne *Il fallimentarista*, 26.11.2012, p. 55.

¹⁸⁴ Così ha ritenuto Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l.fall.*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012, p. 4.

8.2. Le altre fattispecie escluse.

Le esclusioni operate dall'art. 169-bis l.fall. - abbiamo notato - sono state ben esplicate; esse sono relative a: rapporti di lavoro subordinato; acquisto di immobile ad uso abitativo per abitazione principale dell'acquirente (art. 72, co. 8, l.fall.); finanziamenti destinati ad uno specifico affare (art. 72-ter l.fall.) per i quali, differentemente da quanto previsto nel fallimento, il legislatore ha previsto che l'affare non sia precluso dall'apertura del concordato; alla locazione di immobili in cui il debitore concordatario risulti locatore.

Sembra opportuno tralasciare nella nostra analisi la questione relativa ai rapporti di lavoro subordinato, esistendo per questi una specifica disciplina in caso di crisi aziendale (dovendola dunque ritenere applicabile al concordato in quanto la crisi ne sia presupposto oggettivo). Nel complesso però ci limitiamo a rilevare¹⁸⁵ (anche relativamente ai rapporti di lavoro) che il “decreto sviluppo” come previsto in origine non contemplava l'inserimento dei contratti di finanziamento destinati ad uno specifico affare e che, relativamente alla stesura della norma, qualcuno¹⁸⁶ considera “singolare” che il legislatore abbia inquadrato tramite rinvio ad altre norme (eccetto il richiamo ai contratti di lavoro) della medesima legge, senza chiamarle con il loro nome.

¹⁸⁵ Come fatto anche da F.Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne *Il fallimentarista*, 26.11.2012, p. 55.

¹⁸⁶ P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso.It*, 11 marzo 2013, p. 26.

Finanziamenti destinati.

In base alla prima considerazione il mancato richiamo nel decreto (originario) dei finanziamenti destinati poteva giustificarsi alla luce del fatto che le previsioni dello stesso (cioè relative ai rapporti di lavoro, ai preliminari di cui all'art. 72, co. 8, l.fall. ed alle locazioni immobiliari) si giustificavano sulla base del rango costituzionale che gli interessi contemplati hanno. Però in sede di conversione del decreto, è sembrato congruo l'inserimento, accanto alle suddette fattispecie, anche dei finanziamenti destinati, aspetto questo che può sembrare distonico per la sua collocazione accanto ad interessi costituzionalmente tutelati, ponendosi in mezzo a questi con "elevato grado di arbitrarietà"¹⁸⁷. Vediamo che la relazione di accompagnamento all'emendamento (in sede di conversione) considera l'inserimento come "coerente con in nuovo sistema di incentivazione della c.d. finanza interinale di cui all'art. 182-quinquies inserito con la (medesima) riforma". Pare giusto condividere - come ha fatto in parte l'Autore - che, dato il rango dell'interesse dei finanziamenti destinati, non vi sia una giustificazione della suddetta estensione, se non quella di garantire una maggiore tutela al contraente in *bonis*, al quale non vedrebbe preclusa la pretesa concernente la realizzazione dell'affare per cui il finanziamento sarebbe sorto. Bisogna considerare, in aggiunta, anche il fatto che la disciplina introdotta con l'art. 169-bis l.fall. mira a garantire la possibilità che

¹⁸⁷ Parole usate da F.Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne *Il fallimentarista*, 26.11.2012, p. 55.

l'impresa in difficoltà - se da questa ritenuto utile o necessario per superare il suddetto periodo di crisi - possa sciogliersi da determinati rapporti, ma ciò non preclude comunque la prosecuzione del suddetto contratto, qualora non si rilevi "dannoso". Quindi non pare allineata con l'intento della riforma l'inserimento dei finanziamenti destinati nell'alveo delle esenzioni dall'applicazione dell'art. 169-bis l.fall., se non alla luce di garantire la possibilità al contraente in *bonis* di non subire il pregiudizio dello scioglimento, avvalendosi inoltre ed eventualmente degli strumenti di autotutela di cui agli art. 1460 e 1461 c.c. Se poi la prosecuzione dei rapporti di finanziamento di uno specifico affare si valuta tenendo conto che per il fallimento si fa applicazione degli artt. 2447-decies c.c. e 72-ter l.fall., si ipotizza che anche per il concordato potrebbe essere così, in caso in cui non si abbia un piano conforme col mantenimento della suddetta operazione, facendo salvo il diritto del contraente in *bonis* al credito concorsuale; così che si avrebbe la possibilità di sciogliersi come previsto dal comma sesto dell'art. 2447-decies (per il fallimento)¹⁸⁸ anche nel concordato.

¹⁸⁸ Ciò vorrebbe dire che si deve considerare l'ipotesi di divieto di cui all'art. 169-bis sia relativa ai contratti di finanziamento destinato ad uno specifico affare per le sole ipotesi di concordato con continuità ovvero in forma diversa, purché compatibile con il mantenimento dell'operazione cui è diretto il finanziamento. Semplicemente la valutazione sarebbe fattibile in relazione al piano di concordato.

Formalità della stesura.

In relazione all'altro aspetto che abbiamo sopra riportato¹⁸⁹, relativo alle formalità dei richiami non fatti per esplicito nome delle fattispecie di cui all'ultimo comma dell'art. 169-bis l.fall., sebbene per alcuni autori, soprattutto in ambito di determinazione dei perimetri cui far rientrare l'applicazione dell'articolo sopracitato¹⁹⁰, possa essere di rilievo, bisogna ritenere che ciò sia avvenuto in linea con quanto in molte altre norme viene fatto dallo stesso legislatore; inoltre che il suddetto interrogativo sia alquanto inutile.

In relazione al preliminare.

Per i contratti preliminari di vendita aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, trascritti a norma dell'art. 2645-ter c.c. la norma afferma che non si abbia possibilità di sciogliersi o sospenderne l'esecuzione.

Si consideri che nella disciplina fallimentare (art. 72, co. 8, l.fall.) essi sono sottratti alla regola generale, che in tal caso però è quella dell'ingresso del contratto in una fase di quiescenza nella quale il

¹⁸⁹ Inerente alle critiche di P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso.It*, 11 marzo 2013, p. 26, sul fatto che il legislatore abbia indicato le fattispecie esentate con il rinvio ad altre norme.

¹⁹⁰ In proposito si ricorda che, nel punto in cui abbiamo analizzato i perimetri dell'articolo 169-bis l.fall. taluno abbia fatto riferimento proprio al fatto che il legislatore, nel richiamare gli artt. sul fallimento, abbia voluto alludere all' art. 72 l.fall. quando ha elaborato l'art. 169-bis l.fall.

Curatore (con l'autorizzazione del comitato dei creditori) può decidere di subentrare nel contratto o sciogliersi.

Nel concordato preventivo la sottrazione avviene non relativamente alla regola generale, cioè quella della continuazione dei rapporti, ma all'eccezione alla suddetta regola, cioè relativamente alla possibilità di sospensione o scioglimento. Verrebbe a configurarsi così la continuazione *ex lege* del suddetto contratto preliminare come del resto anche la giurisprudenza ha ritenuto¹⁹¹.

Ricordiamo che nel fallimento la disciplina dei contratti preliminari prevede da un lato, all'art. 72, comma 8, l.fall., che essi quando del particolare genere descritto nella norma¹⁹² non siano assoggettati alle regole generali, cioè continuo; dall'altro lato si richiama all'art. 72-bis l.fall. quanto previsto dal d.lgs. 122 del 2005 relativo agli immobili in corso di costruzione. Nel fallimento, salvo che sia previsto l'esercizio dell'attività ex 104 l.fall. (sempre che il curatore decida per il subentro se preferiamo applicare in parte la regola generale del 72 co. 1. l.fall.) e comunque non per tutti i casi, non si avrà la possibilità in caso di un eventuale contratto preliminare di vendita di immobili in corso di costruzione, trascritto e destinato ad uso abitativo o diverso uso (secondo quanto previsto dall'art. 72, comma 8, l.fall.) che il rapporto continui; infatti non essendo esso ultimabile dal fallito sarà probabile che la

¹⁹¹ Trib. Padova, 15.1.2013, ne *ilcaso.it*, I, 8534, affermando che “non appare assolutamente ammissibile lo scioglimento dei contratti preliminari rispetto ai quali è stata trascritta dal promissario acquirente, anteriormente al deposito del ricorso, domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica ex 2932 c.c.”.

¹⁹² Cioè aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, trascritti a norma dell'art. 2645-ter c.c.

soluzione, anche per il particolare caso di cui all'art. 72 co.8 sia quella di escutere la fideiussione.

Diversamente per il concordato - come è stato considerato¹⁹³ - la continuità del suddetto rapporto potrebbe aversi per il (promittente) venditore (o per il liquidatore nel caso in cui il concordato fosse con cessione dei beni, nulla disponendo riguardo ad una continuazione dell'attività) e comporterebbe l'obbligo di sottoscrizione del contratto definitivo (ad esecuzione del preliminare) e ciò è condivisibile solo se l'immobile che è oggetto del contratto preliminare sia già esistente; qualora l'immobile in questione fosse da costruire o da ultimare il problema si complica maggiormente, dovendosi prendere in considerazione anche altri aspetti tra i quali, fondamentale, il tipo di concordato: infatti il piano perché l'esecuzione del preliminare trovi sbocco dovrà prevedere la continuità aziendale o, in alternativa, la cessione o l'affitto d'azienda, per le quali troverebbe applicazione l'art. 2558 c.c. sulla "successione nei contratti", essendo questi gli unici casi in cui possa aversi un'eventuale termine della costruzione con conseguente possibile stipulazione del contratto definitivo (al soggetto acquirente nel preliminare). Si deve a questo punto ritenere che la disciplina per questi ultimi (preliminari aventi ad oggetto beni immobili non ultimati) sia diversa dalla tradizionale, che prevede la semplice esecuzione del preliminare. Mentre, come visto, per il fallimento trova applicazione

¹⁹³ P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso*.It, 11 marzo 2013, p. 27.

l'art. 72-bis l.fall. (che fa menzione del decreto legislativo 122/2005)¹⁹⁴, per il concordato preventivo sorge qualche problema, data la non trasfusione nelle norme della legge fallimentare (in ambito di concordato preventivo) della normativa del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 e la sua non presa in considerazione nella stesura dell'art. 169-bis l.fall. Infatti qui, a differenza del fallimento in cui si prevede un potere bilaterale (perché il curatore ed il compratore hanno pari "armi") di eseguire o sciogliere detto rapporto, si avrebbe una difficile conciliazione della disciplina di cui all'art. 169-bis l.fall. con quanto previsto dal decreto suddetto, poiché l'esenzione opererebbe nel senso di escludere l'applicazione della medesima disciplina (quindi della possibilità che entrambi i contraenti dispongano degli stessi mezzi) ai preliminari trascritti e destinati all'uso previsto (abitativo o imprenditoriale nei limiti stabiliti dal 72 co. 8); per quanto riguarda gli altri contratti preliminari aventi ad oggetto immobili non ultimati, non trascritti e/o non adibiti all'uso richiesto dall'art. 72, comma 8, l.fall., per il debitore concordatario residua la possibilità di disporre la scelta tra esecuzione e scioglimento (purché autorizzato), salvo che sia stata escussa la fideiussione da parte del compratore. Ora data la soluzione che determina una lettura dell'incastro che le norme sopra richiamate creano, può sorgere un ulteriore dubbio: cioè per i contratti preliminari che possono considerarsi non rientranti nella disciplina dell'ultimo comma dell'art. 169-bis l.fall. (cioè per i quali entrambe le parti possono scegliere se

¹⁹⁴ Per il fallimento è previsto che il curatore possa scegliere tra esecuzione o scioglimento del contratto e che eventualmente l'acquirente possa sciogliersi escutendo la fideiussione posta a garanzia della restituzione di quanto versato dal costruttore.

subentrare o meno), qual'è l'autorizzazione ai fini dello scioglimento? Il problema trova - a nostro avviso - la sua base nel fatto che, prima che il legislatore introducesse un'apposita norma "generica" sullo scioglimento dei contratti (quella di cui all'art. 169-bis l.fall.), vi era la possibilità di subentrare da parte del costruttore in base all'autorizzazione di cui al d.lgs. 122 del 2005, che sarebbe stata concessa dal Giudice Delegato in base all'art. 167 l.fall. Adesso, la mancata presa in considerazione della suddetta normativa da parte del nuovo articolo crea alcuni dubbi in tema di sospensione e scioglimento. Infatti la possibilità di sospensione o scioglimento sarebbe applicabile ai casi in cui non si preveda che gli immobili siano destinati al particolare uso (abitativo o diverso previsto dalla norma), avendo quindi il costruttore la possibilità di essere autorizzato (ex 169-bis l.fall.) solo per questi contratti. Però strano può sembrare che la scelta di subentrare e quella di sciogliersi non vadano di pari passo, cioè che siano previste da due norme di verse (infatti la prima è regolata dall'art. 167 l.fall.) che operano in modo differente¹⁹⁵.

