



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

FACOLTA' DI ECONOMIA

Dottorato di Ricerca in
"DIRITTO DELL'ECONOMIA, DEI TRASPORTI E DELL'AMBIENTE"
◆ Ciclo XXII ◆

EFFETTI DEL FALLIMENTO SUI RAPPORTI GIURIDICI PREESISTENTI

◆ IUS/04 ◆

Tesi di Dottorato di:
BENEDETTO MANGIAPANE

Il Coordinatore:
Ch.mo Prof. SALVATORE PIRAINO

Il Tutor:
Ch.mo Prof. CARLO BAVETTA

Sommario

Considerazioni introduttive

Premessa.....	7
Il problema dei rapporti pendenti.....	13
Cenni sulla situazione antecedente alla legge fallimentare del 1942. Lacuna del codice di commercio del 1882.....	15
L'introduzione della legge fallimentare del 1942.....	22
Le indicazioni della legge delega n. 80/2005	30
La Riforma organica.....	31
Decreto Correttivo n. 169 del 2007.....	35

Cap. II

La sorte dei contratti pendenti. La regola generale della sospensione dell'esecuzione del contratto pendente in attesa della determinazione del curatore.

1. Linee generali della riforma.....	39
2. Ambito di applicazione della disciplina: premessa.....	45
3. Segue: il concetto di rapporto giuridico preesistente.....	46
4. Segue: il trasferimento del diritto reale come limite dell'applicabilità della regola generale	58
5. La regola generale della sospensione dell'esecuzione del contratto.....	62
6. Il fondamento della disciplina: il dibattito nel vigore della legge fallimentare del 1942.....	65
7. Segue: il dibattito dopo la Riforma del 2006	76
8. Messa in mora del curatore.....	79
9. L'autorizzazione del comitato dei creditori.....	90

10. La scelta del curatore tra subentro e scioglimento.....	106
11. Il contratto preliminare e il fallimento nel vigore della legge del 1942: la posizione della dottrina	111
12. Segue: la posizione della giurisprudenza	118
13. Segue: dopo la Novella del 2006	126

Cap. III

Il subentro del curatore nel contratto

1. La scelta del subentro: premessa	131
2. La natura giuridica della dichiarazione di subentro.....	132
3. Effetti della dichiarazione di subentro nel contratto.....	137
4. Le clausole incompatibili con il fallimento come possibile limite al subentro del curatore.....	147
5. Ammissibilità o meno di nuove garanzie.....	150

Cap. IV

Lo scioglimento dal contratto

1. Lo scioglimento: considerazioni introduttive.....	154
2. La natura giuridica della dichiarazione di scioglimento.....	155
3. Effetti della dichiarazione di scioglimento: premessa	163
4. Segue: contratti ad esecuzione istantanea.....	167
5. Segue: contratti di durata o ad esecuzione continuata o periodica	173
6. Segue: inammissibilità del risarcimento.....	176
7. Il fallimento non è causa di risoluzione dei rapporti giuridici preesistenti: osservazioni introduttive.....	178
8. Segue: dottrina e giurisprudenza prima della legge fallimentare del 1942	181

9. Segue: dottrina e giurisprudenza dopo la legge fallimentare del 1942.....	183
10. Azione di risoluzione proposta prima del fallimento.....	190
11. Risoluzione non giudiziale.....	194

Cap. V

La disciplina speciale in caso di esercizio provvisorio dell'impresa

1. I contratti pendenti nell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito: premessa	201
2. Cenni sull'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito.....	202
3. La sorte dei rapporti pendenti durante l'esercizio provvisorio nella legge fallimentare del 1942.....	206
4. L'introduzione dell'art. 104, settimo comma, legge fall.	214
5. Segue:la regola della prosecuzione dei contratti pendenti in caso di esercizio provvisorio.....	217
6. La facoltà del curatore di scioglimento o sospensione dei contratti durante l'esercizio provvisorio.....	227

Conclusioni.....	231
-------------------------	------------

Bibliografia.....	239
--------------------------	------------

Giurisprudenza.....	254
----------------------------	------------

Cap. I
Considerazioni introduttive

1. Premessa

La nuova disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti è il risultato di un intervento legislativo, il d.lgs. n. 5/2006, che poggia su una graduale ricostruzione sistematica delle varie disposizioni operata da dottrina e giurisprudenza¹. La tematica dei contratti in corso di esecuzione tra soggetti uno dei quali è dichiarato fallito è risalente in dottrina e in giurisprudenza. Nel codice di commercio del 1882 la questione veniva affrontata in poche disposizioni, dedicate a specifici tipi contrattuali. La legge fallimentare del 1942 -il R. D. 16 marzo 1942, n. 267- dedicava una disciplina più articolata ai rapporti in corso, non contemplava tuttavia nessuna disposizione generale, ma soltanto un numero maggiore di fattispecie particolari, lasciando quindi irrisolta la questione del trattamento del contratto in corso di esecuzione nella maggior parte dei casi che, in concreto, si presentavano². Nella legge fallimentare, così come risulta dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 5 del 2006 e dal successivo d.lgs. 169 del 2007 (c.d. decreto correttivo), il tema dei contratti pendenti è oggetto di una specifica attenzione. Il novellato art. 72 stabilisce regole generali sui contratti in corso di esecuzione, recependo e traducendo in norme di legge molti dei risultati interpretativi cui erano pervenute dottrina e giurisprudenza, nel vigore del codice di commercio del 1882 e poi della legge fallimentare del 1942.

Il diritto concorsuale si sta evolvendo verso meccanismi finalizzati al recupero dell'impresa, nella sua oggettività, considerata, sebbene in crisi, come un valore, nella prospettiva della sua salvaguardia -per quanto possibile- e, quindi, della

¹ F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento. Diritti del promissario acquirente (specialmente: della casa di abitazione)*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2007, 66 ss.

² In tal senso, in modo puntuale, ancora F. Di Marzio, *Prefazione*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, op. cit., V.

salvaguardia di tutti gli interessi nella stessa coinvolti³. Le linee generali della riforma incidono, quindi, anche sulla normativa degli effetti del fallimento sui rapporti pendenti: sono aumentati i poteri dei creditori e sembra più marcato il *favor* legislativo per la continuazione del contratto pendente, in base alla considerazione che il fallimento non debba determinare la cessazione dell'attività d'impresa e che la liquidazione dell'attivo non debba determinare la dissoluzione dell'azienda. In questa visione è stato sottolineato che una efficace ed organica disciplina dei rapporti contrattuali in corso di esecuzione al momento dell'apertura della procedura rappresenta un passaggio obbligato proprio per il raggiungimento di quell'obiettivo: in altri termini, questa "porzione" del patrimonio del debitore può avere una rilevanza nella gestione della situazione di crisi⁴.

La disciplina dei contratti pendenti sembra coerente con la nuova visione del diritto concorsuale perché può costituire uno degli strumenti finalizzati al recupero dell'impresa. In questa cornice, non si è mancato, inoltre, di sottolineare che l'analisi del trattamento riservato ai rapporti contrattuali in corso di esecuzione permette di individuare, in un dato momento storico, il punto di equilibrio scelto dal legislatore nella composizione fra gli interessi privati, coinvolti nella procedura, e gli interessi ultraindividuali di cui la stessa procedura è portatrice⁵.

Lo scopo della presente ricerca è quello di procedere ad una ricostruzione, il più completa possibile, delle problematiche peculiari sottese alla **disciplina generale** degli effetti del fallimento sui rapporti contrattuali pendenti, alla luce delle modifiche apportate in materia dal d.lgs. n. 5 del 2006 e dal successivo d.lgs. 169 del 2007 (c.d. decreto correttivo).

³ A. Piras, *Prefazione*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, XIX.

⁴ In questi termini D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, Torino, 2006, 409.

⁵ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, op. cit., 410.

Illustrerò i più importanti aspetti innovativi della legge di riforma in ordine ai rapporti giuridici pendenti, in un continuo confronto con la disciplina previgente: nel fare ciò, cercherò di ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale in materia e le diverse ricostruzioni prospettate dalla dottrina in merito a quello che è stato definito un tema centrale sui rapporti tra crisi d'impresa e contratto, come è il trattamento del contratto in corso di esecuzione nel momento in cui sopraggiunge il fallimento⁶.

Esaminerò la natura ed i caratteri delle vicende effettuali alle quali il rapporto contrattuale, in corso al momento della dichiarazione di fallimento di una delle parti, rimane soggetto ai sensi dell'art. 72 legge fall. Mi propongo, in particolare, di analizzare il contenuto delle modifiche che il rapporto pendente e la posizione sia del contraente in *bonis*, sia del contraente fallito subiscono al sopravvenire di determinate vicende: più precisamente, sospensione o "arresto" del contratto, subingresso nel contratto e scioglimento del contratto.

L'introduzione della legge fallimentare dimostrò l'accresciuto interesse del legislatore per la materia, alla quale veniva dedicata un'apposita sezione in cui erano disciplinati un maggior numero di contratti. Tuttavia -come già accennato- non venivano regolati molti contratti tipici, restavano ignorati i contratti atipici e, in particolare, mancava una norma generale idonea a disciplinare le fattispecie non espressamente menzionate⁷. Tale circostanza portò i più autorevoli studiosi a considerare questa parte della legge fallimentare disomogenea e lacunosa. In effetti, proprio la ricerca di una regola generale, la cui importanza era col tempo aumentata a causa della vistosa crescita dei contratti atipici, ha impegnato a lungo dottrina e giurisprudenza prima della novella contenuta nel d.lgs. n. 5 del 2006⁸.

⁶ F. Di Marzio, *Prefazione*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, op. cit., VI.

⁷ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli, I, op. cit., 410.

⁸ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 410 ss.

La suddivisione più ampiamente condivisa dei rapporti pendenti è quella che li distingueva in tre categorie: a) rapporti che si sciolgono per effetto della dichiarazione di fallimento; b) rapporti che proseguono *ope legis* con la massa dei creditori; c) rapporti che subiscono una temporanea sospensione, in attesa della scelta del subentro ovvero dello scioglimento da parte del curatore⁹.

La nuova disciplina, con un intento più sistematico, sembra abbandonare il regime previgente di tipo casistico, stabilendo subito una serie di principi generali all'interno del nuovo art. 72, che rappresenta la norma cardine dell'intera sezione IV in quanto contiene le regole applicabili a tutti i contratti in corso di esecuzione al momento del fallimento di una delle parti, fatte salve le diverse disposizioni della stessa sezione .

Nell'analisi del primo comma della disposizione appena menzionata, l'indagine prenderà le mosse da quella che oggi costituisce **la regola generale**: la **sospensione** del rapporto pendente al momento dell'apertura della procedura, fino 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. Nel sostituire il primo comma, il legislatore della riforma -come già osservato- ha tradotto in norme di diritto positivo la regola generale applicabile a tutti i contratti corrispettivi ineseguiti al momento del fallimento di uno dei contraenti, regola che era stata elaborata da dottrina e giurisprudenza generalizzando una specifica regola prevista per la compravendita. Proprio in considerazione di tale scelta, la norma in commento non si intitola più alla sola vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti (come disponeva l'originaria rubrica), ma ai rapporti pendenti. Si tratta di una soluzione più flessibile e omogenea alle diverse esigenze di conservazione o di liquidazione dell'azienda, che possono essere perseguite dagli organi della procedura.

⁹ In tal senso, L. Pazzaglia, *La sorte del mandato (e di contratti simili), in caso di fallimento d'una delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 37.

L'ambito di applicazione della nuova disciplina è ancora definito dall'esistenza di un contratto che si è perfezionato prima della dichiarazione di fallimento ed è ineseguito o non completamente eseguito da entrambe le parti alla data di dichiarazione di fallimento. In tale situazione, la disciplina interviene per mediare opposte esigenze: i diritti del contraente in *bonis* da una parte e l'interesse della procedura dall'altra.

L'attenzione si soffermerà poi sui diversi problemi che il c.d. arresto del contratto solleva; metterò in evidenza la finalità dell'istituto della sospensione che, consistendo in un temporaneo arresto dell'attuazione del programma negoziale, costituisce un rimedio che la legge prevede a tutela dell'amministrazione fallimentare, per consentirle di scegliere, con ponderazione, la convenienza per la massa di subentrare o di sciogliersi dal rapporto. Assurge pure a principio generale la possibilità di mettere in mora il curatore: il contraente in *bonis* può chiedere al giudice delegato di fissare un termine, non superiore a sessanta giorni, perché il curatore definisca la sorte del rapporto. Decorso inutilmente tale termine il contratto si intende sciolto.

Nella nuova disciplina l'autorizzazione per il subentro del curatore non deve essere più concessa dal giudice delegato, ma -come già detto- dal **comitato dei creditori**. Dubbi sono stati sollevati riguardo alla necessità della predetta autorizzazione anche nell'ipotesi in cui il curatore dovesse scegliere lo scioglimento dal contratto: esporrò le diverse opzioni interpretative che hanno caratterizzato il dibattito giuridico a tale riguardo. Nel corso dell'indagine si vedrà, inoltre, che il legislatore della riforma ha esteso la regola generale stabilita dal nuovo primo comma dell'art. 72 legge fall. anche ai **contratti preliminari**, recependo ancora una volta una soluzione già adottata da dottrina e giurisprudenza.

L'indagine passerà quindi all'esame delle regole che presiedono alla scelta del curatore di dar corso al contratto o di sciogliersi dal medesimo. Verranno in primo luogo esaminati gli effetti che si verificano nell'ipotesi in cui il curatore decida di **subentrare** nel contratto. A tale proposito si esporranno i risultati cui è

pervenuta l'interpretazione dottrinale secondo cui il subingresso regolato dall'art. 72 legge fall. si traduce in una sostituzione nel semplice esercizio dei diritti e nell'attuazione delle obbligazioni contrattuali, fermo restando che titolare del rapporto contrattuale rimane il fallito. In tale contesto verranno evidenziate le modifiche che comporta l'assunzione dell'esecuzione del rapporto da parte dell'ufficio fallimentare. In particolare, grazie al subingresso del curatore nel contratto, il contraente in *bonis* beneficia di una esenzione dalla regola del concorso e acquista il diritto di essere soddisfatto delle sue ragioni creditorie mediante prededuzione. Le obbligazioni nascenti dal contratto dovranno essere integralmente adempiute e pagate in prededuzione nei modi e nei termini stabiliti, senza possibilità di modifica unilaterale del rapporto negoziale originario.

Verranno poi presi in considerazione gli effetti dello **scioglimento** dal contratto: nell'affrontare tale problematica vedremo che più controversi si sono rivelati in dottrina ed in giurisprudenza i caratteri di tale istituto: a tale proposito si ricorderanno sia le tesi che riconducono il fenomeno ad una vicenda estintiva del rapporto contrattuale dotata di efficacia irretroattiva, sia le tesi che identificano nello scioglimento una eliminazione retroattiva degli effetti del contratto. Il quarto comma del nuovo art. 72 legge fall. stabilisce che, in caso di scioglimento, il contraente in *bonis* che aveva già eseguito la sua prestazione può far valere nel concorso il credito per la controprestazione non ottenuta, senza aggiungervi pretese di danni: tale soluzione già prima della riforma era incontrovertibile, non potendosi equiparare lo scioglimento ad una risoluzione per inadempimento. Per effetto dello scioglimento i contraenti rimangono liberati dalle obbligazioni ancora inadempite e soprattutto debbono restituire le prestazioni già eseguite, fatta eccezione per i contratti di durata in cui esse rimangono ferme. Ne consegue che, anche a tale riguardo, il legislatore della riforma ha esplicitato risultati già acquisiti in precedenza.

Un discorso analogo andrà fatto anche per la non proponibilità di domande di risoluzione del contratto, da parte del contraente in *bonis*, dopo il fallimento della

controparte e per la salvaguardia di una domanda di risoluzione per inadempimento già proposta prima dell'apertura del fallimento. Ciò è oggi previsto dal comma quinto del nuovo art. 72 legge fall., che ha codificato una soluzione che già emergeva dai principi generali in materia.

Una deviazione dai principi generali si ha, invece, nel caso in cui sia disposto **l'esercizio provvisorio** dell'impresa del fallito. Prima della novella, in mancanza di norme regolatrici di tale materia, dottrina e giurisprudenza avevano indagato sugli effetti dell'esercizio provvisorio sui rapporti pendenti. Con l'intento di porre fine al dibattito che si era sviluppato in proposito, il nuovo art. 104 legge fall. dispone la prosecuzione automatica di tutti i contratti pendenti, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.

In definitiva, con la presente ricerca cercherò di dimostrare che la costruzione sistematica ed i profili caratterizzanti della disciplina sono rimasti, nella sostanza, confermati nelle loro linee generali: infatti, la novella fallimentare, in linea di massima, si è limitata ad esplicitare ed a conferire dignità legislativa a risultati interpretativi già acquisiti prima della riforma.

2. Il problema dei rapporti pendenti.

In base al primo comma dell'art. 42 legge fall. la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento. Sono compresi nel fallimento -recita il secondo comma- anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi.

L'effetto fondamentale del fallimento sul patrimonio del fallito è costituito, pertanto, dal c.d. spossessamento, contemplato dalla norma -appena menzionata- contenuta nell'art. 42 legge fall.; si tratta dell'effetto della separazione del patrimonio fallimentare in virtù del quale tutti i beni del debitore, diventati insensibili al potere dispositivo del suo titolare ed inattacabili da parte dei

creditori, privati anch'essi dell'esercizio dell'azione esecutiva individuale, sono destinati alla liquidazione ed il ricavato ripartito tra i creditori concorsuali nel rispetto della *par condicio creditorum*.¹⁰ Nella liquidazione fallimentare, tuttavia, a differenza di ciò che accade nell'esecuzione forzata individuale, si pone un problema particolare in quanto essa ha come oggetto non solo beni determinati del debitore -considerati nella loro individualità-, ma l'intero patrimonio del debitore, il quale comprende anche *rapporti pendenti* perfezionati ma non esauriti, in fase dinamica, sorti prima del fallimento ed ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti, al momento della sua dichiarazione: questi rapporti pendenti, avendo un significativo valore patrimoniale, sono anch'essi destinati alla soddisfazione dei creditori ammessi al passivo del fallimento e, quindi, oggetto della liquidazione concorsuale. Il problema, appena accennato, è rappresentato dall'esigenza di valutare se il rapporto pendente debba proseguire tra il contraente *in bonis* ed il curatore del fallito per l'attuazione del programma contrattuale originario in base al diritto comune dei contratti o se, al contrario, debba essere sciolto cosicché la pretesa di ciascuno dei contraenti si riduca al diritto di ottenere la restituzione della prestazione eseguita in base alle regole del concorso fallimentare¹¹. Si tratta di rapporti giuridici in piena fase di sviluppo, produttivi di diritti e doveri secondo la causa tipica dei contratti che li hanno generati, i quali per cristallizzarsi in debiti o crediti, liquidabili allo scopo di destinarne il ricavato al soddisfacimento dei creditori, esigono regole che ne segnino l'ulteriore svolgimento o il loro dissolvimento compatibilmente con lo stato di fallimento di uno dei contraenti e realizzino un equo contemperamento degli interessi contrastanti del debitore, dei contraenti *in bonis* e dei creditori concorrenti. Da tale rilievo nasce l'esigenza di **disposizioni speciali** sulla sorte dei rapporti pendenti al momento del fallimento di uno dei contraenti, le quali, anche in prospettiva del recupero dell'impresa in crisi, stabiliscano quando essi

¹⁰ A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 589.

¹¹ Così A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 589 ss.

debbano essere conservati e quando, invece, debbano essere sciolti, attribuendo al contraente *in bonis* il diritto di insinuare i suoi eventuali crediti al passivo del fallimento, subendo la legge del concorso¹². In tale contesto si è inoltre precisato che gli effetti della dichiarazione di fallimento sulle entità patrimoniali non ancora acquisite nel patrimonio del fallito possono essere molteplici. La dichiarazione di fallimento -come già accennato- le ha infatti trovate in una situazione di fatto e di diritto dinamica, evolutiva, trattandosi di rapporti sorti ma non ancora esauriti o di rapporti in via di costituzione¹³.

3. Cenni sulla situazione antecedente alla legge fallimentare del 1942. Lacuna del codice di commercio del 1882.

La disciplina organica dei rapporti pendenti nel fallimento fa il suo esordio nell'ordinamento italiano solo con la legge fallimentare del 1942. Il codice di commercio non ignorava completamente la materia, ma -come già sottolineato- si limitava a dettare alcune disposizioni sui singoli contratti: mancava, pertanto, una trattazione specifica dell'argomento¹⁴. In estrema sintesi, si può in questa sede ricordare che, per quanto riguardava la vendita, l'art. 804 cod. comm. si limitava a regolare, nell'ipotesi di fallimento del compratore, il c.d. *stoppage in transitu* attribuendo al venditore la facoltà di rivendicare le merci non ancora pagate e non giunte a destinazione al momento della dichiarazione di fallimento; gli artt. 805-806 cod. comm., inoltre, stabilivano il diritto di ritenzione delle merci non ancora consegnate al fallito salvo che il curatore, autorizzato, pagasse interamente il prezzo. Per quanto attiene agli altri contratti, gli artt. 348 e 356 cod. comm. consideravano il fallimento di una delle parti una causa di scioglimento del conto corrente e del mandato; l'art. 433 cod. comm. conferiva invece all'assicuratore, nell'ipotesi di fallimento dell'assicurato, la facoltà di

¹² A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 590.

¹³ P. Pajardi- I. Formaggia, *La sorte dei rapporti giuridici pendenti alla dichiarazione di fallimento di una parte: spunti generali di riflessione sulla difficile armonizzazione tra diritto comune e diritto speciale*, in *Dir. fall.*, 1990, I, 12.

¹⁴ G. Bonfante, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, Milano, 1989, 5.

chiedere cauzione o, in alternativa, lo scioglimento del contratto¹⁵. Il codice del 1882, quindi, si era adeguato all'ordinamento francese, anch'esso a quel tempo molto lacunoso in materia, preferendo non seguire le scelte fatte dall'ordinamento tedesco che prevedeva, invece, una disciplina organica della materia¹⁶. Un autorevole studioso, infatti, non ha mancato di sottolineare che una delle più serie lacune dell'abrogato codice di commercio riguardava gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti tra il fallito e i terzi contraenti. Esso si limitava a "monche" disposizioni circa la cd. rivendicazione e la ritenzione fallimentare (come già detto, artt. 804-806), omettendo la disciplina dei numerosi casi corrispondenti¹⁷. In altri termini, il problema dei rapporti giuridici in corso alla data del fallimento, in mancanza di una disciplina generale nel codice di commercio e nelle leggi speciali, rappresentò uno dei temi più approfonditi e dibattuti nel periodo anteriore alla legge fallimentare del 1942. I risultati raggiunti dalla dottrina italiana, sulla scia anche di quella straniera, consentirono alla giurisprudenza -come vedremo più avanti- di affermare alcuni punti fermi, di notevole interesse anche negli anni successivi¹⁸.

¹⁵ Così G. Bonfante, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, op. cit., 5 ss. In tema v., inoltre, L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, Torino, 1997, 269 ss. : sotto il vigore della legislazione previgente alla legge fallimentare del 1942 la sorte dei contratti pendenti alla data del fallimento era regolata -come già spiegato- da norme collocate, in linea di principio, nel codice di commercio o nel codice civile, nell'ambito della disciplina dei singoli tipi contrattuali. Caratteristica comune di queste disposizioni era quella di far discendere dal fallimento l'automatico scioglimento di determinati contratti. Le uniche disposizioni sui contratti in corso di esecuzione, previste dal libro III del codice di commercio -relativo al fallimento- erano quelle contemplate dagli artt. 804-806, che riconoscevano al venditore di merci la facoltà di ritenerle o di rivenderle se non ancora ricevute a disposizione del compratore e, nello stesso tempo, attribuivano al curatore la facoltà di farsele consegnare pagandone il prezzo.

¹⁶ In questi termini G. Bonfante, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, op. cit., 6, per il quale «le ragioni della scelta riduttiva del legislatore italiano in tema di rapporti pendenti non sono chiare, affondando probabilmente nella storia economica e sociale del nostro Paese».

¹⁷ G. De Semo, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, 349 ss., secondo il quale, tuttavia, « conviene riconoscere che la dottrina italiana, con uno sforzo esegetico e costruttivo veramente lodevole, era riuscita a riparare in gran parte alle deficienze del codice, e ad orientare su salde vie anche i responsi della giurisprudenza».

¹⁸ G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1972, 975 ss.

Si può già in questa sede osservare che *l'indirizzo prevalente* tra gli interpreti era nel senso che il fallimento esercitasse una influenza decisiva sui contratti non eseguiti da nessuna delle due parti, in quanto privava uno dei due contraenti della possibilità giuridica di adempiere ulteriormente le obbligazioni che si era assunto; con la conseguente iniquità di mantenere l'obbligazione del contraente *in bonis* senza alcuna garanzia di ricevere la controprestazione. Da tale rilievo derivava l'estensione su un piano generale, qualora la natura del contratto non lo vietasse, della facoltà contemplata dall'art. 806 cod. comm. per il curatore di subentrare nel contratto di compravendita, assumendone le obbligazioni a carico della massa, e **dell'arresto del contratto** fino alla decisione del curatore, analogamente a quanto stabilito dall'art. 1469 cod. civ. abr. per la compravendita: a meno che l'altro contraente non preferisse eseguire sottostando per la controprestazione alla falcidia fallimentare, con esclusione tuttavia di un suo diritto alla risoluzione del contratto ed al risarcimento del danno. La soluzione elaborata -e appena riferita- fu poi accolta dalla legge fallimentare del 1942¹⁹. A tale riguardo si è infatti sottolineato che fino all'emanazione della legge fallimentare, la regola comunemente accolta imponeva che il contratto pendente non si sciogliesse retroattivamente, ma si arrestasse. Si riteneva che il sopraggiungere del fallimento paralizzasse l'esecuzione del contratto, con la conseguenza che non erano più dovute le prestazioni promesse, e non dovevano essere restituite le prestazioni parzialmente eseguite da una parte o dall'altra²⁰. In particolare, va rilevato che il problema dei rapporti pendenti si è posto fin dagli inizi della codificazione delle leggi commerciali in relazione a singoli tipi contrattuali. Il codice di commercio non lo aveva affrontato e risolto in modo

¹⁹ G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 978 ss. e G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento*, vol. II, a cura di G. G. Ruisi - A. Jorio - A. Maffei Alberti - G. U. Tedeschi, in *Giur. sist. civ. e comm. diretta da Bigiavi*, II, aggiornamento di Censoni, Torino, 1978, 517, in cui si precisa che su questa linea si poteva registrare un consenso ampio della dottrina dell'epoca.

²⁰ Così R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella «legge fallimentare»*, Milano, 1989, 82 ss., richiamando l'opinione del G. Bonelli, *Del fallimento*, in (Bensa - Bonelli e altri) *Commentario al codice di commercio*, VIII, 3^a edizione a cura di V. Andrioli, Milano, 1938, 568.

adeguato, in quanto si era limitato a stabilire -come più volte osservato- poche norme sparse e tra di loro apparentemente non collegate. Dettava solo alcune norme che, nel caso di fallimento di una delle parti, regolavano la sorte di figure contrattuali specifiche²¹.

La dottrina dell'epoca non aveva mancato di sottolineare, pertanto, che il codice non regolava in modo organico la materia degli effetti del fallimento sui contratti bilaterali -a differenza di quanto accadeva in altri sistemi giuridici, come quello austriaco e tedesco, che contemplavano in proposito disposizioni generali- pur occupandosi distintamente di singole figure contrattuali²². Va tuttavia precisato che -come vedremo più avanti- dalla disciplina embrionale delle singole figure contrattuali e dai principi, più generali, dei già menzionati **artt. 804-806**, gli interpreti hanno saputo ricavare dei criteri di orientamento per l'applicazione di quelle regole a tutti i contratti bilaterali a prestazioni corrispettive non ancora adempiute alla data del fallimento di una delle parti²³. Sulle disposizioni appena richiamate i più autorevoli scrittori del tempo costruirono il sistema dei rapporti pendenti nel fallimento, evidenziando come la facoltà del venditore di ritenere le

²¹ Così A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 590 ss. L'A. ricorda l'art. 703 il quale, in caso di fallimento del conduttore di immobili ad uso commerciale, attribuiva al curatore la facoltà di chiedere lo scioglimento del contratto verso pagamento di un giusto compenso, se la durata residua del rapporto fosse superiore a tre anni. L'art. 804, nell'ipotesi di vendita a distanza o da piazza a piazza, in caso di fallimento del compratore, permetteva al venditore di riprendere la cosa venduta, se questa, già spedita, nel giorno del fallimento non fosse ancora giunta nei magazzini del fallito o, comunque, non fosse stata già messa a disposizione del fallito. L'art. 805, nel caso di fallimento del compratore di cose mobili, consentiva al venditore di ritenere le cose non ancora consegnate a fallito o a lui non ancora spedite. Nelle ipotesi previste dagli artt. 804 e 805, il curatore, in base all'art. 806, aveva il diritto di farsi consegnare la merce dai venditori *in bonis*, ma a condizione che ne pagasse l'intero prezzo. Ancora, l'art. 191 stabiliva lo scioglimento della società in nome collettivo per il caso di fallimento di uno dei soci e della società in accomandita semplice per il caso di fallimento di uno dei soci accomandatari. L'art. 433, infine, in caso di assicurazioni prevedeva che, persistendo il rischio assicurato e non essendo stato pagato il premio, l'assicuratore poteva chiedere una cauzione o lo scioglimento del contratto.

²² A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, 373 e nt. 2. L'illustre autore ricorda come la maggior parte delle legislazioni riconosce, nei contratti bilaterali a titolo oneroso, un diritto di scelta - entro un certo termine- per l'amministrazione della massa, di eseguirli nell'interesse di questa o di astenersene; solo in Francia, Belgio e Italia -egli puntualizza- manca un completo regolamento della materia. Anche ad avviso di A. Candian, *Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 461, «un regolamento legale di questa materia da un punto di vista generale manca presso di noi (se si eccettui qualche norma sporadica come quella dell'art. 806 cod. comm.), mentre esiste nella legge concorsuale germanica ...». Sul punto cfr, inoltre, U. Pipia, *Nuovo commento al codice di commercio, il Fallimento*, Torino, 1932, 182 ss.

²³ A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 373 ss.

merci vendute o di rivendicarle se non ancora ricevute a disposizione del compratore, si potesse ricondurre al principio *inadimplenti non est adimplendum*. La disciplina dei contratti pendenti al momento del fallimento era in tal modo considerata come disciplina dei contratti bilaterali ineseguiti da entrambi i contraenti²⁴. Su questo solco, si è sottolineato che fu merito della dottrina e della giurisprudenza quello di prendere atto di una realtà imponente, come quella della necessaria pendenza di rapporti in corso di esecuzione, riferibili allo stesso fallito, e di elaborare principi utili ai fini di una disciplina organica²⁵. Il più grande commentatore del citato libro III del codice di commercio, relativo al fallimento, (ossia il Bonelli) aveva saputo ricavare, più che dallo spossessamento del patrimonio del debitore, dai più volte ricordati artt. 804-806 la disciplina dei contratti in corso di esecuzione, cui, in mancanza di esplicite disposizioni, avevano prestato ossequio teoretici e operatori pratici: poiché, dalla funzionalità del sinallagma, emerge che il contraente *in bonis* non può essere tenuto ad eseguire la prestazione se il contrapposto suo credito viene assoggettato alla falcidia fallimentare, la dichiarazione di fallimento provoca **l'arresto o la sospensione** del contratto²⁶. Malgrado questo principio incontrasse svariate limitazioni, la costruzione bonelliana -si è detto- ha disciplinato la materia con «una forza di effettività non minore di un complesso normativo ...»²⁷.

In estrema sintesi, è sufficiente osservare che **tre regole generali** erano considerate i caposaldi di questa materia: a) il contraente non fallito *ha facoltà* di sospendere l'esecuzione e di non eseguire la sua prestazione. E' il principio che emergeva dagli artt. 804 e 805; b) Il fallimento non produce di regola la risoluzione del contratto non eseguito. Era questo un altro principio che la legge

²⁴ L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, op. cit., 270.

²⁵ A. Bonsignori, *Fallimento*, in A. Bonsignori - G. Nardo - M. Lazzara, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, 8.

²⁶ Come precisa V. Andrioli, voce *Fallimento (dir. priv.)*, *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 408. A tale riguardo, infatti, secondo G. Bonelli, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, 3^a ed. a cura di V. Andrioli, vol. I, op. cit., 568, nt. 3, «nelle legislazioni che, come la nostra, non danno norme regolative generali, bisogna desumere il principio e le sue limitazioni dall'applicazione che la legge ne fa in casi speciali (v. specialmente art. 804-806)».

²⁷ In tal senso V. Andrioli, voce *Fallimento (dir. priv.)*, *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 409, nt. 335.

non poneva ma che si ricavava dal sistema legislativo. Il fallimento -si affermava- non crea l'inadempimento secondo la normale tecnica contrattuale, ma uno stato di *impotenza del patrimonio ad eseguire*. L'inadempimento richiede la volontarietà dell'atto, mentre nel nostro caso è la legge che vieta al debitore di effettuare la prestazione. Se il contratto dovesse essere eseguito anche in tal caso sarebbe leso il principio della *par condicio*, poiché la controparte creditrice, tramite l'eseguita prestazione, verrebbe a soddisfarsi al cento per cento. Lo stato di fallimento, quindi, non è invocabile dalla controparte *in bonis* come causa di risoluzione. Il fallimento determina -ciò che qui preme sottolineare- più che la risoluzione, **uno stato di quiescenza o di sospensione** del rapporto, sia perché il contratto può essere assunto successivamente dalla massa, sia perché può riprendere vita dopo la cessazione del fallimento; c) Il contratto non eseguito dal fallito *può essere eseguito dalla massa* in virtù dell'art. 806²⁸.

Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza, la stessa accolse i risultati cui era pervenuta la dottrina, affermando innanzitutto che la dichiarazione di fallimento non risolve i contratti sinallagmatici che il fallito aveva concluso, ma ne arresta soltanto l'ulteriore esecuzione²⁹; e, inoltre, che il contraente *in bonis* non può essere costretto dopo il fallimento ad eseguire i contratti stipulati dal fallito, ma può opporre *l'exceptio inadimpleti contractus*, se la massa non assuma integralmente a proprio carico la controprestazione³⁰. Rimaneva tuttavia salva la facoltà del curatore di subentrare nel contratto, addossando alla massa diritti ed obbligazioni ad esso relativi: la giurisprudenza, in proposito, da un lato negava al contraente *in bonis* un qualsiasi diritto a costringere la massa all'esecuzione dei

²⁸ Così A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 374 ss., per il quale il presupposto dell'intervento del curatore è che esso sia vantaggioso alla massa, che deve commisurare il vantaggio all'onere che ricade a suo carico per il pagamento del prezzo.

²⁹ Cass. 28 maggio 1926, n. 1718, in *Riv. dir. comm.*, 1926, II, 457. Sul tema v. G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento*, vol. II, a cura di G. G. Ruisi-A. Jorio- A. Maffei Alberti-G. U. Tedeschi, in *Giur. sist. civ. e comm. diretta da Bigiavi*, II, aggiornamento di Censoni, op. cit., 517.

³⁰ Cass. 9 maggio 1935, n. 1718, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, 638. Nello stesso senso Cass. 6 luglio 1937, n. 2313, in *Giur. it.*, 1937, I, 1, 940 e Cass. 5 maggio 1941, n. 1309, in *Dir. fall.*, 1941, II, 427.

contratti stipulati dal fallito e dall'altro, sottolineava l'obbligazione contrattuale della massa subentrata nel contratto³¹.

In definitiva, secondo una corrente di pensiero, nel sistema anteriore alla legge del 1942 non esistevano disposizioni di portata così generale, esplicita e onnicomprensiva come quelle dell'art. 72 (pre)vigente, ed il regime delle vendite immobiliari non ancora eseguite, al momento della dichiarazione di fallimento, era lasciato dal legislatore un po' in ombra. Dottrina e giurisprudenza, tuttavia, sviluppando i principi che -come visto- affioravano dagli artt. 804 - 806 cod. comm., dettati per alcune situazioni riguardanti vendite mobiliari, avevano già costituito una disciplina analoga a quella poi consacrata legislativamente nell'art. 72 legge fall.³²

In ogni caso, si deve sottolineare che il legislatore non si è preoccupato di disciplinare la sorte dei contratti pendenti nel fallimento per molto tempo come dimostra il disinteresse del successivo progetto di riforma del codice di commercio del 1897 e del progetto Mortara del 1906. Bisognerà attendere gli anni Venti perché, grazie all'opera del Bonelli, la tematica in esame verrà fatta oggetto di un'apposita trattazione che poi sfocerà nel progetto dello stesso Bonelli del 1921 e D'Amelio del 1925³³. I progetti preliminari del codice civile del 1942, dal progetto Asquini alle successive versioni fino a quella definitiva di cui al r.d. n. 267 del 1942, ricalcarono i progetti Bonelli e D'Amelio. Per concludere, si può osservare come il testo definitivo della legge fallimentare finisce con l'occuparsi degli stessi contratti previsti dai menzionati progetti Bonelli e D'Amelio -con l'aggiunta della somministrazione- prevedendo per tali

³¹ Come sottolinea G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento*, vol. II, a cura di G. G. Ruisi-A. Jorio- A. Maffei Alberti-G. U. Tedeschi, in *Giur. sist. civ. e comm. diretta da Bigiavi*, II, aggiornamento di Censoni, op. cit., 518.

