

Gli effetti del nuovo concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione

FRANCESCO FIMMANÒ

SOMMARIO -1. L'inapplicabilità delle norme di cui agli artt. 72 ss. 1. fall. - 2. La prosecuzione dell'impresa senza sostituzione del debitore. - 3. Gli effetti sui contratti predeterminati nel piano. - 4. L'autorizzazione del giudice all'esecuzione od all'inadempimento. - 5. Gli strumenti di tutela del contraente *in bonis*. - 6. Il problema della scindibilità o meno delle prestazioni. - 7. Il pagamento dei crediti anteriori nascenti da un contratto in corso.

1. L'inapplicabilità delle norme di cui agli artt. 72 ss. 1. fall.

1. La legge fallimentare non contiene alcun riferimento, espresso o sistematico, al tema degli effetti della procedura di concordato preventivo sui contratti ineseguiti, o non compiutamente eseguiti dalle parti, né li conteneva prima della *novella*. Ciò non significa che la *supposta insensibilità* dei rapporti giuridici pendenti rispetto alla procedura non determini una serie di problemi *inesplorati*, accentuati dalle nuove possibili articolazioni dell'istituto, ma vuol dire solo che il legislatore non ha inteso disciplinarli espressamente, consapevole che le possibili deroghe al principio generale della prosecuzione di tali rapporti richiedono la valutazione della fattispecie concreta.

Né di certo può ipotizzarsi l'applicazione analogica, od estensiva, della compiuta normativa dettata per il fallimento a cominciare dalla disposizione di carattere generale e sistematico introdotta dalla riforma con il nuovo testo dell'art. 72, 1. fall., come non poteva condividersi tale applicazione nel vecchio regime¹.

¹ 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 per l'effetto non smentita dal mancato espresso richiamo nell'art. 169 (cfr. in particolare R. PROVINCIALI, *Effetto del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti e in tema di compensazione*, in *Dir. fall.*, II, p. 934 s.; C. PAOLILLO, *L'amministrazione controllata ed in rapporti giuridici pendenti*, in *Banca, borsa*, II, p. 321). Di diverso avviso sul valore del mancato rinvio: G. PICO, *Concordato preventivo e rapporti giuridici preesistenti*, in *Banca borsa*, 1969,

In nessuna delle ipotizzabili configurazioni del concordato preventivo, nuove o consolidate, può rinvenirsi una situazione paragonabile a quella che determina la dichiarazione di fallimento sui contratti preesistenti, fatta salva l'ipotesi di concordato che preveda il trasferimento dell'azienda, o di suoi rami, a favore di terzi. E non a caso l'unica situazione in cui non si applica nel fallimento il sistema normativo di cui agli art. 72 ss., l. fall., è proprio quella del trasferimento del complesso aziendale, a differenza di quanto accade laddove venga disposto, ovvero cessi, l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito².

Il fallimento ha una natura essenzialmente *liquidatoria-dissolutiva* che esige una *definizione 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 sé³. 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. l fall.⁴.

II, p. 337 ed in giurisprudenza Cass., 29 settembre 1993 n. 9758, in *Dir. fall.*, 1994,II, p. 226; Trib. Milano 19 maggio 1977, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 156.

² La mancanza di effetti circolatori comporta che la riforma abbia espressamente previsto (art. 104 comma 8) che *i contratti pendenti alla data del fallimento proseguono durante l'esercizio provvisorio*, salva la facoltà del curatore di chiederne la sospensione o lo scioglimento. Al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le norme dettate in materia di effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti (*Sezione IV del Capo II del Titolo II*). Al riguardo mi permetto di rinviare a F.FIMMANÒ, *Art. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, Torino, 2006, Vol II, par. 8.

³ Cass. 9 giugno 1981, n. 3723, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2492, secondo cui “poichè l'azienda è un complesso di beni e di servizi, capitale, fisso e circolante, e lavoro unitari dalla unitaria destinazione produttiva, in funzione della quale sono organizzati e coordinati dall'imprenditore, essa cessa di esistere quando i vari elementi siano stati dispersi, assumendo i singoli beni destinazioni diverse” (sul tema cfr. pure G. RAGUSA MAGGIORE, *La cessazione dell'impresa commerciale e il fallimento (art. 10 L.F.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 172 s.). Sulla vocazione all'unità oggettiva già prima del codice del 1942 si osservava che “nella pratica, la continuità delle aziende, sorpassanti la vita di chi le ha fondate e dirette; la possibilità che esse passino, nella loro integrità, da un patrimonio ad un altro; lo sforzo stesso con cui il commerciante si industria di dar loro, anche visibilmente, una considerazione obiettiva, producono l'effetto notevole che la persona del proprietario vada, nella considerazione della clientela, gradatamente allontanandosi, per cedere il passo all'affermazione più salda e soprattutto più stabile dell'azienda” (U. NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, II, Torino, 1935, p. 2).

