

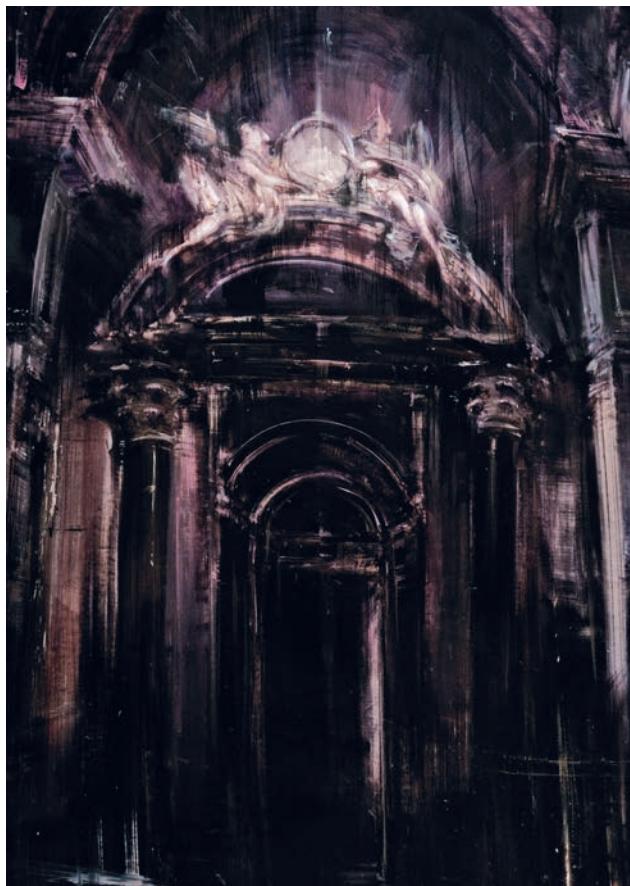
GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

FRANCESCO FIMMANÒ

I contratti nel concordato preventivo



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	2
LUCA NIVARRA	
<i>Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale</i>	5
ENRICO CARBONE	
<i>«Le une per mezzo delle altre»: l'interpretazione coerenziale delle clausole contrattuali</i>	17
MICHELE LOBUONO	
<i>La tutela dei creditori ipotecari fra codice antimafia, normativa bancaria e categorie del diritto civile</i>	39
FRANCESCO VENOSTA	
<i>Dichiarazioni inviate o pervenute in fotocopia, principio di apparenza e conclusione del contratto</i>	79
FRANCESCO FIMMANÒ	
<i>I contratti nel concordato preventivo</i>	105
ALFONSO DI CARLO - MARCO BISOGNO	
<i>Le attestazioni del professionista nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti</i>	181
MARCO MARAZZA	
<i>Jobs act e prestazioni d'opera organizzate</i>	215

I contratti nel concordato preventivo

L'art. 169 *bis*, l. fall., disciplina in modo articolato il ruolo dei rapporti contrattuali nel concordato preventivo ed in particolare la possibilità che gli stessi vengano sciolti o sospesi nella esecuzione. L'autore in particolare ricostruisce la fenomenologia anche a seguito della miniriforma del 2015 e nella prospettiva futura alla luce dei lavori della Commissione Rordorf. Il ruolo dei contratti è centrale nella proposta e nel piano, incidendo non solo sulle pretese dei creditori ma sulla strategia stessa di continuazione dell'impresa, integrando una vera e propria opportunità di risanamento.

105

The new art. 169-bis of Insolvency law states that the trader who makes a proposal for composition with creditors during bankruptcy proceedings, has the faculty to get the termination or the suspension of pending contracts. The author highlights the amendment to this provision given by Decree-Law n. 83/2015 and the future prospects in light Rordorf Commission. The renewed relevance of pending contracts and their impact on the structure of interests, deducted in the composition with creditors proposal and plan, comes from a current trend, in the Bankruptcy law, considering the state of crisis as a manifestation of the business risk itself, which ends to affect the contracts, as a manifestation of free enterprise.

Sommario: 1. I contratti “in corso di esecuzione”. – 2. Gli effetti del e sul “contratto di affitto di azienda”. – 3. Contratti pendenti e diversa natura del fallimento nella prospettiva della Commissione “Rordorf”. – 4. L’istanza di scioglimento del contratto in corso di esecuzione. – 5. Il procedimento istruttorio e l’autorizzazione giudiziale. – 6. Gli effetti dello scioglimento ed il credito indennitario. – 7. I contratti pendenti nel concordato con riserva. – 8. L’ambito e gli effetti della sospensione dei rapporti contrattuali in corso. – 9. I contratti pubblici: attivi, passivi ed associativi. – 10. I contratti esclusi dalla disciplina generale. In particolare i contratti di lavoro e l’integrazione salariale. – 11. La tutela *endoconcordataria* del terzo contraente. – 12. Contratti a prestazioni inscindibili, *leasing*, natura dei crediti e pagamenti *preferenziali*.

1. - I contratti “in corso di esecuzione”.

Nel diritto delle imprese in crisi si assiste da qualche anno ad una vera e propria bulimia normativa caratterizzata da una legislazione a “toppe” piuttosto che “a tappe”. Questa sovaregolamentazione appare spesso come una sorta di inseguimento tra legislatore e giurisprudenza, con il risultato di sentenze che fanno le veci delle leggi e leggi che fanno le veci delle sentenze. Il fenomeno trova il suo paradigma più significativo proprio nella disciplina dei contratti nel concordato che probabilmente andava lasciata al diritto comune in grado di offrire principi e sistemi più stabili ed armoniosi¹. D’altra parte è noto che la norma del caso concreto crea più problemi di quanti ne risolva.

In ogni caso, la c.d. *commissione Rordorf* ha appena ribadito che il *favor* per l’istituto concordatario si giustifica solo quando riesca a garantire la continuità aziendale² e non laddove realizzi i medesimi scopi del fallimento (*rectius* secondo la nuova terminologia della liquidazione giudiziale). Or bene l’impresa in esercizio è “il luogo dei contratti” ed il problema della prosecuzione od interruzione delle relazioni contrattuali – in caso di crisi – si pone, soprattutto, per la ipotesi di prosecuzione dell’attività, in una prospettiva dinamica del concorso e nel quadro delle valutazioni compa-

¹ Al riguardo già F. FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione*, in *Fall.*, 2006, n. 9, 1053.

² Cfr. Relazione al disegno di legge delega per la Riforma delle procedure concorsuali, presentato l’11 marzo 2016, 16 (Commissione Rordorf per elaborare proposte di interventi, di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali istituita con Decreto del Ministro della Giustizia del 28 gennaio 2015 e successive integrazioni).

rative rispetto all'ipotesi liquidatoria. In ogni caso la sorte dei rapporti giuridici pendenti rappresenta una questione centrale nel concordato preventivo ed il legislatore con le ultime novelle alla legge fallimentare è uscito dallo stato di *agnosticismo* che aveva caratterizzato la tematica. D'altra parte era stato già evidenziato che la scelta di disciplinare la sorte dei contratti con la espressa previsione della facoltà dell'imprenditore che propone il concordato di sciogliersi dai rapporti pendenti (possibile con ogni probabilità anche quando vigeva il diritto comune) serve a marcare comunque la prevalenza sull'interesse dell'altra parte contrattuale, espressione di un *favor* per l'iniziativa concordataria tesa al superamento dello stato di crisi o di insolvenza, con il salvataggio dell'impresa, nel quadro dell'interesse di rango costituzionale dell'economia³.

La prima versione dell'art. 169-*bis* («contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso») appariva più ampia di quella usata nell'art. 72 l. fall. («se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti») e si prestava a comprendere pure quei contratti nei quali, ormai, la prestazione è unilaterale ma pendente e non esaurita (si pensi ad esempio all'apertura di credito)⁴ lasciando fuori solo quei contratti il cui rapporto non prevede alcuna esecuzione che non sia il pagamento da parte del debitore concordatario di un debito scaduto (o anche non scaduto ma senza che la parte *in bonis* debba più fare alcunché)⁵. Quindi si è ritenuto che la possibilità di sospensione potesse riguardare anche i contratti con causa finanziaria⁶, dipendendo in concreto dal tipo di prestazione che fa

³ Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, in *Dir. fall.*, 2014, II, 728, con nota di A. PENTA, *Concordato preventivo e scioglimento dai rapporti in corso di esecuzione*.

⁴ *Contra*: P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, 2013, 2, secondo cui la soluzione più razionale sarebbe stata appunto quella di ricorrere all'analogia nozione utilizzata dal legislatore nel primo comma dell'art. 72 l. fall., utilizzata per il fallimento (in realtà in quell'ambito le espressioni non sempre sono coincidenti, si pensi ai «rapporti giuridici preesistenti» nella rubrica della sez. IV del capo terzo del titolo II, ai «rapporti pendenti» nella rubrica dell'art. 72 e nel sesto comma dell'art. 104-*bis*, ai «contratti pendenti» nel settimo comma dell'art. 104).

⁵ Sicuramente non vi rientrano i rapporti sinallagmatici già interamente eseguiti da una delle due parti prima della presentazione della domanda di concordato, dando luogo, nel caso di adempimento da parte del contraente *in bonis*, ad un credito concorsuale per la controprestazione dovutagli; e *a contrario*, nel caso di adempimento da parte del contraente concordatario, ad un credito di quest'ultimo, da soddisfarsi per l'intero.

⁶ Rispetto alla necessità di disporre la sospensione o lo scioglimento dei contratti bancari pendenti, al fine di evitare il pregiudizio che deriverebbe alla massa dall'eventuale compen-

carico al contraente *in bonis*, perché se questa non può essere sospesa, il tutto si risolverebbe nella più contenuta sospensione dell'obbligo di adempimento da parte del debitore concordatario⁷.

sazione fra crediti della banca e somme che affluiscono sui conti correnti, in pregiudizio alla *par condicio*, si vedano in particolare: Trib. Verona 31 agosto 2015, in *Fall.*, 2015, 1351; Trib. Como, 5 novembre 2012, in *ilcaso.it*, 2012; Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, *ivi*, 2013. Si è affermato che durante la fase di pre-concordato è possibile disporre, ai sensi dell'articolo 169-*bis* l. fall., la sospensione di contratti di *factoring* qualora per la massa dei creditori appaia evidente la convenienza di tale scelta in ragione della non opponibilità in compensazione dei crediti maturati dalla società di *factoring* (Trib. Bergamo, 7 giugno 2013, in *ilcaso.it*, 2013). Ed ancora la giurisprudenza ha affermato che la sospensione o lo scioglimento dei contratti bancari in corso di esecuzione disposta ai sensi dell'art. 169-*bis* comporta la caducazione del patto di compensazione tra crediti e debiti, con la conseguenza che le somme trattenute dalla banca in data successiva al provvedimento di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento devono essere restituite all'impresa in concordato (Trib. Monza 27 novembre 2013, in *ilcaso.it*, 2013). Come noto, infatti per la cassazione occorre distinguere a seconda che «la convenzione relativa alla operazione di anticipazione di ricevute bancarie regolata in conto preveda, o no, una clausola che attribuisca alla banca il diritto di incamerare le somme riscosse, ossia il c.d. patto di compensazione o, secondo altra definizione, il patto di annotazione e di elisione nel conto delle partite di segno opposto»; e secondo cui, nell'ipotesi affermativa, «la banca ha diritto di "compensare" il suo debito per il versamento al cliente delle somme riscosse, con il proprio credito verso lo stesso cliente conseguente ad operazioni regolate nel medesimo conto corrente, a nulla rilevando che il suo credito sia anteriore alla ammissione alla procedura» ed il suo debito posteriore (Cass. 1 settembre 2011 n. 17999; Cass. 5 agosto 1997, n. 719; Cass. 23 luglio 1994 n. 6870). In tema cfr. pure Trib. Ancona 3 giugno 2015, in *Fall.*, 2015, 1258; App. Venezia 23 dicembre 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Treviso 29 ottobre 2014 in *ilcaso.it* (che a proposito del mutuo affronta il cuore del problema e cioè che la banca esaurisce la propria prestazione erogando al mutuatario la somma pattuita , il quale, nell'ambito del rapporto, assume successivamente la veste di mero debitore e diversamente argomentando, si violerebbe la *par condicio creditorum* ed il divieto di pagare crediti anteriori). Conformi: Trib. Reggio Emilia 8 luglio 2015, Trib. Ferrara 23 luglio 2015, in *Fall.*, 2015, 1258. Cfr. in tema anche Trib. Venezia 20 gennaio 2015 e Trib. Treviso 2 febbraio 2015, in *Fall.*, 2015, 557 con nota di A. PATTI, *Contratti bancari nel concordato preventivo tra bilateralità e unilateralità di esecuzione*.

⁷ Dopo la novella si è affermato che ai fini dell'applicazione dell'art. 169-*bis* l. fall., non sussistono i presupposti per autorizzare lo scioglimento dei contratti bancari di anticipazione con conferimento alla banca di mandato irrevocabile all'incasso e patto di compensazione atteso che, in virtù della cristallizzazione che si produce con la domanda di concordato ai sensi degli artt. 168 e 169 l. fall. (che richiamano gli artt. 45 e 56 l. fall.), le somme versate dai terzi dopo la domanda non possono essere incamerate dalla banca a compensazione di quanto anticipato. Parimenti si è sancito che non sussistono i presupposti per autorizzare lo scioglimento dei contratti di anticipazione con cessione di credito *pro solvendo* in quanto, se i contratti non sono opponibili alla procedura, non si pone la necessità di ottenerne lo scioglimento, mentre se sono opponibili, gli stessi devono considerarsi a garanzia delle anticipazioni concesse, garanzia che però non può essere escussa a causa della pendenza della procedura di concordato, salva l'ipotesi dei contratti di garanzia finanziaria di cui al d.lgs. n. 170 del 2004, per i quali è espressamente prevista una deroga (Trib. Prato 23 settembre 2015, in *Fall.*, 2016, 118). Ai fini dell'applicazione dell'art. 169-*bis* l. fall., qualora in epoca anteriore alla domanda di concordato preventivo il debitore abbia stipulato anticipazioni bancarie con cessioni di credito opponibili deve ritenersi escluso un problema di

L'art. 8 del d.l. n. 83 del 2015, modificato dalla legge di conversione del 6 agosto 2015, n. 132⁸, rubricato «Contratti pendenti» in luogo del precedente «Contratti in corso di esecuzione», ha provveduto a novellare l'art. 169-bis. l. fall.⁹. In questo modo pare smentita¹⁰ quella impostazione secondo cui nella procedura di concordato sarebbero soggetti a scioglimento e/o a sospensione anche i contratti unilaterali o quelli già completamente eseguiti da una sola parte¹¹.

scioglimento dei contratti, poiché il diritto ad incassare i crediti è già stato trasferito alla banca. Qualora invece sia stato conferito un mandato all'incasso con patto di compensazione lo scioglimento e la sospensione possono avvenire allorché la prestazione della banca non sia stata eseguita totalmente, circostanza che ricorre, in particolare, quando l'imprenditore non abbia utilizzato integralmente gli affidamenti concessi (Trib. Rovigo 20 ottobre 2015, in *Fall.*, 2016, 118).

⁸ D.l. n. 83 del 27 giugno 2015 (Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria) pubblicato nella G.U. n. 147 del 27 giugno 2015 convertito con modificazioni nella legge del 6 agosto 2015, n. 132, pubblicata nella G.U. n. 192 del 20 agosto 2015, in vigore dal 21 agosto 2015.

⁹ Secondo una certa impostazione tuttavia non sarebbe cambiato nulla visto che *rubrica legis non est lex* e che dalla formula normativa si è tenuto fuori l'inciso “da entrambe le parti” (A.A. DOLMETTA, *Concordato preventivo e contratti “pendenti” (in margine alle modifiche portate all'art. 169 bis l. fall. dal d.l. n. 83/2015)*, in *Fall.*, 2016, 398).

¹⁰ Secondo una certa giurisprudenza infatti «nel caso di istanza di scioglimento proposta dopo l'entrata in vigore del D.L. 83/2015 è necessario constatare che la novella pur avendo voluto equiparare in toto il regime dei contratti pendenti nel C.P. a quella del Fallimento (art. 72 l. fall.), ha omesso di specificare che i contratti devono essere ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti, lasciando pertanto ancora incerta l'interpretazione in ordine all'area di applicazione della norma» (Trib. Pordenone, 15 ottobre 2015, in *fallimentiesocietà.it*).

¹¹ Impostazione in verità opinabile visto che l'art. 169 l. fall. già estendeva al concordato gli articoli 55 e 59 l. fall., relativi alla scadenza anticipata delle obbligazioni, pecuniarie e non pecuniarie e definita persino eversiva (F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*, parte III, in *Fall.*, 29 maggio 2015, 11; e già in tal senso F. LAMANNA, *La nozione di “contratti pendenti” nel concordato preventivo*, in www.ilsfallimentarista.it, 2013; in senso dubitativo B. INZITARI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis L.Fall., ivi*). Tutti i contratti unilaterali (ossia quelli con obbligazioni che residuano, dopo la stipula, solo a carico di una parte contraente, come ad esempio è a dirsi per la maggior parte dei contratti di credito bancario, in relazione ai quali non a caso si segnala il maggior numero di controversie nell'ambito concordatario qui in esame) non possono rientrare nella categoria dei contratti pendenti, in quanto relativamente ad essi una delle due contrapposte prestazioni è stata già immediatamente ed interamente adempiuta prima dell'inizio del procedimento di concordato. In quelli, di tali contratti, in cui l'obbligazione ancora inadempita sia riferibile al proponente del concordato, essa risulterà scaduta in forza dell'art. 55 l. fall. e dovrà quindi essere soddisfatta nel corso secondo i dettami della legge e secondo i termini della proposta concordataria. Se, invece, «l'obbligazione che residua è a carico della controparte, l'art. 55 non ha ragione di operare, poiché non si tratta più di un caso in cui può verificarsi, ai sensi di tale disposizione, l'anticipata scadenza di un'obbligazione del debitore proponente. Costui potrà dunque (quale creditore) esigerne l'adempimento (alla prevista scadenza)».

La norma ha natura evidentemente interpretativa e non innovativa (né di interpretazione autentica)¹², e quindi non pone problemi di tempo dell'applicazione, tant'è che anche nel testo è stata cambiata l'espressione «contratti in corso di esecuzione» con la più corretta «contratti non ancora eseguiti o non compiutamente eseguiti»¹³.

Alla luce di quanto detto deve trattarsi di contratti a prestazioni corrispettive, opponibili alla massa¹⁴, *ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti ad una certa data*¹⁵; la quale mentre nel fallimento

¹² In tal senso Trib. Ferrara, 23 luglio 2015, in *ilcaso.it*.

¹³ E stato evidenziato che esiste un principio in forza del quale ad una norma deve essere attribuita natura di norma d'interpretazione autentica (od a valenza ricognitiva) quando, pur rimanendo immutata la formulazione letterale della disposizione interpretata, se ne chiarisca e precisi il significato, giacchè necessario e sufficiente che la scelta ermeneutica imposta dalla legge interpretativa rientri tra le varianti di senso compatibili col tenore letterale del testo interpretato, stabilendo un significato che ragionevolmente poteva essere ascritto alla legge anteriore, sicchè le leggi interpretative vanno definite tali in relazione al loro contenuto normativo, nel senso che la loro natura va desunta da un rapporto fra norme che sia tale, che la sopravvenienza della norma interpretativa non faccia venir meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldino fra loro dando luogo ad un precezzo normativo unitario (in tal senso già STAUNOVO POLACCO, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: i contratti pendenti nel concordato preventivo (art. 169-bis l.fall.)* in *fallimentarista.it*, 24 luglio 2015; REBECCA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo. Le novità del DL 83/2015*, in *Osservatorio-oci.org*; in tema anche MARTINELLI, *L'art. 169-bis l.f. dopo la novella n. 132 del 2015: the King is dead?*, in Aa.Vv., *Il diritto della crisi d'impresa dopo la riforma del 2015*, Bologna, 2015).

¹⁴ Si è affermato che esisterebbe un potere-dovere del debitore concordatario di tutelare, nel corso della procedura, gli interessi dei propri creditori, utilizzando tutti gli strumenti che l'ordinamento gli affida, da quello riguardante l'inopponibilità di atti o di domande giudiziali in violazione dell'art. 45 l. fall. a quello riguardante la nullità di eventuali azioni esecutive o cauterelari sul suo patrimonio ex art. 168, comma 1, l. fall., e a quello riguardante l'inefficacia di eventuali ipoteche giudiziali iscritte da qualche creditore concorsuale nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese ex art. 168, comma 3, ultima parte l. fall. (P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Crisi D'Impresa e Fallimento*, 11 marzo 2013, 3). L'art. 45 l. fall. fissa un principio di carattere generale, che riguarda però anche i rapporti giuridici pendenti, nel senso che, ove l'atto dal quale il rapporto ha avuto origine non sia opponibile alla massa, il debitore concordatario che intenda sottrarsi agli obblighi previsti dal contratto non avrebbe nessuna necessità di provocarne lo scioglimento, ben potendo limitarsi a richiamare ed eccepire quella disposizione. Poiché l'inopponibilità di cui all'art. 45 l. fall. è stabilita solo nell'interesse della massa, nulla impedisce al debitore concordatario (così come al curatore), che intenda, invece, subentrare nel rapporto pendente, di non avvalersi di quel potere.

¹⁵ Contratti in cui il sinallagma non si sia – alla data rilevante – pienamente realizzato, residuando ancora prestazioni a carico di entrambe le parti (F. FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 218; G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, in *Judicium*, 14, che ricorda come l'assunto trovi conferma nel dato, ad esempio, nel diritto tedesco § 103 *insolvenzordnung*, e nel diritto statunitense *us code, section 365*). si veda dopo la riforma Trib. Vicenza 4 marzo 2016, in *fallimentiesocietà.it*.

coincide con il deposito (o l'iscrizione nel registro delle imprese) della sentenza dichiarativa, nel concordato preventivo coincide con la semplice presentazione del ricorso (eventualmente “con riserva” per la sospensione), in conformità con la decorrenza degli altri effetti sostanziali che si producono sia nei confronti del debitore (artt. 161, comma 7, e 182-*quinquies* l. fall.), sia nei confronti dei creditori (artt. 168 e 169 l. fall.).

Viceversa non rientrano nell'alveo applicativo i contratti già interamente eseguiti da una delle due parti prima della presentazione della domanda di concordato, che in caso di adempimento da parte del contraente *in bonis* generano un credito concorsuale per la controprestazione dovuta¹⁶, sottoposto alle relative regole¹⁷ (e di converso, nel caso di adempimento da parte del debitore concordatario, ad un credito di quest'ultimo, da soddisfarsi per l'intero)¹⁸.

Si è osservato che la *concorsualità* interessa quei contratti che abbiano avuto esecuzione da almeno una delle parti, sicché anche il momento del sinallagma funzionale «sia stato avviato con la conseguente maturazione in favore della parte adempiente la propria prestazione, di una posizione giuridica soggettiva di credito, pertanto soggetta alla cristallizzazione»¹⁹. In caso di continuazione del rapporto ciò si riverbera, evidentemente, sul

¹⁶ Si è affermato che ai fini dell'applicazione dell'art. 169-*bis* l. fall., non può considerarsi pendente il rapporto di fideiussione relativamente al quale, al momento della presentazione dell'istanza di scioglimento, è già avvenuta l'escusione con conseguente pagamento da parte del garante (Trib. Milano 17 settembre 2015 in *Fall.*, 2016, 117). Evidentemente non è sufficiente l'escusione.

¹⁷ P.F. CENONI, *La continuazione*, cit., 3, che precisa che nella nozione non rientrano neppure i rapporti già risolti prima della presentazione della domanda di concordato, per qualunque motivo: per risoluzione consensuale; per l'operatività di una clausola risolutiva espressa; o di una diffida ad adempire; o per la preesistenza di una domanda giudiziale di risoluzione. Quanto a quest'ultima si applicherebbe la regola stabilita per il fallimento dal quinto comma dell'art. 72 l. fall., secondo cui «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».

¹⁸ Vanno esclusi insomma i contratti sinallagmatici che siano stati già interamente eseguiti da una sola delle due parti del rapporto prima della presentazione della domanda di concordato. Come per i contratti unilaterali, anche in tali casi, infatti, quando il contraente *in bonis* abbia già interamente adempiuto la sua prestazione, non potrà che residuare il solo credito di costui per la controprestazione cui è tenuto il debitore concordatario, credito da soddisfare secondo le regole del concorso; oppure, ove sia stato il debitore proponente ad aver già adempiuto interamente la sua prestazione, residuerà solo il credito di quest'ultimo e potrà esigerne il pagamento alla scadenza nelle forme ordinarie.

¹⁹ Così A. DIMUNDO-A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999, 71.

pagamento di debiti derivanti da prestazioni anteriori all'ammissione alla procedura, che deve essere quindi valutato nel contesto dell'operatività del contratto cui si riferisce e non determina il cristallizzarsi di una situazione debitoria in funzione della progressiva esecuzione bilaterale del rapporto²⁰ che prosegue.

Allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione consegue anche lo scioglimento dei relativi contratti di garanzia al negozio principale oggetto della domanda di scioglimento, posto che, una volta venuta meno l'obbligazione principale non vi è ragione logica e giuridica per mantenere in essere una garanzia rimasta priva di causa²¹ e talora ciò può riguardare anche negozi collegati che in linea di principio in situazioni di autonomia non rientrerebbero nell'alveo applicativo²².

2. - Gli effetti del e sul “contratto di affitto di azienda”.

Tra i contratti che rientrano nell'ambito di applicazione della norma c'è sicuramente il contratto di affitto *preesistente alla procedura*, contemplato nel piano concordatario, che non configurerà viceversa una ipotesi che rende applicabile a sua volta la norma (come integrata dall'art. 186-bis)²³ ai contratti che passano all'affittuario, al di là della sua configurazione formale o meno di concordato con continuità²⁴.

²⁰ Cass. 5 agosto 1997, n. 7194, in *Fall.*, 1998, 56; Cass. 18 ottobre 1990, n. 10167, in *Giur. comm.*, 1992, II, 179.

²¹ App. Milano 29 gennaio 2015, in *ilcaso.it*. (che si riferisce nel caso di specie ad un pugno irregolare); Trib. Milano 11 settembre 2014, in *ilcaso.it* (riferita invece ad una fideiussione).

²² Ad esempio il mandato irrevocabile a versare le somme derivanti da contratto di cessione di credito su specifico conto corrente bancario, pur facendo parte di una complessa fattispecie contrattuale, può essere oggetto di autonoma sospensione quando, dall'interpretazione complessiva dei documenti negoziali, non solo appare dotato di struttura e causa autonoma, ma anche quando risulta qualificabile come mera pattuizione di assistenza (non determinante) del complesso accordo negoziale in essere (Trib. Pavia 24 novembre 2014, in *ilcaso.it*). Il tema riguarda i rapporti bancari nei quali la linea di smobilizzo dei crediti non sia regolata dal meccanismo di anticipazione verso cessione del credito, ma piuttosto da altre forme compatibili con il concetto di rapporto pendente, quali il mandato all'incasso, la garanzia sul credito e la clausola di compensazione (Trib. Ravenna 22 ottobre 2014, in *ilcaso.it*).

²³ *Contra*: Trib. Mantova 19 settembre 2013, in *ilcaso.it*. In tema cfr. pure P. VELLA-F. LAMANNA-S. PACCHI, *Il concordato con continuità aziendale*, in M. FERRO-P. BASTIA-G. M. NONNO (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, 163 s.

²⁴ Secondo una certa giurisprudenza il concordato non sarebbe in continuità neppure quando l'affitto ha luogo dopo il deposito della domanda (Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in *ilcaso.it*, 2013), con la conseguenza che non vi sarebbe l'onere di redigere piano e relazione

Nella stessa logica anche *all'affitto successivo*, non previsto dal piano, non si applicheranno le dette norme speciali e andrà autorizzato *ex art. 167 l. fall.* o più spesso richiederà una modifica del piano quando intervenga prima delle operazioni di voto a norma dell'art. 175 l. fall.²⁵.

Al contratto di affitto programmato nel piano²⁶ potranno applicarsi le regole di cui all'art. 169-bis e 186-bis, l. fall.²⁷, solo se scioglimento, sospensione o continuazione vengano *prima attuate dal debitore*, per poi

del professionista con lo specifico contenuto dell'art. 186, comma 2, lett. *a*) e *b*). Altra giurisprudenza ritiene invece che ove l'imprenditore abbia concesso in affitto la propria azienda in epoca precedente alla presentazione della proposta concordataria e in quest'ultima si preveda la prosecuzione dell'attività per mezzo dell'affittuario, senza che sia contestualmente previsto un obbligo di acquisto a suo carico entro un dato termine, non potrebbe trovare applicazione la speciale disciplina dettata dall'art. 186-bis (Trib. Patti 12 novembre 2013, in *ilcaso.it*, 2013). Una parte della dottrina, invece, parla genericamente di incompatibilità fra affitto e concordato con continuità aziendale, ma senza distinguere tra affitto post e pre domanda (D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in *ilfallimentarista.it*, 2013, 3 s.). Si è poi affermato che il concordato possa definirsi «con continuità aziendale» anche quando l'affitto sia anteriore al deposito della domanda (A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato fra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, 269-270, che si basa sulla sostanza economica del fenomeno).