³² V. De Martino, *sub art. 72*, in *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare* a cura di G. Alessi, B. Benincasa, M. Curcio, B. Manzella e F. Verde, Roma, 1971, 96.

³³ Come ricorda G. Bonfante, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, op. cit., 6, il quale sottolinea come i due progetti in questione prevedevano un'espressa regolamentazione dei contratti di compravendita, vendita a consegne ripartite, comunione, società, conto corrente, commissione, locazione, appalto, assicurazione ed edizione.

contratti le stesse soluzioni dell'arresto, della continuazione e dello scioglimento del contratto³⁴.

4. L'introduzione della legge fallimentare del 1942.

Abbiamo accennato in più occasioni ai contributi, forniti dagli studiosi, fra i più autorevoli del tempo, per cercare di sopperire alle lacune della legislazione precedente alla legge del 1942. Tuttavia, nonostante gli sforzi della dottrina, restavano notevoli incertezze³⁵ in tema di effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti: da ciò derivava, pertanto, la necessità, di una definitiva regolamentazione della materia in questione. Si è autorevolmente sottolineato che raggruppando disposizioni sparse, nella normativa previgente, qua e là, ed estendendo ad altri contratti la previsione legislativa in precedenza ristretta ad un numero minore di figure contrattuali, gli effetti del fallimento sui rapporti contrattuali sono stati disciplinati con una certa ampiezza dalla legge del 1942; questo è stato fatto recependo i risultati della elaborazione effettuata dalla dottrina sotto il vigore del codice di commercio del 1882³⁶. Alla tematica in esame veniva, quindi, dedicata **apposita disciplina**, nella sezione IV del Capo III sotto la rubrica degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti (artt. 72-83)³⁷.

³⁴ G. Bonfante, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, op. cit., 7 ss.

³⁵ G. De Semo, *Diritto fallimentare*, op. cit., 350.

³⁶ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, Bologna- Roma, 1979, 3. Secondo M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, Milano, 2006, 317, la normativa fallimentare del 1942, muovendo dall'intento di adattare al fallimento le regole del sinallagma contrattuale e di salvaguardare, pertanto, le soluzioni applicabili in base al diritto comune, si limitò a regolamentare la compravendita e solo alcune delle fattispecie considerate maggiormente conflittuali.

³⁷ Si deve comunque osservare come, ad avviso di un autorevole studioso, le norme sui rapporti giuridici preesistenti non perseguono il disegno di rafforzare la posizione del curatore subordinando all'interesse della massa le ragioni del contraente *in bonis*. La disciplina dei contratti pendenti nel fallimento, secondo questa dottrina, rinnova regole già note nel diritto civile e mostra quali modifiche e quali correttivi sia necessario apportare quando le regole dell'esecuzione individuale si trasferiscono nel fallimento: R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella «legge fallimentare»*, op. cit., 58 ss.

Il Ministro Guardasigilli, nella Relazione ministeriale al r. d. n. 267 del 1942, presenta l'art. 72 legge fall. in questo modo: «completamente nuova, rispetto al codice del 1882, è la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti preesistenti, contenuta nella sez. IV del capo III. La lacuna legislativa era stata in parte colmata dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, ma grandi erano le incertezze e grande era perciò il bisogno di un definitivo ordinamento della materia. Già i precedenti progetti, e in particolare quello del 1925, si erano resi conto di questa esigenza, e anche a me è sembrato che essa non poteva essere trascurata senza mantenere, tra l'altro, una nota d'inferiorità della nostra legge fallimentare rispetto a quelle straniere. I contratti presi in esame dalla legge sono quelli che, pur essendo perfezionati prima della dichiarazione di fallimento, non hanno avuto la loro piena esecuzione da entrambe le parti, perché la semplice esecuzione unilaterale si risolve in un credito della parte che ha eseguito verso l'altra, e i crediti si fanno valere secondo le norme proprie del fallimento»³⁸. Anche nella nuova normativa, tuttavia, non venivano disciplinati molti contratti tipici e, soprattutto, continuava a mancare una disposizione “di chiusura” che fosse in grado di risolvere i casi dubbi che potevano emergere dalla prassi³⁹. Era, pertanto, opinione consolidata fra gli studiosi che la disciplina del 1942 presentasse **un carattere frammentario**⁴⁰. La disciplina in questione presentava,

³⁸ P. Brecciaroli, *Qualche considerazione sul concetto di «contratto non eseguito» di cui all'art. 72 L.F.*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1967, 987.

³⁹ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 410. Va comunque precisato che i primi progetti di riforma [Art. 3 progetto Bonelli, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 522 e art. 778 progetto D'Amelio (Commissione Reale, Sottocommissione B, *Codice di commercio*, I, *Progetto*, Roma, 1925, 243] avevano previsto una norma di chiusura del sistema, individuandola -come vedremo più avanti- nella regola generale della sospensione dell'esecuzione dei contratti bilaterali ineseguiti e della facoltà del curatore di scegliere fra subentro e scioglimento: L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, op. cit., 271

⁴⁰ L. Guglielmucci, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 4. Anche a parere di V. Andrioli, voce *Fallimento (dir. priv.)*, *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 410, «basta porre a raffronto l'elenco dei contratti, che la legge fallimentare disciplina, con l'elenco dei contratti, regolati nel codice civile, per intendere in qual misura sia lacunosa la disciplina della legge fallimentare, la quale non ha considerato rapporti di larghissimo impiego come la locazione di beni mobili (registrati o no), il trasporto, i contratti bancari, la permuta, la cessione dei beni ai creditori, ecc., seppure non si vuol porre mente alla sempre più vasta massa dei contratti atipici». Cfr. anche A. De Martini, *Il patrimonio del*

in particolare, il difetto di offrire **una regolamentazione di tipo casistico**, priva di previsioni di carattere generale e inadeguata ad affrontare la progressiva diffusione delle nuove figure contrattuali create dalla prassi⁴¹. Più precisamente, la rubrica della sezione IV, prima della riforma, era stata considerata molto enfatica, in quanto sembrava promettere una disciplina organica dei rapporti preesistenti, che in concreto non esisteva. Come già detto, essa si limitava a raggruppare disposizioni frammentarie, poco coordinate e molto lacunose, le quali disciplinavano alcuni specifici rapporti, trascurandone altri e non provando neppure a dettare un regolamento organico e sistematico della materia in esame⁴². In questo contesto si è altresì chiarito che il problema centrale degli artt. 72-83 legge fall. riguarda l'efficacia del fallimento sui contratti che non sono disciplinati in queste ultime disposizioni, «dato evidentemente che non è pensabile che in così poche disposizioni si sia pensato di provvedere, oltre che alle diverse figure regolate nel quarto libro del codice civile, anche a tutte le fattispecie innominate, costituibili a norma dell'art. 1322 c.c.». Peraltro, per risolvere questa delicata questione, che i redattori della legge fallimentare lasciarono «bellamente agli interpreti, senza porsi neppure il dubbio sull'inopportunità di provvedere secondo un metodo casistico, e dunque senza

debitore nelle procedure concorsuali, Milano, 1956, 365, il quale, a proposito degli artt. 72 e segg., pone in luce «una certa inesperienza del legislatore nel regolare -per la prima volta- questa delicata materia».

⁴¹ A. Giudici, *sub art. 72*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, op. cit., 770.

⁴² A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di G. Schiano Di Pepe, Padova, 2007, 213. Anche ad avviso di G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento*, vol. II, a cura di G. G. Ruisi-A. Jorio- A. Maffei Alberti-G. U. Tedeschi, in *Giur. sist. civ. e comm. diretta da Bigiavi*, II, aggiornamento di Censoni, op. cit., 519, la nuova legge fallimentare propone un'apposita disciplina, nella sezione IV del titolo II del capo III, dedicata agli «effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», ma si tratta di un titolo enfatico, che «promette assai più di quanto in realtà sia stato adempiuto». Gli artt. 72-83 contengono infatti «norme frammentarie, scarsamente coordinate e notevolmente lacunose ed imperfette, che regolano alcuni specifici rapporti, trascurando non solo un regolamento sistematico della materia, ma altresì molti ed importanti altri rapporti». Sul punto, anche il Supremo Collegio ha chiarito che la legge non enuncia principi generali circa la sorte dei rapporti giuridici posti in essere dal debitore fallito, ma provvede per singoli casi con disposizioni dal cui complesso dottrina e giurisprudenza hanno nucleato talune regole direttive ... : Cass. 31 marzo 1969, n. 1052, in *Dir. fall.*, 1969, II, 861.

fornire una norma di carattere generale», è necessario previamente individuare l'incidenza del fallimento sui rapporti pendenti⁴³.

A tale riguardo è opportuno soffermare la nostra attenzione. Alcune autorevoli voci hanno rilevato che il fallimento produce una modifica dei rapporti giuridici preesistenti, incidendo sul loro corso. Gli effetti della sentenza dichiarativa del fallimento su questi rapporti vengono presi in considerazione dagli artt. 72 ss. legge fall., che non esauriscono, però, l'intera materia. Il principio alla base delle disposizioni in epigrafe è quello della *par condicio* e della indisponibilità del patrimonio del fallito, conseguente alla pronuncia del dissesto. Le norme in commento, pertanto, si ricollegano a quelle relative agli effetti del fallimento per il fallito e si spiegano alla luce di queste. Ne consegue, ad avviso di questa corrente di pensiero, che gli artt. 72 ss. costituiscono un aspetto della disciplina degli effetti del fallimento e ne integrano il sistema⁴⁴.

Come già accennato, la dottrina si è a lungo interrogata su come fossero stati realizzati, in concreto, sia nella legge fallimentare, sia nel codice civile, gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento sui contratti pendenti. Non si può non evidenziare che a tale proposito sono state formulate diverse ipotesi ricostruttive⁴⁵.

In estrema sintesi, si può osservare che -a prescindere da coloro che affermavano l'esistenza di un generale diritto di scelta del curatore di eseguire o no il contratto, quale correlato della facoltà della controparte di sospendere la prestazione- secondo un primo orientamento dottrinale era necessario *distinguere*

⁴³ A. Bonsignori, *Il Fallimento*, vol. nono, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 1986, 414.

⁴⁴ R. Provinciali - G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, 375 ss. Prima della legge del 1942, come evidenziato da A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 379, vi sono contratti rispetto ai quali il fallimento non ha alcuna influenza sulla vitalità del rapporto. Sono quelli, in particolare, da cui derivano obbligazioni strettamente *personali al fallito* o comunque *non patrimoniali*. Il fallimento non tocca simili rapporti che non sono destinati a creare diritti o ad attribuire beni di cui il curatore si possa impossessare. Nonostante questi rilievi, il legislatore del 1942 non ha preso in considerazione, appunto, i contratti che -per il tipo o l'oggetto- restano insensibili al fallimento e proseguono in capo al fallito: così L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, op. cit., 271.

⁴⁵ «Tutte viziate da un certo apriorismo dogmatico»: così A. Bonsignori, *Il Fallimento*, vol. nono, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, op. cit., 415.

i contratti che si risolvono da quelli che alla dichiarazione di fallimento non si risolvono⁴⁶; all'interno di quest'ultima opzione vi erano poi coloro che in questa seconda alternativa distinguevano ulteriormente fra contratti che continuano e contratti che entrano in stato di quiescenza (Pazzaglia); nel caso in cui il contratto entrasse in stato di quiescenza qualche altro autore differenziava la posizione del curatore, a seconda che l'altro contraente abbia o meno facoltà di darvi esecuzione⁴⁷.

Ad avviso di una seconda linea argomentativa, invece, non si era in presenza di una "bipartizione" ma di una "**tripartizione**". Infatti, all'interno di questa impostazione, alcuni studiosi ritenevano opportuno distinguere tra radicale estinzione, indifferenza assoluta e regime misto, caratterizzato quest'ultimo -di solito- dal potere discrezionale dell'ufficio fallimentare di scegliere tra l'estinzione e la prosecuzione; altri, invece, distinguevano tra manutenzione, estinzione e sospensione del rapporto⁴⁸. Un'altra corrente di pensiero è arrivata ad affermare che la normativa positiva disciplina *quattro* categorie di rapporti: rapporti che la dichiarazione di fallimento scioglie automaticamente; rapporti che spetta al curatore del contraente fallito di sciogliere o continuare; rapporti per cui spetta al contraente *in bonis* la scelta tra scioglierli o continuarli; rapporti che continuano nonostante la dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti⁴⁹. Nell'ambito delle interpretazioni date dalla dottrina al sistema previsto dalla legge -e qui sommariamente richiamate- occorre infine accennare ad una suddivisione più complessa delle precedenti, in base alla quale occorre distinguere addirittura *sei* diverse ipotesi: stabilizzazione del potere di

⁴⁶ G. De Semo, *Diritto fallimentare*, Padova, op. cit., 351 ss. L'A. afferma che per i rapporti per i quali la risoluzione non avviene *ipso iure*, è stabilito un equo temperamento degli interessi in conflitto, con prevalenza, però, di quelli del fallimento, intesi a corroborare l'esigenza della *par condicio* tra i creditori, mentre, a proposito dei rapporti che si risolvono, chiarisce che l'equilibrio economico-giuridico sostenitore del rapporto, l'elemento fiduciario da cui questo è animato, risultano gravemente scossi o addirittura spezzati in conseguenza del dissesto, i cui fini di liquidazione sarebbero compromessi per la sussistenza di tali contratti.

⁴⁷ Come puntualmente ricorda A. Bonsignori, *Il Fallimento*, vol. nono, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, op. cit., 415.

⁴⁸ In questi termini, ancora, A. Bonsignori, *Il Fallimento*, vol. nono, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, op. cit., 415.

⁴⁹ V. Andrioli, voce *Fallimento (dir. priv.)*, *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 409 ss.

acquisizione del rapporto; scioglimento del contratto *ope legis*; diritto di recesso dal contratto; diritto al subentro; espressa esclusione della risoluzione; attenuazione degli effetti favorevoli al terzo contraente, riconosciutigli dal diritto comune⁵⁰.

Va, comunque, ribadito che la maggioranza degli studiosi distingueva i contratti pendenti in **tre categorie**: a) rapporti che si sciolgono per effetto della dichiarazione di fallimento; b) rapporti che proseguono *ope legis* con la massa dei creditori; c) rapporti che subiscono una temporanea sospensione, in attesa della scelta del subentro ovvero dello scioglimento da parte del curatore⁵¹. A tale classificazione, pertanto, faremo, in linea di massima, ricorso in questa ricerca⁵².

Va tuttavia osservato che la mancanza di un principio di carattere generale e la previsione di effetti diversificati per i singoli contratti -come appena accennato, sospensione, scioglimento o prosecuzione *ex lege* - aprirono un dibattito su quale di queste alternative fosse la regola e quali le eccezioni⁵³. La legge del '42 ha, quindi, preferito contemplare una disciplina analitica della sorte dei singoli rapporti allora considerati più ricorrenti o problematici, dettando le norme contenute negli artt. 72 e seguenti, che se costituivano un notevole progresso rispetto al quasi completo silenzio conservato su questa materia dal codice di commercio del 1882, non esaurivano tuttavia i vari interrogativi che si ponevano agli studiosi⁵⁴. Si è così puntualizzato che l'impegno della giurisprudenza è stato

⁵⁰ A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, op. cit., 365 ss.

⁵¹ Così L. Pazzaglia, *La sorte del mandato (e di contratti simili), in caso di fallimento d'una delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, op. cit., 37.

⁵² Anche di recente uno scrittore più volte menzionato ha puntualizzato che nella legge del 1942 il fallimento di uno dei contraenti poteva produrre uno di questi tre effetti: scioglimento automatico *-ope legis-* del contratto; sostituzione automatica della procedura fallimentare al fallito, con la messa fuori concorso del contratto; periodo di stasi del rapporto, che avrebbe potuto riprendere vita o arrestarsi in modo definitivo, a causa della volontà del curatore di subentrare o meno nel contratto: D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 410 ss.

⁵³ M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, op. cit., 317.

⁵⁴ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini -G. Cavalli- A. Jorio, Padova, 2009, 472. Anche secondo R. Provinciali, *Trattato di Diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, 1183, la legge del 1942 costituisce comunque «un grande progresso rispetto al diritto anteriore, che, salvo poche e frammentarie norme sulla rivendicazione e ritenzione fallimentare (artt. 804-806 cod. comm. abr.) può dirsi ignorasse

non solo di colmare le lacune che la previgente normativa presentava, ma soprattutto di *ricostruire* dalle disposizioni sporadiche una disciplina generale dei rapporti giuridici in corso alla data del fallimento. Il risultato *concorda* in genere con quello proposto dalla dottrina: il complesso delle norme contenute negli artt. 72-83, ed in particolare l'art. 72, comprende principi che vanno al di là del singolo rapporto e risultano invece validi per l'intera materia dei rapporti in corso di esecuzione⁵⁵.

Tale situazione ha quindi spinto sia la dottrina che la giurisprudenza ad individuare, all'interno della normativa (pre)vigente, **un principio generale** che potesse esprimere delle regole da applicare ai contratti non disciplinati dalla legge fallimentare, né da altre leggi speciali o dallo stesso codice civile. Il risultato di questo sforzo, di questa "ricerca" è stato quello di ricavare dalla normativa previgente una ben determinata regola generale, in base alla quale è possibile applicare ai contratti non disciplinati in modo esplicito la regola della *sospensione* dell'esecuzione del contratto, insieme a quella della *facoltà del curatore* di scegliere tra subentro e scioglimento. La regola in esame, riferita al contratto di vendita, è stata -come vedremo nel prosieguo- accolta dal Riformatore⁵⁶.

In questo contesto, lo schema della vendita -si è osservato anche di recente- veniva considerato il modello tipico di scambio e da tale disciplina la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza prevalente prendevano le mosse per definire la fattispecie di "contratto pendente e per elaborare i principi applicabili ai contratti non regolamentati"⁵⁷. In particolare, si può fin da ora puntualizzare come fosse *opinione diffusa* che un principio generale si potesse ricavare dall'art. 72, secondo comma, legge fall., il quale, a proposito del contratto di compravendita,

del tutto l'argomento: così che l'elaborazione dei principi in materia era stata esclusivamente dottrinale». Anche in giurisprudenza, d'altra parte, si è sottolineata la mancanza di un regolamento sistematico della materia: cfr, in proposito, tra le altre, Cass., 31 marzo 1969, n. 1052, cit., 861.

⁵⁵ G. Ruisi, *Il fallimento*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm. fondata da W. Bigiavi*, II, op. cit., 519.

⁵⁶ A. Giudici, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski*, op. cit., 770.

⁵⁷ M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, op. cit., 317.

in caso di *fallimento del compratore*, dettava la regola della sospensione dell'esecuzione del contratto fino a quando il curatore non avesse dichiarato di sciogliersi o di subentrare⁵⁸. Anche la Suprema Corte ha chiarito che l'art. 72 della legge fallimentare, pur essendo dettato per la compravendita, è **espressione di un principio generale** circa gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti. Esso pertanto, salva la diversa disciplina specificamente dettata dagli articoli successivi della stessa sezione della legge per i contratti ivi contemplati, trova applicazione generale⁵⁹. Ne consegue che l'art. 72 legge fall.⁶⁰, dettato in relazione al contratto corrispettivo per eccellenza -la compravendita- è stato considerato, fino alla Riforma del 2006, espressione di un principio generale e, come tale, applicabile anche alle fattispecie non disciplinate⁶¹.

Va infine evidenziato che la legge del 1942, a causa della scarsa attenzione dedicata alla conservazione dell'azienda quale strumento di liquidazione concorsuale, sebbene contemplasse la possibilità dell'esercizio provvisorio dell'impresa, non dettava alcuna norma che permettesse di escludere in questa

⁵⁸ G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, 1170.

⁵⁹ Così Cass. 5 febbraio 1980, n. 799, in *Giur. comm.*, 1980, II, 665.

⁶⁰ A tale fine sembra utile menzionare, già adesso, la norma contenuta nell'art. 72 legge fall. -rubricata Vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti- prima delle modifiche apportate dal D.lgs. n. 5/2006, norma capofila dell'intera Sez. IV. Il primo comma della disposizione in commento stabiliva che se un contratto di vendita è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando il compratore è dichiarato fallito, il venditore ha diritto a compiere la sua prestazione facendo valere nel passivo del fallimento il suo credito per il prezzo. Il secondo comma disponeva che se egli non intende valersi di tale diritto, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare in luogo del fallito nel contratto, assumendone tutti gli obblighi relativi, ovvero di sciogliersi dal medesimo. Il venditore -per il terzo comma- può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore ad otto giorni, decorso il quale il contratto s'intende sciolto. In base al quarto comma, in caso di fallimento del venditore, se la cosa venduta è già passata in proprietà del compratore, il contratto non si scioglie. Se la cosa venduta non è passata in proprietà del compratore, il curatore ha la scelta fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto. In caso di scioglimento del contratto, il compratore ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo senza che gli sia dovuto risarcimento del danno. Il quinto comma disponeva, infine, che qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645 *bis* del codice civile e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'articolo 2775 *bis* del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

⁶¹ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini -G. Cavalli- A. Jorio, Padova, 2009, 473.

ipotesi lo scioglimento automatico o la sospensione dell'esecuzione di quei contratti per i quali questi effetti sono ricollegati, dagli artt. 72 ss., al fallimento di uno dei contraenti⁶².

5. Le indicazioni della legge delega n. 80/2005.

Nonostante fosse stata diverse volte sottolineata la frammentarietà e l'insufficienza delle indicazioni contenute nella legge fallimentare del 1942 sulla sorte dei rapporti pendenti, l'auspicio di un più organico e completo assetto della materia nel momento in cui fosse stata affrontata la riforma della legge non si è, alla fine, compiutamente realizzato⁶³.

Come si vedrà in prosieguo, va sempre tenuta presente la complessità della materia in oggetto, poiché essa interferisce con i principi del diritto dei contratti; le soluzioni elaborate in proposito dal legislatore hanno una ripercussione notevole per l'intera procedura, e dunque per i creditori e per la parte *in bonis*, le cui rispettive esigenze vanno ben considerate e il più delle volte mediate in quanto confliggenti. Di fronte a tale complessità -si è detto- si rimane «quasi sconcertati dalla inconsistenza delle indicazioni» fornite al riguardo dalla legge delega del 2005⁶⁴.

Probabilmente a causa dell'importanza e della delicatezza della materia, il legislatore delegante non ha indicato la via da seguire nell'individuazione della regola generale⁶⁵: infatti, l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 7, della legge delega n. 80 del 14 maggio 2005 -tra i principi e criteri direttivi della «riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al r.d. 16 marzo 1942, n. 267»-

⁶² L. Guglielmucci, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, op. cit., 5.

⁶³ G. Tarzia, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 1385. Anche ad avviso di C. Mascarello, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (art. 72 e 72 bis legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 2007, 289, «la delega era invero alquanto scarna». In tal senso cfr. pure A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, in *Dir. fall.*, 2006, 1136 («in materia di contratti pendenti le indicazioni della legge delega erano limitate e vaghe»).

⁶⁴ In tal senso A. Giudici, *sub art. 72*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, op. cit., 770 ss.

⁶⁵ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 411.

si occupa anche dei rapporti giuridici pendenti, limitandosi tuttavia ad impegnare il Governo a modificare la disciplina degli effetti del fallimento su di essi, ampliando i termini entro i quali il curatore deve manifestare la propria scelta in ordine allo scioglimento dei relativi contratti e prevedendo una disciplina per i patrimoni destinati ad uno specifico affare e per i contratti di locazione finanziaria⁶⁶. Tre erano, quindi, gli interventi imposti dalla delega: a) l'ampliamento del termine a disposizione del curatore per decidere in modo definitivo se dare luogo allo scioglimento del rapporto preesistente o al proprio subentro in esso; b) la previsione di un'apposita disciplina degli effetti del fallimento su un patrimonio destinato ad uno specifico affare; c) l'introduzione di una norma specifica anche con riguardo agli effetti del fallimento sul contratto di *leasing*⁶⁷.

Per il resto la legge delega taceva e, pertanto, si è osservato da parte di qualche autore, che essa in qualche modo approvava il consolidato indirizzo giurisprudenziale che faceva dell'art. 72 legge fall. -rubricato, come anticipato, vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti- la disposizione di generale applicazione per tutti i rapporti pendenti, anche diversi dalla vendita, non specificamente disciplinati nella legge fallimentare⁶⁸.

6. La Riforma organica della legge fallimentare del 2006.

Il 16 luglio 2006 -come accennato- è entrato in vigore il D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, di riforma organica del diritto fallimentare. Il legislatore delegato è andato *oltre* i suggerimenti della legge delega: ha previsto disposizioni specifiche per

⁶⁶ P. F. Censoni, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Dir. fall.*, 2006, 1150. A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, op. cit., 1133, nt. 1, ricorda che con il decreto legge n. 35 del 14 marzo 2005, convertito con legge n. 80 del 14 maggio 2005, il Governo si è limitato a modificare d'urgenza la disciplina del concordato preventivo e quella della revocatoria. In sede di conversione, tuttavia, è stata prevista la delega al Governo per la riforma delle procedure concorsuali. Il testo definitivo del dlgs. di riforma è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2005, emanato come decreto legislativo n. 5 del 9 gennaio 2006, entrato poi in vigore il 16 luglio 2006.

⁶⁷ S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, Bologna, 2009, 2.

⁶⁸ M. Arato, *Fallimento e rapporti bancari pendenti*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 1189.

determinate categorie di contratti prima del tutto ignorati; ha modificato la disciplina di alcuni contratti già in precedenza disciplinati; e, in particolare, ha introdotto regole generali valevoli per tutti i rapporti pendenti non espressamente menzionati nella legge fallimentare⁶⁹. Questo modo di procedere ha, tuttavia, suscitato alcune perplessità nei primi commentatori della riforma⁷⁰.

Come si può leggere nella relazione ministeriale di accompagnamento, la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, attuata poi con il D.lgs. n. 5 del 9.1.2006, ha inteso porre rimedio alle carenze della normativa e, se da una parte ha riproposto regole già esistenti nella legge fallimentare, dall'altra parte ha introdotto modifiche significative nel sistema vigente, recependo alcune soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, tra cui -come si vedrà in prosieguo- quella regola generale che, già prevista dal progetto Bonelli, non era stata recepita dal codice di commercio del 1882 e neanche dalla legge fallimentare del 1942⁷¹.

In particolare, la novella del 2006 ha voluto porre rimedio alle gravi carenze della normativa previgente, seguendo due direttive. In attuazione della prima direttiva, recependo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, ha codificato la

⁶⁹ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 411. Anche secondo A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 210 ss., il legislatore delegato, dettando la regola generale della sospensione del contratto fino a quando il curatore sceglie tra subentro e scioglimento, destinata -come avremo modo di vedere- a tutti i contratti a prestazioni corrispettive in corso di esecuzione, fatte salve le diverse disposizioni previste dalla sez. IV, è andato ben al di là di quanto aveva prescritto la sopra citata legge delega.

⁷⁰ Così G. Tarzia, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, op. cit., 1385, secondo il quale sul piano costituzionale ciò può suscitare qualche dubbio, considerando i limiti previsti dall'art. 76 Cost. per la formazione delle leggi che solo indirettamente promanano dal potere legislativo del Parlamento. A parere di questo autore tale dubbio va imputato alla scarsa attenzione dedicata dalla legge delega alla materia in oggetto, che invece, nell'ambito dell'intervento riformatore di tutta la legge fallimentare, avrebbe certamente meritato «di più e di meglio». Anche secondo A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 475, su queste disposizioni pende il rischio di un giudizio negativo della Corte costituzionale per eccesso di delega, un rischio tuttavia ridimensionato -precisa questo studioso- dal rilievo che negli ultimi tempi le maglie dell'osservanza dell'art. 76 Cost. si sono allargate e che alcune norme introdotte dalla novella non hanno un carattere fortemente innovativo.

⁷¹ A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 596.

regola generale secondo cui, fatte salve le diverse disposizioni della sezione IV, l'esecuzione dei rapporti in corso alla data della dichiarazione di fallimento resta sospesa fino a quando il curatore, cui è rimessa la decisione sulla sorte definitiva di essi, non abbia scelto tra il subentro nel rapporto in luogo del contraente fallito e lo scioglimento dal rapporto medesimo. In attuazione della seconda direttiva, ha dettato poi disposizioni specifiche volte a disciplinare gli effetti del fallimento su determinati tipi contrattuali, o lasciando invariate le regole previgenti, o integrandole e adeguandole alle modifiche della normativa della procedura fallimentare, o disciplinando per la prima volta tipi contrattuali nuovi o prima trascurati, o, infine, recependo in gran parte soluzioni di specifici problemi elaborate dalla giurisprudenza⁷².

Un Autore -lo si può già in questa sede anticipare- ha evidenziato, come significativa "aporia", l'omessa previsione dei rapporti giuridici preesistenti nel programma di liquidazione *ex art. 104 ter* che il curatore deve predisporre entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario e sottoporre, dopo aver acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, all'approvazione del giudice delegato⁷³.

Ciò chiarito, si deve quindi rilevare che l'art. 57 del D.lgs. n. 5 del 2006 ha così sostituito l'art. 72 -rubricato *Rapporti pendenti*- il quale dispone: «se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo.

⁷² In tal senso A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 596 ss.

⁷³ A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 876. In realtà -chiosa l'A. - per il suo contenuto, «esso appare piuttosto un programma di gestione della procedura, nel quale, a maggior ragione, i rapporti giuridici pendenti avrebbero pieno titolo di cittadinanza».

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

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

In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento.

L'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al capo V.

Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento.

Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645 *bis* del codice civile e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'articolo 2775 *bis* del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento».

Va tuttavia rilevato che, nonostante il legislatore del 2006 sia andato al di là di quanto stabilito dalla legge delega, il sistema, secondo un'opinione diffusa tra gli studiosi, è rimasto sostanzialmente immutato, poiché la regola generale del novellato art. 72, primo comma, legge fall., ricavata dalla giurisprudenza in via di interpretazione, era già operante nel sistema, mentre le altre innovazioni si sono

limitate a conferire dignità legislativa a soluzioni elaborate da dottrina e giurisprudenza⁷⁴.

7. Il decreto Correttivo n. 169 del 2007.

Il 1 gennaio 2008 è entrato in vigore il D.lgs. n. 169 del 12.9.2007, recante «Disposizioni integrative e correttive al r.d. 16.3.1942, n. 267, nonché al d.lgs. 9.1.2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, emesso in attuazione della c.d. delega correttiva conferita al Governo con l'art. 1 l. n. 5 del 12.7.2006, al fine di superare, tramite disposizioni chiarificatrici, numerosi aspetti critici e problematici della Riforma organica del 2006⁷⁵.

In proposito vengono in considerazione le norme contenute nell'art. 4, comma sesto, lett. a), b) e c), d.lgs. n. 169 del 2007. Più precisamente, la prima norma -lett. a)- ha aggiunto alla fine del primo comma dell'art. 72 legge fall. l'inciso «salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto»; la seconda norma -lett. b)- ha aggiunto al quarto comma dell'art. 72 l'inciso «senza che gli sia dovuto risarcimento del danno»; la terza norma -lett. c)-, invece, a differenza delle precedenti, ha introdotto una novità nella parte in cui, aggiungendo all'art. 72 un ottavo comma, ha previsto che le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645 *bis* avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado⁷⁶.

E' comunque affermazione ricorrente che le disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. n. 169 del 2007 non hanno introdotto innovazioni significative,

⁷⁴ In tal senso A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 211.

⁷⁵ A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 598 s.

⁷⁶ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, appendice di aggiornamento, Padova, 2008, 47 ss.

limitandosi soprattutto ad interventi di coordinamento, puntualizzazioni già pacifiche ma considerate meritevoli di essere esplicitamente contemplate⁷⁷.

Si può fin da ora evidenziare, pertanto, che le modifiche apportate dal Decreto correttivo all'art. 72 legge fall. si sono limitate a *codificare* principi di diritto già elaborati da dottrina e giurisprudenza (esclusione del diritto al risarcimento del danno per il contraente *in bonis* che si insinua al passivo per il suo credito); ad inserire in una sede più appropriata una disposizione collocata altrove (inapplicabilità della regola generale ai contratti ad effetti reali nei quali sia già avvenuto il trasferimento del diritto al momento del fallimento) o ad aggiungere - come appena accennato- un'altra deroga alla regola contemplata dal primo comma per i preliminari di compravendita immobiliare aventi per oggetto un immobile ad uso abitativo destinato ad abitazione del promissario acquirente o suoi parenti⁷⁸. Si è in definitiva osservato che il sistema attuale delle norme che regolano gli effetti del fallimento di una delle parti sui rapporti giuridici pendenti, a seguito della riforma organica del 2006 e del decreto correttivo del 2007, è diventato più leggibile ed armonico di quanto lo fosse sotto il vigore della legge fallimentare del 1942 nella sua lettura originaria⁷⁹.

⁷⁷ A. Giudici, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski*, op. cit., 771.

⁷⁸ A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 599.

⁷⁹ A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 603.

Cap. II

La sorte dei contratti pendenti. La regola generale della sospensione dell'esecuzione del contratto pendente in attesa della determinazione del curatore.

1. Linee generali della riforma

Si è in passato puntualizzato che la situazione giuridica da cui nasce il problema della disciplina da applicare ai rapporti contrattuali pendenti alla data della dichiarazione di fallimento consiste nel fatto che tale sentenza assoggetta alla responsabilità esecutiva tutto il patrimonio del fallito, e che per arrivare ad una sua sollecita definizione è necessario definire quei rapporti in modo da soddisfare questa esigenza di rapido realizzo. Per la realizzazione di questo risultato possono essere adottate due discipline alternative: una volta alla risoluzione dei rapporti pendenti, l'altra alla loro conservazione, con le modifiche necessarie⁸⁰. In proposito un Autore ha sottolineato che il fallimento trova, al momento della sua apertura, una quantità di rapporti che si inseriscono nel patrimonio del debitore oggetto della liquidazione concorsuale, la cui sollecita prosecuzione presuppone, quindi, la definizione dei rapporti stessi. Allo scopo di agevolare la liquidazione il fallimento è legittimato -per legge- a far proprio il rapporto o a respingerlo, in tal caso disponendone la definizione con più o meno profonde alterazioni, a seconda che le esigenze della liquidazione fallimentare lo richiedano. Ne deriva la possibilità di liberarsi del rapporto se esso è troppo grave o incompatibile con la liquidazione oppure di tenerlo fermo se ciò può migliorare il risultato della liquidazione o se può dare un lucro che permetta un più largo dividendo, se non per farne cessione a terzi, realizzando un guadagno⁸¹. Prima della riforma, quindi, si sottolineava che il regolamento degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti non ancora eseguiti da entrambe le parti rappresenta un «capitolo affatto speciale» nel processo esecutivo concorsuale e completamente ignoto alla esecuzione individuale. E questo soprattutto per la universalità patrimoniale oggetto del processo stesso, con la conseguente omnicomprensività che implica -appunto- la valutazione dei rapporti

⁸⁰ V. De Martino, *Sub art. 72*, in *Commentario teorico - pratico alla legge fallimentare* a cura di G. Alessi, B. Benincasa, M. Curcio, B. Manzella e F. Verde, art. 69-103, op. cit., 88.

⁸¹ R. Provinciali, *Trattato di Diritto fallimentare*, II, op. cit., 1179.

pendenti in prospettiva liquidatoria. Ma siccome non si può liquidare un rapporto pendente come se fosse un bene, sorge quindi il problema della sorte giuridica del rapporto come fatto preliminare e strumentale alla liquidazione. «Il problema nei suoi termini sintetici generali è tutto qui»⁸².

Più di recente si è chiarito che a differenza di quanto accade per l'oggetto dell'azione esecutiva ordinaria che solitamente è un bene determinato, ben identificato e staticamente considerato, nel momento in cui viene pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento, quest'ultimo comincia ad operare su una realtà giuridica ed economica costituita da numerosi rapporti giuridici e negozi sinallagmatici, in continua evoluzione. La sezione IV, relativa agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, è quindi di grande importanza nello spirito della legge riformata, che persegue il fine di mantenere in funzione l'azienda sia per la ricchezza che ciò comporta per la collettività, sia perché, comunque, l'alienazione dell'azienda funzionante permette di raggiungere risultati economici migliori: per questo motivo -come accennato- la Novella ha innovato la sezione dei rapporti preesistenti⁸³.

Una parte della dottrina ha rilevato che la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti è doppiamente rilevante, sia sotto il profilo sistematico, sia sotto quello pratico: sotto il profilo sistematico, infatti, essa riguarda i rapporti fra principi e regole del diritto dei contratti e principi e regole del diritto concorsuale; sotto il profilo pratico, inoltre, le conseguenze delle diverse soluzioni normative cui è possibile fare ricorso sono molteplici e molto significative sia per il contraente *in bonis*, sia per la procedura concorsuale e i suoi creditori. Per questa opinione, possono essere diverse le soluzioni date alla problematica in questione, ossia alla sorte dei rapporti giuridici pendenti alla data della dichiarazione di fallimento. Esse variano a seconda che si decida di privilegiare i principi del diritto dei contratti -e quindi, nel caso del fallimento, le

⁸² A. Giudici e F. Torri, *Sub art. 72*, in P. Paiardj, *Codice del fallimento*, Milano, 2004, 573.