⁴ Con le quali comunque andranno coordinate (sul tema mi permetto ancora di rinviare a F.FIMMANÒ, *Art. 105*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. JORIO, Vol. II, Torino 2006, par. 5).

Infatti in caso di affitto endofallimentare , ad esempio, il potere di gestione e di disposizione dei beni aziendali *non passa* dal curatore-locatore all'affittuario nel medesimo stato di diritto e di fatto in cui gli stessi si trovano ⁵, né tanto meno passa il potere di disposizione dei rapporti pendenti con i medesimi contenuti e limiti, per cui se il rapporto pendente si trovasse ancora in stato di sospensione, l'affittuario non avrebbe il potere, già spettante agli organi fallimentari, di porre fine allo stato di sospensione con la dichiarazione di voler assumere o al contrario di voler sciogliere il rapporto ⁶.

Viceversa la funzione (normalmente) *satisfattiva-conservativa* del concordato preventivo, 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 laddove la specifica fattispecie rientri nell'ambito della c.d. *straordinaria amministrazione*, la decisione di adempiere o meno esigerà, come vedremo, la specifica previsione nel piano proposto ai creditori o l'autorizzazione del giudice delegato ⁷. Quest'ultimo, od il debitore nella formulazione del piano, nel valutare gli interessi in gioco dei creditori concordatari potrebbero ritenere lo specifico rapporto inconciliabile con le esigenze delle procedura. Ma saremmo in questo caso su un piano diverso, in quanto la mancata previsione o la mancata autorizzazione determinano solo come effetto l'improseguibilità del rapporto per ragioni e presupposti (*e con conseguenze*)

⁵ Cfr. G. MIRABELLI, *La locazione*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, VII, 4°, Torino, 1972, p. 324 ss.; G.C. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda*, Milano, 1973., p. 39; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. III, Padova, 1979, p. 288 s.; A. BASSI, *Riflessioni sull'affitto di azienda e sull'affitto di opificio nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 334; P. LICCARDO, *Fallimento e metodologie di acquisizione dell'azienda affittata*, in *Fallimento*, 1997, p. 661 ss., ivi a p. 665 s.; conf. in giurisprudenza Cass., 12 ottobre 1973, n. 2574, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 226; Id., 10 febbraio 1968, n. 455, in *Rep. Foro it.*, voce *Azienda*, n. 17; Id., 15 gennaio 1952, n. 78, in *Foro it.*, 1952, I, c. 304, con nota di A. DE MARTINI, *Posizione dell'affittuario di azienda rispetto alle merci*.

⁶ P.F. CENSONI, *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. comm.*, I, 2003, p. 342. A nostro avviso non è affatto sufficiente che nell'esercizio di detto potere dispositivo, sull'affittuario incombe sempre un dovere di diligente gestione (artt. 1615 e 1618 c.c.) ed il dovere di "gestire l'azienda in modo conforme alla sua destinazione e di conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e delle normali dotazioni di scorte" (artt. 2561 e 2562 c.c.); mentre agli organi fallimentari spetta un potere di controllo (art. 1619 c.c.) e un potere di risoluzione del contratto di affitto per i motivi indicati dall'art. 1618 c.c., che naturalmente riguardano anche una oculata gestione dei rapporti pendenti.

⁷ Il nuovo terzo comma dell'art. 167, l. fall., prevede che "il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione di cui al secondo comma".

completamente differenti da quelli pure previsti in alcune norme di cui al sistema degli artt. 72 ss., l. fall.,.

Nel fallimento inoltre la *sostituzione* del curatore al debitore nell'amministrazione del relativo patrimonio e nell'eventuale imputazione dell'attività economica, che viceversa nel concordato rimangono al debitore, comporta che nei contratti c.d. *personali* diversi da quelli c.d. *aziendali* di regola viene meno l'interesse del terzo contraente all'adempimento ad opera di un soggetto diverso dal fallito.

2. La prosecuzione dell'impresa senza sostituzione del debitore

Al fine di una corretta analisi della fattispecie, occorre, anche alla luce della riforma, analizzare le diverse *funzionalizzazioni* della procedura cui possono corrispondere approcci differenti alla tematica degli effetti sui contratti pendenti.

Innanzitutto il concordato preventivo può essere finalizzato a superare “*una temporanea difficoltà ad adempiere*” attraverso regole analoghe a quelle su cui si basava l'abrogata procedura di amministrazione controllata e qualora sia utilizzato proprio in luogo della stessa. Ci riferiamo in particolare alla moratoria nei pagamenti, al divieto di azioni esecutive individuali, al divieto di costituzione di garanzie sul patrimonio del debitore, al controllo sull'attività da parte degli organi della procedura, all'inefficacia degli atti c.d. di straordinaria amministrazione compiuti dal debitore in assenza di autorizzazione del giudice delegato rispetto ai creditori anteriori⁸. E' ovvio che se il fine è quello di risanare l'impresa in difficoltà lo svolgimento dell'attività economica deve continuare durante la crisi ed i contratti pendenti non possono che avere regolare esecuzione⁹.