In sintesi possiamo affermare che per quanto riguarda i preliminari, essi saranno suscettibili di sospensione o scioglimento purché non sia stata fatta domanda di adempimento prima del concordato e per essa siano state compiute le formalità necessarie di cui all'art. 45 l.fall. Inoltre vi rientreranno quelli non adibiti ad uso abitativo o diverso uso indicato (dalla norma 72, comma 8, l.fall.) e quelli aventi ad oggetto beni immobili in corso di costruzione per i quali non sia preventivamente stata

¹⁹⁵ In sostanza si avrebbero due generi differenti di autorizzazione, ma la scelta da valutare è relativa alla medesima facoltà, cioè di subentrare o sciogliere/sospendere il contratto in base all'art. 169-bis l.fall.

escussa la fideiussione dal compratore. Infine per quest'ultimi servirà l'autorizzazione anche perché il rapporto continui, autorizzazione che pare essere diversa da quella prevista per il loro scioglimento.

Per il regime autorizzatorio possiamo concludere che esso pare essere differente.

In tema di locazione.

Per l'ingresso in procedura del locatore è prevista un'esenzione dalla facoltà di sospensione o scioglimento, così come peraltro per il fallimento. Ciò non genera particolari problemi applicativi ed inoltre lo snodo della disciplina è analogo a quello previsto per il fallimento.

Ma taluno¹⁹⁶ ha sollevato la questione relativa al fatto che non siano stati esentati dall'applicazione della disciplina in questione i contratti di affitto d'azienda, stipulati anteriormente all'ingresso in procedura, e per questa come giustamente sottolineato non sarebbe possibile un'estensione analogica della disciplina dettata per la locazione immobiliare. Ciò si spiega col fatto che la stessa legge fallimentare, seppur in sede di trattazione della disciplina del fallimento, precisamente agli artt. 79 ed 80 l.fall., ha messo in chiaro la loro separata trattazione, con differente disciplina.

Chi si è posto il suddetto quesito ha considerato che spesso il debitore concordatario, prima di inserirsi nella procedura, procede ad affittare l'azienda a terzi (che solitamente gli fanno capo). In alcuni casi poi

¹⁹⁶ F.Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne *Il fallimentarista*, 26.11.2012, p. 56.

l'affittuario si impegna, anche irrevocabilmente, ad acquistare l'azienda ed in altri ancora stipula compromessi con l'affittante, ciò al fine di non dover concorrere con eventuali altri futuri acquirenti. Per quest'ultima ipotesi la normativa sembra consentire un possibile aggiramento delle disposizioni relative alla realizzazione dell'attivo concordatario (di cui all'art. 182 l.fall.). Per contrastare tale possibile abuso (cioè che l'affittuario potesse opporre il suo titolo anteriore alla procedura, chiedendo l'esecuzione del contratto, e superare le gare competitive dell'affittuario), prima del "Decreto sviluppo", si andava contro il debitore debitore in procedura in base all'art. 173 l.fall. addebitandogli la violazione o l'elusione delle norme a tutela della procedura o, talvolta, il conflitto d'interesse. Adesso sulla base del nuovo art. 169-bis l.fall. si sono superati parti di detti inconvenienti, perché la possibilità di sciogliersi anche dai contratti d'affitto e dai preliminari (salvo casi particolari che abbiamo sopra chiarito). L'autorizzazione consente inoltre il vaglio dell'autorità giudiziaria, nella persona del Giudice Delegato o del Tribunale. Per realizzare ciò si deve ritenere che il debitore opti per la scelta di usufruire della facoltà concessa dall'art. 169-bis l.fall.: non sarà difficile dal momento che, in caso in cui non scelga questa soluzione, il piano, non ripulito da certi elementi, diverrà invalido. Ciò potrebbe avvenire secondo l'Autore tramite quel *moral suasion* esercitabile sul debitore.

9. Sono possibili altre estensioni?

Si può asserire che quanto previsto per il concordato preventivo non sia dissimile da quanto previsto per il fallimento, essendo la nuova disciplina in tema di contratti ispirata agli stessi principi, in particolare per quanto concerne la possibilità di sospensione o scioglimento, prevista anche per il Curatore, con la differenza che nel fallimento i contratti entrano automaticamente in sospensione. In sostanza nel fallimento la sospensione opera di diritto e non dà luogo al pagamento di alcun indennizzo, ma ciò si giustifica con lo spossamento del fallito.

Dunque appare giusto “sospettare” se data la comunanza di principi su cui sono basate le due norme, alla procedura di concordato possa venire ad applicarsi qualche altra norma o altro principio in tema di fallimento. Quindi si può ipotizzare che siano estensibili alla procedura di concordato preventivo la norma, analoga all’art. 72, comma secondo, l.fall., che prevede la possibilità di mettere in mora il soggetto chiamato a decidere sulla sorte del contratto (tra continuazione, subentro o scioglimento), evitando di esperire eventuali mezzi giudiziari di autotutela. Ciò sarebbe giustificabile in base al fatto che il contraente in *bonis* non sarebbe assoggettato all’attesa temporale di una decisione dell’imprenditore stesso, soprattutto qualora si condivida l’idea che egli possa chiedere l’autorizzazione di cui all’art. 169-bis l.fall. in qualunque momento della procedura, cioè fino all’omologa.

Inoltre consideriamo che l'art. 186-bis l.fall., al comma terzo, ha previsto per il solo concordato con continuità aziendale che i contratti non si sciolgono per l'ingresso in procedura di uno dei contraenti e che sono inefficaci patti contrari, similmente a quanto previsto dal sesto comma dell'art. 72 l.fall. in tema di procedura fallimentare, anche se quest'ultimo fa riferimento alla clausola negoziale di scioglimento in caso di ingresso in procedura di un contraente. E' da ritenersi non possibile quanti si è ipotizzato¹⁹⁷ relativamente alla sua estensione a tutti i tipi di concordato e non soltanto per quello "in continuità", potendo per gli altri tipi trovare giustificazione la cessazione del rapporto, essendo orientati allo smantellamento dell'azienda, per cui il contraente non troverebbe una possibile utilità.

¹⁹⁷ Maffei Alberti, Commentario alla legge fallimentare, *sub art. 169-bis*, 2013.

CAPITOLO TERZO

Alcune fattispecie.

Ci concentreremo adesso sull'analisi di alcune fattispecie contrattuali, le quali possono creare maggiori interrogativi di livello pratico rispetto alla disciplina ordinaria. Ci concentreremo sulla particolarità della norma dell'art. 186-bis l.fall. Analizzeremo poi il contratto di leasing ed alcuni aspetti relativi ai contratti bancari, considerata la particolare disciplina della compensazione che li caratterizza.

1.L'art. 186-bis l.fall.

L'art. 186-bis, co. terzo, l.fall. di cui abbiamo trattato in modo disorganico, necessita di una trattazione particolare in quanto allarga la disciplina che fino ad ora abbiamo trattato, in particolare relativamente al suo rapporto col contratto di cessione d'azienda e con i contratti pubblici. Per quanto ci interessa si premette che la norma prevede la continuazione dei rapporti in caso di continuità aziendale e sancisce il divieto di scioglimento legato all'ingresso in procedura di un contraente, facendo salva la previsione di cui all'art. 169-bis l.fall. in favore di quest'ultimo.

Bisogna chiarire che la disposizione si riferisce ai soli concordati con continuità aziendale e non è suscettibile di trovare spazio in relazione alle altre forme di concordato preventivo¹⁹⁸.

In relazione al contratto di cessione di azienda.

La previsione del terzo comma (dell'art. 186-bis l.fall.) è dubbio se colpisca anche i contratti stipulati tra l'impresa concordataria e terzi, che dispongano non soltanto l'intrasferibilità di questi, ma addirittura che dipenda dal trasferimento dell'azienda la loro risoluzione. Nel caso di intrasferibilità del rapporto si sostiene che la clausola che lo prevede sia inopponibile al cessionario, poiché - come precisato da alcuni autori¹⁹⁹ - l'art. 2558, co. 1, c.c. prevede che il patto contrario al trasferimento sia opponibile al terzo (acquirente) solo se inserito nell'atto di cessione. Nel caso, invece, di risoluzione legata al trasferimento, non essendo ricavabile una soluzione dall'art. 2558 c.c. si ritiene, anche se è opinione discussa, che la clausola sia inopponibile al cessionario. Diversa la previsione relativa al secondo comma dell'art. 2558 c.c. la quale prevede che, entro tre mesi dalla conoscenza del trasferimento, il terzo contraente possa sciogliersi dal contratto per giusta causa²⁰⁰. Ciò si giustifica in base al fatto che l'art. 186-bis l.fall. trova applicazione soltanto in ambito

¹⁹⁸ Le quali - come subito noteremo - vedranno la possibilità che certi contratti possano sciogliersi proprio per l'ingresso in procedura di una delle parti, senza che possa neanche trovare applicazione il disposto dell'art. 72, co. 6, l.fall.

¹⁹⁹ Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 18, IV, 1983, 66.

²⁰⁰ Condiviso anche da L.Quattrocchio ed R.Ranalli, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore : poteri divinatori o applicazione di principi di practice*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012.

di apertura di procedura, senza andare ad intaccare le possibilità di risoluzione o di recesso che trovano luogo successivamente.

L'art. 186-bis l.fall. non si estende - com'è ovvio - ai contratti già risolti antecedentemente all'apertura del concordato.

In relazione ai contratti con la P.A.

Merita precisare, infine, l'importanza che la normativa introdotta con il "decreto sviluppo" relativamente ai contratti in corso con la P.A.

Infatti l'art. 186-bis, co. terzo, l.fall. prevede per il concordato con continuità aziendale la prosecuzione dei rapporti anche stipulati con le pubbliche amministrazioni, poi precisa al terzo periodo che si può avere la continuazione dei suddetti contatti soltanto in presenza di un'attestazione relativa alla conformità con il piano ed alla ragionevole capacità di adempimento. In coerenza con quanto l'art. 72 l.fall. (co. 6) prevede per il fallimento la norma prevede l'inefficacia di tutti i patti, anche con la P.A., che prevedano la risoluzione di qualunque contratto per effetto dell'apertura della procedura. Ciò implica anche l'incompatibilità delle norme di legge aventi analogo contenuto²⁰¹.

L'ambito dei contratti pubblici cui fa riferimento la norma pare alluda a tutte le tipologie di contratti stipulabili²⁰² con la P.A. comprendendo sia quelli attivi, quelli passivi, sia associativi²⁰³. Problema terminologico, che può incrementare il dubbio sul novero dei contratti con la P.A. (cui si

²⁰¹ Così ha detto F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012.

²⁰² P.Pizza, *Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione: la sorte dei contratti in corso*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012.

²⁰³ Iaione, *La nozione di contratto pubblico*, in *Giust. Amm.*, 2007, p. 286ss.

riferisce la norma), è dato dalla diversità morfologica utilizzata nello stesso terzo comma dell'art. 186-bis l.fall. Infatti prima si fa riferimento a “contratti stipulati con pubbliche amministrazioni” poi a “contratti pubblici”; ciò non deve indurre in inganno, dovendosi - come sottolineato²⁰⁴- ipotizzare che la *ratio* della norma li voglia “sinonimici”; contrariamente si potrebbe erroneamente sostenere che, nel caso in questione, per “contratti pubblici” si intendano soltanto quelli rientranti nel campo di applicazione del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), il che porterebbe ad escludere una serie di contratti (tra i quali alcuni attivi e passivi e gli associativi).

La previsione normativa è importante anche in relazione al fatto che si conserva un importante *asset* d'impresa, data anche la particolarità del settore legato ai lavori pubblici. Inoltre sarebbe garantito²⁰⁵anche che possa venire meno uno dei requisiti richiesti dall'art. 40 del Codice dei contratti pubblici, cosicché non decada l'attestazione rilasciata da una SOA (società organismo di attestazione), la quale consente di poter eseguire contratti di appalto per lavori pubblici.

Dato che si fa salvo anche qui il disposto dell'art. 169-bis l.fall. si dovrebbe consentire, in caso di scioglimento del rapporto da parte del debitore, che sia attivabile un contraddittorio con la P.A.

²⁰⁴ F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012.

²⁰⁵ F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012.

Sulla continuazione.

Accennavamo alla possibilità che i contratti pubblici potessero continuare. Ciò sarebbe realizzabile soltanto in presenza di un'attestazione da parte del soggetto designato dall'art. 186-bis l.fall., co. terzo²⁰⁶, la quale afferma che la continuazione di detti contratti sia funzionale al piano e che faccia emergere una ragionevole capacità di adempiervi. Ove manchi la suddetta attestazione i contratti non potranno proseguire, prendendo così vigore il disposto dell'art. 140 d.lgs. 163/2006, che considera il concordato preventivo come causa di scioglimento del contratto di lavori pubblici in corso. Come sostenuto²⁰⁷ soltanto una valida attestazione sarebbe idonea ad esonerarne gli effetti. Soffermandosi sull'espressione "conformità per il piano e ragionevole capacità di adempimento", si ritiene che l'esperto debba da un lato valutare l'interesse del debitore e dei creditori in relazione al fatto che il contratto sia effettivamente utile alla realizzazione del piano (quantomeno non in contrasto), dal momento che questo potrebbe ingiustificatamente andare ad aggravare il passivo prededucibile; dall'altro lato l'esperto dovrà tenere conto della posizione della P.A. nel senso di garantire a questa che le risorse di cui dispone il debitore siano sufficienti a dare esecuzione piena al contratto. Tale verifica, in

²⁰⁶ Che rinvia all'attestatore di cui all'art. 67 che ha attestato la fattibilità del piano.