⁸³ A. Paluchowski, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti: presentazione*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, Milano, 2009, 767 ss.

prerogative del contraente *in bonis*- oppure i principi della procedura fallimentare. Peraltro, in questa ipotesi le soluzioni possono variare a seconda della priorità di obiettivi assegnati alla procedura. Quest'ultima, infatti, può essere più o meno orientata alla rapida realizzazione dell'attivo residuo presente nel patrimonio dell'imprenditore insolvente o alla conservazione del valore dell'impresa in crisi, quale complesso produttivo, o a cercare di realizzare il compromesso migliore tra questi due obiettivi⁸⁴.

Non si è mancato, inoltre, di sottolineare come sulla disciplina dei rapporti pendenti influiscano anche le linee generali della Riforma del diritto fallimentare. Il diritto concorsuale riformato promuove soluzioni finalizzate a prevenire il fallimento mediante piani di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti, più facili condizioni di accesso al concordato preventivo; contiene, inoltre, diverse altre regole volte a conservare il valore dell'impresa in crisi, in quanto complesso produttivo, anche in funzione di una sua liquidazione più conveniente. Da ciò deriva che nella nuova legge fallimentare la prospettiva liquidatoria non è più centrale; centrale -si è evidenziato- è la prospettiva che valorizza le possibilità di risanamento produttivo dell'azienda o dei rami che la compongono. Invece, l'interesse dei creditori è protetto dai maggiori poteri loro attribuiti in generale e anche per quanto riguarda le determinazioni del curatore relative alla sorte dei rapporti pendenti alla data del fallimento. Le linee generali della riforma fallimentare, pertanto, influenzano anche la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti. Sono aumentati i poteri dei creditori ed è più accentuato il *favor* del legislatore per la continuazione del contratto pendente, nella prospettiva che il fallimento non debba comportare la cessazione dell'attività d'impresa e che la liquidazione dell'attivo non debba comportare la

⁸⁴ In questi termini A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, op. cit., 1134.

dissoluzione dell'azienda, un *favor* -per la continuazione del contratto pendente- tuttavia, subordinato al coincidente interesse della procedura⁸⁵.

Dalle vigenti norme sui rapporti pendenti è adesso possibile delineare un sistema composto, essenzialmente, da una regola generale, contemplata dal primo comma dell'art. 72 legge fall., e da una serie di regole speciali, oggetto delle «diverse disposizioni» della sezione IV, «fatte salve» da un inciso dello stesso primo comma del menzionato art. 72⁸⁶.

Come più volte accennato, la **principale innovazione** introdotta dalla Novella del diritto fallimentare è la previsione di **una regola generale** applicabile a tutti i contratti pendenti non specificamente disciplinati dalla legge fallimentare, ossia la regola -contemplata dall'art. 72, primo comma- secondo cui l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di subentrare nel contratto, assumendone tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo⁸⁷.

E' stata, pertanto, **recepita in un testo di legge** la regola generale applicabile a tutti i contratti corrispettivi ineseguiti al momento del fallimento di uno dei contraenti, che -lo si è accennato- era stata elaborata in via di interpretazione da dottrina e giurisprudenza, generalizzando una regola specifica dettata per il contratto di compravendita⁸⁸. In altri termini, secondo una impostazione

⁸⁵ In questi termini, ancora, A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, op. cit., 1136 ss.

⁸⁶ A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 603.

⁸⁷ G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1169 ss. L'A. chiarisce che adesso, in seguito all'introduzione di una disposizione legislativa generale espressa, non è più possibile il ricorso all'analogia per l'individuazione della regolamentazione fallimentare dei contratti pendenti non regolamentati in modo specifico, a causa della mancanza del presupposto della lacuna normativa di cui all'art. 12 delle preleggi.

⁸⁸ Come evidenzia A. Dimundo, *sub art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 608. A tale proposito si possono ricordare, tra le diverse decisioni sull'argomento in esame, Cass. 25 febbraio 2002, n. 2754, in *Fall.*, 2003, 39 (Dalla disposizione dell'art. 72 legge fallimentare (che, benché dettata in relazione al contratto di compravendita, costituisce espressione di una regola generale) si desume il principio secondo cui lo scioglimento del rapporto contrattuale, determinato dalla dichiarazione di fallimento, non giustifica l'insorgere, in favore del contraente *in bonis*, del diritto al risarcimento dei danni subiti a causa dell'anticipa interruzione del rapporto, salvo che il danno non sia riconducibile ad inadempimenti verificatisi prima della sentenza dichiarativa del fallimento ... Su questo solco anche Trib. Treviso, 20 marzo 1997, in *Fall.*, 1997, 1030 (L'art. 82, secondo comma, legge fallimentare non impone il subentro *ex lege* nel contratto di assicurazione contro i danni ed il curatore ha

ermeneutica, la riforma del 2006, ponendosi nel solco tracciato dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e nel tentativo di eliminare il carattere casistico e frammentario che caratterizzava la materia in esame, ha deciso di introdurre la regola generale -come detto- della sospensione dell'esecuzione del contratto in attesa della scelta del curatore. Segno concreto di questo mutamento è costituito dalla nuova rubrica dell'art. 72 legge fall. - non più "Vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti", ma quella attuale "Rapporti pendenti"- con la quale si apre la sezione IV⁸⁹. Uno studioso ha in proposito sottolineato che la nuova disposizione è stata confezionata con frammenti ricavati dai primi due commi del vecchio art. 72, relativi agli effetti del fallimento del compratore sulla compravendita in corso, e con essa è stata attribuita una portata generale a quella che in passato era stata la regola specifica per la compravendita in corso nel fallimento del compratore⁹⁰. In particolare, il raffronto fra il precedente e l'attuale testo dell'art. 72 legge fall. evidenzia che il legislatore della riforma ha preferito iniziare la trattazione della materia con alcune regole di carattere generale, assenti -come più volte osservato- nella disciplina previgente, la quale, invece, si occupava subito degli effetti del fallimento su alcuni determinati contratti⁹¹. La soluzione adottata dal Riformatore del 2006 diverge in tal modo da

facoltà di sciogliersi secondo la regola generale in tema di effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti); Trib. Catania, 14 novembre 1987, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1989, II, 205 (La regola generale per i rapporti pendenti nel fallimento, applicabile anche al contratto di *leasing*, è dettata dall'art. 72 l. fall. Pertanto, dichiarato il fallimento dell'utilizzatore, l'efficacia del leasing resta sospesa finché il curatore non decide di subentrare nel contratto o di sciogliersene ...). Per la decisione in commento, che richiama esplicitamente Cass. 5 febbraio 1980, n. 799, cit., 665, la soluzione interpretativa adottata dai giudici di legittimità appare degna di essere seguita in quanto non solo si concilia pienamente con la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, ma, altresì, è in perfetta sintonia con l'altro fondamentale principio enucleabile dalla legge fallimentare, ovvero sia quello della c.d. cristallizzazione delle posizioni giuridiche dei creditori conseguente alla dichiarazione di fallimento, che è finalizzata a garantire l'osservanza della *par condicio*.

⁸⁹ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini -G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 473.

⁹⁰ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 217. Parla di «una regolamentazione programmaticamente più organica» A. Patti, *Scioglimento di preliminare e giudizio pendente ex art. 2932 c.c.: quale legittimazione del fallito dopo la chiusura del fallimento?*, in *Fall.*, 2008, 1173.

⁹¹ G. Tarzia, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, op. cit., 1386: anche secondo questo studioso si può ritenere che «la riforma non abbia fatto altro che esplicitare conclusioni già raggiunte in via interpretativa».

quella contemplata dall'art. 50 del d.lgs. n. 270 del 1999 sull'amministrazione straordinaria, la quale -come vedremo- nel prevedere una regola generale, ha privilegiato, tra le possibili alternative, quella della prosecuzione automatica fino a quando il commissario straordinario non decida di sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora non eseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti. La diversa soluzione -si è osservato- si spiega con il diverso scopo delle due procedure. Nell'amministrazione straordinaria la finalità principale è rappresentata dal risanamento dell'impresa e dalla sua ricollocazione sul mercato: il raggiungimento di tale obiettivo dipende anche dalla conservazione dei contratti utili all'esercizio dell'impresa. Il fallimento, al contrario, secondo questa ricostruzione, continua ad essere una procedura liquidatoria, anche se oggi si cerca di privilegiare la cessione dell'azienda, dei rami della stessa o dei beni e dei rapporti in blocco. Tale considerazione spiega l'esclusione dell'automatica prosecuzione, quale effetto normale, ma permette anche di capire perché il legislatore non abbia stabilito l'automatica cessazione di ogni rapporto -come sarebbe stato più logico attendersi in caso di mera liquidazione ed abbia lasciato al curatore la facoltà di optare per la scelta più conveniente in ordine a quelle che possono essere le diverse prospettive di ogni fallimento⁹².

In altri termini, è opinione diffusa -come evidenziato- che con la Novella del 2006 il legislatore non ha fatto altro che **tradurre in disposizioni di legge** i risultati interpretativi cui erano giunte sia dottrina che giurisprudenza. La sospensione dell'esecuzione non è, quindi, una novità assoluta della riforma del 2006. Si è, tuttavia, osservato che l'istituto oggi si vede riconosciuta una diversa modalità operativa, quantomeno sul piano legislativo: l'effetto sospensivo è, infatti, conseguenza automatica della dichiarazione di fallimento, mentre nella prospettiva seguita dal legislatore del 1942, la sospensione era regolata con

⁹² A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini -G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 474.

riferimento al solo caso in cui il venditore non avesse scelto l'esecuzione, comunque, del contratto di vendita⁹³.

Tenuto conto delle considerazioni effettuate, nell'affrontare la materia dei rapporti tra il fallimento ed i contratti pendenti, si rivelano ancora attuali, pertanto, le soluzioni elaborate con riguardo a questa delicata problematica sotto il vigore del previgente art. 72.

2. Ambito di applicazione della disciplina: premessa

Nel vigore della previgente normativa, nel momento in cui affrontavano il problema relativo alla sorte dei rapporti pendenti al momento del fallimento di una delle parti, gli studiosi⁹⁴ spesso premettevano alcune considerazioni di carattere generale sulla posizione del fallimento rispetto al complesso dei rapporti giuridici creati dal fallito prima della sentenza dichiarativa. Il fallimento rispetto ad alcuni di questi rapporti -si era soliti affermare- assume la posizione di terzo, mentre rispetto ad altri si pone come avente causa (intesa tale espressione in modo approssimativo, non essendo il fallimento un ente che succede al fallito). Assumendo la posizione di *terzo* - nel senso di non essere stato parte del negozio giuridico, che pertanto gli è opponibile - il fallimento si limita a ignorare determinati rapporti creati dal fallito, in quanto non opponibili ai terzi. Invece, assumendo *la disponibilità dei rapporti giuridici* trovati nel patrimonio del fallito, di cui assume l'amministrazione, il fallimento viene investito dei diritti e delle obbligazioni che derivano da essi. La disciplina di questi rapporti -ad avviso di questa impostazione- va temperata in ordine a due esigenze: l'una del fallimento, al quale il fine della esecuzione collettiva impone la liquidazione o lo stralcio di questi rapporti, per quel tanto che non convenga a quel fine; l'altra, del

⁹³ S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, (a cura di), op. cit., 19.

⁹⁴ V. De Martino, *Sub art. 72*, in *Commentario teorico - pratico alla legge fallimentare* a cura di G. Alessi, B. Benincasa, M. Curcio, B. Manzella e F. Verde, art. 69-103, op. cit., 89. In senso anche R. Provinciali, *Trattato di Diritto fallimentare*, II, op. cit., 1180.

terzo già contraente con il fallito, il quale non può essere sacrificato nei diritti e nelle legittime aspettative derivategli dai rapporti creati, per il solo fatto, in astratto per lui irrilevante, del fallimento dell'altro contraente. Nel contemperare queste due esigenze, e quindi da una parte i diritti dei creditori concorsuali e, dall'altra parte, i diritti del contraente *in bonis*, si risolve la teoria del regolamento giuridico dei rapporti preesistenti⁹⁵.

3. Segue: il concetto di rapporto giuridico preesistente

Ciò premesso, l'art. 72 -norma capofila della sezione IV intitolata «Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti»- stabilisce -come più volte detto- le regole generali da applicare ai contratti non ancora eseguiti da entrambe le parti alla data del fallimento di uno dei contraenti.

Affinché si applichi la normativa, e quindi affinché il fallimento produca l'effetto di sospendere l'efficacia del contratto, è necessario il rispetto di alcuni presupposti, alcuni previsti dallo stesso art. 72 legge fall., altri ricavabili in via sistematica. Più precisamente, si richiede che il contratto sia opponibile al fallimento, in base all'art. 45 legge fall.; che il contratto non sia stato integralmente eseguito da nessuna delle due parti, dato che altrimenti si sarebbe in presenza o di un credito del fallito che il curatore provvederà ad esigere, o di

⁹⁵ R. Provinciali, *Trattato di Diritto fallimentare*, II, op. cit., 1181 ss. Su questa scia anche V. L. Cuneo, *Le procedure concorsuali*, Tomo III, Milano, 2002, 653: rispetto ai rapporti giuridici preesistenti il fallimento si pone come terzo, a meno che in essi voglia subentrare nell'interesse dei creditori. Più precisamente, un primo principio fondamentale, applicabile a tutti i rapporti giuridici posti in essere dal fallito e che il fallimento trova non ancora esauriti, è quello che la massa dei creditori si pone inizialmente rispetto ad essi non come parte avente causa dal fallito, ma come terzo: questo principio era generalmente condiviso sia in dottrina che in giurisprudenza: così G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento*, vol. II, a cura di G. G. Ruisi - A. Jorio- A. Maffei Alberti - G. U. Tedeschi, in *Giur. sist. civ. e comm. diretta da Bigiavi*, II, aggiornamento di Censoni, op. cit., 520. In questa prospettiva si possono ricordare due non più recenti decisioni della Suprema Corte: Cass., 14 febbraio 1966, n. 436, in *Giust. civ.*, 1966, I, 2034, la quale richiama Cass., 10 maggio 1958, n. 1542, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1012 e Cass., 27 maggio 1960, n. 1370, in *Dir. fall.*, 1960, II, 439 (il curatore, che non rappresenta né il fallito né la massa dei creditori, ma è un organo pubblico, deve considerarsi terzo di fronte ai contratti che il fallito ha stipulato con altri soggetti, con le conseguenze che derivano da tale situazione, onde, nell'azione di simulazione il curatore, come terzo, non è soggetto alle restrizioni che sono stabilite per la prova testimoniale e per le presunzioni).

un credito concorsuale del contraente *in bonis* che sarà legittimato a presentare domanda di insinuazione al passivo⁹⁶.

Pertanto, al fine di illustrare la disciplina in esame, contenuta nell'art. 72, si rivela necessario, in via preliminare, procedere alla **delimitazione**, nell'ambito dei beni e diritti compresi nel fallimento, della categoria dei "rapporti giuridici preesistenti".

A tale riguardo una dottrina ha evidenziato che la locuzione «rapporti giuridici preesistenti» -di origine bonelliana⁹⁷- è imprecisa perché anche i singoli crediti e debiti sono rapporti giuridici preesistenti al fallimento, e del resto gli stessi beni in proprietà o possesso del fallito danno luogo a rapporti giuridici: è, tuttavia, una locuzione convenzionale⁹⁸. In base al significato proprio delle parole usate, la locuzione in oggetto avrebbe dovuto comprendere, senza alcuna distinzione, tutti i rapporti giuridici già esistenti alla data del fallimento; ma in realtà si riferisce ad una *particolare categoria* di essi, avendo una portata più limitata. La sua precisa definizione permette di delimitare l'ambito di applicazione delle disposizioni che segnano la sorte di questi rapporti nel caso di fallimento di uno dei contraenti⁹⁹.

Il concetto di rapporto giuridico preesistente è stato elaborato tramite l'individuazione delle sue caratteristiche essenziali, ricavate dalle disposizioni che regolano la sorte dei rapporti pendenti. In proposito, quindi, si possono

⁹⁶ A. Mirone, *Compravendita e somministrazione*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2006, 44.

⁹⁷ Come ricorda L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 1, nt. 2, tale espressione si trova utilizzata, per designare la normativa in oggetto, già nella prima edizione del Bonelli (*Fallimento*, in *Commentario Bensa*, VIII, sub art. 699) e risulta riproposta dall'Autore nel progetto di riforma del libro del fallimento da lui redatto come componente della Commissione Mortara per la riforma del codice di commercio. Da qui è passato nei successivi progetti e poi nelle legge del 1942.

⁹⁸ F. Ferrara jr. - A. Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, 372, n. 1.

⁹⁹ A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 600. Anche A. Angiello, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, Torino, 1996, 564, sottolinea che il titolo della sezione sesta - *rectius*, quarta- è una imprecisione rispetto al contenuto della sezione medesima. Infatti, mentre il titolo indica rapporti giuridici preesistenti in generale, la disciplina, con alcune eccezioni, regola solo la sorte dei contratti pendenti. L'elencazione di questi ultimi, peraltro, è puramente indicativa mancando alcuni contratti tipici e quelli atipici sorti nella prassi commerciale negli ultimi trent'anni. Anche ad avviso di L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 1, «occorre muovere dalla constatazione che nella sezione in esame vengono disciplinati essenzialmente contratti».

richiamare le distinzioni e le puntualizzazioni effettuate dagli interpreti sotto il vigore della normativa previgente.

Come è stato in passato chiarito¹⁰⁰, il problema di fondo riguarda soprattutto i **contratti sinallagmatici** o con prestazioni corrispettive, quelli in cui la prestazione di una parte rappresenta la causa della prestazione dell'altra. Proprio a tali contratti la giurisprudenza ha fatto riferimento in modo peculiare al fine di elaborare una disciplina organica della materia¹⁰¹.

Si deve trattare, tuttavia, di rapporti in corso di esecuzione e, pertanto, **non ancora esauriti**. Sono da escludere, allora, non solo quelli in cui le rispettive obbligazioni siano state ormai completamente adempiute, ma anche quelli che non siano più validi ed efficaci nei confronti del fallito -per annullamento, simulazione o risoluzione- o che siano stati sottratti alla sua disponibilità¹⁰².

Possiamo in prima battuta osservare che per rapporti giuridici preesistenti si intendono quei rapporti che, secondo la dizione dell'art. 72 -vecchia e nuova formulazione- sono ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti al momento della dichiarazione di fallimento: si tratta di rapporti sorti, ma non esauriti¹⁰³. In particolare, sembra utile richiamare una distinzione fatta in proposito dal Bibolini¹⁰⁴. Ad avviso di tale studioso la prima distinzione che emerge dalla rubrica della sez. IV attiene alla preesistenza, o non, del rapporto rispetto all'apertura del fallimento. La seconda situazione rilevante, in ordine al tenore degli artt. 72 e ss. legge fall., è quella tra negozi pendenti, e non. Nella distinzione dei regimi giuridici applicabili alle varie situazioni è importante

¹⁰⁰ Così G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento*, vol. II, a cura di G. G. Ruisi-A. Jorio- A. Maffei Alberti-G. U. Tedeschi, in *Giur. sist. civ. e comm. diretta da Bigiavi*, II, aggiornamento di Censoni, op. cit., 520.

¹⁰¹ Cfr., a tale riguardo, Cass., 12 ottobre 1955, n. 3075, in *Dir. fall.*, 1956, II, 38. Su questo solco si è posta anche la giurisprudenza di merito: così App. Napoli, 20 aprile 1965, in *Dir. giur.*, 1966, 96, ha precisato che l'art. 72 legge fall. riguarda solo i contratti non ancora eseguiti da entrambe le parti contraenti e non quelli eseguiti da una delle parti contraenti.

¹⁰² G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento*, vol. II, a cura di G. G. Ruisi -A. Jorio- A. Maffei Alberti-G. U. Tedeschi, in *Giur. sist. civ. e comm. diretta da Bigiavi*, II, aggiornamento di Censoni, op. cit., 520.

¹⁰³ A. Angiello, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, op. cit., 564.

¹⁰⁴ G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare*, compendio a cura di G. Lo Cascio, Milano, 1996, 719.

puntualizzare due situazioni: una relativa alla fase costitutiva del negozio ed espressa con la “preesistenza” rispetto al momento unico di riferimento; l’altra relativa alla fase esecutiva ed espressa, sempre con riferimento allo stesso momento, come “pendenza”. La “preesistenza” -chiarisce l’Autore- è qualificazione che attiene al perfezionamento del contratto nel suo *iter* formativo e concerne i rapporti che il fallimento trova perfezionati, ma non esauriti al momento della dichiarazione. La “pendenza” è situazione attinente alla fase esecutiva, in relazione alla quale, affinché un contratto possa considerarsi completamente eseguito, è necessario che siano state eseguite tutte le prestazioni dovute ed il negozio abbia raggiunto il suo scopo¹⁰⁵. Su questa scia si è, inoltre, ribadito che con il termine di rapporti in corso di esecuzione o, meglio ancora, di rapporti giuridici preesistenti, si indicano quei contratti perfezionati nel loro *iter* formativo, ma non ancora compiutamente eseguiti da entrambe le parti contraenti al momento di apertura della procedura. È questo momento, infatti, ad integrare la *soglia di rilevanza* che permette di parlare di preesistenza, con riguardo al profilo del sinallagma genetico -cioè quello riguardante l’origine delle reciproche obbligazioni- e di pendenza con riguardo al profilo del sinallagma funzionale -cioè quello riguardante l’adempimento delle obbligazioni sorte¹⁰⁶.

In tale contesto si è comunque precisato che non ha alcun rilievo la mancata esecuzione di prestazioni meramente accessorie per ritenere non eseguito un contratto¹⁰⁷. Anche in giurisprudenza si è affermato che al fine di stabilire se al momento della dichiarazione di fallimento il contratto non sia stato eseguito da entrambe le parti, si deve avere riguardo alle *obbligazioni fondamentali* che a

¹⁰⁵ G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare*, compendio a cura di G. Lo Cascio, op. cit., 719.

¹⁰⁶ A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali* diretto da L. Panzani, Torino, 1999, 271. Più di recente, l’autore in epigrafe ha precisato che la caratteristica di bilaterale inesecuzione distingue i rapporti giuridici preesistenti sia dalle posizioni attive della procedura -se la parte pienamente adempiente sia il fallito-, azionabili nei confronti della parte *in bonis* con i mezzi ordinari, sia da quelle debitorie della procedura stessa- nell’ipotesi contraria-, rientranti nel regime del concorso: A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, op. cit., 875.

¹⁰⁷ Ancora G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare*, compendio a cura di G. Lo Cascio, op. cit., 719.

ciascuna delle parti derivano dal negozio e non anche alle prestazioni accessorie. Logica conseguenza di tale considerazione è che in caso di vendita la prestazione del venditore deve ritenersi eseguita quando prima del fallimento sia avvenuto il trasferimento della proprietà e la cosa sia stata consegnata al compratore. E' irrilevante la mancata consegna dei titoli o documenti relativi al diritto trasferito o che non ci sia stata la riproduzione del negozio nella forma di atto pubblico¹⁰⁸. Indirizzo, quest'ultimo, condiviso anche da autorevole dottrina¹⁰⁹.

Ricordato che il trasferimento della proprietà, per quanto riguarda diritti reali o cose determinate, si ha con la manifestazione del consenso delle parti, secondo la regola generale dell'art. 1376 c.c., si è poi precisato che tale consenso non basta nell'ipotesi di cose determinate solo nel genere, o di cose altrui, o di cose future fino al loro sopravvenire ad esistenza, o di cose vendute con riserva di

¹⁰⁸ In questi termini Cass. 30 maggio 1983, n. 3708, in *Fall.*, 1983, 1384; cfr. anche Cass. 4 aprile 1973, n. 934, in *Dir. fall.*, 1973, II, 831 (per stabilire se l'esecuzione di un contratto sia interamente avvenuta, al fine di determinare l'applicabilità della disciplina della legge fallimentare in tema di effetti sui rapporti preesistenti, occorre prendere in considerazione soltanto le obbligazioni fondamentali che a ciascuna delle parti derivano dal negozio e non anche quelle accessorie). La decisione appena menzionata richiama Cass. 29 ottobre 1963 n. 2870, in *Dir. fall.*, 1963, II, 621: l'ipotesi di inesecuzione (totale o parziale) del contratto di compravendita, quale prevista dall'art. 72 l. f., ricorre, per quanto attiene al venditore, solo quando questi non abbia consegnato la cosa, ovvero non abbia fatto acquistare al compratore la proprietà di essa, ove l'acquisto non sia già avvenuto per effetto immediato del consenso, essendo queste soltanto le prestazioni fondamentali del venditore; non ricorre né quando il venditore non abbia consegnato i titoli e i documenti relativi alla proprietà della cosa venduta né quando non consenta alla riproduzione della vendita nella forma dell'atto pubblico, essendo queste obbligazioni meramente accessorie. Quest'ultima decisione è stata successivamente richiamata anche da Cass. 6 giugno 1975, n. 2248, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1436. Cfr. altresì Cass., 8 novembre 1974, n. 3422, in *Mass. Giur. it.*, 1974, 886. Più di recente, anche Cass., 14 febbraio 2001, n. 2104, in *Fall.*, 2001, 1335, ha stabilito che per accertare se il contratto sia eseguito deve farsi riferimento alle obbligazioni fondamentali e tipiche delle parti... Nel commento a tale arresto F. Aprile, *Rilevanza della mancata esecuzione delle obbligazioni accessorie nella disciplina dei rapporti giuridici pendenti*, *ivi*, 1337, ha osservato che l'apparente linearità della decisione in oggetto non riesce tuttavia a nascondere le difficoltà insorgenti allorché si provi a giustificarne l'esatta *ratio* e a spiegare perché la disciplina dei rapporti giuridici preesistenti non si applichi quando in un certo contratto siano ineseguite le sole obbligazioni accessorie... bisogna infatti chiedersi -avverte l'autore- se la "chirurgia" *in subiecta materia* tra obbligazioni principali e accessorie sia legittima a fronte del tenore letterale dell'art. 72 che non pone alcuna distinzione in proposito.

¹⁰⁹ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 81 e 157, a parere del quale questo orientamento «sembra sostanzialmente corretto». In particolare, secondo l'A. il principio di diritto enunciato dalla giurisprudenza da un punto di vista empirico sembra accettabile, anche se l'art. 72 parla di sospensione dell'esecuzione del contratto «ancora ineseguito o non interamente eseguito», senza proporre distinzione alcuna fra obbligazioni principali ed accessorie.

gradimento o in prova o, ancora, nel caso di contratto sottoposto a condizione sospensiva: in tutte queste ipotesi, infatti, il contratto si ha per non eseguito¹¹⁰.

In sintesi, il sistema negoziale regolato dalla legge fallimentare nella sez. IV riguarda solo i negozi preesistenti e pendenti. La disciplina di quelli che, se precedenti, siano adempiuti prima della soglia degli eventi fallimentari interamente da una sola o da tutte le parti, devono ricavare il regime della loro rilevanza nei confronti del concorso fallimentare dal sistema dei diritti che in essi abbiano trovato fonte¹¹¹.

Interessante quanto puntualizzato da un insigne Autore¹¹²: il solo fatto della dichiarazione di fallimento solleva dei gravi problemi effettuali immediati in relazione al patrimonio del fallito nei suoi fattori componenti in evoluzione. Sono radicali gli effetti del fallimento in generale sul patrimonio del soggetto passivo di questo peculiare processo esecutivo. Il problema, tuttavia, è relativamente grave qualora si debbano individuare effetti con riguardo a beni o diritti o comunque entità patrimoniali in fase statica di acquisizione e di inserimento nel patrimonio. Il problema si complica quando si debbano individuare gli effetti della dichiarazione di fallimento su quelle entità patrimoniali non ancora acquisite, non ancora inserite nel patrimonio del debitore fallito. Ciò è dovuto al fatto che la dichiarazione di fallimento le ha trovate in una situazione di fatto e giuridica, dinamica, evolutiva, o su un piano di svolgimento o su un piano esistenziale, si tratti cioè di rapporti sorti ma non esauriti, come avviene di solito, o di rapporti in via di costituzione (contratto preliminare). In questo caso -chiosa l'Autore in commento- «non siamo di fronte al residuo giuridico ormai cristallizzato di un rapporto (un debito, un credito), ma ad una realtà giuridica

¹¹⁰ A. Giudici, *sub art. 72*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, Milano, op. cit., 774.

¹¹¹ G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare*, compendio a cura di G. Lo Cascio, op. cit., 721.

¹¹² P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 369.

intersoggettiva in piena fase di sviluppo produttivo di diritti e di doveri secondo il programma generatore della sua tipica natura»¹¹³.

E' opportuno soffermare l'attenzione sulla questione in esame. Secondo un'autorevole impostazione ermeneutica, sono rapporti rilevanti quelli bilaterali, non gli unilaterali -nei quali una soltanto delle parti è tenuta ad una determinata prestazione-. I rapporti unilaterali non hanno rilevanza in quanto, o obbligato è il contraente del fallito e il diritto alla prestazione spetta al fallimento, che lo fa valere attraverso i suoi organi; o obbligato è il fallito e il credito del suo contraente riceve l'ordinario trattamento dei crediti concorsuali. Sono rapporti rilevanti, inoltre, quelli che al momento del fallimento sono perfetti, ma non esauriti¹¹⁴. In proposito si è, anzi, ribadito che se il contratto totalmente ineseguito da entrambe le parti è un contratto unilaterale o -si aggiunge- bilaterale imperfetto, come comodato o mutuo, occorre distinguere: se in forza del contratto è creditore il fallito, il suo credito sarà riscosso dalla curatela; mentre, se il fallito è debitore, la parte creditrice *in bonis* dovrà sottostare al concorso¹¹⁵.

Anche la giurisprudenza di merito, nel solco di quella di legittimità, ha sottolineato che la disciplina contenuta nel previgente art. 72 legge fall. era applicabile nei soli casi di non compiuta esecuzione del contratto da entrambe le parti. Si è così stabilito che la norma di cui all'art. 72 legge fall. è applicabile ai casi di contratti con prestazioni corrispettive, i quali non siano stati eseguiti da alcuna delle due parti contraenti, e non ai contratti che abbiano ricevuto esecuzione da una di esse¹¹⁶.

¹¹³ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., 369.

¹¹⁴ R. Provinciali, *Trattato di Diritto fallimentare*, II, op. cit., 1183. Per l'A. la disciplina si applica a tutti i contratti bilaterali intercorsi con il fallito, sia traslativi di diritti reali, sia costitutivi di diritti personali.

¹¹⁵ U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, 1190.

¹¹⁶ In tal senso Trib. Salerno, 15 settembre 1954, in *Dir. fall.*, 1954, II, 737, secondo cui in ordine ai contratti con prestazioni corrispettive che siano state eseguite da una delle parti deve ritenersi che, allorché il fallimento si apre, la bilateralità non esiste più, restando solo un credito a favore di una delle due parti nei confronti dell'altra, non essendovi ragione di fare a questo credito una condizione diversa da quella fatta ad ogni altro credito non connesso con rapporto bilaterale. In proposito v, inoltre, App. Napoli, 22 ottobre 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, 917.

In sintesi, il problema in esame riguarda i contratti bilaterali di scambio, dai quali sorgono obbligazioni corrispettive che devono essere eseguite da entrambi i contraenti, e rispetto ai quali si pone in tutta la sua gravità «il problema giuridico e morale» del modo di regolare le sorti del contratto quando, per effetto del fallimento, uno dei contraenti si trova posto nell'impossibilità di adempiere¹¹⁷. Ne consegue, pertanto, che una situazione molto delicata si verifica quando al momento della dichiarazione di fallimento il creditore è a sua volta debitore verso il fallito, e debito e credito nascendo dallo stesso contratto si trovano tra loro collegati da un nesso di interdipendenza (sinallagma). E' questo, come più volte osservato, il caso dei contratti bilaterali che il fallimento trova non eseguiti o non ancora interamente eseguiti da entrambe le parti, per cui ci sono obbligazioni corrispettive¹¹⁸.

Affinché un contratto si possa considerare completamente eseguito è necessario che, oltre ad essere state eseguite tutte le prestazioni dovute, è stato raggiunto l'effetto finale del contratto¹¹⁹.

In passato uno studioso aveva chiarito che il presupposto della costruzione in esame è che si tratti di rapporti contrattuali ancora in corso per non essere eseguiti interamente *da nessuna delle parti*. Se una ha, tuttavia, già eseguito,

¹¹⁷ U. Azzolina, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali ineseguiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, 357.

¹¹⁸ Così F. Ferrara jr. - A. Borgioli, *Il fallimento*, Milano, op. cit., 371, secondo cui questi contratti possono essere ad esecuzione istantanea, da adempiere prima o dopo la dichiarazione di fallimento, oppure contratti di durata, la cui esecuzione si protrae per un certo tempo.

¹¹⁹ In tal senso C. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ. diretto da Vassalli*, 1972, 1000. Come ricorda M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, op. cit., 319, nt. 11, la formula in questione è contenuta in numerosi provvedimenti giurisprudenziali. Cfr. Cass. 26 giugno 1969, n. 2302, in *Foro it.*, 1969, I, 2447. Proprio a tale riguardo, più di recente, la Corte di legittimità ha avuto modo di ribadire che in tema di effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, l'applicazione del secondo comma dell'art. 72 legge fall. -previgente- presuppone che il contratto di vendita non sia stato ancora eseguito o compiutamente eseguito da entrambe le parti. Quando, invece, il venditore ha trasferito la proprietà ed ha perciò già adempiuto la propria prestazione, manca la stessa possibilità d'ipotizzare un subentro del curatore nel contratto per conseguire una prestazione che è stata già conseguita dal fallito e manca la stessa possibilità d'ipotizzare un debito di massa correlato al subentro del curatore nel contratto. Se, pertanto, il contratto di vendita è stato interamente eseguito dal venditore nelle sue prestazioni fondamentali, dal contratto residua soltanto un debito che, in caso di fallimento del compratore, il contraente non fallito deve far valere insinuandosi al passivo fallimentare e soggiacendo alla relativa eventuale falcidia: così Cass. 5 settembre 2000, n. 11627, in *Fall.*, 2001, 352.

rimane solo un diritto o un debito del fallito, che entrano rispettivamente nel patrimonio separato o nella massa passiva¹²⁰. In particolare, come è stato puntualizzato, è necessario che vi sia un contratto da cui sorgano delle obbligazioni sia a carico del fallito sia a carico dell'altro contraente, le quali al momento della dichiarazione di fallimento si trovino per entrambe le parti in tutto o in parte pendenti, o che, se esistono obbligazioni attuali nei confronti di una parte, possano sorgere in conseguenza dello svolgimento del rapporto anche a carico dell'altra. Se questo non ricorresse e non potesse darsi che l'obbligazione di una sola delle parti, saremmo fuori dall'ipotesi della legge¹²¹. Anche di recente, si è ribadito che quando una sola delle parti ha ultimato l'esecuzione della propria prestazione, non si pone il problema di definire la sorte del contratto, ma solo quello di definire l'*an* ed il *quantum* di ciò che il fallito dovrà dare o avere ed, eventualmente, quello di accertare la sussistenza dei presupposti per l'opponibilità di tale pretesa nei confronti della procedura. In proposito resta fermo, infatti che l'applicabilità della disciplina in commento presuppone, sotto un diverso profilo, la sussistenza dei requisiti formali e sostanziali per l'opponibilità del contratto¹²². Per i contratti inefficaci ai sensi dell'art. 45 legge fall., l'art. 72 legge fall. non viene neanche in discussione¹²³.

¹²⁰ A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 351 e 343 ss. Va ricordato che secondo De Martini effetti essenziali dell'apertura della procedura concorsuale sono: la costituzione del patrimonio separato, comprendente tutti gli elementi attivi del patrimonio del debitore; la costituzione di una massa passiva comprendente tutti gli elementi passivi. Per quanto riguarda quegli elementi del patrimonio del fallito che sono esclusivamente attivi o esclusivamente passivi, l'inserimento rispettivamente nel patrimonio separato o nella massa passiva è un'operazione elementare. Ma quando un elemento attivo ed un elemento passivo siano tra essi interdipendenti in un rapporto giuridico unitario, come avviene nei contratti sinallagmatici in corso di esecuzione per entrambe le parti, allora il problema dell'inserimento nel patrimonio o nella massa è assai meno semplice.

¹²¹ F. Ferrara jr. - A. Borgioli, *Il fallimento*, op. cit., 373. In argomento cfr. M. Arato, *I contratti pendenti nel fallimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 115 («se il contraente fallito è stato adempiente, il curatore avrà diritto di esigere la controprestazione del contraente *in bonis*, viceversa, se il contraente *in bonis* è stato adempiente, questi potrà ottenere la controprestazione dal fallimento, insinuandosi al passivo e sottostando alla falce fallimentare»).

¹²² M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, op. cit., 319 e 320, nt. 12, per la quale il problema della opponibilità al fallimento non riguarda specificamente i diritti derivanti da contratti preesistenti, bensì tutti i diritti e le pretese, qualunque ne sia la fonte ed il titolo, che si vogliono far valere nei confronti della procedura.

¹²³ A. Dimundo, *Sub art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 610.