²⁵ Al riguardo già F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, in *Fall.*, 2008, 832 s. Sul tema prima della novella cfr. pure M. VITIELLO, *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*, Bologna, 2009, 374.

²⁶ Una parte della dottrina ritiene necessario programmare l'affitto unitamente alla cessione definitiva successiva (A. MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 186 bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, 2013, 1238). In realtà nulla esclude che la continuità preveda un affitto senza cessione. Si è correttamente evidenziato come la cessione effettuata prima dell'omologa, seppure ammissibile, ponga il problema della responsabilità *ex art. 2560*, comma 2 c.c., visto che solo per le cessioni in esecuzione del concordato tale responsabilità non opera *ex art. 105*, comma 4, richiamato dall'art. 182, l. fall., anche se la difficoltà potrebbe essere superata da una sorta di liberazione derivante dal tipo di vendita autorizzata dal giudice nell'ambito di una procedura concorsuale (L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 1237). Si è infine affermato in giurisprudenza che ove l'imprenditore abbia concesso in affitto la propria azienda in epoca precedente alla presentazione della proposta concordataria e in quest'ultima si preveda la prosecuzione dell'attività per mezzo dell'affittuario della stessa azienda, senza che sia contestualmente previsto un obbligo di acquisto a suo carico entro un dato termine, non potrebbe trovare applicazione la speciale disciplina dettata dall'art. 186-bis, non potendo qualificarsi la fattispecie come concordato con continuità aziendale (Trib. Patti 12 novembre 2013, in *ilcaso.it*, 2013).

²⁷ Nel concordato preventivo la previsione dell'affitto come elemento del piano concordatario, purché finalizzato al trasferimento dell'azienda e non destinato alla mera conservazione del valore dei beni aziendali al fine di una loro più fruttuosa liquidazione, deve ritenersi riconducibile all'ambito disciplinato dall'art. 186-bis l. fall. (Trib. Cuneo, 29 ottobre 2013, in *ilcaso.it*, 2013).

trasferirne gli effetti all'affittuario (come d'altra parte accade nel fallimento in caso di affitto endo-concorsuale)²⁸.

Non si dimentichi peraltro che la norma stessa in tema di concordato con continuità non esclude *un piano concordatario misto*, che preveda ad esempio l'enucleazione di rami da affittare e poi cedere, rami in esercizio da continuare²⁹, componenti da liquidare atomisticamente, e in tal caso si applicheranno le regole compatibili, tenendo conto del criterio della prevalenza³⁰.

Le norme di cui all'art. 169-bis, l. fall., si applicano per espresso richiamo anche al concordato in continuità ma solo a quello *in senso proprio*, nel senso che in caso di circolazione dell'azienda prevalgono sicuramente le norme di cui all'art. 2558 e 2112 c.c.; esattamente come avviene nel falli-

²⁸ L'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 186-bis l. fall. attribuisce espressamente al giudice delegato il potere di disporre la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni, all'atto della cessione (dell'azienda) o del suo conferimento (a terzi). In realtà già l'art. 108 l. fall., richiamato dall'art. 182, comma 5, l. fall., nel caso di concordato con cessione dei beni, prevede la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni ad opera del giudice delegato «una volta riscosso interamente il prezzo». Con l'introduzione dell'art. 186-bis, quindi, non sarà più necessario rinviare all'art. 108 l. fall. ed anzi, la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli potrà avvenire indipendentemente dall'avvenuto pagamento integrale del prezzo di cessione che, del resto sarebbe incompatibile con l'ipotesi del conferimento, in cui il corrispettivo consiste nell'emissione di azioni a favore del conferente. Il legislatore ha voluto espressamente specificare che la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni avvenga «all'atto della cessione o del conferimento», escludendo, quindi, il caso in cui l'attività prosegua in capo allo stesso imprenditore (F. PICERNO, *Il concordato con continuità aziendale*, in S. DE MATTEIS-N. GRAZIANO (a cura di), *Manuale del concordato*, Rimini, 2013, 305).

²⁹ In ipotesi di concordato misto, occorre verificare se le operazioni di dismissione previste, ulteriori rispetto all'eventuale cessione dell'azienda in esercizio, siano o meno prevalenti, in termini quantitativi e qualitativi, rispetto al valore dell'azienda che permane in esercizio, quand'anche per mezzo di cessione a terzi (Trib. Vercelli 13 agosto 2014, in *ilcaso.it*). Si è affermato che lo spartiacque tra concordato liquidatorio e con continuità aziendale, è di tipo oggettivo e non soggettivo, rilevando soprattutto che l'azienda sia in esercizio tanto al momento dell'ammissione al concordato, quanto all'atto del suo successivo trasferimento (Trib. Cuneo 29 ottobre 2013, cit.).

³⁰ Ad esempio la giurisprudenza ha rilevato che nel caso in cui una società, ammessa alla procedura di concordato preventivo con netta prevalenza di elementi liquidatori, chieda di essere autorizzata alla stipula di un contratto di affitto di ramo d'azienda con impegno irrevocabile all'acquisto da parte del conduttore, riconosciuto che in tale ipotesi si possa applicare la disciplina del concordato liquidatorio, pare opportuno, «esclusivamente in funzione del ceto creditorio», esigere l'attestazione *ex art. 186-bis, lett. b)*, l. fall., mentre non deve ritenersi necessaria sia una apposita modifica del piano, sia una procedura competitiva per la scelta del conduttore, per il quale il godimento del diritto di prelazione deve essere regolamentato e limitato in funzione della rapida individuazione del cessionario definitivo del bene (Trib. Treviso, 11 giugno 2015; Trib. Treviso 16 luglio 2015, in *fallimentiesocietà.it*).

mento in caso di affitto endoconcorsuale *e a differenza di quanto accade per l'esercizio provvisorio*³¹.

Ai fini delle norme sui contratti occorre perciò distinguere il concordato *diretto* da quello *indiretto* realizzato a mezzo circolazione dell'azienda³² e ancora il concordato nel cui piano sia previsto un affitto preesistente.

In questo terzo caso l'unico effetto sui contratti sarà quello di poter applicare l'art. 169-bis, l. fall., come integrato dall'art. 186-bis, l. fall., all'affitto e non certo ai contratti passati all'affittuario³³ ai quali si applicano le regole generali³⁴. Analogamente se il piano prevede la circolazione dell'azienda, solo se questa passa a terzi dopo che il debitore ha chiesto ed ottenuto lo scioglimento di taluni contratti, agli stessi potrà applicarsi la normativa in parola³⁵.

Insomma si può parlare di concordato in continuità, da un punto di vista

³¹ In tutte le ipotesi di affitto propedeutiche alla successiva vendita, peraltro, la relazione del professionista attestatore deve tener conto di un altro soggetto, l'affittuario, nell'indicazione dei costi e dei ricavi attesi, valutando la solvibilità di quest'ultimo nell'ipotesi di affitto a canone fisso, la sostenibilità del piano per il medesimo affittuario in caso di affitto a canone variabile, non essendo sufficiente riferire l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi al solo debitore in crisi (G. COVINO-L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, in *ilfallimentarista.it*, 14 novembre 2013).

³² Si è osservato che l'art. 186-bis l. fall. vuole considerare l'esercizio provvisorio dell'impresa nel concordato; esercizio provvisorio che riguarda non solo e non tanto la fase esecutiva in senso stretto, quanto – e inevitabilmente, pena lo svuotamento degli obiettivi di mantenimento del *going concern* – la fase propriamente procedurale (F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2013, 1134).

³³ Si è evidenziato che poiché la stipula del contratto di affitto di azienda non esclude la continuazione dell'attività di impresa in capo al suo titolare, qualora venga proposta domanda di concordato preventivo, il contratto in questione deve essere considerato un contratto in corso di esecuzione disciplinato dall'articolo 169-bis l. fall. (Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, in *ilcaso.it*, 2013).

³⁴ Esiste un ulteriore caso possibile, anche se residuale, e cioè quello dell'affitto d'azienda seguito da *retrocessione* della medesima all'imprenditore, che ne rientri nella disponibilità con l'intento di proseguire l'attività di impresa in prima persona.

³⁵ La giurisprudenza si è anche occupata del contratto durante la fase del concordato in bianco (Trib. Bergamo 23 dicembre 2015, *ilcaso.it*, 14015) affermando che durante la fase di concordato con riserva di cui all'articolo 161, comma 6, l. fall., è possibile autorizzare in via d'urgenza l'affitto del ramo di azienda, e differire ad un momento successivo l'esperimento della procedura competitiva per l'individuazione del soggetto affittuario, qualora vi sia necessità di salvaguardare l'integrità e il valore del ramo aziendale al fine della migliore soddisfazione dei creditori (nel caso di specie, si doveva provvedere alle manutenzioni ed al pagamento dei fornitori di energia indispensabili per impedire l'arresto del processo produttivo; il Tribunale ha quindi autorizzato la stipula dell'affitto di azienda con assunzione da parte dell'affittuario degli oneri di manutenzione degli impianti e dalla rimessa in esercizio dell'attività d'impresa e con l'impegno di mantenere l'efficacia dell'offerta d'acquisto della stessa anche nell'ipotesi di fallimento del debitore).

dell'applicazione delle opportunità di cui agli art. 169-*bis* e 186-*bis*, l. fall., rispetto ai contratti pendenti, solo se la circolazione dell'azienda avvenga dopo una fase di gestione *endoconcordataria* diretta del debitore³⁶, in quanto laddove la circolazione avvenga prima della domanda o a partire dalla domanda, il cessionario non potrà avvantaggiarsi, rispetto al contraente *in bonis*, delle norme che consentono quello che abbiamo definito, in altra sede, una sorta di *dumping* da procedura concorsuale³⁷.

Da questo punto di vista ci sembra che il relativo dibattito possa avere una qualche utilità soprattutto ai fini dei contratti pubblici e dei limiti quantitativi della proposta, introdotti peraltro solo dalla novella 2015. La disciplina di favore infatti – a parte i contratti – si riduce alla possibilità di

³⁶ Si è affermato che non rientrano nella nozione di concordato con continuità aziendale le ipotesi in cui l'affitto, sia pure corredata da un impegno irrevocabile di acquisto dell'azienda, sia stato stipulato prima del deposito della domanda *ex art.* 161 l. fall. o comunque prima dell'omologazione, atteso che il piano così strutturato non potrà contemplare l'esercizio dell'impresa come elemento di acquisizione del fabbisogno per il soddisfacimento dei creditori e posto che la cessione dell'azienda avverrà quando questa non sarà più in esercizio da parte del debitore. Il concordato può, infatti, essere ricondotto all'istituto di cui all'art. 186-*bis* in tutte le ipotesi in cui il debitore prosegue nell'esercizio dell'impresa dopo l'omologazione: in via temporanea perché in vista di una cessione (anche eventualmente preceduta dall'affitto purché lo stesso intervenga dopo un periodo di gestione da parte del debitore) o in via definitiva perché in prosecuzione diretta in vista di un risanamento (Trib. Busto Arsizio 1 ottobre 2014, in *ilcaso.it*). Diverso è il caso pure analizzato dalla giurisprudenza in cui più rami aziendali siano stati affittati a società diverse ma interamente partecipate dalla società debitrice proponente, verificando così che l'alterità e quindi la indiretta continuità aziendale siano solo formali e apparenti, «dovendosi valorizzare nella sostanza la circostanza che i rami d'azienda affittati sono rimasti nella disponibilità concreta della società concedente e sono destinati nel piano a tornare anche formalmente in grembo all'affittante mediante fusione per incorporazione» (Trib. Pordenone, 4 agosto 2015, in *fallimentiiesocietà.it*). La segregazione comunque fa sì che la continuità sia indiretta con applicazione dell'art. 2558 c.c.

³⁷ F. FIMMANO, *Art. 104*, in A. JORIO-M. FABIANI (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2006, II, 1612. Espressione che viene ripresa da A. PATTI, *Rapporti pendenti*, cit., 273. Il potere riconosciuto agli organi del fallimento in caso di esercizio provvisorio dell'impresa del fallito di proseguire o sciogliersi dai contratti pendenti senza particolari conseguenze, determina tra l'impresa fallita in esercizio e le altre imprese una oggettiva sperequazione, tanto da configurare ciò che abbiamo definito una sorta di *dumping da procedura concorsuale*. Questa asimmetria non è conforme in linea di principio al sistema ed alla logica della continuazione dell'attività economica anche se trova una giustificazione – nella procedura fallimentare – nei superiori interessi dell'economia. D'altra parte gli interessi tutelati dal fallimento non sono limitati, specie a seguito della riforma, nell'ambito della mera tutela delle ragioni del ceto creditore e, comunque, questa tutela è da considerare di per sé «come un altissimo interesse pubblico» (Relazione del Guardasigilli al R.d. n. 267 del 1942, art. 3) in contrasto con gli interessi particolaristici sia del debitore sia dei singoli creditori. Ciò vale a maggior ragione per l'Amministrazione straordinaria che coinvolge interessi socio-economici di tipo sistematico.

moratoria dei creditori privilegiati [art. 186-*bis*, comma 2, lett. *c*]), e nella facoltà di pagare i creditori cd. strategici (art. 182-*quinquies*)³⁸.

In questa prospettiva una parte della giurisprudenza ritiene che ai fini dell'art. 186-*bis*, la proposta concordataria e il relativo piano possono dirsi in continuità quando la proponente preveda esplicitamente l'obbligo di acquisto dell'azienda in capo all'affittante. Qualora, infatti, venga previsto un affitto d'azienda fine a se stesso, (ossia senza previsione di cessione e/o acquisto in favore dell'affittante, la cui durata sia superiore alla proposta concordataria, con canone d'affitto in misura fissa e del tutto disancorato dal flusso economico dell'impresa affittante) ciò determinerebbe una incolmabile lacuna informativa a detimento del ceto creditorio che pregiudicherebbe la stessa fattibilità giuridica della proposta³⁹.

3. - Contratti pendenti e diversa natura del fallimento nella prospettiva della Commissione "Rordorf".

Nonostante la novella del 2015 equipari le nozioni di "contratto pendente" nel fallimento e nel concordato, rendendo omogeneo il relativo significato in ossequio alla coerenza del sistema normativo concorsuale, le relative discipline restano distinte e distanti. Prima della *novella* del 2012, la legge fallimentare non conteneva alcun riferimento al tema degli effetti del concordato preventivo sui contratti ineseguiti, o non compiutamente eseguiti dalle parti; né poteva ipotizzarsi l'applicazione analogica, od estensiva, della compiuta normativa dettata per il fallimento⁴⁰, vista la strutturale diversità delle procedure rispetto ai rapporti pendenti. Il fallimento ha una natura essenzialmente *liquidatoria-dissolutiva* che esige una *definizione*

³⁸ In tema E. PAGANI, *Tempi di adempimento ed affitto d'azienda nel concordato con continuità*, in *Giur. comm.*, II, 2015, 149 s.

³⁹ Tale pregiudizio si acuirebbe in assenza di previsione di adeguate garanzie e cautele per il caso di retrocessione dell'azienda (Trib. Avezzano 22 ottobre 2014, in *ilcaso.it*).

⁴⁰ L'orientamento favorevole all'applicazione analogica si basava su una concezione unitaria delle funzioni, dei presupposti e degli effetti di tutte le procedure contemplate dalla legge fallimentare e non smentita dal mancato espresso richiamo nell'art. 169 (cfr. in particolare R. PROVINCIALI, *Effetto del concordato preventivo*, 934 s.; C. PAOLILLO, *L'amministrazione controllata ed i rapporti giuridici pendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, II, 321). Di diverso avviso sul valore del mancato rinvio: G. PICO, *Concordato preventivo e rapporti giuridici preesistenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1969, II, 337 ed in giurisprudenza Cass., 29 settembre 1993 n. 9758, in *Dir. fall.*, 1994, II, 226; Trib. Milano, 19 maggio 1977, in *Giur. comm.*, 1979, II, 156.

dei rapporti in corso in funzione della successiva e prevedibile disgregazione del complesso produttivo e della sua liquidazione atomistica o per *assets*. Tuttavia l'azienda come complesso di beni e persone organizzato mediante l'attività di coordinamento dell'imprenditore si estingue solo a causa della concreta ed effettiva implosione dei fattori della produzione e non certo per effetto dell'evento fallimentare in sé. Ecco che solo in caso di circolazione del complesso produttivo si applicheranno le regole comuni di cui agli artt. 2558 e 2112, c.c., e non quelle di cui agli artt. 72 ss. Viceversa la funzione (normalmente) *satisfattiva-conservativa* del concordato preventivo, fortemente accentuata dalla novella, che di regola non determina di per sé interruzioni nella continuazione dell'impresa, non pone questioni di compatibilità con l'esecuzione dei contratti in corso che potranno essere portati a compimento, salvo diversa determinazione nel senso dell'*inadempimento*. In tal caso, la decisione di adempiere o meno esigerà, come vedremo, la specifica previsione nel piano proposto ai creditori. Il debitore nella formulazione del piano, nel valutare gli interessi in gioco, potrebbe ritenere lo specifico rapporto inconciliabile con le esigenze della procedura. Ma saremmo in questo caso su un piano diverso, in quanto lo scioglimento determina l'improseguibilità del rapporto per ragioni e presupposti (*e con conseguenze*) completamente differenti da quelli pure previsti in alcune norme di cui al sistema degli artt. 72 ss.

Il principio secondo cui la continuazione dell'attività economica comporta di regola la continuazione dei rapporti in corso di esecuzione è contenuto oltre che nelle disposizioni in tema di *esercizio provvisorio dell'impresa del fallito* (art. 104 l. fall.) anche in tema di Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, con una variante decisiva però in questi ultimi due casi in quanto si verifica una sostituzione o meglio una *successione nell'impresa*: la possibilità del curatore e del commissario di sciogliersi dai contratti.⁴¹

Nel fallimento, infatti, l'imprenditore-titolare viene *spossessato*, l'attività

⁴¹ I sostenitori dell'estensione analogica al concordato preventivo degli art. 72 ss., affermavano che in realtà anche nel concordato preventivo si realizzerebbe in fin dei conti *una sostituzione* in quanto il debitore agisce sotto la vigilanza del commissario e la direzione del giudice delegato in combinazione con la loro volontà (A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 69).

economica può essere continuata dal curatore e *imputata alla procedura* (in tal caso l'azienda può sopravvivere senza essere trasferita), oppure può essere imputata a terzi mediante l'affitto, la vendita od il conferimento in società (in tal caso l'azienda circola). Infatti, se da un lato l'azienda è un fenomeno strutturalmente ed intrinsecamente *estraneo* all'espropriazione individuale, dall'altro si innesta *naturalmente* nelle procedure concorsuali⁴². Nel fallimento il soddisfacimento dei creditori, data la qualità di imprenditore commerciale del fallito, passa attraverso la estinzione dell'impresa e la liquidazione complessiva del suo patrimonio previo *spossesso*. Nel fallimento, laddove venga disposto l'esercizio provvisorio, si verifica una sostanziale scissione che manca nel concordato preventivo: il titolare dell'impresa non è la curatela che non si sostituisce al fallito, ma l'eventuale attività economica va imputata alla procedura. Il sistema di cui agli artt. 72 e ss. della legge fallimentare parte quindi dal presupposto che non v'è sostituzione di titolarità, ed i contratti sono considerati come *valori aziendali* più che come rapporti. Muta solo l'imputazione dei diritti e delle obbligazioni senza mutamento di titolarità. Se invece c'è circolazione endoconcorsuale dell'azienda, v'è mutamento di titolarità ed imputazione e gli effetti sui contratti saranno quelli di cui all'art. 2558 c.c. disciplinanti la circolazione⁴³.

Viceversa nel concordato preventivo le norme e l'applicazione delle stesse devono essere funzionali alla riallocazione, specie quando si tratta di salvaguardare effettivamente valori aziendali e capitale umano, ma occorre prestare attenzione agli effetti discorsivi della concorrenza e quindi interpretare le disposizioni di legge (ed in particolare quelle relative agli effetti

⁴² Al riguardo mi permetto di rinviare per una disamina delle variegate connessioni tra fallimento e azienda a F. FIMMANO, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Giuffrè, Milano, 2000, 6 s.

⁴³ L'applicazione analogica delle norme di cui agli art. 72 ss., l. fall., va esclusa comunque anche nella fattispecie più vicina al fallimento ovvero nel concordato preventivo *con cessione dei beni* laddove non si configuri un trasferimento di azienda a favore di terzi assuntori. Infatti vero è che la procedura a seguito dell'omologa determina uno spossessamento del debitore, tuttavia, anche in questa fase, ai liquidatori non è riconosciuto quel tipico potere di amministrazione del patrimonio fallimentare cui è connessa la facoltà di sciogliere o proseguire i rapporti giuridici preesistenti. V'è chi infatti ha sostenuto che le finalità della liquidazione dei beni ceduti ai creditori sarebbero le stesse di quelle del fallimento configurando una sorta di fallimento deformatizzato (G. CANALE, *La sorte dei rapporti pendenti nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 722).

sui contratti pendenti) in modo fisiologico. Nel fallimento, infatti, lo scioglimento del contratto non è fonte di danno risarcibile in favore del contraente *in bonis* perchè il mancato adempimento non è imputabile alla volontà dell'obbligato fallito, che è spossessato, ma è riconducibile o direttamente alla legge o ad una scelta che il legislatore ha attribuito al curatore, in considerazione del preminente interesse della massa. Al contrario, nel concordato, la dichiarazione di volersi sciogliere dal contratto equivale ad un *recesso unilaterale*, che, non essendo previsto contrattualmente né legislativamente, dà luogo al risarcimento del danno (art. 1373 c.c.) ed agli strumenti di tutela negoziale e giudiziale del contraente *in bonis*.

In realtà, pur in assenza di previsioni normative il rapporto tra concordato preventivo e contratti in corso era, a nostro avviso, già abbastanza chiaro, come avevamo già avuto modo di rilevare⁴⁴. La base di riferimento era ed è la sostanziale ininfluenza della procedura sui contratti a pena delle sanzioni generali previste in tema di inadempimento, risoluzione e risarcimento danni. Il legislatore del 2012 consente in più al debitore di liberarsi dai contratti che rendono difficile la riorganizzazione e nella stessa logica di *concorsualizzare* il diritto di credito del contraente *in bonis* che subisce il *recesso unilaterale*⁴⁵.

Il legislatore ha insomma stabilito che se da un lato al concordato preventivo non si applica la disciplina di cui agli artt. 72 e ss., in modo da rimettere *tendenzialmente* alla procedura la scelta in ordine alla prosecuzione o meno del rapporto negoziale con tutte le relative conseguenze, dall'altro lato v'è la possibilità di "sciogliere" il rapporto laddove ciò sia imposto da quelle stesse esigenze di conservazione dell'impresa e di salvaguardia del ceto creditorio che normalmente sottendono alla continuazione⁴⁶.

⁴⁴ Al riguardo mi permetto infatti di rinviare a F. FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione*, in *Fallimento*, 2006, n. 9, 1051 s.

⁴⁵ M. FABIANI, *Per una lettura ricostruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, 2013, 2 s.; G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 1123.

⁴⁶ Si tenga conto che il superamento della crisi può essere concepito attraverso la elaborazione di "piani" il cui contenuto, come noto, non è rigido, ma rimesso alla valutazione del debitore in piena autonomia, laddove ai creditori è rimesso il potere di esprimere il proprio parere attraverso il voto. Il secondo principio del quale è necessario dare conto attiene al fatto che sebbene la gestione dell'impresa rimane in capo al debitore questi è posto sotto il *controllo* del

In ragione di quanto detto vi è un solo modo per leggere le nuove norme in modo coerente al sistema ed orientato sul piano comunitario e costituzionale. La decisione del debitore concordatario di sciogliersi dal contratto nulla ha a che vedere col sistema dell'art. 72 ss., l. fall., ma è semplicemente la scelta di recedere unilateralmente ed in mancanza di una giusta causa di risoluzione, che in fin dei conti configura un inadempimento ed un conseguente risarcimento che vanno necessariamente inseriti sin dall'inizio nel piano concordatario, in modo da essere sottoposti al vaglio previsto dalla legge e soprattutto al voto dei creditori. La norma speciale, infatti, non stabilisce che, in caso di accoglimento della richiesta del debitore, il tribunale o il giudice delegato dichiarino sciolti i contratti, ma prevede soltanto che il giudice *autorizzi* l'imprenditore a sciogliersi o a sospendere i contratti⁴⁷. Ma se il debitore concordatario recede un attimo prima di presentare la domanda l'effetto sarebbe il medesimo, lasciando aperta la questione della natura dei crediti risarcitorii. Le vere novità normative sono la concorsualizzazione e la possibilità di sospensione che non erano concepibili come dati acquisiti nella vigenza del diritto comune. Completamente diversa è la scelta di recedere o risolvere un rapporto contrattuale (nuovo o proseguito) dopo l'ammissione alla procedura, circostanza che configura un atto di straordinaria amministrazione, da sottoporre all'autorizzazione del giudice delegato, che produce effetti che non possono essere *concorsualizzati* e che a secondo del potenziale impatto che può avere, può determinare o meno la necessità di una modifica del piano concordatario, in cui l'eventuale debito risarcitorio non può che essere previsto come "prededucibile".

121

commissario giudiziale e del giudice delegato. In particolare, l'art. 167 l. fall. dispone che gli «atti di straordinaria amministrazione» abbisognino della autorizzazione scritta del giudice delegato, essendo altrimenti inopponibili ai creditori anteriori al concordato.

⁴⁷ Non è condivisibile quella giurisprudenza che dichiara direttamente lo scioglimento dei rapporti e, in certi casi, addirittura ordina al terzo contraente di riversare al debitore le somme che la normale prosecuzione del rapporto avrebbe consentito al terzo di incassare (F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, in *il caso.it*, 2014, che ricorda il caso dei rapporti bancari con linee auto liquidanti e delle decisioni che, in accoglimento della richiesta di scioglimento, anziché autorizzare il debitore a sciogliersi o a sospendere i contratti bancari in corso, hanno dichiarato sciolti i rapporti ed anche ordinato alla banca di versare all'imprenditore in concordato le somme che avrebbe incamerato per effetto dei mandati all'incasso previsti nei contratti di credito. Poiché l'art. 169-bis non prevede la pronuncia di un siffatto ordine al terzo, lo stesso dovrebbe essere censurabile *ex art. 26 l. fall.*).

La *mancata esecuzione* del contratto pendente deriva, insomma, quale effetto naturale, dal *piano predisposto dall'imprenditore* laddove tale piano preveda, nella sua varietà di formulazioni possibili, una proposta in ragione della quale la prosecuzione dell'attività di impresa necessiti lo scioglimento di taluni contratti che gravano particolarmente sul suo sistema economico finanziario sì da non apportare adeguati benefici all'impresa od in quanto addirittura la danneggiano. Del resto, così come è possibile ridurre le pretese dei creditori di una prestazione pecuniaria, allo stesso modo possono ridursi le pretese alla continuazione dei rapporti da parte dei contraenti poste sotto forma di esecuzione in forma specifica della obbligazione, e tanto anche in ragione della divisibilità dei creditori per classi. Insomma sarà il debitore ad indicare nel piano la necessità per l'impresa di liberarsi di alcuni contratti, il relativo debito risarcitorio (se del caso in una specifica classe) ed il tutto sarà oggetto di vaglio e di voto. In questo quadro, talora, la continuazione del rapporto contrattuale potrebbe porsi in contrasto col piano formulato dall'imprenditore e proposto ai creditori stessi, sì da pregiudicarne, *ab origine*, l'attuazione, visto che la eliminazione della crisi esige la riduzione quantitativa delle pretese creditorie e contrattuali, e quindi anche l'eventuale recesso da rapporti negoziali in essere che incidano negativamente sulla condizione patrimoniale e quindi sull'interesse generale dei creditori.

