

SOSPENSIONE DEL CONTRATTO PER SOPRAVVENUTO FALLIMENTO ED INCERTI POTERI AUTORIZZATIVI DEL COMITATO DEI CREDITORI

PROF. AVV. BRUNO INZITARI

1. La prima sistemazione della materia dei rapporti giuridici pendenti è avvenuta con la legge fallimentare del 1942. Precedentemente il codice di commercio prevedeva nella disciplina dei diversi contratti specifiche previsioni riferite all'evento del sopravvenire del fallimento, in relazione soprattutto allo scioglimento del contratto ed ai poteri di recesso anticipato, come pure, nel caso del fallimento del compratore di merci, regolava i rapporti tra curatore e venditore di merci¹.

Nel capo III, sezione IV, della legge fallimentare furono introdotte specifiche previsioni, particolarmente con riguardo ai contratti traslativi, ma anche per il conto corrente, mandato, commissione, appalto, associazione in partecipazione, contratti di borsa. Nella successiva interpretazione ed applicazione la giurisprudenza e la dottrina hanno tratto dai principi stabiliti in ordine alla vendita ineseguita regole da applicare ai contratti non espressamente regolati. Tali regole hanno soprattutto riguardato la sospensione del contratto e la facoltà del curatore di scegliere tra subentro ed esecuzione del contratto.

Le modificazioni apportate dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, hanno investito il contenuto di alcune norme, come pure l'inserimento di nuovi articoli sul fallimento del venditore e contratti relativi agli immobili da costruire, sui finanziamenti destinati ad uno specifico affare, sulla locazione finanziaria. Nello stesso tempo, la costruzione sistematica ed i tratti caratterizzanti, della disciplina sono rimasti, in sostanza, confermati nelle loro linee generali.

Il contenuto della disciplina dei rapporti giuridici pendenti nel fallimento non appare segnato da un sicuro rapporto di stretta consequenzialità con i principi civilistici generali in materia di contratto e di autonomia privata. Con il sopravvenire della procedura concorsuale a carico di uno dei contraenti del rapporto contrattuale in corso, si potrebbe infatti

¹ Cfr. GUGLIELMUCCI, Commento all'art. 72, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Bologna 2006, p. 1117

ritenere che debbano prevalere principi quale quello secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti, secondo quanto disposto dall'art. 1372 c.c., Conseguentemente si potrebbe dedurre una generale regola di scioglimento del contratto sulla base della considerazione che il rapporto contrattuale non possa continuare dopo il fallimento con un nuovo soggetto, vale a dire con la persona del curatore fallimentare, il quale è estraneo all'originario rapporto contrattuale. Nello stesso tempo deve essere anche rilevato, in tutt'altra direzione, che sulla base della disciplina del codice relativa alla successione dell'acquirente dell'azienda nei contratti che non abbiano carattere personale, si sarebbe potuto dedurre un sistema di regole per la trasferibilità del rapporto alla sopravvenuta procedura in persona del curatore fallimentare.

Il legislatore ha opportunamente scelto di rimanere libero da tali condizionamenti sistematici ed ha ritenuto di seguire una strada ben più pragmatica, modulando le scelte a seconda delle esigenze man mano sentite in relazione ai diversi rapporti contrattuali come prevalenti e con soluzioni anche molto diversificate.

Le scelte non sono state del tutto uniformi nell'ambito delle diverse procedure concorsuali. Nell'amministrazione straordinaria il legislatore ha preferito con l'art. 50 del D. Lgv. 279/1999 stabilire la regola che i contratti pendenti *continuano ad avere esecuzione* sino a che il commissario non eserciti la facoltà di sciogliersi dal contratto oppure tale scelta sia esercitata dal contraente *in bonis* dopo la approvazione del programma e previa intimazione al commissario di conoscerne le determinazioni. Essa è ispirata evidentemente dalla esigenza della conservazione dell'azienda, la cui funzionalità e valore dipende anche dalla esistenza e conservazione dei contratti effettivamente utili all'esercizio dell'azienda stessa.

Il legislatore del fallimento ha preferito il diverso principio, introdotto in via generale con il nuovo testo dell'art. 72, della sospensione del contratto sino a che il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di volere subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal contratto. Conseguentemente l'articolo in parola, proprio per la sua portata generale, si intitola non più alla sola *vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti* (come recitava la originaria rubrica dell'articolo), ma ai *contratti pendenti* (come recita l'attuale rubrica).

Si tratta di una scelta più flessibile e omogenea alle diverse esigenze di conservazione oppure di liquidazione dell'azienda, che possono essere perseguite, a seconda delle diverse fasi di evoluzione della gestione della procedura, dagli organi del fallimento (curatore ed ora comitato dei creditori).