⁸ M. SIMEON, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti*, in L. GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 794, evidenzia che tali strumenti nel concordato preventivo con cessione dei beni realizzano un'attuazione diretta del diritto dei creditori a soddisfarsi sul patrimonio del debitore nell'ambito di una procedura unitaria, nel concordato preventivo con garanzia (come prima nell'amministrazione controllata) mirano a salvaguardare tale diritto in vista di una sua realizzazione rispettivamente mediata o differita. Si tratta di procedure in cui il problema della sorte dei rapporti giuridici pendenti trova una collocazione per così dire extraconcorsuale: in virtù dello stato di parziale inattuazione del sinallagma, la regolamentazione si sottrae alle conseguenze che il carattere concorsuale della procedura determina.

⁹ Così Trib. Milano 17 dicembre 1984, in *Fallimento*, 1985, p. 545 s., in tema di amministrazione controllata.

In verità già prima della riforma una certa giurisprudenza aveva affermato che la continuazione dell'esercizio dell'attività economica può avvenire sia nel concordato preventivo *finanziario* in relazione alla salvaguardia dell'impresa del debitore, sia nel concordato *con cessione dei beni* in funzione della conservazione dell'azienda finalizzata a una più proficua vendita, sia nelle fattispecie miste ¹⁰.

Ed 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 ¹¹, 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. ¹²

Si tenga conto che non vi può essere impresa *senza titolarità e imputazione* ¹³:

”titolarità è comunque concetto diverso e da imputazione e da capacità all'esercizio dell'impresa. È concetto diverso da imputazione, nel senso che il primo è concetto formale e il secondo no: titolarità e imputazione non sono, cioè, nozioni assolutamente coincidenti, perché, pur rappresentando la normalità la confluenza della titolarità e dell'imputazione in capo alla medesima persona, si può essere titolari dell'impresa e non essere l'unico soggetto cui è imputabile l'attività d'impresa. In altri termini, il titolare è sempre anche soggetto dell'imputazione, mentre non necessariamente colui

¹⁰ Cass. 5 agosto 1996 n. 7140, in *Arch. civ.*, 1997, p. 539.

¹¹ D. lgs n. 270 del 1999, Art.50 (*Contratti in corso*)”1. Salvo quanto previsto dal comma 4, il commissario straordinario può sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria. 2. Fino a quando la facoltà di scioglimento non è esercitata, il contratto continua ad avere esecuzione. 3. Dopo che e' stata autorizzata l'esecuzione del programma, l'altro contraente può intimare per iscritto al commissario straordinario di far conoscere le proprie determinazioni nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'intimazione, decorso il quale il contratto si intende sciolto. 4. Le disposizioni del presente articolo *non si applicano*: a) ai contratti di lavoro subordinato, in rapporto ai quali restano ferme le disposizioni vigenti; b) se sottoposto ad amministrazione straordinaria e' il locatore, ai contratti di locazione di immobili, nei quali il commissario straordinario subentra, salvo patto contrario”.

¹² I sostenitori dell'estensione analogica al concordato preventivo degli art. 72 ss., l.fall., 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, p. 69 s.).

¹³ G. C. RIVOLTA, op. cit., p. 57 ss

cui può essere imputata l'attività d'impresa è sempre e solo il titolare dell'impresa stessa"¹⁴.

Nel fallimento l'imprenditore-titolare viene *spossessato*, l'attività economica può essere continuata da 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 concorsuali¹⁵. 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 patrimonio¹⁶ previo *spossessamento*. Nell'esecuzione forzata, il complesso di situazioni soggettive inerenti alla qualità di imprenditore non sono espropriabili¹⁷. L'impresa come attività di coordinamento di beni, rapporti ed atti, se da un lato non riceve tutela da parte dell'ordinamento di fronte a pignoramenti che incidono su quei rapporti o quei beni, dall'altro lato non viene inibita per effetto dell'espropriazione singolare né tantomeno trasferita agli organi del processo esecutivo.

¹⁴ Così lucidamente V. BUONOCORE, *Il <<nuovo>> testo dell'art. 2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo di azienda*, in *Giur. comm.*, II, 2003, p. 316.

¹⁵ Al riguardo mi permetto di rinviare per una disamina delle varieghe connessioni tra fallimento e azienda a F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, p. 48 s.

¹⁶ E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano 1992, p. 4 s.; in tema cfr. anche G. MONTELEONE, *Brevi note sulla natura giuridica del fallimento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1995, I.