La possibilità di sciogliersi dal rapporto con le conseguenze contemplate dall'art.169-bis, l. fall., è dunque *solo* quella prevista nel piano concordatario, come già avevamo sostenuto ben prima della novella del 2012⁴⁸. In tal caso la possibilità di chiedere al Tribunale ed al giudice delegato (laddove il Tribunale non provveda) la relativa autorizzazione *ex art. 169-bis, l. fall.*, nulla ha a che vedere con l'autorizzazione giudiziale di cui al 167, comma 2, l. fall., relativa ad uno scioglimento durante la procedura (di straordinaria amministrazione), altrimenti il diniego modificherebbe, di fatto, il piano stesso attraverso la sostanziale imposizione della prosecuzione del negozio. D'altra parte, poi, volendo considerare la posizione del contraente *in bonis*, deve evidenziarsi come la sua tutela passi attraverso la possibilità di votare contro la proposta stessa.

⁴⁸ F. FIMMANÒ, *Gli effetti*, cit, 1053 s.

Stesso discorso vale per la natura ed il trattamento del credito scaturente dallo scioglimento per recesso unilaterale, visto che il debitore concordatario, non potendo fare affidamento su una norma protettiva quale è quella dell'art. 72 l. fall., debba dichiarare nel piano quali siano i contratti che non intende proseguire, manifestando la volontà di recedere (e comunque di non voler adempiere). Il recesso, in questo modo, si realizza prima dell'apertura della procedura, generando fisiologicamente un credito risarcitorio “geneticamente” concorsuale e non di massa⁴⁹. Analogamente nell’ipotesi inversa, contemplata dall’art. 186-bis, l. fall., in cui il piano preveda la prosecuzione di determinati rapporti contrattuali pendenti (pubblici) ed in cui l’eventuale diniego di autorizzazione configurerebbe una modifica del piano imposta *implicitamente* dal giudice.

Laddove il piano nulla programmi in ordine ai contratti pendenti (od allo specifico contratto), allora sarà necessaria l’*autorizzazione* scritta del giudice delegato allo scioglimento, durante la procedura, dei rapporti pendenti che ecceda la ordinaria amministrazione a norma dell’art. 167, comma 2, l. fall., che contiene una elencazione esemplificativa (non tassativa) di atti e che configura un principio di ben più ampia portata.⁵⁰ Il tutto sullo sfondo della vigilanza del commissario giudiziale di cui al primo comma dell’art. 167, l. fall., che riguarda la complessiva gestione dei beni e l’esercizio dell’impresa a prescindere dalla qualificazione del singolo atto. Medesimo ragionamento va fatto per l’autorizzazione alla stipula di nuovi contratti d’impresa dopo l’ammissione alla procedura che non siano contemplati nel piano⁵¹.

123

⁴⁹ *Contra*: A. PENTA, *L’abuso dello strumento concordatario*, in *Dir. fall.*, 2013, n. 57 (secondo cui si tratta di una vera e propria anomalia, se solo si considera che l’intendimento di sciogliersi non potrebbe in ogni caso retroagire ad un momento anteriore tale da giustificare la natura concorsuale del credito).

⁵⁰ Con la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione *si attribuisce rilevanza giuridica ad un fenomeno valutabile in realtà sul piano economico*. Perciò è fuorviante creare due categorie generali ed astratte, ma si deve soltanto valutare quando, «in rapporto al patrimonio cui l’atto si riferisce, l’atto stesso incida su questo, in modo da metterne a repentaglio l’integrità economica, e stabilire, in relazione agli interessi che si intende tutelare, se il compimento dell’atto debba essere assoggettato a particolari cautele».

⁵¹ Anche in giurisprudenza è stato considerato atto di ordinaria amministrazione la conclusione di un rapporto che si appalesi necessario alla prosecuzione dell’impresa (App. Roma, 10 marzo 1997, in *Fall.*, 1997, 764). Si è ad esempio rilevato che l’utilizzo di un conto corrente bancario è sostanzialmente indispensabile allo svolgimento di qualunque attività di impresa, giacché, proprio nella sua «necessarietà», il conto corrente evidenzia anche il carattere della

Quella in esame è in ogni caso una autorizzazione al recesso unilaterale e *non allo scioglimento autoritativo* dei rapporti⁵². Se fosse intesa in quest'ultimo diverso senso finirebbe infatti col riprodurre, *sotto mentite spoglie*, il sistema previsto agli artt. 72 ss., l. fall., per il fallimento ed il potere di scelta del curatore tra subentro e scioglimento del rapporto. In buona sostanza il giudice non può con lo strumento autorizzatorio distinguere, nell'interesse dei creditori e della proficua continuazione dell'esercizio dell'impresa, tra contratti da proseguire e contratti da sciogliere⁵³ alla stregua di quanto accade per il fallimento *ex artt. 72 ss.*, ma solo autorizzare *il recesso* (inadempiente) in esito alla valutazione dell'*equilibrio* tra le prestazioni in considerazione del sopravvenuto stato di crisi, in grado di incidere sull'integrità del patrimonio e sulla continuazione dell'impresa nell'interesse dei creditori. Dal quadro complessivo deriva che il Tribunale (od il giudice delegato) concederà l'autorizzazione allo scioglimento quando l'adempimento dell'obbligazione dovesse avere effetti depauperativi del patrimonio *cristallizzato al momento della domanda*⁵⁴ valutati, come detto, alla luce degli interessi della massa rispetto a quelli del singolo contraente o creditore.

4. - L'istanza di scioglimento del contratto in corso di esecuzione.

La scelta del legislatore di disciplinare espressamente il tema dei contratti, che probabilmente poteva rimanere nell'alveo del diritto comune, ha aperto una serie di questioni, effetto tipico della cosiddetta *over-regulation*, e che neppure la miniriforma del 2015 ha risolto. Tant'è che il progetto Rordorf, a proposito dei contratti pendenti, evidenzia la necessità di inte-

sua sostanziale «neutralità» rispetto al contenuto del piano (G. FALCONE, *Profili problematici del «concordato con riserva»*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 415).

⁵² Per una certa giurisprudenza la disposizione di cui all'art. 169-bis l. fall., nel richiedere l'autorizzazione giudiziale allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, impone di qualificare quale atto di ordinaria amministrazione l'esercizio del diritto di recesso dell'imprenditore richiedente il concordato preventivo (così Trib. Ancona 3 giugno 2015, in *ilcaso.it*).

⁵³ In tal senso invece alcuni giudici di merito: Trib. Napoli 29 gennaio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1234; Trib. Catania 13 aprile 1973, in *Dir. fall.*, 1973, II, 767.

⁵⁴ Al riguardo G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, 467 s.; A. JORIO, *Rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, 218 s.; P. F. CENSONI, *Gli effetti del concordato sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, 1988, 52.

grazioni normative riguardanti: i presupposti della loro sospensione, e dopo la presentazione del piano, anche dello scioglimento; il procedimento ed il ruolo del commissario giudiziale; gli effetti dei provvedimenti autorizzativi o di diniego in relazione ai possibili esiti della procedura di concordato; la decorrenza e la durata di questi ultimi in caso di sospensione, i criteri di quantificazione dell’indennizzo dovuto ai terzi e la competenza a determinarlo.⁵⁵

La norma introdotta dal legislatore del 2012 sanciva espressamente che la sospensione o lo scioglimento dei contratti pendenti potessero essere autorizzati dal Tribunale fallimentare col decreto di ammissione oppure dopo dal giudice delegato della procedura, tuttavia non diceva quando potesse essere presentata la relativa istanza ai fini dell’applicazione della disciplina di cui all’art. 169 *bis*. Completamente diverso è il sistema nel fallimento e nell’amministrazione straordinaria, tant’è che non è previsto per il concordato alcun termine nel corso della procedura entro cui il debitore dovrebbe esercitare l’opzione di prosecuzione o scioglimento dai contratti, né è contemplata la possibilità del contraente *in bonis* di metterlo in mora, a differenza di quanto contemplato dagli artt. 72 e 79, l. fall., e dall’art. 50 del d. lgs. n. 270 del 1999.⁵⁶

Secondo una certa impostazione l’istanza poteva essere contenuta soltanto nel ricorso *ex art. 161*⁵⁷, con la specifica che in caso di concordato in bianco potesse essere depositata unitamente al piano nella fase successiva. Al contrario istanze successive all’ammissione sarebbero state soggette a tutt’altra disciplina ovvero quella dell’art. 167, comma 2, determinando crediti prededucibili e la eventuale necessità di modifica del piano. Il riferimento al giudice delegato nella norma, secondo questo orientamento

⁵⁵ Art. 6, lettera *j*), dell’articolato della Commissione Rordorf istituita con Decreto del Ministro della Giustizia del 28 gennaio 2015 e successive integrazioni.

⁵⁶ In particolare per l’Amministrazione straordinaria la Cassazione ha statuito che il contratto ineseguito al momento della dichiarazione d’insolvenza resta insensibile ad ogni evento modificante per dare tempo al commissario di formulare la sua scelta (Cass. 31 maggio 2011 n. 12016, in *Not.* 2012, 522).

⁵⁷ G. BOZZA, *I contratti*, cit., 1125; F. FIMMANÒ, *Contratti d’impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 222. Contra: G. B. NARDECCIA, *Sub art. 169-bis in G. Lo Cascio (diretto da), Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, 2002; P. F. CENSONI, *La continuazione*, cit., 7 s.; A. PATTI, *Rapporti*, cit., 268 s., che prospettavano invece una modulazione temporale, per esigenze di tempistica di piano, in un momento successivo all’apertura della procedura.

non era all'organo cui può essere rivolta la richiesta, ma all'organo che poteva dare l'autorizzazione una volta nominato, qualora non avesse già provveduto il tribunale al momento della decisione sul ricorso, vista la necessità di una ulteriore specifica fase istruttoria⁵⁸.

L'argomento principale di questa tesi era nella scelta del legislatore di attribuire natura concorsuale all'indennizzo conseguente allo scioglimento (o alla sospensione). Soltanto manifestando la volontà di non adempire nel ricorso si può concepire, infatti, un recesso che si può far risalire ad un momento anteriore all'apertura del concordato, tale da generare un credito risarcitorio da soddisfare come concorsuale e non in prededuzione⁵⁹. D'altra parte accadrebbe esattamente la stessa cosa se il debitore recedesse, o comunque comunicasse la volontà di non adempire, il

⁵⁸ Si è affermato che «la lettera della norma contenuta nell'articolo 169 bis non lascia dubbi sul fatto che, quand'anche la richiesta di scioglimento sia rivolta al giudice delegato, essa deve essere contenuta nel ricorso perché si realizzzi la fattispecie normativamente prevista, per cui non di richiesta successiva si tratta, ma di richiesta attuale di autorizzazione successiva» (Trib. Pistoia 9 luglio 2013, in *ilcaso.it*). Si è rilevato che il tribunale, al momento dell'esame dell'ammissione del concordato, potrebbe non essere in condizione di provvedere anche sulla sorte dei contratti e allo scopo chieda, ad esempio, ulteriori informazioni o ritenga di sentire la controparte contrattuale. In questi casi, se non fosse stato previsto l'intervento successivo del giudice delegato, il tribunale sarebbe stato costretto a rinviare anche la decisione sull'ammissione del concordato, sebbene ne ricorressero i presupposti, ovvero a decidere anche sui contratti senza avere a disposizione sufficienti elementi di giudizio. Nell'art. 182-*quinqüies*, infatti non si parla del giudice delegato giacché è previsto che l'autorizzazione sia ai finanziamenti che al pagamento dei creditori strategici va rivolta esclusivamente al tribunale (così G. BOZZA, *I contratti*, cit., 1125). *Contra*: P. F. CENSONI, *La continuazione*, cit., 17 (secondo cui può essere fatta anche dopo ma 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).

⁵⁹ È stata oggetto di critiche la scelta del legislatore in quanto il recesso unilaterale è possibile solo in virtù di autorizzazione giudiziale, e quindi secondo tale impostazione dall'inadempimento dovrebbero derivare obblighi risarcitorii del debitore in concordato cui specularmente dovrebbero corrispondere pretese prededucibili (M. VITIELLO, *Scioglimento e sospensione dei contratti pendenti nel concordato con riserva*, in *Fall.*, 13 maggio 2013, 2 s.). Si è correttamente eccepito tuttavia che il concetto di autorizzazione implica un controllo al fine di rimuovere un limite all'esercizio di un diritto o di un potere già attribuito dalla legge ad un soggetto, e quindi il momento genetico cui ricollegare lo scioglimento del contratto è quello in cui viene manifestata la relativa volontà da parte del debitore (M. FABIANI, *Per una lettura*, cit., 3) rispetto alla quale l'autorizzazione si pone come una ratifica che rimuove, con effetti *ex tunc*, un ostacolo giuridico alla piena efficacia dell'atto. In realtà la concorsualizzazione dell'indennizzo non si pone come una deroga ai principi generali, ma ne costituisce una applicazione giacchè si ricollega ad un comportamento anteriore all'ingresso alla procedura. (G. BOZZA, *I contratti*, cit., 1127).

giorno prima di presentare un concordato. In questo caso non dovrebbe inserire la scelta di sciogliere il contratto nel piano, ma dovrebbe sicuramente inserire il debito da risarcimento derivante, quanto meno quale credito in contestazione.

Il legislatore prevede ora espressamente che il debitore possa chiedere l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione non solo con il ricorso di cui all'articolo 161, ma anche *successivamente*. Fatta questa scelta, è evidente che il legislatore ha dovuto conseguentemente sancire – introducendo una seconda parte del secondo comma – che resta ferma 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 161⁶⁰.

Tuttavia in tema di concordato con continuità, la seconda parte del terzo comma dell'art. 186-bis, sancisce che l'ammissione al concordato non impedisce la continuazione di contratti pubblici «se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento». Evidentemente l'attestazione è *condicio sine qua non* per la prosecuzione dei contratti ed in questo caso non può che essere coeva alla presentazione del ricorso, altrimenti i contratti appartenenti a questa tipologia (a differenza degli altri, non pubblici) si sciolgono.

Peraltro, se si considera che nel concordato con continuità occorre redigere un piano che comprenda un bilancio previsionale che indichi costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa, che indichi le risorse finanziarie necessarie per la prosecuzione di tale attività, nonché le modalità di reperimento delle risorse per coprire eventuali disavanzi ed occorre altresì l'allegazione della relazione di un professionista che attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, è certo che il legislatore abbia individuato nella fase della presentazione del ricorso, della proposta e del

⁶⁰ Si è rilevato che pur formulata in modo autonomo, deve ritenersi che la forma dell'atto da utilizzare sia il ricorso ed il contenuto sia individuato facendo riferimento all'art. 125 c.p.c. Il ricorso dovrà contenere l'indicazione dell'ufficio giudiziario, del debitore, del *petitum* e della *causa petendi* (P. PELEGRENELLI, *Gli aspetti processuali degli atti autorizzabili dal tribunale nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 544).

piano ogni valutazione sullo sviluppo dell'attività e sull'eventuale scioglimento dai rapporti negoziali pendenti.

Si è inoltre correttamente rilevato che anche se l'art. 169-bis non ripropone alla lettera la stessa specificazione (“successivamente”) *per la sospensione*, appare ragionevole tuttavia ritenere che se uno scioglimento può chiedersi anche dopo il deposito del ricorso, a maggior ragione potrà chiedersi una sospensione. Inoltre la disposizione normativa che recita: «Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto (...)", avvalora la possibilità che la richiesta possa essere non solo contenuta nel ricorso, ma essere svolta anche dopo⁶¹.

La richiesta di scioglimento, che rappresenta una facoltà, un diritto pote stativo che la legge attribuisce a chi propone il concordato preventivo⁶² deve essere motivata⁶³ ed accompagnata dalla comparazione tra gli oneri conseguenti alla prosecuzione dei contratti e quelli che conseguirebbero allo scioglimento o alla sospensione dei medesimi, quali l'indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento e da soddisfarsi come credito anteriore al concordato. L'istanza non può essere formulata in modo generico a pena d'inammissibilità e non può riguardare indistintamente tutti i contratti in corso, ma deve essere *specifica*, con l'indicazione analitica dei rapporti oggetto di autorizzazione (allo scioglimento o alla sospensione) e delle ragioni giustificatrici.

5. - Il procedimento istruttorio e l'autorizzazione giudiziale.

Prima di decidere, il tribunale (o il giudice delegato successivamente

⁶¹ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*, parte III, in *Fall.*, 29 maggio 2015, 13.

⁶² In tal senso B. INZITARI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis legge fallim.*, cit. secondo cui: «Il sopravvenire della procedura di concordato attribuisce al debitore un potere nuovo, quello di esercitare il diritto pote stativo allo scioglimento del contratto, che (...) deve essere integrato dall'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato»; nello stesso senso Trib. Salerno, 25 ottobre 2012, in *ilcaso.it*, 8499 e in *Fall.*, 2013, 1, 75, con nota critica di Vella, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo con riserva*, *ivi*, 95 s., secondo cui la norma non indica «un criterio in base al quale parametrare questo genere di autorizzazioni», che perciò costituirebbero «una mera presa d'atto di un diritto pote stativo del debitore, che sceglie di sciogliersi da un determinato rapporto giuridico nell'ambito di un proprio disegno imprenditoriale, che nel caso del pre-concordato non è obbligatorio comunicare al tribunale, chiamato ad attendere il deposito del piano».

⁶³ Trib. Biella, 13 novembre 2012, in *ilcaso.it*, 2012.

all'ammissione al concordato) ⁶⁴ deve, *in base alla novella* ⁶⁵, disporre

⁶⁴ Il tribunale provvede a concedere le autorizzazioni, in composizione collegiale, applicando il rito camerale *ex artt. 737 ss. c.p.c.* La natura camerale del rito deriva da un duplice ordine di considerazioni: *(i)* da un lato, la previsione che consente al tribunale di assumere sommarie informazioni; *(ii)* dall'altro lato, la necessità di una risposta in tempi concisi che consenta di giungere ad una decisione in tempi ragionevoli. Tale ultimo obiettivo non può essere raggiunto avvalendosi di un giudizio ordinario di cognizione (così P. PELLEGRINELLI, *Gli aspetti processuali*, cit., 546).

⁶⁵ Una certa giurisprudenza aveva già evidenziato che anche se il vecchio art. 169-bis l. fall., nella sua formulazione letterale, non prevedeva espressamente che il Tribunale, prima di decidere sull'istanza di autorizzazione allo scioglimento o sospensione dei contratti pendenti formulata da una società in concordato, dovesse disporre l'audizione della controparte contrattuale interessata, «la necessità di tale incombente apparisse incontestabile» in considerazione, da un lato, dell'incidenza che il provvedimento in parola fosse idoneo ad esplicare sulla posizione del contraente *in bonis* e, dall'altro lato, in virtù dalla circostanza che uno dei principi ispiratori della recente riforma della materia fallimentare è quello di garantire il rispetto del principio costituzionale del contraddittorio. Pertanto, ogniqualvolta si sia in presenza di un provvedimento volto a dirimere un contrasto tra contrapposte posizioni soggettive (come accade nel caso dello scioglimento e della sospensione di un contratto in corso con una società in concordato), il contraddittorio andrebbe esteso al contraente *in bonis*, in quanto destinatario degli effetti della decisione, nel rispetto di un modello procedimentale conforme ai principi costituzionali del giusto processo (App. Milano, 8 Agosto 2013, in *Il diritto degli affari.it*, 2013; nello stesso senso Trib. Novara, 27 marzo 2013, in *ilcaso.it*, 2013). Nel senso del contraddittorio prima della novella del 2015: Trib. Monza, 21 gennaio 2013, cit; Trib. Piacenza (decr.), 5 aprile 2013, in *ilcaso.it*, 2013 (secondo cui, inoltre, nella richiesta di scioglimento dovrebbe ritenersi implicitamente formulata, in via subordinata, quella di sospensione); Trib. Udine 25 settembre 2013, in *ilcaso.it*, 2013 (per il quale, specie in caso di sospensione chiesta nel pre-concordato, il contraddittorio è necessario quando compatibile con l'urgenza della decisione; App. Venezia 20 novembre 2013, cit. (secondo cui il contraddittorio è ineludibile, né può essere rinviato alla eventuale fase del gravame, visto che si tratta di un procedimento – sia pure di volontaria giurisdizione, ma – certamente *idoneo a incidere sul diritto soggettivo potenzialmente contrapposto* del contraente, con effetti anche tendenzialmente irreversibili o comunque – nel caso di sospensione – certamente rilevantissimi nell'ambito dell'economia dei singoli affari. Né il carattere di *urgenza* che potesse ritenersi connotare o essere comunque presente nelle fattispecie *de quibus* potrebbe rappresentare un effettivo ostacolo alla attuazione del principio del contraddittorio nel procedimento di autorizzazione allo scioglimento dei contratti *ex art. 169-bis l. fall.*, non fosse altro in quanto anche per i procedimenti cautelari è sancita la medesima necessità di rispetto del principio di cui all'art. 101 c.p.c., prevedendosi anche le forme processuali idonee a contemplare l'esigenza dell'urgenza con la garanzia del contraddittorio (e certamente mutuabili). Nello stesso senso F. BENASSI, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169 bis l.f. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, in *ilcaso.it*, 2014, 5 (secondo cui ove fosse indispensabile o anche solo opportuna la convocazione del terzo, nei casi di particolare urgenza, si sarebbe potuta emettere una pronuncia *inaudita altera parte*, con successiva convocazione dell'interessato, così come avviene nei procedimenti cautelari di cui agli artt. 669-bis ss. c.p.c.). In senso contrario: B. INZITARI-V. RUGGIERO, *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis legge fallim.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?*, in *Dir. fall.*, 2014, 1, 14 ss. per i quali il Tribunale avrebbe dovuto vagliare esclusivamente la funzionalità della richiesta formulata dal debitore in rapporto al buon esito della procedura, senza che un eventuale diniego potesse dipendere da uno specifico interesse della controparte *in bonis*, in grado solo di esprimere un parere negativo in sede di approvazione della proposta..

l'integrazione del contraddittorio con la controparte del contratto che si intende sciogliere, assunte, altresì, ove occorra, sommarie informazioni, eventualmente anche presso la pubblica amministrazione⁶⁶. Nella valutazione riguardante il rilascio dell'autorizzazione il giudice dovrà tener conto della determinazione effettuata, *dopo aver sentito* la controparte contrattuale⁶⁷.

Il legislatore ha introdotto *il contraddittorio* non tanto per sentire le ragioni o valutare gli interessi dell'altro contraente che in questo contesto sono recessivi (discorso a parte meritano i contratti pubblici) ma per accertare se il contratto rientri effettivamente nell'alveo di quelli "pendenti" secondo la norma o invece, sia stato compiutamente eseguito da un parte o al contrario si stato risolto, oppure sia soggetto ad una risoluzione con effetto retroattivo⁶⁸.

La norma che regola il procedimento non prevede espressamente la fissazione di un'udienza, ma solamente che il terzo contraente venga "sentito", cosa che potrà accadere nel corso di un'udienza, ma potrà anche aver luogo mediante l'assegnazione da parte del giudice di un termine per la produzione di scritti e di documenti⁶⁹.

È riservato al vaglio del Tribunale (o del giudice delegato) il contemporamento tra il vantaggio che deriva alla massa dei creditori ed il danno che

⁶⁶ Il giudice ha facoltà di chiedere informazioni alla pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 213 c.p.c. (Trib. Roma 3 luglio 2015, in *ilcaso.it*).

⁶⁷ Il tribunale può autorizzare lo scioglimento ai sensi dell'articolo 169-bis l. fall. di un contratto in corso di esecuzione qualora lo stesso si riveli necessario e strumentale rispetto ai contenuti del progetto di superamento della crisi e dunque utile al soddisfacimento dei creditori concordatari, determinando l'indennizzo in conformità alle indicazioni del propONENTE (Trib. Roma 3 luglio 2015, in *ilcaso.it*).

⁶⁸ In tal senso anche F. LAMANNA, *La miniriforma*, cit., 14, che rileva come tali elementi informativi non necessariamente sono a disposizione del Tribunale o del giudice delegato al momento in cui sono chiamati a decidere sulla richiesta d'autorizzazione, e quindi il contraddittorio con la controparte serve soprattutto a consentire di svolgere eccezioni sulla qualificabilità o meno del contratto come "pendente" mettendone a parte l'organo decidente. Una funzione simile, anche se non identica, svolgono «poi le eccezioni che potrebbero porre in evidenza la non assoggettabilità allo scioglimento della clausola compromissoria o di quegli specifici contratti che lo stesso art. 169-bis, commi 3 e 4, rispettivamente, sottraggono a tale sorte caducativa».

⁶⁹ L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *ilcaso.it*; M. MARTINELLI, *L'art. 169 bis l.f. cit.*; F. BENASSI, cit., 10, che immagina che il debitore possa formulare una istanza di autorizzazione allo scioglimento dei contratti da notificare direttamente alla controparte contrattuale invitandola a replicare entro un determinato termine mediante deposito in cancelleria di memorie e documenti.

subisce il contraente per effetto dello scioglimento dei contratti⁷⁰. A tal fine i giudici dovranno tener conto nell'autorizzazione (che non è una mera presa d'atto di un diritto potestativo del debitore) delle condizioni contrattuali vigenti ed il rischio che la scelta di sciogliere il rapporto negoziale riverbera sulla procedura anche in considerazione del contentioso che ne potrebbe scaturire⁷¹.

Nella stessa logica va inquadrata anche l'assunzione di informazioni, connotata dalla sommarietà e dalla eventualità. L'inciso «*se del caso*» evidenzia la discrezionalità della scelta demandata unicamente al tribunale, che può decidere se è opportuno acquisire informazioni o ritenere esaustivi l'attestazione del professionista e le argomentazioni svolte dal ricorrente. Il termine «*sommarie*» indica l'assenza di una cognizione ordinaria e richiama alla mente i procedimenti cautelari. Il tribunale può comunque nominare uno o più ausiliari *ex art. 68 cod. proc. civ.*⁷², al fine di esaminare le dichiarazioni dell'imprenditore, nonché dell'attestatore soprattutto in assenza del commissario giudiziale⁷³.

Tale valutazione di incidenza va operata sulla fattibilità del piano, nel

131

⁷⁰ Il Tribunale non interviene nella progettazione della soluzione concordataria, ma la controlla in un momento successivo, mantenendola entro i binari tracciati dalla normativa, quali interpretati dalla nota sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione 25 gennaio 2013, n. 1521 (al riguardo F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 554 s.).

⁷¹ Solo in questo senso si può condividere quella impostazione secondo cui il giudice è tenuto comunque a valutare l'entità, nel caso concreto, del sacrificio subito dal contraente *in bonis*, anche in relazione all'entità dell'indennizzo quantificato dell'istanza medesima e a verificare che tale sacrificio non sia del tutto sproporzionato rispetto al beneficio che dallo scioglimento o dalla sospensione ritraggono il debitore o i suoi creditori, con la conseguenza che l'autorizzazione dovrebbe essere negata qualora l'indennizzo risulti del tutto inadeguato in rapporto all'esiguità del vantaggio che potrebbe derivare ai creditori dall'accoglimento dell'istanza (App. Milano 29 gennaio 2015, in *ilcaso.it*). In tema cfr. pure Trib. Novara 3 aprile 2013, in *ilcaso.it. Contra*: Trib. Salerno, 25 ottobre 2012, cit. 75 s..

⁷² G. FALCONE, *Profili problematici del «concordato con riserva»*, cit., pag. 402; nello stesso senso A. PENTA, *Concordato preventivo e scioglimento*, cit., 731, per il quale solo un ausiliario sarebbe in grado, se del caso instaurando previamente il contraddittorio con eventuali controparti, di apprezzare la congruità di valori, valutare le conseguenze dello scioglimento dei contratti, scrutinare la funzionalità rispetto al progetto di finanziamenti, approvare pagamenti di crediti pregressi strategici, sindacare la ineliminabilità di eventuali operazioni straordinarie

⁷³ Il tribunale, inoltre, può compiere un'attività istruttoria consistente nella richiesta: alle cancellerie delle esecuzioni mobiliari e immobiliari dei dati sui procedimenti esecutivi pendenti; al Concessionario della riscossione sui debiti scaduti e le cartelle iscritte a ruolo; alla Centrale Rischi della Banca d'Italia sulla solvibilità dell'azienda; alla Guardia di Finanza di informazioni *ex art. 213 c.p.c.* (P. PELLEGRINELLI, op. cit., 549).

quale i rapporti pendenti devono pertanto essere specificamente indicati e dettagliati⁷⁴. Se si affidasse al solo debitore la scelta dello scioglimento si correrebbe il rischio di *contegni opportunistici*, magari diretti a far venire meno “*determinati rapporti contrattuali per perseguire interessi diversi da quelli della regolazione della crisi*”⁷⁵.