Più precisamente, una delle caratteristiche che deve presentare il “rapporto giuridico preesistente” è stata individuata nella sua opponibilità alla massa dei creditori, considerata come efficacia giuridica del contratto nei confronti dei creditori concorrenti, acquisita prima della dichiarazione di fallimento nei modi stabiliti caso per caso dalla legge: trascrizione dei contratti traslativi di diritti reali o di beni mobili registrati; notificazione delle cessioni di crediti; consegna della cosa nelle alienazioni mobiliari oppure data certa delle scritture private di vendite mobiliari, ...¹²⁴. Il contratto pendente, infine, deve riguardare rapporti inerenti al patrimonio sottoposto a concorso, escludendo pertanto i beni elencati all’art. 46 legge fall. e tutto ciò che inerisce personalmente al fallito: la loro continuazione è il risultato della non interferenza della dichiarazione di fallimento; infatti -si è precisato- tali rapporti continuano tra le parti originarie, in quanto realizzano interessi privati e non producono effetto alcuno sul debito concorsuale in caso di patologia successiva¹²⁵. I contratti che hanno per oggetto, ex art. 46 legge fall., i beni non compresi nel patrimonio fallimentare, estranei alla garanzia patrimoniale del debitore, in quanto non destinati al soddisfacimento dei creditori concorrenti non sono, quindi, oggetto di liquidazione e fuoriescono dal campo di applicazione delle disposizioni sui rapporti pendenti¹²⁶.

¹²⁴ A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 601. In proposito anche la Corte di legittimità, in un non più recente arresto, aveva sottolineato che l’applicazione della norma di cui all’art. 72 della legge fallimentare presuppone l’esistenza di un valido contratto ..., dal fallimento riconosciuto o ad esso opponibile; quando tale contratto non vi sia, manca addirittura ogni presupposto per instaurare l’alternativa di cui alla predetta norma: Cass., 24 novembre 1966, n. 2801, in *Dir. fall.*, 1967, II, 268.

¹²⁵ G. Nardo, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico a cura di M. Ferro*, sub art. 72, Padova, 2007, 526. Cfr., inoltre, V. De Martino, sub art. 72, in *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare* a cura di G. Alessi, B. Benincasa, M. Curcio, B. Manzella e F. Verde, op. cit., 92.

¹²⁶ A. Dimundo, *Sub art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 611. In proposito si può ricordare quanto stabilito dalla Suprema Corte in relazione alla casa di abitazione del fallito: la locazione, quando abbia ad oggetto un immobile destinato esclusivamente ad abitazione propria del fallito o della sua famiglia, non integra un rapporto di diritto patrimoniale compreso nel fallimento del conduttore, secondo la previsione dell’art. 43 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, ma un rapporto di natura strettamente personale, ai sensi dell’art. 46 n. 1 del citato decreto, rivolto al soddisfacimento di un’esigenza primaria di vita, il quale è indifferente per il fallimento e resta correlativamente sottratto al potere di recesso del curatore (Cass. 9 giugno 1993, n. 6424, in *Fall.*, 1993, 1236. In applicazione del principio appena ricordato la Corte ne ha ricavato la nullità della notificazione dell’atto di intimazione di sfratto e di citazione per la convalida, che sia stata effettuata dal locatore al curatore del fallimento,

Va a questo punto osservato che in relazione a particolari categorie di contratti o a particolari clausole contrattuali potrebbe non essere agevole stabilire se il contratto è pendente o meno. In particolare, in ordine ai *contratti di durata*, secondo una impostazione ermeneutica, trova applicazione la norma di cui all'art. 1458 c. c. che distingue tra prestazioni già eseguite e ancora da eseguire. Ne deriva che, a seguito del fallimento di una delle parti, tali contratti si considereranno eseguiti per le prestazioni anteriori al fallimento e non eseguiti per quelle successive¹²⁷.

Un'ultima considerazione. In virtù dell'ampia formulazione della nozione, è possibile affermare che il rapporto è in corso fino a quando sussistono situazioni giuridiche soggettive non compiutamente realizzate. Tale rilievo, tuttavia, non esonera l'interprete da una concreta analisi del rapporto diretta a vagliare le complesse fasi dell'esecuzione in ordine alle posizioni contrattuali delle parti¹²⁸.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle disposizioni sui rapporti giuridici preesistenti un discorso a parte meritano poi i contratti in formazione: prima della riforma si rilevava infatti che fossero estranei all'ambito dei rapporti giuridici preesistenti sia i contratti sinallagmatici che alla data del fallimento fossero ancora in corso di formazione, sia i contratti perfezionati dai quali, tuttavia, derivassero a carico di alcuna delle parti l'obbligazione di concludere un nuovo contratto, come il contratto preliminare, il patto di riscatto, l'opzione. Gli studiosi, però, ritenevano che, attraverso un'interpretazione analogica, fosse

anziché al fallito personalmente, conservando quest'ultimo, anche dopo la dichiarazione di fallimento, la qualità di locatario e di legittimato a resistere in giudizio). In questo senso anche F. Ferrara *jr.* - A. Borgioli, *Il fallimento*, op. cit., 373.

¹²⁷ M. Arato, *I contratti pendenti nel fallimento*, op. cit., 116. A tale riguardo Cass., 19 marzo 1980, n. 1824, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2764, ha stabilito che nel contratto di somministrazione di energia elettrica la prestazione del somministrante relativa all'impegno di potenza deve qualificarsi come prestazione ad esecuzione continuata: pertanto in caso di fallimento dell'utente opera il principio dettato dall'art. 1458 c. c., con la conseguenza che la clausola d'impegno di potenza è travolta dall'effetto retroattivo dello scioglimento del contratto e viene altresì meno il diritto del somministrante di conseguire il corrispettivo periodico per l'ulteriore durata del contratto, sicché il relativo credito non può essere insinuato nel passivo fallimentare.

¹²⁸ Così M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, op. cit., 319, la quale richiama, in proposito il pensiero di L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, op. cit., 269 ss.

possibile estendere le regole desumibili dall'art. 72 legge fall. anche a queste figure negoziali¹²⁹. In questa prospettiva si è infatti sottolineato che dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che al contratto preliminare si applica l'art. 72¹³⁰. Come è stato osservato da parte di uno dei primi commentatori della riforma, all'indirizzo appena ricordato si è ispirato il legislatore, che -come vedremo in prosieguo- con il terzo comma del nuovo art. 72 legge fall., ha esteso al contratto preliminare la regola generale valevole per i rapporti pendenti, stabilita dal primo comma della norma in esame¹³¹. Anche di recente si è sottolineato che, affinché operi la sospensione automatica come momento prodromico rispetto al diritto di scelta del curatore fra scioglimento e subentro, è necessario che ci si trovi in presenza di un contratto che o non sia stato affatto eseguito da entrambi i contraenti o non sia stato compiutamente eseguito da entrambi i contraenti. Infatti, qualora un contratto fosse stato integralmente eseguito, esso avrebbe esaurito i suoi effetti; si deve però considerare che, anche nel caso in cui uno dei due contraenti avesse integralmente eseguito la sua prestazione, non si potrebbe porre più un problema di sospensione preparatoria allo scioglimento o al subentro, in quanto colui che avesse eseguito integralmente la propria prestazione -che sia il fallito o meno la situazione non muta- avrebbe acquisito un diritto di credito nei confronti dell'altro contraente, cosicché ci si troverebbe di fronte ad una questione di rapporti di credito/debito con un fallimento, e non di rapporti giuridici pendenti. Rispetto alla regola appena menzionata -precisa la dottrina in commento- i contratti di durata, ossia i contratti ad esecuzione continuata o periodica che non siano già sciolti od esauriti al

¹²⁹ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di G. Schiano Di Pepe, op. cit., 212.

¹³⁰ A. Angiello, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, op. cit., 574. Sulla stessa scia anche A. Luminoso, *Effetti del fallimento sui rapporti pendenti (artt. 72-83 l.fall.)*, in *Giur. comm.*, 1987, II, 998, ha puntualizzato che la maggior parte delle decisioni in merito al contratto preliminare richiama l'orientamento, prevalente in dottrina e in giurisprudenza, per il quale tale contratto resta disciplinato dall'art. 72 legge fall.

¹³¹ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di G. Schiano Di Pepe, op. cit., 212.

momento della dichiarazione di fallimento, saranno sempre assoggettati alla disciplina contenuta nell'art. 72 legge fall.¹³²

4. Segue: il trasferimento del diritto reale come limite dell'applicabilità della regola generale.

L'originario quarto comma dell'art. 72 legge fall. disponeva, che in caso di fallimento del venditore, il contratto non si scioglieva se la cosa venduta fosse già passata in proprietà del compratore. Quel comma era diventato il primo dell'art. 72 *bis*, come sostituito dalla Novella del 2006 e si riferiva ancora agli effetti del fallimento sul contratto di compravendita in caso di fallimento del venditore. Il decreto Correttivo del 2007 ha abrogato il comma in esame dell'art. 72 *bis*, ma ha inserito nel primo comma dell'art. 72 l'ultimo inciso, in base al quale l'esecuzione del contratto a prestazioni corrispettive non eseguite o non interamente eseguite non rimane sospeso in caso di fallimento di uno dei contraenti quando nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto¹³³.

Il decreto -ha osservato uno studioso- ha esteso a tutti i rapporti pendenti soggetti alla regola generale contemplata dal primo comma dell'art. 72 una norma che il primo comma dell'art. 72 *bis* riferiva al contratto di compravendita in caso di fallimento del venditore. Ne deriva che la regola generale di cui al primo comma del più volte menzionato art. 72 non si applica ai contratti ad effetti reali nei quali sia già avvenuto il trasferimento del diritto che ne costituisce l'oggetto¹³⁴.

¹³² Così S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 20 ss., il quale tuttavia chiarisce che, rispetto alla regola in esame, un'eccezione è rappresentata soltanto dall'eventualità di un contratto con causa traslativa di un diritto, nell'ambito del quale, sebbene entrambi i contraenti possano non avere ancora eseguito la propria prestazione, l'effetto traslativo si sia già determinato: in tal caso il curatore non ha la facoltà di scelta fra subentro e scioglimento, ma si attua necessariamente il subentro automatico, con la conseguenza che non si pone, neanche in astratto, un problema di sospensione dell'esecuzione del contratto.

¹³³ A. Dimundo, *Sub art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 611 ss.

¹³⁴ A. Dimundo, *Sub art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 611 ss. L'autore precisa, comunque, che di questa norma si poteva fare a meno in quanto il principio, di cui

Esentando espressamente dall'applicazione della regola della sospensione automatica l'ipotesi in cui il contraente *in bonis* abbia acquistato, prima del fallimento, la proprietà o altro diritto reale, si positivizza il cosiddetto *principio di intangibilità* delle pretese reali acquisite anteriormente al fallimento, enunciando un limite già implicito nella vigenza del principio del consenso traslativo, che governa tutti i contratti ad effetti reali: se la proprietà, in base all'art. 1376 c.c., si trasferisce con il consenso, non si potrà parlare, in caso di fallimento del venditore, di contratto ineseguito, e non si potrà, quindi, in tale ipotesi, fare luogo all'applicazione della disciplina di cui all'art. 72 legge fall., che annovera, come presupposto fondamentale, la mancata esecuzione del regolamento negoziale¹³⁵. Vengono, dunque, confermate -ad avviso di un autorevole scrittore- le disposizioni tese ad affermare, appunto, il principio della intangibilità delle pretese reali acquisite dal compratore *in bonis* anteriormente al fallimento. 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, pertanto, i crediti che l'imprenditore insolvente non ha soddisfatto anteriormente alla dichiarazione di fallimento e che sanno 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 - avverte l'autore- non solo hanno acquistato una loro definitività, ma, in virtù dell'attribuzione già perfezionata, hanno già realizzato l'interesse del contraente del rapporto in corso che, dunque, non dovrà sottostare alla procedura

essa è espressione, era già ricavabile dal sistema e, in particolare, dal concetto di rapporto pendente, che non comprende i rapporti in cui una delle parti abbia compiutamente eseguito l'obbligazione a proprio carico.

¹³⁵ Così M. T. Della Cortiglia, *Le modifiche del decreto correttivo alla disciplina dei rapporti pendenti. Profili sistematici e problemi applicativi*, in *Dir. fall.*, 2008, 756 ss. e nt. 28, secondo la quale questa lettura è confermata dalla Relazione illustrativa, ove si puntualizza che «il contratto traslativo s'intende ineseguito sino a quando non si è realizzato l'effetto reale» e che «sul punto sono pacifiche dottrina e giurisprudenza da ottant'anni». Anche a parere di A. Dimundo, *Sub art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 612, il decreto non ha introdotto alcuna sostanziale novità; ha solo codificato un principio già elaborato da dottrina e giurisprudenza come eccezione alla regola generale di cui all'art. 72, primo comma, ed in precedenza previsto per la compravendita in caso di fallimento del venditore.

concorsuale per soddisfare il suo interesse. La *ratio* di questa diversa disciplina risiede nella regola generale di cui all'art. 1376 c.c., che governa il nostro sistema giuridico¹³⁶. A conferma di quanto appena esposto è opportuno sottolineare che, prima della riforma, la dottrina era pervenuta alla conclusione che, se il contratto fosse destinato a produrre effetti reali a carico del fallito, è necessario che questi effetti non si siano già prodotti prima della dichiarazione di fallimento, altrimenti il fallimento sarebbe tenuto a rispettarli. Così nell'ipotesi di fallimento del venditore, si affermava, se prima della sentenza dichiarativa la proprietà della cosa venduta fosse passata all'acquirente, alla curatela non resterebbe che eseguire il contratto¹³⁷.

Va, tuttavia, segnalata una *diversa ricostruzione* della norma in esame, che sembra porsi in contrasto con i risultati -appena evidenziati- cui è pervenuta l'opinione prevalente. Secondo questa impostazione, la precisazione di cui all'inciso dell'art. 72, primo comma, è stata interpretata nei termini di una «scontata presa d'atto», da parte del legislatore, che un contratto ad effetti reali non è tecnicamente *eseguibile*, dato che esso non comporta l'effettuazione di una prestazione, cioè un *dare*, un *facere* ... , ma determina la produzione di una vicenda traslativa, la quale scaturisce, immediatamente, dal semplice consenso validamente manifestato da parte dei contraenti. Applicando alla lettera la regola, si dovrebbe affermare, pertanto, che lo stato di pendenza, per i contratti ad efficacia reale, non possa mai configurarsi. Di conseguenza, sarebbero attratti nell'ambito di applicazione del regime normativo in questione solo quei tipi contrattuali che, pur essendo finalizzati a produrre vicende circolatorie di diritti, non sono assoggettati alla regola del consenso traslativo, come le cosiddette

¹³⁶ Così B. Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in Di Marzio (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, 8 ss e in *Dir. fall.*, 2007, I, 310 ss. Se allora il procedimento negoziale di trasferimento o di costituzione del diritto si è concluso, il sopravvenire del fallimento del venditore non può scalfire l'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.

¹³⁷ F. Ferrara jr. – A. Borgioli, *Il Fallimento*, op. cit., 374. Su questo solco, di recente, G. N. Nardo, *sub art. 72*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di M. Ferro, op. cit., 527.

vendite obbligatorie (di cosa generica, di cosa futura, di cosa altrui) e -come sancito dal terzo comma dell'art. 72- i contratti preliminari¹³⁸. Secondo questa diversa interpretazione, il significato dell'inciso contenuto nel primo comma non è propriamente quello che si ricava dalla sua lettera; esso, è, invece più ampio. Mediante il riferimento all'effetto traslativo, la disposizione opera un implicito richiamo ad un intero sistema normativo, quello che presiede la circolazione giuridica dei diritti e che, in particolare, regola il conflitto tra una delle parti del contratto -nel nostro caso, il contraente *in bonis* e i creditori della controparte. In sintesi, per questa opinione, l'inciso di cui al primo comma dell'art. 72 può essere declinato in diverse regole. Quando il contratto abbia ad oggetto il trasferimento di un bene dal fallito al contraente *in bonis*, si deve distinguere a seconda della natura del bene. Se la cessione ha per oggetto un **bene mobile**, il passaggio delle proprietà è determinato dal consenso ed è immediatamente opponibile ai creditori fallimentari: infatti, il proprietario non subisce falcidie fallimentari e può rivendicare il bene. Ne deriva che il curatore, anche in virtù dell'art. 72, primo comma, legge fall, non è in condizioni di rifiutare la consegna del bene e di sciogliersi dal contratto, secondo le regole di cui al predetto art. 72. Nel caso di beni mobili, quindi, il verificarsi del mero effetto traslativo della proprietà è sufficiente a rendere salvo l'acquisto del contraente *in bonis*. Se la cessione, invece, ha per oggetto un **bene immobile**, il conflitto va risolto in base alla priorità nell'adempimento degli oneri di pubblicità. Da ciò deriva che il terzo fa salvo il suo acquisto solo se lo ha trascritto prima del fallimento. In caso contrario, sebbene l'effetto traslativo si sia verificato tra le parti, il curatore potrà far valere l'acquisizione del bene alla procedura, ma potrà optare, qualora ne abbia convenienza, per il subentro nel contratto. Ne deriva, pertanto, che in questa ipotesi, non è la produzione dell'effetto traslativo -che tra le parti consegue al consenso, e cioè al perfezionamento del contratto- ma la sua

¹³⁸ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, Padova, 2010, 413

opponibilità alla massa -che consegue, invece, alla pubblicità- a determinare la conseguenza dell'inapplicabilità della disciplina generale sui contratti pendenti¹³⁹.

5. La regola generale della sospensione dell'esecuzione del contratto.

La nuova disciplina dei rapporti giuridici pendenti, sebbene caratterizzata dall'introduzione di importati regole generali, si articola in una serie di norme dettate per alcuni contratti tipici già in passato disciplinati (contratti di borsa a termine; associazione in partecipazione; conto corrente, mandato, commissione; locazione di immobili; appalto; assicurazione), cui si aggiungono *ex novo* le regole per alcuni rapporti giuridici prima non espressamente disciplinati, come il contratto preliminare, i contratti relativi agli immobili di nuova costruzione, i finanziamenti destinati ad uno specifico affare, il contratto di affitto di azienda e -caso unico di contratto atipico regolato dalla novella- la locazione finanziaria¹⁴⁰. La normativa è contenuta in gran parte negli artt. 72 - 83 *bis*, ossia nella sezione IV del capo III del titolo II; altre disposizioni si rinvengono tuttavia all'interno della stessa legge fallimentare - art. 60- o nel codice civile - artt. 2119, secondo comma, 2308- o in leggi speciali - art. 135 legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore¹⁴¹.

Ma il dato più significativo è costituito dal fatto che l'art. 72, che già la giurisprudenza -come più volte osservato- nella versione della legge del 1942 aveva considerato come regola generale da applicarsi nel silenzio delle norme della sezione, è diventato, nella sua nuova versione, *esplicitamente* la regola generale da adottarsi per tutti i rapporti pendenti. Esso dispone che quando un

¹³⁹ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 414 ss. A questa dottrina si rinvia per ulteriori approfondimenti sul punto.

¹⁴⁰ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 475.

¹⁴¹ Così A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit. 476.

contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, di cui una sia dichiarata fallita, l'esecuzione dello stesso rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito. La regola generale delineata dal legislatore, pertanto, è quella della sospensione dell'esecuzione del contratto, in attesa della determinazione dell'organo gestionale¹⁴². Risulta in questo modo **esteso** a tutti i contratti a prestazioni corrispettive non compiutamente eseguite l'esercizio del potere che nella legge fallimentare del 1942 era enunciato solo con riferimento al contratto di vendita, compresa la vendita a consegne ripartite, alla somministrazione e al contratto di edizione¹⁴³. A tale riguardo si è chiarito che la soluzione così adottata è quella più conveniente per la procedura, sia sotto il profilo organizzativo che sotto quello economico: la continuazione o lo scioglimento automatico -alternative che in teoria potevano anch'esse trovare ingresso- avrebbero comportato costi che la sospensione permette di evitare. Più precisamente, la continuazione automatica di un contratto "non voluto" dalla procedura avrebbe imposto agli organi della stessa di attivarsi in tempi molto rapidi per arrivare allo scioglimento, con la possibilità per il contraente *in bonis* di eseguire *medio tempore* la sua prestazione e diventare così creditore concorsuale -o peggio della massa; così come lo scioglimento automatico di un contratto "voluto" dalla procedura avrebbe imposto agli organi della stessa di attivarsi per la conclusione di uno di tenore analogo, con il pericolo di un rifiuto a contrarre del contraente originario¹⁴⁴.

Un'attenta dottrina si è interrogata sull'impatto sistematico dell'introduzione di regole generali in relazione alla complessiva disciplina degli effetti del fallimento

¹⁴² A. Paluchowski, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti: presentazione*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, op. cit., 768.

¹⁴³ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 476.

¹⁴⁴ D. Vattermoli, sub art. 72, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, op. cit., 417.

sui contratti pendenti¹⁴⁵. Denominatore comune alle teorie elaborate in proposito prima della Novella del 2006 era l'integrazione per analogia degli originari artt. 72 - 83; si riscontravano, invece, delle divergenze di vedute al momento della individuazione della regola da applicare nell'ipotesi in cui, nonostante il ricorso all'analogia, rimanessero dei dubbi sulla disciplina da applicare al contratto pendente. Secondo alcuni studiosi questa regola residuale si poteva ricavare direttamente dalle norme fallimentari e, in particolare, si identificava con la regola della sospensione del contratto di cui all'art. 72 legge fall. A parere di una diversa impostazione, invece, la regola era quella della continuazione, in base al primo comma dell'art. 1372 c. c. il quale dispone che il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge¹⁴⁶.

Oggi, invece, l'introduzione della disposizione contenuta nell'art. 72 legge fall. esclude in radice il ricorso all'analogia. Il rapporto regola - eccezione che intercorre tra l'art. 72 e le altre norme di cui si compone la sezione dedicata agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti impedisce l'estensione di queste ultime ai casi non espressamente contemplati, a prescindere dall'affinità strutturale o dalle caratteristiche essenziali che il contratto non disciplinato presenta rispetto alla fattispecie regolata¹⁴⁷. Questo rilievo, tuttavia, ad avviso di un'altra opinione, non deve indurre a ritenere che la regola generale si applichi indistintamente a tutti i contratti per i quali non vi sia una espressa disciplina speciale. In presenza di contratti in corso non esplicitamente disciplinati in un senso o nell'altro, è sempre necessario accertare che ad essi non si applichi per analogia una disciplina speciale, prima di farli rientrare nella regola generale. Si

¹⁴⁵ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 412.

¹⁴⁶ D. Vattermoli, *Gli effetti del fallimento sul contratto di licenza del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 126 ss., ad avviso del quale, comunque, nessuna di queste soluzioni può dirsi pienamente convincente.

¹⁴⁷ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, Torino, 2006, 412.

deve, pertanto, applicare la regola generale solo dopo che si sia accertato che una delle discipline specifiche non sia in concreto applicabile per analogia¹⁴⁸.

6. Il fondamento della disciplina: il dibattito nel vigore della legge fallimentare del 1942.

Dottrina e giurisprudenza, in passato, si interrogavano se dalla disciplina prevista per ogni singolo contratto si potesse ricavare una regola generale applicabile ai contratti non espressamente richiamati dalle varie disposizioni, giungendo alla conclusione -come più volte chiarito- che tale regola fosse l'**arresto**¹⁴⁹.

Va, tuttavia, evidenziato che, mentre sulla sospensione dell'esecuzione del contratto la dottrina era sostanzialmente concorde -con qualche autorevole voce contraria- divergenze di vedute si registravano in ordine alla **natura giuridica di questa fase provvisoria del contratto**¹⁵⁰. E' opportuno, a questo punto del lavoro, riprendere concetti già esposti in precedenza, per potere approfondire, nei limiti della presente ricerca, tale fondamentale aspetto della tematica in questione.

In particolare, la *questione di fondo* che si poneva nel vigore della previgente disciplina, come già accennato, era se, anche in assenza di un'espressa previsione

¹⁴⁸ In tal senso A. Dimundo, *Sub art. 72*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 609 ss., per il quale la salvezza delle «diverse disposizioni della presente sezione» ex art. 72 non può che riguardare la portata normativa delle stesse alla luce di quelli che sono gli ordinari criteri di interpretazione e, dunque, anche del criterio dell'interpretazione analogica. In altri termini, la regola generale di cui all'art. 72, primo comma, si applica a tutti i rapporti pendenti tranne quelli oggetto delle diverse specifiche norme della sez. IV e quelli cui queste ultime norme si possano applicare per analogia.

¹⁴⁹ A. Angiello, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, Torino, 1996, 565, ad avviso della quale la soluzione in commento è «certamente quella di maggior comodo per il fallimento in quanto resta la possibilità per il curatore di decidere se subentrare o meno nel contratto valutando con una certa disponibilità di tempo la maggiore o minore opportunità».

¹⁵⁰ Come non manca di sottolineare anche G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento*, vol. II, a cura di G. G. Ruisi - A. Jorio - A. Maffei Alberti - G. U. Tedeschi, in *Giur. sist. civ. e comm. diretta da Bigiavi*, II, aggiornamento di Censoni, op. cit., 559. In proposito E. Capaccioli, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 557, ha osservato che quando la dichiarazione di fallimento implica, rispetto ai rapporti pendenti, la facoltà degli organi fallimentari di darvi esecuzione o di sciogliersi, si verifica una sopravvenuta inefficacia delle fonti contrattuali di questi rapporti; tale inefficacia non è però definitiva, ma si accompagna ad una semplice quiescenza dei contratti; il riacquisto di efficacia è sottoposto alla condizione sospensiva della determinazione, in tal senso, degli organi fallimentari.

sul punto, si potesse ricavare dal sistema l'esistenza di un principio che rimettesse al curatore la scelta tra esecuzione e scioglimento del rapporto, e se di conseguenza si potesse ritenere che, salvo diversa disposizione di legge, il contratto non espressamente regolato dovesse considerarsi sospeso fino alla decisione assunta dagli organi della procedura; oppure se, al contrario, questa disciplina inducesse a ritenere che in mancanza di espressa regolamentazione il contratto dovesse essere eseguito nonostante il fallimento di uno dei contraenti o se dovesse valere altra regola¹⁵¹. All'interrogativo appena segnalato si è risposto sottolineando che la regola della sospensione, dettata per il contratto più diffuso e frequente, la vendita, assume valenza generale e funge da modello paradigmatico di riferimento per ogni fattispecie negoziale a prestazioni corrispettive non espressamente regolate, in quanto espressione di principi endofallimentari. Alla medesima conclusione, d'altra parte, giungevano sia coloro che privilegiavano anche in questa materia i principi civilistici stabiliti dall'art. 1372 c.c. e ritenevano, quindi, che la sospensione si dovesse considerare l'unica soluzione possibile, rappresentando entrambe le ipotesi alternative, dello scioglimento e della prosecuzione con soggetto diverso dal contraente originario, violazioni della disposizione civilistica, sia coloro che attribuivano alla sospensione per causa di fallimento il significato della trasposizione nell'ambito fallimentare del principio più generale contemplato dall'art. 1461 c.c.¹⁵².

Su tale problematica è bene soffermare la nostra attenzione. Per quanto riguarda **il fondamento** della regola della sospensione si possono delineare, nel vigore della precedente normativa, due indirizzi interpretativi. Secondo un primo orientamento, la regola dell'arresto sarebbe di carattere generale: a tale approdo ermeneutico si giunge partendo dai **principi endofallimentari** in quanto emergenti dalla stessa regolamentazione dei rapporti pendenti dove lo

¹⁵¹ A. Jorio, *Le crisi d'impresa * Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 501.

¹⁵² A. Jorio, *Le crisi d'impresa * Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, op. cit., 502. Quest'ultima interpretazione, tuttavia, è stata criticata da quegli studiosi che -come V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 410- hanno evidenziato come proprio le disposizioni del codice civile, e soprattutto l'art. 1372, giustificano la prosecuzione dei contratti.

scioglimento e la continuazione del contratto sarebbero regole di carattere eccezionale¹⁵³. In questa prospettiva un insigne autore -contestando l'opinione per cui il potere di arresto sarebbe un'applicazione ad un caso singolo dell'*exceptio inadimpleti contractus*, in quanto è difficile concepire il c.d. potere di arresto come una normale reazione all'inadempienza del dissestato - ha in proposito affermato l'autonomia del potere di arresto come *conseguenza immediata* della dichiarazione di fallimento, indipendentemente da ogni considerazione dell'inadempimento del fallito. Solo considerando il cosiddetto potere di arresto in relazione alla procedura fallimentare, nella quale si innesta, se ne possono riconoscere il valore ed il significato. Esso, infatti, non ha la funzione cautelativa generica propria dell'*exceptio inadimpleti contractus* che consente di non prestare, se non si è sicuri dell'adempimento del debito correlativo; ma ha la funzione più specifica ed assorbente di instaurare una situazione transitoria, che garantisca la conservazione della situazione esistente al momento della dichiarazione del fallimento, in attesa che il contraente *in bonis* o il curatore si decidano a dare esecuzione o a risolvere il contratto: da ciò si desume il potere di arresto¹⁵⁴. L'opinione appena riferita -per cui l'arresto è, quindi, un effetto oggettivo, proprio ed esclusivo del fallimento, svincolato da ogni addentellato di inadempienza, dipendente dalle esigenze dell'esecuzione collettiva- è stata ripresa da un altro studioso, per il quale essa trae conferma dal sistema della legge, per cui l'inadempimento non è, di per sé, rilevante ai fini del fallimento. Né -egli avverte- il potere di arresto ha la funzione cautelare generica propria dell'eccezione *inadimpleti contractus*, rivestendo efficacia costitutiva di una nuova situazione giuridica, al centro della quale l'ufficio fallimentare ha la possibilità di perpetuare e di rendere definitiva la situazione precedente o

¹⁵³ A. Angiello, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, op. cit., 566.

¹⁵⁴ R. Corrado, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. secondo, Torino, 1963, 407 ss. Nello stesso ordine di idee si può ricordare l'impostazione di C. Giannattasio, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIV, t. 1, Milano, 1960, 307 (è più esatto attenersi all'opinione tradizionale che afferma l'autonomia del potere d'arresto come conseguenza immediata e diretta della sentenza dichiarativa di fallimento).

definitivamente immutarla, sciogliendo il rapporto; potere e situazione aventi fonte primaria ed esclusiva in un atto autoritativo del giudice, la pronuncia di fallimento e di fronte ai quali, anzi, si paralizza il potere che spetta, in base al diritto comune, al contraente *in bonis*, di proporre esso l'*exceptio*¹⁵⁵.

Ad avviso di una seconda impostazione, invece, la preminenza della regola dell'arresto si desume **da disposizioni di carattere civilistico**. Si è in tale prospettiva osservato che la sospensione è un'applicazione, in campo fallimentare, del principio generale stabilito dalla norma contenuta nell'art. 1461 c.c. che prevede la sospensione del contratto nel caso di mutamento delle

¹⁵⁵ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1187 ss. All'interno di questo filone di pensiero si possono, ricordare, tra gli altri, V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 417, il quale sottolinea la particolarità della disciplina fallimentare rispetto al diritto comune nel caso di fallimento del compratore: il mancato pagamento del prezzo non giustifica -avverte lo scrittore- né l'eccezione di inadempimento, né la sospensione della prestazione del venditore per il mutamento delle condizioni patrimoniali del compratore; D. Mazzocca, *Manuale di Diritto fallimentare*, Napoli, 1986, 324 (la sospensione è un fenomeno peculiare del fallimento, per cui sembra azzardata l'inclusione in schemi più generali); G. De Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989, 167 ss. Un'ultima osservazione. Secondo A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali* diretto da L. Panzani, op. cit., 274 ss. e 367, scioglimento e ancor più subentro sono considerate dagli studiosi come ipotesi di natura eccezionale, secondo una prospettiva "strutturale", nell'ottica propria della materia dei contratti, in base alla regola generale di cui all'art. 1372 c.c., per la quale il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso tra le stesse, oltre che per le altre cause previste dalla legge: ne consegue che le ipotesi di scioglimento e di subentro in via automatica nel rapporto contrattuale derogano al principio generale e non sono quindi suscettibili di applicazione analogica ai rapporti non espressamente regolamentati. La dottrina in commento, tuttavia, accanto a questa lettura ne ha proposto un'altra, interna alla procedura fallimentare, aderente alla specialità della materia, in un'ottica di sostanziale autonomia del fallimento: una lettura, in altri termini, secondo un'ottica "funzionale", rispondente alle finalità liquidative -del patrimonio assoggettato- e soddisfattive -del ceto creditorio partecipante al concorso- della procedura stessa. Da questa impostazione deriva che il regime di sospensione, in attesa della determinazione del curatore di scioglimento o di subentro, costituisce tendenzialmente la regola ordinaria cui sono soggetti i rapporti giuridici preesistenti, in mancanza della previsione di una specifica diversa disciplina o della evidente assimilabilità, nel caso di fattispecie innominata, ad altro tipo contrattuale espressamente regolato. Ciò si spiega -seguendo il pensiero della dottrina in esame- inquadrando la disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nell'ottica della liquidazione fallimentare, come fatto ad essa preliminare e strumentale, cui ogni comportamento del curatore, anche di eventuale mantenimento *ex lege* di vincoli contrattuali o di deliberato subentro in essi, è finalisticamente orientato. L'Autore richiama in proposito l'opinione di G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Compendio di diritto fallimentare*, coordinato da G. Lo Cascio, op. cit., 726, secondo il quale la disciplina di entrambe le categorie -scioglimento e subentro- ha carattere derogante rispetto alla fondamentale regola dei rapporti negoziali codificata dall'art. 1372 c.c. Trasferire l'efficacia del contratto alla massa, cioè a terzi non contraenti rispetto ai negozi conclusi dal fallito, costituisce elemento di eccezionalità sistematica che impedisce l'interpretazione analogica della disciplina e l'applicazione a casi non espressamente stabiliti dalla legge. Identico carattere di eccezionalità presenta lo scioglimento del rapporto *ex lege*, al di fuori del mutuo consenso delle parti.

condizioni patrimoniali dell'altro contraente¹⁵⁶. Autorevole dottrina ha infatti sottolineato che il terzo, di fronte alla situazione determinata dalla indisponibilità potrebbe benissimo sospendere l'esecuzione della sua prestazione in base all'art. 1461 c.c., in quanto le condizioni del suo contraente sono diventati tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione. Infatti -prosegue l'opinione in commento- non avendo più il debitore la disponibilità occorrente per essa -disponibilità passata agli organi della procedura- pone in evidente pericolo il conseguimento della stessa da parte del terzo. Da ciò deriva la facoltà di sospensione della prestazione da parte del terzo, se non venga prestata idonea garanzia¹⁵⁷. A tra conseguenza, ad avviso di questa impostazione, è *l'exceptio inadimpleti contractus* che, in base all'art. 1460 c.c., il terzo contraente può opporre al debitore o al patrimonio separato, che esigano la sua prestazione senza avere eseguito la propria. Ma tutti questi sono effetti, non della procedura come tale, bensì di quello stato di fatto particolare che consegue alla indisponibilità ed alla insolvenza, e che, come ogni altro fatto di potenziale o attuale inesecuzione, o di menomazione della garanzia patrimoniale, che analogamente si verifichi in conseguenza di altre circostanze o misure, non può non influire sull'attuabilità concreta del rapporto¹⁵⁸. Nell'ambito di questa seconda opzione interpretativa, infatti, è interessante il percorso seguito da un altro studioso, secondo il quale il potere d'arresto riconosciuto al contraente *in bonis* ha una precisa giustificazione testuale nella disposizione contemplata dall'art. 1461 c. c. Egli ha evidenziato che non è senza significato il rilievo che questa norma, sebbene inserita sotto la rubrica «Della risoluzione del contratto»... istituisce una facoltà del contraente - quella di sospendere l'esecuzione- che contrassegna una posizione intermedia tra

¹⁵⁶ A. Angiello, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, op. cit., 566.

¹⁵⁷ A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, op. cit., 363. L'autore chiarisce che la situazione di indisponibilità, che si verifica relativamente a tutto il patrimonio del debitore, e lo stato di insolvenza di questo, possono portare delle *variazioni in sede di attuazione del rapporto*, le però -va sottolineato- non attingono la loro essenza ad effetti speciali della procedura, né alla sussistenza di questa come tale, ma alle norme di carattere generale sull'esecuzione dei contratti che facciano riferimento a situazioni di fatto, corrispondenti a quella che l'indisponibilità e l'insolvenza determinano, ma che potrebbe dipendere anche da cause diverse dalla procedura.

¹⁵⁸ A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, op. cit., 363.

la risoluzione e l'adempimento: il contratto non viene risolto ma neanche deve essere adempiuto, ed il rapporto rimane pendente, tuttora valido come vincolo giuridico, che è tuttavia reso temporaneamente inefficace. Questo fenomeno si verifica -secondo la dottrina in esame- anche con riguardo al contraente *in bonis*: quest'ultimo, infatti, è legittimato a sospendere l'adempimento, perché le condizioni patrimoniali dell'altro sono mutate e pongono in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, ma egli non è liberato e sarà tenuto ad adempiere al contratto nel momento in cui quel pericolo sia scomparso, quando cioè l'amministrazione fallimentare abbia fatto ingresso nel rapporto, ed abbia assolto agli oneri che la legge eventualmente le imponga¹⁵⁹. L'autore in commento ha, d'altra parte, chiarito che, data la portata generale della regola stabilita dall'art. 1461 c.c., la riaffermazione, in una disposizione di diritto speciale, della facoltà di sospensione del contraente *in bonis* sarebbe stata ultronea, essendo sufficiente invece, per l'applicazione del principio anche nell'ipotesi di fallimento, la mancanza di una norma derogativa di *ius singulare*, nel difetto della quale non può che operare il diritto comune. Si spiega in questo modo il fatto che il legislatore del 1942 si sia potuto limitare ad inserire tra le disposizioni della legge fallimentare richiami sporadici del principio stesso il quale, però, vale rispetto a tutti i contratti bilaterali ineseguiti dal contraente *in bonis*, se diversamente non venga disposto per eccezione¹⁶⁰. In questa cornice si è, quindi, evidenziato che il meccanismo fondamentale di tutela del contraente *in bonis* è l'arresto dell'esecuzione del contratto, perché di fronte all'insolvenza di uno dei contraenti, normalmente l'altro contraente ha interesse a non eseguire la prestazione a suo carico, piuttosto che a ricevere in moneta fallimentare quella

¹⁵⁹ U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1193. L'autore richiama l'opinione di G. Auletta, *La risoluzione nel fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, 227, secondo cui «il potere d'arresto appare un fiore strano, sbocciato senza che alcuno ne abbia buttato il seme e raccolto, per i suoi pregi, senza indagarne la provenienza».