Del resto la conferma che le esigenze di conservazione dell'azienda costituiscano uno dei presupposti per orientare la disciplina in materia, è data da quanto ora previsto nel caso in cui il tribunale abbia autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa. Infatti il nuovo art. 104 (che contiene la disciplina del precedente art. 90), stabilisce al settimo comma che *durante l'esercizio provvisorio i contratti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli*, mentre la regola, sempre prevista dallo stesso articolo all'ultimo comma, secondo cui se cessa l'esercizio provvisorio tornano ad applicarsi le regole generali degli art. 72 e seguenti, costituisce una conferma del fatto che, quando la procedura assume un carattere liquidativo dell'azienda, la continuazione del contratto pendente è ammissibile solo sulla base di specifiche valutazioni in tal senso degli organi della procedura.

2. La disciplina dei rapporti pendenti concerne, come è noto, la valutazione dei rapporti contrattuali in corso alla data del fallimento. Vengono definiti *pendenti* ovvero *in corso*, i rapporti contrattuali che sono sorti prima del fallimento ma non sono stati ancora eseguiti oppure sono stati eseguiti in parte.

L'avvento del fallimento pone, infatti, non solo i beni ma anche i rapporti contrattuali in una prospettiva liquidatoria che non consente l'adempimento delle prestazioni contrattuali negli stessi termini in cui sarebbe avvenuta se non fosse sopravvenuto il fallimento. Al venditore, ad esempio, non potrebbe essere addossato il grave onere di dare la cosa compravenduta e di non ricevere però l'originario corrispettivo pattuito ma solo una frazione di esso secondo le regole del concorso. La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti ha, dunque, proprio la funzione di dettare regole tese ad attenuare gli obblighi contrattuali originari o consentire a quei contraenti che non sono stati ancora pregiudicati dal fallimento di non adempiere agli originari obblighi ed eventualmente sciogliersi dai contratti.

Queste norme regolano anche i rapporti continuativi o di durata anche se, a dire il vero, il problema del sopravvenuto fallimento si pone per questi in termini diversi rispetto ai rapporti contrattuali non eseguiti o ancora non interamente eseguiti.

Va considerato, infatti, che il rapporto contrattuale di durata o continuativo è certamente un rapporto contrattuale che risulta pienamente eseguito. Infatti le parti prima del fallimento hanno non solo concluso il contratto ma anche eseguito le prestazioni dovute; tuttavia, per il carattere continuativo e di durata delle prestazioni, queste si esauriscono solo con il

decorso del termine della durata del contratto (il quale può dipendere a sua volta dal verificarsi del termine convenzionalmente fissato o dall'esercizio del potere di recesso di una delle parti). Tali contratti sono pertanto in corso in quanto il fallimento viene dichiarato prima che si sia verificato il termine di durata (finale o determinato dalla eventualmente riconosciuta facoltà di recesso) del contratto stesso. Conseguentemente il problema che si pone con il sopravvenuto fallimento è per lo più solo quello di verificare se le parti, o sarebbe meglio dire la parte *in bonis*, e il curatore del fallimento che è succeduto al fallito, hanno interesse a far proseguire il contratto anche nel fallimento, oppure preferiscono sciogliere il contratto.

Maggiori problemi sorgono per quei rapporti contrattuali di durata nei quali, in virtù di una causa mista e soprattutto in virtù di una articolazione della funzione tanto di trasferimento che di godimento (è il caso del leasing), è necessaria una regolamentazione che assegni e regoli i vantaggi che possono derivare dai diversi eventi dello scioglimento o della continuazione del rapporto.

3. Alla regola della sospensione del contratto stabilita in via generale dall'articolo 72, che introduce la sezione IV, fa seguito la previsione di inefficacia (contenuta al sesto comma dell'art. 72), delle clausole negoziali che prevedono che il contratto si scioglie se nel corso del rapporto contrattuale una delle parti o entrambe vengono sottoposte alla procedura di fallimento.

Coerentemente con questa previsione di inefficacia delle clausole di scioglimento automatico del contratto per sopravvenuto fallimento, all'art. 80 la regola della continuazione del contratto non risulta più derogabile da diverse previsioni delle parti, in quanto in quest'ultimo articolo nel ripetere la disposizione che il fallimento del conduttore non scioglie il contratto di locazione d'immobili, è stata cancellato l'inciso *salvo patto contrario*.

La regola dello scioglimento *ex lege* del contratto è confermata per i contratti di conto corrente ordinario, di conto corrente bancario, di commissione. Inoltre, al secondo comma dell'art. 78, per effetto dell'introduzione di una disciplina specifica anche per il mandato, è previsto lo scioglimento del contratto in caso di fallimento del mandatario mentre, in caso di fallimento del mandante, al curatore è riconosciuta la facoltà di subentrare nel contratto con riconoscimento al mandatario *in bonis* della prededucibilità del credito per l'attività compiuta dopo il fallimento, mentre, per quella anteriore, il credito potrà essere insinuato in via chirografaria.