²⁰⁷ F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012.

particolare a garanzia della posizione di quest'ultima, - si è ritenuto²⁰⁸ che non possa prescindere dal controllo della sussistenza, attuale e prospettica, delle risorse tecnico-organizzative e di quelle finanziarie necessarie all'adempimento dei contratti in essere, inoltre dovrà comprendere anche il controllo dei requisiti previsti dal codice dei contratti pubblici relativi alle procedure di affidamento.

La norma relativamente al cessionario di azienda asserisce che potrà godere della continuazione dei rapporti con la P.A. purché vi siano requisiti di legge necessari; quindi la società conferitaria o il cessionario di rami d'azienda dovrà documentare i requisiti richiesti dal codice dei contratti pubblici, similmente - si ipotizza - all'attestazione che il professionista è chiamato a dare in favore della società in concordato.

Taluni²⁰⁹ hanno sostenuto che la norma fosse “mal scritta”, dal momento che tra i beneficiari della continuazione di questi contratti si parli di “società cessionaria d'azienda” anziché di soggetto “cessionario”. E' chiaro che il legislatore non abbia voluto limitare la sola possibilità a coloro che hanno la forma di “società”, essendo questa una pura svista superabile con un minimo di elasticità; siamo comunque d'accordo con

²⁰⁸ L.Quattrocchio ed R.Ranalli, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore : poteri divinatori o applicazione di principi di practice*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012, p. 10s.

Essi inoltre lamentano una mancata previsione relativa a quella che chiamano “mini-riforma”, affermando che essa “non è, (...), intervenuta sulla vexata quaestio del soddisfacimento del requisito di regolarità contributiva, quale presupposto per la partecipazione alle procedure di affidamento e per l'incasso dei crediti maturati nei confronti delle pubbliche amministrazioni; circostanza, questa, che assumerà rilievo non tanto ai fini della valutazione della capacità di adempimento del contratto, quanto piuttosto dell'attestazione di fattibilità del piano”.

²⁰⁹ P.Pizza, *Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione: la sorte dei contratti in corso*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012.

coloro che sono favorevoli all'interpretazione estensiva e non limitata alle sole società.

2. Il contratto di leasing: ulteriori complicazioni.

Il contratto di leasing, data la particolarità della sua disciplina complica ulteriormente la faccenda relativa all'esito che i contratti in corso conseguano, all'apertura del concordato preventivo.

Il leasing, noto anche come locazione finanziaria, è un ipotesi contrattuale molto frequente nelle imprese per l'acquisto di beni mobili o immobili, regolarmente facenti parte delle immobilizzazioni funzionali alla produzione aziendale. E' chiaro che in un contesto di crisi questi beni potrebbero diventare inutili, in particolare nei casi in cui si debba modificare, risanare o restringere il comparto aziendale, oppure qualora essi siano divenuti "troppo" onerosi per l'impresa. Inoltre bisogna considerare che lo scioglimento del contratto di leasing, quale contratto di finanziamento, sarebbe funzionale anche a far uscire i suddetti beni dall'azienda o comunque ad evitare di dover proseguire l'adempimento di un contratto per un bene che l'imprenditore intende non tenere. Dall'altro lato il fatto che un contratto di leasing, risolto, possa far uscire un bene dalla procedura, talvolta può generare complicazioni, infatti

spesso i beni presi a leasing possono essere difficilmente surrogabili²¹⁰, soprattutto in un momento di crisi. Già quanto esposto può chiarire le complessità che il suddetto contratto può venire a comportare. Ovviamente si deve mettere a fuoco in quali casi e relativamente a quali generi di contratti di leasing sia opportuno valutare le problematiche.

Se è vero che il versante del debitore concordatario è quello che maggiormente ci interessa, non si può prescindere dalla posizione che può prendere il contraente in *bonis*, anche a ridosso di una crisi d'impresa.

2.1. In passato.

L'imprenditore quando accedeva - prima che si potesse venire a legalizzare la possibilità di sospensione o scioglimento - ad un normale concordato preventivo, era spesso fortemente penalizzato dalla presenza di un contratto di leasing in corso: si capisce che da un lato costui avrebbe dovuto collocare la società di leasing tra i creditori concorsuali per i crediti sorti anteriormente all'apertura della procedura, consistenti nei canoni scaduti, dall'altro lato la presenza del contratto continuava ad

²¹⁰ Si pensi ad es., ad una società che ha acquistato un particolare macchinario a leasing; la società concedente per un qualche motivo risolve il contratto determinando così la fuoriuscita del bene dal comparto aziendale. Nell'ipotesi in cui quel bene fosse stato previsto tra gli strumenti utili per il piano di concordato, quest'ultimo "salterebbe".

Non sarebbe sbagliato opporsi asserendo che un concordato che fa affidamento su beni non di proprietà, o comunque non riscattati come quello in questione, non sia suscettibile di piena stabilità e sicurezza. Motivo questo che dovrebbe indurre il professionista attestatore di cui all'art. 161 l.fall. a valutare attentamente i beni su cui il concordato fa perno.

esigere il suo adempimento e maturavano nuovi crediti dei canoni c.d. a scadere per il contratto di leasing. Questi ultimi sarebbero, per la loro posizione, sorti come crediti prededucibili, anche se l'imprenditore non avesse più tratto giovamento dal contratto, ormai incompatibile con i nuovi orizzonti aziendali.

Se poi - questo solo per le ipotesi di concordati più moderni, cioè inerenti al periodo posteriore alla riforma del triennio ed antecedente al decreto sviluppo - i concordati prevedevano che l'attività proseguisse, la società di leasing, non essendo prevista l'esenzone che sarebbe venuta con il terzo comma dell'art. 186-bis l.fall., poteva in qualunque momento risolvere il contratto per effetto dell'ingresso in procedura dell'imprenditore²¹¹ che, in tal caso, si sarebbe trovato dinnanzi ad un contratto dal quale non poteva sciogliersi e per il quale non aveva sicurezza di stabilità. Mi permetto di sottolineare che non è dissimile dalla situazione in cui potrebbe venire a trovarsi il contraente in *bonis* davanti ai poteri concessi al debitore concordatario dall'art. 169-bis l.fall. se non si ammettessero, come fatto precedentemente, in favore il primo (creditore in *bonis*) determinati strumenti idonei ad evitare la suddetta situazione di svantaggio. Immaginiamo il caso in cui un bene preso a leasing sia di essenziale importanza per l'impresa e che intorno alla sua permanenza ruoti la possibilità di realizzare il piano di concordato (non esistendo - ricordiamo - alcuna norma di tutela per la prosecuzione dell'attività, quindi prima della riforma del 2012); è chiaro che

²¹¹ Non è infrequente infatti che i contratti di leasing abbiano al loro interno un'apposita clausola che attribuisce alla società concedente di sciogliersi dal contratto per l'avvio di una procedura da parte dell'altro contraente.

l'esercizio della facoltà di risolvere il contratto sulla base della clausola anzidetta comprometterebbe l'intera procedura.

Andando nel dettaglio il contratto di leasing, così come era previsto per le altre fattispecie di rapporti, proseguiva dinnanzi all'apertura del concordato.

Bisogna però chiarire, come ha fatto la Cassazione²¹² "tipizzandoli", che ci sono due tipi di leasing: il primo di godimento (noto anche come tradizionale), caratterizzato dal fatto che il bene che ne è oggetto alla fine del periodo statuito avrà un valore esiguo ed i canoni stanno a compensare l'utilizzo che ne è stato fatto; non vi sono dubbi che questo genere di contratto rientri tra quelli c.d. di durata, non entrando dunque in discussione il problema della sua sorte - infatti si sono nei capitoli precedenti affrontati i problemi relativi a questi contratti sia prima che dopo il decreto sviluppo - che vedrà una possibile scissione tra prestazioni anteriori, assoggettate a falcidia, e posteriori all'apertura della procedura, da pagarsi per intero se il contratto prosegue. Il secondo genere, il leasing c.d. traslativo, in cui la locazione finanziaria ha il solo scopo di svolgere la funzione di finanziamento del bene al fine di trasferirne la proprietà conservando, si presume, al termine del pagamento dei canoni un valore relativamente cospicuo. Sembra, anche a prima vista, evidente l'affinità con la vendita a rate, meglio nota come vendita con riserva di proprietà, in cui non si può avere scindibilità delle prestazioni²¹³. La suddetta specie di vendita non risentiva, in via del tutto

²¹² Cass., S.U., n. 65, 1993.

²¹³ F.Fimmanò, *Gli effetti del nuovo concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, ne *ilcaso.it*, 17.1.2007.

eccezionale, dell'applicabilità delle regole sulla risoluzione del contratto²¹⁴, infatti l'art. 1526 c.c. sancisce sulla risoluzione che, in caso di inadempimento del compratore, al venditore spetti restituire le rate riscosse salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa (oltre al risarcimento del danno). Su questa norma torneremo nell'approfondire il leasing traslativo nella disciplina moderna.

Tuttavia, nonostante l'affinità suddetta, si preferiva considerare il leasing come contratto di durata e tendenzialmente con scindibilità delle prestazioni²¹⁵.

Problema frequente in tali rapporti - come abbiamo accennato - era (ed è tuttora) caratterizzato dalla presenza di una clausola risolutiva, efficace qualora l'utilizzatore entrasse in procedura concorsuale. Per quanto attiene a questa vedremo subito come sarà affrontata.

Altro aspetto di rilievo, per i contratti nei quali non si prevedeva la clausola risolutiva espressa, era la possibilità relativa al fatto che il contraente in *bonis*, purché prestasse idonea garanzia, poteva ex 1461 c.c. sospendere la propria prestazione. Ciò, condivisibile per numerosi contratti, non lo sembrava per questo, in cui la sospensione della prestazione implicava un ritiro del bene dato a leasing²¹⁶ o una sorta di non utilizzo, andandosi comunque (nelle ipotesi più frequenti) a logorare

²¹⁴ Abbiamo infatti notato che la risoluzione del contratto da parte del contraente in *bonis* determinasse lo scioglimento del contratto ex tunc facendo così retroagire il relativo credito all'apertura del concordato così che fosse assoggettabile a falcidia.

²¹⁵ G.Bonfante, *La disciplina del leasing nel concordato preventivo*, ne *Il fallimentarista*, 9.12.2011. Tutt'ora molti autori preferiscono considerarlo come contratto di durata semplice, quindi con la possibilità di scindere le prestazioni.

²¹⁶ L'opinione è condivisa anche da A.Patti, *Il leasing nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. Comm.*, 1996, p. 934.

il bene (peraltro questo è un problema anche attuale nel caso di sospensione ex art. 169-bis l.fall.).

2.2 Non applicabilità dell'art. 72-quater.

La disciplina fallimentare già da tempo prevede la regolazione del contratto di leasing (72-quater l.fall.) in caso di apertura della procedura ed all'art. 72, co. sesto, l.fall. prevede che siano inefficaci nei confronti della procedura le “clausole negoziali che fanno derivare la risoluzione del contratto dal fallimento”. Disciplina quest'ultima applicabile al leasing (nel fallimento) in quanto espressamente richiamata dall'art. 72-quater l.fall. E' sembrato, in linea con quanto previsto per la questione (generale) dei rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo, che le disposizioni in tema di fallimento non potessero trovare spazio applicativo riguardo al concordato, per cui escludiamo fin da subito una possibile applicazione dell'art. 72-quater l.fall. alla procedura di concordato preventivo²¹⁷, così come la scartiamo per la disposizione che nel fallimento fa venire meno la clausola risolutiva (cioè l'art. 72, co. sesto, l.fall.).

Quindi si riteneva che il contratto di leasing nel concordato preventivo, come in parte anche oggi, non avesse una regolamentazione (del resto così era anche per gli altri contratti); adesso l'unica norma che si può

²¹⁷ Di questa opinione è sembrato anche G.Bonfante, *La disciplina del leasing nel concordato preventivo*, ne *Il fallimentarista*, 9.12.2011. Si precisa al riguardo che l'art. 72-quater l.fall. è stato introdotto con la riforma del triennio.

derivare dalla legge che disciplina il concordato - seppur insufficiente a risolvere determinati dubbi - è quella contenuta nell'art. 169-bis l.fall.

2.3. Problemi aperti.

Quanto finora detto fa sorgere una serie di quesiti. Infatti occorre valutare dinnanzi al concordato preventivo quale sia (adesso) il trattamento dei debiti per il suddetto contratto, distinguendo tra quelli pregressi e quelli sorti dopo l'inizio della procedura; inoltre vanno valutati gli effetti che derivano da una clausola contrattuale risolutiva e da una previsione del piano che comporti la risoluzione del leasing. Infine, distinguendo tra tipologie di leasing ci concentreremo su quello traslativo, essendo più complesso.