¹⁷ L'unica norma che prende espressamente in considerazione l'azienda come entità unitaria è l'art. 670, n.1, c.p.c., che contempla il sequestro giudiziario "di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni quando ne è controversa la proprietà o il possesso ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea" (cfr. tra gli altri R. PROVINCIALI, *Il sequestro d'azienda*, cit., p. 85; D. DI GRAVIO, *Il sequestro di azienda*, Padova, 1993, p. 87 s.; E. F. RICCI, *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 707). Il sequestro giudiziario, come misura cautelare strumentale rispetto alla decisione di merito, ha lo scopo di conservare il bene controverso al fine di evitare il suo deterioramento e perciò può essere considerato una forma di amministrazione giudiziaria. Evidentemente, in caso di sequestro dell'azienda, il giudice dovrà autorizzare il custode a conservarla in modo dinamico, considerato che a differenza di altri beni, questa esige, per rimanere in vita, come si è visto, un'attività di coordinamento, di organizzazione e soprattutto di gestione. Tuttavia, a differenza di quanto accade in ipotesi di fallimento, l'azienda sottoposta a sequestro giudiziario rimane nella completa titolarità dell'imprenditore in quanto il provvedimento non produce alcun mutamento del centro di imputazione dei rapporti giuridici. Invece nell'art. 671, c.p.c., riguardante il sequestro conservativo, non v'è alcuna previsione concernente l'azienda, che sarebbe stata rilevante in quanto tale sequestro è una vera e propria anticipazione del pignoramento ed è destinato a convertirsi in pignoramento con la conferma del provvedimento ed in seguito alla decisione di merito favorevole al sequestrante.

Nel fallimento laddove venga disposto l'esercizio provvisorio si verifica una sostanziale scissione che manca nel concordato preventivo: il titolare dell'impresa non è il fallimento 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 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 viceversa c'è circolazione endoconcorsuale, v'è mutamento di titolarità ed imputazione e gli effetti sui contratti saranno quelli di cui all'art. 2558, c.c. disciplinanti la circolazione dell'azienda.

L'applicazione analogica delle norme di cui agli artt. 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 debitore¹⁸, 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.

Non può sottacersi che 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 (comma 8, dell'art. 104, l. fall.), determina tra l'impresa fallita in esercizio e le altre imprese una oggettiva sperequazione, tanto da configurare 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 (cui invece risponde il concordato preventivo) anche se trova una qualche giustificazione nel carattere *officioso* degli interessi sottesi alla procedura¹⁹.

¹⁸ 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 deformalizzato (G. CANALE, *La sorte dei rapporti pendenti nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 722).

¹⁹ La possibilità di cui al comma 2^o dell'art. 72 l. fall. per cui il terzo contraente può chiedere al giudice delegato la fissazione del termine di sessanta giorni, ai sensi dell'art. 72, co. 2^o, l. fall., decorso il quale il contratto s'intenderà sciolto, attenua in qualche modo la oggettiva *asimmetria* che la norma di cui al co. 8, dell'art. 104, l. fall., determina tra l'impresa fallita in esercizio e le altre imprese *in bonis*.

3. Gli effetti sui contratti predeterminati nel piano

Ciò posto - se deve convenirsi che al concordato preventivo non possa applicarsi *tout court* la disciplina di cui agli artt.72 e ss., in modo da rimettere *tendenzialmente* alla procedura la scelta se proseguire o meno il rapporto negoziale con tutte le relative conseguenze - resta da chiedersi se sia sempre e comunque vero il contrario, ossia se le regole in tema di concordato non offrano mai alcuna 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 continuazione.

La vicenda è delicata e la sua analisi merita, quale premessa di ordine generale, la ponderazione di alcuni concetti posti a fondamento della disciplina del concordato preventivo.

Il primo attiene alla circostanza che il superamento della crisi può essere concepito attraverso la elaborazione di “piani” il cui contenuto non è rigido, ma rimesso alla valutazione del debitore. Il legislatore della riforma valorizza, al massimo, l’autonomia privata sì da dare corso ad un concordato preventivo duttile, sia per strumenti adottabili, sia per le soluzioni proponibili in modo che al suo contenuto non siano posti né limiti né preclusioni, in modo che l’imprenditore possa attuare la procedura in piena autonomia, laddove ai creditori è rimessa il potere di esprimere il proprio parere attraverso il voto.²⁰

Un secondo principio si rinviene nella salvaguardia della posizione dei creditori concordatari ed, al riguardo, un primo riferimento si trova nell’art. 168 l. fall. a norma del quale, dalla data di presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, i creditori per titolo o causa anteriore non possono iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore. Il legislatore congegna così un sistema di tutela della *par condicio* impedendo – nell’interesse generale di tutti i creditori – che alcuni di essi possano soddisfarsi a nocimento degli altri.