Nei casi in cui, per la natura del contratto, le caratteristiche e qualità soggettive dei contraenti svolgano un ruolo determinante, viene esclusa la prosecuzione del rapporto: questo avviene nel fallimento del mandatario nel cui ruolo contrattuale non può sostituirsi un soggetto dalle qualità soggettive del tutto diverse quale il curatore. Analogamente nel caso di fallimento dell'appaltatore, per il quale la nuova formulazione dell'art. 81, secondo comma, allarga la previsione precedente stabilendo che il contratto *si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stato un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque la prosecuzione del rapporto*. Lo scioglimento è inoltre previsto anche in caso di fallimento di una delle parti se il curatore entro un termine invero più ampio, e cioè di 60 e non più di 20 giorni (come prima previsto), previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di volere subentrare nel rapporto offrendo anche idonee garanzie.

Nel complesso sembra, quindi, di poter dire che, con il sopravvenire della procedura di fallimento, la possibilità di subentro del curatore nel contratto in corso può verificarsi solo in seguito ad una scelta del curatore a questo autorizzato dal comitato dei creditori. Spetta alla procedura pertanto un diritto potestativo in ordine alla continuazione o meno del rapporto contrattuale, che si accompagna talora all'offerta da parte del curatore di particolari garanzie per il contraente *in bonis* (come nel caso di prosecuzione nel contratto d'appalto), oppure al riconoscimento della prededuzione per i crediti maturati dopo il fallimento, ad esempio nel caso di subentro del curatore nel mandato ed, in particolare, nella posizione di mandante dichiarato fallito.

Al contraente *in bonis* è preclusa la possibilità di condizionare la durata e l'efficacia del contratto con l'inserimento di clausole che prevedano l'effetto risolutivo in seguito alla dichiarazione di fallimento. Conseguentemente è preclusa anche la possibilità di opporsi ed escludere la continuazione del contratto nei casi in cui la procedura, tramite il curatore autorizzato dal comitato dei creditori, abbia correttamente esercitato il diritto a subentrare nel contratto. Questo comporta che la mancata osservanza del contratto correttamente continuato dal curatore espone il contraente *in bonis* alle conseguenze di diritto comune proprie dell'inadempimento del contratto.

4. La nuova previsione della sospensione dei contratti pendenti, stabilita ora in via generale, non ha comportato la modificazione del più generale principio di tutela per il contraente *in bonis* dal rischio di dovere subire il mantenimento dell'obbligo di eseguire la prestazione verso il

curatore quando, per effetto del sopravvenuto concorso, il suo contrapposto credito è assoggettato alla falcidia fallimentare.

Questo criterio, che informava la disciplina del 1942, è confermato ora dalla novella fallimentare che, all'art. 72 che disciplinava gli effetti della vendita, ha ora introdotto una norma che detta una regola generale, il cui contenuto peraltro si colloca in perfetta continuità con la disciplina precedente.

Vengono confermate, quindi, le disposizioni tese ad affermare il principio della intangibilità delle pretese reali acquisite dal compratore *in bonis* anteriormente al fallimento².

Alla regolazione concorsuale sono infatti sottoposti i diritti di credito e non i diritti reali che sono stati già acquistati dal contraente *in bonis*. La soddisfazione concorsuale riguarda, infatti, i crediti che l'imprenditore insolvente non ha soddisfatto anteriormente alla dichiarazione di fallimento e che verranno soddisfatti necessariamente solo dopo la dichiarazione di fallimento, nella misura che il concorso dei creditori potrà consentire e cioè attraverso la falcidia fallimentare.

I diritti reali che sono stati già attribuiti prima del fallimento, non solo hanno acquistato una loro definitività, ma, per effetto della attribuzione già perfezionata, hanno già realizzato l'interesse del contraente del rapporto in corso che, pertanto, non dovrà sottostare alla procedura concorsuale per soddisfare il suo interesse.

La ragione della diversa disciplina risiede nella regola generale dell'art. 1376 c.c., cui si informa il nostro sistema giuridico che, come è noto, stabilisce in via generale che nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso legittimamente manifestato.

Ne consegue che, se il procedimento negoziale di trasferimento o di costituzione del diritto si è concluso (e la conclusione del contratto coincide con la manifestazione legittima del consenso che non necessita di atti esecutivi, che, al contrario, sono necessari per il pagamento), il sopravvenire del fallimento del venditore non può scalfire la attribuzione patrimoniale già compiuta, la quale avendo già raggiunto tutti i suoi effetti, che sono sempre attributivi di diritti, non è suscettibile di essere sottoposta al concorso ed alla falcidia fallimentare.

² Cfr. sul punto GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 1121

Ben diverso profilo è quello della assoggettabilità di tali atti traslativi e costitutivi di diritti, per effetto del sopravvenuto fallimento, alle azioni revocatorie che sono dirette a rendere inefficaci rispetto ai creditori fallimentari le attribuzioni patrimoniali effettuate dal fallito prima dell'apertura della procedura. Tali azioni nulla hanno a che fare con la disciplina del contratto, né tantomeno col sopravvenire del fallimento sul contratto in corso di esecuzione. La revocatoria è rivolta a reintegrare la garanzia patrimoniale e conseguentemente investe le attribuzioni patrimoniali compiute dal fallito nel periodo sospetto, indipendentemente dal fatto che questa sia frutto dell'effetto reale del contratto o dell'attuazione di un diritto obbligatorio quale l'adempimento di una obbligazione.