¹⁶⁰ U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1193. La tesi in esame è condivisa anche da V. E. Calusi, *Fallimento e contratto di appalto*, in *Dir. fall.*, 1955, I, 19, il quale sostiene che si tratta di una sospensione della prestazione a titolo cautelare, che ha una funzione più limitata di quella che è propria della *exceptio non adimpleti contractus*. La facoltà di sospensione prevista dall'art. 1461 c.c. non occorre che fosse affermata in una norma di diritto speciale, nel difetto della quale opera appunto il diritto comune.

dovutagli. L'arresto dell'esecuzione è rimedio di applicazione generale e, infatti, proprio intorno ad esso fu costruita, in mancanza di una più precisa normativa, la teoria generale dei rapporti giuridici preesistenti. La sospensione dei contratti ineseguiti, in caso di fallimento di uno dei contraenti, è riconducibile alla normativa generale dei contratti a prestazioni corrispettive, in particolare a quella dell'art. 1461 c.c. relativa al mutamento delle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti. Più precisamente, l'esecuzione del contratto rimane sospesa perché opera a favore del contraente non fallito un rimedio analogo a quello previsto dall'art. 1461 c.c. E' affermazione corrente che il contraente non fallito può difendersi dalla pretesa del curatore opponendogli l'eccezione di inadempimento o, più correttamente, invocando il pericolo di non conseguire la controprestazione¹⁶¹. Al riguardo si è parlato di una regola «implicita» e mai derogata dalla disciplina dei contratti pendenti che inibisce al curatore di esigere l'adempimento dell'obbligazione che grava sul contraente *in bonis*, se l'ufficio fallimentare non s'impegna ad eseguire la controprestazione integralmente e non in moneta di fallimento. Il fondamento di questa regola viene individuato di solito, e giustamente, nell'art. 1460 c.c., e quindi nell'eccezione di inadempimento¹⁶². L'orientamento in commento è stato recepito anche dalla

¹⁶¹ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 78 e 110.

¹⁶² R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, op. cit., 72 e 74. L'autore ricorda, inoltre, che la dottrina formatasi sulla legge del 1942 ha preferito fare ricorso alla regola generale contenuta nell'art. 1460 c.c. e prendere atto che la parte *in bonis* è munita della *exceptio inadimpleti contractus*. In questo stesso ordine di idee si possono ricordare, tra gli altri, L. Lordi, *Il fallimento*, Napoli, 1946, 165 ss. (chi con il fallimento ha solo rapporti in corso di esecuzione, nulla ha ancora perduto. Venendogli meno la prestazione del fallimento può a sua volta non adempiere ... è normale consentire al contraente *in bonis* di non adempiere); F. Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1974, 334 (il fallimento non spoglia il contraente della difesa di natura cautelare di cui agli artt. 1460 e 1461 c. c., ma la rispetta) e C. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. primo, op. cit., 1000 ss. (a proposito del fallimento del compratore, l'autore sostiene che nella sospensione dell'adempimento si esprime un peculiare potere di autotutela del venditore di fronte alla sopravvenuta incertezza di realizzazione del proprio credito. Questo potere può essere accostato a quello che si esprime nell'eccezione di inadempimento o, senz'altro, nell'eccezione del pericolo di insolvenza); G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, 1993, rist. 1994, Torino, 582 (il contraente *in bonis* ha il diritto di sospendere l'esecuzione della sua prestazione in attesa di ricevere la controprestazione pattuita. In altri termini, il diritto riconosciuto al contraente con norma generale dall'art. 1461 c.c. per l'ipotesi di una modificazione intervenuta nelle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, tale da mettere in pericolo il conseguimento della controprestazione, trova applicazione specifica in materia fallimentare).

giurisprudenza di legittimità¹⁶³. Pure in tempi più recenti si è osservato che la regola di cui all'art. 72 previgente si comprende ponendo mente al potere di autotutela stabilito dagli artt. 1460 e 1461 c.c.¹⁶⁴ In ordine ai **due rimedi civilistici** appena menzionati è sufficiente sottolineare quanto segue. Per quanto concerne la *ratio* dell'eccezione di inadempimento, secondo autorevole dottrina, quando le prestazioni devono essere eseguite *mano contro mano*, ciascuno dei contraenti può pretendere che l'altro, mentre chiede l'adempimento l'altrui, offra anche il proprio. In questo modo si prevengono possibili danni derivanti da futuri inadempimenti della parte che ha ricevuto la controprestazione. E', in altri termini, una forma di **autotutela** affidata ad un'eccezione, senza intervento *ex officio* del giudice, il cui fondamento deve essere provato dal contraente che l'oppone¹⁶⁵. Anche per quanto riguarda il rimedio della sospensione dell'esecuzione *ex art.* 1461 c.c., si è precisato che tale disposizione si inquadra nel più generale contesto dell'autotutela e delle eccezioni che il contraente può opporre allo scopo di garantirsi nei confronti di possibili futuri inadempimenti della controparte. Ne deriva che i rapporti con l'art. 1460 c.c. sono strettissimi. Più precisamente, la sospensione può invocarsi quando la controparte deve eseguire la propria prestazione in un secondo momento, mentre l'eccezione di inadempimento si può opporre -come appena detto-quando le prestazioni devono essere eseguite *mano contro mano*. Ciò non impedisce l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento anche quando la prestazione va eseguita in un secondo momento ma il debitore ha già dichiarato di non voler adempiere o il suo inadempimento sembra probabile ovvero la scadenza successiva è già decorsa. Così come, d'altro canto, la sospensione può essere invocata se le prestazioni devono essere eseguite in astratto *mano contro mano* ma non possono

¹⁶³ In tal senso Cass., 18 novembre 1961, n. 2684, in *Dir. fall.*, 1962, II, 59.

¹⁶⁴ F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento. Diritti del promissario acquirente (specialmente: della casa di abitazione)*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, op. cit., 69.

¹⁶⁵ Così F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 1000 ss. Sull'autotutela, si rinvia per maggiori approfondimenti, tra gli altri, a E. Betti, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 529 ss. e C. M. Bianca, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, 130.

essere contemporanee da un punto di vista concreto, a causa di effettive esigenze esecutive¹⁶⁶.

All'interno del panorama dottrinale appena descritto si segnala la posizione di Luminoso. L'Autore, dopo aver ricordato come l'arresto del contratto, previsto dall'art. 72 legge fall. (testo previgente), sia di solito configurato come uno stato interinale di quiescenza che agisce quale condizione sospensiva per la ripresa del contratto, afferma che esso dà luogo ad una temporanea sospensione dell'esecuzione del contratto. Questo significa, ad avviso dell'opinione in commento, che lo stato di interinale paralisi prevista dalla legge non investe il contenuto del rapporto considerato nel suo complesso, ma più semplicemente l'adempimento di quelle obbligazioni che risultassero ancora ineseguite al momento del fallimento¹⁶⁷. Seguendo il pensiero di tale studioso, se poi si considera che la sospensione opera per il futuro, senza investire il passato; che il contratto costituisce un assetto di interessi autoregolati, cioè programma di una serie di risultati voluti dagli interessati e che l'attuazione di questo programma si realizza sia tramite il prodursi dell'efficacia del negozio sia, più spesso, tramite il compimento di atti esecutivi, ne consegue che la sospensione dell'esecuzione non fa che tradursi in un arresto nell'attuazione del programma negoziale. Conseguenza di tale ricostruzione, pertanto, è la temporanea inidoneità del negozio sia a produrre quei suoi effetti tipici che ancora non si fossero realizzati, sia a ricevere ulteriori atti di esecuzione delle obbligazioni sorte in precedenza. Il fenomeno appena descritto implica un temporaneo esonero -nei confronti sia del fallito sia dell'altra parte- dall'obbligo di adempiere i debiti che vengano a scadere durante la fase di quiescenza, e, quindi, l'esenzione da quelle che

¹⁶⁶ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, op. cit., 1001 ss. Al riguardo G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare*, compendio a cura di G. Lo Cascio, op. cit., 727 ss., ha precisato che in caso di insolvenza conclamata e tradotta in fallimento, la sospensione dell'adempimento non costituisce più forma di autotutela della parte non insolvente, ma forma di tutela strumentale alla possibilità di scelta conferita alla curatela nell'alternativa ad essa consentita... la sospensione tende ad evitare lo scompenso dell'equilibrio contrattuale, ai fini prioritari di una successiva valorizzazione degli interessi della massa fallimentare, ai quali la posizione della parte non insolvente non può che adeguarsi.

¹⁶⁷ A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 1988, 73.

sarebbero le conseguenze -previste dagli artt. 1218 ss. c.c.- di una responsabilità per inadempimento. Poiché, come appena detto, l'esonero dal dovere di adempimento opera solo per il futuro, si deve ritenere che «è come se da quel momento subentrasse, rispetto a tutti e due i contraenti, *un'impossibilità temporanea oggettiva* della prestazione non imputabile al debitore» *ex art. 1256, secondo comma, c.c.*¹⁶⁸. Per quanto attiene, invece, al periodo precedente resteranno ferme, oltre alle obbligazioni sorte dal contratto, le eventuali inadempienze nelle quali la parte fosse già incorsa. Ne deriva, per questa opinione, che l'arresto del contratto non cancella gli obblighi risarcitori che fossero eventualmente sorti a carico delle parti e non pone nel nulla il diritto dell'altra parte al risarcimento dei danni subiti. La sospensione, a maggior ragione, non priva di rilevanza gli inadempimenti verificatisi, in ordine all'applicazione degli artt. 1453 ss. c.c.: queste inadempienze, quindi, qualora avessero il carattere della gravità voluta dalla legge, possono comportare la risoluzione del contratto. Quanto appena sottolineato vale per le ipotesi di azione di risoluzione per inadempimento fatta valere dal curatore del fallimento del contraente fallito e per quelle di risoluzione proposta fallito o dal terzo contraente prima del fallimento. In conclusione, ad avviso di questa impostazione, la sospensione del contratto è un rimedio che la legge prevede a tutela dell'amministrazione fallimentare, per dare modo alla stessa di valutare con la necessaria ponderazione la convenienza per la massa di subentrare o di sciogliersi dal rapporto bilateralmente ineseguito. Atteso questo scopo dell'istituto, lo stesso deve implicare solo un *temporaneo arresto* nell'ulteriore attuazione del programma negoziale, non una paralisi dell'intero vincolo negoziale, né -va evidenziato- una quiescenza, anche relativamente al periodo precedente, delle obbligazioni che fossero già inadempite¹⁶⁹.

¹⁶⁸ A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 73.

¹⁶⁹ In tal senso, ancora, A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 73. In questo contesto va, inoltre, ricordato che, secondo un autore lo scioglimento del contratto e il subingresso della massa *ope legis*

Prima di terminare l'esame, sia pure sommario, del dibattito sul fondamento della regola della sospensione dell'esecuzione del contratto è opportuno dare atto di una diversa opzione interpretativa. Secondo un autore, infatti, gli artt. 1460 e 1461 c.c. non si adattano alla situazione che si verifica per effetto della dichiarazione di fallimento. Tanto il rifiuto di adempiere *ex art. 1460 c.c.* quanto la facoltà di sospensione dell'esecuzione della prestazione dovuta *ex art. 1461 c.c.* presuppongono precisi fatti -l'inadempimento della controparte e il mutamento delle condizioni patrimoniali tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione- che non costituiscono accadimenti necessariamente presupposti o conseguenti al verificatosi stato di insolvenza o alla dichiarazione di fallimento. In mancanza di un'apposita disciplina, il mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, che costituisce il fondamento dell'art. 1461 c.c. non potrebbe autorizzare senz'altro il contraente *in bonis* alla sospensione dell'esecuzione della prestazione da lui dovuta di fronte al fallimento. Quest'ultimo, infatti, non ammette in linea di principio distinzione tra i diversi creditori, salvo che alcuni di essi non vantino specifiche prelazioni. Da tale rilievo consegue che un'apposita disciplina che, tenendo conto del fatto che il contraente *in bonis* ancora non ha eseguito o compiutamente eseguito la propria prestazione, ne diversifichi il trattamento rispetto agli altri creditori, si rendeva necessaria di fronte ai principi generali sugli effetti della dichiarazione di fallimento per il debitore. Si tratta di una disciplina che, sia pure in base a meccanismi diversi da quelli di autotutela di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c., pone il contraente *in bonis* in una posizione di maggior favore rispetto agli altri

costituiscono ipotesi eccezionali: la prima categoria insinua una nuova causa di scioglimento del contratto, diversa dal mutuo consenso, mentre la seconda implica una deroga altrettanto palese all'art. 1372 c.c. estendendo l'efficacia del contratto, al di fuori delle parti contraenti, nei confronti dei terzi creditori. Ne deriva, seguendo questa linea di pensiero, che rispetto alle prime due categorie la terza può essere considerata *l'ipotesi normale* della vicenda del contratto in seguito al fallimento di alcuna delle parti: G. G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Fallimento*, vol. II, a cura di G. G. Ruisi - A. Jorio - A. Maffei Alberti - G. U. Tedeschi, in *Giur. sist. civ. e comm. diretta da Bigiavi*, II, aggiornamento di Censoni, op. cit., 556.

creditori concorrenti nel fallimento. Ciò avviene per «ragioni sostanzialmente equitative»¹⁷⁰.

7. Segue: il dibattito dopo la Riforma del 2006.

Anche dopo la riforma del 2006 la dottrina si è continuata ad interrogare sul fondamento della regola della sospensione dell'esecuzione dei contratti. Anche in questo caso è possibile delineare due indirizzi interpretativi divergenti.

Uno dei primi commentatori della riforma¹⁷¹ ha evidenziato come l'art. 72 legge fall., ad avviso dell'opinione prevalente, abbia carattere di specialità rispetto agli artt. 1460 e 1461 c.c., i quali -come già chiarito- nei contratti a prestazioni corrispettive prevedono, rispettivamente, il rifiuto di una parte di adempiere in caso di inadempimento dell'altra parte e la facoltà di ciascun contraente di sospendere la prestazione da lui dovuta se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono diventate tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione. Per l'impostazione in esame il rimedio fallimentare della sospensione dell'esecuzione dei contratti a prestazioni corrispettive ineseguite, contemplato dall'art. 72, primo comma, legge fall., non è altro che *l'equivalente*, nell'ipotesi di fallimento di uno dei contraenti, *dei rimedi civilistici* dell'eccezione di inadempimento e della sospensione dell'esecuzione per il sopravvenuto mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, in quanto sia l'uno sia gli altri tendono alla tutela del contraente *in bonis* che non abbia ancora eseguito la sua prestazione, consentendogli di non adempiere fino a quando l'altro non garantisca la controprestazione. Infatti, in caso di fallimento, il curatore può conseguire la prestazione dovuta dal contraente *in bonis* solo scegliendo di subentrare nel contratto ed assumendo a carico della massa la

¹⁷⁰ F. Vassalli, *Diritto fallimentare*, II.,1., Torino, 1997, 153 ss.

¹⁷¹ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di G. Schiano Di Pepe, op. cit., 219 ss. e *Sub art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 612.

controprestazione dovuta dal fallito¹⁷². Su questo solco si è autorevolmente sostenuto che l'indirizzo -appena riportato- che riconduce la sospensione dell'esecuzione prevista dall'art. 72 legge fall. al sistema risultante dagli artt. 1460 e 1461 c.c. si deve ritenere oramai prevalente in dottrina ed è sostanzialmente recepito anche dalla giurisprudenza¹⁷³. Un'altra impostazione ha, tuttavia, posto in risalto l'assoluta specialità dell'effetto sospensivo di cui all'art. 72 legge fall. rispetto a quelli, analoghi, previsti da altri istituti radicati nella disciplina generale del contratto. Esso, più precisamente, *non può assimilarsi* a quello determinato dall'esercizio delle eccezioni dilatorie di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c. Questa conclusione si può agevolmente verificare se solo si considera che lo stato di quiescenza del rapporto contrattuale sancito dal primo comma dell'art. 72 legge fall., non è affatto determinato dall'iniziativa del contraente *in bonis* -come invece dovrebbe accadere se esso derivasse dall'esercizio delle eccezioni in questione- ma consegue automaticamente alla dichiarazione di fallimento. Per questa ricostruzione l'effetto sospensivo di cui all'art. 72 legge fall. non è, inoltre, ovviabile da parte dello stesso contraente *in bonis* a cui, diversamente da quanto previsto dall'art. 72 previgente, risulta attualmente precluso di adempiere il contratto e di insinuare, contestualmente, il proprio corrispettivo credito al passivo fallimentare. Da ciò si desume che la sospensione determinata dal più volte citato art. 72 non è finalizzata ad attuare un interesse proprio di tale parte contrattuale, ma assolve una funzione esclusivamente conservativa del diritto del curatore di incidere, con la sua unilaterale dichiarazione di volontà, sulle sorti del contratto¹⁷⁴.

¹⁷² A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di G. Schiano Di Pepe, op. cit., 219 ss.

¹⁷³ L. Guglielmucci, *Il sistema dei rapporti preesistenti nel fallimento*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, op. cit., 14. Anche secondo A. Mirone, *Compravendita e somministrazione*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 48, la dottrina inquadra dal punto di vista sistematico l'effetto automatico di sospensione del contratto, conseguente al fallimento, nell'ambito del rimedio della sospensione dell'esecuzione *ex artt.* 1460 e 1461 c.c.

¹⁷⁴ Il che conferma che l'attuale disciplina ha posizionato il baricentro della regolazione degli interessi in conflitto in un punto vicino alla massa dei creditori, e ne rimarca di conseguenza il carattere tipicamente concorsuale, affrancandola, al tempo stesso, dalle contaminazioni del sistema delle eccezioni dilatorie:

In contrasto con l'opinione dominante si è collocato, tuttavia, un autorevole studioso¹⁷⁵, secondo il quale la sospensione del contratto non può rappresentare la regola di carattere generale per il semplice fatto che è quella che si può estendere analogicamente nella maggior parte dei casi non disciplinati. Secondo questa corrente di pensiero -invero minoritaria- la disposizione applicabile dovrebbe essere l'art. 12 disp. prel. c. c. - c.d. preleggi - il quale stabilisce, in primo luogo, il ricorso al metodo analogico e, se ciò sia insufficiente, il ricorso ai principi generali. Nell'ipotesi dei rapporti pendenti si applicherebbe sì l'art. 1372 c.c., ma tale applicazione giustificherebbe la continuazione e non la sospensione del contratto in quanto i contratti non si possono sciogliere che per mutuo consenso o per cause previste dalla legge. Più di recente si è, peraltro, osservato che il sistema che emerge dagli artt. 72 ss. -testo previgente- è così frammentario da impedire la formulazione di una regola generale rispetto alla quale le discipline dei singoli contratti possano considerarsi quali eccezioni. Secondo l'opinione in esame, è invece ragionevole evidenziare che le fattispecie espressamente disciplinate nella legge fallimentare rappresentano dei modelli paradigmatici suscettibili di applicazione analogica secondo criteri endofallimentari: la sorte dei rapporti non espressamente regolati, quindi, deve essere desunta, di volta in volta, dalla disciplina specifica dei singoli rapporti in ragione dell'analogia tra la fattispecie non regolata e quella regolata¹⁷⁶.

Per quanto attiene agli assetti negoziali, la sospensione dell'esecuzione del contratto non comporta alcun tipo di modifica della posizione delle parti; queste ultime, infatti, fino a quando non si determini l'eventuale scioglimento, rimangono vincolate al contratto nei termini in cui esso era stato convenuto dal fallito, con la sola particolarità che ne risulteranno, ovviamente, sospesi

così B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi-Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 433 ss.

¹⁷⁵ V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 411.

¹⁷⁶ A. Jorio, *Le crisi d'impresa * Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, op. cit., 502.

temporaneamente gli effetti¹⁷⁷. A tale riguardo si è infatti chiarito che il contratto rimane “congelato”, nel senso che resta formalmente in vigore, ma nella sostanza viene svuotato di contenuto in quanto né gli organi della procedura né la controparte *in bonis* possono eseguire le prestazioni dedotte in contratto¹⁷⁸. Qualora, tuttavia, nonostante lo stato di sospensione del contratto, la controparte *in bonis* dovesse adempiere la propria prestazione, sarà possibile chiederne la restituzione secondo le norme del pagamento dell’indebitto oggettivo¹⁷⁹.

8. Messa in mora del curatore.

Lo strumento della sospensione dell’esecuzione del contratto, tuttavia, tutela solo temporaneamente il contraente *in bonis*, in quanto, pur esonerandolo dall’obbligo di eseguire la prestazione a suo carico, gli preclude sia la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento, sia la possibilità di ottenere la controprestazione, mettendolo in una situazione d’incertezza che non è possibile tollerare a lungo. La sospensione del contratto invece, come già sottolineato, si rivela molto vantaggiosa per la procedura, dal momento che assicura al curatore uno spazio di tempo sufficiente per una scelta ponderata tra il subentro e lo scioglimento del contratto¹⁸⁰. Si è pure evidenziato in dottrina che il periodo di sospensione dell’efficacia degli effetti contrattuali è necessariamente limitato nel tempo per impedire il formarsi di uno stato di perdurante incertezza, e questo «a garanzia del principio della certezza dei rapporti giuridici»¹⁸¹.

¹⁷⁷ In tal senso S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 21.

¹⁷⁸ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 418, il quale parla esplicitamente di una vera e propria situazione di *stand-by*.

¹⁷⁹ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 418, nt. 6.

¹⁸⁰ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 220.

¹⁸¹ C. Mascarello, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (art. 72 e 72 bis legge fallim.)*, op. cit., 300. Anche secondo A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre proc. concorsuali*, diretto da L. Panzani, II, op. cit., 279. *Il dir. privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, in ordine alla scelta che deve effettuare il curatore, il contraente *in bonis* non ha poteri di

Allo scopo di evitare che la situazione di incertezza sulla sorte del contratto si possa prolungare eccessivamente, con evidente pregiudizio degli interessi del contraente *in bonis*, attualmente l'art. 72, secondo comma, legge fall., in attuazione di quanto contemplato dall'art. 1, n. 6, lett. a), n. 7 della legge delega n.80 del 2005, che -come accennato- in modo esplicito ha previsto l'ampliamento dei termini entro i quali il curatore deve manifestare la propria scelta in merito allo scioglimento dei relativi contratti, stabilisce che il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore -oggi- a sessanta giorni, decorso il quale, in mancanza del subentro, il contratto si intende sciolto. Il legislatore delegato ha deciso di ampliare il termine originario, molto breve (otto giorni), in maniera tale da assicurare al curatore un tempo di riflessione più adeguato e sufficiente a permettergli una scelta ponderata e consapevole¹⁸². Anche altri commentatori, a proposito dell'ampliamento del termine da otto a sessanta giorni, hanno sottolineato che si tratta di una novità opportuna in quanto il termine di otto giorni era troppo ristretto e lo sarebbe stato ancora di più oggi che l'autorizzazione da chiedere è quella del comitato dei creditori, che, in base all'art. 40 legge fall., deve essere nominato dal giudice delegato nei trenta giorni successivi alla sentenza di fallimento¹⁸³.

E' necessario innanzitutto effettuare una puntualizzazione. La legge parla di "messa in mora" ma in realtà, come ha evidenziato anche di recente autorevole dottrina, si tratta di una espressione da intendere in senso atecnico, in quanto «non si richiede l'adempimento di un obbligo, ma di un onere»¹⁸⁴. Già in passato un autore aveva chiarito che la lettera dell'art. 72 è impropria e imperfetta: tale osservazione era stata fatta -fra l'altro- anche per l'espressione «metter in mora»

intervento, se non limitatamente alla sollecitazione all'apposizione di un termine per evitare l'infinita protrazione di una situazione d'incertezza.

¹⁸² A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 220.

¹⁸³ G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1173.

¹⁸⁴ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 478, il quale richiama l'opinione di G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 226.

contenuta nel comma terzo, sottolineando che non si può mettere in mora chi non è ancora obbligato¹⁸⁵.

Ciò chiarito, per comprendere le ragioni che hanno spinto il riformatore ad allungare il termine in esame è necessario richiamare la situazione precedente alla novella.

Sotto il vigore del codice di commercio un autorevole studioso osservava che fino a quando nessuna delle due parti si avvale della facoltà di dar corso al contratto, corre un periodo di sospensione e d'incertezza, che «la parte più interessata» deve aver diritto di troncare, con il mettere in mora l'altra parte perché si decida, dato che la legge non assegna nessun termine per tale opzione. Più spesso sarà la parte *in bonis* che solleciterà la decisione del curatore, per uscire dal vincolo che le impedisce la libera disposizione dell'oggetto della sua prestazione¹⁸⁶.

La regola della sospensione dell'esecuzione già in passato non si era rivelata idonea a soddisfare le esigenze di rapidità e certezza che informano l'attività commerciale. E infatti sia la dottrina che la giurisprudenza avevano riconosciuto al contraente *in bonis* -anche in mancanza di una norma specifica al riguardo- la facoltà di mettere in mora il curatore per farlo uscire «da un silenzio equivoco e a prendere posizione rispetto alle sorti del contratto»¹⁸⁷. Criterio, quest'ultimo, successivamente recepito dal legislatore, che all'art. 72, terzo comma, testo previgente, ha disposto che il venditore può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore ad otto giorni, decorso il quale il contratto s'intende sciolto. Secondo la riferita opinione, la disposizione appena menzionata ha il valore di un principio generale, applicabile in via analogica *ex art. 12*, secondo comma, disp. prel. c.c., a tutte le situazioni simili relative ad ogni contratto bilaterale. In questa prospettiva, però

¹⁸⁵ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 121 ss.

¹⁸⁶ G. Bonelli, *Del fallimento (commento al Codice di Commercio)*, vol. I, terza ed. a cura di V. Andrioli, op. cit., 578.

¹⁸⁷ Così U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1209, il quale richiama il pensiero di R. Montessori, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Roma, 1917, 85.

l'identità di disciplina non comporta necessariamente anche l'identità del termine: infatti, l'autore in commento non mancò di notare come il termine in esame fosse «eccezionalmente breve, e forse insufficiente in molti casi», nei quali la convenienza di assumere contratti importanti deve essere ponderatamente valutata dal curatore in concorso al giudice delegato, e assai spesso, -è importante fin d'ora sottolineare- per ovvie ragioni d'opportunità, unitamente anche al comitato dei creditori¹⁸⁸. Va tuttavia ricordata, in proposito, la diversa impostazione del Provinciali, il quale individua invece nella natura pubblica dell'amministrazione fallimentare, e nell'interesse che questa è rivolta a tutelare, il dovere di prendere l'iniziativa e che lo stato di sospensione, nell'interesse del contraente e dell'economia generale, sia rimosso al più presto con la dichiarazione del volere del fallimento. Di fronte al rapporto pendente, il fallimento ha la facoltà di farlo proprio o no: ne consegue che l'iniziativa del contraente *in bonis* ha solo la funzione di stimolarne e limitarne la possibilità di esercizio, con l'introdurre, *ope iudicis*, un termine di decadenza. La prefissione del termine ha, quindi, una «funzione segnaletica e conclusiva» dell'esigenza, propria dei rapporti commerciali pendenti, di uscire al più presto da uno stato di incertezza¹⁸⁹. In altre parole, per la riferita opinione, la possibilità di mettere in mora il curatore è solo un succedaneo, nell'ipotesi di silenzio del fallimento, cui i precetti di diritto processuale e sostanziale (fra gli altri, gli artt. 1337-1338, 1366, 1375 c.c.; art. 88 c.p.c.) impongono di impedire che si perpetui una situazione incerta e dannosa per tutti; se, al contrario, fosse lecito al fallimento «un tacere illimitato nel tempo», il procedimento -conclude l'Autore- potrebbe risolversi come una parentesi, coincidendo con un intero periodo di sospensione chiuso il quale, il rapporto riprenderebbe vigore nei confronti del già fallito¹⁹⁰. Da quanto

¹⁸⁸ U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1209, secondo il quale il giudice delegato può liberamente fissare al curatore, per la sua decisione, il termine più adeguato alle peculiarità del caso, in modo da contemperare le ragioni del terzo con quelle di una oculata amministrazione fallimentare.

¹⁸⁹ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1201 ss.

¹⁹⁰ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1202, per il quale tale soluzione è inammissibile.

appena esposto deriva, quindi, che l'unico diritto riconosciuto alla parte esterna al fallimento è quello di chiedere l'apposizione di un termine alla curatela per evitare -come già detto- la protrazione di situazioni di incertezza, termine cui consegue la presunzione per cui la mancata scelta nel limite stabilito dal giudice acquista il significato di scioglimento del rapporto¹⁹¹.

Per quanto riguarda la messa in mora del curatore, un autore ha sostenuto che essa assolve ad una «funzione dissolutiva» del contratto, in mancanza di adempimento, analoga a quella della diffida ad adempiere regolata dall'art. 1454 c.c. e sostituisce questo istituto che nel fallimento non può trovare applicazione: la diffida -si afferma- non può essere indirizzata al fallito, che di norma non è legittimato ad adempiere come risulta dall'art. 44 legge fall.; né può essere indirizzata al curatore, che non è obbligato ad adempiere integralmente ed ha solo la facoltà di farlo per conseguire la controprestazione. Ne deriva che, anziché una diffida ad adempiere, cioè ad attenersi ad un comportamento dovuto, al curatore va indirizzata una «diffida a scegliere» tra subentro e scioglimento, ossia ad esercitare una facoltà che già gli spetta¹⁹². Con riferimento al terzo comma del previgente art. 72 si è, inoltre, precisato che tale norma prende in considerazione una situazione che si può venire a creare con danno del venditore. Può verificarsi, infatti, che questi non intenda adempiere e che il curatore non si decida a dichiarare se subentra nel contratto o si scioglie. La legge, in tal caso, non si preoccupa tanto dell'ufficio fallimentare quanto del venditore, stabilendo che quest'ultimo può mettere in mora il curatore «inserendosi nell'organizzazione dell'ufficio» e chiedendo al giudice delegato di fissare al curatore un termine -come più volte detto- non superiore a otto giorni, decorso inutilmente il quale il contratto si intende sciolto, quindi «estinto di diritto»: nessuna delle parti, invero, avendone speciale facoltà di scelta, ha inteso

¹⁹¹ G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare*, compendio a cura di G. Lo Cascio, op. cit., 728.

¹⁹² L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 114.

proseguire nel rapporto¹⁹³. E' importante sottolineare che, avendo attribuito al curatore la facoltà di subingresso, è stato necessario modificare la disciplina della risoluzione. Il potere di subingresso, infatti, sarebbe praticamente vanificato se il contraente *in bonis* potesse precedere la decisione del curatore, sciogliendo il contratto prima che questi ne deliberi la continuazione. E' stato così previsto il congegno di cui al terzo comma dell'art. 72, la «diffida a deliberare». Il contraente *in bonis* ha l'onere di seguire tale via e non può chiedere la risoluzione giudiziale del contratto, né intimare al fallimento di adempiere in virtù dell'art. 1454 c.c.¹⁹⁴.

A tale riguardo alcuni interpreti hanno analizzato l'istituto della messa in mora sotto il profilo delle limitazioni che può incontrare il potere di scelta del curatore: si è infatti evidenziato come in determinate ipotesi tale potere, sebbene sia sostanzialmente libero da ogni condizionamento, debba però essere esercitato entro un breve lasso di tempo, richiamando a tal fine il già citato terzo comma dell'art. 72 -vecchio testo- il quale prevede un meccanismo al quale si ricollega in via preventiva anche una conseguenza *ex lege* (lo scioglimento del contratto in difetto di manifestazione di volontà da parte del curatore)¹⁹⁵. Come non si è mancato di rilevare in dottrina, quando il curatore è messo in mora, lo scioglimento non è subordinato all'autorizzazione del giudice delegato e si produce automaticamente se nel termine da questi stabilito il curatore non dichiara che intende subentrare: in questa ipotesi l'intervento del giudice è preventivo e si dispiega all'atto della fissazione del termine per la scelta del curatore¹⁹⁶.

¹⁹³ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., 377.

¹⁹⁴ R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, op. cit., 113. Sul punto, dopo la riforma, cfr. anche A. Mirone, *Compravendita e somministrazione*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 73.

¹⁹⁵ A. Bonsignori, *Fallimento*, in A. Bonsignori - G. Nardo - M. Lazzara, *I contratti nelle procedure concorsuali*, op. cit., 29.

¹⁹⁶ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 154. Tali considerazioni si rivelano ancora oggi attuali, sebbene fatte in un periodo in cui -come vedremo più avanti- il curatore doveva chiedere l'autorizzazione del giudice delegato non solo per subentrare nel contratto, ma, secondo molti autori, anche per scioglierlo.

Nel vigore della previgente disciplina si è, tuttavia, sottolineato il «singolare giro vizioso» di far prescrivere dal giudice delegato al curatore un termine affinché si pronunci, mentre il curatore non può pronunciarsi se non autorizzato dal giudice e nel senso da lui voluto, provocando la fissazione di un termine (allora) di otto giorni, entro il quale o il contratto è assunto dal fallimento o si scioglie di pieno diritto. Per tale impostazione, ha poco senso che il giudice delegato fissi un termine al curatore per una deliberazione che, in definitiva, può dare solo lui, con «l'autorizzazione»¹⁹⁷. A tale opinione si è però replicato che la prescrizione in esame -e cioè che la messa in mora passi attraverso il giudice delegato, chiamato a fissare il termine per la scelta del curatore- risponde ad una duplice esigenza: imputare la dichiarazione di scioglimento o di subentro all'organo cui è attribuita l'amministrazione del patrimonio del debitore e, nello stesso tempo, offrire al giudice delegato uno strumento di controllo preventivo sull'operato del curatore consentendogli di incidere sulla scelta di quest'ultimo. Ne consegue, allora, che vi è uno strumento, l'intervento del giudice delegato al momento della messa in mora, che assolve ad una funzione per certi aspetti analoga a quella dell'autorizzazione e spiega perché un'espressa autorizzazione sia richiesta per la dichiarazione di scioglimento *ex art. 72*, secondo comma e non per lo scioglimento *ex art. 72*, terzo comma¹⁹⁸. Lo scioglimento senza autorizzazione, in questo caso, è un effetto del particolare significato volitivo che la legge ricollega al silenzio del curatore e dello stesso giudice delegato che interviene nel procedimento con l'assegnazione del termine. Che il silenzio si debba considerare come volontà di scioglimento del contratto anziché di subentro si può spiegare in virtù di una scelta normativa in favore del contraente *in bonis* il quale, provocando la messa in mora, mostra di preferire lo scioglimento. Egli, attivandosi per la mora, manifesta il bisogno di conseguire immediatamente, o quantomeno, nel termine convenuto, il corrispettivo pecuniario o, altrimenti,

¹⁹⁷ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1202 ss.

¹⁹⁸ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 125 ss.

quello scioglimento che gli permetterebbe di riacquistare la piena disponibilità del bene alienato¹⁹⁹.

Ciò chiarito, va osservato che la sospensione automatica degli effetti negoziali, che perdura fino a quando la curatela non ha comunicato all'altra parte la decisione di subentrare o di sciogliere il contratto, impedisce al terzo contraente sia di esercitare il proprio diritto, sia di eseguire la propria prestazione senza tuttavia sapere se, e quando, potrà essere chiamato a farlo. Questa condizione d'incertezza si giustifica soltanto per permettere una valutazione ponderata della curatela: ne consegue che per equilibrare la posizione del contraente *in bonis* il secondo comma dell'art. 72 gli riconosce il diritto di far fissare dal giudice delegato un termine entro il qual il curatore dovrà decidere se vuole subentrare nel contratto²⁰⁰.

Da quanto detto si desume, pertanto, che il contraente *in bonis*, sebbene non abbia un diritto potestativo alla risoluzione del contratto, in quanto il fallimento comporta la destinazione del patrimonio dell'impresa al soddisfacimento paritario di tutti i creditori e la cristallizzazione delle loro posizioni giuridiche, può comunque rimuovere la situazione d'incertezza determinata dalla sospensione dell'esecuzione del contratto, imponendo al curatore del fallimento del contraente inadempiente o non in grado di adempiere, mediante, appunto, la messa in mora prevista dall'attuale secondo comma dell'art. 72 legge fall., di assumere l'impegno ad adempiere integralmente o di sciogliersi dal contratto entro il termine assegnatogli dal giudice delegato, elevato -come detto- a sessanta giorni²⁰¹.

Dal punto di vista formale, l'assegnazione del termine deve essere chiesto con ricorso dal contraente²⁰². Per quanto attiene alla natura del provvedimento reso

¹⁹⁹ F. Vassalli, *Diritto fallimentare*, II.,1., op. cit., 162.

²⁰⁰ A. Paciello, in AA.VV., *Diritto fallimentare, Manuale breve*, Milano, 2008, 342.

²⁰¹ L. Guglielmucci, *Il sistema dei rapporti preesistenti nel fallimento*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 17.

