

I CONTRATTI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

INDICE

PREMESSA

I CAPITOLO

La disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo

1. Il concordato preventivo ed i rapporti giuridici pendenti prima del D.L. 83/2012 (p.8);
2. Il nuovo art.169 bis della Legge Fallimentare (p.25);
 - 2.1. Aspetti sostanziali (p.29);
 - 2.1.1. L'art.169 bis l.fall. ed il concordato preventivo "in bianco" (p.32);
 - 2.1.2. La tutela del contraente *in bonis* (p.39);
 - 2.2. Profili Procedimentali (p.46);
 - 2.2.1. Il contenuto della domanda di scioglimento e/o sospensione (p.47);
 - 2.2.2. Il provvedimento autorizzativo (p.49);
3. I contratti esclusi (p.51).

II CAPITOLO

La sorte dei contratti pendenti nel concordato preventivo e l'art. 169-bis, alla luce della novella del D.L. n.83/2015 e delle nuove prospettive di riforma

1. Le problematiche applicative (p.57);

- 1.1. I “contratti in corso di esecuzione” ed i “contratti pendenti” (p.59);
- 1.2. Il momento di presentazione della domanda (p.67);
- 1.3. L’intervento della controparte contrattuale (p.76);
- 1.4. La decorrenza degli effetti dell’autorizzazione (p.82);
- 1.5. La prededucibilità dei crediti (p.87).

III CAPITOLO

Talune fattispecie contrattuali alla prova della giurisprudenza

1. Premessa (p.89);
2. Il contratto di mutuo (p.90);
3. Le anticipazioni bancarie (p.94);
 - 3.1. L’applicabilità dell’articolo 169 bis l.fall. (p.98);
 - 3.2 Efficacia del patto di compensazione (p.102);
4. Il contratto di *Leasing* (p.112);
5. Il contratto di appalto (p.119).

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

PREMESSE

La disciplina relativa ai contratti pendenti nel concordato preventivo ha rappresentato e, per alcuni versi, continua ancor oggi a rappresentare una delle tematiche più controverse dell'intera sistemica fallimentare italiana.

All'analitica e dettagliata disciplina dettata in tema di rapporti preesistenti nel fallimento, regolati dalla disposizione contenuta nell'articolo 72 l.fall, faceva da contraltare, in tema di concordato preventivo, l'inspiegabile silenzio del Legislatore.

Tale mancanza, foriera di numerose problematiche applicative poneva gli operatori del diritto e lo stesso imprenditore uno stato di incertezza tale da rendere eccessivamente nebuloso l'accesso alla procedura *de qua*.

Il presente lavoro muoverà dunque dall'analisi degli orientamenti sviluppatisi intorno all'opportunità o meno di applicare in via analogica al concordato preventivo la disciplina dettata in ambito fallimentare e, precisamente, lo stesso articolo 72 l.fall..

Lo scrivente si soffermerà sulle soluzioni interpretative offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di colmare tale vuoto normativo, interpretato da alcuni come chiaro segno dell'impossibilità di estendere la disciplina del fallimento al concordato preventivo, da altri, al contrario, come tacita volontà di equiparare le due figure in nome dell'unitarietà, quanto a funzioni presupposti ed effetti, delle procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare.

Dopo aver tratteggiato lo stato dell'arte agli albori della riforma, la trattazione procederà ad illustrare la svolta rappresentata dall'introduzione dell'articolo 169 bis l.fall. ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 8, che, sposando la tesi maggiormente avallata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ha donato alla disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo un precipuo ed autonomo assetto normativo.

L'intervento del 2012 definito dalla stessa dottrina "*un'equilibrata soluzione di compromesso tra le esigenze dell'imprenditore in crisi e il sacrificio imposto al contraente in bonis*" ha rappresentato la manifestazione di una chiara volontà del Legislatore di favorire la soluzione concordataria della crisi, consentendo al debitore di liberarsi da quei contratti che ostacolino il processo di riorganizzazione e concorsualizzando, contestualmente, il diritto di credito del contraente *in bonis*, in virtù del venir meno del vincolo negoziale.

Particolare attenzione sarà rivolta ad un'altra figura introdotta dalla stessa legge di riforma, riflesso anch'essa dello spirito della riforma: il c.d. concordato in bianco o con riserva ossia la facoltà per l'imprenditore che presenti richiesta ex articolo 161 l.fall. di posticipare il momento della presentazione del piano concordatario, beneficiando comunque degli effetti dell'accesso alla procedura concorsuale *de qua*.

Non mancherà, anche con riferimento a quest'ultimo istituto, l'indagine volta ad accertare la compatibilità dello stesso con gli strumenti della sospensione e dello scioglimento delineati nell'articolo 169 bis l.fall.

All'analisi sostanziale e procedurale della disciplina regolante i rapporti pendenti nel concordato preventivo seguirà poi un'approfondita indagine critica delle numerose fragilità riferibili alla stessa norma.

Il plauso manifestato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei confronti dell'intervento legislativo sopra richiamato ha subito invero, fin dalle prime applicazioni dell'articolo 169 bis l.fall., una repentina battuta di arresto.

L'agognato inserimento di una disposizione che disciplinasse la sorte dei rapporti pendenti nella procedura del concordato preventivo, priva fino a quel momento di qualsiasi collocazione all'interno della legge fallimentare, si era infatti dimostrato sotto numerosi aspetti deludente ed eccessivamente frettoloso.

La seconda parte della trattazione sarà dunque dedicata allo studio di alcuni aspetti di indiscutibile rilievo pratico trattati dal Legislatore con estrema genericità, o per meglio dire approssimazione, che hanno reso ancor più incerto l'assetto sostanziale e procedurale dell'istituto, si da comprometterne le elementari esigenze di certezza connesse alla sua applicazione.

Saranno affrontati uno ad uno i dubbi interpretativi sorti con riferimento all'articolo 169 bis l.fall e le soluzioni integrative offerte dal d.l.83/2015 in relazione alle questioni afferenti, l'ambito di applicazione della norma e l'infelice nozione di "contratti in corso di esecuzione", l'individuazione del momento di presentazione della domanda e la possibilità di deposito in corso di procedura, il diritto al contraddittorio del contraente *in bonis* e le finalità connesse al suo intervento, la decorrenza degli effetti del provvedimento di

sospensione o di scioglimento, finanche la natura prededucibile o concorsuale dell'indennizzo concesso al contraente a titolo di risarcimento del danno.

All'indagine in chiave teorica degli aspetti problematici della disciplina dei contratti pendenti seguirà, nella terza ed ultima parte del lavoro, un *focus* su alcune fattispecie contrattuali che con maggiore frequenza vengono ad acquisire rilevanza nell'ambito del concordato preventivo.

Speciale attenzione è stata data ai contratti di finanziamento bancario, nello specifico al contratto di mutuo, di anticipazione bancaria e di leasing.

Sebbene in relazione alle prime due figure il Legislatore, non sia intervenuto in forma espressa, quest'ultime in via indiretta sono state toccate dal recente intervento realizzato mediante il d.l. n.83/2015; la presa di posizione operata in merito all'ambito di applicazione della disciplina contenuta nell'articolo 169 bis l.fall ha infatti determinato la definitiva estromissione dal rango dei contratti pendenti di tutte quelle ipotesi in cui l'istituto di credito, prima della richiesta di concordato, abbia già integralmente eseguito la propria prestazione, mettendo a disposizione del cliente la somma anticipata, assumendo dunque le vesti di rapporti unilaterali *strictu sensu*.

Con riferimento al contratto di *leasing*, il solo ad esser stato oggetto di una modifica da parte della recente riforma, si è invece raggiunta la piena estensione della disciplina contenuta nell'art.72 quater l.fall e con essa dunque abbandonata, anche per il concordato, la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo.

Non mancheranno da ultimo brevi osservazioni afferenti la disciplina degli appalti e, rispetto ad essi, la riformata posizione dell'imprenditore in concordato.

L'analisi strutturale delle singole tipologie contrattuali rivelerà l'opportunità dell'intervento riformatore intervenuto nel mese di agosto ma al contempo l'eccessiva timidezza serbata con riferimento ad alcune questioni di fondamentale rilievo pratico.

Le soluzioni, così come prospettate, non appaiono in grado di arginare le diverse correnti interpretative che, in questi anni, si sono contese il campo e che, in assenza di una definitiva presa di posizione, potrebbero continuare a compromettere la logicità e la linearità dell'istituto in parola.

CAPITOLO PRIMO

LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

1. Il concordato preventivo ed i rapporti giuridici pendenti prima del D.L. 83/2012

Sin dall'introduzione, all'interno del nostro ordinamento, dell'istituto del concordato preventivo¹, la dottrina e la giurisprudenza si sono occupate della problematica, invero strettamente connessa all'istanza conservativa tipica di tale istituto, relativa agli effetti dello stesso sui contratti in corso di esecuzione².

La necessità di tali interventi trovava ragione nella circostanza che, nonostante l'indiscutibile rilevanza pratica di una compiuta disciplina in materia (attesa la molteplicità dei rapporti giuridici che l'imprenditore è inevitabilmente chiamato ad intrattenere nell'esercizio della sua attività di impresa), non esisteva alcuna disciplina espressa, all'interno della Legge fallimentare, che si occupasse della sorte dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo³.

¹ Il concordato preventivo è stato introdotto nel nostro ordinamento con legge 24 maggio 1903 n.187, modificato dalle leggi n.473/25 e n.995/30 e successivamente regolamentato dagli artt. 160-186 del Regio Decreto 16 marzo 1942 n.267.

² Mediante tale espressione si fa riferimento a *“quei contratti giunti, al momento di apertura della procedura, al compiuto perfezionamento del loro iter formativo (l'integrazione di questa soglia che consente di parlare di preesistenza), ma non ancora completamente eseguiti da entrambe le parti contraenti (dove la loro condizione di pendenza)”*. Così DIMUNDO A., PATTI A., *I rapporti giuridici preesistenti nella procedure concorsuali minori*, Milano, Giuffrè, 1999.

³ Si veda a tal proposito la riflessione di PETRUCCO TOFFOLO F., *Sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2013 p. 1, all'interno del quale si osserva che l'assenza di una disciplina *“creava problemi pratici evidenti con potenziale*

Nella legge fallimentare si trovavano, infatti, disposizioni riguardanti la sorte dei contratti in argomento con riferimento alla procedura fallimentare⁴ e ad altre procedure concorsuali⁵, ma nulla veniva dettato con riferimento all'istituto *de quo*⁶. Più in particolare, in relazione al fallimento, il Regio Decreto, n.267 del 1942 (d'ora in poi l. fall.), conteneva, e contiene tutt'ora, una disposizione, di carattere generale e sistematico in materia di effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti da leggersi in coordinato con una serie di analitiche disposizioni (raggruppate nel titolo secondo, capo terzo, sezione quarta) concernenti le singole fattispecie contrattuali.

influenza negativa sul contenuto del piano e della proposta concordatari (...) in quanto la sorte dei contratti pendenti veniva gestita negoziabilmente, essendo possibile la risoluzione consensuale o un accordo transattivo sulla sorte del rapporto e sulle conseguenze dell'eventuale suo prematuro scioglimento. In alternativa, il debitore poteva essere indotto a provocarne la risoluzione per proprio inadempimento prima dell'accesso alla procedura al fine di cristallizzarne i crediti e così facendo pagandoli con moneta concorsuale".

⁴ Secondo BOZZA G., infatti, "una regolamentazione dei contratti pendenti si è sempre posta come indispensabile nella disciplina del fallimento in quanto strumentale alla realizzazione della funzione liquidatoria della procedura, che si realizza non solo attraverso la conversione in danaro dei beni materiali e immateriali, ma anche attraverso la definizione dei rapporti giuridici patrimoniali derivanti dai contratti ancora pendenti. Ed, infatti, la normativa contenuta nella Sezione IV del Capo III incide non sul contratto in se', quale atto espressione della autonomia negoziale, ma sui rapporti giuridici dallo stesso derivanti, ossia sul complesso degli effetti giuridici conseguenti da quella espressione di autonomia contrattuale che alla luce delle mutate condizioni di una delle parti dichiarata fallita, non possono piu' essere mantenuti ed eseguiti come se nulla fosse successo, e si ricollega, come gli altri effetti patrimoniali di cui trattano le precedenti Sezioni dello stesso Capo III, allo spossessamento del fallito".

⁵ Per la liquidazione coatta amministrativa (artt. 194 - 215 l.fall.) l'art. 201 l.fall. richiama espressamente, in punto di effetti della liquidazione coatta sui "rapporti giuridici preesistenti" le disposizioni titolo II, capo III, sezione IV, ovvero quella generale del fallimento. Nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, l'articolo 50 del d.lgs. 270/1999 istituisce un regime di prosecuzione dei contratti in corso, facendo tuttavia salva la facoltà di sciogliersi dal rapporto contrattuale.

⁶ FIMMANÒ F., rinviene le ragioni di tale vuoto normativo nella circostanza che le possibili deroghe al principio generale della prosecuzione di tali rapporti richiedono la valutazione della fattispecie

Orbene, la regola generale è dettata dal primo comma dell'articolo 72, il quale sancisce la sospensione dei contratti pendenti a seguito della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, destinata a protrarsi fino al momento della scelta, da parte del curatore, dello scioglimento ovvero del subentro nel vincolo negoziale⁷.

In mancanza di indicazioni normative specifiche, le questioni legate alla sorte dei contratti pendenti in capo all'imprenditore assoggettato alla procedura di

concreta, in *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale* (a cura di Di Marzio F.), IPSOA, Milano, 2007.

⁷ Con riferimento ai rapporti pendenti l'articolo 72 l.fall. stabilisce "Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell'articolo 72-bis.

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'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V. Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento. In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'articolo 2775-bis del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento. Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile 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 di impresa dell'acquirente".

concordato preventivo sono state oggetto di notevole attenzione da parte degli operatori del diritto, i quali hanno sin da subito avvertito la necessità di colmare la lacuna normativa attraverso l'individuazione di soluzioni diverse. L'evoluzione del percorso interpretativo è stato ritenuto suddivisibile in due diversi "periodi"⁸ scanditi dalle modifiche legislative intervenute sul testo della Legge fallimentare:

- un primo periodo con decorrenza dall'entrata in vigore del R.D. 16 marzo 1942 n.267 fino alla riforma della legge fallimentare avvenuta negli anni 2005-2007;
- un secondo periodo che, prende avvio dalla riforma di cui sopra e giunge sino all'approvazione del c.d. Decreto Sviluppo.

Gli orientamenti emersi nel corso del primo periodo hanno concentrato i loro sforzi ad interrogarsi, come del resto facilmente prevedibile, sull'opportunità o meno di applicare in via analogica al concordato preventivo la disciplina dettata in ambito fallimentare.

A tale quesito gran parte della dottrina⁹ e della giurisprudenza¹⁰ rispondevano negativamente.

⁸ DE PRÀ A., *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *Giur. Comm.* 2014, 01, p.43.

⁹ Tra i sostenitori si vedano: PICO G., *Concordato preventivo e rapporti giuridici preesistenti*, in *Banca Borsa*, 1969, II, p.337; Lo Cascio G., *il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2011; DIMUNDO A., PATTI A., *op.cit.*, Milano, Giuffrè, 1999.

¹⁰ In tal senso Cfr. Cass. Civ. Sent. n. 3868 del 3 dicembre 1969 in cui la Suprema Corte in aderenza a tale orientamento afferma che *"l'art 78 legge fallim., secondo il quale il contratto di conto corrente si scioglie per effetto del fallimento, non è applicabile, in difetto di richiamo (art 169 legge fallim.), al concordato preventivo. I rapporti giuridici preesistenti conservano la loro piena efficacia e debbono essere eseguiti dall'imprenditore, in quale, in caso di inadempimento, può essere convenuto in giudizio per risoluzione del contratto e risarcimento di danni"*.

Ad avviso di quest'ultime, invero, il silenzio serbato dal Legislatore doveva essere interpretato come chiaro segno dell'impossibilità di estendere la disciplina del fallimento al concordato preventivo.

Una simile tesi - che negava al debitore qualunque facoltà di scelta tra l'adempimento dell'obbligazione e l'inesecuzione della prestazione contrattuale su di lui incombente - faceva leva *in primis* sul tenore letterale della norma, ovvero sulla mancanza, nell'art. 169 l. fall.¹¹, di un esplicito richiamo normativo alle disposizioni concernenti gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti¹².

La disposizione richiamata, invero, nel ritenere applicabili - con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato - le disposizioni contenute negli articoli da 55 a 63¹³, ometteva di menzionare gli art. 72 e ss. l.fall.: tale dato oggettivo si riteneva fosse indicativo di una precisa *voluntas* di disciplinare i rapporti alla stregua dei principi del diritto civile.¹⁴

La tesi *de qua*, aveva evidenti riflessi anche in punto di perimetrazione del potere di amministrazione dei beni durante la procedura concordataria, disciplinata nell'articolo 167 l.fall.

¹¹ A norma dell'art. 169 l.fall. "Si applicano, con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato, le disposizioni degli articoli 45 , 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63".

Si applica l'articolo 43, quarto comma, sostituendo al fallimento l'impresa ammessa al concordato preventivo".

¹² Come chiarito da PACCHI S. ne *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, IPSOA, 2005 "in modo che dal silenzio si possa desumere che, rispetto ai contratti in corso, il concordato è *tanquam non esset*".

¹³ Successivamente, con l'articolo 144 del d.lgs n.5 del 9.1.2006 venne effettuato il rinvio anche all'articolo 45 della l. fall. in tema di formalità eseguite dopo la dichiarazione di fallimento.

¹⁴ CENSONI P.F., *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Crisi di impresa e fallimento*, 2013, p.6;

Invero, ammettere un potere autorizzativo del Giudice allo scioglimento dei contratti in forza dello stesso articolo 167 l. fall.¹⁵avrebbe infatti consentito un'applicazione indiretta del sistema delineato per il fallimento dagli articoli 72 e ss., non ammesso perché non espressamente richiamato nella stessa disciplina del concordato preventivo.

Il secondo argomento utilizzato per sostenere l'impossibilità di estendere le regole dettate in tema di contratti pendenti al concordato preventivo poggiava su un assunto di tipo prettamente logico derivante dal raffronto tra le due procedure concorsuali in esame sia sotto un profilo "sostanziale" che "finalistico".

Secondo tale impostazione, se nel fallimento, infatti, si assiste ad un vero e proprio spossessamento dei beni del debitore, nel concordato preventivo l'imprenditore, conserva l'amministrazione dei suoi beni, continuando ad esercitare l'attività d'impresa¹⁶.

¹⁵ Si riporta il testo dell'art. 167 prima della modifica avvenuta mediante d.lgs del 09/01/2006, n.5 che, in tema di amministrazione dei beni durante la procedura concordataria dispone: *"Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato.*

I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato".

¹⁶A tal riguardo è doveroso precisare che l'imprenditore, pur conservando l'amministrazione dei beni, vede limitato il potere di disposizione e gestione del proprio patrimonio, poiché dovrà sottostare al controllo degli organi della procedura (commissario e giudice delegato). Tale limitazione nel potere di disposizione sul patrimonio aziendale ha fatto parlare parte della dottrina di *"spossessamento attenuato"*, avuto riguardo proprio al vincolo al quale è sottoposta l'attività di amministrazione. A tal proposito in dottrina si veda PROVINCIALI R., in *Fallimento*, 1974, p. 2248; in giurisprudenza Cass. Civ. Sent. n. . 11662 del 19.11.1998.

Tale diverso regime trova del resto fondamento nella speculare finalità delle due procedure: liquidatoria-dissolutiva per il fallimento e soddisfattiva-conservativa per il concordato preventivo.

Mentre, infatti, il primo necessita una definizione dei rapporti pendenti in funzione della successiva disgregazione del complesso produttivo e della sua liquidazione atomistica, il concordato preventivo persegue, quale obiettivo primario la rifunzionalizzazione dell'attività di impresa¹⁷.

La funzione del concordato preventivo che, non comporta un'interruzione nella continuazione dell'impresa, non pone un problema di compatibilità con la continuazione dei contratti in corso dei quali, anzi, andrebbe *“favorita la conclusione [...] piuttosto che la loro interruzione”*¹⁸.

Infatti come ribadito in sede giurisprudenziale *“se il fine è (appunto) quello di risanare l'impresa in difficoltà lo svolgimento dell'attività economia deve continuare durante la crisi ed i contratti pendenti non possono che avere regolare esecuzione”*¹⁹.

Le differenze ora evidenziate conducevano, pertanto, a ritenere che l'ingresso nella procedura concordataria costituisse un fatto neutro rispetto alla sorte dei rapporti pendenti in capo al debitore, salvo, ovviamente, il diritto del contraente *in bonis* di sospendere l'esecuzione dell'obbligazione ex art. 1461 c.c.²⁰.

¹⁷FIMMANÒ F., *Gli effetti del nuovo concordato preventivo u i rapporti in corso di esecuzione*, in *il caso.it*, doc. 49/2007.

¹⁸ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 1976 e MAZZOCCA C., *Brevi Osservazioni in tema di concordato preventivo e rapporti giuridici pendenti*, nota a Trib. Napoli, 209 gennaio 1982, in *Dir. Fall*, 1982, II, p.1241.

¹⁹ Trib. Milano 17 dicembre 1984, in *Fallimento*, 1985.

²⁰ A norma dell'articolo 1461 c.c. *“Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia”*.

Sempre in favore della tesi dell'inapplicabilità della disciplina del fallimento al concordato preventivo si è espressa altra parte della dottrina, la quale è però giunta a sostenere la regola della prosecuzione dei rapporti contrattuali in essere a seguito di una lettura ragionata del disposto dell'art 167 l. fall il quale, come noto, distingue tra gli atti (di ordinaria ovvero straordinaria amministrazione) che l'imprenditore coinvolto nella procedura concordataria può compiere con o senza l'autorizzazione scritta del Giudice delegato.

Sul punto, in particolare è stato chiarito che *“il criterio discrezionale tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione va individuato nella funzione economica dell'atto, nel suo scopo e, soprattutto, nei suoi effetti, anche mediati in relazione al patrimonio e quindi nel rischio di diminuzione dell'integrità del patrimonio stesso, inteso come conservazione della sua potenzialità economica”*²¹.

Ad avviso di tali autori, se la stipulazione di un nuovo contratto configura un atto di straordinaria amministrazione e, quindi, richiede l'autorizzazione del giudice delegato, anche l'atto con il quale l'imprenditore si scioglie da uno o più contratti rientra nella medesima categoria.

Pertanto, mentre la prosecuzione degli impegni contrattuali costituisce l'ordinario sviluppo dell'ingresso in concordato dell'imprenditore e, in quanto tale, non richiede l'autorizzazione del Giudice, l'atto (di recesso o simile) con il quale uno o

²¹ FIMMANÒ F. *op.cit.*, ne *Il Caso.it*, n.49/2007, p.9. R. Nello stesso senso: PROVINCIALI R., *Effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti e in tema di compensazione in Diritto Fallimentare*, 1968, II, p. 933 e PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974; FRASCAROLI SANTI E., *Il concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1990 e gli studi monografici risalenti sull'argomento in esame, soprattutto: JORIO A., *I rapporti giuridici preesistenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973; CENSONI P.F, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, 1988.

più contratti possono essere risolti dall'imprenditore rappresenta un atto di straordinaria amministrazione e, come tale, deve essere autorizzato dagli organi della procedura.

La tesi *de qua*, seppur suggestiva, trova tuttavia un ostacolo insuperabile nella circostanza che il provvedimento di autorizzazione previsto nell'articolo 167 l. fall. ha ad oggetto i soli contratti stipulati successivamente all'apertura della procedura concordataria e non già quelli, che rilevano nel caso di specie, preesistenti ad essa²².

Tale, del resto, è la posizione più recente della Giurisprudenza di legittimità, la quale ha chiaramente affermato che *“dalla mancata previsione, nel concordato preventivo, della sospensione dei rapporti pendenti – prevista, invece, dall'articolo 72, R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare) – nonché dalla previsione che nel concordato il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, è possibile dedurre che gli atti di straordinaria amministrazione per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato siano soltanto quelli nuovi, quelli cioè sorti nel corso della procedura, e non anche i contratti ed i rapporti giuridici pendenti. Sulla base delle considerazioni che precedono è inoltre possibile dedurre che la prosecuzione di un contratto pendente non possa considerarsi atto eccedente l'ordinaria amministrazione, trattandosi di comportamento dovuto per l'imprenditore, il quale è comunque tenuto ad onorare gli impegni presi. Per la prosecuzione del rapporto concernente un contratto pendente non è, pertanto, necessaria l'autorizzazione del giudice delegato^{23”}.*

²² In tale senso TARZIA G. *Gli effetti del concordato e dell'amministrazione controllata sui rapporti bancari*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, p. 466.

²³ Trib di Prato, 14 giugno 2012.

L'orientamento favorevole all'applicazione estensiva della normativa dettata per il fallimento²⁴ contestava l'interpretazione puramente letterale compiuta dalla contraria dottrina, ritenendo che dal mancato riferimento, espresso o sistematico alla questione degli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti non potesse farsi discendere *tout court* l'assenza di una disciplina in materia, trovando, piuttosto applicazione i principi generali del diritto²⁵.

Unica e flebile argomentazione posta a sostegno di simili conclusioni poggiava sull'unitarietà, quanto a funzioni presupposti ed effetti, delle procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare.

Come chiarito da autorevole dottrina: *"in relazione al fine identico, identici sono i mezzi e gli strumenti per rispondere alle comuni esigenze"*²⁶.

Nonostante le argomentazioni da ultimo richiamate, la giurisprudenza – sia di merito che di legittimità- è apparsa pacifica, sin dai tempi risalenti nell'affermare che al procedimento di concordato preventivo *"non sono applicabili le disposizioni di cui agli art. 72 ss., l. fall., poiché la modificazione dei rapporti pendenti è inconciliabile con il perdurare in capo all'imprenditore dell'amministrazione dei beni e dell'esercizio dell'impresa. Pertanto l'esecuzione dei rapporti contrattuali pendenti è possibile salvo che*

²⁴PROVINCIALI R., *Effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti e in tema di compensazione* in *Diritto Fallimentare*, 1968, II, p. 933 e PROVINCIALI R., *op.cit.*, Milano, Giuffrè, 1974.; nello stesso senso si veda FRASCAROLI SANTI E., *op.cit.*, Padova, CEDAM, 1990 e gli studi monografici risalenti sull'argomento in esame, soprattutto: Jorio A., *op. cit.*, Padova, 1973; CENSONI P.F., *op.cit.*, Milano, 1988.La tesi è stata condivisa anche da DE SENNO G., *Dir. Fall*, quinta ed.,n.546, p.542-543.

²⁵ FRASCAROLI SANTI E., *op. cit.*

²⁶ FRASCAROLI SANTI E., *op. cit.*

*l'adempimento da parte dell'imprenditore ammesso alla procedura non consista nel mero pagamento di un credito anteriore"*²⁷.

Anche la suprema Corte di Cassazione ha chiarito che *"sia la dottrina che la giurisprudenza hanno da tempo osservato che la materia dei rapporti pendenti non ha trovato, nella legge fallimentare, per quanto concerne il concordato preventivo, a differenza del fallimento, una compiuta disciplina. Gli articoli 72 e ss. l.fall. che disciplinano tali rapporti nel fallimento, non sono stati richiamati in materia di concordato. Ne deriva secondo la migliore dottrina la conclusione in via generale che tali rapporti debbano trovare attuazione secondo le leggi del contratto, non potendosi parlare né di sospensione automatica del rapporto né tantomeno di scioglimento dello stesso per effetto dell'apertura della procedura"*²⁸.

In conclusione, nel periodo precedente le riforme intervenute negli anni 2005-2007 (c.d. primo periodo), dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che i rapporti giuridici preesistenti non subissero alcun effetto in ragione della pendenza del concordato preventivo, rimanendo salva la facoltà del contraente *in bonis* - esercitabile in considerazione del fatto che l'insolvenza dell'altro contraente, in mancanza di idonea garanzia, poteva essere tale da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione - di sospendere la propria prestazione secondo quanto previsto dall'art. 1461 c.c..²⁹

²⁷ Trib. Milano 10.6.1985; 18.9.1986; più recentemente Trib. Monza, Sez. III, 16.1.2013.

²⁸ Cass. Civ., Sez. I, n.578 del 12.1.2007; nello stesso senso cfr Cass. Civ. Sent.n.968/1997, in *Giur. It.*, 1997, I , p.1316; Cass. Civ. Sent. del 29.9.1993 n.3758 in *Fallimento*,1994, p.257; Cass. Civ. del 15.7.1980.

²⁹ In questo senso CENSONI P.F., *op.cit.*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 44.

A seguito delle modifiche intervenute con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 prima³⁰ e con il d.lgs n.5 del 2006 più tardi³¹, la dottrina è tornata ad argomentare in ordine agli effetti del concordato preventivo rispetto ai rapporti giuridici pendenti.

Le citate riforme, infatti, hanno sostanzialmente rinnovato il volto della procedura concorsuale in esame introducendo alcune novità di rilievo che - indirettamente - esplicavano i loro effetti anche con riferimento alla tematica della sorte dei contratti pendenti nel concordato preventivo, alimentando il dibattito, invero mai sopito, sulla questione *de qua*.

Il concordato preventivo riformato attraverso la novella del 2005 ha assai poco in comune con l'istituto disciplinato dal Legislatore del 1942.

Per quel che interessa alla presente trattazione saranno brevemente riassunte solo alcune delle innovazioni che hanno interessato l'istituto ed in particolare, sulle condizioni di accesso alla procedura concordataria.

Ed invero, la novella del 2005, nel modificare profondamente le condizioni di ammissibilità ed i presupposti dell'istituto *de quo*, ha accentuato la natura conservativa della procedura concorsuale, ponendo con maggior forza la necessità di una regolamentazione dei contratti in corso³².