2.4. Due problemi superabili.

Chiariamo innanzitutto il problema concernente la clausola risolutiva e relativo ai contratti di leasing risolti anteriormente all'apertura del concordato, considerando, per il primo aspetto, che il legislatore del 2012 nulla ha previsto per il concordato relativamente alle clausole risolutive, se non relativamente ai soli concordati con continuità aziendale.

Per quanto concerne la suddetta clausola alla base vi è la questione se considerarla o meno efficace nel concordato preventivo. Qualche

autore²¹⁸ ha supposto, dopo aver condiviso la non applicabilità al concordato delle norme in tema di fallimento nell'ambito dei rapporti pendenti, che l'inefficacia della clausola, come sancito dall'art. 72, co. sesto, l.fall., sarebbe giustificabile anche nel concordato preventivo, in quanto vi sarebbero ragioni di principio per questa estensione.

L'inefficacia della clausola consentirebbe il proseguimento del rapporto, che poi potrebbe sciogliersi in corso di procedura, il che determina il vero problema da affrontare in questa sede. Infatti se si ammettesse l'efficacia della clausola potremmo soltanto asserire che i contratti di leasing in cui questa è prevista non sarebbero suscettibili di risentire della disciplina che stiamo esaminando per il concordato preventivo, facendo venire meno la questione dei crediti eventualmente sorti dopo questo e le altre conseguenze che caratterizzeranno il rapporto (ad esempio eventuali sospensioni o scioglimenti). Scartiamo a priori, dunque, il problema della clausola perché seppur frequente (costituisce in realtà un problema di rilievo pratico) non è comunque una costante dei suddetti contratti per cui, anche consentendo l'estensione alla disciplina del co. sesto dell'art. 72 l.fall., vi saranno numerose fattispecie che proseguiranno.

Anche per i contratti risolti anteriormente all'apertura il problema è risolto a priori, andando l'eventuale debito residuo ad insinuarsi tra quelli soggetti a falce, in quanto i rapporti pendenti - abbiamo notato - sono soltanto quelli in cui entrambe le parti debbano ancora, anche se solo

²¹⁸ Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. Cottino*, p. 98 ss.

parzialmente e purché per le sole prestazioni principali, adempiere (di conseguenza anche ricevere la prestazione).

Quindi per queste fattispecie nell'ipotesi della clausola, a nostro avviso, è condivisibile l'idea che essa sia inefficace (salvo che per l'unico caso previsto all'art. 186-bis l.fall.), proprio in virtù della mancata estensione delle norme fallimentari al concordato (per i rapporti in corso), per cui si aprirà il problema che stiamo affrontando, inerente alla dinamica del leasing nel concordato preventivo; per i contratti già risolti non vi saranno dubbi sulla collocazione in concorso semmai con privilegio sul bene oggetto del leasing.

2.5. Dopo il 2012 parte dei problemi permangono.

Al di là delle varie teorie (che tralasciamo) che in passato si erano sviluppate per far fronte al problema relativo alla locazione finanziaria, bisogna considerare l'intervento del legislatore del 2012 che effetti ha prodotto al riguardo: in sostanza se l'art. 169-bis l.fall. ha soddisfatto gli interpreti sui problemi che erano sorti in precedenza. Esso prevede la possibilità di sciogliersi o sospendere i contratti in corso nel concordato preventivo, anche se con l'autorizzazione di cui abbiamo parlato. Pare quindi logico analizzare la disciplina del contratto di leasing nel concordato preventivo proprio tenendo conto di questa "innovazione". In particolare gli effetti di un eventuale sospensione, ma anche scioglimento, del contratto di leasing.

2.6. Le ipotesi scaturenti dall'art.169-bis.

Le ipotesi dell'art. 169-bis l.fall. impongono di dividere l'analisi dei problemi a seconda della scelta operata dal debitore concordatario²¹⁹: cioè egli potrà innanzitutto optare per una sospensione del contratto, contestualmente alla quale si avrà o meno utilizzo del bene, che potrà prevedere poi la continuazione del rapporto; oppure potrà aversi scioglimento del contratto, eventualmente preceduto da un periodo di sospensione. Ai fini del contratto di leasing si può prescindere da alcune problematiche relative all'art. 169-bis l.fall. soprattutto nel suo rapporto con il concordato con riserva, ammettendo - come chiarito - la possibilità che sia richiesta la sospensione o lo scioglimento anche per questa tipologia.

Mettiamo a fuoco singolarmente le varie casistiche.

2.6.1.Ipotesi di continuazione dei rapporti dopo il periodo di sospensione.

Le ipotesi di sospensione che andremo a trattare si considerano come transitorie, per cui si ipotizza che i contratti dopo il suddetto periodo

²¹⁹ Similmente hanno operato anche G.Sperotti e A.Albè, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing*, ne *Il fallimentarista*, 4.12.2013.

riprenderanno regolare esecuzione: si può affermare di essere in presenza di concordati che possano prevedere la continuità dell'azienda²²⁰.

Sospensione con utilizzo del bene.

La sospensione del contratto (non necessariamente di leasing) dovrebbe consentire, secondo canoni di equità, che entrambe le parti per quel determinato periodo possano astenersi dall'effettuare la propria prestazione: nel nostro caso il concedente non percepisce i canoni e l'utilizzatore non utilizza il bene concesso. Se però la società utilizzatrice che entra in concordato chiede di essere autorizzata alla sospensione ex 169-bis l.fall., con l'intento di continuare ad utilizzare il bene oggetto di leasing, l'autorità giudiziaria che provvede ad autorizzare non dovrebbe consentire l'autorizzazione in tale caso (cioè di contestuale utilizzo). Soluzione a ciò poi non si potrebbe neanche trovare nella possibilità di concedere all'autorità giudiziaria la possibilità di autorizzare disponendo che la società utilizzatrice non usi il bene, fuoriuscendo - a nostro avviso - dai poteri concessi (in pratica si avrebbe in modo indiretto un potere di incidere sulla scelta imprenditoriale ed anche sulla struttura di concordato). La mancata autorizzazione comporterebbe la prosecuzione del contratto (senza - ovviamente - diritto ad alcun indennizzo da parte della controparte) suscettibile di essere sciolto. Una soluzione al

²²⁰ Per i concordati che non prevedano la continuità sembra opportuna la scelta del debitore di chiedere fin dall'inizio lo scioglimento così che non matureranno crediti nuovi ed il tutto sarà liquidabile in via concorsuale. Si potrebbe optare per la scelta del riscatto se, per conseguire il bene di cui sono state pagate le rate, sia facilmente attuabile, cioè con un dispendio di moneta basso. Quindi bisogna valutare la convenienza della scelta. Il tutto sarà possibile in assenza di una clausola risolutiva operante.

problema potrebbe rinvenirsi²²¹ nel fatto che la sospensione durante la quale il debitore concordatario continua l'utilizzo del bene, comporti la sospensione delle rate da pagare ma non la non doverosità delle medesime, da corrispondere in via cumulata allo scadere del termine di sospensione, cioè quando il contratto sarà ripreso ad esecuzione da entrambe le parti. Inoltre dovrà - non avendone l'Autore fatto menzione - essere corrisposto al contraente in bonis un'indennizzo per la ritardata prestazione²²², quantificabile però nel solo interesse moratorio, non dovendosi in tal caso estendere all'eventuale ulteriore danno (quindi non anche al c.d. lucro cessante).

Sospensione senza utilizzo.

Si può configurare il caso, più equilibrato del precedente, in cui la società utilizzatrice non utilizzi il bene durante la sospensione. L'ipotesi potrebbe comportare che la sospensione generi il "blocco" del contratto che riprenderà solo al termine del periodo di quiescenza e prolungandosi, per un periodo analogo, il termine di cessazione del contratto leasing

²²¹ Maffei Alberti, *Commentario alla legge fallimentare*, sub art. 169-bis, Giuffrè, 2013.

²²² Similmente alcuni autori tra i quali Sperotti ed Albè, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing*, ne *Il fallimentarista*, 4.12.2013, sostengono che in relazione al risarcimento del danno si possa avere un indennizzo da parametrare al ritardato incasso di rate per il periodo di sospensione richiesto, che consisterebbe nel mancato realizzo degli interessi attivi o al sostenimento di interessi passivi maggiori da parte della concedente relativamente al periodo di sospensione. L'indennizzo sarebbe quantificato sugli interessi del ritardato pagamento delle rate scadute nel periodo di sospensione con un tasso comunque non superiore a quello di mora contrattualmente statuito.

(cioè un'ipotesi di proroga *ex lege*²²³). Secondo alcuni²²⁴ per l'indennizzo dovrebbero calcolarsi “gli interessi sul debito residuo del contratto di leasing alla data della richiesta della sospensione rapportati al periodo richiesto di sospensione”; in tal modo però gli interessi verrebbero a maturare non sulle rate sospese ma sull'intero capitale, un'importo complessivamente assai più rilevante. Avendosi non un ritardo del pagamento dei canoni ma del contratto stesso, il tasso di interesse applicabile sarebbe quello nominale contrattuale e non quello di mora (per i canoni).

Bisogna considerare che il mancato utilizzo del bene da parte della società non comporta necessariamente un congelamento della sua conservazione in quanto, molti beni, anche se non utilizzati, sono comunque suscettibili di usura o di perdere valore nel tempo; ciò determinerebbe che, una volta terminato il periodo contrattuale, ancorché in ambito di leasing traslativo, non si avrebbe la certezza di un riscatto del bene da parte dell'utilizzatore al termine del periodo, prevedendo lo schema contrattuale, salvo deroghe pattuite, l'opzione di acquisto o “rilascio” del bene. La concedente verrebbe a trovarsi un bene per il quale le rate sono state pagate per un numero di mesi inferiore, di un periodo corrispondente alla sospensione concessa, a quello a cui effettivamente si è usurato. Quanto rilevato allora giustificerebbe la maggior somma da pagarsi nel caso di non contestuale utilizzo del bene.

²²³ Scaturente dall'autorizzazione alla bilaterale sospensione.

²²⁴ Sperotti ed Albè, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing*, ne *Il fallimentarista*, 4.12.2013.

Da qui la necessità di valutare concretamente la sospensione del contratto di leasing, quando essa sia applicata senza utilizzo oppure concederla soltanto con utilizzo in via assoluta (come unica ipotesi possibile).

2.6.2. Ipotesi di scioglimento dei rapporti.

Analizziamo le casistiche in cui il contratto di leasing si scioglierà, distinguendo tra le ipotesi di sospensione cui poi farà seguito lo scioglimento, dalle ipotesi di scioglimento diretto.

Sospensione con successivo scioglimento.

Il caso in cui venga chiesto lo scioglimento del rapporto dopo il periodo di sospensione, è stato giustamente sostenuto²²⁵ essere equivalente allo scioglimento chiesto fin dall'origine. Quindi la sospensione è come se non fosse mai stata chiesta ma, nel concordato con riserva essa sarebbe - per taluni - obbligatoria al fine di chiedere poi lo scioglimento.

Per tale caso non occorre comunque dover distinguere tra utilizzo o non utilizzo del bene durante la sospensione funzionale allo scioglimento, in quanto si avrebbe efficacia retroattiva del successivo scioglimento. Si può al limite ipotizzare che nel caso di sospensione con contestuale utilizzo del bene si possa avere una somma maggiore a titolo di risarcimento del danno (che poi verrà pagato). Non è condivisibile l'idea

²²⁵ Sperotti ed Albè, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing*, ne *Il fallimentarista*, 4.12.2013.

che nel periodo di sospensione non maturino né la quota capitale, né gli interessi sulle rate.

Dunque il credito per lo scioglimento sarebbe da considerarsi equivalente al debito complessivo residuo, aumentato di un indennizzo (ex 169-bis l.fall.) a titolo di danno da valutarsi tenendo conto anche del mancato adempimento temporaneo (durante la sospensione). L'incremento sarà da considerarsi pari alla quota maturata applicando il tasso di interesse nominale del contratto (se non vi è stato contestuale utilizzo del bene) oppure quello di mora (relativo al ritardato pagamento dei canoni) se vi è stato utilizzo contestuale.

Scioglimento non preceduto da sospensione.

L'ipotesi di scioglimento del contratto in sede di deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.fall. - come vedremo in seguito - potrà essere valida soltanto nei casi di concordati non in bianco. Bisogna considerare poi che richiesta potrebbe non essere seguita dall'autorizzazione immediata, potendo questa intervenire in un momento diverso. La questione debitoria viene ad essere diversamente ripartita: vi saranno crediti per canoni scaduti anteriormente alla domanda; crediti per rate scadute successivamente alla domanda (se lo scioglimento non è stato chiesto ed autorizzato in apertura); crediti per le rate (future) a scadere. Il computo sarà da farsi analogamente al caso anzidetto senza, ovviamente, considerare la sospensione che, in tal caso, non ha preceduto lo scioglimento²²⁶.

²²⁶ Cioè il debito complessivo residuo cui si applica il tasso nominale del contratto.