²⁰² A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 220. Sotto il vigore del codice di commercio, G. Bonelli, *Del fallimento*, in (Bensa - Bonelli e altri) *Commentario al codice di commercio*, VIII, 3ª edizione a cura

dal giudice delegato, si è affermato che esso ha natura endoprocedimentale e non incide su diritti soggettivi²⁰³. A tale riguardo la Suprema Corte ha rilevato -in passato, ma con considerazioni che mantengono ancora oggi la loro forza- che il decreto reso dal giudice delegato configura un atto interno di carattere ordinatorio, inerente alla gestione del patrimonio fallimentare, e non un provvedimento decisorio idoneo ad incidere sulle posizioni di diritto soggettivo dell'altro contraente: quest'ultimo rimane sempre abilitato ad agire nei confronti della curatela per chiedere l'adempimento del contratto o lo scioglimento del rapporto. Ne deriva che questo decreto è reclamabile davanti al tribunale, ai sensi dell'art. 26 legge fall. -vecchio testo-²⁰⁴. Sempre sotto il vigore della disciplina previgente si è inoltre chiarito che il rigetto da parte del giudice delegato dell'istanza del contraente *in bonis* tesa alla fissazione del termine equivale al diniego di autorizzazione al curatore e, non avendo natura decisoria, non è impugnabile in Cassazione²⁰⁵.

Più di recente si è poi rilevato²⁰⁶ che l'eventuale assegnazione di un termine più lungo di quello previsto dalla legge potrebbe anche giustificare l'impugnazione del provvedimento in base al novellato art. 26 legge fall.²⁰⁷ A tale riguardo anche in passato si era già escluso che il giudice potesse fissare un termine superiore agli otto giorni, in quanto il terzo comma dell'art. 72 -vecchio testo- aveva privato il giudice delegato del potere discrezionale che ordinariamente gli appartiene, per cui l'esercizio, che egli eventualmente ne facesse, nel senso di aumentare il termine, verrebbe a ledere il diritto del contraente *in bonis*; il

di V. Andrioli, op. cit., 579, sosteneva che la costituzione in mora andava fatta in forma giudiziale con citazione dinanzi al giudice delegato.

²⁰³ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 478, nt. 30.

²⁰⁴ Cass., sez. un., 23 maggio 1984, n. 3167, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 620.

²⁰⁵ Così Cass., 5 luglio 1979, n. 3829, in *Mass. Giur. it.*, 1979, c. 951.

²⁰⁶ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 220.

²⁰⁷ Il nuovo art. 26 legge fall. - rubricato reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale- stabilisce che, in mancanza di diverse e contrarie disposizioni, i decreti emanati dal giudice delegato sono suscettibili di reclamo al tribunale fallimentare, mentre quelli resi dal tribunale sono reclamabili alla corte d'appello: cfr., tra gli altri, G. Cavalli, *Gli organi del fallimento*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 303 ss.

giudice, tuttavia, potrebbe stabilite un termine minore, in coerenza con l'interesse reciproco, di rimuovere, al più presto, lo stato di sospensione²⁰⁸.

Conviene a questo punto della ricerca accennare, brevemente, ad un'altra questione. Nel vigore del codice di commercio del 1882 alcuni autori sostenevano che, non potendo il periodo d'incertezza durare indefinitivamente, ciascuna delle due parti poteva mettere in mora e far assegnare un termine all'altra di prendere una decisione²⁰⁹. Richiamando l'opinione appena ricordata, un altro autore, entrata in vigore la legge del 1942, a fronte del tenore letterale dell'art. 72, ha ribadito che anche al curatore si deve riconoscere il diritto di mettere in mora il contraente *in bonis* per sapere se egli intende eseguire il contratto insinuandosi al passivo oppure sia disposto a fornire la sua prestazione solo contro adempimento integrale da parte dell'amministrazione fallimentare²¹⁰. Si è però, in modo altrettanto autorevole, replicato che nella legge non c'è traccia di questa possibilità. La norma contenuta nell'art. 72, terzo comma, è troppo specifica e unilaterale per potere essere utilizzata in senso inverso. Né, d'altra parte, l'ufficio fallimentare ha bisogno di tale strumento, avendo a disposizione quelli che gli fornisce il diritto comune, con i loro caratteristici effetti (interpellanza, offerta reale, costituzione in mora,...). Il c.d. contropotere dell'ufficio fallimentare di porre un termine al contraente *in bonis* non può consistere che nell'invito formale allo stesso contraente *in bonis* di manifestare le sue intenzioni, non esprimendo le quali si può desumere che egli non intende dar corso al contratto per l'intervento fallimento. Quest'ultimo, in caso di silenzio della controparte *in bonis*, eventualmente inattiva in relazione ai termini stabiliti nel contratto, trae dai fatti la notizia delle intenzioni medesime, non avendo altra possibilità, se d'interesse del fallimento, di notificare la volontà di tenere fermo il

²⁰⁸ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1203.

²⁰⁹ G. Bonelli, *Del fallimento*, in (Bensa - Bonelli e altri) *Commentario al codice di commercio*, VIII, 3^a edizione a cura di V. Andrioli, op. cit., 592.

²¹⁰ Così U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1209.

contratto²¹¹. Su questa scia si è, infatti, sottolineato che una estensione a favore dell'amministrazione fallimentare dell'art. 72, terzo comma, sembra molto dubbia: se è giustificata l'imposizione di un termine breve all'amministrazione fallimentare a fronte di una pretesa fondata sull'inadempimento del fallito, non pare che il contraente *in bonis* -il quale si avvale in modo legittimo della sospensione del contratto- possa essere costretto ad una scelta in un termine così breve; né la fissazione di un termine può essere lasciata all'arbitrio di un organo fallimentare, parte interessata, senza che a favore di controparte sia garantito dalla legge un termine minimo²¹².

Alla luce delle considerazioni effettuate secondo qualche autore, nel passaggio da una disciplina all'altra, la posizione del contraente *in bonis* non ha subito modifiche significative; va, al contrario, puntualizzato che sotto diversi aspetti vede riconosciuti alcuni vantaggi -sia pure limitati, nell'ambito di un sistema che vuole favorire la massa- comunque già attribuiti dall'orientamento maggioritario che in tale materia si era formato in dottrina ed in giurisprudenza. In tale contesto rimane intatta l'unica prerogativa riconosciuta al contraente *in bonis* come contraltare del diritto (potestativo) del curatore di sciogliersi o di subentrare nel contratto, prerogativa rappresentata -come più volte detto- dalla facoltà di chiedere al giudice delegato di assegnare al curatore un termine per l'esercizio di questo diritto²¹³. Altri studiosi, invece, per quanto riguarda il trattamento del contraente *in bonis* hanno segnalato alcune novità non proprio favorevoli. In tale prospettiva si è sottolineato che il contraente della parte fallita riceve una tutela

²¹¹ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1203 ss. Va però notato che secondo L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 127, nt. 14, questi strumenti del diritto comune non sono altro che poteri per invitare controparte ad adempiere o a ricevere prestazione dovutagli ed il loro esercizio da parte del curatore presuppone il subentro nel contratto. In mancanza del subentro ed al limitato fine di provocare dal contraente *in bonis* una dichiarazione relativa alla sua intenzione di dare corso al contratto ex art. 72, primo comma, il curatore può ricorrere al massimo ad un atipico invito formale; ma nel caso di silenzio del contraente *in bonis* a fronte di un invito di questo tipo, non pare che gli si possa assegnare altra volontà che quella di continuare ad avvalersi della sospensione della contratto.

²¹² L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 127.

²¹³ S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 29, per il quale l'ampliamento del termine da otto a sessanta giorni è una previsione ad ulteriore vantaggio della procedura concorsuale e, quindi, a danno del creditore.

più debole in ordine ai tempi del c.d. interpello, in quanto la messa in mora del curatore prevede che la sua decisione, se continuare o sciogliere il contratto, possa essere presa in sessanta giorni e non più in otto²¹⁴.

In dottrina ci si è interrogati se il contraente *in bonis* abbia solo il potere di sollecitare il curatore ad esercitare un diritto potestativo, oppure se abbia egli stesso il potere di sciogliere il contratto. Uno scrittore, partendo dalla considerazione che, non potendo il curatore mantenere il contratto in stato di sospensione contro la volontà del contraente *in bonis*, ha concluso che la legge fallimentare non ha privato il contraente *in bonis* del potere di sciogliere il contratto, ma lo ha soltanto subordinato ad una condizione negativa, cioè alla volontà del curatore di non eseguire integralmente il contratto. Va inoltre segnalato un altro argomento che, per l'opinione in rassegna, dimostra come quello del contraente *in bonis* non sia un potere di mera sollecitazione, simile al potere del terzo contraente che *ex art. 1399, terzo comma, c.c.*, invita il *dominus* a ratificare il contratto stipulato in suo nome o ad abbandonarlo. Vi è infatti da evidenziare che lo scioglimento del contratto provocato dal contraente *in bonis* non ha solo l'effetto di rimuovere uno stato di incertezza, ma può fare sorgere il diritto alla restituzione delle prestazioni parzialmente eseguite. Da ciò deriva che l'iniziativa della controparte priva il curatore non solo del vantaggio di rinviare la decisione, così come l'iniziativa del terzo priva il *dominus* del potere di temporeggiare in merito alla ratifica; ma gli impone inoltre oneri nuovi, ai quali non è soggetto, invece, il *dominus*²¹⁵.

9. Autorizzazione del comitato dei creditori

Prima di effettuare la scelta il curatore deve ottenere l'autorizzazione del comitato dei creditori, che ha sostituito in questo compito il giudice delegato.

²¹⁴ A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, op. cit., 1138

²¹⁵ R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, op. cit., 52 ss..

A tale riguardo si deve infatti sottolineare che, prima della Novella del 2006, l'art. 72, terzo comma, legge fall. prevedeva che l'autorizzazione al curatore venisse concessa dal giudice delegato.

Prima di analizzare le ragioni per le quali il legislatore ha trasferito la competenza ad autorizzare la scelta del curatore, è bene ricordare alcuni aspetti problematici cui ha dato luogo questa previsione. A tale riguardo, nel vigore della previgente normativa, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate se l'autorizzazione del giudice delegato fosse necessaria, oltre che - com'era pacifico- per il subentro nel contratto, anche per la dichiarazione di scioglimento dallo stesso.

Si possono delineare, in proposito, due indirizzi ermeneutici. Secondo una prima impostazione, maggioritaria, l'autorizzazione in esame era necessaria sia per il subentro, sia per lo scioglimento. In particolare, si è sostenuto che, stante la lettera dell'art. 72, la natura della decisione che si deve prendere e le disposizioni sugli organi del fallimento, la deliberazione del giudice, occorre sempre, sia per mantenere, sia per lasciare dissolvere il rapporto in quanto il curatore non ha istituzionalmente potestà di decisione, che sia in grado di incidere sulla consistenza delle attività fallimentari e sulle direttive di amministrazione²¹⁶. Su questo solco, dopo aver premesso che il problema relativo alla deliberazione degli organi fallimentari circa i contratti stipulati dal fallito è distinto da quello più generale circa i poteri del curatore e va risolto in base agli artt. 72 ss. vecchio testo, si è ribadito che l'autorizzazione del giudice delegato è necessaria in ogni caso per l'esercizio da parte del curatore della facoltà di scelta: e quindi non solo per subentrare nel contratto, ma anche per dichiarare di sciogliersi dallo stesso o

²¹⁶ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1205. L'A., peraltro, critica la tesi secondo cui non necessitano di autorizzazione i contratti che «rientrano nella competenza del curatore», in quanto non vi sono contratti di questo genere. Anche ammesso che il curatore possa concluderne, nei limiti che gli sono consentiti dagli artt. 31 e 35 vecchio testo, tali norme riguardano i contratti che il curatore pone in essere nell'esercizio della sua amministrazione, non quelli stipulati dal fallito, prima del fallimento, e che egli dovrebbe far propri dell'ufficio fallimentare. Tale manifestazione di volontà -si chiarisce- è disciplinata in modo esclusivo dall'art. 72, il quale, riguardando un caso particolare, deroga agli artt. 31 e 35.

di recedere da quelli trasferiti alla massa *ope legis*²¹⁷. E' interessante, inoltre, sottolineare, anche alla luce delle modifiche intervenute in materia, come non si ritenesse necessario -in base al testuale disposto della legge- il parere del comitato dei creditori, considerato solo facoltativo²¹⁸.

Una diversa impostazione, che ha trovato largo seguito soprattutto in giurisprudenza, riteneva non necessaria l'autorizzazione ai fini dello scioglimento, e dunque valida la dichiarazione di scioglimento fatta dal curatore senza la preventiva autorizzazione del giudice delegato²¹⁹. Così, in un lontano arresto, la Suprema Corte ebbe modo di affermare che il recesso dalla locazione costituisce un atto compreso nei poteri conferiti al curatore nel corso dell'amministrazione del fallimento, senza necessità di integrazione alcuna di detti poteri, né da parte del giudice delegato, né, tanto meno, da parte del tribunale²²⁰.

Non è che ci fossero decisioni che stabilissero in un unico contesto che per il subentro fosse necessaria l'autorizzazione e per lo scioglimento no. Qualora, però, la scelta del curatore non autorizzata in via preventiva era stata per il subentro, se ne dichiarava la nullità; se era stata per lo scioglimento, invece, se ne affermava la validità. E quello che dichiarava valido lo scioglimento non autorizzato era un indirizzo giurisprudenziale che mirava a "salvare" la validità della dichiarazione di scioglimento per il semplice motivo che il termine per esprimere nuovamente la volontà di sciogliersi, questa volta con la preventiva

²¹⁷ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 561.

²¹⁸ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 561.

²¹⁹ Come ricorda G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1172.

²²⁰ Cass., 4 agosto 1955, n. 2518, cit., 605. Anche secondo Cass., 20 luglio 1962, n. 1967, in *Dir. fall.*, 1962, II, 783, non è necessaria una speciale autorizzazione del giudice delegato affinché il curatore eserciti il diritto di recesso dal contratto di vendita ai sensi dell'art. 72, quarto comma, l. fall., essendo all'uopo sufficiente quella generica per promuovere o per resistere al giudizio avente per oggetto il regolamento giudiziale del contratto di vendita non ancora eseguito. Cfr., inoltre, Trib. Roma, 13 marzo 1969, in *Dir. fall.*, 1969, II, 480: per l'esercizio della facoltà di scioglimento del contratto non è necessaria una speciale autorizzazione al curatore (che può manifestare la propria volontà anche in modo non espresso).

autorizzazione del giudice delegato, era ormai scaduto²²¹. Peraltro, l'argomentazione addotta dalla Corte di legittimità a sostegno delle proprie decisioni, -ossia quella che la scelta tra subentro e scioglimento non è un atto di straordinaria amministrazione- è irrilevante, secondo la dottrina in esame²²², in quanto non era in virtù di una sua presunta natura di straordinaria amministrazione che si affermasse la necessità dell'autorizzazione, ma in virtù del chiaro dato letterale dell'art. 72. Nel senso della necessità dell'autorizzazione sia per il subentro che per lo scioglimento depone "con assoluta chiarezza" la lettera della legge ed anche "il suo spirito" in quanto non è ravvisabile alcun principio desumibile dal sistema in base al quale lo scioglimento sarebbe la regola ed il subingresso l'eccezione o, peggio ancora, che lo scioglimento si debba considerare più conveniente per la massa²²³.

E' molto interessante notare come questa delicata questione venisse ricostruita da attenta dottrina. Dalle disposizioni di cui ai commi secondo e terzo del vecchio art. 72 sembrano derivare indicazioni contraddittorie. Da una parte l'autorizzazione del giudice delegato sembra prescritta per la dichiarazione del curatore sia di subentro che di scioglimento (art. 72, secondo comma); dall'altra parte, però, è previsto lo scioglimento del contratto per decorso del termine di mora (art. 72, terzo comma) e in questo caso l'autorizzazione del giudice delegato non sembra necessaria. Da qui due alternative: o si legge il secondo comma dell'art. 72 nel senso che l'autorizzazione è richiesta solo per il subentro, non per lo scioglimento; oppure anche nel meccanismo di scioglimento *ex art. 72*, terzo comma, si inserisce in qualche modo l'autorizzazione del giudice

²²¹ G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1172, il quale sottolinea che, in effetti, i casi in cui l'indirizzo in esame era espresso erano di solito quelli in cui il promissario acquirente aveva esercitato l'azione per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre nei riguardi del promittente venditore quando questi era ancora *in bonis* e, al momento della dichiarazione di fallimento, il giudizio pendeva in cassazione, sicché il curatore, non potendo introdurre novità di fatto nel giudizio di legittimità, aveva dichiarato con un atto stragiudiziale, senza l'autorizzazione preventiva del giudice delegato di sciogliersi dal contratto. Pertanto, se fosse stata sancita la nullità di questa dichiarazione del curatore, il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva chiesta dal promissario acquirente avrebbe comportato la perdita definitiva di un importante cespite immobiliare per l'attivo fallimentare.

²²² G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1173.

²²³ Così F. Vassalli, *Diritto fallimentare*, II.,1., op. cit., 162.

delegato o un suo intervento ad essa equivalente²²⁴. La prima soluzione -come si è visto- ha ricevuto molti consensi tra gli studiosi e veniva spiegata con il diverso rilievo del subentro, da cui deriva l'assunzione, come debiti della massa, delle obbligazioni derivanti dal contratto. Si è tuttavia osservato, dalla dottrina in commento, che la lettera della legge e il fatto che la dichiarazione di scioglimento si traduce in una rinuncia ad attività comprese nel patrimonio del fallimento portano a ritenere che l'autorizzazione del giudice delegato sia necessaria non solo per la dichiarazione di subentro, ma anche per quella di scioglimento, che altrimenti il curatore potrebbe emettere al di fuori di ogni controllo preventivo del giudice delegato²²⁵.

Per quanto attiene ai **requisiti formali dell'autorizzazione**, nel vigore del previgente art. 72, un autore ha sostenuto la tesi per cui è sufficiente *una manifestazione non equivoca*: ferma restando l'esigenza della forma scritta per i provvedimenti del giudice delegato, si è, quindi, affermato che l'autorizzazione a sciogliersi dal contratto può essere *implicita* nell'autorizzazione a resistere in giudizio alla pretesa del contraente *in bonis* per la manutenzione del contratto²²⁶. Su questo solco si è, inoltre, precisato che all'autorizzazione di cui all'art. 72 equivale quella data dal giudice delegato al curatore per promuovere giudizio di manutenzione o di resiliazione del contratto²²⁷. L'opinione in esame è stata sposata anche una parte della giurisprudenza legittimità: la Suprema Corte, con una lontana decisione, ebbe modo di ribadire che in caso di vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti, quando il compratore sia stato dichiarato

²²⁴ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 125.

²²⁵ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 125, per il quale, comunque, non è necessaria un'autorizzazione anche per lo scioglimento ex art. 72, terzo comma.

²²⁶ Così L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 126, nt. 11, secondo il quale, però, la possibilità che sia l'autorizzazione del giudice delegato sia la volontà del curatore risultino da qualunque atto degli organi fallimentari impone la massima cautela nel valutare il rilievo sintomatico del comportamento degli organi fallimentari. In argomento cfr. anche G. Forte, *Fallimento del compratore ed estremi formali per il subingresso del fallimento nel contratto*, in *Dir. fall.*, 1957, II, 840, in nota a Trib. Milano, 17 ottobre 1957.

²²⁷ U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1209, nt. 1.

fallito, il curatore ha, in virtù dell'art. 72 legge fallim., una eccezionale facoltà di recesso dal contratto. Tale facoltà viene esercitata dal curatore o stragiudizialmente o con atto di citazione. In quest'ultima ipotesi non vi è bisogno di una speciale autorizzazione da parte del giudice delegato, bastando quella che è stata data al curatore per promuovere il giudizio per cui la detta citazione costituisce l'atto introduttivo²²⁸.

Va comunque segnalata anche un'altra opzione -che ha trovato seguito, soprattutto, fra le corti di merito- la quale è giunta a conclusioni diverse. Così, in un non più recente arresto, si è osservato che la dichiarazione di fallimento del compratore viene a costituire un ostacolo per l'esecuzione del contratto di compravendita da parte sua, ostacolo che può essere rimosso soltanto dal giudice delegato, con l'autorizzazione, che viene data dopo esame della convenienza economica e giuridica per il subingresso, onde essa incide sul momento formativo e perciò sull'efficienza della volontà del curatore. L'autorizzazione a stare in giudizio, senza quella preventiva di subingredire nel contratto, non serve a rimuovere l'ostacolo, essendo essa diretta alla costituzione di un rapporto processuale che presuppone l'esistenza di un rapporto sostanziale valido ed efficiente²²⁹.

²²⁸ In tal senso Cass., 30 luglio 1951, n. 2223, in *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Fallimento*, n. 188-90 e in *Dir. fall.*, 1951, II, 210 e Cass., 20 luglio 1962, n. 1967, cit., 783.

²²⁹ Trib. Milano, 17 ottobre 1957, in *Dir. fall.*, 1957, 840, con nota critica di G. Forte, *Fallimento del compratore ed estremi formali per il subingresso del fallimento nel contratto*, op. cit., 840 ss. Secondo l'autore in commento l'autorizzazione data con decreto dal giudice delegato al fallimento per l'esecuzione di un contratto nel quale il fallito era compratore costituisce una non dubbia né equivoca, ma certa autorizzazione data nelle forme di legge -decreto- dal giudice delegato a subingredire al fallito nella posizione di compratore. Nulla interessa -prosegue l'autore- la concentrazione del provvedimento di subingresso del curatore al fallito nel contratto, in quello di autorizzazione al giudizio contro il venditore per far valere giudizialmente tale contratto e per l'esecuzione dello stesso, in quanto è certo che se il giudice delegato non avesse creduto e voluto deliberare il subingresso del curatore nel contratto, non poteva deliberare l'attuazione giudiziale di tale subingresso mediante giudizio. L'autorizzazione data al curatore di stare in giudizio per l'attuazione giudiziale dell'esecuzione contrattuale presuppone quindi implicitamente, ma inequivocabilmente, l'autorizzazione al curatore stesso di subingredire nel contratto in quanto il secondo provvedimento è inconcepibile senza il primo e per dare questo provvedimento di subingresso non sono prescritte forme speciali. Autorizzato il curatore a scendere in giudizio per l'esecuzione di un contratto di compravendita immobiliare, questa autorizzazione conteneva, in sé e per sé, come suo, come suo presupposto logico necessario, l'autorizzazione del giudice delegato al subingresso del curatore nel diritto sostanziale del fallito.

Anche in tempi più recenti si ribadito che l'autorizzazione non richiede particolari formalità e può essere implicita nell'autorizzazione a resistere in giudizio alla pretesa del contraente *in bonis* per l'adempimento del contratto²³⁰. L'autorizzazione, di regola, deve essere richiesta per iscritto, ma può anche essere implicita quando è contenuta in un provvedimento di altra natura incompatibile con il diniego della stessa autorizzazione. Può essere impugnata con reclamo al giudice delegato in virtù dell'art. 25, n. 5, legge fall.²³¹

Come già accennato, l'autorizzazione per il subentro non deve essere più concessa dal giudice delegato ma dal **comitato dei creditori**. In uno dei primi commenti alla Novella si è sottolineato come tale modifica sia in perfetta sintonia con il nuovo e più incisivo ruolo riconosciuto dal Riformatore all'organo di rappresentanza dei creditori nell'ambito della procedura. Attraverso il meccanismo della sospensione e la necessaria autorizzazione del comitato dei creditori per il subentro del curatore viene garantito, quantomeno in teoria, un adeguato controllo sull'opportunità della scelta, che si dovrà basare su valutazioni prettamente economiche²³². Interessanti si rivelano, altresì, le considerazioni fatte in proposito sul mutato assetto di ripartizione delle competenze e sulle funzioni da attribuire all'autorizzazione in oggetto. Si è rilevato, infatti, che il trasferimento di questo specifico potere autorizzatorio in capo al comitato dei creditori, lungi dal rappresentare un presupposto indispensabile per l'approvazione dell'operato dell'organo fallimentare, spinge

²³⁰ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 283. Anche ad avviso di G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 562, non occorre una specifica autorizzazione a non subentrare nel contratto, essendo sufficiente quella concessa per resistere nel giudizio promosso dall'altro contraente per la manutenzione o per chiedere in giudizio la restituzione degli acconti.

²³¹ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 221. In base all'art. 25 n. 5 legge fall. il giudice delegato provvede, nel termine di quindici giorni, sui reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori.

²³² D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 417. Anche secondo A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 221, la sostituzione è in perfetta sintonia con il rinnovato e potenziato ruolo del comitato dei creditori, che con la riforma ha assunto «un essenziale compito di affiancamento del curatore nelle scelte strategiche relative alla gestione del patrimonio fallimentare».

ad affermare che l'autorizzazione sia richiesta al solo scopo di avallare l'eventuale diminuzione delle possibilità di soddisfacimento per il sorgere di "nuovi" crediti della massa²³³.

Naturalmente, nell'ipotesi in cui il comitato dei creditori non fosse ancora costituito e vi fosse urgenza di decidere, la decisione sulla richiesta di autorizzazione, anche dopo la riforma del 2006, spetta al giudice delegato, in base all'art. 41, quarto comma, legge fall.²³⁴ Rimane però il dubbio, nel silenzio della legge e considerati gli interessi tutelati dalla disposizione in esame, se sia o meno necessario, una volta costituitosi il comitato dei creditori, che quest'ultimo ratifichi -in un certo senso- anche in modo tacito, il provvedimento emanato dal giudice delegato²³⁵. Sul punto si è evidenziata, come già altrove precisato, l'*aporia* costituita dall'omessa previsione dei rapporti pendenti nel programma di liquidazione -disciplinato dall'art. 104 *ter* legge fall.- che il curatore deve predisporre subito dopo la redazione dell'inventario e sottoporre all'approvazione del giudice delegato, previo parere del comitato dei creditori, e quindi dall'esclusione dell'intervento del giudice delegato in materia di liquidazione di questi rapporti²³⁶. Secondo alcuni autori, tuttavia, un programma di liquidazione, in che non menzionasse la gestione dei contratti pendenti, non potrebbe essere approvato²³⁷.

Altri autori, tuttavia, a proposito di questa modifica legislativa hanno manifestato delle perplessità. Infatti, da un lato hanno sottolineato che la modifica in esame si inquadra nella tendenza, che ha ispirato la riforma, di allontanare il giudice delegato dalle scelte di gestione per riservargli un ruolo di maggiore terzietà e di

²³³ M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, op. cit., 322.

²³⁴ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 221. Il quarto comma dell'art. 41, infatti, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 169 del 2007, stabilisce che in caso di inerzia, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato.

²³⁵ Come ha sottolineato D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 419.

²³⁶ A. Patti, *I rapporti giuridici pendenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, op. cit., 877.

²³⁷ A. Dimundo, *Sub art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 614.

organo deputato a risolvere i conflitti tra le parti, mentre al comitato dei creditori è attribuito il potere di stimare l'opportunità e la convenienza delle scelte del curatore, e questo allo scopo di indirizzarne l'azione al perseguimento dell'interesse preminente del ceto creditorio: ne consegue che il comitato dei creditori acquista, pertanto, una nuova funzione di controllo e di vigilanza sull'operato del curatore anche in questa fase della gestione. Dall'altro lato si è evidenziato che si tratta di una soluzione non del tutto adeguata. La decisione di subingresso in un contratto non è solo questione di valutazione di mezzi finanziari a disposizione dell'amministrazione fallimentare, ma implica soprattutto l'attenta analisi dell'assetto contrattuale e la valutazione delle contrapposte posizioni con riferimento a specifiche clausole che possono comportare conseguenze giuridiche ed economiche anche onerose e che solo un esperto del diritto può individuare ed apprezzare nella loro concreta portata²³⁸.

Sul ruolo complessivo che svolge il comitato dei creditori qualche autore ha effettuato valutazioni ancora più rigorose, spingendosi a ritenere la nuova disciplina in contrasto con i principi costituzionali sulla tutela dei diritti. Si è infatti sottolineato che la generale disposizione sui contratti in corso è contrassegnata -come detto- dall'attribuzione del potere di autorizzazione al comitato dei creditori, piuttosto che, come accadeva in passato, al giudice delegato. Il legislatore ha immaginato che la funzionalità della procedura potesse essere esaltata da una più diretta partecipazione alla gestione da parte dei creditori. Questa partecipazione è attuata, fra l'altro, con l'attribuzione al comitato di importanti compiti di consultazione e di autorizzazione -come appunto stabilito dal novellato art. 72-. Di fronte ad una modifica così rilevante sono emersi subito fondati dubbi sulla effettiva compatibilità di una tale scelta con più generali principi di tutela dei diritti rispetto all'art. 24 Cost. E' stato infatti rilevato il dubbio sulla effettiva imparzialità operativa e decisionale dei membri del comitato, condizionati da una accentuata aspettativa dei loro

²³⁸ C. Mascarello, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (art. 72 e 72 bis legge fallim.)*, op. cit., 292.

personali interessi²³⁹. L'inidoneità del comitato dei creditori ad assumere un ruolo decisionale nella gestione della procedura, oltre che da quanto appena osservato, si ricava -per questa impostazione- anche da altri elementi. Non si è tenuto conto che, a prescindere dall'interesse egoistico che caratterizza ogni creditore, la natura dei crediti è diversa a seconda che si tratti di crediti chirografari o di crediti muniti di prelazione. A tali rilievi, che investono l'imparzialità e la conflittualità strutturale degli interessi dei componenti del comitato, si deve poi aggiungere una più generale considerazione di inconciliabilità dell'attribuzione ad un privato di compiti decisionali, che incidono su diritti soggettivi, la cui tutela deve essere decisa giudizialmente in base al principio stabilito dall'art. 24 Cost. Ne deriva, seguendo questa linea ermeneutica, che l'attribuzione al comitato dei creditori di così estesi poteri di direzione della procedura non risulta conforme all'esigenza che la tutela giudiziale dei diritti soggettivi venga realizzata da un organo incontestabilmente imparziale, il cui operato può essere valutato e controllato all'interno di una struttura giurisdizionale, come avviene per il giudice. Al comitato è in tal modo attribuito il potere di gestione della procedura e di determinare lo stesso contenuto dell'attività del curatore che, come ausiliario del giudice, ha il compito di realizzare i diritti dei creditori concorrenti. Da quanto appena esposto si trae allora la conseguenza che lo stesso sistema di tutela dei diritti soggettivi di credito è realizzato non in giudizio, come pretende l'art. 24 Cost., ma fuori da esso, da un soggetto di parte, non professionale, caratterizzato da interessi anche del tutto configgenti, 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 con riguardo sia all'art. 24, sia all'art. 3 cost., emerge dalla ingiustificata disparità di trattamento del diritto soggettivo del creditore nella esecuzione individuale e nel fallimento. In quest'ultimo, infatti, la tutela giurisdizionale non è garantita, avendo affidato

²³⁹ B. Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in Di Marzio (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, op. cit., 16.

ad un soggetto privato e di parte, compiti di direzione della gestione della procedura, privi di quella imparzialità e professionalità che, invece, caratterizzano l'azione e l'operato degli organi giurisdizionali ²⁴⁰. Qualche altro autore, tuttavia, ha sostenuto che il nuovo sistema -sia pure con i suoi limiti- ha nel complesso una sua coerenza interna, anche se sconta un "imperdonabile" (*sic!*) errore di valutazione da parte del legislatore: errore che consiste non tanto nell'aver assegnato più poteri ai creditori, quanto nell'aver creduto che gli interessi dei creditori possano essere collettivamente rappresentati, non solo in sede di vigilanza e di controllo, ma anche in ambito gestorio dal comitato dei creditori. Il che non è.²⁴¹ Va infine segnalata a tale riguardo un'altra autorevole opinione. Si è infatti osservato che la competenza ad autorizzare il curatore in capo al comitato dei creditori, piuttosto che al giudice delegato, si inserisce coerentemente nel disegno complessivo della riforma. Se, infatti, la logica di continuazione dell'impresa e la salvaguardia del suo valore come complesso di beni organizzato e produttivo è l'anima sottesa alla riforma si spiega il ridimensionamento del ruolo del giudice delegato e il rafforzamento del ruolo dei creditori. Soltanto i creditori, infatti, con le decisioni che assumono, possono "finanziare" il tentativo di risanare l'azienda in crisi o, quantomeno, salvare parte del valore del complesso produttivo esistente, recuperandolo in qualche modo al mercato, anche nel proprio interesse²⁴².

La norma contenuta nell'art. 72, anche nella sua più attuale 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. L'autorizzazione è richiesta dal novellato art. 72 soltanto per l'efficacia della dichiarazione di subentrare nel contratto, in quanto si tratta di un atto di

²⁴⁰ B. Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in Di Marzio (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, op. cit., 17 ss.

²⁴¹ S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 23 ss.

²⁴² A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, op. cit., 1146.

autonomia privata che comporta atti di disposizione del patrimonio fallimentare. Si deve infatti precisare che -come vedremo più avanti- con il subentro nel rapporto, il curatore finisce con l'assumere tutti gli obblighi propri del contratto, e quindi finisce con l'utilizzare le risorse destinate alla soddisfazione dei creditori per una attività contrattuale, la cui convenienza per la procedura dovrà essere valutata con attenzione anche dall'organo autorizzativo. Quest'ultimo, in particolare, dovrà valutare se dalla continuazione del contratto potranno derivare utilità ai fini della soddisfazione concorsuale dei creditori²⁴³. Si è inoltre chiarito che l'autorizzazione del comitato dei creditori, stante la sua natura di provvedimento che apre la via alla manifestazione di volontà del curatore, dovrebbe precedere la manifestazione della scelta del curatore²⁴⁴.

Un'analogha espressa previsione della necessità dell'autorizzazione per il caso in cui il curatore scelga lo scioglimento del contratto manca anche nella nuova formulazione dell'art. 72 legge fall. Tale circostanza, insieme alla previsione che, nell'ipotesi in cui il curatore non decida nel termine assegnatogli dal giudice delegato, il contratto si intende sciolto, ha fatto ritenere in passato che lo scioglimento potesse essere autonomamente deciso dal curatore, senza che occorresse l'autorizzazione²⁴⁵. Tale affermazione, però, è contestata da un orientamento dottrinale per diverse ragioni, che qui di seguito si esporranno brevemente. Alcuni autori precisano che dal testo riformato sembra trarsi un'indicazione nel senso della necessità dell'autorizzazione del comitato dei creditori sia nel caso di subentro sia nel caso di scioglimento dal contratto. L'autorizzazione, infatti, compare nello stesso comma ed è collocata nella premessa generale della disposizione; essa, pertanto, si deve interpretare come

²⁴³ B. Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in Di Marzio (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, op. cit., 14.

²⁴⁴ C. Mascarello, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (art. 72 e 72 bis legge fallim.)*, op. cit., 292, la quale tuttavia ricorda come in precedenza la Suprema Corte aveva considerato che l'autorizzazione potesse essere anche implicita ed essere contenuta nell'autorizzazione al compimento di altri tipi di atti che presupponessero come antecedente logico necessario il subentro nel contratto. Cfr. in proposito Cass., 27 luglio 1993, n. 8394, in *Fall.*, 1994, 134 e Cass. 22 marzo 1994, n. 2741, in *Fall.*, 1994, 836.

²⁴⁵ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 477.

estesa sia all'ipotesi di subentro sia all'ipotesi di scioglimento dal vincolo contrattuale²⁴⁶. Altri studiosi affermano la necessità dell'autorizzazione per entrambe le ipotesi -subentro e scioglimento- per ragioni di carattere sistematico, attinenti alla valorizzazione del ruolo del comitato dei creditori alla luce della novella²⁴⁷. Altri ancora hanno evidenziato che la necessità dell'autorizzazione anche per lo scioglimento del contratto deriva dal fatto che lo scioglimento può non essere meno impegnativo del subentro, comportando pur sempre la rinuncia a prestazioni comprese nel patrimonio del fallito potenzialmente pregiudizievole²⁴⁸. Su questo solco, si è infine rilevato che la necessità dell'autorizzazione sia per scioglimento che per il subentro vale a maggior ragione oggi che deve essere data dal comitato dei creditori, in quanto, mentre il giudice delegato era comunque un organo istituzionalmente deputato ad applicare la legge, il comitato dei creditori ha ampi poteri di valutazione dell'opportunità e della convenienza economica delle scelte di gestione del patrimonio fallimentare, essendo formato dai rappresentanti di coloro nel cui interesse il processo fallimentare si svolge, con la conseguenza che la sua autorizzazione appare necessaria anche per un dichiarazione di scioglimento del contratto, la quale potrebbe far perdere alla massa attiva cespiti o prestazioni economiche potenzialmente vantaggiose²⁴⁹.

Un altro indirizzo, tuttavia, anche dopo la novella del 2006, giunge a conclusioni diverse. Si afferma infatti come sia più convincente la tesi che esclude la necessità dell'autorizzazione per lo scioglimento e ciò, essenzialmente, per tre

²⁴⁶ Così C. Mascarello, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (art. 72 e 72 bis legge fallim.)*, op. cit., 292, la quale poi chiarisce che la previsione dell'autorizzazione trova corrispondenza nella responsabilità del comitato dei creditori per vigilanza sulla corretta gestione del curatore in virtù del rinvio contenuto nell'art. 41 legge fall. all'art. 2407 c.c.

²⁴⁷ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 478, il quale richiama l'opinione di Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, 959, secondo il quale «sembra più coerente con la nuova, pregnante funzione del comitato dei creditori, che esso partecipi attivamente anche alla scelta opposta, dalla quale potrebbe derivare per i creditori la perdita di vantaggi economici».

²⁴⁸ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 221.