³⁰Convertito nella legge 14 maggio 2005 n.80. Mediante tale modifica il legislatore ha inteso attribuire maggiore autonomia al debitore concordatario il quale — di pari passo con l'evoluzione della normativa sulle crisi d'impresa — nella predisposizione del piano da sottoporre alla votazione dei creditori ha progressivamente acquistato maggiore libertà di proposta basata su diversi «moduli» concordatari accomunati dalla necessità di valorizzare, ove possibile, la continuità aziendale. Così FABIANI M., *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, ne *il caso.it*, 11 marzo 2013.

³¹ Rubricato “*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell’articolo 1, comma 5 della legge 14 maggio 2005, n.80*”.

³² LO CASCIO G., *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla mini- riforma per decreto legge*, ne *il Fallimento* 2005, p. 361; FERRO M. *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell’insolvenza e la*

La completa riformulazione dell'articolo 160 l.fall., disciplinante le condizioni per l'ammissione alla procedura, ha sicuramente contribuito a mutare l'intera fisionomia dell'istituto³³.

La "rivoluzione" è sicuramente visibile con riferimento ai presupposti di natura oggettiva e soggettiva per l'accesso alla procedura *de qua*.

Rispetto ai primi di sicuro rilievo appare la scelta di sostituire la condizione di insolvenza³⁴, con il più ampio concetto di "stato di crisi" estendendo così il raggio di applicazione della procedura anche a tutte quelle situazioni in cui "il venir meno dell'equilibrio economico-finanziario" comporti il solo pericolo "che l'imprenditore non sia, di lì a breve, più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni", divenendo, dunque, "uno strumento destinato all'imprenditore in crisi ma non ancora tecnicamente insolvente³⁵".

Rispetto ai requisiti di natura soggettiva invece scompare il riferimento all'iscrizione "nel registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio

tutela giudiziaria delle intese fra debitori e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, ibidem, p.587; BOZZA G., Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato, ibidem, p.952; BOZZA G., La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina, ibidem, p.1208; JORIO A., Accordi giudiziali e stragiudiziali per evitare il fallimento, in AAVV., Crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali, Roma 2005., p.51 ss.; U. DE CRESCIENZO- L. PANZANI, Il Nuovo diritto fallimentare, Milano 2005; L.PANZANI, il D.L. 35/2005 e la riforma della legge fallimentare in www.fallimentonline.it.

³³ Sul punto cfr AMBROSINI S.- DEMARCHI P.G., *I nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milano, 2005 p.2 ss.

³⁴ Sulle condizioni di ammissione alla procedura prima della riforma cfr MUNARI A., *Ammissibilità dell'imprenditore al concordato preventivo e giudizio di meritevolezza*", in *Giur. Comm.*, 1998, p.47; FERRARA F. – BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p.170.

³⁵ cfr AMBROSINI S.- DEMARCHI P.G., *op.cit.*, Giuffrè, Milano, 2005 p.17 .Sul punto LO CASCIO G., *op. cit.*, p.361, osserva invece che "non è chiaro se il legislatore abbia inteso far riferimento all'insolvenza o ad una preinsolvenza od altra diversa situazione economico finanziaria del debitore".

dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata", il non essere "stato dichiarato fallito o non è stato ammesso a una procedura di concordato preventivo" nei cinque anni precedenti alla richiesta, come anche non essere "stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio".

Infine il Legislatore esclude dal dettato normativo il previgente obbligo del debitore di offrire *"serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato"*³⁶.

Evidente, ad una prima lettura del nuovo articolo 160 l.fall., l'elasticità della nuova formulazione normativa.

Sebbene la rubrica della norma sia rimasta invariata e dunque titolata "Condizioni per l'ammissione alla procedura" quest'ultima appare infatti focalizzarsi

³⁶ Per completezza di seguito si riporta il testo dell'articolo 160 l.fall. anteriore alla riforma in esame a norma del quale: *"l'imprenditore che si trova in istato d'insolvenza, fino a che il suo fallimento non è dichiarato, può proporre ai creditori un concordato preventivo secondo le disposizioni di questo titolo, se:*

- 1) è iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, ed ha tenuto una regolare contabilità per la stessa durata;*
- 2) nei cinque anni precedenti non è stato dichiarato fallito o non è stato ammesso a una procedura di concordato preventivo;*
- 3) non è stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.*

La proposta di concordato deve rispondere ad una delle seguenti condizioni:

- 1) che il debitore offra serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato; ovvero, se è proposta una dilazione maggiore, che egli offra le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi;*
- 2) che il debitore offra al creditore per il pagamento dei suoi debiti la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato, tranne quelli indicati dall'art. 46, semprechè la valutazione di tali beni faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura indicata al n. 1."*

maggiormente sul contenuto del piano di concordato il quale, secondo la nuova formulazione, deve prevedere *“la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma”*.

Assume dunque assoluta centralità l'accordo tra imprenditore in crisi e la massa di creditori e, di converso, la drastica riduzione del ruolo del Tribunale.

Il controllo operato da quest'ultimo si risolverà, invero, nella formale verifica della completezza e regolarità della documentazione allegata nel ricorso e il raggiungimento della maggioranza di voti favorevoli per l'approvazione del piano concordatario³⁷.

La necessità di un intervento chiarificatore viene alimentata ancor di più con il successivo intervento del 2006 che, come noto, ha operato delle modifiche all'articolo 167 della l.fall. ove, al primo comma, viene soppressa l'attribuzione del ruolo direttivo del Giudice delegato (in ossequio al principio – di cui alla legge delega- volto a riequilibrare le posizioni riconosciute nell'ambito della procedura di concordato in capo ai diversi organi) mentre viene introdotta, dopo il secondo comma, l'innovativa disposizione secondo la quale il Tribunale, con il decreto di apertura della procedura di concordato preventivo ovvero con successivo provvedimento può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione³⁸.

Ebbene secondo autorevole dottrina, in ragione della modifica di cui al primo comma dell'art.167 discenderebbe che non è più possibile *“affermare che le iniziative*

³⁷ GENOVIVA P. *I limiti del sindacato di merito del Tribunale nel nuovo concordato preventivo*, ne *Il Fallimento*, 2006 p.361

negoziali del debitore si riferiscono sostanzialmente all'ufficio concorsuale che sovrintende all'andamento del procedimento perché la prosecuzione o l'interruzione dei rapporti in corso durante la pendenza del concordato preventivo non dipendono più dalle direttive degli organi della procedura, ma sono direttamente riconducibili alle intese che il debitore perfeziona con i suoi contraenti”³⁹.

Sotto altro profilo poi, a seguito delle modifiche del 2006 si veniva a creare una disomogeneità nella disciplina di fattispecie simili quali l'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento ed il “nuovo” concordato preventivo come risultante dalle riforme del 2005 - 2007.

Infatti, a fare data dal 2006, l'art. 104, comma 7, l. fall. in tema di esercizio provvisorio dell'impresa del fallito sancisce — sebbene limitatamente al fenomeno della successione nell'attività di impresa sia pure all'interno di un fenomeno di successione nell'attività d'impresa — la regola della continuazione dei contratti in corso “salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli”. E' di tutta evidenza, allora, l'asimmetria derivante dal fatto che nel caso di esercizio provvisorio dell'impresa il curatore poteva scegliere se dare corso o meno ai contratti pendenti, mentre nulla veniva detto sul punto dalle norme dettate in tema di concordato preventivo.

A fronte di tale anomalia è stata avanzata l'ipotesi di distinguere tra le diverse « funzionalizzazioni ⁴⁰» della procedura di concordato preventivo, rese possibili

³⁸ Cfr Relazione istruttoria al d. lgs. 9 gennaio 2006 n.5.

³⁹ LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2013, 441.

⁴⁰ Per una rassegna delle possibili « funzionalizzazioni » dei piani concordatari si v. BRUGGER G, *Art. 160. Profili aziendali*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da JORIO A. e coordinato da FABIANI M., Bologna, Zanichelli, 2007, **, 2315 e, più recentemente, PALETTA A.,

dalla flessibilità del contenuto del piano e della proposta, rimesso alla discrezionalità del debitore. Alcuni autori hanno osservato che laddove l'imprenditore avesse palesato nello stesso la volontà di non adempiere ad un contratto in corso, la prosecuzione dello stesso avrebbe dovuto ritenersi esclusa senza alcuna necessità di ottenere l'autorizzazione del Giudice delegato.

La mancata autorizzazione di quest'ultimo allo scioglimento avrebbe infatti comportato una sostanziale modifica del piano proposto dal debitore⁴¹.

In ogni caso occorre ricordare che la dottrina⁴², anche dopo gli interventi riformatori di cui sopra, ha mantenuto una posizione comunque orientata a negare la possibilità di applicare analogicamente sia le norme degli art. 72 e ss. all'ipotesi di concordato preventivo, nella convinzione che i rapporti giuridici preesistenti dovessero perseguire anche nel corso del concordato preventivo, con conseguente doverosità, per l'imprenditore, di adempiere i contratti pendenti.

Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime esperienze empiriche, in *Fallimento*, 2013, 1037 s.

⁴¹ In questo senso: FIMMANÒ F., *op.cit.*, 2006, p.1054.

⁴² VITIELLO M., *Gli effetti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda del fallito sui rapporti giuridici pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di SANZO S., Bologna Zanichelli, 2009, p.368 e ss.; AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato Cottino*, Padova, Cedam, 2008, XI, 1, p.100.

2. Il nuovo art.169 bis della Legge Fallimentare

Nel contesto normativo sopra enucleato è intervenuto il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con modificazioni con l. 7 agosto 2012, n. 134) che, nell'adottare misure finalizzate a sostenere la crescita e lo sviluppo economico del paese, ha apportato modifiche di rilievo anche alla legge Fallimentare, introducendo una regola generale per regolare la sorte dei contratti pendenti nel concordato preventivo. La disciplina cui si ha riguardo è contenuta nell'art. 169-bis l. fall. ed ulteriormente specificata nell'art. 186-bis, terzo, quarto e quinto comma l. fall. per l'ipotesi di concordato con continuità aziendale⁴³.

Più in particolare, l'art.169 bis sopra richiamato attribuisce al debitore la facoltà di chiedere al Tribunale l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso (ad eccezione di quelli esclusi, sui quali si dirà infra) o a chiedere la sospensione dei contratti per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta, corrispondendo al contraente un indennizzo - equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento - da soddisfare, in deroga al principio generale che prevede la

⁴³ Invero con riferimento al concordato con continuità aziendale il terzo comma dell'articolo 186 bis l. fall. dispone che *"fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione puo' beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni"*.

prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione della procedura concorsuale, quale credito anteriore al concordato.

La *ratio* di una tale disposizione è esplicitata nella stessa Relazione illustrativa al D.l.83/2012 laddove è riconosciuto che *“è tipico il caso in cui l'imprenditore in crisi si espone a maggiori costi rispettando l'impegno negoziale assunto che non sottraendosi ad esso e risarcendo la controparte per i danni subiti”*⁴⁴.

La disposizione manifesta la chiara volontà del Legislatore di favorire la soluzione concordataria della crisi consentendo al debitore di liberarsi da quei contratti eccessivamente penalizzanti che ostacolano il processo di riorganizzazione e concorsualizzando, contestualmente, il diritto di credito riconosciuto, al contraente *in bonis*, in virtù del venir meno del vincolo negoziale⁴⁵.

Come anche osservato dalla giurisprudenza *“la disciplina di cui all'art. 169-bis l. fall. è volta sia a favorire le soluzioni concordate della crisi di impresa consentendo all'imprenditore di sottrarsi, anche solo temporaneamente, all'esecuzione di disposizioni contrattuali non compatibili con le soluzioni di superamento della crisi prospettate sia ad evitare il maturare di ulteriori e diversi effetti pregiudizievoli quali il pagamento di debiti concorsuali in violazione del principio di cristallizzazione del passivo al momento dell'apertura del concorso”*⁴⁶.

Non stupisce pertanto che la riforma sia stata accolta favorevolmente anche dalla dottrina la quale ha chiarito che *“gli interventi di modifica della legge fallimentare*

⁴⁴ In D.L. 22 giugno 2012, n.83. *Misure urgenti per la crescita del Paese*, G.U. n.147 del 26.6.2012, Cna-Unioni-Costruzioni, p.27, disponibile on line all'indirizzo: <http://www.cna.it/UNIONI/Costruzioni/Primo-piano/DECRETO-LEGGE-22-giugno-2012-n.-83-Misure-urgenti-per-la-crescita-del-Paese-G.U.n.147-del-26-6-2012>.

⁴⁵FABIANI M., *op. cit.*, in *il caso.it*, 11 marzo 2013, p.4.

⁴⁶ Tribunale Pavia 24 novembre 2014.

tendono, da un lato, a spingere l'imprenditore a denunciare tempestivamente la propria situazione di crisi e a tutelare lo svolgimento dell'attività anche in una fase negativa preservando il valore dell'azienda e, dall'altro, a migliorare gli strumenti di composizione delle crisi di impresa, i quali oggi – a dispetto del carattere liquidatorio originario – hanno un ruolo invece sempre più centrale nella risoluzione delle impasse”⁴⁷.

Del resto, a ben vedere, la soluzione proposta dal Legislatore del 2012 rappresenta un punto di incontro tra le soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla sorte dei contratti pendenti.

Se da un lato, infatti, è stata disposta la continuazione dei contratti in corso di esecuzione dall'altro è stato concesso, al debitore concordatario, la facoltà di provocare – sia pure con l'autorizzazione del tribunale o (dopo l'ammissione alla procedura) del giudice delegato – la sospensione della loro esecuzione e, persino, il loro scioglimento (non esteso tuttavia alle eventuali clausole compromissorie in essi contenute)⁴⁸.

Trattasi di una disciplina sostanzialmente assimilabile a quella prevista dal settimo comma dell'art. 104 l. fall. per il caso di esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento, laddove è previsto che *“durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli”*.

Pertanto, a seguito dell'introduzione del nuovo articolo 169 bis l.fall., la prosecuzione dei rapporti contrattuali preesistenti in capo al debitore si eleva a regola generale in materia di effetti del concordato preventivo sui rapporti

⁴⁷ BUSANI A.- RUSCONI P., *Crisi di impresa e risanamento*, in *“le guide del Sole 24 Ore”*, n. 40, 13 luglio 2012.

⁴⁸ CENSONI P.F., *op.cit.*, in *Relazione al convegno di Studi su “le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento” svoltosi a Lanciano nelle giornate del 25 e 26 gennaio 2013*.

pendenti, applicabile tutte le volte in cui non sia espressamente richiesta la sospensione, o lo scioglimento, di uno o più contratti.

Appare interessante un raffronto tra la disciplina così come risultante dalle modifiche del 2012 e quella dettata in materia fallimentare, rispetto alla quale rimangono nette alcune differenze, le quali trovano la loro ratio nella circostanza, perdurante, che nel concordato preventivo il debitore conserva l'amministrazione dei beni e l'impresa⁴⁹.

Invero, mentre nel fallimento la regola generale è che alla pronuncia di insolvenza segue uno stato di quiescenza, equivalente ad una sospensione, dei contratti in corso di esecuzione, nel concordato preventivo la sospensione (così come lo scioglimento) deve essere espressamente richiesta dal debitore⁵⁰ in ragione dell'opposta regola della continuazione dei contratti in corso.

Inoltre, mentre in conseguenza della sospensione o dello scioglimento nella procedura fallimentare non sorge alcun diritto al risarcimento del danno in capo all'altro contraente, nel concordato preventivo sia l'una che l'altra scelta determinano l'obbligo di corrispondere al contraente *in bonis* "un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento", da considerare quale credito anteriore al concordato.

⁴⁹ BOZZA G., *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo, ne "il Fallimento" 9/2013*, p.1123 e ss.

⁵⁰ Ciò è quanto accade anche nel fallimento quando alla dichiarazione dello stesso segua la contestuale - o comunque immediata- apertura dell'esercizio provvisorio, ove la continuazione dell'attività economica comporta di regola la continuazione dei rapporti in corso di esecuzione (art. 104 l.fall.) o nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese (art. 50, D.Lgs n. 270 del 1999). Così BOZZA G., *op.cit.*, ne *il Fallimento*, n.9/2013, p.1124.

Infine, se mediante la disciplina di cui all'articolo 169 bis l.fall. "*il legislatore ha introdotto una disciplina di carattere generale, unitaria e completa ed applicabile a tutti i contratti ad eccezione di quelli espressamente esclusi dal quarto comma della disposizione⁵¹*", nella disciplina del fallimento continua a rinvenirsi una regolamentazione frastagliata, inorganica e per alcuni versi confusionaria.

Posta tale breve premessa, per meglio comprendere l'impatto che l'introduzione dell'articolo 169 bis l.fall. ha avuto sul sistema, appare necessaria un'analisi più dettagliata della disciplina introdotta, anche al fine di valutarne, successivamente, criticità ed aspetti problematici.

2.1. Aspetti sostanziali

Come già accennato, il riconoscimento in capo al debitore della facoltà di essere autorizzato allo scioglimento o alla sospensione dai contratti in corso di esecuzione conferma la regola, comunemente affermata in via interpretativa, dell'ordinaria continuazione dei rapporti pendenti.

La facoltà di cui all'articolo 169 bis, nonostante – come vedremo nel prosieguo – abbia generato diversi problemi applicativi (alcuni risolti con la riforma con a recente riforma del 2015, altri ancora aperti), tende a perseguire un equilibrio tra i vari interessi confliggenti, che vengono in rilievo in seguito alla riorganizzazione aziendale concordataria: l'interesse del contraente *in bonis* alla regolare esecuzione

⁵¹ LO CASCIO G., *Codice commentato del fallimento*, Milano, IPSOA, 2013

del contratto; quello dei creditori concorsuali a non subire maggiori costi derivanti dalla mancata sospensione del contratto stesso; l'interesse dell'impresa a portare avanti il piano libero dal peso di contratti, ancora pendenti, non funzionali all'*avvianda* opera di ristrutturazione⁵².

Sul punto anche la giurisprudenza ha chiarito che *“la ratio ispiratrice della disciplina che consente lo scioglimento o la sospensione dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo, rappresenta un’equilibrata soluzione di compromesso tra le esigenze dell’imprenditore in crisi e il sacrificio imposto al contraente in bonis”*⁵³.

In via del tutto preliminare – e tralasciando, per il momento, la dibattuta questione relativa all'ampiezza della nozione, contenuta nella norma in esame – appare utile chiarire quali sono i contratti in corso di esecuzione dai quali l'imprenditore ha facoltà di sciogliersi (ovvero dei quali può chiedere la sospensione).

Può essere definito in corso di esecuzione quel contratto già concluso⁵⁴, ma ineseguito ovvero non ancora completamente eseguito da entrambe le parti contraenti, *“con la conseguenza che il contratto non può essere sciolto laddove il contraente in bonis abbia già interamente eseguito la propria prestazione e quello in concordato non abbia ancora adempiuto alle proprie obbligazioni”*⁵⁵.

⁵² FABIANI M., *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi di impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, p.1265.

⁵³ Corte d'Appello di Venezia, Sent. del 26.11.2014.

⁵⁴ Secondo il disposto dell'articolo 1326 c.c. un contratto può dirsi concluso *“nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte”*. Le modalità operative mediante le quali può addivenirsi al perfezionamento di un contratto sono diverse e sono suddivise dalla dottrina tra quelle *“a formazione istantanea* e quelle *“a formazione progressiva”*. Rientrano in tale ultima categoria quei contratti conclusi a seguito di una serie di trattative e negoziati.

⁵⁵ Tribunale di Bergamo, Sentenza del 11 marzo 2015.

Tanto chiarito a fronte dell'ingresso nella procedura concordataria, l'imprenditore potrà dunque scegliere di:

- proseguire regolarmente i contratti in corso di esecuzione, i quali non saranno risolti per effetto della procedura concorsuale;
- domandare lo scioglimento e/o la temporanea sospensione del rapporto, in modo da essere liberato dall'esecuzione di una prestazione divenuta superflua o eccessivamente onerosa.

Ove sussistano inadempimenti preesistenti al deposito del ricorso, il debitore dovrà invece compiere una valutazione in ordine alla funzionalità della prosecuzione del contratto in relazione al progetto di ristrutturazione dell'impresa.

Laddove decidesse nel senso dello scioglimento e/o della sospensione temporanea il debito preesistente al concordato e l'indennizzo ex articolo 169 bis l.fall. saranno soddisfatti come crediti concorsuali; viceversa, laddove si resolvesse nel senso della prosecuzione, i crediti sorti successivamente al ricorso dovranno essere regolarmente soddisfatti ed il piano concordatario dovrà tenere conto di tali costi (da soddisfarsi in prededuzione); i crediti anteriori, invece, dovranno considerarsi come crediti concorsuali e, come tali, dovranno essere soddisfatti nei tempi, nelle forme e nei modi cui alla proposta⁵⁶.

⁵⁶ TRAVERSO N., *Concordato preventivo, I contratti pendenti e tutele del contraente in bonis*, SLACC – FOCUS ON, www.slacc.it

2.1.1. L'art.169 bis l.fall.ed il concordato preventivo "in bianco"

L'articolo 33, primo comma, lett. b), n.4 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 ha introdotto la figura del c.d. concordato in bianco o con riserva ossia la facoltà per l'imprenditore che presenta richiesta ex articolo 161 l.fall. di posticipare il momento della presentazione del piano concordatario, beneficiando degli effetti dell'accesso alla procedura concordataria⁵⁷.

Invero, il sesto comma dell'articolo 161 l.fall autorizza l'imprenditore a *"depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione [...] un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni"*.

Attraverso tale strumento invero si permette al debitore che intenda accedere alla soluzione concordataria di far discendere dalla sola manifestazione di volontà in tal senso le tutele ad essa riconnesse, evitando aggressioni del patrimonio da parte dei creditori in grado di pregiudicare la fattibilità del piano stesso⁵⁸.

⁵⁷ Per un approfondita analisi dell'istituto si veda . FABIANI M., *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo* , in *Il Caso.it*, II, 313/2012.

⁵⁸ PANZANI L. in *Speciale decreto sviluppo: il concordato in bianco*, su www.ilfallimentarista.it del 14 settembre 2012 osserva che: *"da molti era stata segnalata la difficoltà per il debitore di predisporre il piano senza beneficiare nelle more di protezione nei confronti delle azioni esecutive dei creditori, oltre che dei sequestri e delle ipoteche giudiziali, iniziative tutte idonee a compromettere il buon risultato del piano. Lo spatium deliberandi concesso al debitore può così essere utilizzato sia per predisporre il piano e consentire all'esperto attestatore di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano stesso, sia per raggiungere accordi con i creditori diretti a facilitarne il buon esito"*.

La compatibilità della figura del concordato preventivo in bianco e la disciplina dei contratti pendenti costituisce uno dei punti cruciali sul quale dottrina e giurisprudenza si sono a lungo confrontate nel corso degli anni.

Il silenzio serbato dal legislatore anche con riferimento a tale punto, ha diviso infatti coloro che hanno inteso il generico richiamo, operato dall'articolo 169 bis l.fall. (al ricorso ex articolo 161 l.fall.) come segno dell'estensione di tale istituto alla figura del concordato in bianco da coloro che ne hanno dedotto invece la categorica esclusione.

L'oscillar dell'una e dell'altra interpretazione è dovuto all'assenza, in questi anni, di un intervento chiarificatore ad opera della giurisprudenza di legittimità volto ad indicare i confini del nuovo istituto ed al contempo ad arginare possibili condotte fraudolente da parte di imprenditori che simulino l'esistenza di una crisi aziendale.

Ben potrebbe accadere invero, nell'odierno stato di incertezza, che un imprenditore, simulando un apparente momento di difficoltà, presenti una richiesta di concordato in bianco, indicando i rapporti che, a suo dire, ostacolano la propria ripresa e dai quali, quindi, intende sciogliersi offrendo un indennizzo e, ottenuta l'autorizzazione, alla scadenza del termine di presentazione del piano rimanere inerte.

Attraverso tale pratica, il soggetto si troverà, a mantenere l'attività di impresa sollevato da alcuni impegni contrattuali liquidati mediante un mero indennizzo con l'unico limite di non poter presentare per un altro biennio un'altra domanda di concordato.

Le motivazioni a sostegno della tesi dell'inapplicabilità dell'articolo 169 bis l.fall alla proposta, per così dire prenotativa, sono di diverso genere.

Come anticipato in premessa, uno degli argomenti posti alla base della tesi dell'inapplicabilità fonda le proprie ragioni sul dato letterale della disposizione contenuta nell'articolo 169 bis l.fall allorquando nello stabilire che il debitore "*con ricorso di cui all'articolo 161*" possa chiedere di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del medesimo ricorso non fa alcun richiamo al concordato con riserva.

Ad escludere che l'assenza di un richiamo costituisca una semplice dimenticanza depone il fatto che il legislatore tutte le volte in cui ha ritenuto di estendere la portata di una norma anche alla nuova figura del concordato con riserva lo ha espressamente menzionato⁵⁹.

Pertanto mai come in questo caso l'esclusione del riferimento al concordato con riserva dimostrerebbe la chiara volontà del legislatore di escludere, per tale procedura, l'accesso agli istituti dello scioglimento e della sospensione compresi nell'articolo 169 bis l.fall.

⁵⁹ Osservando altre disposizioni introdotte nel 2012 contenute negli artt. 182 quinquies e 182 sexies è agevole constatare infatti che l'applicabilità anche al concordato in bianco è in essi chiaramente esplicitata. Invero nell'articolo 182 quinquies si legge che: "*il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo [...] può chiedere al tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111*"; allo stesso modo l'articolo 182 sexies dispone che "*Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, [...] e sino all'omologazione n non si applicanogli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile*".

Altro orientamento, aderente alla tesi dell'inapplicabilità, dai contenuti maggiormente convincenti, ricollega l'incompatibilità del concordato in bianco con la proposta di scioglimento e sospensione alla stessa natura dell'autorizzazione ex articolo 169 bis l.fall.

Invero, a parere di alcuni, l'incidenza che lo stesso provvedimento autorizzativo esplica sugli interessi confliggenti, unita all'indubbia irreversibilità dei suoi effetti sarebbe del tutto incompatibile con l'approssimazione propria del concordato in bianco⁶⁰.

Come osservato in un pronuncia di merito, lo stesso strumento introdotto dall'articolo 169 bis trova ragione e sostegno solo con riferimento ad una proposta concordataria che possa dirsi quantomeno completa dei suoi elementi essenziali anche perché, in caso contrario, non si comprenderebbe su quale elemento valutativo possa fondarsi l'autorizzazione stessa.

Senza contare il rischio che l'imprenditore allo scadere del termine richiesto ed autorizzato allo scioglimento possa scegliere, in assenza di disposizioni che lo vietano, di adottare soluzioni incompatibili con la disciplina dello scioglimento come ad esempio la richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex articolo 182 bis l.fall in riferimento alla quale non è ammessa possibilità di scioglimento.

Nonostante le soluzioni poste finora possano dirsi plausibili, quantomeno sul piano logico appare doveroso evidenziare che la maggioranza della dottrina e

⁶⁰ In tale senso, appunto: Trib. Pistoia 30 ottobre 2012; LAMANNA A, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *Il fallimentarista.it* del 26 novembre 2012, consapevole dell'inevitabile estensione della norma, quanto meno in via astratta, ma concretamente esigente il deposito della proposta e del piano definitivi.

della giurisprudenza propendono negli ultimi tempi e sempre con maggiore adesione, per la speculare soluzione dell'applicabilità della disciplina dell'art. 169 bis l.fall. al concordato in bianco.

Tale impostazione non sottovaluta gli stessi timori dell'orientamento contrario ma ha il pregio di sviluppare soluzioni che appaiono condivisibili.

Anche in questo verso la soluzione viene dal dato letterale ma muove da premesse diametralmente opposte.

L'orientamento in esame, invero, partendo dall'assunto dell'unicità dell'istituto del concordato preventivo ritiene che con il richiamo operato dall'articolo 169 bis il Legislatore si riferisca all'istituto del concordato nella sua interezza e comprensivo, pertanto, anche della disposizione sul concordato con riserva contenuta nel sesto comma dello stesso⁶¹.

Simile nelle premesse ma con risvolti di maggior praticità è l'orientamento venutosi a formare successivamente.

Non v'è dubbio che il generico richiamo operato dall'articolo 169 bis l.fall. comprenda anche l'ipotesi di tipo "prenotativo", ma l'accesso alla facoltà di scioglimento o sospensione potrà dirsi legittimamente concesso solo in presenza di un ricorso corredato da adeguate indicazioni.

⁶¹ Come rilevato da BENASSI F., *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169 bis l.f. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, in *www.ilcaso.it*, 1.1.2014 "la domanda di concordato è, in sostanza, una sola e si può presentare completa di tutto quanto previsto dall'art. 161 oppure, in base al comma sesto, riservandosi di presentare proposta, piano e documentazione in un secondo momento, nel termine concesso dal tribunale.". Sulla medesima posizione si veda: Corte di Appello di Venezia 20 novembre 2013, Trib. Terni, 27 dicembre 2013, che sul punto afferma che "l'applicabilità della disciplina contenuta nell'articolo 169 bis L.F. è al concordato con riserva, in quanto il riferimento al "ricorso di cui all'art. 161", contenuto nell'art. 169-bis l.fall., possa riguardare non solo il comma 1 (domanda di

Ed invero, come osservato in una decisione di merito “*la valutazione della effettiva opportunità per la procedura di evitare la prosecuzione dei contratti*”, non potrà essere effettuata “*in assenza di elementi quali la tipologia di concordato che il debitore intende perseguire, l’esposizione della situazione economica aggiornata, l’incidenza della prosecuzione dei contratti sul passivo concordatario, l’inutilità dei beni e servizi oggetto di tali contratti per l’eventuale prosecuzione dell’attività di impresa in caso di presentazione di domanda di concordato in continuità*”⁶².

Il pregio di una simile impostazione risiede nel riuscire così a far sì che istanze palesemente pretestuose o non sorrette da un’utilità per i creditori possano essere facilmente disattese dal Giudice.

L’estrema lucidità e coerenza di una simile impostazione ha definitivamente capovolto l’orientamento iniziale della dottrina e della giurisprudenza che, confortata dalla prescrizione di una *disclosure* seppur minima, oggi propende sicuramente per l’ipotesi applicativa.

concordato definitiva) ma anche il comma 6 (domanda di concordato con riserva), pur in mancanza di un esplicito riferimento a quest’ultimo”.