2.6.3.Modalità di pagamento.

Si deve ritenere che in generale le rate relative ai canoni anteriori al concordato siano falcidiate e che quelle maturate in corso di procedura siano da considerare prededucibili (lo scioglimento in apertura ex 169-bis l.fall. preverrebbe tale maturazione), quindi da pagarsi integralmente. Inoltre da pagarsi integralmente saranno anche gli interessi contrattuali per le rate a scadere. In questa accezione si vede il leasing come contratto ad esecuzione continuata o periodica, quindi con possibilità di scissione delle prestazioni. Ciò, tuttavia, sembra condivisibile per il contratto di leasing di godimento, ma non per il c.d. leasing traslativo. Quest'ultimo, come subito potremo notare, risente di una disciplina particolare per quanto riguarda le regole sulla risoluzione del contratto.

2.7.Il leasing traslativo.

Il contratto di leasing traslativo merita una riflessione separata per quanto concerne le conseguenze del suo scioglimento. Tale leasing ha una forma simile al contratto di vendita con riserva di proprietà. In particolare la disciplina che ci interessa è quella relativa allo scioglimento del contratto, cioè inerente alla risoluzione. La risoluzione in tal caso risentirà degli effetti disposti dall'art. 1526 c.c. piuttosto che

di quelli sanciti dall'art. 1458 c.c.²²⁷; quest'ultimo prevede, per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, che la risoluzione non ha effetto per le prestazioni già eseguite. Però il contratto di leasing traslativo non può essere considerato, diversamente da quello di godimento, un rapporto, se non soltanto apparentemente, idoneo a risentire della disciplina dettata per i contratti ad esecuzione continuata o periodica: le singole rate sono pagate non in virtù del godimento del bene (che - abbiamo precisato - al termine della locazione avrà un valore di poco rilievo), ma in luogo del momentaneo godimento della cosa e della successiva traslazione della proprietà (il cui bene di solito avrà un valore relativamente consistente). Dal momento che l'art. 1526 c.c., che per questa fattispecie può trovare applicazione²²⁸, non può che richiamarsi un'altra importante previsione, cioè il fatto che la proprietà passi all'acquirente, in questo caso l'utilizzatore (futuro acquirente), con il pagamento dell'ultima rata. Ciò determina effetti particolari soprattutto in ambito concordatario, considerando che il bene è in acquisizione e

²²⁷ Tesi sostenuta dalla giurisprudenza più autorevole, quella che sancì la distinzione tra leasing traslativo e di godimento, cioè Cass., S.U., n. 65/1993. La Corte sanciva che quello di godimento fosse regolato secondo la risoluzione di cui all'art. 1458 c.c., comma primo seconda ipotesi, ed il leasing traslativo invece secondo le norme della vendita con riserva di proprietà. La giustificazione a fondamento della scelta di applicare l'art. 1526 c.c. erano basate sul fatto che esso non era da considerare un contratto ad esecuzione continuata o periodica, poiché le sue prestazioni non sarebbero separabili né economicamente né giuridicamente dalle precedenti e dalle successive; inoltre "non realizzano costantemente, durante la vita del rapporto, l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione e controprestazione, costituendo ciascun canone il corrispettivo sia della concessione in godimento, per la parte già eseguita fino al momento della risoluzione, sia del previsto trasferimento della proprietà del bene, sicché non sussiste equivalenza delle posizioni delle parti al momento dell'anticipata risoluzione del rapporto e difetta quindi il presupposto essenziale per l'applicazione della disciplina dell'art. 1458 c.c."

²²⁸ Cass., 14.3.2013, n. 6578, in *Guida al diritto* 2013, 25, 54 (s.m.), secondo la quale l'art. 1526 c.c. è applicabile alla fattispecie di leasing traslativo. Questa - abbiamo notato - non è la prima pronuncia in questo senso della Corte.

quindi non facente parte del patrimonio del debitore, in cui sorge il dubbio se possa aversi per il suddetto bene la tutela prevista dall'art. 168 l.fall. Si può ipotizzare che questa trovi applicazione se non direttamente, almeno in via indiretta come tutela patrimoniale del debitore, quindi contenendo anche un'eventuale risoluzione per detto rapporto in ambito di concordato.

In sostanza è stato previsto che nella risoluzione del rapporto, per inadempimento dell'utilizzatore, si debba riconoscere al venditore, tenuto a restituire le rate rimosse, il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa comprensivo della remunerazione del godimento del bene, del deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e del logoramento per l'uso, oltre al risarcimento del danno, eventualmente derivante da un deterioramento anormale della cosa²²⁹.

Tuttavia, occorre premettere che vi è stata qualche tendenza, soprattutto giurisprudenziale²³⁰, ad assimilare le due categorie di leasing, ignorando quanto disposto dalla Corte, sulla base della scelta del legislatore di non fare distinzione tra le due tipologie di contratto (l. di godimento e traslativo) per il fallimento: l'art. 72-*quater* l.fall. non fa distinzioni di

²²⁹ Cass., 14.3.2013, n. 6578, in *Guida al diritto* 2013, 25, 54 (s.m.). La Corte già con le sent. 9161/2002 e 575/2005 si era espressa in termini simili circa l'importo, infatti nella sentenza del 2005 afferma: "la Corte ha indicato a cosa devono corrispondere da un lato l'equo compenso, dall'altro il risarcimento del danno, l'equo compenso comprende la remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua non commerciabilità come nuovo, il logoramento per l'uso; non comprende invece, il risarcimento del danno che può derivare da un deterioramento anormale della cosa né comprende il mancato guadagno".

²³⁰ Trib. Torino, 23.4.2012, n. 1241, in *Fallimento*, 2013, 229; Trib. Udine, 10.2.2012, ne *il caso.it*; Trib. Treviso, 6.5.2011, ne *il caso.it*. Essi hanno supposto il superamento della disciplina bipartita tra generi di leasing, ipotizzando un'applicazione analogica delle norme fallimentari in sede di concordato. In dottrina Riva, *Leasing di godimento v. leasing traslativo: debolezze di una dicotomia*, in *Riv. trim. dir. e proc.civ.*, 2011, 587.

trattamento, essendo stato eliminato anche il suo ultimo comma in cui ciò avveniva (in esso era prevista una deroga per il leasing traslativo); poi il legislatore ha separato la vendita con riserva di proprietà disciplinata all'art. 73 l.fall. L'anzidetta ricostruzione sistematica, per quanto possa far emergere una certa logica, alla luce del fatto che il legislatore, conscio della bipartizione tra generi di contratto, avrebbe, se avesse voluto consentirne la permanenza, elaborato una soluzione diversa, non ha convinto gran parte della dottrina²³¹. Infatti "la regolamentazione fallimentare inerisce solo a fattispecie di natura concorsuale, allorché si debbano disciplinare gli effetti di un rapporto contrattuale in corso alla data del fallimento, senza pretese di carattere sistematico"²³². Siamo d'accordo sull'erronea assimilazione delle due fattispecie, in quanto esse, pur coniate su una struttura analoga, per le diverse conseguenze che vi fanno seguito non possono risentire di una trattazione del tutto analoga.

Il contratto di leasing, nella maggior parte dei modelli, presenta, similmente a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 1526 c.c. l'esistenza di una clausola penale²³³, la quale prevede che i canoni scaduti (a prescindere dall'effettivo pagamento) restino acquisiti dal concedente; inoltre può essere previsto che al concedente sia concessa la

²³¹ Buonocore, *La locazione finanziaria, Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2008; E.Frascaroli Santi, *I problemi della revocatoria nel contratto di leasing*, in *Fallimento*, 2013, 464.

²³² L.A.Bottai, *Concordato preventivo e contratto di leasing*, in *pubblicazioni Oci* indirizzo www.osservatorio-oci.org, Roma, 2014.

²³³ L'art. 1526 al secondo comma richiama la clausola penale di cui all'art. 1384 c.c., per cui alla disciplina si potrà applicare quanto previsto per la sua regolazione giudiziale.

facoltà di poter richiedere (anche) il pagamento dei canoni c.d. a scadere, nonché del prezzo d'opzione. In sostanza si consente all'utilizzatore di ricevere quanto gli sarebbe spettato dal contratto (si ritiene che le somme previste siano in luogo del risarcimento del danno e del deprezzamento): però il fatto che nella penale vi rientrasse anche il maggior importo relativo alle rate a scadere e prezzo di riscatto del bene, in quanto l'art. 1526 c.c. al comma secondo non ne fa menzione, ha suscitato alcuni diverbi giurisprudenziali²³⁴. A nostro avviso, così come sostenuto anche dalla recente giurisprudenza più autorevole²³⁵, non vi è ragione di dubitare della maggior somma compresa nella clausola penale, eventualmente soggetta a riduzione da parte del giudice, poiché all'utilizzatore spetterebbe quanto ricavato dalla vendita del bene. Così non si viene a determinare nessun indebito arricchimento del concedente ai danni dell'utilizzatore (come aveva voluto parte della giurisprudenza), in quanto il primo otterrebbe l'equivalente della vendita (del bene come previsto in origine) ed il secondo riceverebbe il ricavato della vendita del bene²³⁶ (è chiaro che in tali casi ciò avviene sotto forma di

²³⁴ Contraria alla suddetta comprensione nella clausola penale la Cass., sent. n.73 e 574 del 2010. Essa sosteneva che, sebbene il concedente avesse diritto ad ottenere un utile non inferiore a quello previsto dal contratto, esso poteva rinvenirsi già nell'anticipata restituzione del bene, senza andare ad incrementare il valore della clausola penale. Aggiungeva poi la non previsione nell'art. 1526 c.c.

²³⁵ Cass., 23620/2012. Si sostiene qui che non vi sarebbe ragione di determinare nulla la clausola penale comprensiva anche delle rate a scadere e del prezzo di riscatto, in quanto non vi sarebbe rischio di "indebita locupletazione" del concedente a danno dell'utilizzatore. Si aggiunge - con riferimento ad una vecchia sentenza della Cassazione, la n. 4969 del 2007 - che semmai si potrà avere una riduzione dell'importo qualora la clausola penale venga a sbilanciare l'equilibrio contrattuale; ciò in base all'art. 1384 c.c.

²³⁶ Perché costui possa ricevere il ricavato della vendita del bene è necessario che il concedente, dal momento che è ancora proprietario del bene, lo metta prontamente in vendita, al fine di soddisfare l'utilizzatore per il valore residuo.

compensazione, operata a seguito di alienazione del bene concesso a leasing con ritenzione della parte del prezzo da pagarsi al concedente).

Il credito nel concordato.

Nel concordato preventivo la faccenda si complica, non relativamente (come ovvio) ai contratti di leasing risolti anteriormente all'ingresso in procedura per i quali si avrà l'eventuale credito, residuo, da pagarsi in moneta concorsuale.

Lo scioglimento del contratto di leasing traslativo impone all'utilizzatore di restituire il bene, affinché sia alienato (nella maggior parte dei casi), ma se ciò non avviene, è possibile un'azione per il rilascio da parte del concedente? Sembra che essa sia accettabile nell'ipotesi di contratto di leasing risolto prima dell'ingresso in procedura, ma per il quale non si sia avuta ancora la restituzione²³⁷. In caso di contratto non ancora risolto durante la procedura di concordato, invece, si deve ritenere che l'azione, non tanto per il rilascio, quanto per la risoluzione stessa non sia esperibile, poiché essa andrebbe indirettamente (perché il bene ancora non gli appartiene) ad incidere sul patrimonio del debitore ed inoltre farebbe sorgere i crediti sopra esaminati.

Quindi il contratto di leasing traslativo se non risolto dal concedente prima dell'apertura della procedura, non si avranno altre possibilità di tutela per costui, dal momento che - come precisato - non saranno

²³⁷ Trib. Bolzano, 22.3.2013, ne *ilcaso.it*. Il tribunale autorizza l'azione cautelare tesa al rilascio di un immobile a leasing proposta dopo la risoluzione del contratto in quanto essa non contrasterebbe con il divieto di cui all'art. 168 l.fall. L'azione non incide sul patrimonio del debitore perché il bene oggetto del contratto è di proprietà della concedente, mentre l'utilizzatore ha soltanto un diritto personale di godimento.

esperibili nel contratto di leasing gli ordinari strumenti di autotutela previsti dagli artt. 1460 e 1461 c.c., perché per la loro attuazione pratica si dovrebbe disporre dell'esercizio di un'azione cautelare o esecutiva (vietate dall'art. 168 l.fall.), in quanto il bene sarebbe nella disponibilità del contraente in procedura concorsuale. Inoltre se il concordato prevedesse la continuità aziendale anche la clausola risolutiva sarebbe inefficace in relazione al disposto dell'art. 186-bis l.fall.; al contrario se il concordato fosse con liquidazione soltanto, spetterà al debitore sfruttare prontamente lo strumento ex 169-bis l.fall. al fine di non incappare in aggravii creditorii.

Nell'ipotesi di continuità l'imprenditore in concordato avrebbe la possibilità, grazie all'art. 169-bis l.fall., di regolare come crede il rapporto. Ovviamente qui sorgono alcune valutazioni che gli "conviene" fare. Infatti il bene a leasing, a prescindere da un precedente inadempimento, dovrà essere valutato nell'ottica della continuazione, cioè se questo è funzionale o meno al nuovo comparto aziendale.