²⁴⁹ In questo senso G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1173.

motivi. Innanzitutto si mette in rilievo il diverso impatto per la procedura, e per gli interessi dei creditori, in caso di continuazione o di scioglimento del contratto: invero, mentre la continuazione comporta la nascita di obbligazioni di massa, lo scioglimento può al massimo determinare costi di “opportunità”, nei quali possono rientrare i danni, eventuali, collegati al mancato guadagno. In secondo luogo, si osserva che un esempio di scioglimento in mancanza di autorizzazione è già previsto dalla legge (l’ipotesi -più volte evidenziata- regolata dall’art. 72, secondo comma, dello scioglimento del contratto per il decorso del termine stabilito dal giudice delegato per l’esercizio del diritto di scelta o del subentro): per questa dottrina, non si capisce perché, oltre che per effetto di una “omissione”, lo scioglimento non possa avvenire su “azione” del curatore. Si richiama, infine, l’art. 104, ottavo comma, legge fall.: la norma in rassegna, come si avrà modo di vedere nel prosieguo di questo lavoro, nel prevedere la continuazione dei rapporti pendenti in caso di esercizio provvisorio dell’impresa, dispone che il curatore può in ogni tempo sospendere l’esecuzione o sciogliere i medesimi, senza fare menzione dell’autorizzazione del comitato dei creditori²⁵⁰. Su questo solco si è poi ribadito che, mentre per la decisione di subentrare nel contratto in corso occorre sempre l’autorizzazione, per lo scioglimento sarà necessaria un’autorizzazione «solo quando i poteri del curatore richiedano un’integrazione in base all’art. 31». A tale conclusione si perviene per l’esigenza di non rendere eccessivamente complessi i “preliminari” di un atto che «in linea di massima non dovrebbe avere conseguenze sfavorevoli per la massa fallimentare»²⁵¹. A mio avviso è comunque preferibile l’opinione secondo cui l’autorizzazione è necessaria in entrambe le ipotesi: e ciò per la considerazione che anche lo scioglimento da un determinato contratto potrebbe comportare effetti negativi per l’intera procedura.

²⁵⁰ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 418.

²⁵¹ Così M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, op. cit., 323.

Conviene a questo punto dell'indagine accennare ad un aspetto che è stato analizzato soltanto da pochi autori. Come non si è mancato di evidenziare in uno dei primi commenti al novellato art. 72, lo spostamento di competenza potrà comportare un rischio di divergenza di opinioni -in ordine all'opportunità di sciogliersi dal contratto o di subentrarvi- tra l'organo che deve proporre la scelta, il curatore, e quello che deve autorizzarla, il comitato dei creditori. Questo rischio in passato poteva porsi solo in astratto, in quanto, tenuto conto della posizione di sovraordinazione in cui si trovava il giudice delegato rispetto al curatore, in caso di divergenza tra i due organi prevaleva la volontà del giudice delegato. Attualmente, invece, il rischio di un conflitto può, in concreto, porsi dal momento che la situazione, dopo la Novella del 2006, è cambiata, in quanto tra curatore e comitato dei creditori non intercorre una posizione di sovraordinazione né in un senso né in un altro, ma solo una ripartizione di competenze. Sebbene in base al nuovo art. 36 il curatore possa proporre reclamo al giudice delegato contro i dinieghi di autorizzazioni del comitato dei creditori, il problema comunque esiste, in quanto il reclamo può essere proposto solo per violazione di legge, mentre nell'ipotesi in oggetto si ha una valutazione di opportunità e convenienza economica che non si può ricondurre al concetto di violazione di legge²⁵².

Ancora due questioni devono essere segnalate. Innanzitutto, bisogna domandarsi se l'autorizzazione vincoli nelle sue scelte il curatore. Il tema in questione non sembra che sia stato ancora oggetto di approfondimento da parte degli studiosi. Ad avviso di uno dei primi commentatori della Novella, comunque, sarà sempre il curatore a decidere se subentrare o meno nel contratto: pertanto, anche nel caso in cui ci fosse un'autorizzazione alla continuazione del contratto, il curatore

²⁵² G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1171, il quale auspica che, nel caso di persistente divergenza tra curatore e comitato dei creditori, intervenga il giudice delegato allo scopo di dirimere il conflitto di opinioni.

potrebbe sciogliersi dal medesimo o rimanere inerte, salvo poi rispondere del suo operato di fronte ai creditori anche ai fini della sostituzione²⁵³.

Si deve poi verificare quali siano le conseguenze giuridiche di una scelta effettuata dal curatore in mancanza di autorizzazione.

Nel vigore del previgente art. 72, la Suprema Corte aveva spesso assunto, in proposito, un atteggiamento piuttosto rigoroso. In un importante arresto essa ha chiarito che, poiché l'autorizzazione, integrativa dei poteri del curatore, deve precedere il compimento dell'attività da lui espletanda per la modificazione, costituzione od estinzione di una situazione giuridica, il difetto di essa comporta l'invalidità originaria del negozio posto in essere dal curatore. La mancanza o il diniego di tale autorizzazione -si afferma- escludono che la volontà del curatore possa sortire effetti giuridici nei confronti del terzo contraente, che, quindi, non può considerarsi destinatario della volontà di scelta²⁵⁴.

Dopo la riforma un autore²⁵⁵ ha evidenziato -senza, per la verità, argomentare- che la mancanza di autorizzazione può essere sanata anche in un momento successivo alla prosecuzione. Qualora il curatore decidesse di dar corso al contratto e il comitato dei creditori rifiutasse di rilasciare, anche successivamente, l'autorizzazione, per la dottrina in esame, il curatore agirebbe senza i necessari poteri di amministrazione del patrimonio del fallito e, quindi, ferma restando la sua responsabilità per i danni subiti dalla parte *in bonis*, gli atti compiuti in esecuzione del contratto si devono considerare non opponibili alla massa. Ad avviso di un'altra impostazione, tuttavia, non è ammissibile una ratifica successiva dell'operato del curatore: tale opinione si fonda sulla considerazione per cui egli, nel nuovo sistema, esercita il potere di subentro - come, del resto, tutta l'attività di amministrazione del patrimonio fallimentare-

²⁵³ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 419.

²⁵⁴ Così Cass., 21 gennaio 1987, n. 513, in *Dir. fall.*, 1988, II, 295.

²⁵⁵ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 418.

sostanzialmente nell'interesse dei creditori, ai quali pertanto spetta la valutazione sull'opportunità del subentro²⁵⁶.

Un'ultima osservazione. In passato ci si è domandati se il provvedimento del giudice delegato dovesse essere preceduto dal parere del comitato dei creditori, tenuto conto che esso era previsto dalla legge solo in materia di appalto²⁵⁷. Prima dell'entrata in vigore della legge fallimentare, la dottrina, prendendo spunto dall'allora vigente art. 806 cod. comm., sosteneva che per assumere a sé il contratto e darvi esecuzione il curatore ha bisogno (oltre che dell'autorizzazione del giudice delegato) anche «dell'assenso della delegazione dei creditori»²⁵⁸. Introdotta la legge del 1942, e sostituito il comitato dei creditori all'antica delegazione si è affermato che la consultazione, sia pure facoltativa, è comunque opportuna, in quanto si tratta di assumere un carico, che può essere gravoso, o di fare una rinuncia, che può essere dannosa²⁵⁹. La problematica in esame, naturalmente, alla luce della riforma, è stata superata dall'attuale testo dell'art. 72 legge fall..

10. La scelta del curatore tra subentro e scioglimento

L'esecuzione del contratto -come si è detto - rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione (oggi) del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito assumendone tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo.

²⁵⁶ In questi termini S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 25.

²⁵⁷ Infatti, l'art. 81, prima parte, nel testo anteriore alla Novella del 2006, stabiliva che il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, a meno che il curatore, sentito il comitato dei creditori, se è stato nominato, e con l'autorizzazione del giudice delegato, non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di venti giorni dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie

²⁵⁸ Così G. Bonelli, *Del fallimento*, in (Bensa - Bonelli e altri) *Commentario al codice di commercio*, VIII, 3^a edizione a cura di V. Andrioli, op. cit., 579. Su questa scia anche A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 376, secondo il quale, per l'assunzione del contratto, sono richiesti l'assenso della delegazione dei creditori e l'autorizzazione del giudice.

²⁵⁹ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1206.

Va innanzitutto ricordato che, sotto il vigore dell'originario art. 72, è stato avanzato un dubbio di legittimità costituzionale di questa disposizione, con riguardo al precetto di cui all'art. 3 Cost., nella parte in cui attribuisce solo al curatore la facoltà di scegliere tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto. La Suprema Corte ha, però, ritenuto la questione manifestamente infondata in quanto non possono essere collocate sullo stesso piano le posizioni del singolo contraente e quelle dell'ufficio fallimentare, il quale mira a conservare, nell'interesse della massa dei creditori, la garanzia costituita dal patrimonio del debitore fallito ed a realizzare la *par condicio*, che potrebbe essere alterata se il fallimento fosse costretto a subire un'azione esecutiva individuale qual è quella regolata dall'art. 2932 c.c.²⁶⁰

Dottrina e giurisprudenza si sono, in passato, interrogate sulla *qualificazione giuridica* da riconoscere all'atto mediante il quale il curatore manifesta la sua intenzione di comunicare al giudice delegato la propria scelta di adempiere o di sciogliersi dal contratto concluso dal fallito²⁶¹.

A tale riguardo si deve distinguere. In dottrina, infatti, è consolidato l'indirizzo in base al quale la dichiarazione del curatore all'altro contraente, in merito alla posizione che la massa intende assumere rispetto al contratto in corso, ha il carattere di dichiarazione di volontà unilaterale e recettizia, come tale irrevocabile appena sia giunta alla controparte²⁶². Invero, già sotto il vigore del codice di commercio del 1882, un autorevole studioso ha rilevato che l'impegno del curatore di compiere la prestazione nascerebbe dalla «manifestazione di volontà dello stesso, unilaterale, ricettizia, irrevocabile non appena pervenuta alla controparte»²⁶³. Emanata la legge del 1942, gli interpreti hanno continuato ad

²⁶⁰ Cass., 24 febbraio 1999, n. 1601, in *Dir. fall.*, 2000, II, 576, come evidenzia D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 419, nt. 9.

²⁶¹ A. Bonsignori, *Fallimento e contratti in genere*, in A. Bonsignori - G. Nardo - M. Lazzara, *I contratti nelle procedure concorsuali*, op. cit., 43.

²⁶² G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 562.

²⁶³ Così, tra gli altri, G. Auletta, *La risoluzione nel fallimento*, op. cit., 221.

affermare tali concetti. Si è così osservato che l'espressione di volontà dell'ufficio fallimentare di subentrare nel contratto ha carattere unilaterale, recettizio, irrevocabile; il contraente *in bonis* non può che adeguarsi ad essa²⁶⁴. E' appena il caso di notare come, anche su tale questione, i risultati cui erano pervenuti gli scrittori sotto il vigore del sistema del codice di commercio abrogato si sono, nel corso del tempo, consolidati e mantengono, tutt'oggi, intatta la loro validità. Infatti, anche dopo la Novella del 2006, in dottrina si è ribadito, a proposito della dichiarazione del curatore, che si tratta di una dichiarazione di volontà recettizia e irrevocabile una volta giunta a conoscenza della parte²⁶⁵, che non sembra idonea ad essere sostituita da fatti o comportamenti concludenti.

Va, al contrario, evidenziato che, all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità, non si è affermato un indirizzo univoco, ma, anzi, si possono delineare due indirizzi divergenti, sebbene non risultino tantissimi precedenti su tale questione²⁶⁶. Infatti, secondo una prima impostazione, l'atto con il quale il curatore manifesta la propria intenzione di comunicare al giudice delegato la propria scelta, ai sensi dell'art. 72 l. f., di adempiere o di sciogliersi dal contratto preliminare stipulato dal fallito, non ha natura negoziale, trattandosi di un atto diretto ad ottenere la necessaria autorizzazione giudiziale di cui all'art. 35 l. f.²⁶⁷ Ad avviso di un altro orientamento, invece, l'atto in esame ha natura negoziale e recettizia, pertanto, non può essere evinta da documenti meramente interni alla procedura concorsuale²⁶⁸.

Ciò premesso, sempre nel vigore del previgente regime normativo, Guglielmucci ha osservato, ripetendo considerazioni già effettuate per l'autorizzazione del

²⁶⁴ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1209.

²⁶⁵ A. Paciello, in AA.VV., *Diritto fallimentare, Manuale breve*, op. cit., 343, secondo il quale, però, la tale dichiarazione non sembra idonea ad essere sostituita da fatti o comportamenti concludenti.

²⁶⁶ Come non ha mancato di puntualizzare G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 562.

²⁶⁷ Così Cass., 21 gennaio 1987, n. 513, cit., 295, la quale ha, infatti, precisato che se il curatore manifesta al giudice delegato la sua intenzione di scegliere - nell'alternativa - l'esecuzione del contratto preliminare, la volontà di lui non può che essere rivolta a conseguire un effetto essenziale e prodromico (rispetto ad ogni altro successivo) quale è quello dell'autorizzazione del giudice delegato.

²⁶⁸ Cass., 13 luglio 1982, n. 4109, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1686.

giudice delegato, che per l'atto -di scioglimento o di subentro- del curatore è sufficiente una *manifestazione non equivoca*: da tale considerazione si è così tratta la conclusione che, in presenza della prescritta autorizzazione, la conforme scelta del curatore si può ricavare da qualunque comportamento concludente²⁶⁹. Lo stesso discorso vale, per la dottrina appena riferita, anche per la forma della dichiarazione di subentro: non è imposta nessuna forma particolare per la scelta del curatore, che, qualora sia legittimata dall'autorizzazione del giudice delegato, può risultare anche da fatti concludenti, come per esempio dall'esecuzione del contratto. L'autore in rassegna, tuttavia, si preoccupa di precisare che l'atto volitivo non è del giudice delegato, ma del curatore: quest'ultimo, infatti, è l'organo cui è affidata l'amministrazione del patrimonio del debitore e il subentro -come si avrà modo di approfondire più avanti- è atto di amministrazione, frutto di una scelta da lui compiuta sotto la sua responsabilità. L'autorizzazione del giudice delegato ha solo la funzione di rimozione dei limiti al potere di amministrazione del curatore²⁷⁰. A tale proposito si era già precisato che il provvedimento del giudice delegato non può surrogare la dichiarazione del curatore. Infatti, considerato il tenore letterale dell'art. 72 previgente, il curatore deve esprimere la sua volontà, una volontà che è il frutto di un suo intervento presso il giudice delegato con l'autorizzazione di questi in un senso o nell'altro, ma la volontà deve essere sempre del curatore²⁷¹.

In proposito, dopo la novella del 2006, un autore ha evidenziato che oggi come ieri, la scelta circa l'opportunità del subentro rispetto allo scioglimento dal rapporto contrattuale *compete al curatore*, il quale effettuerà ogni correlativa valutazione, in base alle utilità marginali che potranno derivare dal subentro o dallo scioglimento di un determinato contratto: si dovrà, comunque, procedere

²⁶⁹ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 126. Anche ad avviso di C. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. VII; t. primo, op. cit., 997, l'atto di recesso non richiede forme particolari.

²⁷⁰ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 133.

²⁷¹ G. Cottino, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, in *Dir. fall.*, 1964, I, 371.

alla scelta in questione, avendo come obiettivo l'ottimizzazione dei risultati di liquidazione dell'azienda -e in generale del patrimonio- dell'imprenditore fallito. Nel nuovo sistema, in particolare, anche un contratto che, in sé considerato, non presenti utilità diretta, potrebbe rappresentare una opportunità quanto al subingresso del curatore, nell'economia generale del funzionamento e della conservazione dell'integrità dell'azienda dell'imprenditore fallito²⁷². In particolare, si è sottolineato che, secondo l'interpretazione ancora prevalente, la decisione in ordine allo scioglimento del contratto, può essere assunta non solo in modo esplicito ma anche per comportamento tacito concludente del curatore, cioè con un qualunque atto che si dimostri incompatibile con la volontà dello stesso di subentrare nel rapporto²⁷³.

La giurisprudenza di legittimità, da parte sua, ha avuto modo di affermare che la volontà del curatore può essere desunta da un comportamento concludente²⁷⁴, che l'esercizio della facoltà di scelta del curatore non richiede formule "sacramentali", ma può risultare da una volontà comunque manifestata e da *facta concludentia*²⁷⁵. Considerazioni, queste, successivamente confermate dalla

²⁷² In argomento, v. S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 22 ss.

²⁷³ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 446.

²⁷⁴ Tra le tante, Cass., 14 aprile 2004, n. 7070, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 4 (... la scelta del curatore del sopravvenuto fallimento del promittente venditore di sciogliersi dal contratto, ai sensi dell'art. 72, comma quarto, legge fall. per la quale non sono richiesti atti formali o manifestazioni esplicite di volontà, può essere validamente espressa nel primo atto processuale, pur se non sottoscritto dalla parte, integrando tale opzione, sul piano processuale, gli estremi dell'eccezione in senso proprio); Cass 27 luglio 1993, n. 8394, cit., 134 (La dichiarazione di sciogliersi dal contratto può essere idoneamente resa dal curatore nella comparsa di costituzione -nella specie sottoscritta da lui personalmente, oltre che dal difensore- nel giudizio instaurato dal promissario per l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare, atteso che la scelta del curatore del promittente fallito può essere esplicita in qualsiasi forma ed anche per fatti concludenti).

²⁷⁵ In particolare, secondo Cass. 16 novembre 1989, n. 4894, in *Fall.*, 1990, 400, ha statuito che... a) la facoltà di scegliere fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto non ancora eseguito integra un potere discrezionale che il curatore è legittimato ad esercitare senza che occorra uno specifico provvedimento del giudice delegato; b) non è necessario che la scelta venga manifestata in modo formale attraverso un atto specificamente diretto a questo scopo, essendo sufficiente che il curatore manifesti in qualsiasi modo, anche per *facta concludentia*, una chiara volontà in proposito. Così, pure, Trib. Prato, 23 febbraio 1983, in *Dir. fall.*, 1983, II, 540 (L'esercizio della facoltà di scelta del curatore di cui all'art. 72 legge fallim., attuabile anche in appello, non richiede formule sacramentali, ma può risultare da una volontà comunque manifestata purchè chiaramente od anche per «facta concludentia»; Cass., 12 dicembre 1988, n. 6732, in *Il Fallimento*, 1989, 500 (la facoltà del curatore di scegliere, in caso di fallimento del venditore ed ai sensi

Suprema Corte. Infatti, in una decisione resa dalle sezioni unite, con riguardo all'ipotesi di fallimento del promittente venditore, la Corte di legittimità ha ribadito che l'esercizio della facoltà di scelta del curatore non richiede forme particolari e può avvenire per *facta concludentia* e, qualora si indirizzi per lo scioglimento del contratto non si caratterizza come espressione di un'azione di impugnativa negoziale da esercitarsi esclusivamente nel processo, con la conseguenza che la volontà di scioglimento del contratto può essere manifestata dal curatore fuori dal processo, in via stragiudiziale²⁷⁶.

Recependo le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza, anche la dottrina, più di recente, ha puntualizzato che la scelta che deve effettuare il curatore tra subentrare nel contratto e sciogliersi dallo stesso non richiede una forma particolare²⁷⁷.

11. Il contratto preliminare e il fallimento nel vigore della legge del 1942: la posizione della dottrina.

Come precisato da uno studioso, per i contratti che al momento del fallimento siano ancora in corso di formazione e che, pertanto si direbbero estranei all'ambito dei rapporti giuridici preesistenti possono risultare ugualmente validi i principi che informano la disciplina dei contratti già perfezionati: la preminenza dell'interesse del fallimento e dunque la sua autonoma facoltà di scelta. Da tale rilievo deriva che se al curatore è riconosciuta di regola la facoltà di sciogliersi dal contratto perfetto ma non ancora eseguito, a maggior ragione egli deve considerarsi libero di aderire o meno al perfezionamento del contratto in corso di

dell'art. 72, ultimo comma, tra esecuzione e scioglimento del contratto -facoltà che sussiste anche riguardo al preliminare di vendita- costituisce un potere discrezionale, che può essere esplicito senza l'intervento di un pronuncia del giudice e senza l'adozione di formule sacramentali, essendo sufficiente che egli manifesti in qualsiasi modo, anche per *facta concludentia*, una chiara volontà in proposito). In questo contesto va, altresì, segnalata Cass., 13 febbraio 1980, n. 1047, in *Dir. fall.*, 1980, II, 241.

²⁷⁶ In tal senso, Cass., sez. un., 14 aprile 1999, n. 239, in *Dir. fall.*, 1999, II, 678 ss. Su questo solco, di recente, v. anche Trib. Bari, 11 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, 624.

²⁷⁷ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 477.

formazione. La dottrina -si afferma- è comunque concorde nell'estendere in via analogica ai contratti non ancora perfezionati la disciplina che si ricava dall'art. 72 legge fall.: posizione iniziale del fallimento come terzo, arresto del processo di formazione e facoltà autonoma del curatore di riprenderlo fino alla conclusione, inapplicabilità dell'art. 1330 c.c.²⁷⁸.

Ai contratti in corso di formazione possono essere equiparate, ai fini della disciplina fallimentare, altre ipotesi in cui da un contratto perfetto sorge a carico di alcuna delle parti l'obbligazione di concludere un nuovo contratto, come, appunto, il contratto preliminare. Se questi contratti preparatori si considerano come contratti ancora in corso di esecuzione, fino a quando non venga stipulato il contratto definitivo, è facile estendere ad essi la disciplina di cui all'art. 72 legge fall.²⁷⁹ Si è, infatti, evidenziato che la dottrina fallimentaristica tratta il tema degli effetti del fallimento sul contratto preliminare, in via generale, nella sede dedicata ai contratti in corso di formazione. Riserva, tuttavia, gli studi più approfonditi al contratto preliminare di compravendita, con particolare riguardo all'ipotesi di fallimento del promittente venditore di beni immobili²⁸⁰.

Al fine di delimitare l'ambito di applicazione della regola generale contemplata dalla norma di cui all'art. 72 legge fall. è opportuno, allora, verificare quale sia la sorte del contratto preliminare pendente al momento della dichiarazione di fallimento, ossia di un contratto autonomo e perfetto che il fallimento trova non

²⁷⁸ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 566. Sul punto, R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1184, ha ribadito che, anche se proponente fosse il fallito, il contratto non potrebbe più perfezionarsi per successiva accettazione dell'altra parte, essendo inapplicabile l'art. 1330 cod. civ.; anche secondo A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, op. cit., 352, nel caso in cui debitore abbia fatto la sua proposta e sia in attesa dell'accettazione quando sopravviene a suo carico la procedura concorsuale, non si verifica quella perdita di efficacia della proposta di cui all'art. 1330 c.c.

²⁷⁹ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, op. cit., 567.

²⁸⁰ Così F. Abate, *Il contratto preliminare*, in *I rapporti giuridici pendenti*, a cura di M. Ferro, Atti del Convegno nazionale di studi sulle procedure concorsuali, in *Suppl. Fall.*, 1998, 139, per il quale è la relativa problematica che, da un parte, ha pressoché monopolizzato le pronunce giurisprudenziali sull'argomento e, dall'altra, ha sollecitato l'attenzione del legislatore verso la materia, fornendo *occasio legis* alla novella concernente la trascrizione di alcune categorie di preliminari immobiliari, il privilegio del promissario acquirente e l'introduzione di nuova disposizione nell'art. 72 legge fall.

ancora eseguito²⁸¹. E' sufficiente ricordare che, nel vigore del codice di commercio del 1882, l'orientamento prevalente tra gli studiosi era nel senso che il contraente *in bonis* restasse obbligato nei confronti del fallimento, quando il curatore volesse procedere alla stipulazione del contratto definitivo e che, invece, la massa non fosse obbligata nei confronti dell'altro contraente, il quale non poteva pretendere neppure il risarcimento per la mancata stipulazione²⁸².

Anche con il nuovo regime di cui al R. D. 16 marzo 1942, n. 267, nessuna delle disposizioni della originaria legge fallimentare si occupava della sorte del contratto preliminare in corso. Dottrina e giurisprudenza avevano, tuttavia, ritenuto applicabili anche al preliminare le regole contenute nell'art. 72 legge fall.²⁸³ In tale ottica era, anzi, frequente l'affermazione secondo cui la dottrina è pressoché concorde sull'applicabilità della disciplina di cui all'art. 72 legge fall. al contratto preliminare²⁸⁴. Come sottolineato da un insigne autore, contenuto del

²⁸¹ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 696. E' opportuno precisare che diversi autori, seguiti da un consistente filone giurisprudenziale, si sono occupati di indagare quale fosse la sorte del contratto preliminare al momento della dichiarazione di fallimento di una delle parti. Tuttavia, ai fini della presente ricerca, e per non "appesantire" ulteriormente il lavoro, mi limiterò a segnalare le principali soluzioni cui sono pervenuti sia gli studiosi che la giurisprudenza.

²⁸² Come precisa G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 696. Così, secondo G. Bonelli, *Del fallimento (commento al Codice di Commercio)*, vol. I, terza ed. a cura di V. Andrioli, op. cit., 626, l'altra parte che si è obbligata alla stipulazione del contratto, non può rifiutarsi, se il curatore lo esige. Sul punto A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 381, ha precisato che se l'immobile venduto è stato consegnato in forza di un preliminare che contiene promessa di compravendita e, al momento della dichiarazione di fallimento, si trova in possesso del fallito, la consegna è da ritenersi condizionata alla stipulazione del contratto definitivo ed al pagamento del prezzo. Se questi due fatti non si verificano il venditore è in diritto di rivendicare la sua proprietà perché il fallimento implica il mancato avveramento della condizione: ma non avrà diritto al risarcimento per l'inesecuzione; anzi sarà tenuto a restituire la caparra ricevuta in quanto il fallimento non significa inadempienza ma impotenza del patrimonio ad eseguire.

²⁸³ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 227.

²⁸⁴ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 696. Inoltre, va rilevato che secondo G. Cottino, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, op. cit., 367, negli artt. 72 ss. noi abbiamo una serie di norme che non esauriscono il campo dei rapporti giuridici pendenti. Ora -si chiede l'autore- è proprio possibile escludere l'utilizzazione analogica dell'art. 72 nell'ipotesi del contratto preliminare bilaterale di vendita, in cui entrambe le prestazioni non abbiano trovato esecuzione a causa del fallimento del promittente o del promissario? Nel caso di fallimento del promittente si potrebbe in tal modo stabilire una sorta di analogia con il fallimento del venditore, in quanto promittente è colui che si obbliga al trasferimento della proprietà.

contratto preliminare è l'obbligo-diritto di stipulare il contratto definitivo, di emettere quindi una dichiarazione di volontà; come tale, non può essere fatta valere nei confronti del fallimento, in cui solo il giudice può decidere se tale dichiarazione di volontà debba emettersi o no, in relazione alle finalità del procedimento. Da ciò deriva il potere di scelta del fallimento di subentrare o no nel rapporto, addivenendo, in caso affermativo, al perfezionamento del contratto definitivo; alla stipulazione del quale potrebbe costringere l'altro contraente, ottenendo la sentenza *ex art. 2932 c.c.*²⁸⁵ In particolare, il contratto preliminare non ancora eseguito è da ricomprendere nella disciplina dei rapporti in corso: dal momento che non è fra quelli che si sciolgono per il fallimento, si deve affermare la facoltà del curatore di subentrare nel contratto o di sciogliersi da esso. Se decide di subentrare, il contraente *in bonis* è vincolato anche verso il fallimento per l'obbligo assunto verso il fallito con il contratto preliminare ed il curatore potrà, se necessario, promuovere nei suoi confronti l'esecuzione di cui all'art. 2932 c.c.²⁸⁶ In proposito, una dottrina ha puntualizzato che solo se il curatore volesse adempiere, potrebbe costringere il terzo all'osservanza del contratto preliminare²⁸⁷. Va tuttavia evidenziato che, secondo altra, minoritaria

²⁸⁵ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1248 ss. Nello stesso ordine di idee anche secondo F. Semiani Bignardi, *Scritti giuridici*, Padova, 1968, 76, spetta al solo curatore il potere di scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto, potere che gli deve essere attribuito o riservato anche quando il contratto da sciogliere o da eseguire sia un contratto preliminare.

²⁸⁶ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 697. In tale prospettiva A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, op. cit., 356, ha sostenuto che il contratto preliminare non assume, per effetto del sopravvenire della procedura concorsuale, atteggiamento diverso da quello che assumono gli altri contratti. Il rapporto contrattuale rimane impregiudicato e potenzialmente compreso nel patrimonio separato, nel senso che questo assorbe il rapporto stesso come elemento attivo, nei limiti in cui, come tale, possa servirgli. Qualora, tuttavia, voglia usufruirne, esercitando i diritti che da esso gli derivano, deve procedere all'attuazione dell'intero rapporto preliminare e dunque anche della parte passiva di esso: deve allora prestare il consenso dedotto come oggetto dell'obbligo contrattuale, in sostituzione del debitore, e allora l'intero rapporto definitivo, e quindi anche il lato obbligatorio di questo, entra nel patrimonio separato. Se invece gli organi del patrimonio separato restano inerti in ordine a ciò che riguarda l'attuazione del rapporto, il terzo non potrà pretendere che essi prestino il consenso promesso per la semplice ragione che nel patrimonio separato è entrato il rapporto come elemento attivo, e non è entrato l'obbligo.

²⁸⁷ S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 209 ss.

impostazione, il terzo non può essere costretto alla stipulazione del contratto con un contraente che non è più quello con cui egli ha concluso il preliminare²⁸⁸.

Se gli organi della procedura preferiscono non subentrare nel contratto preliminare, il fallimento non può essere tenuto a stipulare il contratto definitivo, essendo inapplicabile l'art. 72, primo comma, legge fall. Pertanto, non si può parlare nei confronti del fallimento di esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.* mancandone il presupposto sostanziale, ossia l'obbligo della massa a concludere il contratto²⁸⁹. Su questo solco si è infatti ribadito che rapporti giuridici preesistenti non sono i rapporti non ancora costituiti, anche se eventualmente esistesse già un obbligo di costituirli (contratto preliminare). Quest'obbligo non sarebbe coercibile nei confronti del fallimento, perché avrebbe per oggetto una dichiarazione di volontà, che il curatore non può essere vincolato ad emettere. In questa prospettiva un insigne autore ha, quindi, sostenuto che nel caso di fallimento del promittente venditore il promissario non può fare valere il suo diritto nei confronti della massa concorsuale. Questo diritto, infatti, è costituito da una mera pretesa obbligatoria, insufficiente come tale a sottrarre un bene del fallito alla liquidazione fallimentare. Si deve anche escludere, di conseguenza, che la curatela sia costretta a dismettere il bene e, tanto meno, che possa esservi costretta mediante l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* Sebbene l'ufficio fallimentare non sia tenuto a stipulare il contratto definitivo, l'affare potrebbe però essere ritenuto conveniente per la massa dei creditori. Ci si trova quindi, allo stesso modo di una vendita non ancora eseguita, in una situazione di attesa che lascia aperta la possibilità dell'ufficio fallimentare di optare per

²⁸⁸ U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1280. Ad avviso di G. De Semo, *Diritto fallimentare*, op. cit., 353, in caso di fallimento dell'una o dell'altra parte del contratto preliminare, la facoltà di chiedere l'esecuzione in forma specifica spetterà alla decisione del fallimento, e per esso al curatore, dietro autorizzazione del giudice delegato; parimenti, l'ufficio stesso sarà abilitato, nei confronti della parte *in bonis* e adempiente, ad adottare il contegno più confacente al vantaggio della massa: o subentrare nel rapporto, stipulando il contratto definitivo, o rinunciarvi, *tenendo presente se il negozio principale si sciogla o non si sciogla per effetto del fallimento*. In altre parole, il De Semo - avverte G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1978, 697 - vorrebbe limitata la facoltà di subingresso della massa alla sola ipotesi in cui il contratto definitivo sia tra quelli che non si sciolgono con il fallimento.

²⁸⁹ S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 210.

l'esecuzione del contratto o per il suo scioglimento *ex art. 72*, quarto comma, legge fall. Anche per quanto riguarda il fallimento del promittente compratore, si riconferma l'inoperatività della pretesa alla conclusione del contratto. Non è possibile ravvisare a carico della curatela l'obbligo di compiere atti di acquisto sulla base di impegni assunti dal fallito per l'incremento della sua sfera personale o aziendale. Anche in tal caso, comunque, la stipulazione del contratto definitivo può risultare vantaggiosa per la massa dei creditori. Ne deriva che la curatela può concludere l'acquisto programmato²⁹⁰.

E' bene adesso spendere qualche parola sulla **domanda *ex art. 2932 c.c.*** Per quanto riguarda, in particolare, il preliminare di vendita immobiliare, la problematica che ha suscitato i maggiori contrasti è quella che nasce dalla trascrizione, eseguita in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento del promittente venditore, della domanda proposta allo scopo di ottenere sentenza *ex art. 2932 c.c.* da parte del promissario acquirente²⁹¹. In passato una parte della dottrina ha sostenuto che situazione analoga a quella che si verifica nel caso in cui fallisca il venditore ricorre nell'ipotesi in cui le parti avessero stipulato un contratto preliminare di vendita. Per questa opinione la disciplina dei contratti pendenti si applica anche nel caso in cui sia in corso il giudizio per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre, la cui domanda in seguito alla dichiarazione di fallimento diventa *improcedibile*²⁹². Ad avviso di un'altra prospettiva dottrinale, invece, la domanda prevista dall'*art. 2932 c.c.* non è inammissibile, né diventa improcedibile a seguito della dichiarazione di fallimento del promittente obbligato, ma diventa *infondata* solo a seguito

²⁹⁰ C. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. primo, op. cit., 1012 ss. In tal senso anche secondo L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 142 ss., l'esecuzione del contratto preliminare non può essere pretesa contro il fallimento, né secondo la legge del concorso, né tanto meno in forma specifica. L'autore in esame, peraltro, non manca di notare che dottrina e giurisprudenza sono ferme nel sostenere che l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre non può essere pretesa contro il fallimento anche se la domanda giudiziale sia stata trascritta anteriormente al fallimento stesso.

²⁹¹ Così F. Abate, *Il contratto preliminare*, in *I rapporti giuridici pendenti*, a cura di M. Ferro, Atti del Convegno nazionale di studi sulle procedure concorsuali, op. cit., 145.

²⁹² F. Ferrara, *Il fallimento*, op. cit., 342 e nt. 18. In tema v, anche, A. Di Majo, *Preliminare di vendita d'immobile indiviso e fallimento di uno dei venditori*, in *Dir. fall.*, 1999, II, 678, secondo cui la Cassazione, fino alla metà degli anni '70, ha seguito proprio l'orientamento del Ferrara.

dell'esercizio, da parte del curatore, del diritto potestativo di scioglimento dal contratto, che assume nel processo la forma dell'eccezione in senso sostanziale. E, proprio perché tale diritto incide non sull'ammissibilità ma sulla fondatezza della domanda del promissario *in bonis*, il giudice non può pronunciare d'ufficio la reiezione²⁹³. Ha sintetizzato bene l'evoluzione giurisprudenziale sull'argomento in questione uno studioso: la Corte di legittimità ha inizialmente affermato che la sopravvenienza del fallimento determina la improcedibilità dell'azione *ex art. 2932 c.c.* e blocca irrimediabilmente l'evoluzione della fattispecie traslativa. Ma, in un secondo momento, il Supremo Collegio, da una parte, ha affermato la perseguibilità del giudizio nei confronti del curatore, e, dall'altra, la sussistenza della facoltà del curatore di scegliere tra subentro e scioglimento del contratto, con possibilità di determinare il rigetto nel merito della domanda attraverso la scelta dello scioglimento e la proposizione della relativa eccezione nel giudizio²⁹⁴.

Dalle considerazioni che precedono si è, quindi, tratta la conclusione che è *ius receptum* che il curatore conservi la facoltà di subentrare o di sciogliere il contratto preliminare di vendita fino a quando non si sia verificato l'effetto traslativo del bene e la sentenza, resa nel giudizio avente per oggetto l'esecuzione in forma specifica, in base all'art. 2932 c.c., non sia passata in giudicato. Pertanto, una volta dichiarato il fallimento del promittente venditore, la domanda di esecuzione specifica proposta dal promissario acquirente, anche se trascritta contro il promittente *in bonis*, può essere paralizzata dall'iniziativa del curatore di volersi sciogliere dal contratto²⁹⁵.

²⁹³ V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, op. cit., 418.

²⁹⁴ In tal senso F. Abate, *Il contratto preliminare*, in *I rapporti giuridici pendenti*, a cura di M. Ferro, Atti del Convegno nazionale di studi sulle procedure concorsuali, op. cit., 145, il quale cita, come momento di inizio del nuovo "corso", Cass. 13 maggio 1982, n. 3001, in *Dir. Fall.*, 1982, II, 914.

²⁹⁵ A. Di Majo, *Preliminare di vendita d'immobile indiviso e fallimento di uno dei venditori*, op. cit., 678. Oltre agli studiosi già menzionati, si può, ancora, ricordare l'opinione di D. Mazzocca, *Manuale di Diritto fallimentare*, op. cit., 327 ss., secondo cui l'ampia discrezionalità del curatore di profittare dei vari rapporti pendenti non consente alcuna limitazione per precedente patto del fallito, mentre il curatore nell'attuazione di questa potestà può subentrare nel contratto e costringere l'altro contraente alla stipulazione del contratto definitivo, avvalendosi, nell'ipotesi di suo persistente rifiuto, dell'apposita azione concessa per l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto *ex art. 2932 c.c.*, che,

Si è, inoltre, rilevato che, se a seguito della conclusione del preliminare il promissario deteneva il bene, deve restituirlo, a pena del risarcimento dei danni²⁹⁶. Va, comunque, evidenziato che anche più di recente un autore ha ribadito che dottrina e giurisprudenza sono state da tempo concordi nel riconoscere l'applicabilità del regime stabilito dall'art. 72 legge fall. al contratto preliminare²⁹⁷.