⁶² Trib. Monza, 16 Gennaio 2013. Nello stesso senso Trib. Mantova, 27 settembre 2012; Trib. Ravenna, 24 dicembre 2012 secondo il quale: “*Lo scioglimento dei contratti pendenti di cui all’articolo 169 bis, legge fallimentare, non può essere disposto a fronte di una domanda di concordato preventivo con riserva che non offra elementi di conoscenza in ordine alle linee essenziali del piano, all’attivo, al passivo ed alla possibilità di soddisfacimento del ceto creditorio e che non offra, quindi, la possibilità di verificare che gli effetti irreversibili prodotti dallo scioglimento dei contratti siano conformi alla migliore realizzazione del piano e finalizzati al miglior soddisfacimento dei creditori*”; Trib. Monza, 21 gennaio 2013; Trib. Roma, 20 febbraio 2013 su www.ilfallimentarista.it; Trib. Piacenza, 5 aprile 2013; Trib. Genova, 4 novembre 2013; Trib. Pavia, 4 Marzo 2014; Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, che osserva “*L’eventuale accoglimento dell’istanza di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione ai sensi dell’articolo 169 bis L.F. proposta nella fase del concordato con riserva presuppone la necessaria sintetica disclosure sulle finalità della procedura, al fine di consentire un vaglio consapevole da parte del tribunale anche alla luce del problema della natura permanente degli effetti nell’ipotesi in cui la procedura concordataria non giunga conclusione*”.

È opportuno a questo punto richiamare un ulteriore orientamento, formatosi in seno a tale tesi, secondo cui l'applicabilità del 169 bis al concordato in bianco debba essere limitata alla sola richiesta di autorizzazione alla sospensione che, solo al deposito del piano concordatario, si tramuterebbe in un vero e proprio scioglimento del contratto⁶³.

In tal modo si vedrebbe ancor più diminuito se non addirittura azzerato il rischio di possibili fraudolente strumentalizzazioni di richieste "prenotative", stante la natura non definitiva della sospensione che farebbe rivivere il contratto se alla scadenza il debitore rimanga inerte o scelga soluzioni incompatibili con l'articolo 169 bis l.fall.

Le ultime pronunce in materia sembrano però in ogni caso avvalorare la tesi dell'applicabilità dell'istituto contenuto nell'articolo 169 bis nella sua interezza e dunque anche dello scioglimento, fermo restando *"un obbligo di disclosure da parte del debitore finalizzato a fornire all'autorità giudiziaria che deve decidere e ai contraenti in bonis che devono poter organizzare le loro difese e motivare l'eventuale dissenso, elementi di valutazione sufficienti ai fini rispettivamente dell'autorizzazione e dell'esercizio del diritto di difesa"*⁶⁴.

⁶³ Tribunale di Busto Arsizio, 11 febbraio 2013; Tribunale di Bergamo 7 giugno 2013; Nel decreto del Tribunale di Vicenza, 25 giugno 2013, la presa di posizione appare più netta: *"La norma di cui all'art. 169bis l.f. si applica al preconcordato solo per la parte in cui prevede la sospensione dei contratti pendenti, che non ha effetti definitivi"*. Una nota a parte richiede il provvedimento del Tribunale di Udine, 25 settembre 2013, su www.ilcaso.it, in cui i giudici, dovendo giudicare in merito ad una richiesta di mera sospensione, ne affermano la compatibilità col concordato in bianco solo se la richiesta è sufficientemente motivata. Non si esprimono se tale ragionamento sia compatibile anche con una richiesta di scioglimento, ma dal tenore dell'argomentazione ritengo sia da preferibile il no".

⁶⁴ Corte di Appello di Milano decreto del 05 febbraio 2015.

2.1.2. La tutela del contraente *in bonis*

Dopo aver individuato l'ambito di applicazione del nuovo articolo 169 bis, delineandone il significato e l'estensione, è ora opportuno comprendere quali siano i riflessi delle scelte operate dal debitore in merito ai rapporti contrattuali pendenti alla data del ricorso.

La previsione contenuta nell'articolo 169 bis l.fall. consente al debitore che abbia presentato, mediante ricorso, la richiesta di accesso al concordato preventivo o dopo l'ammissione di chiedere al giudice delegato di essere autorizzato "*a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso*" ovvero a "*la sospensione del contratto per non piu' di sessanta giorni, prorogabili una sola volta*".

E' pertanto doveroso a questo punto chiedersi quali siano gli strumenti che il contraente *in bonis* possa azionare nel caso in cui il Giudice delegato autorizzi simili richieste.

Prima di procedere all'analisi degli strumenti a disposizione del contraente *in bonis* nel caso in cui il debitore venga autorizzato a sciogliere il contratto o a sospendere lo stesso sarà opportuno affrontare l'eventualità in cui il debitore, tra le soluzioni messe a disposizione dal Legislatore, non presenti alcuna richiesta, scegliendo quindi la prosecuzione del contratto.

In tale evenienza tale rapporto, secondo la regola generale, seguirà il suo corso secondo l'assetto stabilito dalle parti e ad esso si applicherà la disciplina di diritto

comune ed i connessi mezzi di tutela quali l'eccezione di inadempimento e la sospensione della propria prestazione⁶⁵.

L'eccezione di inadempimento (ex art. 1460 c.c.) potrà dirsi utilmente azionata al ricorrere di due presupposti:

- la presenza di un contratto a prestazioni corrispettive;
- l'inadempienza del debitore o la mancata offerta di adempiere contemporaneamente alla prestazione dell'altro contraente.

È doveroso sottolineare a questo punto però che tale strumento non sarà spendibile con riferimento a tutte le fattispecie contrattuali.

Nello specifico, l'eccezione di inadempimento sarà praticabile con riferimento ai soli contratti ad esecuzione istantanea, successivi all'apertura del concordato preventivo, e non a quelli di durata⁶⁶.

⁶⁵ La prosecuzione del rapporto contrattuale non è ovviamente incompatibile con la rinegoziazione fra le parti delle condizioni del medesimo, così come pattuite in origine, allo scopo di adeguarle al mutato assetto della realtà economica sottostante, segnalato dal ricorso (di uno dei contraenti) alla procedura concorsuale di concordato: infatti, secondo un'opinione accreditata nella giurisprudenza teorica e pratica (v., per quest'ultima, Cass. Civ. del 20 aprile 1994, n. 3775; Cass. Civ., del 18 settembre 2009, n. 20106), si deve affermare la sussistenza, nei contratti di durata, di un obbligo a rinegoziare, avente la sua fonte nel principio di buona fede. Cfr. in tal senso Trib. Bologna, 26.04.2013

⁶⁶ Il discrimine tra le due ipotesi contrattuali viene individuato nella differente funzione che è svolta dal fattore temporale: indifferente rispetto alla prestazione dedotta in obbligazione nei contratti ad esecuzione istantanea (in cui l'eventuale esecuzione differita non rileva come fattore temporale, in quanto la prestazione è comunque unica ma soltanto frazionata nel tempo, es. vendita a consegne ripartite); mentre nei contratti di durata il fattore temporale individua il momento di estinzione dell'obbligazione. In essi, infatti, essendo "unico il sinallagma genetico ma plurimi i sinallagma funzionali", il decorso del tempo individua la separazione in singoli periodi di esecuzione della prestazione e conseguenti singole rate del corrispettivo. Sempre con riferimento ai contratti di lavoro il Tribunale di Udine 04 dicembre 2014 ha chiarito che: *"I rapporti di lavoro subordinato rientrano nel novero dei contratti di durata, ove le reciproche coppie di prestazioni (lavoro-retribuzione) vanno valutate alla stregua del tempo in cui vengono rese. Conseguentemente, i crediti per prestazioni dei lavoratori dell'impresa insolvente poste in essere prima della domanda di concordato ed*

Ciò in virtù di quanto stabilito nell'articolo 168 l.fall. secondo il quale: *“dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore [al decreto] non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore”*.

Ed infatti, mentre nei contratti ad esecuzione istantanea la prestazione è unitaria ed al rifiuto di ottemperare potrà utilmente essere opposto il rimedio ex art. 1460 c.c. senza la violazione disposto dal citato articolo 168 l.fall, nel contratto di durata, la fisiologica scindibilità delle prestazioni anteriori da quelle successive al concordato preventivo comporterà l'inevitabile assoggettamento delle stesse alla regola della concorsualità.

Oltre all'eccezione di inadempimento il contraente *in bonis* potrà opporre la sospensione della propria prestazione, ai sensi dell'articolo 1461 c.c., qualora le condizioni patrimoniali dell'altro siano divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione⁶⁷.

Tale rimedio legittima una reazione ad una mutazione *in peius* delle condizioni di solvibilità dell'altro contraente che fanno presumere la futura impossibilità di ottenere la prestazione pattuita.

ancora insoddisfatti rientrano nell'ambito del concorso, mentre quelli relativi a prestazioni posteriori debbono essere soddisfatti regolarmente, alle scadenze contrattuali previste. Al riguardo, va precisato che non assume alcun rilievo il momento di esigibilità delle retribuzioni, in quanto esso non determina la natura concorsuale o meno del credito, dovendo, invece, aversi riguardo al momento in cui sono state svolte le prestazioni, adottando eventualmente i criteri fissati dai contratti collettivi per stabilire la quota giornaliera od oraria.

⁶⁷ A norma dell'articolo 1461 c.c.: *“Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia”*.

In tale caso l'unico rimedio azionabile dal debitore, per evitare tale azione, sarà quello di anticipare la propria prestazione o offrire idonee garanzie.

Come spiegato con riferimento all'eccezione di inadempimento, anche in questo caso il contraente *in bonis* potrà utilizzare lo strumento contenuto nell'articolo 1461 c.c. solo con riferimento ai contratti ad esecuzione istantanea e non per quelli di durata nei quali come egregiamente riassunto da autorevole dottrina "*il principio di concorsualità prevale sul vincolo di sinallagmaticità*"⁶⁸.

Nel caso in cui l'inadempimento sia di particolare gravità il creditore potrà esperire anche il rimedio della risoluzione.

Nessuna questione si pone con riferimento alla domanda di risoluzione inoltrata prima della pubblicazione del ricorso sul registro delle imprese.

Del resto in maniera analoga dispone l'articolo 72 l.fall.

Dibattuta è invece l'ammissibilità di un'istanza risolutiva che si collochi dopo la pubblicazione del ricorso, sebbene riferibile ad un inadempimento preesistente.

In realtà tale problema è solo di natura teorica posto che, a differenza di quanto accade nel fallimento, nelle stesse norme sul concordato preventivo, la norma non opera alcuna distinzione tra la domanda di risoluzione avanzate prima o dopo l'avvio della procedura.

Le relative conseguenze risarcitorie o restitutorie saranno regolate al di fuori del concorso, per via della formazione del titolo in epoca successiva all'apertura del concordato preventivo.

Anche qui, è doveroso specificare che le prestazioni verso le quali potrà domandarsi la risoluzione saranno solo e soltanto quelle nate in seno alla

procedura concorsuale. Nel caso in cui si tratti dell'esecuzione di un rapporto di durata concluso anteriormente alla richiesta di concordato, la scindibilità delle singole prestazioni provocherà il loro inserimento all'interno della procedura concorsuale.

Qualora il debitore voglia invece esercitare la facoltà prevista dall'articolo 169 bis dispone il diritto del contraente *“ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento”*, che verrà *“soddisfatto come credito anteriore al concordato, ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità' agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda”* di concordato preventivo.

Il credito anteriore al concordato non viene qualificato, quindi, come credito prededucibile, bensì come credito concorsuale.

La natura concorsuale dell'indennizzo comporta che tale credito, come tutti quelli concorsuali, debba essere incluso nell'elenco da allegare al ricorso introduttivo e contemplato nel piano tra i crediti chirografari da soddisfare.

L'ammontare dell'indennizzo sarà quindi determinato dal debitore ed allegato nel momento della presentazione del ricorso senza che su esso possa in alcun modo intervenire il Giudice.

Il sistema delineato nell'articolo 169 bis ed *in primis* la natura concorsuale dell'indennizzo si pone in evidente discrasia con quanto stabilito dall'articolo 111 l.fall. che, in tema di scioglimento dei contratti in presenza di una procedura

⁶⁸ PATTI A., *Contratti in corso di esecuzione, Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento, ne il Fallimento*, 3/2013 p.267.

fallimentare, classifica come *“crediti prededucibili quelli [...] sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali”*⁶⁹.

La differente disciplina è stata vista come *“un’evidente ed ingiustificata penalizzazione in capo alla parte adempiente, che si è venuta a trovare in tale situazione per cause indipendenti dalla propria volontà, ovvero imputabili allo stato di crisi dell’altro contraente”*⁷⁰.

Più in particolare tale orientamento ha visto tale scelta come un’illogica deroga ai principi generali perché collocandosi l’autorizzazione del Tribunale all’interno della procedura concorsuale il risarcimento dovrebbe avere natura di credito prededucibile⁷¹.

A ben vedere, come osservato intelligentemente da altra parte della dottrina, *“la concorsualizzazione dell’indennizzo non si pone come una deroga ai principi generali, ma ne costituisce una applicazione giacché si ricollega ad un comportamento anteriore all’ingresso alla procedura”*.

⁶⁹ Art. 111 l.fall. dispone che *“Le somme ricavate dalla liquidazione dell’attivo sono erogate nel seguente ordine:*

1) per il pagamento dei crediti prededucibili (1);

2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l’ordine assegnato dalla legge;

3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell’ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa.

Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma.

⁷⁰BANA M. - CERATO S., D.L. 22 giugno 2012, n. 83 - *Concordato preventivo: disciplina speciale per continuità aziendale e contratti pendenti* in *Il Fisco*, n. 29/1, pagg. 4595 ss; nello stesso senso PENTA A., *il Concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6/2012, pag. 685.

Ciò in ragione del fatto che l'autorizzazione del Tribunale o del Giudice è volta a *“rimuovere un limite all'esercizio di un diritto o di un potere già attribuito dalla legge ad un soggetto”* indi significando *“che il momento genetico cui ricollegare lo scioglimento del contratto è quello in cui viene manifestata la relativa volontà da parte del debitore, rispetto alla quale l'autorizzazione si pone come una ratifica che rimuove, con effetti ex tunc un ostacolo giuridico alla piena efficacia dell'atto”*⁷².

V'è altresì da rilevare che l'estensione del regime di prededucibilità anche con riferimento all'indennizzo, avrebbe comportato il forte rischio di erosione del patrimonio della società, situazione questa fortemente incompatibile con le finalità stesse del concordato riformato.

Attraverso tale meccanismo invece *“l'onere che si accompagna allo scioglimento del contratto viene assai contenuto ed inserito nel coacervo dei vari debiti concordatari”*⁷³ permettendo all'imprenditore di far funzionare il modulo concordatario prescelto in un'ottica di continuità e superamento del periodo di crisi.

Con riferimento alla quantificazione dell'indennizzo, l'assenza di una chiara indicazione del testo normativo non può che condurre ad una soluzione ispirata alla natura conservativa del concordato preventivo che rimetterà all'imprenditore, almeno in principio, la quantificazione del debito.

⁷¹ VITIELLO M., *Scioglimento e sospensione dei contratti pendenti nel concordato con riserva*, ne il *Fallimentarista*, 13 maggio 2013. p.2.

⁷² FABIANI M., *op.cit.*, reperibile on line su *www.ilcaso.it*, 11 marzo 2013, p. 4. *“il quale in estrema sintesi ribadisce Il fatto genetico dal quale germina lo scioglimento è la volontà del debitore e questa volontà deve porsi a monte dell'ingresso in procedura; poi, poco importa che l'autorizzazione sia rilasciata dal tribunale o dal giudice delegato”*.

⁷³ INZITARI B., *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art 169 bis l.fall.*, su *www.ilfallimentarista.it*, p.3

Il dissenso del contraente *in bonis* circa la quantificazione dell'indennizzo potrà essere fatta valere nell'ambito di un giudizio ordinario di cognizione in quanto, come del resto osservato dalla recente giurisprudenza di merito, il Giudice delegato potrà intervenire in via provvisoria soltanto nei limiti e per gli effetti di cui all'articolo 176, comma 1, l.fall⁷⁴. *“ammettendo in tutto o in parte il credito contestato ai soli fini del voto per il calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi la pronuncia definitiva sulla sussistenza del credito stesso”*⁷⁵.

2.2. Profili Procedimentali

Di seguito si offrirà un'analisi delle fasi di cui si compone la presentazione della richiesta a norma dell'169 bis l.fall, lasciando l'approfondimento dei riflessi problematici, come ad esempio l'assenza di un'esplicita previsione dell'audizione del contraente *in bonis*, alla successiva trattazione condotta anche alla luce delle

⁷⁴ Art. 176, c.1 l.fall.: *“Il Giudice delegato può ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi”*.

⁷⁵ Tribunale Treviso 24 febbraio 2015; Tribunale Pistoia 09 luglio 2013; Tribunale Padova 26 marzo 2013. In via generale S.S. UU, *“Nella valutazione delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato preventivo, qualunque sia la sede in cui avvenga, al Tribunale non è consentito il controllo sulla regolarità ed attendibilità delle scritture contabili, ma è permesso il sindacato sulla veridicità dei dati aziendali esposti nei documenti prodotti unitamente al ricorso (art. 161, secondo comma, lett. a, b, c, e d, legge fall.), sotto il profilo della loro effettiva consistenza materiale e giuridica, al fine di consentire ai creditori di valutare, sulla base di dati reali, la convenienza della proposta e la stessa fattibilità del piano. Resta, invece, precluso ogni sindacato sulla stima del valore degli elementi patrimoniali effettuata dal professionista attestatore, salvo il caso di incongruenza o illogicità della motivazione”*.

recenti integrazioni intervenute ad opera del D.L. 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla Legge 6 agosto 2015, n. 132

2.2.1. Il contenuto della domanda di scioglimento e/o sospensione

L'ampio margine di discrezionalità di cui si connota la formulazione del piano concordatario da parte del debitore si rinviene anche nella scelta dei rapporti da proseguire e quelli da sciogliere⁷⁶.

In tale sede l'imprenditore è chiamato ad operare una seria valutazione dei singoli rapporti negoziali pendenti al momento della presentazione del ricorso da cui potrà dipendere l'intera fattibilità del piano concorsuale.

Più in particolare *“nel caso di prosecuzione ad esempio il debitore deve valutare la presenza di risorse che gli consentano di adempiere regolarmente al contratto, mentre nel caso di scioglimento, dovrà considerare tra le passività da strutturare l'indennizzo da scioglimento del contratto^{77”}.*

Alcuni rapporti in essere, invero, se consapevolmente gestiti, possono fungere da base sulla quale ricostruire e dar coerenza allo stesso piano concordatario.

La persistenza di altri rapporti, al contrario può produrre un'ulteriore indebolimento del patrimonio dell'impresa. Si ricorda infatti che i debiti sorti in costanza di procedura, assistiti dalla prededuzione, potrebbero infatti

⁷⁶ INZITARI B., *op. cit.* equipara tale potere ad un diritto potestativo che la legge attribuisce all'imprenditore che accede al concordato preventivo.

⁷⁷ Tribunale Modena 7 aprile 2014.

pregiudicare irrimediabilmente la consistenza del patrimonio dell'impresa giungendo, in alcuni casi, a danneggiare i creditori e persino a pregiudicare la fattibilità della proposta concordataria⁷⁸.

Il reale intento dell'introduzione della norma contenuta nell'articolo 169 bis, lo si legge nella relazione illustrativa al D.L. 22 giugno 2012, n. 83 che ha introdotto l'art. 169-bis l. fall. è proprio quello di facilitare la soluzione della crisi dell'imprenditore che *"sottraendosi all'impegno contrattuale e pagando al terzo l'indennizzo parametrato, [...], al risarcimento del danno da inadempimento"* viene così liberato dall'obbligo di mantenere in vita determinati contratti ed esporsi, per l'effetto, a costi maggiori.

E', quindi, la stessa disciplina del concordato ad affidare al debitore l'onere di progettare una modalità di superamento della crisi; a lui spetta la scelta di proporre o meno un concordato ed a lui solo è affidato il compito di determinare il contenuto della proposta e del piano.

Proprio a fronte dell'importanza che riveste la domanda del debitore quest'ultima non può essere generica o riguardare indiscriminatamente tutti i rapporti in corso, ma al contrario dovrà contenere una indicazione puntuale dei contratti oggetto di

⁷⁸ Come evidenziato dal Tribunale di Modena nella sentenza del 07 aprile 2014: *"Nel caso di prosecuzione ad esempio il debitore deve valutare la presenza di risorse che gli consentano di adempiere regolarmente al contratto, mentre nel caso di scioglimento, dovrà considerare tra le passività da strutturare l'indennizzo da scioglimento del contratto. L'ipotesi della prosecuzione o dello scioglimento dei contratti di cui all'articolo 169 bis L.F. deve essere valutata dal proponente e gli effetti che ne conseguono devono formare oggetto del vaglio di veridicità e fattibilità del professionista attestatore nell'ambito della propria relazione ai sensi dell'articolo 161, comma 3, L.F., mentre al tribunale spetta la verifica di conformità e di funzionalità dello scioglimento dei contratti alla soluzione concordataria in concreto presentata, fino al possibile diniego dell'ammissione alla procedura ai sensi dell'articolo 162 L.F., laddove lo scioglimento o la prosecuzione siano palesemente in contraddizione con tale soluzione o con la sua sostenibilità"*.

autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione e delle ragioni giustificatrici, nell'ottica del piano di concordato e della sua migliore riuscita⁷⁹.

La progettazione del piano sarà poi oggetto di valutazione da parte di un professionista che si occuperà di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo, a norma dell'articolo 161 comma 3 l.fall..

2.2.2. Il provvedimento autorizzativo

Altra rilevante questione che si pone con riferimento al provvedimento emesso a norma dell'articolo 169 bis l.fall. concerne il criterio selettivo in base al quale il Tribunale orienta la propria decisione nel senso di autorizzare o meno lo scioglimento o la sospensione dei contratti pendenti indicati dal debitore nel ricorso.

La questione interpretativa *de qua* assume rilevanza in quanto nell'articolo 169 bis l.fall. non viene esplicitato nè l'oggetto nè l'ampiezza del controllo effettuato alternativamente dal Giudice o dal Tribunale.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale l'assenza di una indicazione in merito al criterio selettivo che il Tribunale deve operare sulla richiesta di autorizzazione non può essere interpretato se non nel senso dell'assenza di un criterio selettivo "*potendosi anche ritenere che si tratti di una mera presa d'atto di un*

⁷⁹ Così PATTI A, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 265.

*diritto potestativo del debitore che sceglie di sciogliersi da un determinato rapporto giuridico nell'ambito di un proprio disegno imprenditoriale"*⁸⁰.

Un orientamento che appare maggiormente convincente ritiene invece che un criterio esista e debba essere ricercato nella valutazione della funzionalità della sospensione o dello scioglimento dei contratti rispetto al piano concordatario ed altresì alla migliore soddisfazione dei creditori⁸¹.

La posizione *testé* richiamata trae certamente ispirazione anche da quanto stabilito in linea generale dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione circa le dimensioni della verifica che il Tribunale opera sulla fattibilità del piano concordatario.

Il Supremo Collegio invero chiarisce che *"il Giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato"* da attuarsi

⁸⁰ Tribunale di Salerno 25.10.2012. In dottrina AMBROSINI S. – DE MARCHI P.G., *op.cit.*, 2005, p.89; GUGLIELMUCCI L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino 2005, p.89 ss; PACCHI PESUCCI S., *L'ammissione al concordato*, in *Il nuovo concordato preventivo*, diretto da PACCHI PESUCCI S., Milano 2005, p.129 ss; CANALE G., *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p.904 ss; DE MATTEIS S., *Questioni vecchie e nuove in tema di concordato preventivo*, *ibidem*, p.1411 ss;

⁸¹ Tribunale di La Spezia 25 ottobre 2012 PATTI A., *op.cit.*, p.269; PATTI A., *Esclusione della sindacabilità dal tribunale della fattibilità del piano nel concordato preventivo, ne il fallimento*, 2012, p.42. Tuttavia sul punto il Tribunale di Cassino, 29 ottobre 2014 – Pres. Ghionni, Est. Petteruti ha precisato però che *"il Tribunale non può rigettare l'istanza di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione ex art. 169 bis L.F. se non per ragioni connesse all'incongruenza con la proposta concordataria, poiché ogni ulteriore e diverso giudizio, ivi compreso quello circa la convenienza per gli stessi creditori, comporterebbe un esame sull'opportunità economica e la meritevolezza della proposta, valutazione che, tuttavia, esula dal sindacato sulla causa concreta del concordato"*. In dottrina cfr DE CRESCIENZO U. – PANZANI L., *Il nuovo diritto Fallimentare*, Milano, 2005, 32 ss; FERRO M. *op.cit.*, p.587; LA MALFA A., *La crisi dell'impresa, il piano proposto dall'imprenditore e i poteri del tribunale nel nuovo concordato preventivo*, in *www. Ilcaso.it*; GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, p.30 ss; ID. *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, *op.cit.*, p.911 ss; FERRO M., *Stato di crisi, relazione di fattibilità e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, ne *il Foro it.*, 2006, Vol.I, p.919 ss., PAGNI I., *Il procedimento di omologa*, ne *Il Fallimento*, 2006, p. 1079; VITIELLO M. *Il nuovo concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare a cura di AMBROSINI S.*, Bologna, 2006 p.300 ss.. GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2006, p.338 ss.

verificando *“l’effettiva realizzabilità della causa concreta da intendersi 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”*⁸².

3. I contratti esclusi

Il quarto comma dell’articolo 169 bis l.fall. limita l’applicabilità della disciplina dello scioglimento o della sospensione ad alcune fattispecie contrattuali⁸³.

Tali restrizioni vengono individuate dal Legislatore in relazione *“ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72-ter e 80, primo comma”*.

È *in primis* opportuno evidenziare l’insolita scelta operata dal Legislatore di indicare i singoli contratti non con il loro nome bensì attraverso un richiamo alla disciplina fallimentare da cui poi si discosta⁸⁴.

⁸² SS. UU Cass Civile, Sent .n. 1521 del 23 gennaio 2013.

⁸³ Effettuando a parere della giurisprudenza di merito *“una selezione degli interessi ritenuti a loro volta meritevoli di protezione da questa innovativa facoltà di scioglimento/sospensione riconosciuta al debitore in crisi usando, nell’ultimo comma della norma richiamata, una serie di figure contrattuali esentate dal corrispondente rischio in base ad una valutazione o in ragione della supposta debolezza contrattuale della controparte o della meritevolezza degli interessi implicati, lasciando all’autorità giudiziaria l’apprezzamento discrezionale delle ragioni di merito che consentono di concedere l’autorizzazione allo scioglimento, o alla sospensione, dei restanti contratti evidentemente in funzione della domanda concordataria proposta o*

La disciplina contenuta nell'articolo 169 bis non sarà quindi applicata ai rapporti di lavoro subordinato; ai contratti preliminari di vendita trascritti, che abbiano ad oggetto o un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado; o un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente; ai finanziamenti destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis, comma primo, lett. b) c.c.; ai contratti di locazione di immobili, ma solo nel caso di concordato del locatore.

Le quattro ipotesi contrattuali, estremamente eterogenee tra loro, appaiono prive di un minimo comun denominatore dal quale possa ricavarsi la *ratio* nella loro scelta, ragion per cui appare necessario analizzare singolarmente ciascuna di esse.

Nessuna particolare annotazione si rivela utile con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato in quanto questi ultimi sono disciplinati, nel caso di crisi di impresa, da una specifica normativa che prevale su quella sancita dall'articolo 169 bis l. fall ed è al contempo assistita da tutele e garanzie costituzionali riconosciute dall'ordinamento al lavoratore⁸⁵.

semplicemente preannunciata e, nel secondo caso con ulteriori oneri di disclosure del piano in fase di elaborazione"

⁸⁴ Per ulteriori considerazioni cfr. CENSONI P.F., *op.cit.*, in *Relazione al convegno di studi su "Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovraindebitamento" svoltosi a Lanciano in data 25 e 26 gennaio 2013*, p. 25 e ss.

⁸⁵ I licenziamenti sia individuali che collettivi, infatti, dovranno essere sorretti da una motivazione, non essendo sufficiente l'apertura della procedura né l'omologazione del concordato. Potrà però consistere nella cessazione dell'attività produttiva. Anche in caso di crisi aziendale, e di concordato preventivo, inoltre, il datore di lavoro (o chi per esso) sarà tenuto a svolgere la procedura di cui all'art. 4 legge 223/1991 in materia di licenziamenti collettivi. Infine, è previsto un meccanismo di "integrazione salariale" nel caso di ammissione al concordato preventivo consistente nella cessione dei beni (art. 3 l.223/1991). Per un approfondimento sul tema si veda: VALLAURI M.L., *Il lavoro nella*

La seconda ipotesi contrattuale, per la quale l'imprenditore non potrà ricorrere all'istituto inserito nel primo comma dell'articolo 169 bis l.fall, è quella relativa ai contratti preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645 bis c.c.⁸⁶, che abbiano ad oggetto o un immobile 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 di impresa dell'acquirente.

La *ratio* della previsione in oggetto risiede, con riferimento alla prima parte del testo, nella tutela dell'acquisto dell'abitazione principale o comunque

crisi di impresa – Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo, Milano, Franco Angeli, 2013.

⁸⁶ A norma dell'articolo 2645 bis: "I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'articolo 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'articolo 2652, primo comma, numero 2).

I contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione devono indicare, per essere trascritti, la superficie utile della porzione di edificio e la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi.

Nel caso previsto nel comma 4 la trascrizione è eseguita con riferimento al bene immobile per la quota determinata secondo le modalità di cui al comma stesso. Non appena l'edificio viene ad esistenza gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate nonché alle relative parti comuni. L'eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare non produce effetti.

dell'esigenza di conservazione della "casa"; nella seconda parte, tutela dell'impresa, attraverso la protezione del diritto contrattuale all'acquisto della proprietà dell'immobile destinato a costituirne la sede principale nella seconda parte.⁸⁷

Tale tutela, permane anche nel fallimento allorquando i contratti preliminari di vendita sono sottratti, attraverso la previsione inserita nell'ottavo comma dell'articolo 72 l.fall., alla regola generale della sospensione del rapporto⁸⁸.