Nell'ipotesi che lo sia egli dovrà tenerlo con la conseguenza di dover adempiere in pieno al contratto, al limite potrà sospendersi. Nel caso di futura inutilità si immagina che lo scioglimento sia l'unica soluzione, liberandosi così del bene (che verrà restituito). Sembra allora giusto ritenere che il disposto dell'art. 1526 c.c. comprensivo della penale maggiorata trovi luogo. Però secondo noi si dovrà prevedere che il bene sia restituito e che siano liquidate le ulteriori somme (deprezzamento, risarcimento del danno ed eventuale maggior logoramento del bene; pare anche opportuno comprendersi il pagamento degli eventuali maggiori

importi stabiliti dal contratto); le somme derivanti dalla vendita del bene, restituito ed alienato, saranno da compensare con quelle liquidate che l'utilizzatore deve pagare (la compensazione va effettuata sommando le rate pagate all'ulteriore somma). Infine il residuo (della compensazione) dovrà essere pagato in moneta concorsuale al concedente.

Si ipotizza per il problema, più strettamente di natura civilistica, che l'importo che deriva dallo scioglimento del contratto di leasing, anche nell'ipotesi della clausola penale, sia necessariamente da regolarsi dal giudice secondo canoni di equità onde evitare uno squilibrio delle posizioni contrattuali.

Bisogna ritenere in conclusione che in qualunque ipotesi, data la non separabilità delle prestazioni nel suddetto genere di leasing, si abbia pari sorte tra prestazioni anteriori e prestazioni maturate posteriormente all'apertura del concordato. Si preferisce ipotizzare per il pagamento in moneta concorsuale.

Preferibile sarebbe un accordo, sotto forma di transazione, sulla sorte dello scioglimento del contratto di leasing per la determinazione del credito e sulle modalità di pagamento.

3. Contratti bancari.

I contratti bancari hanno la particolarità spesso di reggersi su catene di rapporti, alla cui base solitamente vi è il contratto di conto corrente.

Bisogna premettere che la trattazione di questi non può prescindere dalla nozione che lo studioso intende utilizzare di contratti pendenti ai fini della sospensione o scioglimento ex art. 169-bis l.fall. Infatti il problema che andremo ad affrontare sarà proprio relativo all'assoggettamento di detti rapporti a questa disciplina. Per comprendere la questione si pensi al contratto di mutuo: questo non sarà inquadrabile come rapporto pendente in una visione restrittiva del campo dei rapporti pendenti, in quanto rapporto con obbligazioni a carico del solo finanziato. Sarebbe un semplice credito, ma esso continua ad essere regolato dal contratto che lo ha messo in piedi. Oltre a questo si pensi ai contratti di anticipazione bancaria i quali possono assumere svariate strutture; essi saranno assoggettabili all'art. 169-bis l.fall. soltanto in alcune ipotesi, ovvero soltanto quelle in cui non si possa dire che si sia realizzata la cessione del credito in favore della banca.

Tra le molte ipotesi di contratti bancari, sembra interessante i possibili aspetti che questi ultimi possono assumere e le conseguenze in relazione all'art. 169-bis l.fall.

3.1. Contratti bancari di anticipazione.

Partendo dalla considerazione che per noi i contratti in corso sono quelli che ancora sono ineseguiti, in tutto o in parte da entrambi i contraenti,

residuano le ipotesi - come qualche autore vuole²³⁸ - nelle quali resta la prestazione di una sola delle parti, in virtù di un contratto che una sola ha eseguito, troncando in anticipo il problema relativo al contratto di mutuo sopra accennato²³⁹. La questione però ci lascia aperti una serie di interrogativi in relazione al contratto bancario di anticipazione su fatture: esso, infatti, può essere “costruito” su due schemi negoziali. Il primo è basato sulla cessione del credito (in favore della banca) che il cliente (futuro debitore concordatario) vanta verso un terzo, divenendo la banca che ha concesso il credito l’unico soggetto titolare del credito. Il modello alternativo (secondo) è incentrato sul mandato all’incasso, creando così una situazione per cui la banca effettua una concessione di credito in favore dell’imprenditore in cambio di un mandato all’incasso, col quale la banca acquista legittimazione ad incassare il credito di cui resta titolare il cliente (adesso mandante). A quest’ultima ipotesi - ma questa sarà affrontata separatamente - può affiancarsi il c.d. “patto di compensazione” consistente nel diritto per la banca di compensare le somme incassate dal terzo col credito concesso al cliente.

Dunque alla prima della due ipotesi pare che si debba negare l’applicazione dell’art. 169-bis l.fall. in quanto il rapporto sarebbe esaurito. Infatti la banca avrebbe concesso il credito ed il cliente avrebbe

²³⁸ Come visto in precedenza sulle dispute relative ai perimetri dell’art. 169-bis l.fall. In proposito si ricorda: Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, *ilcaso.it*, 11.03.2013.; anche F.Canepa, *I contratti pendenti nel “nuovo” concordato preventivo e il trattamento dei debiti per i leasing*, *ilcaso.it*.

²³⁹ Anche Trib. Monza, 16.1.2013., ne *ilcaso.it*, sostiene che il contratto di mutuo stipulato ed adempiuto dalla mutuante prima del deposito della domanda di concordato preventivo non può qualificarsi come rapporto pendente, poiché l’obbligazione restitutoria gravante sul mutuatario si configura come debito disciplinato dall’art. 55 l.fall., richiamato dall’art. 169 l.fall.

ceduto il proprio verso terzi (in forza del principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c.)²⁴⁰. L'autorizzazione dell'art. 169-bis l.fall. non potrebbe avere effetto rispetto alla suddetta cessione, per cui il rapporto rimane stabile. Caso diverso si ha nel caso in cui la banca, obbligandosi ad erogazione entro determinati limiti di affidamento, abbia concesso soltanto una parte del credito, rispetto ai crediti ceduti e questi debbano ancora essere incassati. Le prestazioni non sarebbero eseguite, completamente, da entrambe le parti e lo scioglimento di cui all'art. 169-bis l.fall. determini il cessare degli obblighi per la banca di erogare ancora credito, parallelamente al fermare la cessione ai soli crediti già incassati.

Nell'ipotesi del mandato all'incasso, senza previsione del patto di compensazione, la banca, essendo legittimata alla riscossione, porta, in assenza di procedura concorsuale, le somme in "compensazione di fatto", cioè il mandato le consente di scalare da quanto anticipato in favore dell'imprenditore l'importo riscosso. La presenza del concordato - come è stato chiarito²⁴¹- impedisce che la banca effettui la suddetta compensazione (tra credito da anticipazione ed il debito derivante dal mandato all'incasso, per il quale deve restituire le somme). Il divieto è basato sull'insussistenza del "necessario presupposto della preesistenza di entrambi i crediti contrapposti alla procedura ai sensi degli artt. 169 e

²⁴⁰ Ciò purché non si tratti di credito futuro, il che avrebbe effetti non traslativi ma obbligatori.

²⁴¹ L.Martino, *Lo scioglimento dei contratti bancari pendenti: linee guida, tipologie negoziali e condizioni di autorizzazione ex art. 169-bis l.fall.*, in *Fallimentarista*, 20.5.2014.

56 l.fall., nonché in ragione del divieto di cui all'art. 168 l.fall.”²⁴². Ciò si spiega in relazione al fatto che il credito del mandato sorge solo al momento del pagamento da parte del terzo, mentre quello della banca sorge dal momento dell'erogazione²⁴³. Soluzione sarà che il cliente avrà diritto a ricevere le somme rimosse in forza del mandato all'incasso dalla banca, senza quindi assumere rilievo, per questo caso, l'autorizzazione di cui all'art. 169-bis l.fall.

Questione diversa e di maggiore interesse si trova nei casi in cui il contratto di anticipo su fatture sia accompagnato dal “patto di compensazione”. In tal caso pare che la banca abbia diritto a trattenere le somme in compensazione anche in pendenza di una procedura di concordato preventivo. Si è in proposito ipotizzato²⁴⁴ che si dovrebbe far uso dello strumento di cui all'art. 169-bis l.fall., il quale in tal caso, considerando il contratto di anticipazione bancaria come “in corso” poiché non risulta esaurita l'operazione della banca né l'incasso dei crediti. Infatti l'autorizzazione a sciogliersi farebbe venir meno gli obblighi del contratto di anticipazione, nato in seno al contratto di conto

²⁴² Vedi nota precedente.

²⁴³ In proposito la Cassazione si è espressa sancendo che la compensazione delle opposte ragioni di credito presuppone la preesistenza del momento genetico dei rispettivi crediti rispetto alla procedura concorsuale (Cass., 7.5.2007., n. 10458); il momento genetico rappresenta quindi l'elemento essenziale al fine di ammettere o meno la compensabilità tra crediti e debiti. In tale ottica la Corte ha sostenuto che la disposizione di cui all'art. 56 l.fall. “rappresenta una deroga al concorso, a favore di soggetti che si trovino ad essere al contempo creditori e debitori del fallito, non rilevando il momento in cui l'effetto compensativo si produce e ferma restando l'esigenza dell'antiorità del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle reciproche obbligazioni contrapposte” (Cass., S.U., 16.11.1999, n. 775; Cass. 31.8.2010., n. 18915; Cass. 27.4.2010., n. 10025).

²⁴⁴ L.Martino, *Lo scioglimento dei contratti bancari pendenti: linee guida, tipologie negoziali e condizioni di autorizzazione ex art. 169-bis l.fall.*, in *Fallimentarista*, 20.5.2014.

corrente. Verrebbero meno i diritti della banca di incassare i crediti e la possibilità di compensarli e gli obblighi, per il cliente, relativi al contratto di conto corrente. Lo scioglimento gioverà solo ove si abbia opponibilità dei rapporti alla procedura²⁴⁵ divenendo, altrimenti, inutile.

3.1.1. Quando deve autorizzare.

La giurisprudenza ci suggerisce che l'accertamento del Tribunale si risolve nella funzionalità per il piano. La funzionalità è affermata sulla base del fatto che “la riduzione dell’attivo per la parte relativa alle fatture oggetto di anticipazione, pur accompagnata da contestuale riduzione del passivo, sia più penalizzante in termini di percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari rispetto all’ipotesi di mantenimento di tali crediti, con appostazione dell’intero debito, comprensivo dell’equo indennizzo”. Ipotesi che fa pensare che il tribunale debba tener conto dei soli interessi dell’imprenditore e della massa dei creditori²⁴⁶, tralasciando del tutto l’interesse della controparte. Al Tribunale, sebbene non sembri obbligatorio instaurare il contraddittorio con il terzo, spetterà una valutazione anche dei suoi interessi. Inoltre appare condivisibile quanto detto dal medesimo Tribunale in ordine alla previa verifica dell’opponibilità del contratto, in tutti i suoi elementi, alla procedura.

²⁴⁵ Trib. Cuneo, 14.10.2013, ne *Il fallimentarista*.

²²⁸ Trib. Cuneo, 14.10.2013, ne *Il fallimentarista*.

²⁴⁶ Come ha sostenuto anche L.Martino, *Lo scioglimento dei contratti bancari pendenti: linee guida, tipologie negoziali e condizioni di autorizzazione ex art. 169-bis l.fall.*, in *Fallimentarista*, 20.5.2014.

Tale opponibilità - come è stato sostenuto²⁴⁷ - si ha quando sono state compiute le formalità necessarie che, in tal caso, consisterebbero nella notifica della cessione del credito al debitore o nella sua accettazione²⁴⁸.

²⁴⁷ D.Fico, *Concordato preventivo e legittimità della compensazione operata dalla banca*, ne *Il fallimentarista*, 27.5.2014. Egli sostiene che debba sussistere al fine della compensazione anche il relativo patto, quindi non potendo la banca effettuarla di “fatto”, seppur le cessioni siano opponibili alla procedura.

²⁴⁸ Cass., 14.3.2006., n. 5516, secondo la quale sono opponibili al fallimento le cessioni di credito che siano state notificate al debitore ceduto o da questo accettate, con atto avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento.

CAPITOLO QUARTO

IN CONCLUSIONE

Possiamo comprendere come i contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo vedano come regola la loro continuazione, soprattutto nell'epoca moderna in cui le innovazioni apportate alla disciplina in questione sono sbilanciate verso una conservazione dell'impresa, quindi in un'ottica di continuità.

Premettendo che l'intervento legislativo fosse necessario, non possiamo asserire che sia stato fatto in modo del tutto soddisfacente, riteniamo cioè che nel coprire uno spazio vuoto ne abbiamo scoperti altri.