La soluzione di assegnare al giudice il compito di autorizzare lo scioglimento consente un controllo sulla base della comparazione fra tutti gli interessi in campo. Si tratta di un controllo di merito e di opportunità sul piano della congruenza logico giuridica, funzionale ad accertare che la richiesta non sia abusiva, nel senso che deve essere effettivamente diretta al raggiungimento degli obiettivi del piano concordatario e coerente rispetto alla stessa⁷⁶. È un po’ come era un tempo il controllo omologatorio del Tribunale sulle delibere di riduzione del capitale per esuberanza. Il tribunale non può rigettare l’istanza di scioglimento se non per ragioni connesse alla incongruenza della richiesta con la proposta concordataria, poiché ogni ulteriore diverso giudizio, compreso quello basato sulla mera convenienza per gli stessi creditori, comporterebbe un esame circa l’opportunità economica e la meritevolezza della proposta, il quale esula dal sindacato sulla causa concreta del concordato.⁷⁷

La delicata *valutazione comparativa* tra esigenze conservative del concordato preventivo e nesso *sinallagmatico* è rimessa al debitore ma è al contempo soggetta alla previa autorizzazione giudiziale che integra la legitti-

⁷⁴ A. PATTI, *Rapporti pendenti*, cit., 264. Nello stesso senso G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo*, cit., 23, che esclude si tratti di presa d’atto (quand’anche la disposizione che prevede uno specifico potere autorizzatorio del giudice non contenga alcuna indicazione espresa, l’interprete dev’essere in grado di individuare gli interessi sottostanti alla vicenda in relazione alla quale l’esercizio di quel potere viene sollecitato e di ricavare dalla lettura sistematica delle norme rilevanti il criterio e/o i criteri che debbono guidare ed ispirare la decisione se rilasciare o meno l’autorizzazione richiesta).

⁷⁵ M. FABIANI, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Foro. it.*, 2013, 4, I, 1, 341. Trib. Cassino 29 ottobre 2014 in *ilcaso.it*.

⁷⁶ Il controllo in ordine allo scioglimento o alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione di cui all’articolo 169-bis l. fall. si esplica attraverso la verifica da parte dell’organo giurisdizionale dell’eventuale carattere abusivo del ricorso allo strumento nonché della coerenza dell’istanza di scioglimento rispetto al piano concordatario proposto (Trib. Ravenna 22 ottobre 2014, in *ilcaso.it*). Si è altresì affermato che sarebbe possibile esprimere una valutazione in termini di convenienza solo quando il risarcimento del danno rappresenti un minor onere rispetto all’adempimento delle obbligazioni negoziali (A. PENTA, *L’abuso*, cit., 12).

⁷⁷ Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, cit., 728; Trib. Cassino 29 ottobre 2014, in *ilcaso.it*.

mazione del debitore concordatario. Si tratta di una soluzione tendente all'equilibrio tra interessi contrapposti dei creditori concorsuali, del debitore, del terzo contraente e tra le conseguenze «estreme che deriverebbero dall'indiscriminata possibilità di effettuare pagamenti da un lato e dal blocco assoluto di ogni atto solutorio dall'altro»⁷⁸, lasciando aperta la scelta tra adempimento e assunzione del rischio di *reazioni* da parte del contraente *in bonis*⁷⁹ e valore dell'indennizzo risarcitorio in caso di scioglimento.

Alla luce di tutto questo e della modifica normativa diretta alla proceduralizzazione deriva la necessità che il Tribunale o il giudice delegato motivino il decreto, visto che in ogni caso ci sono più parti interessate a comprendere le ragioni della decisione, anche ai fini della qualificazione dello stato del rapporto giuridico.

In ogni caso si tratta di provvedimenti a carattere *non decisorio* riguardanti richieste proponibili sia prima sia dopo il decreto di ammissione al concordato⁸⁰ e reiterabili nel corso della procedura⁸¹. Se il debitore, una volta ottenuta l'autorizzazione allo scioglimento, vorrà farne uso, dovrà farlo

⁷⁸ M. SIMEON, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti*, in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 831.

⁷⁹ In tal senso anche M. FABIANI, *L'autotutela negoziale nei confronti di impresa in amministrazione controllata*, in *Fall.*, 1992, 1069.

⁸⁰ Secondo la Suprema Corte «i provvedimenti assunti ex art. 169 bis, L. Fall., sulla richiesta del debitore di essere autorizzato alla sospensione o allo scioglimento dei contratti in corso, non sono impugnabili mediante ricorso straordinario per cassazione a norma dell'art. 111 Cost, trattandosi di richieste proponibili sia prima sia dopo il decreto di ammissione al concordato e reiterabili nel corso della procedura» (Cass., 3 settembre 2015, n. 17520, in *Fall.*, 2016, 294 s. con nota di L. SALVATO, *Non è ricorribile per Cassazione il provvedimento del tribunale che decide l'istanza di scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*). La sospensione costituisce, sostanzialmente, una misura cautelare e produce effetti temporanei, e dunque si applica il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, che ritiene inammissibile il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost. avverso i provvedimenti cautelari appunto perché “naturalmente” temporanei. Quanto al provvedimento concernente lo scioglimento, occorre distinguere quello che rigetta la richiesta da quello di accoglimento quando viene in rilievo il diritto del contraente *in bonis* alla regolare esecuzione del contratto. Ma anche in questo secondo caso si tratta di un provvedimento con funzioni meramente tutorie ed integrative dei poteri negoziali del debitore che in questa fase conserva l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa. Conseguentemente, il provvedimento non decide su diritti soggettivi e non pregiudica il diritto dell'interessato di far valere le proprie ragioni in sede contenziosa impugnando direttamente l'atto negoziale e perciò anche in tal caso non è ricorribile per cassazione.

⁸¹ Il diniego dell'autorizzazione non esaurisce l'azione del ricorrente che può ripresentare una nuova istanza purché basata su motivazioni e prospettazioni di contenuto diversi.

mediante un atto di natura negoziale, che consisterà nel portare a conoscenza della sua controparte contrattuale la volontà di esercitare il potere di scioglimento o di sospensione nei limiti consentiti dall'autorizzazione concessa e che avrà effetto da quel momento. La comunicazione recettizia a contenuto negoziale che incide sul rapporto contrattuale potrà essere notificata al terzo con il provvedimento autorizzatorio ai fini della sua eventuale impugnazione⁸², trattandosi di atto – a nostro avviso – reclamabile⁸³.

Si è discusso se l'effetto dello scioglimento si produce a seguito della detta comunicazione del provvedimento, ovvero se lo stesso deve ritenersi rinviato al momento dell'approvazione della proposta di concordato da parte dei creditori⁸⁴. In realtà «con l'istanza presentata dall'imprenditore, s'instaura un subprocedimento del procedimento di concordato, che si compone dell'istanza stessa e della successiva decisione del giudice, previa audizione dell'altro contraente, in contraddittorio con il richiedente, in una udienza all'uopo fissata. Di conseguenza il provvedimento con cui si chiude detto *sub-procedimento* produce immediatamente i propri effetti, senza dover attendere il decreto di omologazione, e cioè l'atto conclusivo del procedimento *maggiorre*»⁸⁵. In questo senso sembra andare la lettera della novella al primo comma dell'art. 169-bis l. fall. realizzata nel 2015, perché l'inciso aggiunto da una parte risolve la questione del *dies a quo* di

⁸² F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione*, cit., 6, in questo quadro evidenzia la correttezza di quella giurisprudenza secondo cui la dichiarazione di volontà del debitore di avvalersi dell'autorizzazione ottenuta è implicita nell'atto di notifica del provvedimento del giudice al terzo (App. Genova, 5 febbraio 2014, in *ilcaso.it*).

⁸³ Quando la richiesta è decisa dal tribunale, l'imprenditore ed il contraente in bonis possono proporre reclamo alla corte di appello, *ex artt. 26 e 164 l. fall.*; quando il provvedimento è pronunciato dal giudice delegato, avverso lo stesso è proponibile reclamo, ai sensi dell'art. 26 l. fall., davanti al tribunale (C. CAVALLINI, *Concordato preventivo "in continuità" e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, in *ilfallimentarista.it*). C'è chi ritiene invece che il decreto non possa essere oggetto di reclamo, non trovando applicazione l'art. 739 c.p.c., visto il silenzio del dato normativo. Nello stesso modo si deve ritenere che il tribunale non possa revocare o modificare l'autorizzazione concessa allo scioglimento (P. PELLEGRINELLI, op. cit., 547 s.).

⁸⁴ Secondo questa tesi, l'effetto irreversibile dello scioglimento, in quanto strumentale alla procedura concordataria, potrebbe verificarsi esclusivamente qualora il concordato sia omologato (Trib. Pistoia 9 luglio 2013, in *ilcaso.it*).

⁸⁵ G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento*, cit., in *Judicium.it*, 7 s.

produzione degli effetti e dall'altro rafforza l'autonomia del detto subprocedimento⁸⁶.

6. - Gli effetti dello scioglimento ed il credito indennitario.

Il legislatore infatti sancisce ora espressamente che l'effetto dello scioglimento o della sospensione decorrono dalla data di comunicazione del provvedimento alla controparte *in bonis* di cui è onerato il debitore e non la cancelleria⁸⁷.

Per l'effetto si chiarisce che l'autorizzazione di per sé non produce effetti⁸⁸ e il debitore è lasciato libero o meno di avvalersi della stessa⁸⁹.

Il credito da indennizzo va evidentemente inserito nell'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione da allegare al ricorso introduttivo a norma della lett. *b*), comma 2, art. 161 e contemplato nel piano tra i crediti chirografari da soddisfare, eventualmente in una apposita classe.

La determinazione dello stesso va effettuata dal debitore (sul piano dell'*equilibrio delle prestazioni* con riferimento al margine di guadagno) fin dal momento della presentazione del ricorso⁹⁰ o dell'autonoma istanza, con esclusione di qualsiasi intervento giudiziale⁹¹.

135

⁸⁶ F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L.*, Milano, 2015, 62.

⁸⁷ Lo scioglimento non potrà quindi prodursi in modo automatico dalla data della decisione del tribunale o dalla domanda di concordato (in tal senso già App. Genova, 5 febbraio 2014, in *ilcaso.it*, aveva affermato che: «gli effetti del provvedimento del tribunale che autorizza il debitore a valersi dello scioglimento dai rapporti pendenti ai sensi dell'art. 169 *bis* decorrono solo dal momento in cui il debitore comunica al proprio creditore di voler esercitare tale facoltà: tale dichiarazione di volontà è implicita nella notifica del provvedimento giudiziale che autorizza il debitore allo scioglimento»).

⁸⁸ Non è pertanto condivisibile l'operato di quella giurisprudenza che, accogliendo l'istanza proposta dall'imprenditore ha dichiarato direttamente lo scioglimento dei rapporti e, in certi casi, ordinando al terzo contraente di riversare al debitore le somme che la normale prosecuzione del rapporto gli avrebbe consentito di incassare (Trib. Piacenza, 8 giugno 2013, in *ilcaso.it*, 8631; Trib. Piacenza, 5 aprile 2013, *ivi*, I, pag. 8798; Trib. Monza, 27 novembre 2013, *ivi*, I, pag. 9823).

⁸⁹ Occorre valutare ai fini dell'applicazione se si sia in presenza di una norma interpretativa o meno.

⁹⁰ Trib. Padova, 26 marzo 2013, *inedito*. Sulle modalità di determinazione dell'indennizzo in caso di recesso unilaterale del curatore *ex art. 79 l. fall.*, cfr. F. FIMMANO, *L'affitto di azienda programmato e stipulato dall'imprenditore in crisi in funzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 1355 s. Al riguardo si è osservato che l'equo indennizzo contemplato dall'art. 79 in riferimento alla facoltà concessa al curatore di recedere anticipatamente dal contratto di

Al tribunale od al giudice delegato è infatti attribuito soltanto il potere di concedere l'autorizzazione allo scioglimento, ma non di determinare l'equo indennizzo a differenza di quanto succede nel fallimento per le ipotesi di cui agli artt. 79, 80 e 105-bis, o comunque di assumere altre determinazioni⁹². In caso di controversia sulla determinazione dell'equo indennizzo *ex art. 169-bis l. fall.* la competenza a decidere spetta al giudice ordinario nell'ambito di un normale giudizio di cognizione, potendo il giudice delegato intervenire in via provvisoria soltanto nei limiti e per gli effetti di cui all'art. 176 l. fall. ammettendo in tutto o in parte il credito contestato ai soli

affitto d'azienda, analogamente all'equo indennizzo previsto dall'art. 80, comma 2, per il recesso dal contratto di locazione, appare avere natura indennitaria (equitativa) e non risarcitoria, costituendo il corrispettivo dell'esercizio della facoltà di recesso concessa dalla legge. Pertanto, tale indennizzo dev'essere commisurato al danno emergente, relativo al pregiudizio derivante dall'interruzione delle lavorazioni in corso, dalle eventuali penalità da pagare a terzi e dall'entità degli investimenti effettuati, e al lucro cessante, derivante dal mancato incasso degli utili netti che possono maturare nel periodo rimanente di validità del contratto (ma non dell'avviamento, che è una qualità intrinseca dell'azienda non indennizzabile, non rientrando fra le consistenze d'inventario dei beni materiali e immateriali *ex art. 2561 c.c.* e non essendovi una previsione analoga a quella in materia di locazioni a favore del conduttore), essendo rimessa in primis all'accordo delle parti la determinazione del *quantum*, previa autorizzazione del comitato dei creditori e, in caso di superamento della soglia di valore, previa informazione al giudice delegato (salvo il suo intervento in caso di disaccordo). L'indennizzo equitativo *ex artt. 79 e 80* dev'essere tenuto distinto dai canoni dovuti per l'occupazione del bene, attesa la netta distinzione dei relativi titoli, l'uno di tipo indennitario, volto a ristorare il locatore per l'anticipata risoluzione del contratto, l'altro di natura contrattuale, scaturente dallo stesso negozio di locazione e relativo a somme ancora dovute dal fallimento per il protrarsi dell'occupazione del bene. Sotto tale profilo la lieve differenza lessicale introdotta dal legislatore della riforma, tanto nell'art. 79, quanto nell'art. 80 (in precedenza l'indennizzo era definito "giusto compenso"), non appare aver mutato la sua predetta natura. Pur dovendo nettamente distinguersi fra indennizzo per il recesso anticipato e canoni di locazione dovuti per il godimento dei beni, le parti possono, in sede di determinazione dell'equo indennizzo nella loro autonomia contrattuale, decidere con valenza transattiva di ogni eventuale controversia, ricomprensivo tutti i danni subiti dal conduttore, comprensivi anche del diritto alla restituzione di importi già versati a titolo di canoni anticipati e prevedendo la rinuncia ad ogni indennizzo e altra pretesa (Trib. Udine 3 maggio 2013, in *ilcaso.it*, 2013).

⁹¹ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in *Il fallimentarista.it*, 2012, 9; A. PATTI, *Rapporti*, cit., 268; Trib. Novara, 27 marzo 2013, in *ilcaso.it*, 2013.

⁹² Si è osservato che il Tribunale chiamato a pronunciarsi sulla domanda di concordato preventivo non è competente a giudicare del comportamento del contraente che abbia sospeso la propria prestazione in mancanza di richiesta in tal senso formulata dal debitore ai sensi dell'articolo 169-bis l. fall. (Trib. Como, 11 dicembre 2012, in *ilcaso.it*, 2013, nel caso di specie il debitore aveva chiesto che il Tribunale desse atto della illegittimità del comportamento delle banche che avevano sospeso l'operatività delle linee di credito ponendole al rientro).

fini del voto, senza che ciò pregiudichi la pronuncia definitiva sulla sussistenza del credito stesso⁹³.

Il contraente *in bonis* che subisca gli effetti della sospensione o dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione ha facoltà di proporre opposizione all'omologa del concordato, non a causa dell'intervenuto scioglimento del rapporto e della quantificazione dell'indennizzo, fatto salvo il profilo previsto dall'articolo 176, comma 2, l. fall., in base al quale i creditori esclusi possono opporsi alla esclusione in sede di omologazione nel caso in cui la loro ammissione avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze⁹⁴.

In ogni caso nella documentazione da allegare al ricorso per concordato, i debiti *indennitari* da scioglimento andranno inseriti nel piano (eventualmente con gli opportuni fondi o accantonamenti prudenziali) nella misura che il debitore stesso ha determinato. Le eventuali eccezioni sulla entità, come per tutti gli altri crediti andranno risolte dal giudice delegato in via provvisoria all'adunanza dei creditori “ai soli fini” della votazione e del calcolo delle maggioranze (art. 176, comma 1). Qualora persistano le contestazioni andranno valutate dal Tribunale ordinario (mancando nel concordato un procedimento per l'accertamento dei crediti) oppure dagli arbitri, se nel contratto è prevista una clausola compromissoria che, a norma del comma 3 dell'art. 169-bis, l. fall., sopravvive allo scioglimento del contratto a differenza di quanto accade per il fallimento a norma dell'art. 83-bis, l. fall.⁹⁵.

⁹³ Trib. Modena 18 gennaio 2016, in *Fall.*, 2016, 374.

⁹⁴ Trib. Pistoia 9 luglio 2013, in *ilcaso.it*. La controversia sulla quantificazione dell'indennizzo spettante al contraente *in bonis* ai sensi dell'articolo 169-bis, l. fall., deve essere risolta nell'ambito di un giudizio ordinario di cognizione, potendo il giudice delegato intervenire in via provvisoria soltanto nei limiti e per gli effetti di cui all'articolo 176, comma 1, l. fall., 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 (Trib. Pistoia 9 luglio 2013, in *ilcaso.it*, 2013).

⁹⁵ Si è affermato che il ristoro per il danno subito dallo scioglimento del contratto non sarebbe il risarcimento del danno che il creditore potrebbe far valere in base agli artt. 1218 e 1223 c.c., bensì soltanto di un indennizzo equivalente al risarcimento conseguente al mancato adempimento, con una modalità di reintegrazione del danno ben diversa (P. F. CENONI, *La continuazione*, cit., 19). La questione peraltro non potrebbe essere considerata controversia nascente dal contratto, in quanto trova origine in una previsione di legge, e pertanto la decisione sull'indennizzo, pur in presenza di una clausola compromissoria, spetterebbe alla giurisdizione ordinaria secondo le regole di competenza ordinaria (B. INZITARI, *I contratti*, cit., 3).

Come detto, nel caso in cui lo scioglimento non sia inserito nel piano ed il relativo credito concorsuale non sia inserito nell'elenco, è ipotizzabile una scelta di non adempiere o comunque di recedere durante la procedura, ma questa dovrà essere assoggettata, eventualmente come atto di straordinaria amministrazione al vaglio del giudice delegato a norma dell'art. 167, comma 2, l. fall. In tal caso la vicenda non inciderà necessariamente sul piano concordatario in modo tale da imporne una modifica. Nulla esclude infatti che l'inadempimento o la risoluzione siano collegati ad un contegno illecito della controparte *in bonis*, tale da evitare un impatto negativo per la procedura e produrre addirittura effetti migliorativi. Se invece lo scioglimento rende necessaria una modifica del piano, allora non basta certo l'autorizzazione del giudice, ma a norma dell'art. 175 comma 2, l. fall., sarà necessario un nuovo piano da ripresentare entro l'inizio delle operazioni di voto, che, come abbiamo già avuto modo di rilevare⁹⁶, implica da un lato la previa conforme decisione o deliberazione da parte dell'organo competente e della relativa pubblicità *ex art. 2436 c.c.*⁹⁷ e dall'altro l'osservanza del procedimento a partire dal *giudizio di ammissibilità* del Tribunale e dalla comunicazione al *pubblico ministero*. Nel piano modificato evidentemente può essere inserita la previsione di un ulteriore scioglimento, ma non più con gli effetti di cui all'art. 169-bis, l.fall. Insomma lo scioglimento non può mai essere inquadrato tra gli atti autorizzabili a norma dell'art. 167 l. fall.

138

7. - I contratti pendenti nel concordato con riserva.

L'applicazione al *concordato con riserva* della disciplina di cui all'art. 169-bis è questione già ampiamente dibattuta in giurisprudenza, la quale è tendenzialmente favorevole purché il debitore nella domanda esplichi le ragioni della richiesta di autorizzazione allo scioglimento dello specifico contratto in corso⁹⁸ ma non mancano posizioni di segno contrario⁹⁹.

⁹⁶ F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione*, cit., 832 s.

⁹⁷ Il rinvio all'art. 2436 c.c. comporta peraltro, a nostro avviso, che il notaio effettui sulla delibera da iscrivere il controllo di legalità e depositi la proposta di concordato approvata presso il registro delle imprese, visto che è previsto nella norma in parola il deposito dello statuto modificato.

⁹⁸ App. Milano 4 febbraio 2015; Trib. Treviso 24 febbraio 2015; Trib. Ravenna 22 ottobre 2014, tutte in *ilcaso.it* (secondo cui, in questa fase, potrebbe farsi luogo, precauzionalmente ed

In realtà l'art. 161 l. fall. non contiene alcun riferimento al problema né alcun rinvio all'art. 169-*bis*, a differenza di quanto accade per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, per i finanziamenti prededutibili e per la disapplicazione delle norme societarie a tutela del capitale

in relazione al materiale probatorio in quel momento presumibilmente censibile, ad un provvedimento di semplice sospensione e non di scioglimento del rapporto di cui dovrebbe altrimenti opinarsi la definitività o revocabilità); Trib. Mantova 27 settembre 2012, in *ilcaso.it*, 2012; Trib. La Spezia 24 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 77; Trib. Como 5 novembre 2012, in *ilcaso.it* 2013; Trib. Biella 13 novembre 2012, *ibidem*; Trib. Modena 30 novembre 2012, *ibidem*; Trib. Ravenna 24 dicembre 2012, *ibidem*; Trib. Monza 16 gennaio 2013 (per il quale l'autorizzazione allo scioglimento è impossibile in assenza di elementi di giudizio quali la tipologia di concordato che il debitore intende proporre, l'esposizione della situazione economica aggiornata, l'incidenza della prosecuzione dei contratti sul passivo concordatario) e Trib. Catanzaro 23 gennaio 2013, in *ilfallimentarista.it*, con nota di C. CAVALLINI; Trib. Roma 20 febbraio 2013, in *ilfallimentarista.it*, con nota di VITIELLO; App. Venezia 20 novembre 2013, in *ilcaso.it* 2013 (secondo cui non si può escludere, in termini generali e astratti, la compatibilità delle ipotesi di scioglimento del contratto di cui all'art. 169-*bis* l. fall. con l'istituto del concordato c.d. prenotativo); Trib. Terni 27 dicembre 2013, in *ilcaso.it*, 2014 (secondo cui in caso di rinuncia o inammissibilità o improcedibilità della domanda, cadono *ex tunc* di tutti gli effetti prenotativi e protettivi, con conseguente riespansione del diritto risarcitorio del contraente *in bonis* in regime di "prededuzione di fatto", legata al venir meno della condizione concorsuale, che invece troverebbe la sua *consecutio* nel successivo ed eventuale esito fallimentare, così come, in caso di passaggio all'alternativa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il contraente pregiudicato apparterrà verosimilmente al novero dei creditori estranei, da soddisfare integralmente).

⁹⁹ Trib. Roma 3 luglio 2015; Trib. Verona 31 ottobre 2012; Trib. Ravenna, 24 dicembre 2012, Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, App. Brescia, 19 giugno 2013; Trib. Vicenza, 25 giugno 2013; App. Venezia, 20 novembre 2013; App. Venezia, 20 novembre 2013; Trib. Prato, 8 agosto 2014; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014; Trib. Pavia, 24 novembre 2014; Trib. Firenze, 23 aprile 2015, tutte in *ilcaso.it*. Trib. Pistoia 30 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 74, che ammette la sola sospensione escludendo lo scioglimento. Più in generale sull'istituto: L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fall.*, 2013, 1209 s.; FABIANI, *La domanda «prenotativa»* (nota a Trib. Milano 21 settembre 2012; Trib. Verona 20 settembre 2012; Trib. Lecco 19 settembre 2012; Trib. Pordenone 19 settembre 2012; Trib. Modena 14 settembre 2012), in *Foro it.*, 2012, I, 3184; P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fall.*, 2013, 82 (nota a Trib. Roma 14 novembre 2012; Trib. Napoli 31 ottobre 2012; Trib. Pistoia 30 ottobre 2012; Trib. Salerno 25 ottobre 2012; Trib. La Spezia 25 ottobre 2012; Trib. Milano 24 ottobre 2012; Trib. Siena 23 ottobre 2012; Trib. Ancona 15 ottobre 2012; Trib. Tortona 8 ottobre 2012; Trib. Perugia 4 ottobre 2012; Trib. Palermo 2 ottobre 2012); E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. fall.*, 2013, 2; E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 426; L. PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Società*, 2013, 565. Per una rassegna degli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina in tema: F. CASA-F. SEBASTIANO, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, 600; M. PALLADINO, *Concordato preventivo - I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il perimetro operativo della disciplina e l'elaborazione di un modello procedimentale unitario*, in *Giur. it.*, 2015, 1151 s. (nota ad App. Milano 4 febbraio 2015); M. Russo, *Concordato preventivo - concordato "in bianco" e contratti in corso di esecuzione: il problema resta aperto* in *Giur. it.*, 2015, 650 (nota a Trib. Cassino 29 ottobre 2014; Trib. Udine 22 agosto 2014).

sociale. Il silenzio del legislatore si spiega – a nostro avviso – con la circostanza che può esservi una *incompatibilità sostanziale* (e non formale), almeno della disciplina dello scioglimento unilaterale (discorso diverso va fatto per la sospensione ed i contratti pubblici) con il c.d. concordato in bianco¹⁰⁰.

Come si è visto, infatti, è necessario indicare nel ricorso i rapporti da sciogliere ed in parallelo gli indennizzi da corrispondere ai contraenti *in bonis*, con la relativa indicazione della loro qualità di creditori nell'elenco allegato¹⁰¹. In realtà, a norma dell'art. 82 del d.l. n. 69 del 2013, il debitore che presenta una domanda di pre-concordato è tenuto – ora – ad allegare al ricorso l'elenco dei creditori e dei rispettivi crediti, ma si tratta di elenco diverso (e con finalità differenti) rispetto a quello di cui alla lett. *b*) del secondo comma dell'art. 161, nel quale vanno specificate anche le cause di prelazione. Infatti il piano concordatario deve contenere «la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta» e quindi non può che contemplare anche questi creditori nel calcolo complessivo, e non prevedere le percentuali di soddisfacimento. Inoltre il giudice, come visto, non determina l'indennizzo, ma nel decidere sull'autorizzazione sente il contraente *in bonis*, il cui punto di vista è naturalmente

¹⁰⁰ Trib. Prato 8 agosto 2014, in *ilcaso.it*. Al riguardo cfr. in dottrina: G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo*, cit., 36; F. LAMANNA, *Il concordato senza piano*, in *Nuovo dir. Soc.*, 2013, 11, 65 (che è dell'idea che probabilmente il legislatore non intendeva estendere la possibilità di scioglimento ai pre-concordati, e che comunque non sia possibile che si realizzzi un effetto così impegnativo come lo scioglimento dai contratti pendenti, che potrebbero essere poi in concreto anche assai numerosi, senza che la strategia complessiva emerga da un piano definitivo, lo scioglimento non potendo che essere una parte o clausola del relativo contenuto programmatico). Peraltro se l'art. 169-*bis* non prevede espressamente la sua applicazione anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti, tuttavia essa potrebbe verificarsi comunque di riflesso le volte in cui fosse autorizzato nel corso di un preconcordato lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione e nel termine assegnato dal Tribunale il debitore ricorrente presentasse, anziché la proposta definitiva di concordato, una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione. In quest'ipotesi lo scioglimento finirebbe per risultare privo di causa, giacché gli accordi di ristrutturazione hanno struttura a base negoziale e sono tendenzialmente inidonei a produrre effetti verso i creditori non aderenti.

¹⁰¹ Si è affermato che il presupposto per disporre lo scioglimento dei contratti *ex art. 169-bis l. fall.* è dato dalla coerenza della cessazione di efficacia dei rapporti contrattuali con il piano al fine di assicurare una maggiore *par condicio creditorum*, sicché si rende necessario per il tribunale attendere il deposito del piano nella sua completezza, all'interno del quale il creditore darà conto della dettagliata incidenza sulla proposta concordataria di ogni singolo contratto e indicherà tra le poste passive l'eventuale importo determinato a titolo di indennizzo in favore dei contraenti *in bonis* (Trib. Arezzo, 18 giugno 2013, inedita).

influenzato dall'entità dell'indennizzo, dalla percentuale del credito che gli viene offerta in pagamento e dai tempi di realizzo.

In secondo luogo mentre nel concordato *pieno* (come nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria) lo scioglimento ha valore ed effetto definitivo anche dopo la chiusura delle procedure, costituendo un modo di definizione dei rapporti pendenti nell'interesse della massa e del contraente *in bonis* (che vengono definitivamente liberati dal vincolo contrattuale), nel pre-concordato lo scioglimento è incompatibile con la natura provvisoria dello strumento, che potrebbe essere riempito da un ricorso per omologa di un accordo di ristrutturazione, al quale appare – almeno in linea di principio – estranea la disciplina dell'art. 169-*bis*, l. fall. ¹⁰².