Quando, quindi, si verifichi il fallimento del venditore e la cosa venduta sia già passata di proprietà del compratore, il quarto comma del precedente testo dell'art. 72 ed ora il primo comma dell'art. 72 bis, dedicato al *fallimento del venditore e contratti relativi ad immobili da costruire*, escludono lo scioglimento del contratto, in quanto, appunto gli effetti traslativi che si sono già verificati restano intangibili rispetto al sopravvenuto fallimento.

5. Con la nuova formulazione dell'art. 72, che ora è divenuta norma di carattere generale per tutti i rapporti contrattuali e non più relativa alla sola vendita, è venuta meno la previsione già contenuta al primo comma dell'art. 72 ora abrogato, secondo cui, nel caso di fallimento del compratore, al venditore *in bonis* era consentito di eseguire la prestazione, facendo valere nel passivo del fallimento il credito per la controprestazione dovuta dal compratore fallito.

È difficile stabilire se la modifica è il risultato di una consapevole scelta legislativa. Ciò che emerge dalla complessiva nuova disciplina dell'art. 72 è, comunque, la esclusione della possibilità che i contraenti possano unilateralmente decidere la continuazione dell'esecuzione del rapporto contrattuale, ponendo mano dopo la dichiarazione di fallimento all'esecuzione delle prestazioni ed imponendo quindi, nel nostro caso al curatore fallimentare, la ricezione di prestazioni con conseguente assunzione da parte del passivo del fallimento di oneri per prestazioni corrispettive anche se in moneta fallimentare.

La regola che risulta ora prevalere è, infatti, quella della sospensione del contratto e della alternativa tra continuazione del contratto, con subentro del curatore in luogo del fallito e assunzione, quindi, di tutti relativi obblighi,

ovvero scioglimento del contratto con esclusione della prosecuzione degli obblighi a carico del fallimento.

Al contraente *in bonis* che voglia eseguire la prestazione contrattuale prevista dal contratto non è più riconosciuta la possibilità di *compiere la sua prestazione* (come era al contrario previsto al primo comma dell'art. 72 ora abrogato), bensì, secondo la disciplina del nuovo art. 72, è consentito piuttosto sollecitare la decisione del curatore, per verificare la volontà di questi di dare esecuzione integrale al contratto oppure all'opposto di scioglierlo.

Il nuovo sistema introdotto dalla novella prevede che, una volta esaurita la fase della sospensione del contratto, il curatore abbia diritto di sciogliersi dal contratto. Anche se non è stabilita espressamente una regola che in via generale escluda che all'esercizio di tale scelta da parte del curatore corrisponda un diritto del contraente *in bonis* al risarcimento del danno, ritengo debba escludersi che una siffatta pretesa risarcitoria possa essere riconosciuta.

La decisione del curatore di sciogliersi dal contratto deve essere, infatti, ricondotta al riconoscimento di un diritto potestativo di recesso che trova fondamento in una giusta causa di immediata evidenza, consistente nella sopravvenuta procedura fallimentare, che modifica radicalmente l'interesse della parte fallita alle sorti del contratto in corso e che, anzi, sostituisce all'interesse della parte originaria, quelli dei creditori fallimentari in relazione ai quali il curatore, secondo anche il volere del comitato dei creditori che autorizza, decide sullo scioglimento. E' difficile, quindi, pensare che da tale decisione possa derivare a carico del fallimento l'obbligo di un risarcimento a favore del contraente *in bonis*.

A tale proposito deve essere altresì considerato che, se è vero che nel nuovo sistema la sospensione del contratto consente al curatore di valutare con gli organi fallimentari di continuare nel rapporto contrattuale in corso, questa scelta deve pur sempre intendersi come sostanzialmente eccezionale e possibile solo se giustificata da una autentica convenienza da valutarsi caso per caso, mentre lo scioglimento del contratto continua a costituire la soluzione che, in modo certamente prevalente, rispecchia le reali esigenze liquidatorie dei rapporti in corso.

Una specifica esclusione del diritto al risarcimento del danno del contraente *in bonis* che ha subito l'esclusione è comunque sancita dall'ultimo comma dell'art. 72, nel caso in cui il curatore proceda allo scioglimento del contratto preliminare, come pure è ripetuto al secondo comma dell'art. 72 *bis*, ribadendo in questo modo la stessa regola già precedentemente stabilita

dal quinto comma del precedente art. 72, così come era stato modificato dall'art. 3.6 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in l. 28 febbraio 1997, n 30.

Il nuovo testo dell'art. 72 prevede piuttosto, in via generale, al suo quarto comma, il più ampio diritto del contraente *in bonis* di *far valere al passivo del fallimento il credito conseguente al mancato adempimento*. Il riferimento è, ritengo, alle prestazioni corrispettive che per effetto del sopravvenuto scioglimento del contratto il contraente *in bonis* non è più in grado di realizzare. Si tratta di crediti conseguenti al mancato adempimento che debbono essere realizzati nel concorso fallimentare con l'ammissione al passivo.