Come saggiamente osservato da autorevole dottrina la continuazione potrà però condividersi solo allorquando l'immobile sia stato già stato completamente costruito.

In caso contrario, e quindi, qualora non siano iniziati i lavori o sia ancora in fase di costruzione, la stipula del contratto definitivo sarà subordinato al completamento dell'opera.

Ai fini delle disposizioni di cui al comma 5, si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura".

⁸⁷ Non risulta chiaro il rapporto tra la suddetta disciplina e la disciplina prevista dal d.lgs. 122/2005, il quale prevede all'art. 3 che "all'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire (...) il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione". In particolare non risulta chiaro entro quali limiti sia ancora valido nella parte in cui prevede che "la presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo è considerata situazione di crisi idonea a far sorgere nel promissario acquirente la facoltà di escutere la fideiussione, a condizione che il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare".

⁸⁸ L'ottavo comma dell'articolo 72 l.fall. invero dispone che "Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile 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 di impresa dell'acquirente".

Quest'ultimo a sua volta dipenderà dal contenuto concreto del piano concordatario e non essendo certa la compatibilità dello stesso con il piano concordatario dovrà ritenersi integralmente assoggettabile alla generale disciplina dello scioglimento o della sospensione ex articolo 169 bis l.fall.

Anche con riferimento ai finanziamenti destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis, comma primo, lett. b) c.c. dovrà essere in ogni caso applicata la regola della prosecuzione del rapporto contrattuale.

Come osservato dalla dottrina più attenta *“l’inclusione di tali contratti all’interno di tale categoria risponde, al principio di tutela del valore di impresa, per la garanzia del mantenimento di un’autonomia propria all’operazione imprenditoriale finanziata dal terzo”*⁸⁹.

Ed invero, un intervento in tal senso è finalizzato a non interrompere, con l'ammissione dell'imprenditore al concordato, i flussi di finanziamento destinati a specifici affari ed al tempo stesso di assicurare ai finanziatori la continuità del rapporto.

Il nobile fine cui tende una simile previsione rischia di essere vanificato da una disposizione che mal si adatta alla varietà di ipotesi in cui l'imprenditore viene a trovarsi al momento della richiesta di ammissione al concordato preventivo.

Ed invero, come per il fallimento anche in questo caso, la prosecuzione del contratto non potrà essere semplicisticamente predeterminata a priori ma raffrontata con il contenuto del piano. Se quest'ultimo non permette né la continuità né il conseguimento dell'operazione non potranno ritenersi accettabili esiti diversi rispetto a quelli enucleati con riferimento al fallimento.

⁸⁹ PATTI A., *op. cit.*p.265

L'articolo 72 ter stabilisce infatti che *“il fallimento della società determina lo scioglimento del contratto di finanziamento di cui all'articolo 2447-bis, primo comma, lettera b), del codice civile quando impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione”*.

L'ultima ipotesi contenuta nel quarto comma dell'articolo 169 l.fall. riguarda la locazione di immobili nel caso in cui il locatore sia sottoposto alla procedura di concordato.

Qui la disapplicazione della facoltà di sospensione o di scioglimento con la conseguente continuazione del contratto *ex lege*, non presenta profili di particolare interesse, adeguandosi a quanto stabilito dall'articolo 80 l.fall. per il caso di fallimento del locatore

Anche in questo caso l'inclusione di simili negozi tra le ipotesi che derogano alla facoltà riconosciute nel nuovo articolo 169 bis l.fall sono da ricercarsi nella tutela della parte contraente più debole al quale, in virtù di tale regola, sarà così assicurato il diritto al mantenimento del possesso dell'immobile locato.

CAPITOLO SECONDO

LA SORTE DEI CONTRATTI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO E L'ART. 169-BIS, ALLA LUCE DELLA NOVELLA DEL D.L. N.83/2015 E DELLE NUOVE PROSPETTIVE DI RIFORMA.

1. Le problematiche applicative

Il plauso manifestato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei confronti dell'intervento contenuto nel d.l. 83/12 ha subito, fin dalle prime applicazioni dell'articolo 169 bis l.fall., una repentina battuta di arresto.

L'agognato inserimento di una disposizione che disciplinasse la sorte dei rapporti pendenti nella procedura del concordato preventivo, priva fino a quel momento di qualsiasi collocazione all'interno della legge fallimentare, si era dimostrato sotto numerosi aspetti deludente ed eccessivamente frettoloso.

È all'evidenza come siano stati infatti trascurati, ovvero disciplinati in maniera approssimativa, alcuni aspetti di indiscutibile rilievo pratico che per alcuni versi hanno reso ancor più nebuloso l'assetto sostanziale e procedurale dell'istituto, si da comprometterne le elementari esigenze di certezza connesse alla sua applicazione.

L'intervento del recente d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con legge n.132 del 6 agosto 2015 ha trasposto nel corpo della norma principi di matrice giurisprudenziale sviluppatasi nei primi anni di vita dell'istituto; questi ultimi, invero, avevano tentato di sopperire in via interpretativa alle enormi lacune della

norma, sia mediante il ricorso ai principi generali del diritto, sia mediante l'applicazione analogica della disciplina fallimentare.

L'opera integratrice del Legislatore del 2015 è stata indirizzata a far luce sui lati più oscuri della disposizione in esame, ingenuamente ignorati nella sua prima stesura; si fa riferimento alle questioni afferenti l'ambito di applicazione della norma, l'instaurazione del contraddittorio con il contraente *in bonis*, la decorrenza degli effetti del provvedimento di sospensione o di scioglimento, finanche la natura dell'indennizzo concesso al contraente titolo di risarcimento del danno.

Il decreto estivo ha di sicuro rappresentato un felice traguardo in un contesto estremamente rarefatto all'interno del quale era difficile se non impossibile individuare punti fermi.

È evidente, come emergerà nel corso della trattazione, la permanenza di eccessive zone d'ombra afferenti non solo la materia relativa alla sorte dei rapporti pendenti bensì l'intera procedura di concordato preventivo.

Troppe volte il Legislatore non ha avuto il coraggio di completare l'intento chiarificatore che ha mosso la riforma con ciò ridimensionando ed in alcuni casi vanificandone la portata.

Chiaro segno dell'incompletezza, e se vogliamo dell'insuccesso, della riforma dell'agosto 2015 è dimostrata dallo stesso Schema di disegno di legge delega recante la "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro Giustizia.

Sebbene tale progetto involga l'intero impianto della legge fallimentare in esse non mancano riferimenti alla tematica finora analizzata; quest'ultimo contiene,

infatti, al suo interno sia una proposta di riordinamento della procedura di concordato preventivo sia di integrazione della disciplina dei provvedimenti che riguardano i rapporti pendenti soprattutto con riferimento alla tematica dei presupposti della sospensione e dello scioglimento ed ai suoi i effetti, nonché alla competenza per la determinazione dell'indennizzo ed ai relativi criteri di quantificazione.

Si auspica pertanto che il Legislatore faccia buon governo di simili e costruttive istanze ed intervenga quanto prima a riordinare l'assetto dell'intera disciplina fallimentare facilitandone così l'accesso ed il corretto utilizzo.

1.1 I “contratti in corso di esecuzione” ed i “contratti pendenti”

Le prime applicazioni dell'istituto hanno rilevato la necessità di chiarire l'esatta delimitazione della nozione di “contratto in corso di esecuzione” utilizzata nell'articolo 169 bis l.fall.

E' all'evidenza come la problematica *de qua* rivestisse un'estrema rilevanza pratica, posto che l'esatta individuazione dell'ambito di applicazione della norma consentiva all'imprenditore di orientarsi nella scelta dei contratti per i quali avanzare all'Autorità competente l'istanza di sospensione o di interruzione dei contratti a norma dell'articolo 169 bis l.fall.

Le riflessioni degli operatori del diritto si sono prevalentemente soffermate sulla possibilità o meno di stabilire il contenuto della nozione “*contratti in corso di esecuzione*” mediante il richiamo alla disciplina dettata in materia fallimentare

nella quale, si rinvengono espressioni quali “rapporti giuridici preesistenti”, “rapporti pendenti” ovvero “contratti in corso”.

Sul punto non vi era convergenza di vedute.

Da una parte si sosteneva infatti che le diverse espressioni utilizzate fossero da interpretare quale chiaro segno della volontà del Legislatore di mantenere separati gli ambiti di applicazione del fallimento e della procedura concordataria⁹⁰; dall’altro, facendosi leva, su argomenti di tipo sistematico, si asseriva invece l’identità tra la fattispecie indicata nell’articolo 72 l.fall. e quella di cui all’articolo 169 bis l.fall.

È doveroso rilevare come i riflessi pratici dell’una e dell’altra tesi non fossero di poco conto.

Scorgere infatti nella diversità dei termini impiegati, la manifestazione della volontà del Legislatore di distinguere le possibili fattispecie da sottoporre di volta in volta alle due discipline, determinava un fisiologico ampliamento della sfera di applicazione dell’articolo 169 bis l.fall.

Mentre infatti l’articolo 72 l.fall. – in considerazione del richiamo ai contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti – fa riferimento necessariamente ai soli contratti bilaterali e sinallagmatici, la nozione di contratto in corso di esecuzione conduceva a ritenervi compresa al suo interno anche la classe dei rapporti unilaterali⁹¹.

⁹⁰ INZITARI B. *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l’art. 169 bis l.fall.*; PEDOJA F, *I contratti pendenti nel concordato preventivo: sospensione e scioglimento, in fallimento e società.it.*

⁹¹ Nello stesso senso si è espresso il Tribunale di Rovigo in data 7 ottobre 2014 secondo cui: “L’ambito applicativo della disposizione relativa ai contratti in corso di esecuzione di cui all’articolo 169 bis L.F. differisce da quello della disposizione contenuta nell’articolo 72 L.F. e legittima, pertanto, lo scioglimento (e non la risoluzione) anche di contratti unilaterali o parzialmente adempiuti. Depongono in

In altri termini, aderendo alla tesi *de qua* l'articolo 169 bis l. fall. risultava adattabile alle seguenti tipologie contrattuali:

- Contratti di durata in tutte le possibili tipologie⁹²;
- Contratti unilaterali⁹³;
- Contratti bilaterali;
- Contratti sinallagmatici, anche se interamente eseguiti da una sola delle due parti.

Coloro⁹⁴ che propendevano per la sostanziale equivalenza tra le tipologie di contratti contemplata dall'articolo 72 l.fall. e quella di cui al concordato

questo senso il mancato richiamo all'articolo 72 citato, il tenore letterale dell'articolo 169 bis, il quale fa riferimento a contratti in corso di esecuzione e non ai rapporti pendenti, nonché la espressa indicazione, al comma 4, delle ipotesi di deroga alla disciplina in questione. Cfr altresì Tribunale di Monza 27 novembre 2013, Tribunale di Piacenza 1 marzo 2013, Tribunale di Busto Arsizio 11 febbraio 2013; Tribunale di Como 5 novembre 2012; Tribunale di Treviso 18 luglio 2014; Tribunale di Pordenone 10 dicembre 2013 e 12 febbraio 2014. In tali pronunce viene ribadito che l'articolo 169 bis l.fall. non coincide, ma deliberatamente differisce, dall'ambito applicativo dell'articolo 72 l.fall., legittimando quindi lo scioglimento sia di contratti unilaterali sia di quelli parzialmente adempiuti.

⁹² INZITARI B., *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169 bis l.fall.*, a parere del quale: *"La formulazione dell'art. 169bis risulta più ampia, in quanto fa riferimento a tutte le fattispecie di contratti in corso senza il riferimento restrittivo dell'art. 72 l.fall. ai contratti non ancora eseguiti o non completamente eseguiti da entrambe le parti, con la conseguenza che nel concordato sono suscettibili, come vedremo, di sospensione o scioglimento anche i contratti di durata in tutte le possibili forme".*

⁹³ FABIANI M., *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, 11 marzo 2013, p. 7 secondo cui *"la formula più estesa di contratti in corso di esecuzione si presta, infatti, a ricomprendervi pure quei contratti nei quali, ormai, la prestazione è unilaterale ma pendente e non esaurita: un contratto di apertura di credito, ad esempio. Dal perimetro dell'art. 169 bis fuoriescono allora solo quei contratti il cui rapporto non prevede alcuna esecuzione che non sia il pagamento da parte del debitore concordatario di un debito scaduto".*

⁹⁴ CENSONI P.F., *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato Preventivo, Relazione al Convegno di Studi su "Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento"* svoltosi a Lanciano nelle giornate del 25 e 26 gennaio 2013, in *Crisi di impresa*

preventivo limitavano invece l'operatività dell'articolo 169 bis l.fall. ai soli rapporti giuridici le cui obbligazioni principali non fossero state compiutamente eseguite da entrambi i contraenti al momento della pubblicazione della domanda di concordato, escludendo tutte le ipotesi nelle quali residuassero posizioni meramente attive o passive in capo ad una sola delle parti.

A sostegno di tale soluzione veniva rilevato infatti che *“nei rapporti in cui il fallito come il debitore concordatario da un lato o il contraente in bonis, dall'altro, abbiano, alla data della dichiarazione di fallimento o di pubblicazione della domanda di concordato, già integralmente adempiuto la prestazione a proprio carico, rimane un credito del fallito o del concordatario che potrà essere esatto o un credito del contraente in bonis che questi potrà insinuare al passivo o potrà chiedere che sia incluso tra i crediti da soddisfare nel concordato”*⁹⁵.

In altri termini, dinnanzi alla prestazione eseguita da una delle parti non avrebbe potuto più parlarsi di contratto pendente bensì più opportunamente di un credito in capo al soggetto adempiente.

Le medesime considerazioni inducevano ad escludere dall'area di operatività del 169 bis l.fall i contratti unilaterali: questi ultimi infatti risultano assimilabili, sotto

e fallimento, 3/2013, p.2. il quale ha osservato che: *“la soluzione più razionale sembra quella di ricorrere all'analoga nozione utilizzata dal legislatore nel primo comma dell'art. 72 l.fall. (...), nel senso che debba trattarsi comunque di contratti a prestazioni corrispettive ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti ad una certa data, che nel fallimento coincide con il deposito della sentenza dichiarativa, mentre nel concordato preventivo coincide con la semplice presentazione del ricorso”*; LAMANNA F., *La nozione di “contratti pendenti” nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it; BOZZA G., *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, *Forum Concordato preventivo e accordi*, ne *Il Fallimento* 9/2013, p.1124 ss.

⁹⁵ BOZZA G., *op.cit.*, p. 1124.

il profilo degli effetti del fallimento, ai contratti sinallagmatici eseguiti integralmente da una sola delle parti.

Seguendo tale tesi la riforma introdotta dal decreto Sviluppo trovava applicazione quindi in caso di contratti:

- conclusi anteriormente all'avvio della procedura, coincidente quest'ultima con la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese;
- rispetto ai quali non residuavano posizioni meramente attive o passive;
- in relazione ai quali il rapporto contrattuale non potesse dirsi ancora pienamente eseguito da entrambe le parti.

La soluzione prospettata appariva più convincente anche a parere della stessa giurisprudenza maggioritaria⁹⁶ anche con riferimento alla stessa *ratio* ispiratrice della disciplina contenuta nell'articolo 169 bis l.fall.

⁹⁶ Cfr. Tribunale di Milano 29 gennaio 2015; Corte di Appello Venezia 26 novembre 2014; Tribunale Milano 30 ottobre 2014; Tribunale Treviso 29 ottobre 2014; Tribunale Ravenna 22 ottobre 2014; Tribunale Milano 28 maggio 2014; Tribunale di Vicenza 20 giugno 2013. Recenti sentenze di merito (Tribunale di Padova, sentenza 15 novembre 2013; Tribunale di Padova, sentenza 28 novembre 2013.) hanno ulteriormente ridotto il campo di applicazione del 169-bis, in aggiunta alle tipologie di contratti espressamente escluse dall'articolo. A parere di queste ultime la norma, infatti, non poteva essere applicata laddove alle parti fosse consentito lo scioglimento unilaterale dal contratto, sia per legge, sia per clausole contenute nel contratto stesso (ad esempio, tramite l'esercizio del diritto di recesso o della clausola risolutiva espressa), nonché ai contratti la cui facoltà di sospensione fosse regolata convenzionalmente dalla parti. La *ratio* alla base di queste esclusioni era rinvenuta dalla dottrina "*nella tutela del contraente in bonis: egli, infatti, per effetto della scelta unilaterale del debitore di scioglimento dal contratto, potrebbe vedersi degradare il proprio credito da extraconcorsuale (quindi prededucibile, come sarebbe per effetto dell'esercizio del diritto del debitore di scioglimento anticipato del contratto) a concorsuale (soggetto a falcidia concordataria, a seguito di autorizzazione allo scioglimento da parte del Tribunale)*", ne *Il commercialista Veneto* n.219 – Maggio/Giugno 2014.

Come osservato, rappresentando la disciplina che consente lo scioglimento o la sospensione dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo *“un’equilibrata soluzione di compromesso fra le esigenze dell’imprenditore in crisi e il sacrificio imposto al contraente in bonis, [...] individuabile nella volontà di attribuire al debitore che propone il concordato la facoltà di far venir meno un rapporto contrattuale per il prosieguo del rapporto, in modo da liberarlo dall’esecuzione della prestazione divenuta superflua o eccessivamente onerosa a fronte della rinuncia alla prestazione a suo favore”*, quest’ultima potrà *“trovare applicazione solamente con riferimento alle prestazioni future e non alle pregresse”*. Diversamente *“si consentirebbe all’imprenditore un beneficio indiscriminato e privo di ragionevolezza, soprattutto avuto riguardo all’interesse di una controparte che ha già adempiuto agli obblighi derivanti dal rapporto contrattuale⁹⁷”*.

Stando a tale ultimo orientamento, dunque, l’espressione “contratti in corso di esecuzione” di cui all’articolo 169 bis avrebbe abbracciato tutti i rapporti pendenti alla data di presentazione del ricorso ex articolo 161 l.fall., ossia rapporti già perfezionati ma ancora non eseguiti in maniera compiuta da nessuno dei contraenti.

Il contesto giurisprudenziale e dottrinario finora indicato ha propiziato la direzione che il legislatore ha assunto nell’intervento operato nell’agosto de 2015. La modifica dell’espressione “contratti in corso di esecuzione” con quella di “contratti pendenti”, rappresenta la chiara scelta di avvicinare la disciplina del concordato preventivo a quella fallimentare.

⁹⁷ Corte di Appello di Venezia 26 novembre 2014

La soluzione operata appare maggiormente coerente, come del resto suggerito dalla dottrina⁹⁸, con *“una tradizione interpretativa e poi legislativa che ha caratterizzato per oltre un secolo la disciplina dei contratti pendenti nel fallimento alla stregua di criteri assolutamente razionali”* secondo la quale non può giungersi a soluzione diversa da quella di ritenere che *“anche nel concordato preventivo pendenti sono, e hanno ragione di essere considerati, solo i contratti bilaterali a prestazioni corrispettive non ancora compiutamente eseguiti da entrambe le parti del rapporto”*⁹⁹.

Tale intervento, oltre ad aver il merito di aver perimetrato in maniera chiara e precisa l’ambito di applicazione della norma contenuta nell’articolo 169 bis l.fall ha altresì messo a tacere quella sofisticata interpretazione che, come abbiamo visto in principio, indebitamente estendeva la disciplina dello scioglimento e della sospensione ai contratti unilaterali e a quelli già completamente eseguiti da una sola delle parti.

La soluzione prospettata, sulla quale è necessario tornare, più che artificiosa appare errata anche solo avendo riferimento al contenuto della disposizione immediatamente precedente a quella di cui all’articolo 169 bis l.fall

L’articolo 169 l.fall invero estende al concordato preventivo alcune disposizioni vigenti nella procedura fallimento¹⁰⁰; tra queste anche agli articoli 55¹⁰¹ e 59¹⁰² l.fall.

⁹⁸ LAMANNA F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il Decreto “Contendibilità e Soluzioni Finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte III: le modifiche riguardanti il concordato preventivo. Finanziamenti e contratti pendenti*, ne *IlFallimentarista.it*, 29 giugno 2015, p.60.

⁹⁹ LAMANNA F., *La nozione di “contratti pendenti” nel concordato preventivo*, ne *il Fallimentarista.it*.

¹⁰⁰ L’art.169 stabilisce che *“Si applicano, con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato, le disposizioni degli articoli 45, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63.*

L'estensione della scadenza dei debiti pecuniari dell'imprenditore *"alla data di dichiarazione del fallimento"* (art. 55) com'anche l'inclusione per i crediti non pecuniari non scaduti *"aventi per oggetto una prestazione in danaro determinata con riferimento ad altri valori o aventi per oggetto una prestazione diversa dal danaro"* alle regole del concorso" (art.59), deponevano in maniera chiara ed esplicita ad escludere qualsiasi possibilità di applicare la disciplina del nuovo articolo 169 bis a tutti i contratti unilaterali ed altresì ai contratti sinallagmatici che siano stati interamente eseguiti da una sola delle parti prima della presentazione dell'istanza di concordataria.

Il contenuto della disposizione appena richiamata, da considerare pienamente vigente anche in seguito all'introduzione dell'articolo 169 bis l.fall., avrebbe dunque già da tempo dovuto sopire qualsiasi dubbio in merito alla sorte di rapporti che, per loro stessa natura, erano esclusi dal raggio di applicazione dell'articolo 169 bis. L. fall.

Si applica l'articolo 43, quarto comma, sostituendo al fallimento l'impresa ammessa al concordato preventivo".

¹⁰¹A norma dell'art. 55 l.fall: *"La dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente.*

I debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento.

I crediti condizionali partecipano al concorso a norma degli articoli 96, 113 e 113-bis. Sono compresi tra i crediti condizionali quelli che non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escussione di un obbligato principale.

¹⁰² Si riporta il testo integrale dell'articolo 59 l.fall. a norma del quale *"I crediti non scaduti, aventi per oggetto una prestazione in danaro determinata con riferimento ad altri valori o aventi per oggetto una prestazione diversa dal danaro, concorrono secondo il loro valore alla data della dichiarazione di fallimento.*

1.2. Il momento di presentazione della domanda

Altra problematica originata dall'eccessiva genericità della norma atteneva all'individuazione della fase procedimentale in cui fosse consentito al debitore chiedere l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione dei contratti pendenti.

Sul tema il primo comma dell'articolo 169 bis l.fall. disponeva che: *“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. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta”*.

La formulazione piuttosto sibillina della norma aveva ingenerato diverse prese di posizione sia in dottrina che in giurisprudenza.

Un primo orientamento¹⁰³ sosteneva che l'istanza di autorizzazione dovesse necessariamente essere depositata contestualmente al ricorso ex art. 161 l. fall.; di contro altro orientamento¹⁰⁴ affermava invece che la formulazione della norma lasciasse aperta la possibilità di depositare l'istanza anche in corso di procedura.

¹⁰³ BOZZA G., *op. cit.*, p.1125 ss.

¹⁰⁴ TRENTINI C. *I concordati preventivi*, Giuffrè, Milano, 2014 p.369; CENSONI F.P., *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, 11 marzo 2013, 17; il quale poi conclude nel senso che *“appare preferibile ritenere che l'istanza possa essere proposta anche successivamente al ricorso introduttivo, soprattutto se si parte dal presupposto che il debitore debba prima fare (sia pur sommaria) disclosure delle proprie intenzioni sulla proposta concordataria”*; NARDECCHIA G.B., *Sub art. 169-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO G., Milano, 2013, 2002, secondo cui *“ritiene che il riferimento al giudice delegato quale legittimato, in alternativa al*

La tesi restrittiva fondava il proprio convincimento su ragioni legate sia al dato testuale della norma sia alla stessa sistematica della legge fallimentare.

Con riferimento al primo elemento questi ultimi rilevavano infatti che, a dispetto di quanto la maggioranza della dottrina sostenesse, la formulazione testuale del precetto normativo appariva quantomai chiara e precisa nel prescrivere che la richiesta di scioglimento dovesse essere contenuta nel solo ricorso introduttivo.

Il richiamo operato dalla norma al Giudice delegato, lungi dal designare quest'ultimo quale organo deputato al ricevimento del ricorso, aveva la sola funzione di indicare l'Autorità che avrebbe potuto autorizzare l'imprenditore in crisi, a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso, qualora non avesse già provveduto il Tribunale.

Eventualità questa che poteva presentarsi, non con poca frequenza, tutte le volte in cui il Tribunale ricevuto il ricorso ed esaminata la domanda non fosse, *prima facie*, in grado di provvedere in merito alla sorte dei contratti pendenti e, necessitando dunque di ulteriori informazioni avesse lasciato in tal caso il compito di autorizzare il debitore al Giudice delegato.

L'intento del legislatore quindi, frainteso da chi in maniera del tutto fantasiosa ne aveva voluto vedervi lo spostamento in avanti della presentazione della richiesta, era, a parere dell'orientamento sopra richiamato, semplicemente quello di

tribunale, all'emissione dell'autorizzazione, fa ritenere che tale facoltà (quella di richiedere la sospensione o lo scioglimento del contratto) possa essere esercitata anche dopo l'ammissione"; PATTI A., Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento, in Forum Concordato preventivo e accordi, ne Il Fallimento, 2013, 268-269, ammette "una modulazione temporale, per esigenze di tempistica di piano, in un momento successivo all'apertura della procedura, così giustificando il riferimento all'autorizzazione del giudice delegato".

“rinviare ad un momento successivo la decisione sulla sorte dei contratti, comunque richiesta nel ricorso^{105”}.

La soluzione così come prospettata dalla dottrina appariva ad avviso della stessa, anche coerente ed in linea con la metodologia scelta dal Legislatore nell’ambito della disciplina fallimentare.

A sostegno di tali considerazioni si osservava che tutte le volte in cui quest’ultimo aveva voluto perimetrare la facoltà attribuita, ad esempio nel caso di fallimento, a sciogliersi da rapporti pendenti avesse stabilito, come in questo caso, precisi limiti temporali ovvero in caso contrario avesse espressamente dichiarato nella norma la possibilità di farlo *“in qualsiasi momento”*.

Diretto esempio ne sarebbe la disposizione contenuta nell’articolo 80 l.fall. allorché il legislatore, in tema di fallimento del locatore, stabilisce nel secondo comma che *“il curatore ha, entro un anno dalla dichiarazione di fallimento, la facoltà di recedere dal contratto”* e, sempre con riferimento al fallimento del conduttore, al successivo terzo comma dispone che il *“curatore può in qualunque tempo recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un equo indennizzo per l’anticipato recesso”*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ BOZZA G., *op.cit.*, p.1125; PATTI A., *I rapporti giuridici nel concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2014, p.137; NIGRO A, SANDULLI M., SANTORO V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Commento per articoli*, Giappichelli Editore, Torino.

¹⁰⁶ L’Art. 80 l.fall. in tema di contratto di locazione di immobili dispone che *“Il fallimento del locatore non scioglie il contratto di locazione d’immobili e il curatore subentra nel contratto. Qualora la durata del contratto sia complessivamente superiore a quattro anni dalla dichiarazione di fallimento, il curatore ha, entro un anno dalla dichiarazione di fallimento, la facoltà di recedere dal contratto corrispondendo al conduttore un equo indennizzo per l’anticipato recesso, che nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. Il recesso ha effetto decorsi quattro anni dalla dichiarazione di fallimento. In caso di fallimento del conduttore, il curatore può in qualunque tempo*

Dello stesso tenore anche la disposizione contenuta nell'articolo 79 l.fall. che, in tema di contratti di affitto di azienda, dispone che *“le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo”*¹⁰⁷.

A parere della dottrina più decisa la circostanza che il legislatore all'interno della norma in esame non solo non avesse indicato *“un termine entro cui, nel corso della procedura, il debitore”* dovesse *“esercitare il diritto di scelta circa la sorte dei contratti”*, né di converso attribuito al *“contraente in bonis la possibilità di metterlo in mora”*, [...] poteva spiegarsi soltanto con il fatto che quest'ultimo avesse *“già fissato nel ricorso introduttivo il termine per indicare i contratti da cui il debitore intende sciogliersi”*¹⁰⁸.

recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un equo indennizzo per l'anticipato recesso, che nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. Il credito per l'indennizzo è soddisfatto in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, n. 1 con il privilegio dell'articolo 2764 del codice civile”.

¹⁰⁷ La disposizione contenuta nell'articolo 79 l.fall, in tema di contratti di affitto di azienda dispone: *“Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'articolo 111, n. 1”*. Bozza fa riferimento anche al settimo comma dell'art. 104 che, *“nello stabilire che i contratti continuano in pendenza di esercizio provvisorio, fa salva la facoltà del curatore di «sospenderne l'esecuzione o di scioglierli», senza porre un limite di tempo, parimenti a quanto previsto dall'art. 50 del D.Lgs n. 270 del 1999, che, nell'attribuire al commissario dell'amministrazione straordinaria la facoltà di sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria, chiarisce, al secondo comma, che «fino a quando la facoltà di scioglimento non è esercitata, il contratto continua ad avere esecuzione»; da cui si deduce che, ferma restando la continuazione della produzione degli effetti dei contratti pendenti, il commissario in qualunque momento della procedura può optare per lo scioglimento.*

¹⁰⁸ BOZZA G., *op.cit.*, p.1126.

A voler sostenere il contrario si sarebbe giunti ad assegnare al debitore un'eccessiva e pericolosa libertà che avrebbe potuto incoraggiarlo ad utilizzare in maniera fraudolenta il prezioso istituto concesso dall'articolo 169 bis l.fall.