La incompatibilità sostanziale può essere ancora più evidente nel concordato con continuità, poiché in tal caso il debitore, in attesa di presentare la proposta, potrebbe sciogliersi dai contratti solo depositando *il piano, il budget* e l'attestazione richiesti dall'art. 186-*bis*, l. fall., ma in questo caso non si tratterebbe più di un pre-concordato ¹⁰³.

È infatti chiaro che quei concordati con riserva che contengono sostanzialmente quello che la legge prevede per il concordato pieno, rimangono tali solo nel *nomen* ¹⁰⁴. Insomma per vedere applicata la normativa in esame il debitore dovrà fornire una adeguata *disclosure* volta a produrre tutti gli

¹⁰² Secondo una certa giurisprudenza nel concordato preventivo avviato con la domanda «con riserva» il tribunale può autorizzare il debitore a sciogliersi o a sospendere un contratto pendente e questo effetto si può produrre anche quando alla domanda faccia seguito il deposito di un accordo di ristrutturazione ma in tal caso è rimesso al prudente apprezzamento del giudice concedere la sola sospensione quando non vi sono elementi sufficienti per ritenere che la procedura sia indirizzata verso la soluzione concordataria. (Trib. Modena, 30 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, 2, 1, 666).

¹⁰³ Trib. Venezia 7 gennaio 2013, in *Fall.*, 2013, 768, ha rigettato la richiesta di autorizzazione allo scioglimento di alcuni contratti bancari pendenti in presenza di una generica domanda ed in mancanza di documentazione relativa all'esposizione della società nei confronti degli istituti di credito.

¹⁰⁴ Purtroppo nella consapevolezza che l'autorizzazione allo scioglimento costituisca misura estrema d'incidenza sullo statuto del creditore (che può trovare razionalizzazione solo alla luce della sua funzionalità con la tipologia della effettiva proposta concordataria) e della irreversibilità degli effetti dello scioglimento, si è affermato che il chiaro riferimento dell'art. 169-*bis* al «ricorso di cui all'art. 161» dovrebbe necessariamente includerne il sesto comma, appunto relativo all'ipotesi di domanda con riserva, non potendo ciò essere escluso dalla mancanza di un esplicito richiamo del comma (come invece nell'art. 182-*quinquies*, comma 1), piuttosto imputabile a scarsa organicità e coerenza, anche lessicale (A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 2013, 1105).

elementi di valutazione al tribunale per consentire il sindacato dell'autorità giudiziaria ed il diritto di difesa del contraente *in bonis*¹⁰⁵.

Tutto quanto detto (proprio perché si tratta di incompatibilità sostanziale e non formale legata al trattamento del debito risarcitorio nascente dallo scioglimento), non vale *a contrario* per la prosecuzione dei contratti pubblici da cui non nasce alcun debito da risarcimento. Se si ritenesse infatti che la continuità contrattuale e l'inefficacia delle clausole risolutive, operassero solo dopo il deposito di una domanda completa di piano e attestazione aventi il contenuto prescritto dall'art.186-*bis*, comma 2, lett. *a*) e *b*), l'effetto sarebbe che con la domanda di concordato con riserva i contratti si scioglierebbero nonostante la prosecuzione dell'attività d'impresa, né potrebbero rivivere con la presentazione della domanda completa. Viceversa si deve ritenere che nel concordato con riserva in cui ci sia continuazione dell'impresa tutti i rapporti contrattuali possano proseguire o quanto meno rimanere sospesi¹⁰⁶.

8. - L'ambito e gli effetti della sospensione dei rapporti contrattuali in corso.

142

Un discorso a parte, infatti, deve essere fatto per la richiesta di *sospensione* del contratto. A differenza di quanto accade per il fallimento, come detto, nel concordato preventivo non c'è lo spossessamento ed è il debitore che sceglie di sospendere il contratto. La richiesta non è solo diretta a permettere una valutazione meditata sulla sorte dei contratti ma è funzionale anche a consentire, attraverso la quiescenza dei rapporti per un certo periodo, di superare le difficoltà congiunturali.

La sospensione contrattuale si traduce, infatti, nel temporaneo arresto – per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta, *ex art. 169-bis* – degli obblighi di adempimento delle obbligazioni rimaste ineseguite al-

¹⁰⁵ Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, cit., 728; Trib. Mantova, 27 settembre 2012; Trib. Monza, 21 gennaio 2013; Trib. Vercelli, 20 settembre 2013; Trib. Terni, 27 dicembre 2013; Trib. Venezia, 27 marzo 2014; Trib. Busto Arsizio, 24 luglio 2014; Trib. Cassino, 29 ottobre 2014; App. Milano, 4 febbraio 2015, tutte in *ilcaso.it*. In tema: ARLENGHI, nota a Tribunale Milano, 19 marzo 2013, *Scioglimento e sospensione dei contratti bancari in corso di esecuzione ai sensi dell'art. 169-bis legge fallim.*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 3, 681.

¹⁰⁶ Nello stesso senso A. PATTI, *Rapporti pendenti*, cit., 273; L. STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., 1233.

l'atto della richiesta, come se fosse intervenuta una impossibilità temporanea oggettiva di adempiere la prestazione, determinata dalla vicenda concorsuale.

La sospensione opera sicuramente *per entrambe le parti*, consentendo loro di non adempiere senza alcuna conseguenza, da cui deriva che, nei casi in cui non può essere attuata la sospensione reciproca delle prestazioni, la sospensione non può operare, altrimenti di essa si avvantaggerebbe una sola delle parti¹⁰⁷.

Il trattamento delle due fattispecie dello scioglimento e della sospensione non è del tutto unitario, nel senso che le due diverse tipologie di istanza devono essere contenute nel ricorso introduttivo e probabilmente la prima può contenere implicitamente la seconda¹⁰⁸.

Si pone così un problema di coordinamento. Come detto non è possibile nel concordato in pieno chiedere la sospensione riservandosi l'opzione per lo scioglimento (come avviene nel fallimento), in quanto ciò non si concilia con la natura concorsuale dell'indennizzo e con le conseguenze già trattate.

Viceversa è immaginabile che la sospensione, non avendo natura definitiva ma una durata limitata, possa essere richiesta nel pre-concordato¹⁰⁹ e

¹⁰⁷ Effetto della sospensione è che entrambe le parti sono esonerate dal dare corso ai reciproci obblighi contrattuali. Non è ipotizzabile che la norma consenta al solo debitore in concordato di astenersi dall'adempire (così invece B. INZITARI, *I contratti*, cit., allora non di sospensione del contratto si tratterebbe, bensì come è stato rilevato, di una moratoria unilaterale dei pagamenti (G. CAMPOBASSO, *Il concordato*, 12, n. 23, secondo cui non può essere chiesta la sospensione del contratto se il debitore intende continuare a usufruire dei servizi della controparte senza soluzione di continuità).

¹⁰⁸ Si è affermato che il tribunale, investito della richiesta di scioglimento, potrebbe disporre la sospensione dei contratti, rinviando all'esito dell'acquisizione di ulteriori elementi di valutazione la decisione dell'istanza di scioglimento. Questa conclusione si imporre sulla scorta di un'interpretazione che garantisca il rispetto delle ragioni di economia processuale in coerenza al contenuto della domanda e all'esigenza di consentire al giudice di approfondire i presupposti della stessa (Trib. Piacenza 5 aprile 2013, in *ilcaso.it*). Secondo altra giurisprudenza però la sospensione dei contratti in corso di esecuzione non potrebbe invece essere disposta d'ufficio, qualora l'imprenditore si sia limitato a richiederne lo scioglimento (Trib. Udine 22 agosto 2014, cit.).

¹⁰⁹ Va ricordato che l'effetto in parola secondo alcuni poteva essere raggiunto anche prima della novella mediante un utilizzo alternativo dei provvedimenti cautelari *ex art. 15, comma 8, l. fall.*, nell'ambito della istruttoria prefallimentare, che può precedere la presentazione della istanza di concordato (al riguardo: F. FIMMANO, *L'impresa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare*, in F. FIMMANO (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, Milano, 2012, 22 s.). In realtà si possono ipotizzare provvedimenti di sospensione ragionata dei pagamenti impartiti al debitore o di inibitoria alla stipulazione di contratti che potrebbero

viceversa lo scioglimento del contratto sospeso possa essere richiesto nel piano definitivo (dopo una più meditata valutazione) ¹¹⁰, purché intervenga prima del decreto di ammissione ¹¹¹.

depauperare il patrimonio aziendale a vantaggio di alcuni soltanto dei creditori e più in generale provvedimenti inhibitori di atti dispositivi diretti ad alterare la *par condicio creditorum* (Trib. Verona 21 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2026 con nota di M. FABIANI), o ancora ordini di fare o di dare o infine provvedimenti di nomina di curatori speciali per il compimento di atti urgenti, ad esempio come la richiesta di cassa integrazione guadagni o la esecuzione di adempimenti fiscali, contributivi e previdenziali. Tra le diverse misure si pensi ad esempio: all'ordine di non effettuare una certa consegna di beni o prestazione di servizi; o di non eseguire pagamenti per evitare che i tempi dell'istruttoria pregiudichino il futuro esercizio delle azioni revocatorie; ordini di fare o di dare come l'ordine di eseguire un contratto essenziale per la prosecuzione dell'attività aziendale in funzione dell'applicazione successiva del sistema di cui agli artt. 72 ss. (cfr. M. FERRO, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali*, in M. FABIANI-A. PATTI (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 30). Assai opinabili sono gli interventi che incidano, invece, su diritti di soggetti terzi estranei alla fase istruttoria o che comunque interferiscano nella loro sfera soggettiva, come quelli diretti ad anticipare gli effetti di una revocatoria o il sistema di cui all'art. 72 e ss. I. fall. sui contratti in corso di esecuzione: si pensi ad un ordine al terzo contraente di non interrompere una fornitura indispensabile per la conservazione dell'esercizio dell'attività economica o a misure che consentano, a seconda delle esigenze, la conservazione o la sospensione dei contratti di impresa. Peraltrò secondo una certa impostazione la domanda in bianco non sarebbe «vero concordato» ma «solo una richiesta di protezione» (E. BERTACCHINI, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica «vaghezza»*. *Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo*, in *Contr. Impr.*, 2013, 315 s.)

144

¹¹⁰ Una certa giurisprudenza ritiene che in caso di concordato con riserva, nelle more del deposito della domanda completa, la semplice sospensione del contratto sia un valido contemperamento di interessi tra debitore e controparte contratto (Trib. Modena 28-30 novembre 2012, cit.). Rriguardo ai rapporti bancari cfr. Trib. Monza, 6 giugno 2013, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 1, 160 ed in *ilcaso.it*, 2013.

¹¹¹ Si è rilevato che di fronte ad una situazione che presenta carattere di urgenza ben potrebbe infatti optarsi per l'alternativa e solo provvisoria soluzione della sospensione del contratto pendente, in attesa che siano presentati proposta e piano definitivi e che sia conseguentemente possibile valutare l'opportunità ed utilità dello scioglimento e della coerenza di tale esito caducatorio con lo svolgersi del procedimento in senso esclusivamente concordatario (vale a dire accertandosi se il debitore non abbia invece deciso di presentare una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis I. fall.*, rispetto alla quale lo scioglimento sarebbe privo di causa giustificativa). Sotto tale profilo questa dottrina ritiene che abbia anche un significato indicativo sul piano sistematico la considerazione che il termine-base previsto per la sospensione (60 gg.) corrisponde giustappunto al termine-base che il Tribunale può fissare al debitore ricorrente in pre-concordato per la presentazione della documentazione completa. Una corrispondenza anche in fatto tra questi due termini per evitare che vi sia la scadenza del primo (60 gg. di sospensione) anteriormente alla scadenza del secondo (termine eventualmente maggiore di 60 gg. concesso dal Tribunale per la presentazione del concordato definitivo), con possibile pregiudizio per il debitore o per la massa, si può realizzare eventualmente con lo strumento della proroga (della sospensione). Naturalmente anche per autorizzare la sospensione dei contratti pendenti occorre l'immediata disponibilità di informazioni adeguate anche sulla probabile evoluzione della procedura concordataria, ma in tal caso potrà trattarsi anche solo di proposte e piani meramente abbozzati e non definitivi, laddove invece, quando si tratta di istanze di scioglimento, è obiettivamente necessaria la già intervenuta presentazione di quelli definitivi. Altrettanto

Difatti la seconda parte del primo comma dell'art. 169-*bis*, è in qualche modo separata dalla prima. In questo modo si risolve anche la questione dei contratti pubblici che altrimenti si scioglierebbero irreversibilmente anche in un prospettico concordato con continuità¹¹².

Anche rispetto al problema di eventuali crediti indennitari (che potrebbero altrimenti maturare *medio tempore* in prededuzione), è stato ipotizzato un raccordo virtuoso della domanda con riserva con la richiesta di sospensione e della proposta di concordato con la richiesta di scioglimento con effetto dalla precedente sospensione¹¹³. Invero non vediamo particolari problemi nel fatto che nel piano vengano indicati e regolamentati crediti da risarcimento per la sospensione provvisoria e crediti da scioglimento concorsualizzati¹¹⁴. Laddove alla sospensione faccia seguito lo scioglimento, gli effetti prodotti nel periodo di sospensione «si salderanno con quelli successivamente prodotti dallo scioglimento e potranno essere trattati in modo uniforme, secondo la regola stabilita dal comma 2 dell'art. 169-*bis* legge fallim., come indennizzo equivalente al risarcimento del

145

naturale che in quest'ultima ipotesi il debitore debba nella stessa proposta e nel piano inserire l'importo dell'indennizzo che reputa di dover riconoscere al terzo contraente *sub specie* di credito concorsuale (F. LAMANNA, *Il concordato*, cit., 65).

¹¹² E' ovvio, perdipiù, per effetto di questa fase e dell'andamento dell'impresa che il Tribunale potrà anche avere maggiori elementi per anticipare il giudizio negativo sulla continuità (Trib. Udine, 16 aprile 2013, in *unifuris.it/node/1850*). Secondo una certa giurisprudenza l'eventuale scioglimento dei contratti in corso *ex art. 169-bis* non retroagisce né alla data di presentazione della domanda di concordato con riserva, né alla sua pubblicazione nel registro delle imprese, bensì alla data della richiesta di autorizzazione, sì che i diritti maturati nel frattempo avranno natura prededotta, in quanto crediti sorti per effetto di atti di ordinaria amministrazione legalmente compiuti dal debitore ai sensi dell'articolo 161, comma 7 (Trib. Terni, 27 dicembre 2013, in *ilcaso.it*, 2014).

¹¹³ M. FABIANI, *La prima disciplina*, cit., 1342. Al riguardo anche A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci e ombre*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 686. In giurisprudenza si è rilevato che l'art. 169-*bis* l. fall. sarebbe applicabile al preconcordato per la parte in cui prevede la sospensione dei contratti pendenti, che non ha effetti definitivi e non lo sarebbe, invece, ai contratti di mutuo e anticipazione bancaria, mancando la reciprocità sinallagmatica delle prestazioni ineseguite (Trib. Vicenza 25 giugno 2013, in *ilcaso.it*, 2013) e che i provvedimenti di cui all'articolo 169-*bis* l. fall. andrebbero pronunciati in funzione della continuità aziendale (in capo allo stesso debitore o ad altro imprenditore), avuto riguardo alle concrete ed attuali esigenze della gestione dell'impresa (App. Brescia, 19 giugno 2013, in *ilcaso.it*, 2013).

¹¹⁴ Ed infatti secondo una certa giurisprudenza non è incompatibile con la domanda di concordato preventivo con riserva la sospensione dei contratti in corso di esecuzione di cui all'articolo 169-*bis*, qualora la richiesta contenga elementi di fatto e di diritto sufficienti a consentire al tribunale di apprezzare l'utilità della sospensione dei contratti (nella specie di locazione) rispetto al contenuto della proposta e del piano in corso di definizione (Trib. Udine 25 settembre 2013, in *ilcaso.it*, 2013).

danno conseguente al mancato adempimento da soddisfarsi come credito anteriore al concordato. Qualora, invece, alla sospensione non segua lo scioglimento ed il contratto prosegua, le prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali durante il periodo di sospensione daranno luogo a crediti prededotti» dei quali il piano dovrà necessariamente tener conto¹¹⁵.

Per alcuni versi le sole domande di sospensione potrebbero apparire conformi alla fase di pre-concordato stante la reversibilità degli effetti ed i caratteri di provvisorietà e fluidità della domanda proposta *ex art. 161, comma 6, l. fall.* Da questo punto di vista non osterebbe alla concessione del provvedimento di sospensione dei contratti neppure la dichiarata intenzione dell'imprenditore, palesata nel ricorso introttivo, di voler presentare entro il termine concesso un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis c.p.c.* in quanto quest'ultimo per espressa disposizione positiva è uno dei possibili *esiti fisiologici* della procedura preconcordataria¹¹⁶.

146

La sospensione in ogni caso è istituto esposto inevitabilmente a contegni opportunistici e quindi escluderei – concettualmente – ogni suo effetto al di fuori della procedura concordataria¹¹⁷. D'altra parte l'istituto, che trova la sua causa nella proposta concordataria non può conservare efficacia anche nel caso in cui la proposta sia rinunciata, dichiarata inammissibile o perché semplicemente non approvata dai creditori¹¹⁸. D'altra parte il

¹¹⁵ F. BENASSI, *Contratti pendenti nel concordato preventivo: natura cautelare e precaria della sospensione e audizione dell'altro contraente*, in *ilcaso.it*, 2016, 8. Sul rapporto tra sospensione e successivo scioglimento in giurisprudenza si è affermato che «Il mancato verificarsi dell'effetto sospensivo impedisce che possa anche in via puramente logica *saldarsi* l'effetto dello scioglimento a quello della sospensione dei contratti in oggetto, che hanno continuato a produrre i loro effetti sino (quanto alla fideiussione) all'avvenuta escusione» (Trib. Milano, 28 settembre 2015 in *ilcaso.it*, 2015, con nota di L. CIPOLLA, *La fideiussione escussa è un rapporto pendente ai sensi dell'art. 169bis l.f.?*)

¹¹⁶ (Trib. Pavia 24 novembre 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Ravenna 22 ottobre 2014; Trib. Milano 11 settembre 2014 in *ilcaso.it*).

¹¹⁷ Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, cit, 730, si è espresso in termini dubitativi in ordine al possibile carattere permanente della sospensione anche al di fuori ed indipendentemente dalle sorti della domanda di concordato.

¹¹⁸ Nello stesso senso F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione*, cit., 7-8, che ricorda come una certa giurisprudenza ha affermato che l'autorizzazione di cui all'art. 169-bis legge fallim. non determina di per sé l'effetto sostanziale del definitivo scioglimento del contratto, ma solo quello *procedimentale* di consentire al proponente di presentare ai creditori una proposta e un piano che lo prevedano (Trib. Pistoia, 23 gennaio 2014, in *ilcaso.it*, I, 10277, con nota di A.

problema della stabilità degli effetti si è posto financo per lo scioglimento, e gli stessi secondo qualcuno non sarebbero irreversibili¹¹⁹.

Una ultima questione si pone per il mancato richiamo nella novella del 2015 al necessario contraddittorio in caso di richiesta di sospensione. Si è affermato che dal momento che l’istituto non incide definitivamente ed irreversibilmente sul contratto, ha limitata durata nel tempo e mira a garantire i creditori ed ha strutturalmente e funzionalmente natura cautelare, si dovrebbe ritenere che, diversamente dallo scioglimento, la sospensione possa essere concessa prima dell’instaurazione del contraddittorio, anche alla luce dell’art. 669-sexies c.p.c.¹²⁰.

In realtà *il contraddittorio* serve – come visto – non tanto per sentire le ragioni o gli interessi del terzo contraente ma per accertare se il contratto rientri effettivamente nell’alveo di quelli “pendenti” secondo la norma o, invece, sia stato eseguito da un parte o sia stato risolto. Per queste ragioni la questione del tempo non può rilevare e ci pare che anche la sospensione

STANGHELLINI) e che i timori in ordine alle conseguenze dello scioglimento o della sospensione dei contratti in corso di esecuzione disposta ai sensi dell’articolo 169-bis l. fall. per l’ipotesi di esito anomalo del concordato con riserva (rinuncia o inammissibilità o improcedibilità della domanda) possono essere fugati dalla correlata caducazione *ex tunc* di tutti gli effetti prenontativi e protettivi, con conseguente rieespansione del diritto risarcitorio del contraente *in bonis* in regime di “prededuzione di fatto”, legata al venir meno della condizione concorsuale (Trib. Terni, 27 dicembre 2013, in *ilcaso.it* I, 9856).

147

¹¹⁹ Si è affermato che la irreversibilità sarebbe sproporzionata rispetto al fine tutelato, identificato in quello solo di garantire un migliore approccio alla crisi, risultando priva di significato la permanenza dello scioglimento del contratto, con conseguente risoluzione dell’effetto dello scioglimento, in caso di mancata omologazione, rinuncia della proposta o revoca del concordato preventivo (M. FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Commentario del codice civile e codici collegati*, Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 2014, 507). *contra*: T. STANGHELLINI, *Dallo scioglimento con concordato al concordato con scioglimento: un nuovo inquadramento sistematico dell’art. 169-bis l.f. in tema di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, in *ilcaso.it*; G. TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013, 16.

¹²⁰ Trib. Reggio Emilia, 8 luglio 2015, in *ilcaso.it*. secondo tale impostazione, tenuto conto dei tempi stretti, per la sospensione, e del mancato richiamo, si dovrebbe ritenere che il contraddittorio non sia richiesto, per la sospensione, il che parrebbe logico, tenuto conto della stessa tipologia della richiesta (così G. REBECCA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo. le novità del dl 83/2015*, in *osservatorio-oci.org.it*, 3; L. SALVATO, *Non è ricorribile*, cit., 298). Si è altresì affermato che la mancata audizione dell’altro contraente quando si debba decidere se autorizzare la sola sospensione si potrebbe giustificare con il fatto che la decisione definitiva, quella che incide sul contratto, verrà comunque adottata con le modalità previste per lo scioglimento (F. BENASSI, *Contratti pendenti nel concordato preventivo: natura cautelare*, cit., 6, secondo cui peraltro il legislatore prendendo in considerazione, nella norma transitoria, solo lo scioglimento, ha voluto probabilmente dirsi che hanno natura innovativa solo le disposizioni che riguardano tale fatti-specie, mentre le altre vorrebbero essere norme di interpretazione autentica).

possa essere disposta *inaudita altera parte*, solo in base ai principi generali del codice di rito che consentono talora la deroga¹²¹.

9. - I contratti pubblici: attivi, passivi ed associativi.

In tema di concordato con continuità il terzo comma, primo periodo, dell'art. 186-*bis*, nel riaffermare la regola generale della continuazione dei contratti, che non «si risolvono per effetto dell'apertura della procedura» sancisce la inefficacia dei patti contrari, facendo poi espressamente salvo quanto previsto nell'art. 169-*bis*. 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 e sono inefficaci eventuali patti contrari.

La formula comprende tutte le tipologie di contratti pubblici: attivi, passivi¹²² e associativi¹²³.

Il fatto che sia stata dettata una apposita norma vuol dire, *a contrario*, che nel concordato senza continuità questo tipo di rapporti non proseguono (al fine di evitare problemi alla P.A. ed ai relativi interessi collettivi sottesi) e che invece nel concordato con continuità proseguono *sempre*, senza che sia possibile l'operatività di clausole risolutive (tipiche di questi contratti o almeno di quelli usati fino all'entrata in vigore della novella) e che solo il debitore può chiedere di essere autorizzato a sciogliere. Analogamente nei concordati liquidatori saranno efficaci clausole risolutive a differenza di quanto accade per il fallimento. La prima giurisprudenza amministrativa

¹²¹ In ogni caso, qualora si ritenga la convocazione indispensabile, o anche solo opportuna, nei casi di particolare urgenza, si potrebbe emettere una pronuncia *inaudita altera parte*, con successiva convocazione dell'interessato, così come avviene nei procedimenti cautelari di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c., F. BENASSI, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169-bis legge fallim. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, in *Dir. fall.*, 2014, 227 (nota ad App. Venezia 20 novembre 2013).

¹²² P. PIZZA, *Il concordato preventivo di imprese fornitrice della pubblica amministrazione*, in *ilfallimentarista.it*, 2012, 3 (che ricorda come la distinzione tra contratti attivi e contratti passivi tratta fondamento dall'art. 3 del R.d. 18 novembre 1923, n. 2440: è passivo il contratto che comporta un esborso da parte della P.A.; è attivo il contratto dal quale deriva un introito per la P.A.).

¹²³ Tra i contratti pendenti di cui può essere autorizzato lo scioglimento ai sensi dell'art. 169-*bis*, comma 1, l. fall. (così come modificato dall'art. 8 del d.l. n. 83 del 2015 convertito in l. n. 6 del 2015) rientra anche – con riferimento al singolo rapporto sociale – il contratto di consorzio costituito in forma societaria (Trib. Modena 18 gennaio 2016, in *Fall.*, 2016, 374).

ha avuto modo di affermare che le norme sul concordato in continuità sono di stretta interpretazione¹²⁴.

In ogni caso il terzo periodo del terzo comma dell'art. 186-bis, l. fall., sancisce che l'ammissione al concordato "non impedisce" la continuazione dei "contratti pubblici" solo se il professionista designato ha attestato la conformità al piano e la *ragionevole capacità di adempimento*, proprio al fine di garantire, nell'interesse pubblico l'affidabilità del soggetto¹²⁵. L'attestazione riguarda dunque sia l'essenzialità del contratto pubblico *de quo* per la realizzazione del piano (sulla base dell'interesse di tutti i creditori del soggetto proponente), sia l'affidabilità ovvero la ragionevole capacità di adempimento del debitore prendendo espressamente in esame gli strumenti e le risorse che è in grado di adoperare specificamente per l'esecuzione delle prestazioni concretamente previste dal contratto (sulla base dell'interesse della pubblica amministrazione al corretto adempimento del rapporto)¹²⁶.

La locuzione « (...) non impedisce la continuazione di contratti pubblici»

¹²⁴ TAR Aosta, Sez. I, 18 aprile 2013, n. 23, in *Foro amm. TAR*, 2013, 4, 1097.

¹²⁵ Si è rilevato in giurisprudenza che tutta la disciplina dell'evidenza pubblica è funzionale a selezionare un contraente che dimostri di possedere idonei requisiti morali, di affidabilità economica e di capacità tecnica. Gli imprenditori chiamati ad eseguire contratti nell'interesse della P.A. sono sottoposti ad un severo scrutinio in ordine alla sussistenza delle condizioni personali, tecniche e finanziarie al fine di garantire un esatto adempimento delle prestazioni dedotte nel contratto. L'importanza dell'interesse pubblico da perseguire mediante l'esecuzione del contratto giustifica l'introduzione di condizioni di ammissione alle procedure di gara ben più pregnanti rispetto a quelle necessarie per svolgere la medesima attività sul libero mercato. In tale prospettiva, l'art. 38, del codice dei contratti pubblici, conferisce valore preminente all'affidabilità economica dell'impresa aggiudicataria di commesse pubbliche, rispetto al diverso e contrastante obiettivo di promozione del risanamento delle imprese in stato di crisi e di insolvenza, includendo non solo il periodo occorrente per la chiusura del procedimento di concordato preventivo (che culmina con l'omologa), ma anche il periodo di esecuzione dello stesso (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 651, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2, 523).

¹²⁶ Nel caso di concordato con continuità aziendale qualora nella relazione venga attestato che il subappalto dei contratti in essere (anche con la P.A.) è conforme al piano e funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori a norma dell'art. 186-bis, comma 2, lett. b), l. fall., ma non venga altresì attestato che l'impresa subappaltatrice possiede la ragionevole capacità di adempimento degli stessi, come richiesto dalla suddetta norma al comma 3 per l'impresa in concordato, deve ritenersi quindi che sussistano le condizioni volute dalla legge solo per i contratti privati, per i quali è chiesta l'autorizzazione al subappalto. Nella specie, il Tribunale ha autorizzato la società a subappaltare i contratti privati, invitando la ricorrente ad integrare la documentazione mancante in relazione al contratto pubblico, unendo il parere della p.a. sulla proposta di subappalto, ove richiesto dal bando di gara, o la prova del silenzio-assenso al subentro (Trib. Vicenza, 7 febbraio 2013, inedito).

evidenzia che rimangono comunque intatti tutti gli altri rimedi giuridici che l'ordinamento mette a disposizione della parte pubblica del contratto, per cui la P.A. può comunque impedire la continuazione del contratto, laddove sussistano i presupposti per l'esercizio dei poteri previsti dalla legge, ad esempio dall'art. 136 del “codice dei contratti pubblici” in materia di risoluzione.