6. L'art. 72, conformemente alla nuova portata della norma, oggi diretta a dettare la disciplina generale dei rapporti pendenti, prende anche posizione sulla risoluzione del contratto. Secondo quanto stabilito al quinto comma, l'azione di risoluzione fatta valere prima della dichiarazione di fallimento nei confronti della parte inadempiente poi dichiarata fallita, spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, richiedendo espressamente per l'opponibilità al fallimento la trascrizione della domanda anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Con tale previsione sembra definitivamente chiara, oltre alla ammissibilità della azione di risoluzione promossa anteriormente al fallimento (come appunto previsto dalla nuova norma), anche la esclusione della possibilità per il contraente *in bonis* di richiedere la risoluzione dopo la dichiarazione di fallimento. Viene così confermato il principio secondo cui la dichiarazione di fallimento non giustifica la risoluzione del contratto perché l'apertura della procedura concorsuale non è assimilabile all'inadempimento. Inoltre viene anche confermato che il dato rilevante per far valere efficacemente la risoluzione e renderla opponibile al curatore non risiede tanto nell'essersi verificato inadempimento anteriormente al fallimento, ma piuttosto nell'aver promosso l'azione di risoluzione ed avere realizzato tutti gli oneri di pubblicità ed opponibilità, quale la trascrizione anteriormente alla dichiarazione di fallimento. Del resto l'inadempimento, perché sia rilevante ai fini della risoluzione, necessariamente deve essersi verificato anteriormente al fallimento, in quanto, come abbiamo visto, una volta aperta la procedura, per effetto dello spossessamento al fallito non è imputabile, né l'adempimento, né l'inadempimento, e conseguentemente non è imputabile alcuna responsabilità al riguardo.

La stessa norma al quinto comma riconosce altresì la esigibilità da parte del contraente *in bonis* sia degli effetti restitutori, sia degli effetti risarcitori della risoluzione, che in virtù del sopravvenuto concorso, dovranno essere fatti valere nelle forme dell'accertamento fallimentare dei crediti e della ammissione al passivo, secondo le disposizioni del capo V. Si tratta infatti di crediti o di pretese su beni che incidendo inevitabilmente sulla misura della soddisfazione degli altri creditori, debbono essere esaminati, valutati ed eventualmente contestati dagli altri creditori concorrenti .

7. Il sesto comma dell'art. 72 prevede, inoltre, come abbiamo già accennato, la inefficacia di quelle clausole contrattuali spesso inserite nei contratti che prevedono lo scioglimento del contratto stesso al verificarsi del fallimento.

L'effetto di tali clausole è diretto a privare gli organi della procedura della possibilità di continuare il rapporto contrattuale con il curatore fallimentare, con l'effetto quindi di sottrarre all'attivo del fallimento un rapporto contrattuale che potrebbe rivestire interesse patrimoniale o organizzativo (e quindi comunque patrimoniale), per la massa dei creditori.

Appare evidente, pertanto, la piena incompatibilità di siffatte clausole con il nuovo sistema, il quale, al contrario, ha fondato il nuovo baricentro di tutta la disciplina dei rapporti in corso proprio sul riconoscimento del diritto del curatore di continuare i rapporti contrattuali in corso assumendo tutti gli obblighi.

Il contraente *in bonis*, anche nel caso in cui ritenga incompatibile con i suoi interessi la continuazione del contratto con il fallimento, dovrà comunque subire la sospensione del contratto prevista al primo comma dell'art. 72, e potrà solamente provocare la decisione del curatore secondo il procedimento della messa in mora del secondo comma. In ogni caso, una volta che intervenga nei sessanta giorni la decisione del curatore di assumere tutti gli obblighi del contratto in corso, il terzo sarà obbligato a continuare nel rapporto contrattuale ed a eseguire le obbligazioni dovute a favore del fallimento.

L'inserimento di un siffatto divieto rende necessario valutare l'efficacia di clausole che tendano ad aggirarlo e, ad esempio, prevedano la risoluzione del contratto col manifestarsi in una delle parti del rischio dell'inadempimento, e cioè al verificarsi di un significativo mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente. In questo modo si potrebbe pensare ad anticipare la risoluzione del contratto ad un momento antecedente a quello della (eventuale) dichiarazione di fallimento. La validità di una

siffatta clausola andrebbe in ogni caso attentamente esaminata particolarmente sotto il profilo dei presupposti delle condizioni per la risoluzione del contratto, la quale non risulta ammissibile se l'inadempimento non si è verificato, in quanto la risoluzione può avere luogo solo col verificarsi dell'inadempimento e non certo del mero pericolo dell'inadempimento. Tale pericolo può, come è noto, consentire la decadenza dal beneficio del termine nel caso in cui il rischio dell'inadempimento sia causato dalla sopravvenuta insolvenza del debitore; ma tale decadenza dal termine non è certo ancora inadempimento, il quale invece si potrà verificare solo allorquando il contraente decaduto dal beneficio del termine e richiesto dell'adempimento della prestazione, risulti poi effettivamente inadempiente all'obbligo di eseguire la prestazione dovuta.