Più precisamente si sosteneva che concedere a quest'ultimo la possibilità di sciogliersi anche dai contratti non indicati nel ricorso gli avrebbe consentito *“la massima discrezionalità di utilizzare i vantaggi dei vari contratti fino al momento”* in cui lo avesse ritenuto *“opportuno, per poi sciogliersi”* una volta esaurite *“le utilità di ciascuno di essi”* mediante il pagamento di un indennizzo al creditore che non avrebbe potuto fare a meno di accettare, essendogli impedito, stante il disposto dell'articolo 168 l.fall., di utilizzare gli strumenti di autotutela concessi dal diritto comune dagli articoli 1460 e 1461 c.c.¹⁰⁹.

Percorrere una strada andando oltre il sentiero tracciato dal Legislatore non solo appariva un indebita forzatura logica ma altresì una interpretazione sganciata dal contesto normativo.

Ulteriore elemento posto a sostegno della tesi che vedeva quale sede naturale della richiesta di scioglimento o sospensione la proposizione del ricorso ex articolo 161 l.fall. era rappresentato dalla natura dell'indennizzo.

La norma, chiarendo che il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento specifica che *“tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato”*.

Era evidente che l'utilizzo della dicitura *“credito anteriore al concordato”* manifestasse la chiara intenzione di stigmatizzarne la natura concorsuale e

¹⁰⁹ BOZZA G., *op.cit.*, p.1126.

dunque di collocare la quantificazione di tale credito, al più tardi, all'interno del ricorso introduttivo.

Diversamente il legislatore avrebbe differenziato la natura concorsuale del credito nascente dalle richieste anteriori al concordato da quelle prededucibili, avanzate invece in corso di procedura.

Seppur la coerenza della tesi finora richiamata potesse ritenersi certamente apprezzabile è doveroso evidenziare che la maggioranza della dottrina¹¹⁰ era propensa ad ammettere che il deposito della richiesta di interruzione o scioglimento potesse invece collocarsi anche oltre il limite del deposito del ricorso al Tribunale.

Questi ultimi invero nel potere attribuito dal Legislatore di autorizzare la richiesta di scioglimento o sospensione dei contratti da parte del Tribunale ovvero del Giudice delegato scorgevano la volontà di consentire al debitore di depositare la richiesta durante tutto il corso della procedura.

È opportuno rilevare come tale presa di posizione non fosse sostenuta da tutti con la medesima intensità.

Vi era infatti chi timidamente affermava che, sebbene *“la formulazione letterale della norma”* sembrasse, ad una prima impressione, negare la possibilità di un deposito successivo alla proposizione del ricorso *“la soluzione preferibile, seppur praeter*

¹¹⁰ CENSONI F.P., *op.cit.*; NARDECCHIA G.B., *Sub art.169 bis*, in *Codice Commentato del fallimento*, a cura di LO CASCIO G.; DE PRA A. *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)* Nota a Corte d'Appello di Milano del 08 Agosto 2013, in *Giurisprudenza Commerciale* 2014, 01, 0043 p.19; LO CASCIO G., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Nona Edizione, Giuffrè, Milano, 2015, p.423; PATTI A. *Rapporti pendenti nel concordato preventivo tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento* 2013, p.268-269; AMBROSINI S., *Gli effetti dell'ammissione*

litteram legis”, fosse quella di estenderne la possibilità di essere rivolta successivamente anche, al giudice delegato, “*non apparendo razionale – in quanto inutilmente limitativa di opportunità – la lettura che*” postulava la necessaria contestualità fra istanza e ricorso¹¹¹.

Altri, in maniera più ferma, raccogliendo le esigenze di concreta fattibilità dello strumento introdotto dal legislatore mediante l'introduzione dell'articolo 169 bis l.fall., ritenevano che la possibilità di prolungare il momento di presentazione dell'istanza fosse non solo la reale intenzione del legislatore bensì l'interpretazione che avrebbe incoraggiato un utilizzo più efficace dell'istituto in parola.

Ed invero, sebbene il debitore abbia, mediante il deposito dell'istanza abbia effettuato una prima *disclosure* del piano concordatario è quantomai evidente che non disponga in quel preciso momento degli strumenti necessari per valutare quali contratti mantenere in vita perché funzionali al risanamento e quali invece sciogliere in quanto eccessivamente onerosi.

L'osservazione, del tutto condivisibile, conduce dunque a ritenere che sia ben possibile che l'esigenza di sciogliere un rapporto contrattuale si appalesi solo successivamente¹¹².

al concordato e i contratti in corso di esecuzione, in *Fallimenti e società.it*, 2014, p. 10; TRENTINI C., *I concordati preventivi*, Giuffrè, Milano, 2014 p.368; LAMANNA F., *op.cit.*,p. 13.

¹¹¹ AMBROSINI S., *op.cit.*, p.10.

¹¹² In proposito CENSONI P.F rileva come la presentazione del piano “*debba avvenire comunque in tempi molto rapidi e possibilmente prima della scadenza delle reciproche obbligazioni, perché nel frattempo il contratto continua e l'esecuzione da parte del contraente in bonis della prestazione da lui dovuta finirebbe per gravare della controprestazione il patrimonio del debitore concordatario, già assoggettato ad un vincolo di natura coattiva*”.

Del resto, come osservato da alcuni, una simile limitazione andrebbe a cozzare con quanto disposto nello stesso articolo 175 l.fall. allorquando il legislatore stabilisce che *“la proposta di concordato non può più essere modificata dopo l’inizio delle operazioni di voto”* con essa deducendosi che sia il piano come la proposta stessa ben possano essere modificate anche in un momento successivo al deposito del ricorso.

Sul punto non è mancato chi ha osservato che dal momento *“che la modifica di rapporti pendenti può incidere significativamente rispetto alla capacità del debitore di onorare la proposta concordataria, non si vede perché le istanze per l’autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento non avrebbero potuto essere presentate in un momento successivo”*¹¹³.

La soluzione sposata dalla maggioranza degli *“addetti ai lavori”* appare ancor più condivisibile anche rispetto alla figura del *“concordato con riserva”* introdotto nello stesso articolo 169 bis l.fall.

Senza voler riproporre quanto detto rispetto a tale figura ed alla sua piena compatibilità¹¹⁴ con l’istituto contenuto nell’articolo 169 bis è opportuno solo ribadire che l’esigenza di posticipare l’individuazione dei contratti di cui chiedere l’autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione invero, osserva la dottrina

¹¹³ ANDREANI G., *Crisi di impresa, Contratti pendenti nel concordato preventivo, ne Il fisco, Le guide*, p.26. Wolters Kluwer Italia, Milano, Nov. 2016

¹¹⁴ Nella sentenza della Corte di Appello di Milano del 4 febbraio 2015 si legge che *“La disciplina di cui all’articolo 169 bis L.F. è applicabile anche al concordato con riserva, dell’ambito del quale può essere chiesta non solo la sospensione dei contratti in corso di esecuzione ma anche lo scioglimento, con la precisazione che, in quest’ultimo caso, il debitore dovrà fornire una adeguata disclosure volta a produrre elementi di valutazione per consentire il sindacato dell’autorità giudiziaria ed il diritto di difesa del contraente in bonis”*. Nello stesso senso cfr Trib. Monza, 21

più attenta¹¹⁵, è ancor più pregnante nell'ipotesi "prenotative"¹¹⁶, nell'ambito delle quale il debitore presenta una domanda priva di proposta piano e documentazione con la possibilità di posticipare il momento della presentazione del piano concordatario, beneficiando degli effetti dell'accesso alla procedura concordataria.

Il D.L. n.83 del 2015 sposando tale ultimo orientamento ha definitivamente sopito qualsiasi incertezza in merito alla proponibilità della richiesta, inserendo nel primo comma dell'articolo 161 l.fall l'avverbio "successivamente".

Più precisamente, il nuovo testo della norma, stabilisce che *"Il debitore con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato con decreto motivato sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora*

gennaio 2013; Trib. Roma, 20 febbraio 2013 su www.ilfallimentarista.it; Trib. Piacenza, 5 aprile 2013; Trib Genova, 4 novembre 2013; Trib. Pavia, 4 Marzo 2014; Trib. Rovigo, 6 marzo 2014

¹¹⁵ LO CASCIO G., *op.cit.* p.423;

¹¹⁶ Sebbene l'argomento sia stato trattato nel precedente capitolo si rammenta che a norma dell'articolo 161 comma quinto *"L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo. Con decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il tribunale può nominare il commissario giudiziale di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3; si applica l'articolo 170, secondo comma. Il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'articolo 173, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento di cui all' articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero,*

ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può' essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. Lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente".

È stato puntualmente osservato che la precisione operata dalla norma in tema di interruzione non sia stata egualmente spesa per la sospensione; è del tutto evidente però che se uno scioglimento potrà chiedersi anche dopo il deposito di un ricorso, *a fortiori*, potrà essere richiesta una sospensione.

Quanto alla mancata previsione di un termine finale entro cui depositare la richiesta, sebbene ciò non venga esplicitamente richiamato nel testo della norma è quantomai pacifico ritenere che debba collocarsi nel termine ultimo per la modifica della proposta, fissato ai sensi dell'art. 172 l.fall , in seguito alla modifica intervenuta ad opera dello stesso d.l. n. 83/2015, nei quindici giorni anteriori all'adunanza dei creditori¹¹⁷

1.3 L'intervento della controparte contrattuale

Altra questione che si era presentata fin dalle primissime applicazioni dell'istituto in esame verteva sul riconoscimento in capo al terzo contraente del diritto ad

accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 , dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile a norma dell'articolo 18".

¹¹⁷ BROGI F. *Le novità in materia fallimentare, D.L. Giustizia, le modifiche all'art. 169 bis l.fall. in sede di conversione.*

essere ascoltato dall’Autorità chiamata a pronunciarsi sulla domanda di scioglimento o sospensione prima dell’emissione del relativo provvedimento.

Anche in questo caso, complice l’assenza di qualsiasi “istruzione”, le divergenze interpretative non hanno atteso gran tempo a manifestarsi.

È doveroso precisare che in realtà il dibattito è stato molto più acceso in sede giurisprudenziale dove si è assistito, nel corso degli anni, ad una *querelle* tra coloro che ritenevano che l’assenza di un richiamo ad una previa audizione del terzo contraente fosse da intendere quale preordinata volontà del legislatore di non ritenerne necessario il suo l’intervento; e coloro che di contro reputavano l’intervento necessario a garantire l’esplicarsi delle tutele del giusto processo, in ossequio ai dettami costituzionali.

Più precisamente la tesi negazionista interpretava il dato letterale come la precisa scelta del legislatore di “trattare” il terzo contraente alla stregua di tutti gli altri creditori i cui interessi, all’interno della procedura, concordataria *“vengono tutelati attraverso un procedimento diverso, ove i principi del giusto processo subiscono un’attenuazione dovuta all’applicazione delle regole del concorso”*.

Questi ultimi osservavano che all’interno del concordato preventivo i rapporti tra il debitore in crisi ed i creditori sono risolti attraverso una procedura a carattere collettivo, nell’ambito della quale al creditore non viene riconosciuto il diritto di essere ascoltato singolarmente ma solo quello di manifestare un voto destinato a confluire nella deliberazione della maggioranza con effetto vincolante per tutta la massa dei creditori concorsuali¹¹⁸.

¹¹⁸ DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi d’impresa*, Milano, 2012, p. 165 ss.

Dunque, a parere di alcuni autori, all'interno del sistema appena tratteggiato, il Legislatore, in nessun caso, sembrava differenziare la posizione del terzo contraente, derogando alla regola generale stabilita per i creditori chirografari o privilegiati¹¹⁹.

Del resto, anche in relazione al diritto all'indennizzo previsto nel secondo comma dell'articolo 169 bis l. fall a titolo di risarcimento del danno, il legislatore precisava che quest'ultimo sarebbe stato considerato come credito anteriore al concordato, dunque di egual natura rispetto agli altri crediti.

Per altro verso era stato altresì ritenuto che la ragione per la quale la convocazione del terzo non si sarebbe resa opportuna risiedesse nella stessa natura e finalità del controllo operato dal Tribunale; la valutazione effettuata in sede giudiziale riguarderebbe infatti *“la sola ammissibilità della proposta concordataria”* e per l'effetto non avrebbe mai potuto *“contemperare gli interessi sostanziali delle due parti”*¹²⁰.

¹¹⁹ BENASSI F., *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169 bis l.f. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente* (Breve nota di commento a Appello Venezia, 20 novembre 2013), *ne il caso.it*, 1 gennaio 2014, p.4, il quale a tal riguardo osserva che *“In mancanza di espressa deroga normativa, in mancanza cioè di una disposizione che preveda un diverso trattamento per coloro che sono legati al debitore da un contratto in corso di esecuzione, non vi è ragione perché a questi soggetti venga riservato un trattamento diverso da quello degli altri creditori.* Nello stesso senso BENASSI F., *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 11 Aprile 2014, p.18.

¹²⁰ Secondo tale orientamento invero *“allorquando il Tribunale si trovi di fronte ad un'istanza per lo scioglimento o la sospensione del contratto in corso di esecuzione ex art. 169-bis legge fallim., l'interrogativo che lo stesso deve porsi non se vi sia un interesse della controparte contrattuale «lesa» dallo scioglimento e/o sospensione del contratto prevalente rispetto a quello del debitore concordatario, ma soltanto se sussista o meno un effettivo interesse del debitore stesso a sciogliersi dal contratto, come pure se l'istanza formulata in tal senso sia realmente funzionale e servente alla realizzazione del piano*

Dunque, come osservato dalla dottrina, *“considerato che, il Tribunale è chiamato a valutare soltanto l’opportunità dello scioglimento o della sospensione del contratto ai fini della buona riuscita della procedura concordataria, non dovendo soffermarsi sull’analisi del controinteresse della controparte contrattuale in bonis, nessuna problematica di litisconsorzio”* poteva *“porsi dal punto di vista processuale e il provvedimento autorizzativo”* avrebbe potuto quindi *“ben pronunciarsi inaudita altera parte”*¹²¹.

Non essendo la sede giudiziale quella deputata a pronunciarsi sugli interessi della parte, non pareva riscontrarsi, dunque, alcuna violazione del diritto di difesa né tantomeno del contraddittorio .

Alcune pronunce di merito, a tal riguardo, osservavano come il principio del giusto processo, sancito a livello costituzionale dall’articolo 111, non esistesse *“in sé e per sé, ma esclusivamente quale veicolo imprescindibile per l’esercizio di diritti e facoltà giuridiche attribuite alla parte”*; non potendo dunque parlarsi di lesione del contraddittorio, *“ove la parte che lamenti la pretermissione del diritto a contraddire non abbia una posizione giuridica tutelata dall’ordinamento attraverso l’esercizio di un diritto”*¹²²;

concordatario, in termini di riduzione dei costi di gestione dell’attività di impresa, al punto da giustificare il sacrificio del contraente in bonis”.

¹²¹ INZITARI B.- RUGGIERO S., *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell’art. 169-bis l.fall.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?* ne *Ildirittodegliaffari.it*, 11 marzo 2014, p.5

¹²² Tribunale Rovigo 18 settembre 2014

Le argomentazioni fin qui riassunte si frapponivano all'opposto orientamento che al contrario vedeva nella necessità della convocazione del terzo la tutela del diritto di difesa della parte contrattuale contro interessata¹²³.

A parere di questi ultimi *“ogniqualevolta si sia in presenza, di un provvedimento volto a dirimere un contrasto tra contrapposte posizioni soggettive il contraddittorio deve essere esteso a coloro che saranno i destinatari degli effetti della decisione”*¹²⁴.

Tale tesi si è fatta strada, all'interno del contesto giurisprudenziale, dapprima in maniera flebile ed ha poi assunto, negli ultimi tempi, una consistenza sempre più ampia.

Inizialmente si riteneva infatti che nell'ambito del procedimento volto ad ottenere l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione di cui all'articolo 169 bis l.fall, l'audizione del terzo contraente fosse *“un'attività istruttoria non necessaria in ogni circostanza, bensì rimessa alla valutazione discrezionale del tribunale”*¹²⁵.

¹²³ Cfr. Trib. Piacenza, 5 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*, il quale ha statuito che *“l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nell'ambito del concordato preventivo deve temperare l'interesse del debitore con quello della controparte contrattuale, alla quale deve essere riconosciuto un indennizzo commisurato al risarcimento del danno derivante dal mancato adempimento nonché il diritto di esporre in contraddittorio le proprie eventuali ragioni di opposizione all'accoglimento della richiesta.”*; Trib. Novara, 27 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*, a mente della quale *“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”*; in termini, cfr. anche Trib. Monza, 21 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*. Nello stesso senso Corte di Appello di Trieste 21 gennaio 2015, Tribunale di Pavia 24 novembre 2014, Tribunale di Prato 8 agosto 2014, Tribunale di Pavia 4 marzo 2014, Corte di Appello di Venezia 20 novembre 2013, Corte di Appello di Milano 4 febbraio 2015.

¹²⁴ Corte d'Appello di Milano 8 agosto 2013.

¹²⁵ Tribunale Rovigo 11 settembre 2014.

Le soluzioni manifestate pochi mesi prima della riforma di cui al D.L. 83/2015 ribadivano a gran voce la circostanza che l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti di cui all'articolo 169 bis L.F. essendo *“idonea ad incidere sul diritto soggettivo del contraente in modo tendenzialmente irreversibile”* imponesse *“l'applicazione del principio del contraddittorio di cui all'art. 101 c.p.c.”*¹²⁶.

Il recente Decreto Legge n.83 del 27 giugno 2015, in riforma del testo di legge, ha modificato la norma stabilendo che: *“Il debitore con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato con decreto motivato sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso”*.

Il Legislatore attraverso tale intervento è entrato nel merito della questione giungendo ad affermare l'imprescindibile necessità di un contraddittorio tra le parti ma con ragioni diverse e paradossalmente in linea con le argomentazioni sposate da chi si era detto favorevole all'emissione del provvedimento *inaudita altera parte*: l'esame della richiesta ha come solo dato di riferimento la funzionalità dello scioglimento o della sospensione rispetto al piano concordatario.

Partendo da tale assunto, il Legislatore ritiene che l'intervento della parte contrattuale si renderà necessario in quanto servente a saggiare l'obiettività e veridicità delle informazioni contenute nella richiesta ex articolo 169 bis l.fall.

Più precisamente come osservato dalla dottrina più attenta *“la vera ragione per disporre il previo contraddittorio sta nella necessità di accertare se il contratto, come il debitore adduce, si davvero pendente alla stregua della nozione normativa, o invece, tra*

¹²⁶ Corte d'Appello di Milano 4 febbraio 2015

l'altro sia stato per ipotesi, già risolto, oppure sia soggetto ad una risoluzione con effetto retroattivo¹²⁷"

Accade infatti con frequenza che il Tribunale o il Giudice Delegato non necessariamente abbiano nella loro disponibilità le componenti informative predette; il contraddittorio con la controparte pertanto ha come funzione precipua quella di consentirle di sollevare eccezioni sulla qualificabilità o meno del contratto come "pendente", coinvolgendo sul punto il Giudicante.

Oltre alla necessità di un previo contraddittorio la norma accenna anche alla possibilità di assumere, ove occorra, sommarie informazioni; ciò nondimeno occorre comunque rilevare la natura prevalentemente documentale del supporto probatorio utilizzato e destinato principalmente alla verifica circa la sussistenza dell'interesse allo scioglimento e/o alla sospensione dei rapporti pendenti, della congruità della richiesta stessa rispetto alla proposta di concordato com'anche la verifica della pendenza del rapporto nei termini indicati dallo stesso articolo 169 bis l.fall.

1.4 La decorrenza degli effetti dell'autorizzazione

Ulteriori incertezze applicative si sono registrate anche con riferimento alla decorrenza degli effetti dell'autorizzazione ex articolo 169 bis l.fall.

¹²⁷LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo la riforma del D.L.n.83/2015, ne Il Civilista, Officina del diritto, Speciale Riforma*, Giuffrè, Milano, 2015, p.61 ss.

La formulazione della norma anche in questo caso, nulla disponeva in ordine al *dies a quo* da cui gli effetti dello scioglimento o della sospensione iniziassero a decorrere.

Nel silenzio della norma la dottrina e la giurisprudenza sebbene con soluzioni differenti erano ferme nel sostenere che gli effetti della pronuncia del giudice avessero necessariamente dovuto retroagire alle fasi iniziali della procedura stessa.

Queste ultime invero non ammettevano che vi potesse essere una scissione temporale tra il momento in cui valutare la pendenza dei contratti e quello di decorrenza degli effetti dello scioglimento sui contratti medesimi.

Più precisamente la dottrina era divisa tra coloro che ritenevano che gli effetti dello scioglimento dovessero esser fissati a partire dal deposito della domanda di scioglimento o sospensione e coloro che invece ritenevano che il termine di decorrenza dovesse essere rappresentato dalla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso ex art.161 l.fall.

Quest'ultima soluzione appariva in principio quella più apprezzata anche in riferimento alla stessa sistematica della disciplina fallimentare¹²⁸.

Lo stesso articolo 168 l.fall. indica nella pubblicazione il momento da cui gli effetti protettivi della procedura concorsuale iniziano a decorrere inibendo l'inizio o il proseguimento di *"azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore"*.

¹²⁸ In tal senso LO CASCIO G., *op. cit.*, p.425; *Codice commentato del fallimento, Commentari Ipsa*, diretto da LO CASCIO G., III ed., Milano, 2015, p.2004 ss.

Allo stesso modo l'articolo 184 l.fall riconnette l'obbligatorietà del concordato nei confronti di *"tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161"*.

In tema di fallimento l'articolo 16 l.fall dispone che gli effetti della sentenza dichiarativa del fallimento si producano, nei confronti dei terzi, dalla data di iscrizione del provvedimento nel registro delle imprese.

Alcune pronunce di merito, arricchivano la giustificazione del dato sistematico concentrandosi sulla funzione che la pubblicazione esplicava nella procedura concorsuale.

La pubblicazione, a parere di questi ultimi garantendo *"l'astratta conoscibilità del contenuto del ricorso ai terzi, tra i quali innanzitutto i creditori e le controparti contrattuali dell'imprenditore"* era pertanto *"sufficiente a costituire idonea comunicazione della volontà del ricorrente di esercitare la facoltà di scioglimento di cui all'articolo 169 bis L.F., con conseguente produzione dei relativi effetti da tale momento"*¹²⁹.

Soluzioni diametralmente opposte erano espresse da altro orientamento che in maniera del tutto speculare alle conclusioni sopra richiamate sosteneva che l'articolo 169 bis l.fall. avrebbe dovuto ritenersi previsione estranea al principio di retroattività degli effetti dei provvedimenti giurisdizionali¹³⁰.

Tale precipitato logico trovava fondamento nella circostanza che i provvedimenti emanati dal Tribunale, o dal giudice delegato, a seguito della richiesta di

¹²⁹ Tribunale di Busto Arsizio 24 luglio 2014.

¹³⁰ Corte di Appello di Genova 10 febbraio 2014.

scioglimento dai contratti in corso avanzata dal debitore, sortivano quale unico effetto quello di rimuovere ostacoli al compimento dell'atto stesso.

Ciò per una semplice ragione.

I provvedimenti in argomento - benché frutto di un esame volto alla verifica circa il ricorrere di specifici presupposti normativi ovvero risultato di una discrezionale valutazione di opportunità- si sarebbero comunque risolti in atti di natura autorizzativa e non già dispositiva: i desiderata dell'istante, pertanto, avrebbero trovato realizzazione non già nell'autorizzazione ma nell'atto autorizzato.

A suffragio di tale soluzione interpretativa, non si mancava di evidenziare come il meccanismo enucleato – istanza/autorizzazione/atto autorizzato/effetti – fosse aspetto caratterizzante la procedura fallimentare *tout court*, nel contesto della quale curatore, commissario giudiziale, fallito o debitore in concordato si trovano a dover ricorrere al Tribunale, al giudice delegato o al comitato dei creditori proprio per ottenere l'autorizzazione al compimento di attività solamente dal compimento delle quali derivano effetti giuridici.

Alla stregua di tale impianto esegetico, ritenere che fosse il provvedimento del Tribunale, o del giudice delegato a produrre lo scioglimento del contratto avrebbe significato, in ultima analisi, riconoscere in capo al giudicante non un mero potere autorizzatorio, bensì un vero e proprio potere dispositivo; e ciò in totale e palese contrasto col tenore semantico del testo della norma che inequivocabilmente riconoscerebbe al giudicante solo facoltà autorizzatorie.

Alla stregua delle coordinate tracciate dall'orientamento in analisi, il debitore intenzionato ad addivenire allo scioglimento del contratto avrebbe dovuto, dapprima ottenere l'autorizzazione dal giudice e, in un secondo necessario momento, avrebbe dovuto manifestare alla controparte, anche attraverso la comunicazione del provvedimento autorizzativo, la volontà di dissolvere il vincolo negoziale¹³¹.

Il d.l. n. 83/2015 ha sciolto tale nodo interpretativo venendo incontro proprio a tale ultimo orientamento.

In seguito alla riformulazione dell'art. 169 bis l.f. è, infatti, previsto che: *“Lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente.”* Comunicazione quest'ultima che sarà dunque lasciata alla libera disponibilità del debitore.

Come infatti affermato dalla dottrina in uno dei primi commenti alla recente riforma l'efficacia dell'autorizzazione non sarà dunque mai automatica ma strettamente subordinata alla volontà del debitore, il quale, ottenuta l'autorizzazione potrà anche rinunciare allo scioglimento o alla sospensione.

¹³¹ In tale contesto, la sospensione di cui all'art. 169 bis l. fall. non avrebbe potuto che esser letta quale rimedio dalle fattezze cautelari producendo un effetto paralizzante degli effetti del rapporto contrattuale, in attesa della definitiva decisione sullo scioglimento del legame rimessa al solo debitore.

1.5 La prededucibilità dei crediti

L'ultimo intervento operato dal legislatore ha ad oggetto la natura dell'indennizzo cui il contraente ha diritto quale risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento dei rapporti pendenti.

Il D.L. 83/2015 si preoccupa invero di operare una differenziazione tra i crediti generati dalle prestazioni eseguite prima o dopo la pubblicazione del ricorso ex articolo 161 l.fall. sul registro delle imprese al fine di ridimensionare la tutela riservata al debitore la quale pregiudicava eccessivamente gli interessi del terzo contraente.

La vecchia formulazione dell'articolo 169 bis l.fall., in tema di indennizzo, invero stabiliva che lo stesso sarebbe stato *"soddisfatto come credito anteriore al concordato"* anche nel caso in cui quest'ultimo fosse sorto dopo la presentazione della domanda di concordato.

Ammettendo la possibilità di richiedere lo scioglimento o la sospensione anche in corso di procedura tale strumento avrebbe potuto essere facilmente strumentalizzato dal debitore, che accortosi dell'eccessiva gravosità di un contratto avrebbe potuto avanzare una richiesta ex articolo 169 bis l.fall versando un indennizzo liquidato come credito concorsuale.

Il nuovo disposto, contenuto nel medesimo articolo 169 bis l.fall. dispone che l'indennizzo sarà dunque *"soddisfatto come credito anteriore al concordato, ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'articolo 161"*.

Sebbene la precisazione circa la riserva di prededucibilità ai crediti relativi a prestazioni eseguite legalmente ed in conformità agli accordi ed agli usi negoziali non appaia chiarissima, quest'ultima, a parere di alcuni autori, *"è evidentemente finalizzata ad evitare che il beneficio richiesto dalla controparte"* abbia riferimento *"a prestazioni rese fuori dai patti contrattuali ed evitabili in una fase di incerto esito del contratto"*; con ciò non escludendo situazioni nelle quali le prestazioni non siano espressamente indicate nel contratto ma siano comunque dovute in base ad usi negoziali.

Terzo Capitolo

TALUNE FATTISPECIE CONTRATTUALI ALLA PROVA DELLA GIURISPRUDENZA

1.Premessa

Dopo aver illustrato l'evoluzione storico giuridica della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo, l'introduzione dell'articolo 169 bis l.fall, le problematiche connesse alla sua non felice formulazione risolte, in tutto o in parte, mediante il recente intervento contenuto nel d.l. 83/2015, sarà ora opportuno dare concretezza all'analisi operata ed analizzare alcune fattispecie contrattuali maggiormente frequenti nell'ambito del concordato preventivo.

Queste ultime saranno analizzate a partire dalla loro qualificazione giuridica fino ad arrivare a definirne la loro applicazione nell'ambito della procedura di concordato preventivo, con specifica analisi del regime di pendenza in relazione alle intrinseche caratteristiche di ogni figura contrattuale.

Una speciale attenzione sarà data ai contratti di finanziamento bancario¹³², nello specifico al contratto di mutuo, all'anticipazione bancaria ed infine al *leasing*, il

¹³² Tema oggetto di attenzione già prima dell'inserimento dell'articolo 19 bis l.fall. Sul punto si veda: DI SABATO C., *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 63 ss.; CENSONI P.F., *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 157 ss.; TARZIA C., *Gli effetti del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata sui rapporti bancari in I difficili rapporti tra banche e procedure concorsuali (a cura di CENSON P.F.)*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 111 ss.; REBECCA G., *Contratti pendenti: sospensione e scioglimento nel concordato in continuità e nel concordato in bianco: i contratti*

solo ad esser stato oggetto di una espressa modifica da parte della recente riforma.

Non mancheranno da ultimo brevi osservazioni afferenti la disciplina degli appalti e, rispetto ad essi, la riformata posizione dell'imprenditore in concordato.

2. Il contratto di mutuo

Il contratto di mutuo, appartenendo alla classe dei negozi reali, per ritenersi compiutamente perfezionato oltre al consenso delle parti richiederà la *traditio rei*, ossia la consegna della cosa¹³³.

La consegna del bene non sarà, dunque, il mero effetto obbligatorio del contratto bensì vero e proprio elemento costitutivo del medesimo.

Data la presunzione di onerosità vigente nel rapporto in oggetto, salvo diversa pattuizione delle parti, il mutuatario dovrà corrispondere gli interessi legali o convenzionali al mutuante pena, in difetto, la risoluzione del rapporto sottostante.

L'enunciata "realità"¹³⁴ del contratto in esame, fa sì dunque che sopravviva la sola obbligazione del mutuatario, il quale sarà tenuto a corrispondere la stessa quantità di denaro o di cose fungibili aumentata degli interessi legali; il

bancari in particolare, reperibile on line sulla pagina www.ilfallimentarista.it, articolo del 15 maggio 2013.