Il terzo 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 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

²⁰ Così S. Pacchi, *La domanda di ammissione alla procedura*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di S. Pacchi, Milano 2006, 89.

delegato, essendo altrimenti inopponibili ai creditori anteriori al concordato. A tale riguardo viene specificato che “*il criterio discretivo tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione va individuato nella funzione economica dell’atto, nel suo scopo e, soprattutto, nei suoi effetti, anche mediati in relazione al patrimonio e quindi nel rischio di diminuzione dell’integrità del patrimonio stesso, inteso come conservazione della sua potenzialità economica*”.²¹

In ragione di quanto appena detto si comprende come i principi desumibili dalla disciplina offrano la possibilità che il giudice delegato, attraverso la mancata autorizzazione (di cui diremo meglio appresso), determini la *improseguibilità* del rapporto negoziale, sicché già in questo vi è una prima soluzione al quesito che ci siamo posti.²²

Ma vi è di più, la *mancata esecuzione* del contratto pendente potrebbe a maggior ragione derivare, questa volta 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 la risoluzione (o comunque *l’inadempimento*) di taluni contratti che gravano particolarmente sul suo sistema economico finanziario sì da non apportare adeguati benefici all’impresa e quindi al patrimonio od in quanto addirittura lo danneggiano.

Del resto, 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.

In questo quadro, allora, la continuazione del rapporto contrattuale si porrebbe 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 ma anche lo scioglimento, per il futuro, di rapporti negoziali in essere che incidano negativamente sulla condizione patrimoniale e quindi sull’interesse generale dei creditori.

²¹ L.D’ORAZIO, *Gli effetti del concordato per il debitore.*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di S. Pacchi, cit., p. 172.

²² L.D’ORAZIO, *op.cit.*, 175. L’autore ritiene che ciò sia possibile quando l’atto assuma la parvenza di “straordinaria amministrazione” in correlazione alla situazione di crisi. Sul tema si veda M.FABIANI, *Somministrazione e predeuzione chiusura con spiragli nel concordato preventivo*, nota a Cass., 5 agosto 1996, n.7140, in *Fallimento* 1997,272.

Posta in questi termini, allora, la possibilità di prosecuzione del rapporto deve ritenersi esclusa se prevista nel piano considerato: al giudice non va richiesta alcuna autorizzazione, il cui diniego altrimenti modificherebbe, di fatto, il piano stesso attraverso la sostanziale imposizione della prosecuzione del negozio. D'altra parte, poi, volendo considerare la posizione del contraente/creditore deve evidenziarsi come la sua tutela passi attraverso la possibilità di votare contro la proposta stessa. Cosa che, da un punto di vista pratico, lo esporrebbe comunque, nella maggior parte dei casi, a scelte di prosecuzione rimesse alla procedura.

Evidentemente lo stesso discorso vale nell'ipotesi inversa in cui il piano preveda la prosecuzione di determinati rapporti contrattuali pendenti ed in cui non va richiesta l'*autorizzazione all'adempimento* in quanto l'eventuale diniego configurerebbe al pari una modificazione del piano imposta *implicitamente* dal giudice.

4. L'autorizzazione del giudice all'esecuzione od all'inadempimento

L'ulteriore ipotesi da affrontare è quindi quella in cui il piano nulla programmi in ordine ai contratti pendenti (od a parte di essi), comportando la necessità dell'*autorizzazione* scritta del giudice delegato all'esecuzione dei rapporti pendenti che eccedano la ordinaria amministrazione²³ a norma dell'art. 167, comma 2, 1. fall., che contiene una elencazione esemplificativa (non tassativa) di atti e che configura un principio di ben più ampia portata²⁴.

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

²³ Si è affermato che, in generale, atti di ordinaria amministrazione sono quelli "che senza alterare l'integrità del patrimonio sono rivolti al mantenimento, fruttificazione e miglioramento di esso.... atti minimi, usuali, continui, ... è la *routine* giornaliera con cui senza scosse e senza pericoli l'amministratore mantiene il patrimonio e lo conserva per il suo titolare" (F. FERRARA SR., *Gli atti di amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1954, p. 295). TRABUCCHI, voce *Amministrazione (atti di)*, in *Nuoviss. Dig. it.*, I, 1, p. 545 s., ritiene eccedente l'ordinaria amministrazione ogni atto che implichi un mutamento dell'essenza economica o della situazione giuridica dei vari elementi che formano la composizione base del patrimonio amministrato. Alla stessa giunge chi individua gli atti di amministrazione non in base alla loro natura conservativa ma in quanto atti *normali* in una determinata gestione caratterizzata da uno scopo specifico (F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974, p. 204).

²⁴ Cass 8 agosto 1997 n. 7390 in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 1120.

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”²⁵. 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.

Quella in esame è in ogni caso una autorizzazione all’esercizio dei diritti ed *all’adempimento delle obbligazioni* scaturenti dal rapporto e *non alla* prosecuzione del rapporto in quanto tale. 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 rapporto²⁶.

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 sciogliere²⁷, ma solo a quali contratti *dovere adempiere* (ed a quali non) in esito alla valutazione delle patologie dello specifico negozio o almeno del *disequilibrio* tra le prestazioni in considerazione del sopravvenuto stato di crisi, in grado di incidere sull’integrità del patrimonio e sulle relative potenzialità economiche.