In conclusione la costruzione di simile clausole potrà al massimo consentire una anticipata emersione della incapacità di adempiere e quindi un anticipato accertamento dell'inadempimento, con l'effetto di interrompere il contratto prima del fallimento, ma in ogni caso tali clausole non potranno ritenersi sostitutive di quelle oggi dichiarate inefficaci, considerato che lo scioglimento del contratto potrà derivare non dal verificarsi del fallimento, bensì dell'inadempimento.

Dalla previsione della nuova regola generale, dell'inefficacia delle clausole di scioglimento automatico del contratto, è derivata la cancellazione della precedente previsione già presente nell'art. 80, che consentiva il patto di scioglimento automatico in caso di fallimento del locatore. Essa non è stata riportata nel nuovo testo dell'art. 80 con la conseguenza che anche tale fattispecie sottoposta è alla regola generale del sesto comma dell'art. 72 del divieto di siffatte clausole.

Non si comprende il motivo per cui l'art. 82 relativo al contratto di assicurazione, continui a consentire patti contrari alla continuazione del contratto, in contrasto con la previsione generale del sesto comma dell'art. 72. Probabilmente il mantenimento della disposizione, che fa salvi i patti contrari, è unicamente conseguenza del fatto che, quando si è scelto di non modificare l'art. 82, si è dimenticato di cancellare quell'inciso *salvi i patti contrari*. Ritengo che, alla luce della nuova disciplina, tale inciso debba oggi considerarsi tacitamente abrogato, in quanto, anche sul piano sistematico, l'assicuratore è più che sufficientemente tutelato dalla previsione della possibilità di far valere il recesso in caso di fallimento dell'assicurato, applicando l'art. 1898 c.c., se dal fallimento è derivato un aggravamento del rischio.

8. Il potere di scelta stabilito tra continuazione e scioglimento del contratto deve essere esercitato dal curatore previa autorizzazione del comitato dei creditori che, come è noto, ha sostituito in questo ruolo il giudice delegato.

La norma, anche nella attuale più recente formulazione, non specifica se tale autorizzazione sia richiesta, oltre che nel caso della continuazione del rapporto contrattuale da parte del curatore, anche nel caso in cui la scelta di quest'ultimo sia nel senso dello scioglimento del contratto.

La necessità della autorizzazione è espressamente ed univocamente stabilita per l'efficacia della dichiarazione del curatore di subentrare nel contratto e la ragione è evidente, in quanto si tratta di un atto di autonomia privata che comporta atti di disposizione del patrimonio fallimentare. Va considerato, infatti, che con il subentro nel rapporto, il curatore viene ad assumere tutti gli obblighi propri del contratto, e pertanto viene ad utilizzare le risorse destinate alla soddisfazione di creditori per una attività contrattuale, la cui convenienza per la procedura dovrà essere attentamente valutata anche dall'organo autorizzativo, che in particolare dovrà valutare se dalla continuazione del contratto, anche se solo in via indiretta, potranno derivare utilità ai fini della soddisfazione concorsuale dei creditori.

Una analoga espressa previsione della necessità dell'autorizzazione per l'ipotesi in cui il curatore scelga lo scioglimento del contratto, non si rinveniva, né si rinviene, nell'art. 72. Questo ha fatto ritenere in passato che lo scioglimento potesse essere autonomamente deciso dal curatore senza necessità di autorizzazione.

Del resto, in mancanza di scelta del curatore, il secondo comma dell'art. 72 (al pari del terzo comma nella precedente formulazione delle norme) fa conseguire lo scioglimento del contratto dal decorso del termine fissato dal giudice delegato appunto per l'esercizio del diritto di scelta o del subentro, senza che sia necessaria una espressa autorizzazione nel caso in cui il curatore faccia decorrere il termine senza rispondere.

Come abbiamo visto, pertanto, nel nuovo sistema la vera novità consiste nella sospensione del contratto, la quale è funzionale e prodromica alla continuazione del contratto, nel caso in cui il curatore con la dovuta autorizzazione del comitato dei creditori decida di operare la scelta di continuare e di assumere tutti gli obblighi del contratto.

In mancanza di una tale scelta da parte del curatore, il sopravvenire del fallimento impedisce comunque che il contratto possa continuare ad avere esecuzione da entrambe le parti. Infatti se alla sospensione del contratto non fa seguito la scelta del curatore di continuare, si verifica lo scioglimento,

quale effetto naturale del decorso del termine assegnato al curatore, senza che per il verificarsi di questo effetto sia appunto necessaria una autorizzazione del comitato dei creditori³.

9. Il subentro nei contratti di durata comporta la assunzione da parte del curatore di tutte le prestazioni che verranno effettuate dopo il fallimento, in quanto è proprio per queste che l'obbligo è stato assunto.

Resta per i contratti di durata il problema delle prestazioni effettuate prima del fallimento che siano rimaste inadempite. Considerata la frazionabilità delle singole prestazioni, nel caso in cui il curatore opti per la prosecuzione del contratto, il contratto di durata proseguirà nel fallimento, e per tali prestazioni non adempite, il contraente *in bonis* avrà maturato i corrispondenti crediti che potrà far valere nel fallimento.