Se apriamo lo sguardo partendo dalle dispute che abbiamo analizzato ed alle problematiche relative alle norme sul fallimento, cioè al problema se fossero applicabili al concordato preventivo, possiamo asserire che, quello che il legislatore del 2012 ha fatto non sia niente di imprevedibile e particolarmente innovativo, se non dal punto di vista dell'interesse nel regolare, anche se ancora in modo insufficiente, la normativa dei rapporti giuridici nel concordato preventivo. In proposito potremmo dire che il legislatore si è accorto della lacuna che, come abbiamo visto, a livello pratico poi non dava grossi problemi, almeno fino alla riforma del

triennio; inoltre che poi si sia accorto del solco che ha lasciato con la riforma del 2005-2007, la quale sarebbe dovuta essere accompagnata da una disciplina sui rapporti.

Ebbene nel 2012 la norma dell'art. 169-bis l.fall. è arrivata con l'intento di "tappare" uno dei buchi della legge del 1942 ma, accanto ad essa si sono voluti introdurre due istituti che, sebbene di grande impatto innovativo e "utili" alle imprese in crisi, hanno avuto problemi ricettivi (soprattutto dalla giurisprudenza), gravando (in particolare modo il concordato con riserva) sull'integrazione della nuova norma di cui noi ci siamo interessati (l'art. 169-bis l.fall.).

Dunque uno dei grossi problemi sorge proprio da alcune mancate precisazioni che, con uno sforzo marginale, potevano essere fatte in sede di riforma. Inoltre il legislatore - sembra giusto precisarlo²⁴⁹ - ha avuto anche una seconda opportunità per recuperare alla svista: infatti quale occasione migliore della riforma del 2013, col decreto fare, sorto un anno dopo il decreto sviluppo, in cui si è voluta integrare la disciplina del concordato con riserva, per precisare quelle che potremmo chiamare lacune portate dal primo decreto. Una giustificazione alla seconda inerzia del legislatore non sarebbe rinvenibile nel fatto che il decreto fare sia intervenuto, relativamente al concordato con riserva, solo per limitare gli abusi o i raggiri al suddetto strumento, anche perché se così fosse proprio la materia dei contratti in corso avrebbe necessitato di essere rivista (in senso positivo chiarita).

²⁴⁹ Del resto anche altri autori (ad es. Bozza, *op. cit.*) hanno lamentato il fatto che il legislatore nella seconda opportunità (Decreto fare) non abbia provveduto a dare certe precisazioni.

Al di là di questo noi, come molti esperti e proprio sulle loro orme, abbiamo cercato di sciogliere alcuni “nodi” della disciplina.

In definitiva però il legislatore si può sostenere che sia stato così innovativo? A nostro avviso, come accennato sopra, non lo è stato. Ciò in quanto egli, in maniera non errata, ha operato una scelta di sintesi tra le opportunità elaborate sino a quel momento. Ovvero ha previsto che i rapporti potessero sciogliersi o sospendersi e - secondo noi - anche prima essere sospesi e poi sciolti (legame c.d. funzionale tra le due opzioni). Non è forse una previsione che fa anche l'art. 72 l.fall. per l'ipotesi del fallimento? Infatti essa, seppure in modo in parte diverso, consente al curatore di sciogliersi o subentrare nei rapporti, entrando questi in sospensione automatica con l'apertura della procedura (quella fase chiamata resiliazione). Nel concordato preventivo, dato il mancato spossessamento del debitore sembrava giusto non consentire una sospensione *ex lege* dei rapporti, ma la possibilità che il debitore potesse metterli in “stand-by”, soprattutto per le ipotesi di proposte di concordato incomplete (in bianco). Inoltre, ha previsto che l'autorizzazione ex 169-bis l.fall. (quindi con parziale riferimento all'art. 167 l.fall.) dovesse essere richiesta all'organo della procedura, sebbene poi non per tutti, ma comunque per la dottrina maggioritaria²⁵⁰, dopo questa divenisse efficace

²⁵⁰ Non tutti fanno dipendere la “stabilità” della scelta del debitore dall'autorizzazione, ritenendo per ciò necessaria l'omologa del concordato. In proposito di ricorda l'opera analizzata di T.Stanghellini che offre una curiosa ed innovativa concezione dell'autorizzazione *de quo*.

la scelta del debitore sulla sorte, seppur talvolta momentanea²⁵¹, dei rapporti.

Infine il contraente *in bonis* sarebbe soddisfatto “per quanto sofferto” in via concorsuale, aspetto anche questo già dibattuto, così come del resto prevede il fallimento. In proposito si deve però sottolineare che una vecchia sentenza della Corte di Cassazione, risalente all’anno 1928, peraltro un periodo in cui la concezione del concordato era simile a quella moderna (infatti abbiamo già visto che esso era nato con finalità di risanare l’impresa e non liquidarla come poi si è voluto dal 1942 fino quasi ai giorni nostri), che prevedeva già la possibilità che il contraente *in bonis* potesse essere pagato in moneta concorsuale se non si fosse verificato l’adempimento nel corso della procedura. Ciò in più era previsto anche da una dottrina dei tempi²⁵² la quale sosteneva che il contraente *in bonis*, allora in potere di agire²⁵³ per l’adempimento *ex* 1218 c.c., sarebbe stato pagato per il suo credito in moneta concorsuale. Non ci soffermiamo sulle ragioni a sostegno delle teorie e sul merito della sentenza, fatto sta che la Corte era con lo sguardo più avanti del legislatore del 1942.

²⁵¹ Momentanea perché talvolta può essere previsto che il debitore in un primo momento possa chiedere la sospensione che poi potrà trasformarsi in scioglimento. Al riguardo abbiamo affrontato retro le problematiche che sorgono.

²⁵² Ramella, *Trattamento dei contratti nel fallimento e nel concordato preventivo*, in *dir. fall.*, 1931, p. 56ss.

²⁵³ Non si può non sottolineare una regola già vecchia ai tempi per la Cassazione ma non per la legge del 1903, della non aggredibilità in termini di esecuzione dei beni del debitore concordatario da parte del contraente *in bonis*, vantati nella medesima sentenza dell’anno 1928.

Come accennato la norma dell'art. 169-bis l.fall. non è che un buon compromesso, che mal si è inserito nell'ordinamento, tra vecchie ipotesi di esperti in dottrina ed in giurisprudenza.

Infine possiamo dire, analizzando l'art. 169-bis l.fall. da un diverso punto di vista, che il legislatore abbia esteso anche al debitore concordatario gli strumenti che potevano essere vantati dal contraente in *bonis*. Cioè quest'ultimo per il mancato adempimento del debitore avrebbe potuto optare, al di fuori del concordato, per una risoluzione del rapporto oppure, nel corso della procedura, per gli strumenti di autotutela previsti dal codice civile; ciò è quello che può fare, prevenendo così il suo eventuale inadempimento, il debitore concordatario con l'art. 169-bis l.fall. seppur in subordine all'autorizzazione. Non vi è precisa corrispondenza ma quantomeno forte somiglianza tra i rispettivi poteri.

Problema ulteriore è caratterizzato dal fatto che lo scioglimento di cui all'art. 169-bis l.fall., avendo il legislatore utilizzato una terminologia propria della legge fallimentare, è indefinito. Cioè il concetto di scioglimento è vago, a tal punto da generare²⁵⁴ dubbi in relazione a quale tra le forme di inefficacia del contratto si possa aver alluso. Esse vanno dalla rescissione, alla risoluzione, fino al semplice recesso. Un Autore²⁵⁵ sostiene che la novella alluda proprio a quest'ultimo. A nostro avviso può essere dubbio se trattasi di risoluzione del contratto o recesso autorizzato

²⁵⁴ Come ha ipotizzato Terranova, *Il concordato con continuità aziendale ed i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 47.

²⁵⁵ Terranova, *op. cit.*

dal giudice. L'ipotesi della risoluzione del contratto sarebbe configurabile nel solo caso di risoluzione per eccessiva onerosità, se si pensasse che la prestazione in tal caso divenisse troppo onerosa in relazione alla crisi in cui è incappato l'imprenditore. L'ipotesi, tuttavia, non pare corretta non soltanto perché l'eccessiva onerosità a cui allude la risoluzione è relativa alla ridotta cerchia di ipotesi dell'art. 1467 c.c., ma anche perché spesso l'autorizzazione di cui all'art. 169-bis l.fall. è richiesta in funzione del piano di concordato, quindi prescindendo dall'impossibilità concreta di fronteggiarvi. Non resta che condividere l'idea del recesso semplice, concesso dalla legge per la particolarità della situazione in cui uno dei contraenti si viene a trovare. Ciò non spinge comunque a ritenere che esso sia un mero diritto potestativo in capo al debitore in procedura, ma, al contrario, che il Tribunale autorizzi ad usufruirne solo in presenza di elementi idonei a mostrarne una funzionalità concreta per il piano.

Non si può non andare a notare che la struttura dell'art. 169-bis l.fall., se da un lato sembra aver dato problemi interpretativi soprattutto con la particolare forma di concordato prenotativo, mostri una forte compatibilità con questa forma di procedura. Infatti, in conclusione, il piano di concordato pieno (in continuità o meno), essendo simbolo di chiarezza (sulla struttura) da parte dell'imprenditore in dissesto, non potrebbe portare altro che ad una richiesta di scioglimento o ad una richiesta di sospensione, quest'ultima soltanto temporanea nelle ipotesi in cui è possibile (infatti non tutti i contratti in concreto sono facilmente

sospensibili), oppure ad una prosecuzione del contratto. Vi sono poi i casi, relativi a determinati contratti di durata (suscettibili di divisione delle prestazioni tra anteriori e posteriori al concordato), in cui si potrà avere prosecuzione del rapporto dovendo adempiere in modo pieno soltanto alle obbligazioni sorte *ex novo* dopo la procedura, liberandosi in via concordataria delle preesistenti, inadempite. Tornando alla casistica più frequente, in cui non si può avere l'appena menzionata scidibilità, bisogna considerare quella particolare lettura della sospensione, che abbiamo detto "funzionale", a cui seguirà lo scioglimento. Infatti, perché un imprenditore dovrebbe chiedere la sospensione e poi lo scioglimento per il medesimo contratto, avendo ben chiaro il prospetto di concordato? Si può credere allora che l'ipotesi di sospensione funzionale valga per il concordato preventivo con riserva, essendo negli altri casi da scartare. A base di questo ragionamento si può porre anche il fatto della corrispondenza dei termini posti dall'art. 161 l.fall nel trattare il concordato in bianco (co. 6) e dall'art. 169-bis l.fall nei termini della sospensione. Quindi - a nostro avviso - nel concordato preventivo pieno si potrà vedere una sospensione che si tramuti in scioglimento soltanto se vi sia stata una modifica del piano in corso di giudizio di omologa, e purché lo scioglimento del contratto, finora sospeso, sia funzionale (cioè necessario alla realizzazione della suddetta modifica) al piano per quanto modificato.

Qui sorge un'ultima questione da precisare, cioè se l'autorizzazione di cui all'art. 169-bis l.fall. sia suscettibile di essere richiesta in qualunque momento della procedura di concordato preventivo oppure, come molti

hanno ipotizzato, soltanto all'inizio. Indubbiamente essa sarà da chiedersi all'inizio se si conosce già la funzionalità che essa ricopre per il piano, diversamente bisogna scindere la sospensione dallo scioglimento. Ebbene la sospensione si potrà chiedere soltanto all'inizio, salva modifica del piano di concordato (ed in tal caso solo transitoria con ripresa del rapporto); lo scioglimento si potrà chiedere nel concordato pieno di regola all'inizio, salva modifica del piano ed in conformità (funzionalità) a questa, mentre nel concordato con riserva si potrà chiedere solo in sede di proposta di concordato pieno, non necessariamente preceduta da sospensione (anche perché l'integrazione del piano sarebbe un'ipotesi simile alla modifica del piano stesso), inoltre potrà essere chiesta in sede di modifica del piano purché, come già precisato, in funzione di tale scelta.

Ovviamente ciò è soltanto desumibile dall'intersezione di norme e non condivisibile in via assoluta, data "l'imprecisione" del legislatore.

Sorge poi un quesito relativo a come considerare il periodo intercorrente tra la richiesta di cui all'art. 169-bis l.fall. e quello in cui deve rilasciarsi l'autorizzazione. Cioè la sua durata e come considerare le questioni (tra cui crediti) che possono insorgere. Si può premettere che si avrebbe una copertura dei crediti soltanto se vi fosse la possibilità che lo scioglimento retroagisse alla data della richiesta. Quindi si può dubitare se esso abbia efficacia retroattiva, coprendo il periodo in questione, oppure no.

Ci soffermiamo brevemente adesso sul panorama delle fattispecie specifiche che, anche se in parte, abbiamo visto destano problemi ancora più complessi.

Relativamente alle fattispecie specifiche.

L'art. 169-bis l.fall. pone - abbiamo notato - svariati problemi applicativi. I maggiori però derivano dalla mancanza, nella legge fallimentare tra le norme dedicate al concordato preventivo, di disposizioni idonee a risolvere gli interrogativi di livello pratico inerenti alle singole fattispecie. In sintesi manca una disciplina come quella prevista per il fallimento nel quale si trattano singolarmente le discipline, soprattutto le più problematiche (contratti più complessi). La soluzione a prima vista sarebbe rinvenibile in una disciplinata sullo schema del fallimento con apposite disposizioni per il concordato, ma numerosi esperti potrebbero non stentare ad applicare in via analogica le disposizioni del fallimento. Ciò non è del tutto corretto, sebbene si debba ritenere che quelle sul fallimento siano una buona guida, soprattutto nel raffronto di come le problematiche che sorgevano sul concordato, in relazione alla mancanza di alcune previsioni normative, siano poi state risolte.