Dal quadro complessivo deriva che il giudice negherà l’autorizzazione, che rende efficace l’atto del debitore rispetto ai creditori anteriori al concordato, quando l’adempimento dell’obbligazione dovesse avere effetti depauperativi del patrimonio cristallizzato al momento della domanda²⁸

²⁵ G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, III ed., in *Commentario del codice civile*, IV, 3, Torino, 1991, p. 276; ID., *I c.d. atti di amministrazione*, in *Scritti in onore di A. Scialoja*, III, p. 351 s.; V. LOJACONO, voce *Amministrazione (atti di)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano 1958, p. 153 s.; G. PROVERA, *Locazione, Disposizioni generali*, in *Commentario al cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna - Roma, 1980 p. 149 s.. Trib. Lucca 26 luglio 1979, in *Fallimento*, 1980, p. 713 s., con riferimento ad una procedura di concordato preventivo ha affermato che un contratto di affitto quinquennale dell’intera azienda, ad un canone inadeguato, e che non prevede alcuna garanzia per l’inadempimento delle obbligazioni dell’affittuario, integra un atto di straordinaria amministrazione, ai sensi dell’art. 167, comma 2, l. fall.,.

²⁶ Cfr. L. PINTO, *Effetti del concordato preventivo sul preliminare di vendita*, in *Giur. comm.*, I, p. 269

²⁷ In tal senso invece alcuni giudici di merito: Trib. Napoli 29 gennaio 1982, in *Dir. fall.*, 1982,II, p. 1234; Trib. Catania 13 aprile 1973, in *Dir. fall.*, 1973,II, p. 767.

²⁸ Al riguardo G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano 2002, p. 467 s.; A. JORIO, *Rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, p. 218 s.; P.F. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, 1988 p. 52.

valutati, come detto, alla luce dell'esigenza di attuazione della sinallagmaticità delle prestazioni e delle patologie del negozio.

Si è osservato che la *concorsualità* interessa quei contratti che abbiano avuto esecuzione da almeno una delle parti, sicchè 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”²⁹.

Il pagamento del debito derivante da una prestazione anteriore all'ammissione alla procedura 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 rapporto³⁰ che prosegue. La delicata *valutazione comparativa* tra esigenze cautelari e conservative del concordato preventivo e *nesso sinallagmatico* è rimessa al debitore ma è al contempo soggetta, ai fini della sola opponibilità ai creditori anteriori, alla previa autorizzazione del giudice che integra la legittimazione del debitore concordatario³¹.

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”³², lasciando aperta la scelta tra adempimento e assunzione del rischio di *reazioni* da parte del contraente *in bonis*³³ per l'ipotesi dell'inadempimento. D'altra parte il criterio di composizione di interessi confliggenti è tipico nel diritto commerciale (in particolare societario e cartolare), ove il sacrificio di un interesse individuale può giustificarsi “in vista di un beneficio per l'intera categoria di appartenenza del soggetto il cui interesse individuale viene sacrificato”. I creditori dell'imprenditore in crisi sono spesso “anch'essi imprenditori: pertanto, il sacrificio che sopportano nella loro tutela individuale può essere compensato dal beneficio che la

²⁹ Così A. DIMUNDO – A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999, p. 71.

³⁰ Cfr. Cass. 5 agosto 1997, n. 7194, in *Fallimento*, 1998, p.56 s.; Cass. 18 ottobre 1990 n. 10167, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 179.

³¹ Gli atti privi di autorizzazione sono validi tra le parti e possono essere sanzionati con la dichiarazione di fallimento se il tribunale ne accerti la sussistenza dei presupposti (art. 173, comma 2, l. fall.).

³² M. SIMEON, *op. cit.*, p. 831.

³³ In tal senso anche M. FABIANI, *L'autotutela negoziale nei confronti di impresa in amministrazione controllata*, in *Fallimento*, p. 1069.

disciplina adottata comporta per l'intero sistema delle imprese di cui sono partecipi”³⁴.

5. Gli strumenti di tutela del contraente *in bonis*

Comunque, in caso di inadempimento del debitore, il contraente *in bonis* può servirsi evidentemente dei tipici *rimedi di autotutela* rappresentati dal potere di sospensione della prestazione in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte (*ex art. 1461 c.c.*) e dall'*exceptio inadimplenti contractus* (previsto dall'art. 1460 c.c. e nelle forme speciali *ex art. 1565 e 1901 c.c.*) e, né alcuna preclusione può derivare dal divieto di azioni esecutive, visto che la situazione è completamente diversa da quella del contraente che rifiuti la prestazione.³⁵

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 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

³⁴ Così CALANDRA BUONAURA, *Liquidazione dell'attivo fallimentare: profili problematici e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. fall.*, 2003, I, 161 s., che aggiunge che la valenza di questo criterio può risultare indebolita dalla presenza rilevante di creditori che non rivestono la qualità di imprenditori, per i quali il beneficio non si produce quanto meno in via diretta. Salvo che questi creditori non godano già di una specifica tutela in ragione della debolezza della loro posizione e/o della natura del loro credito (ad es. il privilegio dei crediti di lavoro previsto dall'art. 2751 *bis*, c.c.).