Nella fattispecie in esame a maggior ragione il giudice prima di autorizzare lo scioglimento deve sentire la pubblica amministrazione contraente, tenuto conto che la cessazione improvvisa di alcuni tipi di contratto (si pensi alla gestione di reti o di servizi) può generare problemi all'interesse pubblico della collettività la cui cura era sottesa alla stipulazione, specie in virtù della necessità di procedimenti competitivi per la individuazione del sostituto¹²⁷. Della continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti¹²⁸.

L'ammissione al concordato inoltre non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara la relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, lettera *d*), che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto e vi sia 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 è 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

¹²⁷ Tant'è che già l'art. 140 del codice dei contratti pubblici, con riferimento ai lavori pubblici, sancisce per accelerare la soluzione che «Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso (...) possono interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario». L'affidamento evidentemente avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

¹²⁸ Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101.

ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto¹²⁹.

Dal combinato disposto risulta che le imprese che hanno presentato un'istanza di concordato preventivo *senza continuità aziendale* non possono partecipare ad alcuna procedura per l'assegnazione di contratti pubblici dal momento della presentazione dell'istanza¹³⁰ fino al momento in cui cessa lo stato di concordato preventivo¹³¹.

Per le altre imprese, invece, successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve invece essere autorizzata dal tribunale¹³², acquisito il parere del commis-

¹²⁹ La dichiarazione va fatta anche in applicazione dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici, il quale disciplina l'istituto del c.d. "avvalimento" e quindi mettendo a disposizione del concorrente *tutte le risorse necessarie* alla esecuzione dell'appalto, e non solo quelle risorse delle quali il concorrente sia carente

¹³⁰ La giurisprudenza, infatti, ha ritenuto che l'espressione « (...) nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione della [situazione di concordato preventivo]» che si rinviene nell'art. 38, comma 1, lett. a), vada interpretata nel senso che il procedimento di concordato preventivo può darsi in corso a partire dal momento in cui viene presentata la domanda di concordato (così Cons. Stato, Ad. plen., 15 aprile 2010, 2155; TAR Puglia, Bari, 5 aprile 2011, n. 546).

¹³¹ Sul punto la giurisprudenza amministrativa si è divisa, ritenendo alcuni giudici che "lo stato di concordato preventivo" termini con l'omologa del concordato da parte del giudice (così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2012); sostenendo altri che tale stato cessa soltanto quando il concordato è stato portato a completa esecuzione, e, dunque, nel momento in cui viene emesso il decreto che autorizza la chiusura della procedura (così TAR Campania, Napoli, Sez. I, 25 gennaio 2012, n. 651).

¹³² L'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la citata dichiarazione di "affiancamento", può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento. Nel caso del fallimento della mandante, l'art. 37, comma 19, del codice dei contratti pubblici dispone, in particolare, che « (...) il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire». La possibilità dell'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare al raggruppamento soltanto in qualità di mandante e l'obbligo su di essa gravante di presentare la dichiarazione di affiancamento, sono previste, dunque, dall'art. 186-bis, comma 5, perché in tal modo, stante il contenuto dell'art. 37, comma 19, laddove l'impresa fallisce nel corso della gara o dopo la stipulazione non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto, risulta già individuato il soggetto che ne prenderà il posto, da ciò derivando che l'esecuzione del contratto pubblico risulta comunque assicurata. L'impresa in concordato non può rivestire nel raggruppamento la qualità di mandataria al fine di concorrere a procedure di assegnazione di contratti pubblici, tuttavia, se l'assegnazione è già avvenuta e il contratto è in corso, vale il principio generale enunciato nella prima parte del terzo comma dell'art. 186-bis, l. fall., per cui la continuazione del contratto è soggetta solo

sario giudiziale se nominato, ed in mancanza di tale nomina, provvede direttamente il tribunale¹³³. La giurisprudenza fallimentare ha chiarito che nel concordato al divieto generale di cui all'art. 168, di pagare i creditori anteriori, consegua l'applicabilità della disciplina eccezionale di cui al comma 2, lett. *b*), art. 5 d.m. 24 ottobre 2007, il quale consente il rilascio del DURC anche in «caso di sospensione dei pagamenti (contributivi) a seguito di disposizioni legislative»¹³⁴.

L'art. 118 del codice dei contratti pubblici, al comma 3-*bis*, dispone che: «È sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dagli eventuali diversi soggetti che costituiscono l'affidatario, quali le mandanti, e dalle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori, dai subappaltatori e dai cattimisti, secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura»¹³⁵.

152

all'attestazione del professionista qualificato e indipendente. Al riguardo cfr. G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *ilcaso.it*, 2013, 14 s.

¹³³ Comma inserito dall'art. 13, comma 11-*bis* della l. 21 febbraio 2014, in vigore dal 22 febbraio successivo, di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145. L'autorizzazione di cui al IV comma dell'art. 186 *bis* l.f. è prevista per la partecipazione dell'imprenditore – che ha proposto domanda di concordato in bianco – a procedure di affidamento di contratti pubblici e non per la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti (Trib. Mantova 10 settembre 2015, in *ilcaso.it*, in *Fall.*, 2015, 1351).

¹³⁴ Trib. Cosenza 19 dicembre 2012, in *ilcaso.it*, 2013; Trib. Firenze, 21 dicembre 2015, n. 9764, in *fallimentiesocietà.it* D'altra parte la legge non ha imposto la modifica delle lettere *g*) ed *i*) dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, riferite rispettivamente alla regolarità fiscale e contributiva dal momento che l'art. 186 *bis* in esame (comma 2- lett.c), contemplando la facoltà di prevedere nel piano concordatario una moratoria, fra gli altri, dei debiti muniti di privilegio (tali devono ritenersi senz'altro anche quelli nei confronti del fisco e degli enti di previdenza ed assistenza), ha inciso in via generale sulla scadenza dei debiti in esame. Con riferimento alla posizione fiscale l'operatività della corrispondente causa di esclusione è venuta meno automaticamente: ai sensi del comma 2 - III periodo - dell'art.38 in esame, l'inesigibilità del debito non consente infatti di ritenere definitivamente accertata la violazione degli obblighi fiscali. Lo stesso si potrebbe dire in via analogica dei debiti contributivi. Per essi peraltro il d.m. 24 ottobre 2007 - art. 5, comma 2, lett.*b*) - sancisce la regolarità contributiva nei casi di sospensione dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative (al riguardo SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, in *ilcaso.it*, 2014, 3).

¹³⁵ Testo modificato al comma 3 e con l'inserimento del comma 3-*bis*, entrambi in vigore dal 22 febbraio 2014. Il comma 3 dispone che nel bando di gara la stazione appaltante deve indicare che provvede a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cattimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli

Resta il problema per il concordato in bianco su cui peraltro si è pronunciata l'Autorità nazionale anticorruzione modificando la propria determinazione precedente. Laddove il ricorso «in bianco», come visto, *presenti chiari ed inconfutabili effetti prenotativi* di concordato con continuità aziendale si deve ritenere che possa accedere alle dette opportunità previo parere del commissario se nominato e provvedimento autorizzativo del tribunale. Tenuto conto che nei lavori condizione necessaria e sufficiente per partecipare a gare d'appalto, di importo superiore alla soglia dei 150.000 euro, è il possesso dell'attestazione di qualificazione, deve ritenersi che la norma consenta all'impresa di mantenere, nelle more del termine intercorrente tra la presentazione della domanda e la presentazione del piano di continuità, la qualificazione posseduta (attestazione SOA). Ciò sul presupposto che persiste il requisito generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. *a*), del Codice dei contratti pubblici che peraltro, facendo salva l'ipotesi di cui all'art. 186 *bis* della legge fallimentare, considera ostativi alla partecipazione alla gara e alla conservazione dell'efficacia dell'attestato di qualificazione, la pendenza del procedimento per l'ammissione al concordato preventivo. Orbene, trattandosi di norma che produce importanti effetti limitativi all'esercizio dell'attività di impresa, la stessa non può che essere interpretata restrittivamente; ciò che induce a

153

affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanze relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanze del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento. Ove ricorrono condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori (...), nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite (sull'argomento, anche per una rassegna di giurisprudenza in tema, cfr. D. FINARDI, *Lo strano caso dell'art. 118 codice appalti: natura chirografa o nuova prededuzione nelle procedure concorsuali?*, in *Fall.*, 2015, 443 s.). Nello stesso senso va l'art. 13, comma 10, d.l. n. 145 del 2013 e della relativa legge di conversione che ha legittimato le stazioni appaltanti, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, a procedere nel pagamento diretto del subappaltatore per i contratti d'appalto in corso d'esecuzione.

ritenere che, laddove venga presentata una domanda con effetti prenotativi di un concordato con continuità aziendale, non potrà ritenersi pendente un procedimento per l'ammissione al concordato liquidatorio *tout court*¹³⁶.

Si è sostenuto che argomentazioni svolte dall'ANAC non sarebbero del tutto convincenti in primo luogo, perché durante la pendenza del termine concesso dal Tribunale viene a crearsi una situazione di incertezza e di attesa anche se attenuata dagli obblighi informativi e dal controllo eventuale del commissario giudiziale provvisorio, il quale peraltro potrebbe anche non essere nominato. Inoltre la situazione in cui versa l'impresa in concordato «*in bianco*» non sarebbe compatibile con la necessità di garantire l'efficienza e la rapidità delle procedure di affidamento di contratti pubblici, atteso che la decisione del Tribunale, se ammettere o meno l'imprenditore al concordato, interverrà in un termine che può giungere sino a 180 giorni. Ed infine, rimarrebbe l'incertezza dovuta alla possibilità che l'imprenditore possa cambiare idea e optare alla fine per un concordato liquidatorio¹³⁷.

¹³⁶ Determinazione Autorità nazionale anticorruzione 8 aprile 2015, n. 5 modificativa della determinazione n. 3 del 23 aprile 2014 (Effetti della domanda di concordato preventivo *ex art. 161, comma 6, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii. sulla disciplina degli appalti pubblici*, in G.U. n. 97, 28 aprile 2015, Serie Generale, in *Fall.*, 2015, 769 s. e in www.anticorruzione.it). L'Autorità rileva che in altre parole, argomentando *a contrario* rispetto alla previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), che identifica, tra le altre, esclusivamente nella pendenza del concordato liquidatorio la causa ostativa alla partecipazione a gara, e quindi al rilascio dell'attestazione di qualificazione (in forza del rinvio operato dall'art. 78 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), laddove non si possa ravvisare la pendenza di un concordato liquidatorio, come nel caso in cui penda quello «*in bianco*» con effetti prenotativi di continuità aziendale, l'impresa non può ritenersi carente del requisito prescritto dalla lettera a) della citata disposizione. Peraltra la stessa giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344), ha affermato che laddove siano rispettate le condizioni e soddisfatti gli adempimenti previsti dal quarto comma dell'art. 186-bis cit. (in seno al quale, si ricorda, è prevista l'autorizzazione del Tribunale ed il parere del commissario giudiziale, che in questa fase può essere nominato solo in presenza di domanda di concordato «*in bianco*»), la domanda in sé non comporta né l'automatica decadenza dell'attestazione di qualificazione né la risoluzione di diritto dei contratti in corso, in quanto l'istituto ha la finalità di incentivare le imprese ad anticipare la denuncia della situazione di crisi, comunque prima di essere assoggettate a misure di controllo esterno. Certamente, la permanenza della validità e dell'efficacia dell'attestazione di qualificazione è risolutivamente condizionata alla decisione del giudice che dovesse dichiarare inammissibile la proposta di concordato con continuità aziendale. A presidio della legittima partecipazione dell'impresa alla gara, inoltre, l'ordinamento ha previsto l'emanazione di un provvedimento giurisdizionale *ad hoc* sotto forma di autorizzazione.

¹³⁷ V. DE SENSI, *Appalto pubblico e crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2015, 627. In tema anche Cons. Stato, 27 dicembre 2013, che evidenzia la necessità della presentazione della domanda di

In realtà tutto ciò non genera – almeno in linea di principio – alcuna incompatibilità tra il concordato «*in bianco*» e le procedure di affidamento visto il combinato disposto di cui agli artt. 2 e 38 del Codice degli appalti, può viceversa determinarne una incompatibilità in concreto. Non a caso i *chiari ed inconfutabili effetti prenotativi* di concordato con continuità aziendale, richiedono una *disclosure* adeguata ed il parere del commissario - se nominato - ed il provvedimento autorizzativo del tribunale, servono proprio ad evitare le criticità ed i pericoli rappresentati dalla detta dottrina.

10. - I contratti esclusi dalla disciplina generale. In particolare i contratti di lavoro e l'integrazione salariale.

Il legislatore esclude l'estensione della disciplina generale sullo scioglimento del contratto alla *clausola compromissoria* in esso contenuta, al contrario di quanto previsto nel fallimento, per la clausola arbitrale, dall'art. 83-bis l. fall. ¹³⁸ Anche in questo caso il legislatore si è reso conto della necessità di rispettare la volontà delle parti (non spossessate), in ordine alla scelta di definizione della controversia.

L'inapplicabilità viceversa ai rapporti di lavoro subordinato, ai contratti preliminari di vendita trascritti di immobili ¹³⁹ a destinazione abitativa

155

concordato con continuità aziendale per non venire integrata la causa di esclusione dalla gara di affidamento di contratti pubblici.

¹³⁸ A seguito della riforma se il curatore subentra nel contratto, è tenuto a rispettare anche la clausola arbitrale in esso contenuta; se, al contrario, non subentra o il contratto comunque si scioglie, viene meno la stessa capacità degli arbitri già nominati a decidere. La configurazione del contratto unico, di cui è parte la clausola, comporta anche che, *ove il giudizio arbitrale non sia stato ancora instaurato*, il curatore possa soltanto accettare integralmente il regolamento negoziale o da esso sciogliersi, senza potersi parzialmente liberare dal vincolo. Se il curatore può sciogliersi dal giudizio arbitrale già pendente, facendo venir meno gli effetti della clausola compromissoria, tale facoltà, *a fortiori*, dovrebbe valere anche quando l'arbitrato non sia stato ancora instaurato. Resta, invece, valido il principio affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per il *compromesso* secondo cui lo stesso costituisce patto negoziale autonomo, relativamente al quale vale il principio generale sancito per tutti i contratti dall'art. 72, con la conseguenza che si verserà in uno stato di quiescenza fino a quando il curatore non dichiarerà di voler subentrare nel contratto in luogo del fallito ovvero di sciogliersi dal medesimo. In tema di scioglimento da un contratto nell'ambito di un concordato preventivo, il legislatore ha inteso equiparare la disciplina della clausola compromissoria e del compromesso, stabilendo anche per la prima l'autonomia rispetto al contratto all'interno del quale è inserita (così A. PENTA, *Concordato preventivo e scioglimento*, cit., 747).

¹³⁹ V'è continuazione *ex lege* in ogni caso (Trib. Padova, 15 gennaio 2013, in *ilcaso.it*, 2013) con l'obbligo per il promittente venditore in concordato di sottoscrivere il contratto defini-

principale (art. 72, comma 8, l. fall.)¹⁴⁰, al contratto di locazione di immobili in caso di locatore in procedura (art. 80, comma 1, l. fall.)¹⁴¹, trova la sua logica ispiratrice, sempre nel corretto bilanciamento degli interessi concorrenziali di mercato, nella tutela del contraente più debole o economicamente dipendente. Per i finanziamenti destinati ad uno specifico affare (art. 72-ter l. fall.), la *ratio* è invece strettamente legata alla natura speciale dell'operazione in cui (a guisa di un *project financing*) il finanziatore assume il rischio del risultato economico dell'affare sovvenzionato, restando del tutto incerta l'integrale restituzione del capitale fornito, ancorata come è alla produzione di proventi con segregazione a favore del rimborso dei flussi e dei beni strumentali, e che muta geneticamente solo col fallimento in quanto viene riconosciuto al finanziatore il diritto ad insinuarsi nel passivo, al netto di quanto già rimborsato. Il fallimento della società, tuttavia, determina lo scioglimento del contratto di finanziamento di cui all'articolo 2447-bis, comma 1, lettera *b*), del codice civile solo quando impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione¹⁴². Per tutti questi rapporti deve, quindi ritenersi che continui ad applicarsi il regime della naturale prosecuzione¹⁴³. Analogamente la norma di cui all'articolo 169-bis l. fall. non può essere applicata nei casi in cui alle parti sia consentito lo scioglimento unilaterale del contratto, per legge o per effetto di clausole in esso contenute ed altresì in quelle ipotesi in cui la sospensione sia stata convenzionalmente regolata dalle parti¹⁴⁴.

L'eccezione applicativa delle norme ai contratti di lavoro, oltre alla *ratio*

tivo. Si pone tuttavia un serio problema laddove l'immobile sia ancora da costruire o in corso di costruzione, poiché in tal caso l'esecuzione del preliminare dipende dal completamento della costruzione e quindi dal contenuto del piano concordatario, che potrebbe prescindere dalla "continuità aziendale" (diretta o indiretta in applicazione dell'art. 2558 c.c.).

¹⁴⁰ Al riguardo M. FABIANI, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, in *Fall.*, 2011, 765.

¹⁴¹ L'interruzione del rapporto imputabile al locatore, e l'impossibilità di considerare concorsuale il credito per i danni eventualmente subiti dal locatario, è simmetrico a quanto accade in caso di fallimento, qualora il curatore, in presenza delle condizioni temporali poste dal secondo comma dell'art. 80 l. fall., eserciti la facoltà di anticipato recesso. L'equo indennizzo spettante al conduttore è infatti "soddisfatto in prededuzione" (art. 80, comma 4).

¹⁴² Al riguardo: F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, 358.

¹⁴³ Al riguardo: A. PENTA, *Il concordato preventivo*, cit., 686; V. TAVORMINA, *Contratti bancari e preconcordato*, in *Judicium.it*, 2013, 3.

¹⁴⁴ App. Milano 29 gennaio 2015, in *ilcaso.it*.

generale, risponde anche alla logica di *funzionalizzare* i concordati, specie in continuità, alla tutela dell'occupazione, impedendo una disciplina derogatoria dell'art. 2112 c.c., per cui solo con le garanzie, nei tempi e con le modalità previste dalla legge, è possibile sciogliere il rapporto¹⁴⁵.

Il quadro settoriale resta incerto e giustamente tra i principi generali dettati dall'art. 2 del progetto Rordorf, si prescrive, *alla lettera m*), la necessità di armonizzare le procedure di gestione della crisi e della insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea e nelle Direttive 1980/987/CE e 2002/74/CE, nonché nella direttiva 2001/23/CE così come interpretata dalla Corte di Giustizia.

Allo stato, se l'impresa ottiene l'apertura della procedura di concordato preventivo troverà applicazione il comma 4-*bis* dell'art. 47, legge n. 428/1990; se invece l'impresa è destinataria di un provvedimento di omologazione del concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, la norma di riferimento sarà quella contenuta nel comma 5 del medesimo articolo. In altri termini, il provvedimento di omologazione abilita le parti dell'accordo a tre (cedente, cessionario, lavoratori), volto al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, a derogare *in toto* al contenuto dell'art. 2112 c.c. per i lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con il cessionario. La distinzione è stata inserita dal comma 2 dell'art. 46-*bis*, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134. La modifica apportata dal legislatore in seguito alla condanna della Corte di giustizia, infatti, menzionava la sola ipotesi di omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, facendo ricadere le imprese destinatarie del relativo provvedimento nell'ambito del "nuovo" comma 5.

Per le aziende *dotate dei requisiti* dimensionali, l'intero contenuto dispositivo dell'art. 2112 c.c. può essere derogato solo a seguito di un apposito *accordo trilatero* raggiunto nell'ambito delle procedure di consultazione

¹⁴⁵ In altri termini, trova conferma l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che afferma l'insensibilità dei rapporti di lavoro subordinato anche all'ammissione al concordato preventivo, sul presupposto che l'azienda ceduta potrebbe essere conservata e nuovamente ceduta come complesso per la continuazione di un'attività d'impresa (M. MARAZZA, *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro nell'impresa insolvente*, in M. MARAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, 2015, 31).

sindacale¹⁴⁶. Al comma 5 dell'art. 47 della legge n.428 del 1990 come successivamente modificata¹⁴⁷, infatti, il legislatore ha sancito che in caso di trasferimento d'azienda riguardante imprese «nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, *omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione di beni*, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria», qualora nel corso delle consultazioni previste dai primi due commi del medesimo articolo, sia stato raggiunto un *accordo* relativo al mantenimento anche parziale dell'occupazione, nei confronti dei lavoratori il cui rapporto continua con l'acquirente, non trova applicazione l'art. 2112, c.c., salvo che dall'accordo non risultino condizioni di miglior favore. La Suprema Corte, ha stabilito che l'accordo sindacale¹⁴⁸

¹⁴⁶ M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, in M. MARAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, 2015, 51, il quale rileva che nella fattispecie delineata dall'art. 47, comma 4-bis, legge n. 428 del 1990, l'accordo trilatero, pur non giungendo alla disapplicazione della norma civilistica, potrebbe tuttavia ridurre in modo significativo la tutela dei diritti individuali dei lavoratori coinvolti. Resta difficile valutare fino a che punto possa spingersi un eventuale accordo in deroga stipulato ai sensi del comma 4-bis, in conformità al dettato comunitario, ancorché in un'ottica di tutela dell'occupazione. Si teme infatti che la distinzione tra "flessibilizzazione" (comma 4-bis) e disapplicazione (comma 5) dell'art. 2112 c.c. si traduca in un artificio legislativo volto ad aggirare il problema dell'incompatibilità della norma nazionale con la direttiva europea. A ciò si aggiunge, eventualmente, il sacrificio di lavoratori che non passano alle dipendenze del cessionario. Come per le aziende rientranti nel campo di applicazione del comma 5, in quelle realtà produttive prive del requisito dimensionale richiesto dall'art. 47, comma 1, legge n. 428/1990, nonché in quelle che pur essendone in possesso non sia stato raggiunto l'accordo, almeno in linea teorica e in difetto di norme specifiche, la norma civilistica troverebbe applicazione.

¹⁴⁷ Art. 47, commi 4-bis e 5, l. 29 dicembre 1990, n. 428, come modificato dalla l. n. 134 del 2012 e prima dall'art. 19-quater l. 20 novembre 2009, n. 166 (al riguardo V. ANIBALLI, *Il trasferimento di «ramo d'azienda» nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 02, 345).

¹⁴⁸ Nella circolazione volontaria, gli obblighi di informazione e di consultazione sono imposti come garanzia della trasparenza delle scelte in merito al trasferimento; ed il raggiungimento di un accordo è meramente eventuale e sostanzialmente funzionale all'armonizzazione dei trattamenti economici e normativi goduti dai dipendenti nel passaggio dall'uno all'altro imprenditore. Nella circolazione *endoconcorsuale*, invece, l'intervento sindacale è espressamente diretto a verificare la possibilità di un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, e quindi a garantire una situazione particolare che giustifichi un rilevante sgravio economico per l'imprenditore che, subentrando nella titolarità dell'azienda insolvente, promuove il suo risanamento e la salvaguardia di parte almeno dei posti di lavoro. qualora si intenda dar corso ad un trasferimento d'azienda o di suoi rami in una procedura di concordato, le parti devono darne comunicazione per iscritto alle rappresentanze sindacali, indicando i motivi del programmato trasferimento collegati evidentemente allo stato concluso di crisi, le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori e le

e l'omologazione del concordato preventivo costituiscono due condizioni che devono congiuntamente sussistere nel momento in cui diviene operativo il trasferimento di azienda ed ha perciò escluso la possibilità di derogare all'art. 2112 in caso di trasferimento avvenuto *in funzione* della futura omologazione del concordato preventivo¹⁴⁹.

La normativa, così come l'esclusione dall'ambito applicativo dell'art. 169-*bis*, sottende una volontà del legislatore di favorire la conservazione e la vendita di unità produttive appartenenti ad imprese in crisi, quando ciò sia contemporaneamente funzionale alla tutela del lavoro (e non alla mera tutela della retribuzione) ed al contemporaneo soddisfacimento degli interessi del ceto creditorio. La rappresentanza sindacale viene istituzionalmente coinvolta nella procedura, come garanzia dell'instaurazione di un effettivo contraddittorio fra le esigenze di tutela del credito e le esigenze dei dipendenti rispetto alla difesa dei posti di lavoro. Il tutto sulla base di un indirizzo politico caratterizzato da un nuovo modello di socializzazione dei costi derivanti dall'insolvenza e dalla ricerca di una soluzione che sia la meno gravosa possibile per l'insieme dei soggetti coinvolti dalla crisi, attraverso forme di garanzia parziale del reddito nelle fasi transitorie, destinate a combinarsi con l'ampliamento di una copertura assicurativa dei crediti da lavoro.

La Corte di Giustizia ha da lungo tempo stabilito che, considerata la specialità della normativa fallimentare, i trasferimenti d'azienda realizzati nell'ambito della procedura concorsuale non rientrino nell'ambito di applicazione della Direttiva comunitaria 77/187, e che ciascuno Stato mem-

159

eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi. Le rappresentanze sindacali possono chiedere di avviare un esame congiunto dei motivi e degli effetti del trasferimento. Nella fase di consultazione non sussiste alcun obbligo di contrarre a carico delle parti ma solo un obbligo a trattare in contraddittorio con il sindacato rispetto alle materie indicate nell'informatica. La fase consultiva, a differenza di quella informativa ha carattere eventuale ossia su richiesta delle organizzazioni sindacali. I legittimi passivi sono l'alienante e l'acquirente (o gli offerenti in caso di procedure concorsuali) che hanno l'obbligo di partecipare congiuntamente alle consultazioni. La mancata adesione alla richiesta dell'esame congiunto configura, infatti, condotta antisindacale a norma dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, tutelabile con la procedura prevista dalla stessa disposizione.

¹⁴⁹ Nel caso di specie il contratto di affitto prevedeva che l'obbligo dell'affittuario ad acquistare fosse subordinato all'omologazione del concordato (Cass. 16 maggio 2002, n. 7120, in *Foro it.*, 2002, I, 2279 e in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 169 cui fa anche riferimento C. CONEDERA, *Crisi d'impresa e tutela occupazionale*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 492).

bro possa prevedere condizioni di miglior favore e quindi estendere eventualmente la disciplina alle fattispecie di cessione coattiva¹⁵⁰. La stessa Corte, poi, ha precisato che il lavoratore può rinunciare a certi suoi diritti, ed in particolare a quelli derivanti dal trasferimento d'azienda quali la continuazione del rapporto e la prosecuzione dello stesso alle condizioni retributive precedenti, sempre che la rinuncia non comporti per lui una situazione meno favorevole¹⁵¹.

La disapplicazione dell'art. 2112 c.c. è stata legata storicamente a due condizioni: ossia che durante la procedura *non sia stata disposta la continuazione dell'attività* (ecco la incompatibilità col concordato con continuità in senso proprio) o che comunque essa sia cessata ed in secondo luogo che sia stato raggiunto un accordo sindacale per le imprese dotate dei relativi requisiti dimensionali. La possibilità di derogare alla norma lavoristica sussisteva solo nell'ipotesi di concordato preventivo con cessione dei beni *o dell'azienda*, in virtù proprio della mancata prosecuzione dell'attività¹⁵². Orbene il secondo comma dell'art. 46-*bis* del d.l. n. 83 del 2012, nel testo integrato dalla legge di conversione n. 134 del 2012, consente in virtù di un accordo collettivo di derogare all'art. 2112 c.c. e di determinare in modo selettivo i dipendenti coinvolti nei trasferimenti di azienda o di rami, al

160

¹⁵⁰ Cfr. Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa n. 19 del 1983 *Industriebond F.N.V.* e causa n. 135 del 1983 *Abels, Wendelboe*, in *Foro it.* 1986, IV, 109 s. con nota di DE LUCA.

¹⁵¹ Corte di Giustizia 10 febbraio 1988, in *Droit social*, 6, 1988, 457, ed al riguardo M. DARMON, *Article L. 122 - 12: vers un nouveau revirement? Conclusions de l'avocat général à Cour de Justice 10 Févr. 1988*, *ibidem*, 456.