Per quanto riguarda invece le esenzioni previste dall'art. 169-bis l.fall. si deve ritenere che per tutte vi sia l'esonero da entrambe le facoltà (sospensione e scioglimento) previste dalla norma? Infatti non vi sarebbero grossi limiti nel ritenere che relativamente ad alcune di esse si possa applicare, se non lo scioglimento, quantomeno la sospensione. In sostanza essa non andrebbe a pregiudicare i diritti dei terzi scaturenti dai suddetti rapporti, almeno per alcuni casi, senza che, tuttavia, maturino crediti idonei a pesare il passivo. Interrogativo questo che - a nostro avviso - presuppone (per la struttura dei rapporti) un'analisi specifica dei

I contratti in corso nel concordato preventivo

casi concreti anche perché i diritti che queste coprono - come notato -, in quasi tutti le ipotesi, sono costituzionalmente tutelati (quindi si ha questa ulteriore variabile da considerare).

BIBLIOGRAFIA

A

- App. Milano, 29.7.1910, in Mon. trib., 1910, p.950;
- App. Roma, 17.8.1927, in Riv. dir. comm., 1828, II, p.72.
- App. Firenze 10.12.1990, in *Dir. Fall.*, 1991, II, 561;
- App. Roma 8.5.1967, *Dir. Fall*, 1967, II, p. 619
- App. Genova, 10.2.2014, *ilcaso.it* , 10080;
- App. Venezia, 20.11.2013, *ilcaso.it*;
- App. Milano, 8.8.2013, *ildirittodegliaffari.it*
- M.Arato, *Il concordato con continuità aziendale*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012, p. 2

B

- F.Benassi, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169-bis L.F. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, in *caso.it*, 1.1.2014.
- Bolaffio, *Relazione alla legge 24 maggio 1903, n. 197*.
- Bonelli, *Del fallimento*, nel *Commentario al cod. di comm.*, terza ed. a cura di Andrioli, III, Milano, 1939.
- G.Bonfante, *La disciplina del leasing nel concordato preventivo*, ne *Il fallimentarista*, 9.12.2011.
- Bonsignori, *Comm. Scaiola-Branca*, p.220ss.
- L.A.Bottai, *Concordato preventivo e contratto di leasing*, in *pubblicazioni Oci* indirizzo www.osservatorio-oci.org, Roma, 2014.
- L.A.Bottai, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012, 925.

I contratti in corso nel concordato preventivo

-G.Bozza, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013.

-Buonocore, *La locazione finanziaria, Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2008.

C

-Candian, *Il processo di concordato preventivo*, nn. 91 ss, p. 114 e ss.

-Cass. 3.12.1968 n. 3868, in *Dir. Fall.*, 1968, II, 933.

-Cass., 29.9.1993 n. 9758, in *Dir. Fall.*, 1994, II, 226.

-F.Canepa, *I contratti pendenti nel “nuovo” concordato preventivo e il trattamento dei debiti per i leasing*, *ilcaso.it*.

-Cass. 16 aprile 1996, n. 3588.

-Cass., 7.5.2007., n. 10458.

-Cass., S.U., 16.11.1999, n. 775.

-Cass. 31.8.2010., n. 18915.

- Cass., Sez. Un., 23.1.2013, n. 1521, in *fallimento*, 2013, 149.

-Cass. 27.4.2010., n. 10025.

- Cass., 18.9.2009, n. 20106, in *Giur. comm.*, 2011, 2, 286, con nota di Barcellona.

-Cass. 19.3.2012, n. 4303, in *Fallimento*, 2012, 1222, con nota di Patti.

-Cass. Sez. un., 22.5.1996., n, 4715.

-Cass., 12.1.2001., n. 396.

-Cass., S.U., n. 65, 1993.

-Cass., S.U., n. 65/1993.

-Cass.,14.3.2013, n. 6578, in *Guida al diritto* 2013, 25, 54 (s.m.)

-Cass.,14.3.2013, n. 6578, in *Guida al diritto* 2013, 25, 54 (s.m.).

-Cass 9161/2002 e 575/2005.

-Cass., sent. n.73 e 574 del 2010.

-Cass., 23620/2012.

-Cass. n. 4969 del 2007.

-Cass., 14.3.2006., n. 5516.

-Cass. 5.3.1928, su *jstor.org*, Sezione II civile; udienza 5 marzo 1928; Pres. Azzariti, Est. Moscatelli, P. M. Macchiarelli (concl. conf.); Banca italiana di Credito e Valori

I contratti in corso nel concordato preventivo

(Avv. Presutti) c. Santini (Avv. Bifani). Anche Errico Presutti, ne *Il Foro Italiano* Vol. 53, PARTE PRIMA: GIURISPRUDENZA CIVILE E COMMERCIALE (1928), pp. 481/482-485/486.

-C.Cavallini, sub art. 168, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C.Cavallini, III, Milano, 2010, 596.

-C.Cavallini, *Concordato preventivo "in continuità" e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, ne *Il fallimentarista*, 23.1.2013.

-P.F.Censoni, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Giuffrè, 1988, p. 46ss.

-P.F.Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso.it*, 11 marzo 2013.

D

-G.De Semo, *Dir. fall.*, 5^a ed, n. 546, p.542-543.

F

-M.Fabiani, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, in *Fallimento*, 2011.

-M.Fabiani, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, nota a Trib. Pistoia, 30.10.2012, in *Foro It.* 2013, IV.

-M.Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, *ilcaso.it*, 11.3.2013.

-Ferrara jr., *Il fallimento*, Milano, 1966.

-Ferrara, *Un'inconcepibile riesumazione*, in *Giur.it.*, 1938, IV.

-D.Fico, *Concordato preventivo e legittimità della compensazione operata dalla banca*, ne *Il fallimentarista*, 27.5.2014.

-F.Fimmanò, *Gli effetti del nuovo concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, ne *ilcaso.it*, 17.1.2007.

I contratti in corso nel concordato preventivo

- F.Fimmanò, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Fallimento*, 2006.
- F.Fimmanò, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Contratti in esecuzione e fallimento: la disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*, a cura di Fabrizio di Marzio, Ipsoa, 2007.
- F.Pedoja, *I contratti in corso nel concordato preventivo: sospensione e scioglimento*, in *Fallimentiesocietà.it*, 2014, n. 2809.
- E.Frascaroli Santi, *I problemi della revocatoria nel contratto di leasing*, in *Fallimento*, 2013.

G

- M.Gaboardi, sub art. 166, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C.Cavallini, III, Milano, 521.

J

- Jorio, *I rapporti giuridici preesistenti nel concordato preventivo*, Cedam, 1973.

I

- Iaione, *La nozione di contratto pubblico*, in *Giust. Amm.*, 2007, p. 286 ss.
- B.Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l.fall.*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012.

L

- F.Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, nel *Civilista*, ed. speciale riforma, settembre 2012, I.

I contratti in corso nel concordato preventivo

- F.Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne *Il fallimentarista*, 26.11.2012.
- L. 24 maggio 1903, n. 197.
- Legge 17 aprile 1925, n. 473 e legge 10 luglio 1930, n. 995.
- G.Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008.

M

- Maffei Alberti, *sub art. 169-bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, 2013.
- L.Martino, *Lo scioglimento dei contratti bancari pendenti: linee guida, tipologie negoziali e condizioni di autorizzazione ex art. 169-bis l.fall.*, in *Fallimentarista*, 20.5.2014.
- Montessori, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Prato, 1917

N

- Nati, *Concordato preventivo*, ne *Il nuovo digesto italiano*, Torino, 1938, p.665;
- Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare secondo la nuova legislazione*, Bologna, 1935, II, 322.

P

- A.Patti, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010.
- A.Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013.
- A.Patti, *Il leasing nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. Comm.*, 1996.

I contratti in corso nel concordato preventivo

- Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. Cottino.*
- A.Penta, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *dir. fall.*, I, 2014.
- G.Pico, *Concordato preventivo e rapporti giuridici preesistenti*, in *Banca borsa*, 1969, II, 337.
- P.Pizza, *Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione: la sorte dei contratti in corso*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012.
- Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1970, II.
- Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano 1974.

Q

- L.Quattrocchio ed R.Ranalli, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore : poteri divinatori o applicazione di principi di practice*, ne *Il fallimentarista*, 3.8.2012.

R

- Ramella, *Trattamento dei contratti nel fallimento e nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1931.
- Riva, *Leasing di godimento v. leasing traslativo: debolezze di una dicotomia*, in *Riv. trim. dir. e proc.civ.*, 2011, 587.

S

- S.Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma 1964.
- S.Satta, *Diritto fallimentare*, Cedam, 1996.
- G.Sperotti e A.Albè, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing*, ne *Il fallimentarista*, 4.12.2013.

I contratti in corso nel concordato preventivo

-L.Stanghellini, *Gestione dell'impresa e contratti pendenti nell'amministrazione controllata e nelle altre procedure a carattere concorsuale*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 3, 1994, par. 8, p. 441, n.21.

-T.Stanghellini, *Dallo scioglimento con concordato al concordato con scioglimento: un nuovo inquadramento sistematico dell'art. 169-bis l.f. in tema di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, ne *ilcaso.it*, 8.4.2014

T

-Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 18, IV, 1983, 66

-Terranova, *Il concordato con continuità aziendale ed i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I.

-Trib.Milano 20.4.1989, in *Fall.*, 1989, 954;

-Tarzia, *G.comm.* 96, I, 466; Pinto, *G.comm.* 87, I, 277.

-Trib. Macerata 19.1.1987, in *Fall.*, 1987, 647);

-Trib. Rovigo, 6.3.2014, Estensore Martinelli.

-Trib. Verona, 31.10.2012, *ilcaso.it*, 2013, I, 8359

-Trib. Venezia, 7.1.2013, in *Fallimento*, 2013, 768

- Trib. Pistoia 30.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 74;

- Trib. La Spezia 24.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 77.

- Trib. Mantova 27 settembre 2012, in *ilcaso.it*;

- Trib. Como 5 novembre 2012 *caso.it*;

- Trib. Biella 13 novembre 2012 *caso.it*;

- Trib. Modena 30 novembre 2012 *caso.it*;

- Trib. Ravenna 24 dicembre 2012, *caso.it*;

- Trib. Monza 16 gennaio 2013, in *IFallimentarista.it*;

- Trib. Catanzaro 23 gennaio 2013, in *IFallimentarista.it*, con nota di C. Cavallini, «Spigolature» e dubbi in tema di (pre)concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti;

- Trib. Roma 20 febbraio 2013, in *IFallimentarista.it*, con nota di M. Vitiello, Scioglimento e sospensione dei contratti pendenti nel concordato con riserva.

I contratti in corso nel concordato preventivo

- Trib. Mantova 22 settembre 2012;
- Trib. Salerno 25.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 75.
- Trib. Biella, 13.11.2012, *ilcaso.it*, 2013, I, 8359;
- Trib. Pistoia, 30.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 74
- Trib. Modena, 30.11.2012, in *ilcaso.it*, I, 8196.
- Trib. Monza, 16.1.2013, *ilcaso.it*, 2013, I, 8531.
- Trib. Udine, 25.9.2013., *ilcaso.it*, 2013, 9531.
- Trib. Salerno, 25.10.2012, in *fallimento*, 2013, 75.
- Trib. Pistoia, 23.1.2014, *ilcaso.it*;
- Trib. Pistoia, 9.7.2013, *ilcaso.it*, 9381
- Trib. Novara, 3.4.2013, *ilcaso.it*, I, 2013, 8830
- Trib. Monza, 21.01.2013, *ilcaso.it*,
- Trib. Piacenza, 5.4.2013, *ilcaso.it*.
- Trib. Pavia, 04.04.2014, *ilcaso.it*
- Trib. Novara, 27.03.2013, *ilcaso.it*,
- Trib. Ravenna, 28.1.2014, *ilcaso.it*,
- Trib. Udine, 25.1.2013, *ilcaso.it*, I, 9531,
- Trib. La Spezia, 25.10.2012.
- Trib. Rovigo, 6.3.2014;
- Trib. Padova, 26.3.2013., *ilcaso.it*, 8794.
- Trib. La Spezia, 24.10.2012, in *Fallimento*, 2013, 77.
- Trib. Padova, 15.1.2013, ne *ilcaso.it*, I, 8534
- Trib. Torino, 23.4.2012, n. 1241, in *Fallimento*, 2013, 229;
- Trib. Udine, 10.2.2012, ne *ilcaso.it*;
- Trib. Treviso, 6.5.2011, ne *ilcaso.it*
- Trib. Bolzano, 22.3.2013, ne *ilcaso.it*
- Trib. Monza, 16.1.2013., ne *ilcaso.it*,
- Trib. Cuneo, 14.10.2013, ne *Il fallimentarista*.

V

-Vella, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo,, in fallimento*, 2013.