Proprio dalla regola della frazionabilità delle prestazioni nel contratto di durata, discende che per quelle restite inadempite prima del fallimento, i relativi crediti debbano trovare soddisfazione in via concorsuale in moneta fallimentare e solo quelle successive alla dichiarazione di fallimento, in prededuzione.

A questa generale regola fanno eccezione quelle espressamente derogatorie stabilite per la somministrazione all'art. 74, ove si prevede che, se il curatore subentra, deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute, e per l'assicurazione contro i danni all'art. 82, ove, analogamente, si stabilisce che il credito per i premi non pagati debba essere pagato integralmente dal curatore.

10. La generale disposizione sui contratti in corso è contrassegnata dalla attribuzione del potere di autorizzazione al comitato dei creditori, piuttosto che, come avveniva in passato, al giudice delegato.

Come è noto, il legislatore ha ritenuto che la funzionalità della procedura potesse essere esaltata da una più diretta ed intensa partecipazione dei creditori alla gestione. Tale partecipazione è attuata, da un lato, con la attribuzione al comitato di importanti compiti di consultazione e soprattutto di autorizzazione, come appunto previsto dall'art. 72 per il subentro del curatore nei contratti in corso e, dall'altro, con la limitazione del potere autorizzativo del giudice delegato che rimane solo limitatamente alla soluzione dei conflitti ed al controllo della legalità.

³ Cfr. GUGLIELMUCCI, op. cit., p. 1131 e segg.

Di fronte a questa così rilevante modifica nella identità degli organi della procedura sono immediatamente sorti consistenti e fondati dubbi sulla effettiva compatibilità di una tale scelta con più generali principi di tutela dei diritti rispetto all'art. 24 della Costituzione, come pure di effettiva ragionevolezza e reale efficienza della stessa procedura concorsuale⁴.

Sin dai primi interventi sistematici di analisi e commento della nuova disciplina, è stato sottolineato il fondato dubbio nella *imparzialità operativa e decisionale* dei componenti del comitato, condizionati inevitabilmente da una accentuata aspettativa dei loro personali e corporativi interessi, come pure è stato sottolineato il rischio che, *a fronte di un prevedibile iperattivismo del comitato dei creditori unicamente nelle procedure fallimentari importanti, si registrerà un immobilismo in tutte le altre (che poi sono il ben oltre l'80 per cento), in cui o non esiste alcun attivo significativo o non sono coinvolti interessi di altro tipo*⁵.

La inidoneità del comitato dei creditori ad assumere un siffatto ruolo decisionale nella gestione della procedura, oltre che da questi evidenti profili, che inducono a dubitare della possibilità che i componenti del comitato dei creditori possano effettivamente agire in modo imparziale e quindi in contrasto con la più elementare regola d'azione degli organi di giustizia, emerge altresì da altre considerazioni, che stupisce non siano state prese nella benché minima considerazione da coloro che hanno dato mano a tali norme, come pure da coloro che avanzano una comparazione, tra gli interessi dei creditori e quelli dei soci nelle società di capitali, arrivando per questa via a ritenere opportuna l'attribuzione di un ruolo decisionale ai creditori anche nella insolvenza.

Non è stato, infatti, considerato che, indipendentemente dall'interesse egoistico che contraddistingue ciascun creditore, la natura dei crediti è inconciliabilmente diversa a seconda che sia tratti di crediti chirografari o di crediti dotati di prelazione. Questa elementare nozione che viene enunciata dal codice civile nella prima norma dedicata alle cause di prelazione art. 2741 - *I creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione*-, comporta che, nel momento in cui il comune debitore risulta insolvente ed il patrimonio del debitore è insufficiente per realizzare tutte le pretese creditorie, come appunto avviene

⁴ Condividiamo l'approfondita analisi svolta da L. ROVELLI, *La tutela dei diritti attraverso le procedure concorsuali e l'art. 24 della Costituzione*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, Studi in onore di Giovanni Lo Cascio*, Ipsoa Milano, 2006, 1 e segg..

⁵ Sono parole di G. SCHIAVON, nel commento all'art. 40, 41, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Bologna 2006, p. 674.

per definizione nel fallimento, le possibilità di concreta soddisfazione dei creditori sono strettamente correlate alla natura prelatizia o chirografaria del credito.

Di qui la confliggente diversità degli interessi e dei fini tra la categoria dei creditori chirografari e quella dei prelatizi. Questa è del resto espressamente riconosciuta e sancita dall'art. 177 della legge fallimentare che, come è noto, esclude che il creditore dotato di prelazione possa partecipare alla decisione della approvazione o meno del concordato, proprio in considerazione di una insanabile irriducibile diversità dell'interesse creditorio del credito prelatizio rispetto a quello dei chirografari, al punto che la sua partecipazione è possibile solo se la natura del credito viene trasformata attraverso rinuncia alla prelazione in chirografo e specificamente allo scopo di rendere anche questi creditori omogenei e compatibili con gli interessi dei chirografari.