¹³³ Cass. Civ. SS.UU. del 21 giugno 2005 n. 13294; Cass. Civ. del 3 gennaio 2011 n. 14.

¹³⁴ DIMUNDO A. – PATTI A., *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Teoria e pratica del diritto, Giuffrè, Milano, 1999, p.377.

mutuante, di contro, esaurirà la propria prestazione al momento stesso della consegna del bene.

L'assenza di un residuo di sinallagmaticità delle prestazioni ha condotto la dottrina e la giurisprudenza a domandarsi se la regola dello scioglimento e della sospensione ex art. 169 bis l.fall, in costanza di concordato preventivo, potesse essere applicata anche a tali ipotesi negoziali e più precisamente in tutti quei casi in cui la prestazione del mutuante fosse stata adempiuta per intero prima del deposito della domanda stessa.

Ciò in quanto risulta piuttosto evidente come lo scenario negoziale si componga nella sostanza di obbligazioni a carico del solo mutuatario.

Ricostruita in questi termini, la fattispecie appare infatti certamente riconducibile più ad un rapporto unilaterale che ad un contesto sinallagmatico.

Le soluzioni offerte discendevano ovviamente dalla incessante diatriba sul significato da attribuire all'infausta espressione contenuta nell'articolo 169 bis l.fall - ci si riferisce ovviamente al termine "contratti in corso di esecuzione"- di cui si è ampiamente dato conto nel secondo capitolo, incoraggiata dalla perdurante assenza di un intervento volto a delineare con maggior precisione il perimetro applicativo dell'articolo 169 bis l.fall.

In tale stato di incertezza, sebbene la maggioranza della giurisprudenza¹³⁵ propendesse per l'esclusione dei contratti di mutuo dal novero dei rapporti

¹³⁵ In questo senso si veda: Tribunale di Monza, 16 gennaio 2013 reperibile on line all'indirizzo www.ilcaso.it, secondo cui: "Il contratto di mutuo stipulato ed adempiuto dalla mutuante prima del deposito della domanda di concordato preventivo non può qualificarsi come rapporto pendente,"; Tribunale di Vicenza, 25 giugno 2013 il quale sul punto rileva che "la norma è inapplicabile ai contratti di mutuo e anticipazione bancaria, mancando la reciprocità sinallagmatica delle prestazioni ineseguite". Nello stesso

suscettibili di scioglimento o sospensione non ritenendoli pendenti, non mancava chi ritenesse che nel concetto di contratti in corso di esecuzione dovessero rientrarvi invece anche le ipotesi descritte nell'articolo 1813 c.c.¹³⁶

Ebbene, a voler dar conto della soluzione che appariva ed appare oggi maggiormente condivisibile è doveroso osservare come alla tesi negazionista dovesse esser riconosciuto il merito di conformarsi maggiormente alla *ratio* contenuta dello strumento offerto dall'articolo 169 bis l.fall.: legittimare il sacrificio imposto alla controparte *in bonis* solo se controbilanciato a sua volta dalla reciproca sospensione della sua stessa controprestazione .

Tale contemperamento poteva esser completamente osservato solo in presenza di rapporti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti e non certo di fronte ad un negozio all'interno del quale mancasse la reciprocità sinallagmatica delle prestazioni ineseguite.

Secondo tale meccanismo, una volta ammessa la parte mutuataria alla procedura di concordato preventivo, l'assenza di due reciproche prestazioni poneva la

senso cfr Tribunale di Vercelli 19 settembre 2013; Tribunale di Treviso 29 ottobre 2014; Tribunale di Milano 4 novembre 2014.

¹³⁶ Nella pronuncia del Tribunale di Forlì del 05 marzo 2014 si legge che “*i contratti di mutuo che non siano stati risolti per inadempimento costituiscono contratti in corso di esecuzione ai sensi dell'articolo 169-bis l.fall.*” Sul punto il Tribunale di Marsala, 5 febbraio 2013 osserva come sia “*coerente con la disciplina del concordato in continuità la prevista prosecuzione dei contratti di mutuo ipotecario, con conseguente assoggettamento alla proposta di concordato delle sole rate già scadute e insolute alla data del deposito della proposta, salvo il regolare adempimento delle rate a scadere, secondo i tempi dell'originario piano di ammortamento. Ed infatti l'art. 186-bis l.f., escludendo la risoluzione dei contratti in corso di esecuzione, utilizza volutamente un'espressione più ampia di quella contenuta nell'art. 72, co. 1, l.f., per il caso di apertura del fallimento, sì da ricomprendere fra i rapporti perseguibili anche quelli non sinallagmatici*”.

fattispecie irrimediabilmente al di fuori dell'ambito di applicazione dell'articolo 169 bis l.fall.

A ben vedere, il ragionamento in esame, era avallato dalla maggioranza "degli addetti ai lavori" e trovava altresì espressa conferma nella stessa sistematica fallimentare.

L'obbligazione restitutoria gravante sul mutuatario non solo non poteva essere ricompresa nell'ambito dei rapporti pendenti per le ragioni sopra esposte ma altresì doveva essere considerata, in forza del richiamo contenuto nell'articolo 169 l.fall.¹³⁷, quale debito scaduto ai sensi dell'articolo 55¹³⁸ legge fall. a partire dalla data di omologazione dell'istanza concordataria.

L'intervento estivo giunto nell'agosto del 2015 mediante il decreto legge n.83, abbandonando la definizione di contratto in corso di esecuzione in favore di quella di contratti pendenti ha, in maniera definitiva, escluso dal raggio di azione della norma tutte quelle fattispecie nelle quali non sia presente al momento della presentazione del ricorso ex articolo 161 l. fall. la persistenza di reciproche obbligazioni ancora non compiutamente eseguite dalle parti e con essa, per l'effetto, anche ai rapporti di mutuo.

¹³⁷ Cfr in tal senso il Tribunale di **Vercelli 19 settembre 2013 ed il Tribunale di Monza 16 gennaio 2013.**

¹³⁸L'art. 55 della l.fall dispone infatti che: *"La dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente.*

I debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento.

I crediti condizionali partecipano al concorso a norma degli articoli 96, 113 e 113-bis. Sono compresi tra i crediti condizionali quelli che non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escussione di un obbligato principale".

Preme, in chiusura, operare un'ultima precisazione con riferimento a quei negozi all'interno dei quali l'erogazione della somma mutuata non avvenga *una tantum* bensì dilazionata nel tempo o altresì subordinata alla presentazione di specifica documentazione da parte del mutuatario.

In tali casi, infatti, attesa la presenza di un intenso legame tra la concessione del finanziamento e lo scopo cui esso è destinato ed è evidente come il contratto di finanziamento non possa dirsi interamente eseguito da nessuna delle due parti. Nei confronti di queste fattispecie risulterà dunque certamente applicabile la normativa prevista dagli artt. 169 bis tutte le volte in cui la prosecuzione del rapporto di mutuo risulti incompatibile con il piano concordatario presentato dall'imprenditore.

2. Le anticipazioni bancarie

L'anticipazione bancaria ha sollevato perplessità consimili a quelle emerse in sede di esame della compatibilità del contratto di mutuo con lo strumento contenuto nell'articolo 169 bis l.fall.

Quest'ultimo schema negoziale invero, pur se appaia *prima facie* di matrice bilaterale, anch'esso, dal punto di vista funzionale, si avvicina fortemente allo schema delle fattispecie unilaterali.

Ciò che si vuole intendere in maniera più esplicita è appunto che con riferimento ai rapporti di anticipazione bancaria anche quando non si siano ancora conclusi con la riscossione dei crediti anticipati da parte dell'istituto di credito e dunque

con il fisiologico rientro economico dello stesso, quest'ultimo, nel momento stesso in cui eroga l'anticipo, ha già esaurito la propria prestazione, residuando quindi il solo credito relativo alla controprestazione del debitore concordatario.

La figura contrattuale in esame, sebbene non espressamente definita a livello codicistico, appartiene alla classe dei contratti bancari, precisamente delle aperture di credito.

Più precisamente, in essa l'istituto di credito anticipa al un cliente una determinata somma di denaro corrispondente ad una classe di crediti che quest'ultimo vanta nei confronti di terzi.

Tale operazione può avvenire mediante una cessione *pro solvendo*¹³⁹ di crediti in funzione solutoria o di garanzia della prestazione ovvero attraverso un mandato irrevocabile all'incasso.

È opportuno, prima di entrare nel vivo della trattazione, operare una prima scrematura delle ipotesi contrattuali ora richiamate, espungendone i casi in cui l'anticipazione suddetta avvenga mediante una cessione di crediti in funzione solutoria.

In tale evenienza essendo riconosciuto all'accordo, in forza del disposto di cui all'articolo 1376 c.c.¹⁴⁰, l'effetto di trasferire il relativo diritto di credito in capo alla Banca, il contratto dovrà ritenersi eseguito da entrambe le parti.

¹³⁹ Le due modalità di cessione del credito differiscono, nei seguenti elementi:

- nella cessione *pro soluto*, il creditore che trasferisce il credito è responsabile della sola esistenza e validità dello stesso al momento della cessione;
- nella cessione *pro solvendo*, invece, alla responsabilità circa l'esistenza e la validità dello stesso al momento della cessione, si aggiunge quella relativa alla solvibilità del debitore ceduto;

¹⁴⁰ L'articolo 1376 c.c. sul punto dispone che: "Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento

Invero, non solo potrà dirsi adempiuta, da parte della Banca, l'obbligazione di erogare il credito ma al contempo potrà dirsi conclusa anche quella del cliente, essendosi in tal caso già completato l'effetto traslativo del credito ceduto.

La presenza di un contratto compiutamente eseguito da entrambe le parti potrà dunque ad escludere categoricamente la possibilità da parte dell'imprenditore, che abbia presentato richiesta di concordato preventivo successivamente alla stipula del contratto *de quo*, richiedere l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione; in tal caso si andrebbe infatti a colpire un contratto i cui effetti traslativi si sono già verificati.

Operate le necessarie precisazioni sarà ora necessario delineare con maggiore concretezza gli elementi di cui si compone un contratto di anticipazione bancaria.

Generalmente, la pattuizione è contenuta in un "*contratto-quadro normativo*¹⁴¹" all'interno del quale vengono disciplinati i tempi delle singole operazioni di anticipazione così come la cessione di credito o mandato all'incasso di crediti che il cliente vanta verso terzi, con la determinazione o meno di limiti temporali e fino ad un importo massimo concordato. Alle voci sopra richiamate sarà, il più delle volte, associato un patto di compensazione tra il credito restitutorio derivante dalle anticipazioni ed il debito che trova titolo nelle riscossioni.

Deve sottolinearsi fin da ora che la figura della cessione di credito e quella del mandato all'incasso non si equivalgono. Mentre nella prima si assiste ad un vero

di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato".

¹⁴¹ Espressione utilizzata da COSTA C., *Lo sconto bancario, ne I contratti per l'impresa, II, Banca Mercati Società, a cura di GITTI, MAUGERI e NOTARI*, Bologna, Il Mulino, 2012, p.83.

e proprio trasferimento della proprietà in capo alla banca nella seconda a trasmettersi sarà invece la sola legittimazione a riscuoterlo.

Ebbene, quand'anche sia possibile in linea teorica ammettere la compatibilità tra tale negozio giuridico e lo strumento di cui all'articolo 169 bis l.fall. è parimenti necessario precisare che la possibilità accordata non potrà, all'atto pratico, valere in assoluto.

Se infatti *nulla quaestio* si ponesse in riferimento ai rapporti di anticipazione all'interno dei quali, al momento del subentro nella procedura concordataria non vi fosse già stato o non potesse dirsi completato il processo di anticipazione da parte della banca¹⁴², il vero nodo cruciale sul quale non sembrava, per lo meno prima dell'intervento contenuto nel d.l. 83/15, esservi identità di vedute era la possibilità di accedere allo strumento della sospensione o dello scioglimento allorquando l'erogazione creditizia da parte della banca avesse avuto luogo prima del deposito del ricorso, cosicché al momento della richiesta residuasse la sola riscossione del credito a copertura delle anticipazioni della stessa banca.

La soluzione non appariva e per alcuni versi non appare ancora oggi di immediata evidenza ed anzi necessita di opportuna ed approfondita analisi.

¹⁴² Si fa riferimento alle anticipazioni bancarie in cui il finanziamento avvenga secondo modalità nelle quali il rapporto conservi il sinallagma funzionale che, come si è avuto modo di vedere, costituisce il presupposto operativo del meccanismo previsto dall'art. 169-bis l.f.

Ciò può accadere ove alla stipula del contratto di anticipazione non sia ancora seguita l'effettiva corresponsione delle somme, o anche nell'eventualità in cui l'erogazione non avvenga *una tantum*, ma consti di *tranches* dilazionate nel tempo, come nei casi in cui il credito oggetto di anticipazione sia quello che derivi dall'esecuzione di un contratto che preveda una pluralità di scadenze per l'erogazione del corrispettivo.

Non potrà poi non essere affrontata un'ulteriore questione, strettamente connessa alla sorte dei rapporti pendenti, afferente la compatibilità del patto di compensazione o mandato all'incasso con la procedura concordataria al di fuori dei casi in cui si verifichi lo scioglimento o la sospensione.

3.1. L'applicabilità dell'articolo 169 bis l.fall

Con riferimento alla prima questione è opportuno fin da subito precisare che quest'ultima muoveva da un assunto di base sul quale la dottrina e la giurisprudenza, salvo sparute pronunce, era unanime: la natura unilaterale del rapporto di anticipazione bancaria.

Alla luce della tesi sopra descritta il dibattito si incentrava appunto sulla possibilità di ricomprendere nella nozione di "contratti in corso di esecuzione" anche tutti quei rapporti rispetto ai quali solo una delle parti avesse compiutamente adempiuto la prestazione.

Anche in questo caso, senza voler riprodurre quanto affrontato nella seconda parte della trattazione, deve tenersi sempre ben presente che le diverse posizioni scaturivano dall'interpretazione più o meno estesa che, in assenza di un intervento chiarificatore del Legislatore, veniva data alla nozione di contratti in corso di esecuzione.

Da una parte vi era chi asseriva la sostanziale identità tra la nozione di "contratti in corso di esecuzione" e quella di contratti pendenti contenuta nell'articolo 72 l.

fall.¹⁴³; dall'altra chi riteneva invece per così dire "autosufficiente" la definizione contenuta nell'articolo 169 bis l.fall e dunque molto più ampia l'accezione di "contratto in corso di esecuzione".

Traslando tale ultimo principio all'ipotesi di anticipazione bancaria si giungeva dunque a sostenere che il debitore avrebbe potuto ricorrere allo scioglimento o alla sospensione del contratto anche nell'eventualità in cui la banca avesse già integralmente eseguito la propria prestazione, mettendo a disposizione del cliente la somma anticipata a fronte della cessione stessa.

Ad una speculare conclusione giungeva invece la tesi favorevole ad ammettere l'esistenza di una sostanziale sovrapposibilità della nozione "in corso di esecuzione" con rapporti pendenti propria del fallimento, negando, per l'effetto l'applicazione dell'articolo 169 bis l. fall ai contratti di anticipazione bancaria.

Come osservato in una delle pronunce aderenti a tale ultimo orientamento, se per contratti in corso di esecuzione ex art. 169 bis l.fall. devono essere intesi, con nozione identica a quella contenuta nell'art. 72, comma 1, L.F. in relazione al fallimento, *"i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti alla data di presentazione del ricorso, ossia i contratti a prestazioni corrispettive bilateralmente ineseguiti"* logica sarà allora l'esclusione dei contratti bancari in questione *"in quanto relativamente ad essi una delle due contrapposte prestazioni è stata*

¹⁴³ Cfr Tribunale di Genova 4 novembre 2013. Nello stesso senso Tribunale di Rovigo 7 ottobre 2014, Tribunale di Monza 27 novembre 2013, Tribunale di Piacenza 1 marzo 2013, Tribunale di Busto Arsizio 11 febbraio 2013; Tribunale di Como 5 novembre 201, Tribunale di Treviso 18 luglio 2014; Tribunale di Pordenone 10 dicembre 2013 e 10 febbraio 2014

interamente adempiuta prima del deposito del ricorso per concordato (quella della banca per l'anticipo effettuato)"¹⁴⁴.

La tesi sopra riportata era, come ampiamente ricordato, tutt'altro che isolata. Nello stesso senso altre decisioni di merito sancivano, con perdurante frequenza, l'inammissibilità della domanda di scioglimento delle anticipazioni bancarie ai sensi dell'art. 169 bis l.fall. rilevando che nel caso i rapporti avessero "generato obblighi restitutori, l'unico elemento" residuale avrebbe avuto la mera veste di "un debito e non di un rapporto bilaterale pendente, come tale, non soggetto a scioglimento ex art. 169 bis l.fall."¹⁴⁵

I sostenitori dell'enunciata tesi segnalavano infatti che qualora fosse stata accolta la diversa opzione interpretativa che estendeva anche ai contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti da uno solo dei due contraenti la disciplina contenuta nell'art. 169 bis l.fall., il debitore avrebbe potuto chiedere di sciogliere tutti i rapporti dai quali fossero derivati debiti che non avesse pagato, essendo questi ultimi "ineseguiti da uno dei due contraenti (cioè il debitore stesso), per definizione"¹⁴⁶.

Il pericolo ipotizzato, fra l'altro non troppo remoto, era dunque quello che legittimando lo scioglimento o la sospensione dei contratti unilaterali (come

¹⁴⁴ Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014. Nello stesso senso Tribunale di. Vicenza, 25 giugno 2013; Corte d'Appello di. Brescia, 19 giugno 2013, in www.ilcaso.it, n. 9155; Tribunale di Milano, 13 marzo 2013, in *Riv. dott. comm.*, 2013, p.679 s., con nota di ARLENGHI M., *Scioglimento e sospensione dei contratti bancari in corso di esecuzione ai sensi dell'art. 169-bis l. fall.*; Trib. Verona, 30 gennaio 2013, in *Fallimento*, 2013, p.624 ss.

¹⁴⁵ Cfr. Tribunale di Milano, 19 marzo 2013, *op.cit.*,2013, p. 681; dello stesso avviso Tribunale di Verona, 30 gennaio 2013, in *Fallimento*, 2013, 623.

¹⁴⁶ POLACCO E.S., *Preconcordato: sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione in pendenza del termine per la presentazione del piano*, ne *Il Fallimetarista*, 21 ottobre 2014. Nello stesso senso Tribunale di Ravenna 22 ottobre 2014.

appunto i contratti bancari autoliquidanti), si sarebbero potuti far rientrare nella disciplina di cui all'articolo 169 bis l.fall tutti i contratti commerciali (recanti un rapporto debito/credito) con un'evidente interpretazione errata della volontà del legislatore *"dando così luogo a quell'abuso del diritto che la giurisprudenza ha a più riprese stigmatizzato"*¹⁴⁷.

Il recente intervento riformatore ha inequivocabilmente accolto l'orientamento da ultimo descritto, precisando che l'art. 169-bis l.fall. si riferisce proprio (e solo) ai contratti pendenti, cioè ai rapporti che non abbiano avuto compiuta esecuzione da entrambe le parti contraenti al momento della presentazione del ricorso per l'accesso alla procedura. Per tale via, dunque, si è ricondotta ad unità la nozione di pendenza del rapporto nel fallimento e nel concordato preventivo, a tutela della coerenza ed omogeneità dell'ordinamento concorsuale.

Nonostante gran parte della dottrina tale intervento possa dirsi aver risolto definitivamente l'interrogativo sopra enucleato, non è mancato chi, in maniera del tutto puntuale, ha evidenziato come alla sostanziale sovrapposibilità del campo di applicazione degli articoli 72 e 169 bis l.fall. non corrisponda una completa identità lessicale.

Sebbene il nuovo testo della legge non faccia riferimento ai *"contratti in corso di esecuzione"* ma all'espressione *"contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso"* mutuata - per l'appunto - dall'articolo 72 l.fall, deve osservarsi che nel testo della riforma manchi il riferimento ad *"entrambe le parti"* (contenuto invece nell'articolo 72).

¹⁴⁷ Tribunale di Ravenna 22 ottobre 2014

Gli effetti della riforma appaiono fortemente ridimensionati dalla denunciata lacuna normativa di cui si è dianzi discusso.

Per tale ragione, per quanto si auspicava, grazie all'intervento del Legislatore la definitiva chiusura dell'acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale la polemica appare non del tutto sopita.

Una maggiore precisione del Legislatore sarebbe di sicuro riuscita a spegnere una volta per tutte le avverse interpretazioni di coloro i quali oggi di fronte a tale mancanza potranno invece strumentalizzare tale nuova ed ulteriore incertezza per *"far entrare dalla finestra quello che probabilmente il legislatore della riforma ha voluto fa uscire dalla porta"*¹⁴⁸ e dunque l'applicabilità della disciplina contenuta nell'articolo 169bis l.fall anche ai rapporti unilaterali.

3.2 Efficacia del patto di compensazione

Altra circostanza che necessita in questa sede di un ulteriore approfondimento si colloca fuori dallo spettro di azione dell'articolo 169 bis l.fall ed è invece legata all'ipotesi di prosecuzione del rapporto di anticipazione bancaria in costanza di concordato.

Precisamente, ci si riferisce alla legittimità della banca a riscuotere il credito anteriore alla apertura del procedimento di concordato, compensando il proprio

¹⁴⁸ VAROTTI L., *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 17 agosto 2015, p.15.

credito verso lo stesso cliente mediante l'incameramento delle somme riscosse durante la procedura.

Tale interrogativo sorge ed è invero strettamente collegato ad alcune disposizioni della legge fallimentare che, a diverso titolo e non in maniera esplicita, sembrano vietare il pagamento dei debiti anteriori in sede concordataria e per l'effetto inibire qualsiasi atto - in particolare, il patto di compensazione che generalmente è incluso in tali contratti- dal quale possa determinarsi un'indebita preferenza in favore della banca.

In tal senso depone infatti la disposizione contenuta nello stesso articolo 167 l.fall. la quale sebbene disponga, durante la procedura di concordato, la conservazione in capo al debitore dell'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, allo stesso tempo fissa limiti precisi rispetto agli atti dispositivi che lo stesso può compiere al fine di garantire l'intera massa di creditori.

Più precisamente, il secondo comma dell'articolo 167 l.fall. stabilisce che *“ I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato”*¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Per completezza si riporta il testo integrale dell'articolo 167 l.fall. che in tema di amministrazione dei beni durante la procedura stabilisce che: *“Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.*

I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le

Parimenti, a norma del 168 l.fall, primo comma, *“dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore [al decreto] non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore”*¹⁵⁰.

Medesime considerazioni si ritrovano, come saggiamente evidenziato in una decisione di legittimità, nell’art. 184 l.fall¹⁵¹ il quale *“nel prevedere che il concordato*

cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l’autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Con il decreto previsto dall’articolo 163 o con successivo decreto, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l’autorizzazione di cui al secondo comma”.

¹⁵⁰ Per completezza si riporta il testo integrale dell’articolo 168 l.fall. che sugli effetti della presentazione del ricorso dispone che: *“Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore [al decreto] non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore .*

Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano.

I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall’articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato”.

¹⁵¹ In tema di effetti del concordato per i creditori l’articolo 184 l.fall. dispone che *“Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all’articolo 161. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.*

Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili”.

*sia obbligatorio per tutti i creditori anteriori, implica che non possa darsi l'ipotesi di un pagamento di debito concorsuale al di fuori dei casi e dei modi previsti dal sistema"*¹⁵².

Anche con riferimento al concordato in continuità, l'art. 182-quinquies¹⁵³ l.f. autorizza il debitore *"a pagare i crediti anteriori per prestazioni e servizi solo se*

¹⁵² Cass. Civ., del 12 gennaio 2007 n. 578. Nello stesso senso cfr Cass. Civ. del 28 agosto 1995, n. 9030; Cass Civ. del 9 novembre 1982, n. 5883.

¹⁵³ In tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti l'articolo 182-quinquies l.fall. stabilisce che: *"Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.*

Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-bis, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-bis, settimo comma. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione. La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda (3).

L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità', e non ancora oggetto di trattative.

Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti.

*essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali a ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori"*¹⁵⁴.

Il tenore delle norme richiamate ha dunque persuaso gli operatori del diritto a non dare per scontata la legittimità della condotta della banca che, pur dopo il deposito del ricorso per l'accesso al concordato, trattenga le somme versate da terzi e le annoti sul conto ad attivo del debitore correntista, in compensazione delle partite di segno opposto, ed anzi a riflettere al contrario sulla necessità di consegnare tali somme allo stesso imprenditore in concordato.

Data l'esistenza delle norme richiamate, l'incameramento di somme da parte della Banca durante la procedura di concordato avrebbe potuto infatti rappresentare una violazione delle disposizioni sopra citate nella misura in cui avrebbe determinato, a parere di alcuni, una ingiustificata preferenza nella soddisfazione dei crediti ed una drastica riduzione del patrimonio del debitore a discapito degli altri creditori.

Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità' aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non e' necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quinto comma del presente articolo, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67 (5).

¹⁵⁴ Cfr. ZAPPA A.M., *Il pagamento di crediti nell'imminenza del deposito del ricorso di concordato preventivo*, ne *Il Fallimentarista*, 25.06.2015

Deve precisarsi che tale questione non era nuova né alla dottrina né alla giurisprudenza in quanto già sorta con riferimento alla procedura concorsuale dell'amministrazione controllata, poi abrogata mediante D.lgs 5/2006; la sostanziale identità delle procedure, comportava si riproponessero i medesimi percorsi argomentativi e si offrissero le medesime soluzioni¹⁵⁵.

In realtà il vero nodo cruciale atteneva non tanto all'esistenza di un simile potere in capo all'istituto di credito ma alla valenza, nel caso fosse stato pattuito nel medesimo contratto, di un accordo che, come osservato più volte in sede giurisprudenziale *"derogando al principio della cristallizzazione della massa debitoria e della conseguente inesigibilità dei crediti vantati da terzi nei confronti della società in forza del principio della par condicio creditorum"*, attribuisse *"alla banca il diritto di soddisfare, dopo l'apertura della procedura concordataria, il proprio credito per l'anticipazione sorto anteriormente alla procedura, attraverso l'incameramento delle somme riscosse durante la stessa procedura"*.

La posizione assunta dagli ermellini fin dai primi anni novanta è stata quella di non escludere a monte il diritto all'incameramento dei crediti da parte della banca se non dopo aver verificato l'esistenza, nella convenzione conclusa tra le parti, di una clausola attributiva del diritto di incamerare le somme riscosse¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cfr., fra gli altri, DI SABATO F., *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1982; CENSONI P.F., *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Quaderni di Giur. comm.*, n. 99, Milano, 1988; TARZIA G., *Anticipazioni su ricevute bancarie ed accredito in conto delle somme riscosse durante l'amministrazione controllata*, in *Fall.*, 1998, p.56; GINEVRA E., *Il c.d. "mandato irrevocabile all'incasso" della prassi bancaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II p.173; Romagno W., *Lo sconto di ricevute bancarie nel concordato preventivo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, II, p.552.

¹⁵⁶ Cass. Civ. del 18 novembre 1990 n. 11988; Cass. Civ. del 23 luglio 1994 n.6870; Cass. Civ. n. 7194 del 2 agosto 1997 n. 7194 ; Cass. Civ. n. 2539 del 7 marzo 1998.

Più precisamente, in una delle prime pronunce si sottolineava l'importanza di effettuare una verifica volta ad indagare, l'esistenza di una cessione di credito accompagnata da patto di compensazione oppure di un semplice mandato all'incasso¹⁵⁷; in tale ultimo caso la banca non sarebbe legittimata ad incamerare le somme.

Le differenze, come precisato in apertura, non sono infatti di poco conto.

Ciò in quanto, come egregiamente osservato dalla Corte di legittimità *“la cessione di credito ed il mandato all'incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie e di garanzia, si differenziano sostanzialmente e sono incompatibili¹⁵⁸”*. Se nella prima si assiste all'immediato trasferimento del credito *“ad altro soggetto, che diviene titolare della legittimazione esclusiva a pretendere la prestazione del debitore”*, nel mandato *“in rem propriam”* viene conferita *“al mandatario solo la legittimazione a riscuotere il credito in nome e per conto del mandante, che ne conserva la titolarità esclusiva*.

Per comprendere le ragioni di una simile esclusione deve necessariamente richiamarsi il disposto contenuto nell'articolo 56 l.fall. - espressamente recepito per l'ipotesi di concordato preventivo dall'articolo 169 bis l.fall. - che richiede ai

¹⁵⁷ La Suprema Corte, in tale pronuncia osservava che *“Tale esame deve tendere ad accertare se la Banca è stata incaricata della riscossione dei crediti sulla base di un accordo solutorio comportante la cessione del credito o comunque il diritto della Banca di incamerare le somme riscosse art. 1713, primo comma, c.c.)*. In questa seconda ipotesi la Banca non avrebbe diritto a compensare il suo debito (di versamento al cliente delle somme riscosse) con crediti da essa vantati verso lo stesso cliente, anche se tali crediti siano sorti prima della presentazione della domanda di concordato, poiché l'art. 56 legge fall. è richiamato dall'art. 169 della stessa legge per il concordato preventivo, con riferimento espresso alla data di presentazione della domanda di concordato, e non al decreto di apertura della procedura”. Nello stesso senso Cass. Civ. 18 novembre 1990 n. 11988; Cass. Civ. del 7 maggio 2009, n. 10548.

¹⁵⁸ Cass. Civ. del 28 agosto 1995, n. 9030.

fini della compensabilità delle opposte ragioni di credito prevista dall'articolo 56 l.fall. la preesistenza del momento genetico dei rispettivi crediti rispetto alla procedura concorsuale.

Ebbene, essendo evidente come il momento genetico dell'obbligazione del mandatario sia da individuare non già al conferimento del mandato, ma all'atto della riscossione del debito del terzo, in quanto è da tale momento che sorge l'obbligo di restituzione della relativa somma al mandante e dunque dopo la domanda di ammissione al concordato preventivo in applicazione della regola appena enunciata e contenuta nell'articolo 56 l.fall, la compensazione non avrebbe potuto operare.