³⁵ Nel senso dell'ammissibilità: M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1069; G. TARZIA, *Effetti del concordato preventivo (e dell'amministrazione controllata) sul contratto di somministrazione in corso*, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 774; P. FANILE, *Effetti dell'amministrazione controllata sui rapporti preesistenti*, in *Fallimento*, p. 640.

addirittura di insolvenza³⁶, 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 nuovo comma 2, dell'art. 111, l. fall., introdotto dalla novella, 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 validamente esperibile dal contraente né più e né meno che in situazioni extraconcorsuali secondo il criterio della ragionevolezza e cioè valutando l'effettivo pericolo di non conseguire la controprestazione e l'effettivo pericolo che la procedura non sia in grado di pagare per intero neppure i crediti in prededuzione³⁷.

Ai fini dell'*eccezione di inadempimento* va preferita poi la tesi che 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 procedura non determina alcuna soluzione di continuità tra le prestazioni passate e future: essendo unico il rapporto unico è unico anche il relativo credito.³⁸

Passando al diverso piano della *tutela giurisdizionale*, il contraente *in bonis* può esperire in primo luogo 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

³⁶ 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.

³⁷ In tema cfr. pure M. FABIANI, *Somministrazione e prededuzione: chiusura con spiragli nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1997, p. 272

³⁸ Cass. 21 dicembre 1990 n. 12157, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 777; Cass. 4 febbraio 1993 n. 1397 e Cass. 23 marzo 1992 n. 3581 in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 2169 (in tema di somministrazione); Cass. 15 luglio 1980 n. 4538 in *Dir. fall.*, 1980, II, p. 577 (in tema di assicurazione). *Contra* tuttavia: Cass. 30 gennaio 1997 n. 968 n. 968, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 1; Cass. 29 settembre 1993, n. 9758 in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 226. In tema cfr. anche M. FABIANI, *La somministrazione*, in M. FERRO, *I rapporti giuridici pendenti*, Milano, 1998.

di diritto comune³⁹. Stesso discorso vale per l'azione diretta all'*esecuzione in forma specifica* dell'obbligo a contrarre assunto prima del concordato⁴⁰. I *crediti restitutori* che derivano dalla pronuncia della risoluzione, che ha effetto retroattivo, andrebbero considerati, secondo un certo orientamento⁴¹, anteriori alla procedura con tutte le relative conseguenze. Tuttavia ci pare fondata l'impostazione secondo cui 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 concorsuale⁴².

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 non imputabile. Orbene la mancata autorizzazione da parte del giudice delegato all'adempimento costituendo un mero requisito di opponibilità dell'atto ai creditori anteriori non configura di per sé un caso di impossibilità, tuttavia rappresentando l'esercizio di un potere discrezionale attribuito all'organo della procedura a tutela dei creditori e della loro garanzia sul patrimonio del debitore impedisce l'azione risarcitoria, fatta salva l'eventuale possibilità di agire nei confronti del debitore al termine della procedura⁴³. I *crediti risarcitori* in ogni caso sono da collocarsi temporalmente al momento dell'inadempimento: sono 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 pregressa⁴⁴, sono invece da considerarsi successivi se l'inadempimento avviene a procedura avviata, con tutte le relative conseguenze.

6. Il problema della scindibilità o meno delle prestazioni

Se si guarda all'orientamento prevalente della giurisprudenza antecedente alla riforma si registra una tendenza a considerare scindibili

³⁹ A. DIMUNDO – A PATTI, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁰ Cfr. tra le altre Cass., 1 marzo 2002 n. 3022, in *Fallimento*, 2002, p. 734; Cass. 23 gennaio 1998 n. 615, in *Giust. Civ.*, 1998, I, p. 2245.

⁴¹ G. LO CASCIO, *op. cit.*, p. 474.

⁴² A. DIMUNDO – A PATTI, *op. cit.*, p. 112.

⁴³ M. SIMEON, *op. cit.*, p. 843, che richiama P. F. CENSONI, *Gli effetti cit.*, p. 145.

⁴⁴ Cass. 13 giugno 1998, n. 5772, in *Giust. Civ.*, 1991, I, p. 83, In dottrina G. LO CASCIO, *op. cit.*, p. 475.

oppure inscindibili le prestazioni anteriori, o successive all'apertura della procedura concorsuale, secondo una bipartizione che trova un modello *paradigmatico* nelle due diverse articolazioni del contratto di *leasing*.

Nel *leasing* “tradizionale” 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 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 considerevolmente 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 temperamenti contemplati nell'art. 1526, c.c.,⁴⁵.