Tali differenze e contraddizioni si presentano con la stessa gravità nel comitato dei creditori, in quanto l'interesse che muove il componente titolare di un credito chirografario è del tutto opposto a quello del creditore concorrente prelatizio, al punto da comportare una partecipazione al comitato gravata da insanabili contraddizioni. Esse minano l'efficienza e la linearità dello svolgimento di un compito decisionale così delicato e difficilmente dominabile da regole di controllo del conflitto, come quella dell'astensione nella votazione, prevista dal sesto comma dell'art. 40⁶, in quanto il conflitto tra chirografari e prelatizi non è episodico bensì strutturale e difficilmente componibile, se non attraverso la negazione del privilegio della prelazione, come infatti avviene con l'art. 177 per le votazioni nel concordato.

A queste considerazioni che investono l'imparzialità e la strutturale conflittualità degli interessi e dei fini che contraddistinguono i componenti del comitato, si aggiunge una più ampia considerazione di inconciliabilità dell'attribuzione ad un privato di compiti decisionali, che incidono su diritti soggettivi, la cui tutela deve essere decisa giudizialmente secondo il principio riconosciuto dall'art. 24 della Costituzione.

Non va dimenticato, infatti, che nella procedura esecutiva fallimentare ogni creditore, come pure, il debitore, hanno diritto alla medesima tutela che agli stessi è riconosciuta nella esecuzione individuale. In particolare, nel momento in cui, al fine di rendere possibile la procedura esecutiva concorsuale, l'ordinamento deve necessariamente escludere la possibilità per

⁶ La inefficacia della regola dell'astensione è emersa particolarmente a livello di deliberazioni del consiglio d'amministrazione delle società ove il nuovo art. 2391 c.c. ha disposto l'obbligo di darne notizia e della delibera motivata alla luce del conflitto dichiarato in consiglio.

il creditore di far valere individualmente, con l'esecuzione forzata o altrimenti, il proprio credito e stabilisce pertanto la c.d. cristallizzazione dei crediti, la sospensione del diritto dei creditori è concepibile solo ed in quanto l'ordinamento assicuri per altra via una equivalente tutela giurisdizionale del credito.

L'attribuzione, pertanto, al comitato dei creditori di così estesi poteri di direzione della procedura risulta non conforme all'esigenza che la tutela giudiziale dei diritti soggettivi sia realizzata da un organo sicuramente imparziale, il cui operato è professionalmente valutabile e controllabile all'interno di una struttura giurisdizionale, come accade per l'appunto per il giudice e per coloro che vengono chiamati a svolgere la funzione di ausiliari del giudice.

Nel sistema cui la novella fallimentare ha dato vita, al comitato dei creditori è assegnato il potere di gestione della procedura e di determinare lo stesso contenuto della attività del curatore che, quale ausiliario del giudice, ha il compito di realizzare i diritti dei creditori concorrenti. Ne consegue che lo stesso sistema di tutela dei diritti soggettivi di credito viene realizzato non *in giudizio* (come esige l'art. 24 della Costituzione) ma fuori di esso, da un soggetto di parte, per di più non professionale, connotato da interessi anche del tutto confliggenti, a seconda che sia chirografario o prelatizio, estraneo per la sua natura privata a tutte le possibilità di verifica e valutazione proprie degli organi giurisdizionali.

La violazione dei principi costituzionali dunque, con riferimento sia all'art. 24, che all'art. 3 cost., emerge dalla ingiustificata differenza di trattamento del diritto soggettivo del creditore nella esecuzione individuale e nel fallimento. In quest'ultimo la tutela giurisdizionale non è infatti assicurata, avendo affidato ad un soggetto privato e di parte, compiti di direzione della gestione della procedura, privi di quella imparzialità e professionalità che, al contrario, contraddistinguono l'azione degli organi giurisdizionali.

Il contrasto è altresì con l'art. 41 della costituzione, considerato che l'affievolimento della tutela giurisdizionale nella tutela dei diritti economici, quali diritti di credito (che per di più sono sorti per effetto dell'esercizio dell'impresa), comporta la lesione del diritto all'iniziativa economica e contemporaneamente al libero e razionale esercizio della concorrenza. Il contrasto è altresì con l'art. 42 della Costituzione per violazione del diritto di proprietà o di altre situazioni giuridiche soggettive suscettibili di esecuzione forzata che fanno capo al debitore, in quanto quel particolare effetto dell'affievolimento del diritto di proprietà del debitore che consente il trasferimento del diritto staggito al creditore è possibile attraverso il rispetto

di una autentica esclusività della sovranità della giurisdizione statale⁷, che al contrario risulta non osservata con l'attribuzione di poteri decisionali a soggetti privati, segnati da interessi particolaristici ed addirittura contraddittori.

Prof. Avv. Bruno Inzitari
Ordinario di Diritto Civile
Università degli Studi di Milano-Bicocca

^{7[4]} Cfr. Rovelli *op. cit.* 9.