¹⁵² La giurisprudenza fallimentare peraltro ha affermato che in tema di trasferimento d'azienda, l'art. 47, comma 5, l. n. 428 del 1990 deve essere interpretato nel senso che l'accordo sindacale di deroga all'art. 2112 c.c., per un verso, e l'omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, per altro verso, concretano due condizioni che devono congiuntamente sussistere nel momento in cui diviene operativo il trasferimento, ferma restando l'insussistenza di una rigida sequenza temporale tra l'accordo sindacale e l'omologazione del concordato, nel senso della non necessaria posteriorità dell'accordo poiché comunque la ricorrenza dello stato di crisi aziendale è oggetto di deliberazione da parte del tribunale già in sede di ammissione alla procedura ai sensi degli art. 162 e 163 l. fall. come modificati dalla riforma fallimentare e di contro la verifica in sede di omologa attiene solo alla regolarità formale della procedura di talché la stipulazione del contratto di affitto di azienda intervenuta dopo il provvedimento ammissivo alla procedura concorsuale rappresenta già presupposto sufficiente per ritenere applicabile la disciplina derogativa delle garanzie dettate dall'art. 2112 c.c. in merito alla trasferibilità dei contratti di lavoro, potendo invero il decreto di omologazione intervenire anche successivamente all'accordo sindacale ed anche al contratto di affitto ovvero al trasferimento d'azienda comunque disposto (Trib. Sulmona, 21 gennaio 2009, n. 6, in *PQM*, 2009, 3, 106).

fine della parziale tutela dei livelli occupazionali. Questa ultima modifica dell'art. 47, con l'introduzione del comma 4-bis consente genericamente l'accordo derogatorio per le imprese «per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo»¹⁵³. In realtà alla luce del diritto comunitario in tema, la deroga è possibile solo in presenza di una procedura dall'intrinseco carattere liquidatorio, secondo il citato orientamento¹⁵⁴.

Il *favor* legislativo, in linea con le direttive dell'Unione¹⁵⁵, per la soluzione concordataria della crisi e per la «continuità aziendale» ha concentrato l'attenzione sul ricorso alla Cigs concorsuale, almeno fino al 2015, per le esigenze di realizzazione del «piano di concordato» di cui all'art. 161, comma 2, lett. e), l. fall. [come previsto dall'art. 33, comma 1, lett. b), d.l. n. 83 del 2012]. Quest'ultimo, infatti, consente una serie di opzioni: dalla prosecuzione dell'ordinaria attività quando risulti «funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori», alla cessione dell'azienda in esercizio a diverso titolo, al conferimento della stessa in una o più società terze, anche di nuova costituzione (art. 186-bis, comma 1, l. fall.), con la conseguenza della conservazione, almeno parziale, dei livelli occupazionali. La ridefinizione dei presupposti di accesso alla Cigs concorsuale in base alla l. n. 92 del 2012 – le prospettive di continuazione o ripresa dell'attività e di salvaguardia dell'occupazione – pare introdurre un elemento di maggiore coerenza con la procedura di concordato. Anche nel decreto ministeriale che ridefinì i parametri oggettivi per valutare le istanze di Cigs concorsuale, è stato trascurato il concordato preventivo e specialmente quello con con-

161

¹⁵³ Al riguardo M. MARAZZA, *La circolazione del patrimonio aziendale*, cit., 43 s.

¹⁵⁴ E. GRAGNOLI, *I rapporti di lavoro subordinato nel concordato con continuità*, in *Fall.*, 2014, 253. Una certa giurisprudenza di merito ha evidenziato che nel caso di concordato prenotativo, con continuità aziendale, il solo accordo con le OO.SS., stipulato ai sensi dell'art. 47, comma 4-bis, lett. b-bis, della legge n. 428 del 1990, diversamente dall'accordo sindacale raggiunto ai sensi della comma 5, del medesimo art. 47, non permette di incidere sulla continuazione del rapporto di lavoro e sulla solidarietà tra cedente e cessionario, previsti dall'art. 2112, commi 1 e 2, cod. civ. La deroga all'art. 2112 cod. civ., consentita dal comma 4-bis, lett. b-bis), può riguardare, esclusivamente, le modalità del rapporto di lavoro, essendo necessario l'accordo stipulato con il singolo lavoratore interessato, ai sensi degli artt. 410 e 411 cod. proc. civ., per incidere sui diritti a questi assicurati dai commi 1 e 2 dell'art. 2112 cod. civ. (Trib. Padova 27 marzo 2014, in *Dir. fall.*, 2015, II, 488 s. con nota di A. CAIAFA, *Sulla deroga all'art. 2112 cod. civ. nel trasferimento del ramo di azienda nella società in concordato preventivo prenotativo*.

¹⁵⁵ Raccomandazione della Commissione UE, 12 marzo 2014, n. 2014/135/UE, in *Fall.*, 2014, 393 – conservazione dell'attività.

tinuità aziendale (cfr. art. 1, d.m. n. 70750 del 2012). Solo una nota ministeriale di tenore correttivo ha successivamente precisato che, nella fase transitoria (sino all'abrogazione), le regole di accesso alla tutela del reddito riguardano tutte le procedure concorsuali sottoposte a controllo dell'autorità giudiziaria (a prescindere da quelle espressamente elencate), ivi incluso il concordato preventivo con o senza cessione dei beni¹⁵⁶.

Nell'ipotesi in cui il debitore ricorra al concordato preventivo in continuità aziendale, egli potrà accedere alla Cigs ai sensi dell'art. 1, legge n. 223 del 1991, previsto (per le imprese *in bonis*) per l'attuazione di un programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale, ovvero per fronteggiare una situazione di crisi. Laddove non potrà poi garantire – successivamente, nel corso dell'esecuzione del programma – il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi, ha facoltà di avviare la procedura di licenziamento collettivo con la messa in mobilità di cui all'art. 4, legge n. 223 del 1991¹⁵⁷. E non potendo ricollegare la causa del licenziamento alla procedura concordataria, alla stregua di quanto previsto dall'art. 2119, u.c., c.c., dovrà ricondurlo o «all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa» (art. 3, legge n. 604 del 1966), o alla «riduzione o trasformazione attività o lavoro», a seconda che si tratti di licenziamento individuale o collettivo (art. 24, legge n. 223 del 1991). In caso di licenziamento, l'imprenditore sarà tenuto al rispetto del preavviso, con conseguente diritto del lavoratore – in caso contrario – al pagamento della relativa indennità.

La procedura insomma non incide sulla continuità giuridica dei rapporti di lavoro, in quanto è espressamente esclusa l'applicazione dell'art. 169-bis legge fall. Ne deriva la permanenza dell'obbligo di pagamento delle retribuzioni maturate successivamente all'ammissione alla procedura. Anche nel caso in cui venga garantita la continuità aziendale, tuttavia, non si escludono interventi strutturali sull'organizzazione del lavoro, finalizzati al recupero di condizioni di redditività. Proprio a tal fine, il piano può

¹⁵⁶ Interpello min. lav. 22 luglio 2013, n. 23 che esclude l'utilizzo della Cigs concorsuale solo per l'istituto dei piani di risanamento previsto dall'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.

¹⁵⁷ G. GIURDANELLA, *La gestione ordinaria dell'impresa nella fase interinale del concordato preventivo con riserva*, in *Fall.*, 2014, n. 3, 345 s.; M. MARAZZA, *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro*, cit., 32.

prevedere, tra l'altro, contratti di trasferimento dell'azienda o di uno o più suoi rami, in coerenza con canoni di razionalità organizzativa¹⁵⁸. Ad ogni modo, come previsto dall'art. 186-bis, comma 2, lett. b), l. fall., le iniziative di variazione della conformazione dell'azienda devono tendere al «migliore soddisfacimento dei creditori».

Quanto alla natura del licenziamento, la giurisprudenza sembra orientarsi per la qualificazione in termini di atto gestionale di ordinaria amministrazione, sia perché rientra nelle prerogative dell'imprenditore, sia perché non incide sugli interessi del ceto creditorio, in quanto non sottrae beni alla disponibilità della stessa, né ostacola o ritarda la procedura di liquidazione (nel caso di concordato con cessione dei beni)¹⁵⁹. La messa in mobilità dei dipendenti non dovrebbe produrre ulteriori costi prededucibili, se non quelli professionali legati alla procedura medesima, ma comporta, a regime, un alleggerimento dei costi fissi e, quindi, non induce alcun impatto sul patrimonio dell'impresa¹⁶⁰.

Fino a pochi anni fa in conseguenza della inapplicabilità della Cigs nelle imprese più piccole, di fronte ad una crisi aziendale che comportasse degli esuberi si reagiva secondo due ben diverse modalità: da una parte per le imprese con più di 15 lavoratori era possibile far intervenire la Cigs, «ammortizzando l'impatto sociale»; in quelle fino a 15 dipendenti, si doveva procedere ai licenziamenti. Dal 2009 (legge n. 2 del 2009) è stata prevista “in deroga” l'estensione anche ai lavoratori dipendenti delle imprese più piccole, la normativa generale sugli ammortizzatori sociali, prevedendone, peraltro, la disciplina specifica mediante accordi regionali. Con la riforma Fornero, come noto, la integrazione salariale straordinaria, per le imprese soggette a procedure concorsuali è stata abrogata a partire dal 1 gennaio 2016¹⁶¹. Il Ministero del lavoro, con la circolare n. 1 del 22 gennaio 2016¹⁶², ha precisato che alle imprese che hanno

163

¹⁵⁸ G. TERRANOVA, *Il concordato “con continuità aziendale” e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I.

¹⁵⁹ Trib. Cosenza 6 marzo 2013, decr., con riferimento ad un’ipotesi di concordato con continuità aziendale.

¹⁶⁰ Così Trib. Milano 23 novembre 2012, decr. (in M. MARAZZA, *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro*, cit., 33).

¹⁶¹ Art. 2, comma 70, l. n. 92 del 2012.

¹⁶² Pubblicata sul sito del Ministero del Lavoro il 27 gennaio 2016 (http://www.lavoro.gov.it/Notizie/Pages/20160127_Circolare-n-1-del-22-01-2016.aspx), il Ministero ha fornito chiarimenti

richiesto la Cigs in forza delle causali previste dalla previgente normativa nonché dall'art. 21 del d.lgs. n. 148 del 2015, e che, in costanza di fruizione del trattamento richiesto, siano sottoposte a procedura concorsuale con prosecuzione dell'esercizio d'impresa, al fine di garantire la continuità del sostegno al reddito dei lavoratori, il trattamento potrà essere autorizzato – *nel limite del periodo già richiesto* – a condizione che gli organi della procedura si impegnino a proseguire e concludere il programma inizialmente presentato¹⁶³. Quindi, richiesta la “voltura” presentata dagli organi della procedura concorsuale, il Ministero del Lavoro potrà autorizzare l'erogazione del trattamento Cigs in favore dei lavoratori dipendenti dalla procedura concorsuale per il periodo decorrente dalla data del provvedimento di ammissione alla data di conclusione del programma inizialmente presentato.

11. - La tutela *endoconcordataria* del terzo contraente.

Nel quadro complessivo risulta chiaro che a differenza di quanto accade nel fallimento il contraente *in bonis* (come d'altra parte il debitore) può servirsi dei tipici *rimedi di autotutela* rappresentati dal potere di sospensione della prestazione *ex art. 1461 c.c.* e dall'*exceptio inadimplenti contractus* (previsto dall'art. 1460 c.c. e nelle forme speciali *ex artt. 1565 e 1901 c.c.*)

in materia di CIGS in caso di procedure concorsuali e disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative nell'ambito delle attività sportive dilettantistiche, alla luce delle novità introdotte dal *Jobs Act*. Con la circ. n. 24 del 2015, il Ministero del Lavoro aveva già evidenziato che, successivamente al 31 dicembre 2015, nel caso in cui l'azienda sia sottoposta a procedura concorsuale con continuazione dell'esercizio d'impresa, ove sussistano i presupposti, la fattispecie può rientrare nell'ambito delle altre causali di concessione della Cigs previste dal d.lgs. n. 148 del 2015 (pertanto, riorganizzazione e crisi aziendale, contratti di solidarietà).

¹⁶³ Pertanto, da un punto di vista operativo, gli organi della procedura concorsuale dovranno innanzitutto inviare con modalità telematiche, all'interno della pratica di “CIGSonline” già acquisita, una richiesta di subentro nella titolarità del programma già presentato e del quale si chiede la prosecuzione fino alla prevista scadenza, con l'impegno a garantirne il completamento. A tale istanza andranno allegati sia l'accordo sindacale sottoscritto in sede di esame congiunto dalle parti sociali, sia il provvedimento dichiarativo o di ammissione alla procedura concorsuale. In seguito, l'INPS provvederà all'interruzione del trattamento di Cigs a decorrere dalla data del provvedimento dichiarativo o di ammissione alla procedura concorsuale.

e, per i rapporti che proseguono, alcuna preclusione può derivare dal divieto di azioni esecutive e cautelari.¹⁶⁴

Si tenga conto innanzitutto che la sospensione contrattuale *ex art. 1461, c.c.*, rappresenta una regola generale cui è ispirato l'intero diritto delle obbligazioni e dei contratti, secondo cui ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione e non sia data garanzia, fino a rifiutare la propria prestazione in virtù dell'*exceptio inadimpieti ex art. 1460 c.c.* qualora il mutamento delle condizioni o altri motivi abbiano determinato l'inadempimento della controparte. Allo stesso criterio è improntata la regolamentazione fallimentare dei contratti pendenti, evitando che il contraente *in bonis* sia tenuto ad eseguire la sua prestazione senza la sicurezza di ottenere la controprestazione o di ottenerla per intero (subendo, se si tratta di un credito, la falcidia), cui, però si contrappone l'esigenza della tutela degli interessi collettivi dei creditori, per cui non è il terzo a scegliere se dare esecuzione alla sua prestazione a fronte del mutamento delle condizioni della controparte e della conclamata insolvenza, ma è la legge ad imporre alla controparte del fallito la sospensione, la continuazione o lo scioglimento. Le stesse esigenze emergono anche nel concordato ed infatti è stata introdotta la disciplina dell'*art. 169-bis* e in particolare della sospensione ad iniziativa della parte.

Il problema si pone in particolare per i *contratti di durata* sinallagmatici caratterizzati da prestazioni periodiche o continuative connesse tra loro ma comunque autonome (si pensi ad esempio alla somministrazione di servizi, al *leasing*, al contratto di assicurazione). Tant'è che gli organi della procedura non dovranno solo valutare se il contratto si è concluso dal lato del terzo contraente e se la natura unitaria dei rapporti contrattuali, specie quelli di durata, comporta il trattamento omogeneo delle prestazioni continuative, ma anche l'opportunità di *incentivare* la prosecuzione funzionale all'attività di impresa evitando reazioni della controparte a cominciare

165

¹⁶⁴ Nel senso dell'ammissibilità: M. FABIANI, *L'autotutela*, cit., 1069; G. TARZIA, *Effetti del concordato preventivo (e dell'amministrazione controllata) sul contratto di somministrazione in corso*, in *Dir. fall.*, 1984, II, 774.

dalla cessazione delle prestazioni erogate (si pensi alla fornitura di gas od energia).

Riguardo alla *facoltà di sospensione della prestazione*, da un lato vero è che il concordato preventivo avendo come presupposto uno stato di crisi, o addirittura di insolvenza¹⁶⁵, rappresenti di per sé un pericolo per il contraente *in bonis* di non conseguire la controprestazione, ma dall'altro lato è altrettanto vero che la natura stessa della procedura concorsuale (e dei suoi organi) costituisce garanzia di conservazione delle condizioni patrimoniali deterioratesi, specie in virtù della regola della prededuzione dei crediti sorti in funzione della fisiologica esecuzione del concordato preventivo. Ed al riguardo il comma 2, dell'art. 111, l. fall., sancisce non a caso che sono considerati prededucibili i debiti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge». Le due considerazioni neutralizzano le soluzioni estreme per cui lo strumento di autotutela è efficacemente esperibile dal contraente allo stesso modo in cui lo è fuori dalla procedura concorsuale, secondo un criterio della ragionevolezza: valutando l'effettivo pericolo di non conseguire la controprestazione e l'effettivo pericolo che la procedura non sia in grado di pagare integralmente neppure i crediti in prededuzione. Si tenga conto peraltro che a fronte della sospensione in parola, il debitore in concordato, qualora ritenga importante il mantenimento del rapporto, può attuare anticipatamente la propria prestazione o prestare una garanzia¹⁶⁶.

Ai fini dell'*eccezione di inadempimento* va preferita poi la tesi secondo cui il carattere unitario del rapporto contrattuale impone un trattamento unitario per tutte le obbligazioni che dallo stesso discendono senza poter distinguere tra crediti per prestazioni anteriori o successive alla domanda di concordato che *in caso di prosecuzione del contratto*, in quanto parzialmente ineseguito, divengono tutti di natura *prededucibile*. Va infatti condiviso quell'orientamento della Suprema Corte secondo cui in caso di prosecuzione il nesso sinallagmatico resta intatto e l'ammissione alla pro-

¹⁶⁵ Come noto l'ultimo comma dell'art. 160, l. fall., (aggiunto dal d.l. 30 dicembre 2005 n. 273) precisa che ai fini della proposta di concordato per stato di crisi (previsto dal comma 1) si intende anche lo stato di insolvenza.

¹⁶⁶ Il debitore non può certo pretendere l'esecuzione del contratto se non offre l'adempimento, restando comunque applicabile, con riferimento alle prestazioni successive, la disciplina generale in materia di *exceptio inadimulti contractus* (art. 1460 c.c.).

cedura non determina alcuna soluzione di continuità tra le prestazioni passate e future: essendo unico il rapporto unico è unico anche il relativo credito¹⁶⁷. L'eccezione non presuppone l'imputabilità dell'inadempimento, per cui è ammissibile nei contratti pendenti ad esecuzione istantanea, per i quali non vige (come invece per i contratti di durata) il principio di scindibilità delle prestazioni anteriori da quelle successive al concordato preventivo. E ciò come ben si è rilevato ne consente l'opponibilità dal contraente *in bonis* nel caso di rifiuto dal contraente in procedura del regolare pagamento di prestazioni anteriori ineseguite, senza violazione del *principio di concorsualità* posto dall'art. 168 l. fall.¹⁶⁸

Passando al diverso piano della *tutela giurisdizionale*, il contraente *in bonis* può sperire in primo luogo nei confronti del debitore in concordato che non provveda spontaneamente alle prestazioni, anche anteriori all'ammissione al concordato preventivo, *azione di adempimento*, in caso di continuazione o di scioglimento non autorizzato *ex art. 169-bis l. fall.*, o avvenuto prima della domanda di ammissione alla procedura. Stesso discorso vale per l'azione diretta all'*esecuzione in forma specifica* dell'obbligo a contrarre assunto prima del concordato¹⁶⁹.

È possibile poi evidentemente l'*azione di risoluzione* sia quando l'inadempimento si verifica nel corso della procedura sia quando sia precedente, considerato l'esonero dagli effetti della concorsualità sulla base del principio della continuazione dei rapporti preesistenti secondo le norme di diritto comune¹⁷⁰. D'altra parte vale anche, sul piano negoziale, per le clausole risolutive espresse, fatta salva l'ipotesi di concordato con continuità aziendale visto che l'art. 186 *bis* sancisce che il contratto prosegue di diritto, con inefficacia di clausole risolutive, salva la facoltà di scioglimento o di sospensione che spetta al debitore. I *crediti restitutori* che derivano dalla pronuncia della risoluzione, che ha effetto retroattivo, andrebbero

167

¹⁶⁷ Cass. 21 dicembre 1990, n. 12157, in *Dir. fall.*, 1992, II, 777; Cass. 4 febbraio 1993, n. 1397 e Cass. 23 marzo 1992, n. 3581 in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2169 (in tema di somministrazione); Cass. 15 luglio 1980, n. 4338 in *Dir. fall.*, 1980, II, 577 (in tema di assicurazione). *Contra* tuttavia: Cass. 30 gennaio 1997, n. 968 n. 968, in *Giur. it.*, 1997, I, 1; Cass 29 settembre 1993, n. 9758 in *Dir. fall.*, 1994, II, 226.

¹⁶⁸ Così A. PATTI, *Rapporti pendenti*, cit., 266.

¹⁶⁹ Cfr. tra le altre Cass., 1 marzo 2002, n. 3022, in *Fall.*, 2002, 734; Cass. 23 gennaio 1998, n. 615, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2245.

¹⁷⁰ A. DIMUNDO-A. PATTI, *I rapporti*, cit., 109.

considerati, secondo un certo orientamento¹⁷¹, anteriori alla procedura con tutte le relative conseguenze¹⁷².

L'azione di risarcimento ex art. 1218, c.c., presuppone invece l'imputabilità dell'inadempimento a meno che il debitore non provi che quest'ultimo sia stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui appunto non imputabile¹⁷³. I crediti risarcitorii in ogni caso vanno collocati temporalmente al momento dell'inadempimento: precedenti al concordato, anche se il danno sia venuto a maturazione od ulteriore maturazione dopo l'apertura della procedura, quelli scaturenti da una inadempienza contrattuale pregressa¹⁷⁴, ed invece da considerarsi successivi se l'inadempimento avviene a procedura avviata, con tutte le relative conseguenze. L'art. 169-bis. l. fall., come visto, inquadra nel primo gruppo quelli derivanti da scioglimento richiesto nel ricorso ed autorizzato.

Qualora, infine, l'inadempimento riguardi prestazioni successive all'apertura della procedura in rapporti proseguiti, , anche in caso di concordato in bianco¹⁷⁵, non si configurano violazioni del principio di concorsualità che riguarda solo obbligazioni anteriori, con libertà di entrambe le parti di ricorrere a tutte le tutele ivi comprese quelle cautelari¹⁷⁶. In particolare, ci si riferisce non solo ai provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. ed alle azioni di nunciazione, ma anche all'istruzione preventiva e al sequestro giudiziario ex art. 670, n. 2, c.p.c. alle azioni conservative ed a quelle previste in materia di proprietà industriale.

¹⁷¹ G. LO CASCIO, *Il concordato*, cit., 474.

¹⁷² Secondo altra impostazione il titolo della pretesa non è il contratto, che per effetto della risoluzione diviene *tamquam non esset*, ma l'indebito oggettivo extracontrattuale successivo "nel loro accertamento" alla procedura concorsuale (A. DIMUNDO-A. PATTI, *I rapporti*, cit., 112).

¹⁷³ Si affermava prima della novella che l'autorizzazione giudiziale allo scioglimento, rappresentando l'esercizio di un potere discrezionale attribuito all'organo della procedura impedisce l'azione risarcitoria (M. SIMEON, *Gli effetti*, cit., 843, che richiama P. F. CENONI, *Gli effetti*, cit., 145).

¹⁷⁴ Cass. 13 giugno 1998, n. 5772, in *Giust. civ.*, 1991,I, 83. In dottrina G. LO CASCIO, *Il concordato*, cit., 475.

¹⁷⁵ Trib. Frosinone 24 ottobre 2014, in *Fall.*, 2015, 835 s. con nota di R. CONTE, *Concordato preventivo ed azioni cautelari* (secondo cui il divieto posto dall'art. 168 l. fall. di iniziare o proseguire azioni cautelari, tra le quali quelle volte ad ottenere il sequestro giudiziario dell'azienda, è applicabile anche in caso di concordato c.d. con riserva).

¹⁷⁶ Cfr. al riguardo L. CARAVELLA, *La tutela, anche conservativa, dei diritti e il concordato preventivo*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, 235 s.

12. - Contratti a prestazioni inscindibili, *leasing*, natura dei crediti e pagamenti preferenziali.

Per concludere va analizzato il tema dei contratti in cui esiste una compiuta sinallagmaticità (c.d. “a coppie”) tra le prestazioni reciproche e periodiche durante l’esecuzione del rapporto. Il debitore concordatario dovrebbe di regola adempiere alle obbligazioni maturate dopo l’apertura della procedura, considerate *scindibili* dalle obbligazioni precedenti che seguirebbero invece le regole del concorso¹⁷⁷. Laddove viceversa non c’è questa compiuta corrispettività le obbligazioni andrebbero adempiute o non adempiute per l’intero.

Un vero e proprio *paradigma* può individuarsi, come noto, nelle due diverse tradizionali categorie del contratto di *leasing* che sono sopravvissute, secondo la suprema corte, anche alla introduzione dell’art. 72-*quater* l. fall.,¹⁷⁸ In quello “di godimento” l’utilizzatore deve corrispondere un canone periodico commisurato al valore dei servizi prestati dal bene nell’unità di tempo considerato ed al compenso per i servizi collaterali. Il canone periodico sconta per tutta la durata del contratto la progressiva obsolescenza del bene che al termine del rapporto non avrà, secondo l’iniziale previsione delle parti, più alcun valore, esaurito sostanzialmente dal godimento dell’utilizzatore. La configurazione, per l’effetto, di contratto ad esecuzione continuata o periodica lo smarca dalla retroattività

169

¹⁷⁷ F. GUZZI, *Il contratto di leasing nel concordato preventivo e nell’amministrazione controllata*, in *Dir. fall.*, 1992, I, 321. Dopo la riforma si veda G. BONFANTE, *Il nuovo concordato preventivo e il contratto di locazione finanziaria*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011, n. 2., 9 s.

¹⁷⁸ Cass. 29 aprile 2015, n. 8687, secondo cui l’introduzione nell’ordinamento, tramite l’art. 59 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, dell’art. 72-*quater* l. fall. non consente di ritenere superata la tradizionale distinzione tra *leasing* finanziario e traslativo, e le differenti conseguenze (nella specie, l’applicazione in via analogica dell’art. 1526 c.c. al leasing traslativo) che da essa derivano nell’ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell’utilizzatore. Ed infatti sempre la Suprema Corte ha evidenziato che nell’ipotesi in cui il contratto di *leasing* si sia risolto per inadempimento dell’utilizzatore prima del fallimento di quest’ultimo, la norma che viene in rilievo non è l’art. 72-*quater* l. fall., che presuppone la pendenza del contratto, bensì l’art. 72, comma 5, che sancisce l’opponibilità alla massa dell’azione di risoluzione promossa anteriormente al fallimento. In tal caso conserva validità il distinguo tra *leasing di godimento e leasing traslativo* ed il concedente può far valere nei confronti del fallimento la domanda di risoluzione del contratto ai sensi dell’art. 1458, comma 1, c.c. o ai sensi dell’articolo 1526 c.c., ferma la necessità di insinuarsi al passivo qualora con la domanda di risoluzione siano proposte anche domande restitutorie o risarcitorie (Cass., 9 febbraio 2016, n. 2538, in *ilcaso.it*).

dell'effetto risolutivo disposta in via generale dall'art. 1458 comma 1, c.c., in sede di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore.

Nel *leasing* “traslativo”, invece, il bene è destinato a conservare alla fine del rapporto un residuo valore per l'utilizzatore in quanto superiore considerabilmente al prezzo di riscatto, tenuto conto dell'uso programmato, della durata del contratto e del canone previsto. In tal caso, come nella *vendita a rate con riserva della proprietà*, la retroattività dell'effetto risolutivo di cui all'art. 1458, c.c., si applica senza limitazioni, per cui ogni parte acquista il diritto alla restituzione di quanto prestato in base al contratto con i tempi e i perimenti contemplati nell'art. 1526, c.c.,¹⁷⁹.

Come noto la novella del 2015 ha introdotto un nuovo quinto comma all'art. 169-bis, sulla falsariga di quanto accade nel fallimento, sancendo che «in caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare al debitore l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenuta a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale. La somma versata al debitore a norma del periodo precedente è acquisita alla procedura»¹⁸⁰. Insomma sia che il prezzo ricavato sia tale da assorbire per intero il credito residuo in linea capitale, sia che riesca a compensarlo solo parzialmente, in ogni caso la soddisfazione avviene fuori concorso, in prededuzione, poiché si attua direttamente sul ricavato, e la restituzione al fallimento è prevista solo in caso di eccedenza del differenziale positivo¹⁸¹.

170

¹⁷⁹ Questo è l'orientamento della Cass. 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574, 5575, in F. LAMANNA, *Il Leasing*, Milano, 1990, 83 e 96 s., e poi Cass. 5 giugno 1991, n. 6357, in *Fall.*, 1992, 129; Cass. 20 febbraio 1992, n. 2083; Cass. 22 febbraio 1994, n. 1731, *ivi*, 1994, 591; Cass. sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65, *ivi*, 1993, 521. Sul tema efficacemente A. DIMUNDO-A. PATTI, *I rapporti*, cit., 325 ss.; e prima A. PATTI, *Il leasing nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 919.

¹⁸⁰ Si è rilevato che la vendita del bene dato in leasing sembrerebbe “venir lasciata a una libera e compiuta discrezione del concedente: sia quanto ai tempi e ai modi, sia pure per la stessa scelta di procedere o meno alla vendita....non si riesce a comprendere la ragione per cui non risulta utilizzato lo schema autorizzatorio e protettivo della procedura di cui all'art. 53 l. fall. Ancora meno si riesce a intendere il motivo per cui non sia stato previsto neppure un qualche meccanismo di controllo giudiziale sull'operare che il concedente viene in concreto a svolgere (A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 403).