Considerazioni diverse devono essere operate per il patto di compensazione. Con riferimento ad esso veniva osservato che *“l’opponibilità del patto di compensazione o di annotazione ed elisione nel conto di partite di segno opposto [...]”* era *“perfettamente compatibile con l’articolo 56 l.fall., applicabile al concordato preventivo per effetto del richiamo operato dall’articolo 169 l.fall.”*¹⁵⁹

¹⁵⁹ Tribunale di Monza 27 novembre 2013 secondo cui *“si deve ritenere che il menzionato patto [di compensazione, n.d.r.] specificamente correlato all’anticipazione non ponga problemi di opponibilità alla procedura concorsuale dal momento che quando il rapporto bancario nel suo complesso prosegue in corso di procedura [...] con piena efficacia di tutte le clausole pattizie ad esso riconducibili, è necessariamente antecedente all’apertura della procedura, con la conseguenza che il patto di compensazione inscindibilmente interdipendente all’operazione creditizia è destinato ad operare in corso di procedura, finché non intervenga una causa di scioglimento del rapporto, e ciò in deroga al principio di parità di trattamento dei creditori che impedisce il pagamento (e, tantomeno, “l’autopagamento”) dei crediti anteriori”*; nello stesso senso cfr., in sede di merito, Trib. Milano 27 giugno 2002, in *Fall.*, 2002, p.1377; Tribunale di Treviso 25 ottobre 2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, p.414, con nota adesiva di M. Lembo, *Lo smobilizzo dei crediti commerciali ed il concordato preventivo del cliente bancario*; Tribunale di Roma 21 aprile 2010, in *Fall.*, 2010, p.1300. Tribunale di Cuneo, 14 novembre 2013, secondo cui *“la compensazione deve pertanto ritenersi legittima purché espressamente prevista dal contratto di anticipazione, che continua a produrre i propri effetti anche in pendenza*

Come osservato dal Tribunale di Milano, *“la possibilità di operare la compensazione anche dopo l’apertura della procedura di concordato preventivo quando l’origine causale della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni reciproche è antecedente ad essa”* risponderebbe infatti *“alla medesima esigenza di equità sostanziale vigente nell’ambito dei fallimento, in forza della quale il terzo creditore che sia titolare anche di un debito verso la procedura non deve essere costretto a sopportare un pagamento in moneta concorsuale dopo aver adempiuto integralmente alla propria obbligazione, come è accaduto per la banca che ha erogato l’anticipazione”*¹⁶⁰.

Posto che la procedura concordataria non determina *ipso facto* lo scioglimento del negozio bancario bensì la sua regolare prosecuzione quest’ultimo dovrà pertanto

di concordato”. Nel medesimo senso anche Tribunale di Padova, 7 gennaio 2014, cit., secondo cui *“solo in presenza di specifico e preesistente patto di compensazione [...] è possibile la compensabilità dei crediti vantati dalla Banca verso il debitore in concordato con le somme riscosse dopo la presentazione di domanda di concordato preventivo. Non è ammessa la compensabilità in caso di semplice mandato all’incasso (senza patto di compensazione)”*; Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012, in *Il Caso.it*, secondo cui *“ la banca ha diritto di compensare il proprio debito restitutorio delle somme incassate con il credito vantato verso il correntista – ancorché quest’ultimo sia anteriore all’ammissione alla procedura e il debito sia sorto invece successivamente – sol che ciò sia stato previsto nella convenzione conclusa tra le parti (il c.d. “patto di compensazione”)*; Tribunale di Milano, 11 dicembre 2012, il quale ha precisato che *“gli accrediti relativi a fatture/ri.ba accettate in epoca precedente (alla pubblicazione della domanda) non possono essere compensati con i debiti pregressi pena la violazione dell’art. 56 L.F., salva l’ipotesi della cessione del credito ovvero dell’opponibilità del patto di compensazione a rapporto pendente”*; Trib. Bergamo, 21 novembre 2011, *ivi*, 2012, 586 s., con nota di TARZIA G., *Riscossione di crediti «anticipati» dalla banca ed efficacia del patto di compensazione nel concordato preventivo*; Tribunale di Roma, 21 aprile 2010, *ivi*, 2010, p.1300 ss., con nota di Cederle, *Anticipazione di crediti e concordato preventivo: la banca mandataria tra obblighi restitutori e patto di compensazione*; Tribunale di Milano, 27 giugno 2002, *ivi*, 2002, 1377; Trib. Treviso, 25 ottobre 2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, p.414..In sede di legittimità: Cass. Civ. del 7 marzo 1998, n. 2539, in *Foro it.*, 1998, I, p.1865; Cass. Civ., 5 agosto 1997, n. 7194, in *Fallimento*, 1998, p.56, con nota di TARZIA G., *Anticipazioni su ricevute bancarie, ed accredito in conto delle somme riscosse durante l’amministrazione controllata*; Cass. Civ. del 23 luglio 1994, n. 6870, *ivi*, 1995, p.262.

¹⁶⁰ Tribunale di Milano 27 giugno 2002.

ricomprendere al suo interno qualsiasi pattuizione di cui lo stesso si componga *“ivi compresa quella con la quale le parti abbiano attribuito alla Banca il diritto di incamerare le somme riscosse per conto del correntista”*¹⁶¹.

La Corte di legittimità, ha sapientemente osservato, come il patto *de quo*, sia, all'interno di tale schema negoziale infatti, *“connesso in modo essenziale al negozio di credito strutturalmente collegato al potere attribuito alla banca (in forza di un mandato, o per effetto di una cessione di credito) di riscuotere il credito del correntista, nel senso che attenendo esso alla regolamentazione delle modalità di soddisfazione del credito della banca”*.

Il rapporto di stretta interdipendenza che governa le pattuizioni fa sì che la riscossione possa essere tradotta quale mera modalità di rientro del finanziatore dall'anticipazione concessa.

La banca, infatti, ottiene dal debitore una legittimazione ad incamerare i suoi crediti verso terzi al fine di consentirgli di estinguere l'obbligazione, che si attegga a controprestazione dell'anticipazione.

Di conseguenza, la residua prestazione di rimborso gravante sul debitore ed il negozio di cessione - o di mandato all'incasso dei crediti di quest'ultimo - vengono a mostrarsi ontologicamente consimili, posto che la riscossione assume i connotati di una modalità di pagamento del cliente giammai quelli di una prestazione ulteriore della banca.

Alla stregua dell'inscindibilità dianzi descritta, i giudici della nomofilachia, sulla scorta di una valutazione logica prima ancora che giuridica, hanno ritenuto di dover ripudiare qualsivoglia ricostruzione esegetica *“incentrata sulla prosecuzione -*

¹⁶¹ Cass. Civ. del 7 marzo 1998, n. 2539.

nel corso di una procedura concorsuale minore - del complesso unitario rapporto di conto corrente bancario, compresa l'obbligazione di dar esecuzione all'incarico di incassare le ricevute", che escluda "la compensazione attraverso il mezzo tecnico della annotazione in conto delle somme riscosse ad elisione delle partite di debito verso la banca¹⁶²".

In altri e conclusivi termini, l'uscita dal concorso delle somme incassate dalla banca nell'ambito in virtù di un rapporto di anticipazione bancaria corredato da apposito patto di compensazione, non può che prescindere dalla pendenza della complessiva regolamentazione contrattuale al momento dell'avvio della procedura concordataria.

Deve infine ricordarsi che, stante l'inscindibilità del negozio dal patto di compensazione, in caso di scioglimento o sospensione ex articolo 169 bis l.fall. alla banca non solo sarà preclusa la possibilità di dar luogo alla compensazione tra debiti e crediti, ma dovrà altresì restituire alla procedura quanto incassato successivamente allo scioglimento del contratto, e dopo l'avvio della procedura stessa.

2. Il contratto di leasing

Il leasing rappresenta una fattispecie contrattuale di origine anglosassone che ha avuto forte diffusione nel nostro paese sebbene tale rapporto non abbia trovato un corrispettivo normativo all'interno del nostro ordinamento¹⁶³.

¹⁶² Cass. Civ., del 7 marzo 1998, n. 2539.

¹⁶³ La definizione di leasing pertanto deve essere necessariamente mutata dal contesto internazionale ed in particolar modo dalla Convenzione Unidroit di Ottawa sul leasing internazionale secondo la quale nell'operazione di leasing finanziario "una parte (il concedente) a)

Si far riferimento al leasing finanziario in quanto rappresenta l'ipotesi maggiormente sviluppata. Da essa si differenzia il leasing operativo il quale, contrariamente al leasing finanziario, non prevede la presenza dei tre operatori (proprietario del bene, società finanziaria, ditta utilizzatrice), poiché, solitamente è lo stesso produttore del bene che lo concede in locazione per un canone che corrisponde al servizio offerto dal bene stesso.

La natura unitaria del rapporto di locazione finanziaria era sconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità, assestandosi piuttosto sulla distinzione del leasing di godimento da quello con effetti traslativi ¹⁶⁴.

Se infatti il primo veniva considerato *“essenzialmente strutturato sulla coincidenza tra periodo di consumazione tecnica ed economica del bene e periodo di durata del contratto, qualificato come contratto atipico di durata”*; il secondo, di contro, trovava la sua peculiarità nell'aver *“ad oggetto beni di serie, la cui prevedibile durata di*

stipula un contratto (il contratto di fornitura), sulla base delle indicazioni di un'altra parte (l'utilizzatore), con un terzo (il fornitore) in base al quale il concedente acquista impianti, materiali o altri beni strumentali (il bene o il bene strumentale) alle condizioni approvate dall'utilizzatore nella misura in cui lo concernono, e b) stipula un contratto (il contratto di leasing) con l'utilizzatore dando a quest'ultimo il diritto di usare il bene contro pagamento di canoni”. Sul punto DE NOVA G., *Leasing*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, X, Torino, 1993, p.462; MONTICELLI S. *leasing*, in W. Bigiavi, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, ALPA G. e BESSONE M., *I contratti in generale*, II,1, 1991, p.143; TORRENTE A. SCHLESINGHER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2007 lo definiscono un contratto *“socialmente tipico”*.

¹⁶⁴ Cfr per tutte Cass. Civ. n. 65 del 1993 resa a sezioni unite. La dottrina più attenta più che di un rapporto trilaterale quest'ultimo consiste in un *“collegamento negoziale tra il contratto di compravendita del bene strumentale ed il contratto di leasing mediante il quale il bene è affidato in uso all'utilizzatore con la corresponsione di canoni in cui è compreso l'ammortamento di tutto o parte sostanziale del costo”* A.A.V.V., *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO G., *op.cit.*, sub art. 72 quater l.fall, p.907. Nello stesso senso LO CASCIO G. *Il concordato preventivo e le altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, Nona Ed., 2015 p.461.

consumazione economica è svincolata da quella, sensibilmente più breve, del contratto (nel quale pertanto i canoni incorporano anche una parte de prezzo del bene), il quale presenta elementi di forte analogia con la vendita con riserva di proprietà, che giustificano l'applicazione dell'articolo"¹⁶⁵.

In via estremamente sintetica, pertanto, caratterizzavano, sotto il profilo strutturale, il leasing "di godimento", comunemente definito "tradizionale": la funzione di intermediazione affidata all'impresa di leasing che si poneva quale tramite tra il fornitore (o produttore) ed il fruitore del bene; l'oggetto, componentesi di beni od impianti strumentali all'esercizio dell'impresa destinati, nel corso della durata del rapporto contrattuale, a divenire obsoleti ovvero ad esaurirsi; gli interessi coesistenti del concedente a impiegare in modo lucrativo il capitale finanziario, e del fruitore ad ottenere i vantaggi conseguenti allo sfruttamento imprenditoriale dello stesso senza dover sopportare, almeno nell'immediato, il costo d'acquisto¹⁶⁶; la ponderazione dei canoni alla stregua della durata del bene, canoni rispondenti ad un piano di ammortamento finanziario che vede, al suo termine, l'utilizzatore del bene restituire l'importo del capitale investito dal concedente presso un terzo, arricchito dell'utile dell'impresa di leasing e delle spese dell'operazione; il valore finale del bene, piuttosto modesto, al quale, del pari, corrisponde un esiguo opzionato prezzo d'acquisto; la

¹⁶⁵ PATTI A. *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo, Teoria e pratica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2014, p.253. Secondo altri tale distinzione sarebbe ormai superata. In tal senso cfr DEMARCHI G.P., *Lo scioglimento del contratto di leasing a causa del fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, p.417; QUAGLIOTTI L., *La disciplina unitaria del contratto di Leasing nel fallimento*, in *Fall.*, 2006, p.1239.

¹⁶⁶ Era fatta salva infatti la possibilità per l'utilizzatore di acquistarlo al termine del rapporto.

proprietà del bene in capo al concedente che si atteggia a garanzia del pagamento dei canoni, sulla scorta di quanto stabilito nel piano di ammortamento.

Di contro, il leasing traslativo si distingueva dal primo perché: durata del rapporto contrattuale ed esaurimento tecnico, ed economico, del bene apparivano in esso disallineate; scopo delle parti, perseguito proprio attraverso il leasing, era il trasferimento, alla fine del rapporto, della proprietà del bene¹⁶⁷; il valore complessivo dei canoni rispondeva al costo del bene in quanto tale¹⁶⁸; tra concessione in godimento e vendita sussisteva un vero e proprio rapporto mezzo/risultato; la conservazione della proprietà del bene in capo al soggetto finanziante sino alla scadenza del contratto fungeva dunque da garanzia oggettiva¹⁶⁹.

Sulla scorta di tale distinzione, tanto la giurisprudenza di merito, quanto quella di legittimità, erano concordi nel ritenere applicabile il principio generale di cui all'art. 1458 c.c. anche alla risoluzione del leasing per inadempimento dell'utilizzatore: nei casi di leasing di godimento, pertanto, in capo al concedente si andavano a consolidare i canoni percepiti; mentre nelle ipotesi di leasing traslativo, al concedente veniva riconosciuto il diritto a ricevere un equo compenso per l'utilizzo della cosa e per la diminuzione del valore del bene, a fronte del quale sorgeva tuttavia in capo allo stesso l'obbligo di restituire i canoni

¹⁶⁷ Del resto l'acquisto appare di fatto necessario se solo si ha riguardo all'evidente sproporzione tra il valore residuo del bene ed il modesto prezzo d'opzione.

¹⁶⁸ Ciascun canone "scontava anche una quota di prezzo". La vendita rappresentava pertanto "elemento caratteristico causale coesenziale con la funzione finanziaria".

¹⁶⁹ In questo senso Cass. Civ nn. 5573/89 e 6357/91.

riscossi, in ossequio a quanto previsto in caso di risoluzione dei contratti di vendita con riserva di proprietà (art. 1526 c.c.).¹⁷⁰

Ebbene, ad onta della distinzione di matrice giurisprudenziale sopra richiamata, l'intervento del 2006 (il D.Lgs. n.5), nel riformare il plesso normativo riferentesi al fallimento, al concordato ed alla liquidazione coatta amministrativa, ebbe a delineare una medesima disciplina della locazione finanziaria, applicabile indistintamente tanto al leasing di godimento quanto al leasing traslativo (art. 72 *quater*). Fu stabilita, infatti, un'estensione di operatività dell'art. 72 *quater* anche al contratto di locazione finanziaria in caso di fallimento dell'utilizzatore: nei rapporti pendenti, al curatore era riservata la facoltà di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendone tutti i relativi obblighi; ovvero di sciogliersi dal contratto medesimo.

A mente dell'art. 72 *quater*, inoltre, in caso di scioglimento del contratto, al concedente era riconosciuto il diritto alla restituzione del bene, fermo restando l'obbligo su di lui gravante di versare alla curatela l'eventuale differenze tra la somma ricavata dalla vendita (o da altra allocazione del bene) e il credito residuo in linea di capitale. Con riferimento alle somme già riscosse, era prevista l'esclusione di revocabilità, giusto il disposto di cui all'art. 67, comma 3, lett. a). Ed ancora, a favore del concedente era sancito il diritto di insinuarsi nello stato

¹⁷⁰ Riprendendo il testo della sentenza della Cass. Civ. SS.UU. n. 65 del 7 gennaio 1993 si legge infatti che *“La disciplina di un contratto di locazione finanziaria con riferimento all'inadempimento dell'utilizzatore è diversa a seconda che le parti abbiano stipulato un leasing di godimento o un leasing traslativo; nel primo caso trova applicazione la regola di cui all'art. 1458 c.c. con la conseguenza che il concedente conserva il diritto a trattenere tutti i canoni percepiti, mentre nel secondo caso trova applicazione il meccanismo riequilibratore delle prestazioni previsto nell'art. 1526 c.c. per la vendita con riserva di proprietà”*.

passivo relativamente alla differenza del credito vantato alla data del fallimento ed quello ricavato dalla nuova allocazione del bene.

All'indomani dell'entrata in vigore della disciplina dianzi evocata, gli interpreti ritennero che l'inserimento dell'art. 72 quater l. fall dovesse essere letto quale segno manifesto della volontà del Legislatore di superare la storica distinzione tracciata dalla Corte di legittimità tra leasing di godimento e leasing traslativo attraverso, come visto, una disciplina unitaria dedicata alle sorti del contratto di locazione finanziaria, sì da mettere definitivamente a tacere complesse ed annose questioni sorte intorno alla causa del contratto di leasing.

Il fronte dottrinario si interrogò sin da subito sulla estensibilità della riforma al concordato preventivo, sebbene ostasse a siffatta interpretazione la stessa sistematica fallimentare¹⁷¹.

La mancanza di qualsivoglia addentellato normativo, spinse la giurisprudenza maggioritaria a ritenere valevole la distinzione leasing di godimento /leasing traslativo in materia di concordato preventivo e di risoluzione in *bonis*, argomentando nel senso della specialità e della settorialità della materia fallimentare

Eccezion fatta per il fallimento, dunque, l'art. 1526 c.c. era ritenuto paradigma normativo valevole per le ipotesi di risoluzione del leasing traslativo, con inevitabili ed inaccettabili effetti sperequativi: il diverso grado di tutela spettante alla società di leasing, era infatti rimesso unicamente al proponimento della

¹⁷¹ L'art. 169 l. fal non presentava, infatti, alcuno spunto valevole in questo senso. In dottrina INZITARI B., Art. 72 quater, JORIO A FABIANI M., *Il nuovo diritto fallimentare*, p.1199, PATTI A. *Crediti da contratto di leasing tra risoluzione e pendenza del rapporto*, in *Fall.*, 2007, p.825.

domanda di concordato da parte dell'utilizzatore del bene ovvero alla sua dichiarazione di fallimento.

Tali evidenti, e per certi versi, arbitrarie differenze di tutela furono foriere di netti contrasti interpretativi, superati con l'introduzione dell'art. 8 D.L. n.83/2015.

Attraverso l'innesto di un nuovo comma all'art. 169 *bis* l. fall, il Legislatore ha sedato qualsivoglia conflitto ermeneutico, estendendo sostanzialmente la disciplina prevista dall'art. 72 *quater* l.f. anche ai contratti pendenti nel concordato preventivo.

Si è così realizzato un auspicato processo di razionalizzazione del sistema, ora certamente più coerente, produttivo di maggiori certezze, indispensabili in considerazione del grado di rilevanza che sta assumendo il concordato quale strumento di risoluzione delle crisi di impresa.

Le conseguenze connesse allo scioglimento del leasing sono state oggetto di specifica regolamentazione.

In modo pressoché speculare a quanto previsto per il fallimento, attraverso il citato nuovo comma dell'art. 169 *bis* l. fall. si è inteso obbligare la società di leasing a vendere o a collocare nuovamente sul mercato il bene e ad imputare il ricavato fino a concorrenza al proprio credito in linea di capitale¹⁷²: il credito residuo della società di leasing è dunque considerato alla stregua di un credito da finanziamento, e la proprietà del bene concesso viene ad atteggiarsi quale forma di garanzia su tale credito.

¹⁷²Qualora il ricavato dovesse rivelarsi inferiore, la società di leasing sarà stimata parte creditrice ai fini del concorso per il residuo, considerato questo come credito anteriore al concordato; eventuale eccedenza del ricavato sul credito in linea di capitale comporteranno l'obbligo da parte della società di leasing di versare la differenza alla procedura.

Nello scenario ora delineato resta tuttavia qualcosa di incompiuto.

Un punto rimasto oscuro all'introdotta novella, coinvolge una questione che assume un considerevole rilievo applicativo: ci si è infatti chiesti se l'art. 72 *quater* l. fall possa ritenersi, in via estensiva o analogica, applicabile anche a quelle risoluzioni contrattuali intervenute ancor prima del fallimento, e del concordato, ovvero se i margini di operatività della norma debbano ritenersi confinati nell'ambito della procedura.

5. Il Contratto di appalto

Particolare attenzione deve essere rivolta alla disciplina relativa alla partecipazione alle procedure di assegnazione di contratti pubblici in corso, o meno, al momento dell'accesso alla procedura concordataria.

Anche in questo caso, a differenza di quanto accadeva per il fallimento, con riferimento al concordato preventivo non si rintracciava, a livello sistematico, alcuna disposizione che ponesse una regola da seguire.

Unico riferimento normativo rivolto a disciplinare i rapporti tra il concordato preventivo ed i negozi stipulati con la pubblica amministrazione si ritrovava nell'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici il quale, in tema di requisiti di ordine generale, stabiliva *"l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, di subappalti,"*

dei soggetti che si trovassero *“in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi”* fosse *“in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*¹⁷³.

È evidente come la *ratio* della disposizione in esame risiedesse nella necessità di eliminare qualsiasi possibilità che l'eventuale stato di crisi potesse compromettere l'esatto adempimento delle obbligazioni dedotte nello specifico appalto o subappalto e quindi pregiudicare il sottostante interesse pubblico cui l'attività negoziale della pubblica amministrazione era (come lo è tuttora) eziologicamente preordinata.

L'articolo 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, come modificato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134, oltre alla disposizione contenuta nell'articolo 169 bis l.fall., e sempre in un'ottica di risanamento, ha attribuito al debitore, mediante l'introduzione dell'articolo 186 bis l.fall, la facoltà di presentare un piano di concordato che prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dello stesso, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione.

Il legislatore prescrive, questa volta in maniera espressa, la regola della prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso,

¹⁷³ Comunicato n. 68 del 29 Novembre 2011 emesso dall'Autorità per la Vigilanza su i contratti pubblici di lavori servizi e forniture in tema di ammissione dell'impresa alla procedura di concordato preventivo ex art. 160 della Legge Fallimentare nel quale si osserva che *“Considerato il tenore letterale della norma, nonché le diverse finalità istituzionali degli istituti presi in considerazione, si ritiene che ai fini della partecipazione alle gare, ed in forza del rinvio al citato art. 38 comma 1, contenuto nell'art. 78 del D.P.R. n. 207/2010, anche ai fini del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (o di eventuale rinnovo/verifica triennale, e comunque in ogni occasione di verifica obbligatoria dei requisiti di carattere generale) permanga comunque la sussistenza del concordato preventivo quale situazione ostativa”*.

e a differenza di quanto stabilito per il concordato ordinario estende tale precetto anche ai contratti *“stipulati con pubbliche amministrazioni”*.

Tale precisazione ha inevitabilmente imposto la modifica della disciplina dei contratti pubblici dal punto di vista dei c.d. requisiti generali di cui all'art. 38 del Dlgs. 163/06, vale a dire delle condizioni soggettive di affidabilità morale e professionale che devono essere accertate in capo all'imprenditore che voglia partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi ovvero dei subappalti.

La presa di posizione operata ha indotto a determinare la contestuale modifica della lett. a) del medesimo articolo 38 che fissava, quale primario requisito soggettivo, la solidità economico-finanziaria delle imprese che aspiravano ad ottenere nel settore pubblico l'aggiudicazione di un appalto o l'autorizzazione a proprio favore di un subappalto ovvero la conduzione dei relativi contratti.

A seguito dell'intervento sopra delineato l'articolo 38 l.fall., nel riproporre le ipotesi di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, subappalti, fa salvo *“il caso di cui all'articolo 186-bis del [regio decreto 16 marzo 1942, n. 267](#)”*, ovvero in cui *“sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*.

L'estrema estensione del supporto accordato all'imprenditore nel recupero della stabilità aziendale ha imposto, sin da subito, la necessità di controbilanciare tale previsione mediante l'espletamento di taluni adempimenti aggiuntivi rispetto a quelli ordinari tali, come sottolineato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, da

“circondare detta opportunità di una serie di cautele in modo da preservare le pretese creditorie e consentirne, al contempo, una migliore soddisfazione”¹⁷⁴.

A tal riguardo lo stesso quinto comma dell'articolo 186 bis l.fall dispone che l'ammissione dell'impresa al concordato preventivo non osterà alla partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, sempreché la stessa presenti in sede di gara:

- a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;
- b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si sia impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto.

L'intervento operato dal Legislatore non può che interpretarsi come chiara ed espressa volontà di regolare l'istituto del concordato con continuità aziendale *“come species del più ampio genus di concordato preventivo, specificatamente finalizzato*

¹⁷⁴ Cfr Determinazione n. 3 del 23/04/2014 emessa dall'Autorità anticorruzione in tema di Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni contenute nell'art. 38, comma 1, lett. a) del Dlgs. n. 163/2006 afferenti alle procedure di concordato preventivo a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 186-bis della legge fallimentare (concordato con continuità aziendale).

*al ritorno in bonis dell'impresa (con conseguente migliore soddisfazione dei creditori)*¹⁷⁵”, distinguendo l'esito della procedura caratterizzata dalla illustrata finalità di prosecuzione dell'attività di impresa da quella puramente liquidatoria, sia con riferimento alla partecipazione alle gare di appalto, sia in relazione alla sorte dei contratti pendenti.

Con riferimento al primo aspetto, la manifestazione di una simile dicotomia si ritrova nello stesso articolo 38 comma 1, lett. a) del codice nel quale, dopo l'intervento del 2012, permane il riferimento al concordato preventivo “ordinario” tra le cause che, al pari del fallimento, impediscono la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni, degli appalti di lavori, forniture e servizi, come anche dei subappalti.

Quanto invece ai rapporti in corso, il riferimento inserito alla prosecuzione anche ai contratti stipulati con pubbliche amministrazioni nel solo articolo 186 bis l.fall. consente di desumere *a contrario* che, al di fuori dei confini indicati dal citato articolo 186-bis, i contratti in corso vadano incontro alla risoluzione per effetto dell'apertura della procedura, con conseguente applicazione dell'art. 140 del Codice dei contratti pubblici.

Per altro verso la regola della prosecuzione dei contratti stabilita nella norma sul concordato in continuità permetterà, come del resto richiamato dalla stessa, la facoltà di richiedere lo scioglimento o alla loro sospensione ex articolo 169 bis l.fall.

Valgono anche per tale negozio le medesime considerazioni operate per le altre ipotesi contrattuali affrontate con riferimento alla significato da attribuire al

¹⁷⁵ Cfr Determinazione n. 3 del 23/04/2014.

concetto di pendenza o più precisamente di reciprocità sinallagmatica delle prestazioni ineseguite.

A seguito dell'intervento operato mediante il d.l. 83/2015 la nozione di pendenza dovrà infatti essere intesa alla stregua di quella indicata nel disposto contenuto nell'articolo 72 l.fall e più precisamente a quei rapporti ancora ineseguiti ovvero non compiutamente eseguiti (da entrambe le parti).

Trasponendo tale regola al contratto di appalto, come ribadito da autorevole dottrina, l'imprenditore sarà legittimato a richiederne lo scioglimento o la sospensione sempreché il rapporto possa dirsi pendente e dunque *“solo se residuino prestazioni a carico sia del committente (in relazione al pagamento del prezzo), sia dell'appaltatore in relazione al completamento dell'opera o del servizio oggetto di appalto”*¹⁷⁶.

¹⁷⁶IRRERA M. – VIGNA M, *La sorte dei contratti d'appalto pendenti nel concordato preventivo: brevi note, ne il fallimentarista.it* , Giugno 2012.

Conclusioni

Il decreto estivo ha di sicuro rappresentato un felice traguardo in un contesto estremamente rarefatto all'interno del quale, prima del suo avvento appariva difficile se non impossibile individuare punti fermi.

L'intera analisi operata non ha mancato di evidenziare la permanenza di eccessive zone d'ombra afferenti non solo la materia relativa alla sorte dei rapporti pendenti bensì l'intera procedura di concordato preventivo.

Troppe volte il Legislatore ha lasciato incompleto ed eccessivamente vago il tessuto normativo e, quando è intervenuto, non ha avuto il coraggio di completare l'intento che aveva mosso la riforma quasi come non vi fosse, al di là delle proposizioni di principio, un reale interesse a rendere maggiormente chiari alcuni passaggi procedurali.

La stessa analisi operata su alcune tipologie contrattuali maggiormente frequenti nell'ambito del concordato preventivo ha evidenziato come l'intervento integrativo apportato dalla riforma estiva abbia solo in parte indebolito le diverse posizioni.

Emblematico appare, in tal senso, l'intervento operato sull'articolo 169 bis l.fall. ed in particolare nei confronti dell'infelice locuzione "contratti in corso di esecuzione", sostituito con il medesimo termine adoperato con riferimento al fallimento, "contratti pendenti".

Nonostante tale modifica, secondo alcuni, possa dirsi aver risolto l'interrogativo sopra enucleato, non è mancato chi, in maniera del tutto puntuale, ha evidenziato come alla sostanziale sovrapposibilità del campo

di applicazione degli articoli 72 e 169 bis l.fall. non corrisponda una formale identità lessicale.

Sebbene il nuovo testo della legge non faccia riferimento ai *“contratti in corso di esecuzione”* bensì all’espressione *“contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso”* mutuata - per l’appunto - dall’articolo 72 l.fall, deve osservarsi come nel testo novellato manchi il riferimento ad *“entrambe le parti”* (contenuto invece nell’articolo 72).

Gli effetti della riforma appaiono fortemente ridimensionati dalla denunciata lacuna normativa di cui si è dianzi discusso.