Insomma laddove esiste una compiuta sinallagmaticità e corrispettività (c.d. “a coppie”) tra le prestazioni reciproche e periodiche durante l'esecuzione del rapporto, il debitore in procedura dovrebbe adempiere alle obbligazioni maturate dopo l'apertura della procedura, considerate *scindibili* dalle obbligazioni precedenti che seguirebbero invece le regole del concorso⁴⁶.

In questa logica la stessa impostazione seguita per il *leasing* tradizionale varrebbe ad es. per la *locazione* e addirittura per il contratto di *appalto* in cui le parti abbiano pattuito il pagamento per stati di

⁴⁵ Questo è l'orientamento della Cass. 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574, 5575, in F. LAMANNA, *Il Leasing*, Milano, 1990, p. 83 e 96 ss., e poi cass. 5 giugno 1991, n. 6357, in *Fallimento*, 1992, p. 129; Cass. 20 febbraio 1992, n. 2083; Cass. 22 febbraio 1994, n. 1731, ivi, 1994, p. 591; Cass. sez. unite, 7 gennaio 1993, n. 65, ivi, 1993, p. 521. Sul tema efficacemente A. DIMUNDO – A. PATTI, *op. cit.*, p. 325 ss.; e prima A. PATTI, *Il leasing nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 919

⁴⁶ F. GUZZI, *Il contratto di leasing nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, in *Dir. fall.*, 1992, I, p. 321.

avanzamento⁴⁷. Ed in fin dei conti anche la tecnica giurisprudenziale della liquidazione parziale del *conto corrente* con il congelamento del saldo debitorio del cliente risponde nella sostanza alla regola della scindibilità⁴⁸.

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"⁴⁹. L'accentuazione nello spirito complessivo della riforma ed in particolare nelle norme sul concordato del senso della continuazione dell'impresa nel concordato preventivo dovrebbero 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, 1. fall.,.

7. Il pagamento dei crediti anteriori nascenti da un contratto in corso

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

Orbene le peculiarità su tale 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 dall'ultimo comma dell'art. 168, 1. fall., che consente ai creditori l'acquisto del diritto di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti purchè 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

⁴⁷ Cass. 17 giugno 1995, n. 685, in *Giur. it.*, I, 1, p. 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.

⁴⁸ Si è affermato che la liquidazione del conto non precluderebbe affatto la possibilità che il rapporto prosegua 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, *op. cit.*, p. 325 ss.). Sul tema in generale cfr F. DI SABATO, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1982; A. STESURI, *Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivo*, Padova, 2004.

⁴⁹ M. SIMEON, *op. cit.*, p. 860.

di presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione.

Abbiamo avuto modo di verificare infatti che nel concordato non può parlarsi di un divieto assoluto di pagamento di crediti anteriori all'apertura della procedura quando essi siano *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*”⁵⁰. Del pari non esiste un divieto assoluto di azione esecutiva quando la causa trae origine dall'inadempimento del rapporto anteriore ma rimasto inadempito dal debitore concordatario in corso di esecuzione⁵¹.

L'impostazione risponde anche al rilievo operativo che ha la circostanza per cui se i terzi *in bonis* fossero pagati con moneta fallimentare si guarderebbero bene dall'intrattenere rapporti contrattuali con il debitore concordatario o comunque di dargli credito, impedendo di fatto la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Nello stesso contesto va inquadrata l'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, l. fall.: la norma pone l'accento proprio sul fatto che tali atti per essere esenti da revocatoria devono avere la caratteristica di essere *funzionali all'esecuzione* della procedura concordataria.

Questo quadro complessivo porta, peraltro, ad aderire alla tesi secondo cui tutti gli *effetti descritti* si determinano all'atto della presentazione del ricorso; se infatti a tale momento il legislatore fa riferimento per le azioni

⁵⁰ In verità in tema di somministrazione mentre la giurisprudenza, prima della riforma, già 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.) riteneva 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, p. 257 nello stesso senso in dottrina G.C. BIBOLINI, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto Fallimentare* a cura di G. LO CASCIO, Milano, 1996, p. 784; contra: Cass. 17 luglio 1980 n. 4538, cit., p. 577).

⁵¹ Peraltro 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., p. 257; Cass. 21 luglio 1994 n. 6809, in *Fallimento*, 1995, p. 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.

esecutive, allo stesso devono preferibilmente riconnettersi le limitazioni al debitore dei suoi poteri dispositivi (art. 167 l. fall.) in modo da garantire la tendenziale corrispondenza tra quanto offerto ai creditori⁵² e quanto effettivamente esistente nel patrimonio del debitore. Gli effetti preliminari dell'ammissione alla procedura sono condizionati al decreto di ammissione, ma si ricollegano alla proposta del debitore e quindi, retroagiscono alla data di presentazione del ricorso⁵³.

⁵² M. FABIANI, *Formulario commentato della legge fallimentare*, Milano, 2002, p. 928.

⁵³ S. PACCHI, *Gli effetti del concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2006, p. 171.