¹⁸¹ Prima della novella la giurisprudenza aveva avuto modo di affermare che può essere accolta la richiesta di scioglimento di contratti di *leasing* in ragione della natura liquidatoria

Peraltro «il concedente ha diritto di far valere verso il debitore un credito determinato nella differenza tra il credito vantato alla data del deposito della domanda e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato»¹⁸².

Ci si è chiesto peraltro se tale regolamentazione è sostitutiva dell'indennizzo, o molto più probabilmente – a nostro avviso – si è concepita una forma di risarcimento per l'anticipato scioglimento del contratto, posto che nel concordato, a differenza del fallimento in cui al curatore la legge attribuisce la facoltà di scelta tra subentro e scioglimento senza corrispettivo, lo scioglimento equivale ad una forma di recesso unilaterale, che, non essendo previsto contrattualmente dà luogo al risarcimento del danno (art. 1373 c.c), identificato nell'indennizzo¹⁸³.

Problematiche analoghe al *leasing* tradizionale varrebbero ad esempio per la *locazione* e addirittura per il contratto *di appalto* in cui le parti abbiano

del piano, apprendo ingiustificato che la società (che ha concesso in affitto il ramo d'azienda produttivo ad un soggetto terzo) continui a far fronte a canoni in prededuzione, per beni strumentali allo svolgimento di detta attività, approntando i relativi fondi ed accantonamenti sino alla completa esecuzione dei rapporti, risultando invece ben più vantaggioso e coerente con il piano l'immmediato scioglimento. Si è, poi, precisato che tale interruzione del rapporto comportava il riconoscimento di un credito chirografario in capo alle società *di leasing* coinvolte pari ai canoni non pagati ed a scadere, oltre ad eventuali oneri e penali, detratto il valore residuo del bene da restituire, di cui il commissario giudiziale dovrà tenere conto anche ai fini dell'ammissione al voto (Trib. Ravenna 22 ottobre 2014 in *ilcaso.it*).

¹⁸² La giurisprudenza aveva avuto modo subito prima di affermare che nell'ambito del concordato preventivo, non è applicabile l'articolo 72-*quater* l. fall., il quale ha regolamentato la sorte del contratto di locazione finanziaria senza far riferimento alla tradizionale distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, distinzione alla quale si dovrebbe pertanto far ricorso per distinguere le prestazioni eseguite prima del deposito della domanda di concordato e quelle eseguite successivamente. Nell'ambito del concordato preventivo, in presenza di un contratto di locazione finanziaria definibile come *leasing* di godimento, dove i canoni hanno «la funzione di compensare l'utilizzo di un bene che al termine del contratto conserva un valore esiguo, le prestazioni sono scindibili tra prestazioni anteriori e prestazioni posteriori al deposito della domanda, mentre, nell'ambito del *leasing* traslativo, ove il bene al termine del contratto conserva un valore rilevante e in cui prevale la funzione di finanziamento, le prestazioni non sono scindibili e non è possibile operare la sopra riferita distinzione tra prestazioni *ante* e prestazioni successive alla domanda di concordato» (così Trib. Padova 27 luglio 2015, in *ilcaso.it*, 13396).

¹⁸³ G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, in *fallimentiesocietà.it*, luglio 2015, che inoltre si chiede quali «siano le conseguenze dello scioglimento di contratti affini, quali ad esempio, un contratto di vendita con riserva di proprietà: si applicheranno le disposizioni dell'art. 73 l.f. e dell'art. 1526 c.c.?».

pattuito il pagamento per stati di avanzamento¹⁸⁴. Ed in fin dei conti anche la tecnica giurisprudenziale della liquidazione parziale del *conto corrente* con il congelamento del saldo debitario del cliente risponde nella sostanza alla regola della scindibilità¹⁸⁵. Invero l'opzione fra scindibilità, o meno, appare «arbitraria se rapportata ad una valutazione che si limiti a prendere in considerazione il carattere frazionabile o meno dell'interesse del contraente che riceve la prestazione continuativa o periodica»¹⁸⁶.

Sull'altro fronte c'è ad esempio il contratto di assicurazione, dove il premio è tendenzialmente unitario ed indivisibile e di conseguenza deve essere pagato per intero, anche con riferimento al rateo maturato prima della presentazione della proposta¹⁸⁷. Analoghe questioni si ripropongono per il contratto di somministrazione, sebbene al riguardo la giurisprudenza di legittimità si va orientando più decisamente nel senso di escludere la natura prededucibile dei crediti per prestazioni anteriori alla domanda¹⁸⁸.

La valorizzazione nelle norme sulla continuazione dell'impresa dovrebbe,

¹⁸⁴ Cass. 17 giugno 1995, n. 685, in *Giur. it.*, I, 1, 358 s. secondo cui in questo caso i singoli pagamenti ben potrebbero produrre effetti giuridici differenziati per l'influenza di vicende sopravvenute durante l'evoluzione del rapporto negoziale.

¹⁸⁵ Si è affermato che la liquidazione del conto non precluderebbe affatto la possibilità che il rapporto proseguia con vantaggio per la gestione dell'impresa concordataria, tanto è vero che la stessa chiusura del conto con liquidazione periodica del saldo, prevista dall'art. 1831, c.c., presuppone anziché precluderne la prosecuzione (A. DIMUNDO-A. PATTI, *I rapporti*, cit., 325 s.). Sul tema in generale cfr. F. DI SABATO, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1982, 15 s.; A. STESURI, *Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivo*, Padova, 2004, 1 s.

¹⁸⁶ M. SIMEON, *Gli effetti*, cit., 860.

¹⁸⁷ Cass., 29 settembre 1993, n. 9758, in *Dir. fall.*, 1994, II, 226, secondo cui «In tema di assicurazione contro i danni, l'apertura del concordato preventivo a carico dell'assicurato comporta che i premi sono sottoposti alla falcidia concordataria se riguardino periodi assicurativi esauriti in precedenza, mentre vanno soddisfatti per l'intero se riguardino periodi ulteriori».

¹⁸⁸ Cass., 18 maggio 2005, n. 10429, in *Fall.*, 2006, 37, con nota di D. FINARDI («Il credito del somministrante per il prezzo delle somministrazioni eseguite prima dell'ammissione del debitore al concordato preventivo è soggetto al concorso, ai sensi dell'art. 184 I.fall., non essendo estensibile al concordato il disposto del 2° comma dell'art. 74 I.fall., dettato in ragione delle specifiche finalità del fallimento e non richiamato dall'art. 169 legge fallimentare»); Cass., 30 gennaio 1997, n. 968. In senso favorevole invece alla prededucibilità dei crediti per forniture pregresse: Cass., 23 marzo 1992, n. 3581; App. Trento, 11 luglio 1984, in *Dir. fall.*, 1984, II, 774, con nota di G. TARZIA; Trib. Firenze, 13 aprile 1988, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1989, 436.

tuttavia, sul piano generale, accentuare la tendenza alla propensione *per la inscindibilità* che si sposa sul piano logico e giuridico con la regola della *prededucibilità dei relativi crediti* di cui al secondo comma dell'art. 111, l. fall.,¹⁸⁹

Il quadro complessivo delineato ci consente di verificare anche il problema strettamente connesso alla portata nel concordato preventivo del divieto di pagamento in alterazione della *par condicio creditorum* e del divieto di azioni esecutive e cautelari individuali.

Orbene le peculiarità su tali specifici profili della procedura di concordato rispetto al fallimento derivano proprio dai diversi effetti sui contratti pendenti in corso di esecuzione. Ecco come si spiega ad esempio una norma quale quella dettata dal comma 3 dell'art. 168, l. fall., che consente ai creditori l'acquisto del diritto di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti purché vi sia l'autorizzazione del giudice, apparentemente in disarmonia con il primo comma dello stesso articolo che inibisce le azioni esecutive per "titolo o causa anteriore al decreto" dalla data di pubblicazione del ricorso e fino alla *definitività* del decreto di omologazione.

¹⁸⁹ Il divieto di pagamento dei crediti pregressi e la facoltà, per l'imprenditore, di compiere gli atti di ordinaria amministrazione (tra i quali rientrano anche l'adempimento dei contratti pendenti) vanno conciliati, secondo una certa giurisprudenza, come segue: il divieto di pagamento dei crediti pregressi sussiste in tutte quelle situazioni giuridiche che si sono definitivamente cristallizzate in un rapporto di credito/debito; per i rapporti giuridici pendenti nei quali le prestazioni delle parti non sono ancora eseguite o compiutamente eseguite, laddove il rapporto prosegue non vi è – di regola – divieto di pagamento dei crediti anteriori, a meno che il rapporto sinallagmatico non sia caratterizzato da un contratto di durata dal quale sorgono coppie di prestazioni isolabili sotto il profilo funzionale ed economico (fattispecie che ricorre, ad es., nei contratti di somministrazione). I finanziamenti effettuati tra società appartenenti al medesimo gruppo involgono un delicato giudizio sulla corrispondenza dell'atto ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria (articolo 2497, comma 1, c.c.), sul bilanciamento degli interessi di tutte le società coinvolte (articolo 2497-ter), sugli eventuali vantaggi compensativi (articolo 2497, comma 1, secondo periodo) e sulla certezza o sulla probabilità o possibilità che la società erogante riceva una seria ed incontestabile contropartita a seguito del finanziamento predetto. Pertanto, se – di regola – in una situazione economica e finanziaria fisiologica i predetti finanziamenti possono rientrare negli atti di ordinaria amministrazione, nell'ipotesi in cui una o tutte le società del gruppo si trovino in situazione di insolvenza, l'attività di trasferimento deve essere qualificata come di straordinaria amministrazione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 161, comma 7 (così Trib. Reggio Emilia 9 agosto 2013, in *ilcaso.it*, 2013).

Nel concordato non può parlarsi di un divieto assoluto di pagamento di crediti anteriori all'apertura della procedura¹⁹⁰ in quanto, come ha recentemente statuito la Suprema Corte, occorre guardare al disvalore oggettivo di tale contegno solutorio che *talora potrebbe comportare un accrescimento e non una diminuzione della garanzia patrimoniale offerta ai creditori*, tendendo in definitiva all'obiettivo del loro migliore soddisfacimento.¹⁹¹

In questa logica sono da considerare possibili i pagamenti *funzionalmente collegati ad un rapporto unitario che prosegue e che può rendere anche unitario il credito* specie alla luce del nuovo art. 111, comma 2, l. fall. secondo cui sono considerati prededucibili i debiti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge», d'altra parte come accade anche in caso di esercizio provvisorio¹⁹². Del pari, come visto, non

¹⁹⁰ Secondo una certa giurisprudenza tuttavia l'avvenuta presentazione della domanda di concordato comporterebbe sia l'insorgenza del divieto *ex art. 168 l. fall.* di procedere al pagamento dei crediti sorti anteriormente all'apertura del concorso per evitare la violazione della *par condicio creditorum*, sia la «sospensione dei pagamenti in forza di disposizione legislativa», conseguendone il diritto in capo al debitore all'attestazione della regolarità contributiva (Trib. di Firenze, sez. lav., n. 9764, 21 dicembre 2015, in *fallimentiesocietà.it*).

¹⁹¹ Si pensi, in via meramente esemplificativa, ai pagamenti di crediti di lavoro – che impediscono che sul capitale maturino ulteriori interessi e rivalutazione monetaria – od ai pagamenti di utenze, eseguiti al fine di evitare l'interruzione dell'erogazione del servizio, di prestazione di manutenzioni, di spese legali sostenute per difendere i beni dalle pretese avanzate da terzi, che risultano volti direttamente o indirettamente, a conservare valore al patrimonio aziendale, in modo da ottenerne il maggior ricavo possibile in sede di liquidazione (Cass., 19 febbraio 2016, n. 3324, inedita, che ha sancito che tali pagamenti di debiti anteriori non comportano l'automatica revoca del concordato *ex art. 173, l. fall.*, in quanto occorre accertare a tal fine se sono tali da pregiudicare la possibilità di adempimento della proposta concordataria).

¹⁹² La Cassazione ha ritenuto che i crediti del somministrante *in bonis* per le consegne già avvenute e per i servizi già erogati prima dell'avvio del fallimento con esercizio provvisorio, in cui l'esecuzione del contratto era proseguita, debbano essere considerati concorsuali, sia per la natura eccezionale della disposizione contenuta nell'art. 74 l. fall., sia per la necessità di considerare prededucibili a norma dell'ottavo comma dell'art. 104 l. fall., solo i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio, quanto meno laddove (come nel contratto di somministrazione e a differenza dalla vendita a consegne ripartite) le singole prestazioni siano «tra di loro indipendenti e distinte» e dirette ad appagare «interessi strutturalmente autonomi del creditore» (Cass., 19 marzo 2012, n. 4303, in *Fall.*, 2012, 1222, con nota di A. PATTI). La Suprema corte richiama altri precedenti (Cass., sez. un., 22 maggio 1996, n. 4715; e Cass., 12 gennaio 2001, n. 396; cfr. sul punto anche P. F. CENONI, *Gli effetti*, cit., 338 s.). Si noti che in precedenza la stessa Cassazione, proprio con riferimento al concordato preventivo, aveva deciso che, in caso di prosecuzione del contratto di somministrazione, per effetto della sua natura e struttura unitaria non era possibile scindere le prestazioni anteriori da quelle posteriori al procedimento e sottoporre il credito per le prime a falcidia concordataria (Cass.,

esiste un divieto assoluto di azione esecutiva o cautelare¹⁹³ quando la causa trae origine dall'inadempimento di un rapporto anteriore (od anche successivo) rimasto inadempito dal debitore concordatario in corso di esecuzione¹⁹⁴. L'impostazione risponde anche al rilievo operativo che ha la circostanza per cui se i terzi contraenti *in bonis* fossero pagati con moneta fallimentare si guarderebbero bene dal proseguire rapporti contrattuali con il debitore concordatario o comunque di dargli credito, impedendo di fatto la continuità aziendale¹⁹⁵.

Ed in questo contesto e secondo questa impostazione vanno lette anche le norme di cui all'art. 161, comma 7, l. fall., che consente al debitore di compiere atti di ordinaria amministrazione (compresi pagamenti) o di

23 marzo 1992, n. 3581, in *Fall.*, 1992, 700; in *Giust. civ.*, 1992, I, 3066; in *Arch. civ.*, 1992, 1068; e in *Dir. fall.*, 1992, II, 917). Prima della riforma si propendeva per la prededucibilità dei crediti nel caso in cui la gestione dell'impresa costituiva modalità essenziale del concordato (Cass. 5 agosto 1996, n. 7140, cit.) e si ritenevano per lo più scindibili le prestazioni anteriori e successive al fine della qualificazione dei relativi crediti (Cass. 30 gennaio 1997, n. 968, cit.; Cass. 24 settembre 1997, n. 9395). In tema di contratto di assicurazione l'orientamento si basava sulla considerazione che ciascun premio costituirebbe il corrispettivo della copertura per un certo periodo (Cass. 29 novembre 1993, n. 9758 in *Fallimento*, 1994, 257 nello stesso senso in dottrina G. C. BIBOLINI, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fall.* a cura di G. LO CASCIO, Milano, 1996, 784; *contra*: Cass. 17 luglio 1980, n. 4538, cit., 577).

¹⁹³ Si è evidenziato che rimane ferma l'esclusione dall'ambito della protezione del concordato delle azioni di mero accertamento, delle azioni costitutive (ivi comprese l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto *ex art. 2932 c.c.*), e delle azioni di condanna, il cui esito favorevole non consentirà tuttavia né di compiere atti esecutivi, né di iscrivere ipoteca. La sanzione rimane sempre quella della "nullità", così perpetuandosi sia il problema interpretativo concernente direttamente la norma, sia lo iato testuale rispetto alla differente formulazione dell'art. 182-bis, che non contiene alcuna menzione di sanzione di nullità, ma si limita a stabilire un mero "divieto" (F. ROLFI, *La protezione anticipata nel concordato preventivo alla luce del "Decreto Sviluppo"*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, 216).

¹⁹⁴ Peraltra il divieto di azioni esecutive di cui all'art. 168, comma 1, l. fall., non pone alcuna limitazione alla facoltà del creditore, indipendentemente dalla natura del suo diritto, di promuovere un giudizio al fine di ottenere non solo un accertamento ma anche una condanna ovvero un titolo esecutivo (Cfr. tra le altre Cass. 29 novembre 1993, n. 9758, cit., 257; Cass. 21 luglio 1994, n. 6809, in *Fall.*, 1995, 259). Non esistendo infatti un procedimento di verifica dei crediti, le questioni relative all'esistenza ed all'ammontare degli stessi possono essere risolte, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di omologa, in un ordinario processo di cognizione. In tema in (R. ROSAPEPE, *La tutela cautelare nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, cit., 201 s.).

¹⁹⁵ Già così F. FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione*, in *Fall.*, 2006, n. 9, 1058 s.

straordinaria amministrazione (se autorizzato dal Tribunale) ¹⁹⁶ e l'art. 182-*quinquies*, l. fall., comma 4, secondo cui in caso di domanda di concordato “con continuità”, anche ai sensi dell'articolo 161 comma 7, il debitore può chiedere al tribunale ¹⁹⁷ 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, comma 3, lettera *d*), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori ¹⁹⁸. L'attestazione del professionista non è 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 ¹⁹⁹.

¹⁹⁶ A parte i problemi di qualificazione e di individuazione degli atti ordinari, più volte evidenziati, la giurisprudenza ha ritenuto sottratti ad autorizzazioni e controlli: il pagamento ai dipendenti di emolumenti riguardanti il periodo anteriore alla presentazione della domanda di concordato preventivo con riserva (Trib. Novara 17 aprile 2013, in *ilcaso.it*, 2013); le azioni giudiziarie finalizzate alla conservazione del patrimonio del debitore ed alla tutela della pari condizione dei creditori (Trib. Lucca 21 maggio 2013, in *ilcaso.it* 2013); il licenziamento collettivo per ridurre il personale in modo funzionale al riequilibrio dell'azienda (Trib. Cosenza 6 marzo 2013, *ivi*); l'attivazione della procedura di mobilità (Trib. Milano, 23 novembre 2012, *ivi*).

¹⁹⁷ L'autorizzazione prevista dall'articolo 182-*quinquies*, comma 4, l. fall., al pagamento dei crediti anteriori alla domanda di concordato può essere concessa solo in presenza di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis l. fall., sulla base del piano definitivo (e non di una mera istanza di pre-concordato), del quale non può farsi a meno neppure in presenza della attestazione del professionista di cui all'articolo 67, comma 3, lettera *d*), l. fall., avente ad oggetto la neutralità del pagamento rispetto alla sorte dei crediti concorsuali (Trib. Milano, 21 dicembre 2012, il *ilcaso.it*, 2012).

¹⁹⁸ In tema cfr. ampiamente: L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 1108 s. (che peraltro sottolinea come il quarto comma dell'art. 182-*quinquies* l. fall. concerne la materia dei pagamenti dei debiti inseriti anteriormente al deposito del ricorso ex art. 161 l. fall.; il settimo comma dell'art. 161 l. fall. concerne, in quanto atti urgenti di straordinaria amministrazione ovvero in quanto atti di ordinaria amministrazione, i pagamenti di crediti inseriti nello spazio temporale compreso tra il deposito della domanda di concordato e la pronuncia del decreto ex art. 163, comma 1, l. fall. che da' inizio alla procedura. Il secondo comma dell'art. 167 l. fall. concerne, in quanto atti di straordinaria amministrazione, i pagamenti di crediti inseriti durante la procedura). Cfr. pure: G. FALCONE, *Profilo problematici cit.*, 417; P. VELLA-F. LAMANNA-S. PACCHI, *Il pagamento dei crediti*, cit., 235 s.; L. BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Fall.*, 2012, 1401 s.

¹⁹⁹ Si è rilevato che sono autorizzabili pagamenti ex art. 182-*quinquies*, comma 4, l. fall., all'unica condizione che il debitore dia sufficienti anticipazioni sul contenuto del futuro

Anche ai fini dello storico problema di inquadrare ordinarietà o straordinarietà²⁰⁰, la questione non è se i crediti siano anteriori²⁰¹, successivi o intermedi²⁰², il problema è il collegamento funzionale *ad un rapporto unitario* (anche se anteriore e che prosegue) e che, sulla base della unitarietà della causa, rende unitario anche il credito²⁰³.

piano, anche al fine di consentire al professionista di rendere la prevista attestazione (P. BALDASSARRE-M. PERENO, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *ilfallimentarista.it*, 2012 4 s.). Per un'ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema: M. FALAGIANI, *Il pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182 quinque, comma 4, l.fall.*, in *Fall.*, 2014, 827 s.).

²⁰⁰ Al riguardo A. PENTA, *L'abuso*, cit., 7 s. In ogni caso gli atti di ordinaria amministrazione che, in pendenza di un concordato preventivo con riserva, il debitore potrebbe compiere sono solo quelli attinenti alla ordinaria gestione aziendale (Trib. Modena 14 settembre 2012, in *Fall.*, 2013, 105). Viceversa per altra giurisprudenza sono atti di ordinaria amministrazione quelli che hanno sul patrimonio dell'impresa in concordato un impatto "neutro", non comportando costi prededucibili, come l'attivazione della procedura di mobilità dei dipendenti (Trib. Milano 23 novembre 2012, in *ilcaso.it*, 2013). Sarebbe di ordinaria amministrazione la prosecuzione dei contratti bancari (Trib. Como 17 dicembre 2012, *inedita*).

²⁰¹ Si è osservato che l'anteriorità del credito postula che la relativa fonte genetica, ossia il contratto, sia giunta a perfezione precedentemente al deposito della domanda di concordato con continuità. L'anteriorità del credito, postula in secondo luogo che l'operazione contrattuale – già perfetta – abbia già ingenerato i suoi effetti, così che agli stessi effetti ambedue le parti – in tale ipotesi il rapporto è pendente – od il solo contraente istante, rispettivamente, abbiano ovvero abbia da conformare il proprio contegno. Occorre, comunque, che gli effetti del contratto si siano determinati prima del deposito in cancelleria della domanda di concordato. In particolare, qualora si tratti di un contratto ad esecuzione differita, sia esso ad esecuzione istantanea o di durata, onde acclarare il requisito dell'anteriorità, è indispensabile che l'eventuale termine iniziale, che importa – per volontà delle parti – la posticipazione del momento a far data dal quale il contratto ingenera i suoi effetti, sia venuto o venga a scadenza precedentemente al deposito del ricorso ex art. 161 l. fall. (L. ABETE, *Il pagamento dei debiti*, cit., 111).

²⁰² Una certa giurisprudenza ha rilevato che nel concordato in continuità, il divieto di compiere atti di pagamento di crediti anteriori senza autorizzazione del tribunale deve trovare applicazione non solo ai rapporti esauriti (per i quali l'ipotesi normale è che non sia possibile il pagamento), ma anche a tutti i rapporti pendenti, a prescindere dalla natura privilegiata, prededucibile o chirografaria del credito, ma non può giustificare l'emissione di assegni aventi scadenza in data successiva alla presentazione del ricorso e la conseguenza della violazione di detta prescrizione (ossia quella di non pagare e neppure di emettere assegni a pagamento) non può essere la illegittimità del comportamento delle banche, che costituisce a tutti gli effetti, un atto dovuto (Trib. Trani 7 maggio 2013, *inedito*).

²⁰³ Si è rilevato che il pagamento anticipato a favore di creditori strategici chirografari deve avvenire in coerenza della proposta e del piano, nonché nel rispetto dei principi che regolano il concorso dei creditori. La possibilità di pagare anticipatamente un creditore chirografo rispetto agli altri è necessariamente condizionata al fatto che vi siano fondate certezze di pagare integralmente i creditori privilegiati, salvo intervento di finanza esterna al patrimonio del debitore (D. FINARDI-G. SANDRINI, *Deroga alla par condicio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, in *ilcaso.it*, 2013, 14).

Quindi non occorrerà l'autorizzazione laddove si tratta di pagare debiti relativi a contratti che proseguono e che hanno una struttura inscindibile nelle prestazioni²⁰⁴ e che come tali non rientrano nell'ambito applicativo degli articoli 161, comma 6, e 182-*quinquies*, comma 4, l. fall.²⁰⁵. Si tratta di una più ampia impostazione sistematica adottata – sul piano analogico – financo in sede penale per il pagamento di crediti nascenti da rapporti contrattuali in corso al momento del sequestro che genera uno spossessamento reversibile²⁰⁶. Evidentemente ciò vale anche in negativo laddove il rapporto prosegue e le prestazioni deve eseguirle il contraente *in bonis*. Presupposto per l'ammissibilità della richiesta è infatti che i fornitori in questione abbiano la libertà di fornire o meno la loro prestazione e non siano invece tenuti a farlo in virtù di un rapporto contrattuale pendente, nel qual caso avrebbero l'obbligo di continuare a collaborare, sicché per

²⁰⁴ Ad esempio le operazioni di anticipazione bancaria o sconto di fatture effettuate presso istituti bancari o di *factoring*, con sottostante cessione dei crediti anticipati, debbono intendersi come atti di ordinaria gestione dell'impresa, e quindi non bisognevoli dell'autorizzazione del tribunale nel caso del ricorso per concordato preventivo con riserva, che proseguono normalmente posto che la regola in tema di contratti in corso di esecuzione è quella della continuazione del rapporto e ciò non solo per l'uso pregresso che ne abbia eventualmente fatto l'impresa, ma anche perché si tratta del tipo di operazioni più diffuso nella prassi commerciale e che consentono lo smobilizzo dei crediti d'impresa in funzione ed. *autoliquidante*. Il fatto che nel concordato l'art. 169-bis preveda che l'imprenditore, per potersi sciogliere dai contratti in corso di esecuzione, sia tenuto a richiedere, nel ricorso per concordato, la specifica autorizzazione del tribunale (fatte ovviamente salve le ipotesi di cui ai commi 3 e 4), significa che la continuazione dei contratti costituisce la regola, mentre lo scioglimento e la sospensione l'eccezione (così Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in *Foro it.*, 2013, 4, I, 1339).

²⁰⁵ In tal senso ad esempio Trib. di Treviso, 9 dicembre 2015, in *fallimentiiesocietà.it*.

²⁰⁶ Si è infatti affermato che «Il combinato disposto degli artt. 56, 3° comma d.lgs. 159/2011 (c.d. codice antimafia) e 74 l.f., applicabile anche al sequestro di azienda ex art 321 c.p.p., consente, in caso di prosecuzione dei contratti e di continuazione della attività aziendale, il pagamento dei crediti maturati prima del sequestro e nascenti dai contratti proseguiti, prescindendo dalla successiva fase di verifica del credito, purché si operi una preliminare valutazione informale di buona fede e fermo restando il diritto dell'amministratore giudiziario a richiedere la restituzione delle somme ai sensi dell'art. 61, 10° comma d.lgs. 159/2011» (Trib. Napoli Ufficio Gip 5 ottobre 2015, in *ilcaso.it* ed in F. FIMMANÒ-R. RANUCCI, *Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: la convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle "res" e amministratori volontari delle persone giuridiche*, in *Gazz. for.*, 2015, 18).

ottenere “l’adempimento non sarebbe necessaria la prospettiva di alcun particolare beneficio”²⁰⁷.

²⁰⁷ L’autorizzazione al pagamento in prededuzione dei crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi essenziali alla prosecuzione dell’attività d’impresa, prevista dal comma 5 dell’art. 182-*quinquies* I. fall., è finalizzata ad ottenere la prosecuzione delle forniture da parte dei creditori c.d. strategici che siano liberi di continuare o meno la collaborazione con l’imprenditore in concordato preventivo. La giurisprudenza ha evidenziato, pertanto, che tale autorizzazione non può essere concessa, stante la natura concorsuale del credito anteriore, nell’ipotesi in cui il fornitore (nella specie agente di commercio) sia ancora legato al debitore da un rapporto contrattuale pendente che lo obblighi ad adempiere alla sua prestazione, non potendo legittimamente continuare a rendere (Tribunale di Modena 6 agosto 2015, in *Fall.*, 2016, 195 s., con nota critica di P. GENOVIVA, *Pagamento preferenziale dei fornitori c.d. “strategici” e contratti di durata pendenti*, secondo cui «non può sostenersi che anche la minaccia del fornitore di non adempiere al contratto o di risolverlo sarebbe sufficiente a consentire il pagamento immediato e integrale dei crediti pregressi in quanto è impensabile che il legislatore abbia potuto prevedere la possibilità di fronteggiare il rischio di una condotta illegittima – inadempimento contrattuale – di una delle parti del contratto autorizzando l’altra parte a derogare ad uno dei principi cardine (o che è stato uno dei principi cardine) delle procedure concorsuali e cioè il rispetto della *par condicio creditorum*»).