Per tale ragione, per quanto si sperasse, grazie ad un simile intervento, la definitiva chiusura dell’acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, la polemica appare non del tutto sopita.

Una maggiore precisione del Legislatore sarebbe di sicuro riuscita a spegnere una volta per tutte le avverse interpretazioni di coloro i quali oggi di fronte a tale mancanza potranno invece strumentalizzare tale nuova ed ulteriore incertezza per *“far entrare dalla finestra quello che probabilmente il legislatore della riforma ha voluto fa uscire dalla porta”* e dunque l’applicabilità della disciplina contenuta nell’articolo 169bis l.fall anche ai rapporti unilaterali.

E non è tutto.

Le questioni ancora irrisolte abbracciano non sono solo le aree interessate dall’intervento bensì anche, e soprattutto, quelle totalmente pretermesse dal recente intervento legislativo.

La necessità di un ulteriore provvedimento è dimostrato dallo stesso Schema di disegno di legge delega recante la “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza”, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro Giustizia.

Sebbene tale progetto involga l’intero impianto della legge fallimentare in esso non mancano riferimenti alla tematica finora analizzata; quest’ultimo contiene, infatti al suo interno sia una proposta di riordinamento della procedura di concordato preventivo, soprattutto con riferimento alla definizione della dialettica tra autonomia privata e controllo giudiziario, sia di integrazione della disciplina dei provvedimenti che riguardano i rapporti pendenti soprattutto con riferimento alla tematica dei presupposti della sospensione e dello scioglimento ed ai suoi effetti, nonché alla competenza per la determinazione dell’indennizzo ed ai relativi criteri di quantificazione.

Ci si augura che il Legislatore faccia buon governo delle istanze sopra riassunte procedendo, nel più breve tempo possibile, ad un’opera di risistemazione dell’intera disciplina fallimentare ed in particolar modo della materia del concordato preventivo, sviluppando soluzioni che abbiano, per quanto possibile, non solo l’intento bensì l’effettiva capacità di rappresentare una equilibrata soluzione di compromesso tra le contrapposte esigenze dell’imprenditore in crisi e delle controparti contrattuali coinvolte, a diverso titolo, all’interno della procedura concordataria.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Fallimento 2012, Memento Pratico, Ipsoa-Francis Lefebvre, Milano, 2012;*

AA.VV., *La revisione della legge fallimentare nel decreto sviluppo, in I Dossier di Diritto 24, Gruppo 24 Ore, Milano, 2012;*

AA.VV., *Note di commento alle modifiche apportate alla Legge Fallimentare con il Decreto Sviluppo n. 83/2012, Zucchetti Software Giuridico, 2012;*

AA.VV., *Osservatorio su fallimenti, procedure e chiusure di imprese, Cerved Group, 2012;*

L. Abete, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa, ne Il Fallimento, n. 6, 6/2007;*

L. Abete, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo, ne Il Fallimento, 9/2013;*

L. Abete, *Il concordato privilegia la continuità dell'impresa, Il Sole 24 Ore Norme e Tributi, 8/2012;*

N. Abriani, *La funzione dei creditori è cruciale per il rilancio, ne Il Sole 24 Ore Norme e Tributi, 7/2012;*

R. Amatore, *Preconcordato e contratti di leasing pendenti: autorizzazione alla sospensione a decorrenza posticipata*, ne *Il fallimentarista*, 4.12.2014;

S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in www.ilcaso.it, 21 agosto 2012;

S. Ambrosini- P.G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, Giuffrè, 2005;

S. Ambrosini S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, CEDAM, 2008;

C. Amista C., *Aperture di credito con portafoglio sbf e contratti pendenti nel concordato preventivo*, ne ilcaso.it, del 28.5.2014;

U. Apice, *Il nuovo concordato preventivo e i poteri del tribunale*, in *Diritto e Pratica delle società*, n. 22, 12/2005;

U. Apice, *Dalla riforma del fallimento al depotenziamento dell'autorità giudiziaria*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 2, 2/2006;

M. Arato, *I contratti pendenti nel fallimento*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, IV, 1, Torino 1991

M. Arlenghi, *Scioglimento e sospensione dei contratti bancari in corso di esecuzione ai sensi dell'art.169 bis l.fall.*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 2013;

M. Arlenghi, *Decorrenza degli effetti dell'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione e intervenuta risoluzione per inadempimento*, ne *Il fallimentarista.it*;

A. M. Azzaro, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, ne *Il Fallimento*, 2007, 745;

M. Bana - S. Cerato, *D.L. 22 giugno 2012, n. 83 - Concordato preventivo: disciplina speciale per continuità aziendale e contratti pendenti*, ne *Il Fisco*, 2012;

M. Bana - S. Cerato, *Piani di risanamento, concordati e accordi – Novità concorsuali e fiscali*, in *La settimana fiscale*, n. 29, 7/2012;

F. Benassi, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169 bis l.f. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, ne *ilcaso.it*, 1/2014;

A. Benedetto, *Crisi di impresa: i requisiti e le responsabilità del professionista attestatore*, ne *Il Fisco*, 2012;

G. Bersani, *Primi orientamenti interpretativi in tema di concordato preventivo*, in *Impresa Commerciale Industriale*, 2006;

A. Bianchi, *Inammissibilità della domanda di concordato e dichiarazione di fallimento d'ufficio*, in *Diritto e Pratica del Fallimento*, 2007;

A. Bianchi, *Proposta di concordato: meno poteri al tribunale*, in *Il Sole 24 Ore Norme e Tributi*, 1/2011;

L. Bigliazzi Geri, *Commentario del codice civile. Risoluzione per inadempimento. Vol: 2. Artt. 1460-1462 c.c.*, Bologna, Zanichelli, 1988;

R. Bogoni, *Scioglimento del contratto di leasing finanziario: brevi riflessioni sulla disciplina applicabile*, in www.ilfallimentarista.it;

A. Bonelli, *La mini-riforma della legge fallimentare: le novità in sede di conversione*, ne *Il Quotidiano Legale*, 9/2012;

A. Bonelli, *Professionisti all'impasse sul concordato senza piano*, ne *Il Sole 24 Ore Norme e Tributi*, 11/2012;

S. Bonfatti - P.F.Censoni *La riforma dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, CEDAM, 2007;

S. Bonfatti - P.F.Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, CEDAM, 2009;

S. Bonfatti - P.F.Censoni, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2013;

A. Bonsignori, *Concordato preventivo*, in *La legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Commentario A. Scialoja e G. Branca, Bologna, Roma, 1979;

L. A. Bottai, *Il (limitato) controllo del tribunale sulla proposta di concordato: chiusura del sistema*, ne *Il Fallimento*, n. 7, /2011;

L. A. Bottai, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, ne *Il Fallimento*, n. 8, 8/2012;

G. Bozza, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, su *Il Fallimento*, 9/2013;

G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, ne *Il Fallimento*, n. 8, 8/2005;

G. Bozza, *L'omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)*, ne *Il Fallimento*, n. 9, 9/2006;

G. Bozza, *Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative*, ne *Il Fallimento*, allegato n.1, 1/2009;

G. Bozza, *Concordato preventivo e classi*, ne *Il Fallimento*, n. 4, 4/2009;

G. Bozza, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, ne *Il Fallimento*, n. 2, 2/2011;

R. Bresciani, *Meno controlli sul concordato*, *Il Sole 24 Ore Norme e Tributi*, 10/2010

A. Busani – P. Rusconi, *Crisi d'impresa e risanamento*, in *le guide del Sole 24 Ore*, n. 40, 13 Luglio 2012;

A. Busani – P. Rusconi, *I prestiti ponte sono prededucibili*, ne *Il Sole 24 Ore Norme e Tributi*, 8/2012;

A. Busani – P. Rusconi, *Meno spazio allo stop dei creditori dissenzienti*, ne *Il Sole*

24 Ore Norme e Tributi, 8/2012;

A. Busani – P. Rusconi, *Sul pre-concordato si stringe la rete di norme anti abuso*, ne *Il Sole 24*

Ore Norme e Tributi, 8/2012;

M. Caffi, *Il concordato preventivo*, in G. Schiano Di Pepe, in *Il diritto fallimentare riformato*,

Padova, 2007;

L. Campione, *Rigetto della domanda di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento*, in

Diritto e Pratica delle Società, n. 2, 2/2011;

F. Canepa, *I contratti pendenti nel nuovo concordato preventivo e il trattamento dei debiti per i leasing*, in *Italia oggi - Serie speciale n.20*, 2013

F. Casa – F. Sebastiano, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, ne *Il fallimento* 5/14;

V. Cascavilla, *Concordato fallimentare e preventivo: i poteri dell'autorità giudiziaria*, in *Diritto e Pratica del Fallimento*, n. 4, 9/2008;

A. Castiello D'Antonio, *Amministrazione controllata e consecuzione di procedure concorsuali*, in *Diritto Fallimentare*, 1996

P. Catalozzi, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, ne *Il Fallimento*, n. 5, 5/2009;

P. Catalozzi, *La falcidie concordataria dei creditori assistiti da prelazione*, ne *Il Fallimento*, 2008;

C. Cavallini, *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della suprema corte*, in *Rivista Soc.*, 4/2013;

C. Cavallini, *Concordato preventivo in continuità e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, ne ilfallimentarista.it, 1/2013;

C. Cavallini, «Spigolature» e dubbi in tema di (pre)concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti (nota a Tribunale di Monza 16 gennaio 2013, e a Tribunale di Catanzaro 23 gennaio 2013), ne ilfallimentarista.it, 3/2013;

P.F. Censoni, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, Giuffrè, 1988;

P.F. Censoni, *La nuova visione degli effetti delle procedure concorsuali sui contratti pendenti*, in *Diritto fallimentare*, II, 2002;

P.F. Censoni, *I rapporti pendenti nella legge delega della riforma*, ne *Il fallimento*, 2005;

P.F. Censoni, *Il concordato preventivo e la prospettiva della ricollocazione del patrimonio dell'impresa in crisi*, in *Dir. fall.*, I, 2008;

P.F. Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, ne *ilcaso.it*, 3/2013;

A. Citro - A. Cosma, *La domanda di concordato preventivo: condizioni e presupposti*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 1, 4/2010;

F. Commisso, *Arrivano le maxi-penalità per le false attestazioni*, ne *Il sole 24 Ore Norme e Tributi*, 9/2013;

B. Compagnoni, *Applicabilità dell'art.169 bis l. fall. alla fase di preconcordato e contraddittorio con il contraente in bonis*, ne *ilfallimentarista.it*, 6/2015;

S. De Matteis – N. Graziano, *Manuale del concordato preventivo*, Maggioli Editore, 2013

F. Di Mundo, *La sorte dei contratti pendenti. Contratti che continuano salva diversa decisione del curatore*, ne *Il diritto fallimentare*, Commentario a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007

A. De Prà, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *Giurisprudenza Commentata* 1/2014;

F. Di Marzio, *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, IPSOA, 2007;

F. Di Marzio, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, ne ilfallimentarista.it, 2/2015;

M. Di Pirro, *Il nuovo concordato preventivo*, CELT, Piacenza, 2012;

C. Di Sabato, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1982;

A. Dimundo – A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, Giuffrè, 1999;

M. Fabiani, *Concordato preventivo e classi*, *Il Fallimento*, n. 4, 4/2009;

M. Fabiani, *Diritto fallimentare, un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011;

M. Fabiani *La programmazione della liquidazione del concordato preventivo d parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie*, ne *Il Fallimento*, 2012;

M. Fabiani, *Vademecum per la domanda prenotativa di concordato preventivo*, ne ilcaso.it, 9/2012;

M. Fabiani, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, ne *Il Corriere Giuridico* 11/2012;

M. Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, ne ilcaso.it, 3/2013;

M. Fabiani, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, ne *Il Fallimento* 3/2013;

P. Fanile, *Effetti dell'amministrazione controllata sui rapporti giuridici preesistenti*, ne *Il fallimento*, n.6/1986;

G. Fauceglia, *Gli effetti del fallimento su conto corrente mandato e commissione, In contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Collana diretta da L. Panzani, Ipsoa, 2007;

G. Fauceglia, *Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo*, *Il Fallimento*, n. 11, 11/2005;

G. Fauceglia - L. Panzani, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, Utet, 2009;

G. Fauda, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (a cura di AA.VV.), Milano, ISPOA, 2013;

M. Ferro – P. Bastia – G. M. Nonno, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano Ipsoa, 2013;

D. Fico, *Concordato preventivo e autorizzazione allo scioglimento di un contratto preliminare di compravendita immobiliare*, ne ilfallimentarista.it, 2013;

F. Fimmanò, *Gli effetti del nuovo concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, ne *Il fallimento*, 2006;

F. Fimmanò, *Gli effetti del nuovo concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, ne ilcaso.it, 1/ 2007;

F. Fimmanò, in *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale* (a cura di Di Marzio F.), IPSOA, Milano, 2007;

F. Fimmanò, *Contratti di impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Diritto fallimentare* 2014

A. Fittante, *Concordato preventivo e contratti pendenti in corso di esecuzione: il punto sull'art.169 bis l.f.*, in *Il fallimentarista* 11/2014;

E. Frascaroli – E. Santi, *Il concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1990;

G. Gabrielli, *La vendita con riserva della proprietà nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1995

A. Gambino, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giurisprudenza Commentata*, I, 1979;

P. Genoviva, *I limiti del sindacato del Tribunale nel concordato preventivo alla luce del correttivo*, in *Il Fallimento*, n. 6, 6/2007

C. Gentili, *Risoluzione del concordato preventivo e dichiarazione del fallimento d'ufficio*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 12, 1/2009

S. Giani, *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo: La cognizione del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, ne ilfallimentarista.it, 11/2011;

M.C. Giorgetti, *Anticipazioni bancarie e concordato preventivo*, ne ilfallimentarista.it, 6/2012;

C. Girardi - A. Mengozzi, *Procedure concorsuali: novità introdotte dal decreto sviluppo bis*, in *Guida ai Controlli Fiscali*, n. 12, 12/2012

N. Graziano, *Brevi riflessioni interpretative a Cassazione, Sezioni Unite civili, del 23 gennaio 2013, n. 1521*, su ilcaso.it, 3/2011;

A. Guiotto, *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012;

G. Guerrieri, *sub. Art.169 bis*, in *Commentario alla Legge fallimentare, a cura di Maffei Alberti*, Padova, Cedam, 2013;

L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2011

A. Guiotto, *Più efficace il concordato preventivo con la domanda in bianco*, ne *Il Quotidiano del Commercialista*, 8/2012

A. Guiotto, *Nel nuovo concordato preventivo, il dissenso dei creditori va esplicitato*, ne *Il Quotidiano del Commercialista*, 8/2012

A. Guiotto, *Automatic stay più efficace nel nuovo concordato preventivo*, *Il Quotidiano del Commercialista*, 8/2012;

A. Guiotto, *Regole più chiare per i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *EutekneInfo*, 8/2012

A. Guiotto, *Nella crisi d'impresa, ruolo più ampio per il professionista attestatore*, in *EutekneInfo*, 9/2012

A. Guiotto, *Riforma integrale per le crisi da sovraindebitamento*, ne *Il Quotidiano del Commercialista*, 10/2012

B. Inzitari, *Gli effetti dell'amministrazione controllata sui rapporti obbligatori e contrattuali preesistenti*, in *Diritto Fallimentare*, 1990

B. Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art 169 bis l.fall*, ne ilfallimentarista.it, 8/2012

B. Inzitari, *Speciale decreto sviluppo: i contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: l'art. 169 bis l.fall.*, ne ilfallimentarista.it, Giuffrè, 2012;

B. Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art.169 bis l.fall.*, ne ilfallimentarista.it, 2013;

B. Inzitari – V. Ruggiero, *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art.169 bis l. fall: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?*, in *Diritto Fallimentare*, II, 2014;

M. Iori, *Concordato preventivo: nuova procedura*, in *Guida alla Contabilità & Bilancio*, 2012;

A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova,1973

A. Jorio, *Le crisi d'impresa – Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 2000;

A. Jorio, *Professionisti, ora è reato dire il falso nel fallimento*, ne *Il Sole 24 Ore Norme e Tributi*, 2012;

A. Jorio, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2012;

F. Lamanna, *La nozione di contratti pendenti nel concordato preventivo*, ne ilfallimentarista.it, 11/2013;

F. Lamanna, *La problematica relazione tra pre- concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, ne ilfallimentarista.it, 11/2012;

F. Lamanna, *il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, ne [Ilfallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it), 2012;

D. Lambicchi, *Leasing: ammissione el credito el concedente prima che il bene sia nuovamente collocato sul mercato*, ne ilfallimentarista.it, 2012;

G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 1976;

G. Lo Cascio, *Il nuovo concordato preventivo: uno sguardo d'insieme*, ne *Il Fallimento*, n. 9, 9/2006;

G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2008;

G. Lo Cascio, *Il concordato Preventivo*, Milano, Giuffrè, 2011;

G. Lo Cascio, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, ne *Il Fallimento*, n. 8, 8/2012;

G. Lo Cascio, *Il decreto crescita (D.L. 18 ottobre 2012, n. 179) e le sue nuove regole*, ne *Il Quotidiano Legale*, 10/2012;

G. Lo Cascio, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, ne *Il Fallimento*, 1/2013;

G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, Giuffrè, 2015;

G. Lovato, *Concordato preventivo e contratti pendenti dopo il 169 bis*, ne *Il Commercialista veneto* n.219 – maggio/giugno 2014;

R. Lupi, *Un tentativo di scaricare le responsabilità su altri*, ne *Il Sole 24 Ore Norme e Tributi*, 9/2012;

P. Manganelli, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, ne *Il fallimento*, 2/2011;

P. Manganelli, *Attribuzioni del tribunale nel concordato preventivo*, in *Diritto e Pratica del Fallimento*, n.1, 2/2007;

A. Mantovani, *Il nuovo ruolo del giudice delegato: uno stop alla giurisdizione*, in *Forum Fiscale*, n. 11, 11//2005;

R. Marinoni, *Il restyling dà più armi contro le crisi aziendali*, ne *Il Sole 24 Ore Norme e Tributi*, 7/2012;

C. Mazzocca, *Brevi Osservazioni in tema di concordato preventivo e rapporti giuridici pendenti*, in *Diritto Fallimentare*, II, 1982

M. Mengoni – G. G. Sandrelli, *La gestione dei contratti in corso di esecuzione*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* di Anglani A. (a cura di), Milano, IPSOA, 2013;

F. Michelotti, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, ne *Il Fallimento*, n. 8, 8/2010;

P. Moretti, *La riforma della legge fallimentare*, ne *Il Quotidiano Legale*, 9/2012;

G.B. Nardecchia e R. Ranalli, *sub art. 186 bis*, in *Codice Commentato del Fallimento*, a cura di Lo Cascio G., Milano, IPSOA, 2013;

G.B. Nardecchia, *Esame della proposta di concordato preventivo*, ne *Il Fallimento*, n. 12, 12/2011

G. B. Nardecchia, *L'art.169 l. fall. dopo la riforma del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 633 ss;

G. B. Nardecchia, *Stop ai contratti in corso nel concordato in bianco*, ne *Il sole 24 Ore Norme e Fisco*, 19.5.2014;

G. Negri, *Concordato con meno ostacoli*, ne *Il Sole 24 Ore Norme e Tributi*, 2/2009;

G. Negri, *Concordato preventivo con classi omogenee*, ne *Il Sole 24 Ore Norme e Tributi*, 6/2010;

G. Negri, *Nuovo concordato preventivo rivisto a vantaggio dei creditori*, ne *Il Sole 24 Ore*, 7/2012;

L. Negrini, *Piano concordatario, più chiari i limiti del controllo giudiziario sulla fattibilità*, *Il Quotidiano del Commercialista*, 1/2013;

A. Nigro – D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese, Le procedure concorsuali*, terza edizione, Ed. il Mulino, 2009;

A. Niutta, *L'amministrazione controllata (rassegna di giurisprudenza)*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1993;

S. Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, IPSOA, 2005;

S. Pacchi, *La domanda di ammissione alla procedura*, in ead., *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005;

B. Pagamici, *Riflessi del concordato preventivo sui rapporti contrattuali pendenti*, in *Fallimento & Crisi d'impresa*, 2008

I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, ne *Il Fallimento*, n. 9, 9/2008;

P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1986;

L. Panzani, *Speciale decreto sviluppo: il concordato in bianco*, ne ilfallimentarista.it, 9/2012;

L. Panzani, *I contratti pendenti*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Bologna 2006;

A. Patti, *Il leasing nelle procedure concorsuali minori*, in *Giurisprudenza commentata*, 1996;

A. Patti, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato*, ne *Il fallimento*, 2010;

A. Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, ne *Il fallimento*, 2013;

A. Patti, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Milano, Giuffrè 2014;

D. Plenteda *I rapporti giuridici pendenti nel fallimento riformato*, Il sole 24 ore, Milano 2008;

Penta A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Diritto fallimentare*, I, 2012;

F. Petrucco Toffolo, *Sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, ne ilfallimentarista.it, 2013;

G. Prenna, *Il controllo giudiziale nel concordato preventivo – Il commento*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 22, 12/2005;

G. Prenna, *Controllo giudiziale sui criteri di formazione delle classi e sulla relazione dell'esperto – Il commento*, *Diritto e Pratica del Fallimento*, n. 2, 4/2007;

G. Prenna, *La formazione delle classi nel concordato preventivo al primo vaglio della Suprema Corte*, *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4, 4/2009;

R. Provinciali, *Effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti e in tema di compensazione*, in *Diritto Fallimentare*, 1968;

R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974;

G. Rago, *Le società ed il giudizio di meritevolezza nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, n. 8, 1998;

C. Ravazzin, *Concordato preventivo più snello per la tempestiva risoluzione della crisi d'impresa*, in *Corriere Tributario*, 2012

G. Rebecca, *Contratti pendenti: sospensione e scioglimento nel concordato in continuità e nel concordato in bianco*, ne *ilfallimentarista.it*, 5/2013;

L. Salvato, *Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario*, ne *Il Fallimento*, n. 4, 4/2012;

M. Sandulli, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giurisprudenza Commentata*, 1995;

M. Sandulli, *La tutela dei crediti di massa nelle procedure concorsuali minori*, in *Diritto Fallimentare*, I, 1990;

V. Sangiovanni, *Aspetti problematici del giudizio di omologazione del concordato fallimentare*, ne *Il Fallimento*, n. 3, 3/2010;

F. Sassano, *Il nuovo concordato preventivo nella riforma fallimentare*, Padova, CEDAM, 2006;

S. Sanzo, *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009;

S. Satta S., *Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1996;

G. Scognamiglio, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, in www.judicium.it, 2013;

F. Silla, *Commento – In primo piano - Da motore del sistema ad arbitro del gioco: depotenziato il ruolo del giudice delegato*, *Guida Normativa*, n. 7, 25 febbraio;

L. Stanghellini, *Gestione dell'impresa e contratti pendenti nell'amministrazione controllata e nelle altre procedure a carattere concorsuale*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1994

E. Staunovo - Polacco, *Sulle modifiche del D.L. 83/2015 alla disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo (art.169 bis l.fall.)* ne Ifallimentarista.it, pubblicato, 7/2015;

A. Stesuri, *Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivo*, Milano, CEDAM, 2004;

C. Tarzia, *Gli effetti del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata sui rapporti bancari*, in *I difficili rapporti tra le banche e procedure concorsuali* (a cura di Censoni P.F.), Milano, Giuffrè, 1997;

V. Tavormina V., *Contratti bancari e preconcordato*, in www.judicium.it;

G. Terranova G., *Le nuove forme di concordato: concordato con continuità aziendale, fattibilità del concordato, accordi di ristrutturazione, appunti sull'esdebitazione*, Padova, Giappichelli, 2013;

A. Testa, *La suddivisione dei creditori in classi nella domanda di concordato preventivo*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 1, 4/2010;

A. Torrente – P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2007

M. Vacchiano, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, *Il Fallimento*, n. 11, 11/2007;

P. Vella, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo con riserva*, su *Il Fallimento*, 1/2013;

G. Villanacci, *Il concordato preventivo*, CEDAM, Milano, 2010;

M. Vitiello, *Gli effetti sui rapporti pendenti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto di azienda del fallito*, ne ilfallimentarista.it;

M. Vitiello, *Fallimento e contratti di leasing pendenti: il rapporto tra credito del concedente per i canoni in scadenza dopo il fallimento e valore di ricollocamento del bene restituito*, ne [Ilfallimentarista.it](http://fallimentarista.it);

Pronunce di merito:

Tribunale di Milano 20.11.1975;

Tribunale Napoli, 20 gennaio 1982;

Tribunale di Reggio Emilia 7.11.1983;

Tribunale di Milano, 17 dicembre 1984;

Tribunale di Firenze 12.12.1985;

Corte di Appello di Firenze, 10 dicembre 1990;

Tribunale di Genova, 11 gennaio 1996;

Tribunale di Prato, 14 giugno 2012;

Corte di Appello di Genova, 10 febbraio 2012;

Tribunale di Terni 12 ottobre 2012;

Tribunale di Salerno, 25 ottobre 2012;

Tribunale di La Spezia, 25 ottobre 2012;

Tribunale di Verona, 31 ottobre 2012;

Tribunale di Como 5 novembre 2012;
Tribunale di Biella, 13 novembre 2012;
Tribunale di Mantova, 27 novembre 2012;
Tribunale di Modena, 30 novembre 2012;
Tribunale di Ravenna, 24 dicembre 2012;
Tribunale di Monza, 16 gennaio 2013;
Tribunale di Monza, 21 gennaio 2013;
Tribunale di Verona 30 gennaio 2013;
Tribunale di Busto Arsizio, 11 febbraio 2013;
Tribunale di Roma, 20 febbraio 2013;
Tribunale di Piacenza, 1 marzo 2013;
Tribunale di Milano, 13 marzo 2013;
Tribunale di Novara, 3 marzo 2013;
Tribunale di Padova, 26 marzo 2013;
Tribunale di Novara, 27 marzo 2013;
Tribunale di Piacenza, 5 aprile 2013;
Tribunale di Novara, 5 aprile 2013;
Tribunale di Bologna, 26 aprile 2013;
Tribunale di Bergamo, 7 giugno 2013;
Corte di Appello di Brescia, 7 giugno 2013;

Tribunale di Vicenza, 25 giugno 2013;

Tribunale di Pistoia, 9 luglio 2013;

Corte di Appello di Milano 8 agosto 2013;

Tribunale di Vercelli, 20 settembre 2013;

Tribunale di Udine, 25 settembre 2013;

Tribunale di Genova, 4 novembre 2013;

Tribunale di Cuneo, 14 novembre 2013;

Corte di Appello di Venezia, 20 novembre 2013;

Tribunale Terni 27 dicembre 2013;

Tribunale Pistoia 23 gennaio 2014;

Tribunale di Ravenna, 28 gennaio 2014;

Tribunale di Marsala, 5 febbraio 2014;

Appello Genova, 10 febbraio 2014;

Tribunale di Rovigo, 6 marzo 2014;

Tribunale di Pavia, 4 marzo 2014;

Tribunale di Venezia 27 marzo 2014;

Tribunale Modena 7 aprile 2014;

Tribunale Milano 10 luglio 2014;

Tribunale di Busto Arsizio 24 luglio 2014;

Tribunale Milano 11 settembre 2014;

Tribunale Rovigo 07 ottobre 2014;
Tribunale di Ravenna 22 ottobre 2014;
Tribunale Treviso 29 ottobre 2014;
Tribunale Cassino 29 ottobre 2014;
Appello Venezia 26 novembre 2014;
Tribunale Udine 04 dicembre 2014;
Corte di Appello di Venezia 23 dicembre 2014;
Tribunale Venezia 20 gennaio 2015;
Appello Milano 29 gennaio 2015;
Tribunale Roma 16 febbraio 2015;
Tribunale Treviso 24 febbraio 2015;
Tribunale Bergamo 11 marzo 2015;
Tribunale Ferrara 23 luglio 2015;

Pronunce di Legittimità:

Cassazione Civile 3 dicembre 1968 n.3868;
Cassazione Civile 21 aprile 1972 n.1267;
Cassazione Civile 27 novembre 1975 n. 3963;

Cassazione Civile 5 giugno 1976 n.2037;
Cassazione Civile 28 ottobre 1976, n. 3943;
Cassazione Civile 6 gennaio 1979, n. 62;
Cassazione Civile 3 luglio 1980 n.4217;
Cassazione Civile 15 luglio 1980 n. 4538;
Cassazione Civile 18 febbraio 1983, n. 1244;
Cassazione Civile 5 agosto 1987, n. 6741;
Cassazione Civile, 5 Novembre 1990 n.10620;
Cassazione Civile 29 settembre 1993, n. 9758;
Cassazione Civile, 12 luglio 1991, n. 7790;
Cassazione Civile 23 marzo 1992, n. 3581;
Cassazione Civile 29 settembre 1993, n. 9758;
Cassazione Civile 10 marzo 1995, n. 2802;
Cassazione Civile 27 ottobre 1995, n. 11216;
Cassazione Civile SS.UU. Civ. 22.5.1996 n.4715;
Cassazione Civile 30 gennaio 1997, n. 968;
Cassazione Civile 23 gennaio 1998, n. 615;
Cassazione Civile 19 novembre 1998, n. 11662;
Cassazione Civile 12 gennaio 2001, n. 396;
Cassazione Civile 18 marzo 2002, n. 3022;

Cassazione Civile 15 giugno 2002, n. 7060;

Cassazione Civile SS. UU., 27 luglio 2004, n. 14083;

Cassazione Civile 18 maggio 2005, n. 10429;

Cassazione Civile 24 febbraio 2006, n. 4234;

Cassazione Civile n. 578/2007;

Cassazione Civile 7 maggio 2009;

Cassazione Civile 18 settembre 2011, n. 17999;

Cassazione Civile 29 dicembre 2011, n. 29864;

Cassazione Civile 5 marzo 2012, n. 3402;

Cassazione Civile 19 marzo 2012, n. 430315;

Cassazione Civile 14 settembre 2012, n. 15449;

Cassazione Civile SS.UU. 23 gennaio 2013, n.1521;

Cassazione Civile 3 settembre 2015 n.17520;