12. Segue: la posizione della giurisprudenza.

Anche per quanto riguarda la giurisprudenza si può registrare un orientamento abbastanza pacifico. Più in particolare, l'indirizzo prevalente era nel senso sia di escludere l'obbligo del fallimento a stipulare il contratto definitivo, sia di negare per questa ragione l'esperibilità nei confronti del fallimento della procedura contemplata dall'art. 2932 c.c.²⁹⁸ In tale prospettiva, con una lontana sentenza, la Corte di legittimità ha stabilito che il fallimento segna una fase di arresto nel processo di formazione del negozio principale, che potrà riprendere dopo la chiusura; e che pertanto durante il fallimento rimane impedita l'esecuzione specifica del contratto preliminare, anche se prima del fallimento sia stata proposta l'azione ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. e la relativa citazione sia stata

invece, è esclusa nei suoi confronti, anche se fosse stata già in precedenza proposta e trascritta e persino accolta con sentenza, naturalmente non passata in cosa giudicata.

²⁹⁶ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1250.

²⁹⁷ D. Plenteda, *Fallimento del promittente venditore: prescrizione della facoltà di scelta del curatore e diritti di restituzione*, in *Fall.*, 2001, 916. L'autore precisa che con la legge n. 30 del 1997 il riconoscimento è poi venuto in modo esplicito dall'ordinamento; con essa è stata introdotta nell'ultimo comma dell'art. 72 legge fall. la possibilità di procedere ex art. 2645 bis c.c., alla trascrizione del preliminare di vendita avente ad oggetto beni immobili ... La disposizione introdotta riconosce esplicitamente al curatore del fallimento del promittente venditore la possibilità di scegliere se dare esecuzione al contratto preliminare oppure procedere al suo scioglimento, con facoltà in quest'ultimo caso per il contraente *in bonis* di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno. Nello stesso ordine di idee F. Montaldo, *Esercizio della facoltà di scioglimento del preliminare da parte del curatore*, in *Fall.*, 2000, 732, ha precisato che in caso di fallimento del promissario acquirente, dottrina e giurisprudenza, «unanimi», affermano l'assoggettabilità della fattispecie al regime di cui all'art. 72, con facoltà per il curatore di scegliere tra subentro e scioglimento. Analogamente accade per quanto riguarda il fallimento del promittente venditore. A questo autore si rinvia per ulteriori approfondimenti in ordine alla fattispecie attinente al fallimento del promittente venditore.

²⁹⁸ Come non manca di evidenziare G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 697 ss.

tempestivamente trascritta. Qualora il curatore non dichiari di subentrare nel contratto preliminare, all'altro contraente compete solo il risarcimento del danno subito per l'eventuale inadempimento del fallito prima del fallimento, credito di natura concorsuale da insinuarsi al passivo²⁹⁹. Considerazioni, queste, ribadite nelle successive pronunce intervenute sull'argomento in esame. Si è osservato, infatti, che nei confronti del curatore del fallimento non può essere pronunciata sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto non concluso dal fallito, sia perché la dichiarazione di fallimento, immobilizzando il patrimonio del fallito, non consente il perfezionamento di fattispecie atte a produrre un mutamento della situazione patrimoniale, sia perché il curatore è terzo rispetto alle parti del contratto preliminare, talché non può essere obbligato a contrattare ed anzi, a norma dell'art. 72 l. fall., **può scegliere** tra l'esecuzione del contratto, ancorché definitivo, e lo scioglimento. La **trascrizione** della domanda di esecuzione specifica non impedisce l'apprensione da parte del curatore del fallimento, del bene promesso in vendita³⁰⁰. In linea, anche in questo caso, con quanto affermato in dottrina, si è, altresì, chiarito che il promissario di un preliminare di vendita, non perfezionatosi per l'intervenuto fallimento del promittente, deve restituire alla curatela di quest'ultimo l'immobile promesso in vendita e di cui abbia ricevuto il possesso. In mancanza, deve risarcire i danni

²⁹⁹ Cass., 10 maggio 1958, n. 1542, in *Foro it.*, 1958, I, 858 e in *Giust. civ.*, 1958, I, 1012.

³⁰⁰ In tal senso Cass., 14 febbraio 1966, n. 436, cit., 2034, la quale richiama Cass., 10 maggio 1958, n. 1542, cit., 858. La giurisprudenza sulla sorte del preliminare al momento della dichiarazione di fallimento è copiosa. Ai fini della presente ricerca, tuttavia, è sufficiente richiamare alcuni degli arresti più significativi. E, così, entrambe le decisioni appena menzionate sono state richiamate da Cass. 16 novembre 1968, n. 3748, in *Dir. fall.*, 1969, II, 386: dichiarato il fallimento di colui che si è obbligato a vendere un suo bene, l'altro contraente non può ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare di compravendita, rispetto al quale il curatore ha facoltà di scegliere tra l'estinzione e lo scioglimento. In caso di fallimento del promittente venditore, se il curatore esercita la facoltà, riconosciutagli dall'art. 72, comma 4, l. f., di sciogliere il contratto, si ha l'estinzione del contratto stesso, con cessazione del rapporto negoziale. Trib. Roma, 13 marzo 1969, cit., 480: in caso di fallimento del venditore prima del trasferimento della proprietà della cosa all'acquirente, il curatore ha la scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto: per l'esercizio di questa seconda facoltà non è necessaria una speciale autorizzazione al curatore, che può manifestare la propria volontà all'acquirente anche in modo non espresso. E' inammissibile nei confronti del fallito la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto di vendita. La sentenza che disponesse il trasferimento del bene, oggetto della promessa, ancorché trascritta, non sarebbe opponibile al fallimento.

alla massa dei creditori³⁰¹. Aderendo a tale consolidato indirizzo, il Supremo collegio ha avuto modo di ribadire che il preliminare di vendita cui non sia ancora eseguita la definitiva dichiarazione delle parti di rispettivamente vendere e comprare, è un contratto che non determina il trasferimento della proprietà, ed soggetto perciò in caso di fallimento del promittente venditore, alla facoltà di scioglimento attribuita al curatore dall'art. 72, ultimo comma, legge fall.; che, inoltre, il preliminare di vendita, considerato in relazione all'effetto finale divisato dalle parti costituisce momento di una fattispecie traslativa complessa e non ancora conclusa, la cui evoluzione resta bloccata con il fallimento del promittente venditore; invero la cristallizzazione -che ne deriva- dalla situazione patrimoniale del debitore a favore della massa non consente che si producano effetti reali a carico di essa contro la volontà degli organi preposti alla procedura concorsuale³⁰². In altri termini, la maggior parte delle decisioni in oggetto aderisce all'indirizzo -come già accennato- prevalente sia in dottrina che nella stessa giurisprudenza, in base al quale il contratto preliminare di vendita, sia nei casi di fallimento del promittente compratore che in quelli di fallimento del promittente venditore, resta disciplinato dall'art. 72 legge fall.³⁰³

Anche in tempi più recenti in giurisprudenza si è affermato che al preliminare, nel caso di sopravvenuto fallimento di una delle parti contraenti, si applicano i principi elaborati in tema di vendita in generale. Così, per i giudici di legittimità, la facoltà concessa al curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 72, comma 4, legge fallimentare, di scegliere fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto concerne anche l'ipotesi di fallimento del promesso venditore in un contratto preliminare di vendita. Tale facoltà, che individua un vero e proprio diritto potestativo del curatore e non è assimilabile ad un diritto di recesso, non è suscettibile di prescrizione, posto che l'unico limite fissato dalla disposizione

³⁰¹ Trib. Roma, 13 marzo 1969, cit., 480.

³⁰² Così Cass., 13 febbraio 1980, n. 1047, cit., 242, la quale richiama, fra le altre, Cass., 14 febbraio 1966, n. 436, cit., 2034 e Cass. 16 novembre 1968, n. 3748, cit., 386.

³⁰³ Come pone in luce A. Luminoso, *Effetti del fallimento sui rapporti pendenti (art. 72-83 l. fall.)*, op. cit., 998, al quale si rinvia per ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

normativa in questione consiste nell'avvenuto trasferimento della proprietà: per contratto o per passaggio in giudicato della sentenza resa ai sensi dell'art. 2932 codice civile³⁰⁴. In altra decisione la Corte di legittimità ha chiarito che, con riferimento alla norma dell'art. 72 legge fallimentare, l'esecuzione del contratto preliminare di compravendita, idonea ad impedire l'esercizio della facoltà di scioglimento unilaterale del contratto conferita al curatore, si deve identificare o in quella che deriva dalla volontaria stipulazione del contratto definitivo, o nella statuizione giudiziale passata in cosa giudicata che tenga luogo di quella stipulazione, poiché soltanto in uno di tali modi si può verificare l'effetto traslativo della proprietà della cosa e l'esaurimento della situazione giuridica obbligatoria scaturente dal contratto preliminare, nella pendenza della quale può, invece, legittimamente inserirsi l'iniziativa di scioglimento dal vincolo del curatore. Tale iniziativa, in conseguenza, non può trovare ostacolo -precisa la Corte- né nella circostanza che sia già avvenuto il pagamento del prezzo e l'immissione del promissario acquirente nel possesso del bene ..., né nella circostanza che, anteriormente alla dichiarazione di fallimento, la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre del promissario acquirente sia stata **trascritta** ai sensi dell'art. 2652 n. 2 c.c., poiché l'adempimento di tale formalità non incide sulla facoltà del curatore di recedere *ex art. 72* citato, ma determina soltanto -ai sensi dell'art. 45 legge fall.- l'opponibilità alla massa dei creditori della domanda stessa e della eventuale sentenza di accoglimento,

³⁰⁴ Cass., 26 ottobre 2000, n. 14102, in *Fall.*, 2001, 914. Più in particolare, osservano i giudici, alla ricostruzione della facoltà in questione in termini di diritto di recesso si frappone la realtà per cui il diritto di recesso presuppone la sussistenza di un vincolo giuridico dal quale, con una propria manifestazione negoziale, il titolare del diritto di recesso può liberarsi, laddove al curatore fallimentare è data, invece, facoltà di scegliere fra la conferma del vincolo e lo scioglimento. La decisione in esame richiama, fra le altre, Cass., 13 maggio 1999, n. 4747, in *Fall.*, 2000, 727, su cui v. *infra*. Sul punto cfr. Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, in *Fall.*, 2001, n. 911: la scelta del curatore fallimentare nel senso dello scioglimento del contratto preliminare di vendita non è assimilabile all'esercizio della facoltà di recesso e fa venire meno il vincolo contrattuale con effetto *ex tunc*. Da ciò consegue un naturale effetto restitutorio, nel senso che deve essere ripristinata la situazione anteriore alla stipula del «preliminare», e le restituzioni ed i rimborsi opereranno secondo la disciplina dettata dalle norme dell'indebito, dal momento che l'efficacia retroattiva della scelta priva di titolo sin dall'origine le prestazioni eseguite. Resta peraltro fermo che le restituzioni ed i rimborsi del contraente *in bonis* subiranno gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento e verranno soddisfatti, quindi, in moneta concorsuale, nel rispetto della *par condicio*. V. anche Cass., 6 febbraio 1999, n. 1037, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 278; Cass. 8 febbraio 2000, n. 1376, in *Giur. it.*, 2000, 1243 e Cass., 12 aprile 2001, n. 5494, in *Fall.*, 2001, 933.

sempre che il curatore abbia scelto l'esecuzione del contratto, invece che il suo scioglimento, configurandosi in questo secondo caso la scelta del curatore come elemento ostativo all'accoglimento di quella domanda³⁰⁵. Più in particolare, sul rapporto tra il giudizio *ex art. 2932 c.c.*, la sopravvenuta dichiarazione di fallimento di una delle due parti ed i poteri del curatore³⁰⁶, va segnalata una decisione delle sezioni unite della Suprema corte: per quanto interessa in questo contesto, va ricordato che, per la Corte, nel caso di pendenza del giudizio *ex art. 2932 c.c.* il curatore fallimentare conserva la facoltà di scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto preliminare, con cui il fallito aveva promesso in vendita un bene, fino al passaggio in giudicato della sentenza traslativa della proprietà pronunciata ai sensi di detta norma, poiché l'art. 72, comma 4, considera come evento preclusivo di tale facoltà di scelta il passaggio della cosa in proprietà al compratore ed a tale evento non può essere assimilato l'effetto processuale che produce la sentenza di trasferimento, ove sia stata pronunciata e non sia ancora passata in cosa giudicata³⁰⁷. In sintesi, per l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità, nonostante la trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.* effettuata dal promissario acquirente prima della dichiarazione di fallimento del promittente venditore, il curatore poteva sciogliersi dal preliminare fino a quando la relativa sentenza costitutiva non fosse passata in giudicato: solo a tale data, infatti, si verificava l'effetto traslativo della proprietà al promissario acquirente e, dunque, scattava la preclusione di cui all'art. 72, quarto comma, c.c.³⁰⁸

³⁰⁵ Cass., 13 maggio 1999, n. 4747, in *Fall.*, 2000, 727. Nella specie la Suprema Corte ha anche precisato che l'esclusione di qualsiasi valenza ostativa alla scelta del curatore della trascrizione della domanda *ex art. 2932 c.c.*, trova ora conferma anche nella disciplina del nuovo ultimo comma dell'art. 72 -aggiunto dalla legge n. 30 del 1997- con riguardo alla trascrizione dello stesso contratto preliminare ai sensi del nuovo art. 2645 *bis c.c.*, posto che il suddetto ultimo comma disciplina proprio le conseguenze per il promissario acquirente della scelta del curatore a favore dello scioglimento del contratto.

³⁰⁶ Come è stato precisato da M.Blandini – M. Dè Costanzo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 95, questo rapporto è particolarmente interessante, anche perché è stato ampiamente affrontato dalla giurisprudenza sia di legittimità che di merito, sotto diversi aspetti.

³⁰⁷ Cass., sez. un., 14 aprile 1999, n. 239, cit., 678.

³⁰⁸ In questi termini, in modo puntuale, G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1175.

In questo contesto va, tuttavia, menzionata una pronuncia che, prima della Novella, ha espresso, a sezioni unite, principi in contrasto con quelli affermati, in modo pacifico, dalla giurisprudenza³⁰⁹. Per questa decisione le regole sui contratti pendenti sono inapplicabili al preliminare ad *effetti anticipati*, in cui il contraente *in bonis* abbia già eseguito, prima del fallimento, la prestazione a suo carico: una volta esclusa, in questo caso, la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto, deriva, dalla retroattività della sentenza di accoglimento della domanda trascritta prima del fallimento, l'opponibilità alla massa della sentenza medesima, con conseguente esclusione dell'effetto acquisitivo all'attivo della procedura, del bene promesso in vendita da parte del fallito³¹⁰. E tuttavia, - come non si è mancato di sottolineare³¹¹- la stessa Suprema Corte, discostandosi da tale importante decisione, ha poi ribadito i principi tradizionali, sopra illustrati³¹². Non si può terminare l'argomento in esame senza accennare ad una recentissima decisione che, invece, ponendosi in contrasto con l'indirizzo maggioritario, si è posta nel solco del precedente delle sezioni unite del luglio 2004³¹³.

³⁰⁹ Così Cass., sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Giur. it.*, 2005, 1191.

³¹⁰ Come evidenziato da B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 428 e nt. 74: questa decisione si riferiva, però, ad una fattispecie particolare di contratto preliminare di permuta di cosa presente con cosa futura, il quale prevedeva l'immediata cessione di un bene esistente dal contraente *in bonis* al fallito, in cambio della promessa di trasferimento di un bene dal fallito al contraente *in bonis*, che, invece, non era stata perfezionata e per l'attuazione del quale lo stesso contraente *in bonis* aveva proposto domanda di esecuzione in forma specifica, trascritta.

³¹¹ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 429 e G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1176.

³¹² Cass., 22 dicembre 2005, n. 28480, in *Fall.*, 2006, 801

³¹³ Cass., 23 giugno 2010, n. 15218, in *Fall.*, 2010, 1248: in tema di preliminare di compravendita immobiliare, se la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere detto contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento del promittente venditore, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avveersi del potere di scioglimento accordatogli, in via generale, dall'art. 72 l. fall. Infatti, gli effetti della anzidetta sentenza di accoglimento retroagiscono alla data della trascrizione della domanda (così da rendere la situazione controversa insensibile agli eventi successivi incidenti sulla titolarità e sulla disponibilità del bene oggetto della pretesa) ed altresì, alla luce dei principi del giusto processo e della durata ragionevole, le posizioni delle parti ed i diritti da esse inizialmente fatti valere non possono subire conseguenze pregiudizievoli a causa del tempo di trattazione necessario per la definizione del giudizio.

In definitiva, per quanto riguarda il contratto preliminare pendente al momento del fallimento, come ha puntualizzato autorevole dottrina³¹⁴, per molti anni la giurisprudenza ha osservato orientamenti “granitici”, che possono essere sintetizzati in questo modo. Al contratto preliminare si applica l’art. 72 e il curatore può sciogliersene anche se esso -nel caso di preliminare avente ad oggetto la costituzione o il trasferimento di diritti reali su beni immobili del fallito- sia stato trascritto *ex art. 2645 bis c.c.*, e anche se il contraente *in bonis* abbia già proposto la domanda di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, salvi gli effetti del giudicato della sentenza che abbia accolto la domanda. Il curatore può dichiarare lo scioglimento del preliminare anche nel corso del giudizio di esecuzione in forma specifica, in qualunque stato o grado esso si trovi³¹⁵. Infatti, in virtù della natura negoziale della dichiarazione del curatore, essa non incontra alcun tipo di preclusione processuale, e la sua proposizione implica che la domanda del contraente *in bonis* venga rigettata o dichiarata improcedibile. Questa dottrina sottolinea, inoltre, che non impedisce l’esercizio del potere di scioglimento del curatore, la circostanza che la domanda di esecuzione sia stata trascritta nei registri immobiliari, né che il contraente *in bonis* abbia eventualmente anticipato le prestazioni scaturenti dal contratto definitivo come, per esempio, quella di pagare il prezzo della compravendita oggetto del preliminare. In seguito allo scioglimento del contratto, che produce effetti *ex tunc*, il contraente *in bonis* può insinuare al passivo le proprie pretese di tipo restitutorio -per esempio, le caparre o il prezzo di acquisto anticipato alla stipula del preliminare- che sono soddisfatte secondo le regole del concorso³¹⁶. Per l’opinione in esame l’indirizzo giurisprudenziale appena riferito non fa altro

³¹⁴ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 425 ss.

³¹⁵ A tale riguardo, la Suprema Corte ha avuto modo di sottolineare che, qualora fosse impedito da ragioni di tipo processuale, lo scioglimento potrebbe essere dichiarato anche in via stragiudiziale: in tal senso, Cass., 16 maggio 1997, n. 4358, in *Dir. fall.*, 1998, II, 64.

³¹⁶ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 427.

che applicare in maniera coerente regole desumibili dalla tradizionale qualificazione del contratto preliminare in termini di negozio a contenuto obbligatorio, avente per oggetto la conclusione del contratto definitivo. Infatti, l'obbligo che deriva dal preliminare è costituito dalla prestazione di un consenso negoziale, che può essere manifestato spontaneamente dal promittente o essere surrogato dalla sentenza costitutiva, emessa dal giudice in base all'art. 2932 c.c.: ne consegue, quindi, che fino a quando non si perfezioni, in un modo o nell'altro, il contratto definitivo, il preliminare rimane ineseguito, e, qualora sopravvenga il fallimento di una delle parti, esso va considerato, ai fini dell'applicazione delle norme in esame, come pendente, con la conseguenza che il curatore può sciogliersi da esso in base alla regola generale³¹⁷. Questo orientamento giurisprudenziale, peraltro, trova un ancoraggio anche in specifiche previsioni normative, come quella del settimo comma dell'art. 72, il quale conferma il riconoscimento ai crediti restitutori del contraente *in bonis*, della collocazione privilegiata di cui all'art. 2775 *bis* c.c., per l'ipotesi in cui il curatore abbia esercitato la facoltà di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto. Ciò conferma, in modo implicito, che a questa facoltà non sono di ostacolo né la trascrizione del contratto preliminare né l'eventuale pagamento anticipato del prezzo da parte del promissario *in bonis*³¹⁸. Si può, in conclusione, affermare che la norma contemplata dall'art. 72, terzo comma, legge fall. ha il significato di *esplicitare* che la disciplina dell'incidenza della dichiarazione di fallimento sui "rapporti pendenti" si riferisce non solo ai rapporti che scaturiscono dalla stipula di contratti "definitivi", ma anche ai rapporti che

³¹⁷ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 427.

³¹⁸ Così, ancora, B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 428, per i quali non è ostativa all'esercizio della facoltà di scioglimento del contratto neppure la trascrizione della domanda ai sensi dell'art. 2932 c.c., in quanto il recesso del curatore, impedendo l'attuazione del contratto definitivo, si pone quale ragione di rigetto o di improcedibilità della domanda trascritta, cosicché ne risulta frustrato anche l'effetto prenotativo di cui all'art. 2652, n. 2, c.c., il quale, naturalmente, postula di tale domanda, al contrario, l'accoglimento.

discendono dalla stipula dei corrispondenti contratti “preliminari”³¹⁹; essa non fa altro che sancire quanto già pianamente costituiva oggetto di unica applicazione e riconoscimento giurisprudenziale³²⁰.

13. Segue: dopo la Novella del 2006

Dottrina e giurisprudenza, pertanto, avevano ritenuto applicabili anche al preliminare le regole contenute nell’art. 72 legge fall. Questa soluzione interpretativa è stata recepita dal legislatore delegato, che con il novellato art. 72, terzo comma, legge fall., l’ha tradotta in norma di legge: in virtù della norma appena menzionata, infatti, le disposizioni di cui al primo comma si applicano anche al contratto preliminare, salvo quanto previsto nell’art. 72 *bis*. E’ l’unica norma a valenza generale che sia stata dedicata al contratto preliminare, nel senso che si applica a tutti i preliminari qualunque sia il tipo contrattuale definitivo oggetto dell’obbligo a contrarre assunto dalle parti contraenti³²¹. Ne consegue che oggi, l’art. 72, terzo comma, **estende** al contratto preliminare la regola della

³¹⁹ G. D’Amico, *Vendita dell’immobile da costruire e fallimento*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2007, 42, nt. 44.

³²⁰ M. Scicolone, *Effetti del fallimento sul contratto preliminare di compravendita: fattispecie peculiari*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, Bologna, 2009, 63. Nello stesso ordine di idee, per B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi-Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 428, il terzo comma dell’art. 72 riconferma l’orientamento costantemente seguito in giurisprudenza e sopra tratteggiato.

³²¹ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 227. Come appena osservato, il terzo comma dell’art. 72 fa salvo quanto previsto dall’art. 72 *bis*, dal quale si evince -avverte uno studioso- che il potere del curatore può essere paralizzato dalla preventiva scelta del promissario acquirente di escutere la fideiussione: A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit, 481. Ricordiamo che l’art. 72 *bis*, dopo le modifiche apportate dal D. lgs. N. 169 del 2007, dispone che i contratti di cui all’articolo 5 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 si sciolgono se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l’acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore ha comunicato di voler dare esecuzione al contratto.

sospensione del contratto, con scelta in capo al curatore di subentrare o sciogliersi dal medesimo. Il curatore, pertanto, sarà libero di prestare o meno il consenso alla conclusione del definitivo, fermo restando, per il subentro, l'obbligo di ottenere l'autorizzazione del comitato dei creditori³²².

Secondo uno studioso il rinvio al solo primo comma dell'art. 72 non significa, tuttavia, che al contratto preliminare non si applicano le altre regole contemplate dai commi, secondo, quarto, quinto e sesto. Non si comprende, infatti, perché non si dovrebbe applicare, in caso di sospensione del preliminare per fallimento di uno dei contraenti la norma che consente al contraente *in bonis* di mettere in mora il curatore che non sceglie. Allo stesso modo non si comprenderebbe la disapplicazione del quarto comma, che in caso di scioglimento del contratto attribuisce al contraente *in bonis* il diritto di insinuare al passivo il suo eventuale credito, non essendo infrequente che in sede di conclusione del contratto egli abbia corrisposto degli anticipi. Lo stesso discorso va fatto per i commi quinto e sesto relativi -come già precisato- all'opponibilità al fallimento dell'eventuale azione di risoluzione del contratto per inadempimento, proposta dal contraente *in bonis* prima della dichiarazione di fallimento con domanda debitamente trascritta, se richiesto dalla legge, oppure alla inefficacia *ex lege* delle clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento, in quanto la *ratio* di queste norme è comune a tutti i contratti pendenti e, dunque, anche al preliminare. Da tale rilievo si è, pertanto, tratta la conclusione che, nonostante il richiamo del solo primo comma dell'art. 72 legge fall., in realtà il terzo comma ha inteso estendere al contratto preliminare tutte le norme che costituiscono la regola generale relativa alla sorte di tutti i contratti pendenti, che non siano destinatari di una delle disposizioni specifiche contenute nella Sezione

³²² D. Vattermoli, *Commento all'art. 72 l. fall.*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, op. cit., 425. Nello stesso ordine di idee anche per A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 227, in caso di fallimento di uno dei contraenti il contratto rimane sospeso fino a quando il curatore non abbia scelto il subentro in esso o lo scioglimento.

IV³²³. Una parte della dottrina ha osservato che la norma contenuta nel terzo comma dell'art.72 deve, però, “fare i conti” con la disciplina del contratto oggetto del preliminare. Se questo aveva ad oggetto l’obbligo di concludere un contratto rispetto al quale la disciplina fallimentare prevede lo scioglimento automatico, lo stesso deve intendersi sciolto. Nella speculare ipotesi di preliminare di contratti che proseguono automaticamente, invece, il curatore può sciogliersi, non essendo ancora stato assunto l’obbligo definitivo³²⁴.

L’art. 72, al settimo comma, si occupa poi del contratto preliminare di vendita immobiliare. A tale riguardo uno studioso non ha mancato di sottolineare che si tratta di una norma «del tutto fuori posto» in un articolo che non disciplina più, come prima, la sorte del contratto di compravendita, ma pone le regole generali relative alla sorte di tutti i contratti pendenti³²⁵. E’ bene, comunque, precisare che l’originario settimo comma³²⁶ dell’art. 72 è stato poi sostituito dagli attuali commi settimo e ottavo, dall’art. 4, comma sesto, lett. c), del D.lgs. n. 169 del 2007 (c.d. Correttivo).

Tenuto conto dell’attuale art. 72, settimo comma, si è affermato che la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto rimane intatta anche nel caso di trascrizione *ex art. 2645 bis c.c.* del preliminare di vendita immobiliare, che determina esclusivamente un privilegio speciale, ai sensi dell’art. 2775 *bis c.c.*, sul credito alla restituzione degli acconti corrisposti, senza che all’acquirente spetti il diritto al risarcimento dei danni. Un limite alla libertà di scelta del curatore è invece espressamente previsto per il preliminare di vendita trascritto avente ad oggetto

³²³ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 227 ss. Anche ad avviso di D. Vattermoli, *Commento all’art. 72 l. fall.*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, op. cit., 426, al preliminare si applica in toto l’art. 72.

³²⁴ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 480.

³²⁵ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 227.

³²⁶ L’originario settimo comma stabiliva che qualora l’immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell’articolo 2645 *bis* del codice civile e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, l’acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all’articolo 2775 *bis* del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

un immobile ad uso abitativo -già venuto ad esistenza al momento della dichiarazione di fallimento- destinato a costituire l'*abitazione principale* dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado. L'ottavo comma dell'art. 72 puntualizza infatti che, per questa tipologia di beni, non si applica la regola generale ed il promissario acquirente ha diritto di ottenere l'esecuzione del preliminare³²⁷.

³²⁷ Così A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit, 481 e nt. 45, il quale specifica, inoltre, che quando il contratto preliminare trascritto abbia ad oggetto un edificio ancora da costruire, si deve applicare, in base al principio di specialità, il successivo art. 72 *bis* legge fall. L'art. 4, comma sesto, lett. c), del D.lgs. n. 169 del 2007 -come già precisato- a differenza delle precedenti, ha introdotto una vera novità, anche sostanziale, nella parte in cui, aggiungendo all'art. 72 un ottavo comma, ha previsto che le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645 *bis* avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado: così A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Appendice di aggiornamento, 2008, 49.

Cap. III

Il subentro del curatore nel contratto

1. La scelta del subentro: premessa.

Come già osservato nelle pagine precedenti, lo stato di sospensione dell'esecuzione del contratto viene meno con la scelta tra lo scioglimento ed il subentro, sia che il curatore l'abbia fatta in seguito alla messa in mora da parte del contraente *in bonis*, sia che l'abbia fatta in modo spontaneo³²⁸.

Si tratta, a questo punto della ricerca, di analizzare la natura giuridica, le modalità, gli effetti e gli aspetti più problematici cui ha dato luogo la scelta del subingresso, da parte del curatore, nel contratto.

Anche in questo caso, peraltro, il metodo che seguirò è lo stesso di quello utilizzato nell'affrontare il tema della sospensione dell'esecuzione del contratto: una breve ricognizione dei principali contributi dottrinali e giurisprudenziali nel vigore del codice di commercio del 1882, per poi passare ad esaminare la situazione venutasi a creare una volta introdotta la legge fallimentare del 1942. A conclusione dell'indagine cercherò di dimostrare come, anche in materia di subingresso nel contratto, il legislatore della Riforma del 2006, non ha fatto altro che recepire e tradurre in norme di legge i risultati cui nel tempo erano pervenuti sia gli studiosi più autorevoli, sia le Corti -di legittimità e di merito- più sensibili alle esigenze della pratica.

Ciò chiarito, va ricordato che la sospensione del contratto è uno stato provvisorio, che naturalmente non può durare all'infinito. Infatti, come si ricava dal tenore letterale dell'art. 72, primo comma, legge fall., la sospensione, come vicenda interinale del rapporto, può sfociare nella vicenda, definitiva, costituita dal subingresso del curatore nel contratto in corso oppure, in alternativa, in quella, anch'essa definitiva, consistente nello scioglimento del vincolo negoziale³²⁹.

A tale riguardo è opportuno fin d'ora premettere che, secondo un orientamento piuttosto consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza, nel vigore del vecchio

³²⁸ A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 221.

³²⁹ A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 75.

art. 72, sia il subingresso nel contratto, sia lo scioglimento dal medesimo producono effetti sul rapporto in corso di esecuzione aventi valore sostanziale, assoluto e definitivo; ossia, modificazioni che continuano ad operare oltre la chiusura del fallimento, e ciò tanto nei confronti del fallito che nei confronti dell'altra parte³³⁰. In particolare, secondo un autorevole studioso, le modifiche dei rapporti preesistenti (disposte dalla legge) hanno un carattere sostanziale che estende i suoi effetti al di là della procedura concorsuale³³¹.

Prima di concludere queste considerazioni introduttive, è bene accennare alla *ratio* del subentro. Secondo un orientamento piuttosto diffuso, l'attribuzione al curatore di un potere di scelta risponde al principio in base al quale l'amministrazione fallimentare ha la facoltà di sostituirsi al fallito nell'esercizio dei diritti compresi nel suo patrimonio, ma non è obbligata a farlo quando a questi diritti ineriscono degli obblighi che possano rendere antieconomica o, comunque, inutile la sostituzione in ordine alle esigenze della liquidazione concorsuale o, più in generale, dell'amministrazione fallimentare³³².

2. La natura giuridica della dichiarazione di subentro

Diverse tesi sono state avanzate, nel corso del tempo, sulla natura giuridica e sul fondamento del subingresso da parte del curatore nel contratto in corso di esecuzione. In questa sede si rivela utili richiamare, sia pure brevemente, le principali impostazioni sul punto, allo scopo di potere comprendere i risultati cui sono poi pervenuti gli studiosi della tematica degli effetti del fallimento sui rapporti in corso. Nel vigore del codice di commercio del 1882, la dottrina aveva

³³⁰ In tal senso A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 75, nt. 9.

³³¹ S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 211, con particolare riferimento allo scioglimento del contratto.

³³² L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 132.

indagato a lungo sulla più corretta definizione giuridica del subingresso della massa nel contratto concluso dal fallito. Il fondamento diretto della sostituzione è di solito individuato nelle disposizioni sull'azione surrogatoria: il vecchio art. 1234 del codice civile del 1865 e l'art. 2900 del codice civile attuale. Se i creditori, per assicurare che siano garantite o conservate le loro ragioni, possono esercitare i diritti e le azioni spettanti verso i terzi al proprio debitore, non c'è alcuna ragione di negare che lo stesso possa essere fatto anche dall'amministrazione fallimentare³³³. Come già detto, ampio è stato il dibattito sulla qualificazione giuridica da attribuire a questa sostituzione dell'amministrazione fallimentare.

Occorre innanzitutto menzionare l'opinione del Bonelli, per il quale si era in presenza di una novazione subbiettiva o espromissione: in particolare, secondo questo studioso, quando il contratto è assunto dal curatore per la massa, la surrogazione del curatore nel vincolo contrattuale si spiega per il fatto che tra le attività patrimoniali di cui «il sequestro fallimentare dà diritto al curatore d'impadronirsi» si trova, sì, il diritto alla prestazione del contraente *in bonis*, ma questa attività è considerata dalla legge, a favore del contraente stesso, come *inscindibile* dalla passività corrispondente, gravante già sul fallito (la controprestazione). Se, pertanto, il curatore, cioè la massa, vuole impossessarsi di questa attività, egli non può prenderla che gravata della relativa passività. Da quanto esposto deriva, quindi, che non si tratta di un nuovo contratto, che si possa inquadrare sotto il profilo della novazione, e neanche di una semplice surrogazione di ordine procedurale, che, lasciando in capo al fallito la sostanza del rapporto, ne devolva al curatore l'esercizio³³⁴.

Va poi ricordato che, secondo il Brunetti, il contratto non eseguito dal fallito può essere eseguito dalla massa, in virtù dell'art. 806 cod. comm. abr. In questo caso non si verifica una novazione; il curatore, secondo l'opinione in esame, deve

³³³ In argomento, vedi U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1194.

³³⁴ In questi termini G. Bonelli, *Del fallimento*, in (Bensa - Bonelli e altri) *Commentario al codice di commercio*, VIII, 3ª edizione a cura di V. Andrioli, op. cit., 580.

eseguire la prestazione come avrebbe dovuto farlo il fallito. Ma se non si verifica una novazione subiettiva, ha luogo una delegazione non novativa (*adpromissio*) o imperfetta. Per essa il primo debitore -il fallito- non rimane liberato ma, nei rapporti con il creditore delegatario, il delegato diventa il vero debitore. C'è, però, questo «divario» che nella delegazione non novativa interviene il creditore -delegatario- ad accettare il nuovo debitore delegato, mentre la surrogazione nel fallimento si perfeziona per effetto della sola dichiarazione di volontà degli organi fallimentari³³⁵. A tale impostazione si è, tuttavia replicato, da parte del Candian, che il preteso nuovo debitore adempirebbe ... adoperando in modo immediato il patrimonio del fallito, fino a che vi trova elementi attivi³³⁶. Secondo questa dottrina la spiegazione del fenomeno in esame non va cercata sul terreno del diritto privato, ma su quello del diritto processuale: si tratta, infatti, di un onere processuale³³⁷; l'adempimento delle prestazioni dovute al contraente *in bonis* è, quindi, per tale studioso, un onere processuale imposto al curatore per potere acquisire alla massa attiva del fallimento i beni che formano oggetto della prestazione del terzo³³⁸.

Anche la Suprema Corte ebbe modo di occuparsi della problematica in esame, sostenendo una tesi intermedia tra surrogazione e novazione³³⁹. E' interessante

³³⁵ A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 376, il quale si ricollega all'opinione espressa da R. Montessori, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Roma, 1917, 69 ss.

³³⁶ A. Candian, *Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione*, op. cit., 471. Anche secondo G. Auletta, *La risoluzione nel fallimento*, op. cit., 222, la dottrina più diffusa -secondo cui, appunto, si tratta di una delegazione imperfetta, per cui il primo debitore (fallito) non resta liberato e si aggiunge un nuovo debitore- non solo presuppone che il fallimento istituisca un nuovo soggetto di diritto, ma soprattutto non considera che manca il primo presupposto della delegazione: l'ordine di promettere da parte del primo debitore (fallito), al nuovo debitore.

³³⁷ A. Candian, *Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione*, op. cit., 471.

³³⁸ Come non manca di sottolineare U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1195, il quale definisce un «tentativo originale» quello del Candian di risolvere la questione, ricordando come questa tesi abbia, comunque, incontrato pochi consensi. Fra le critiche mosse alla tesi del Candian merita una particolare menzione quella di G. Auletta, *La risoluzione nel fallimento*, op. cit., 223, nt. 3, il quale, fra l'altro, ha sostenuto che l'onere sopportato non ha per scopo l'esecuzione del pignoramento, in quanto questo, nel suo effetto di togliere al titolare del bene il potere di disposizione, è già perfetto con la sentenza di fallimento: il fallito, infatti, non può più disporre del diritto acquistato in base al contratto bilaterale. Lo scopo dell'onere è quello di potere utilizzare, per gli scopi del fallimento, la prestazione dovuta all'adempiente, superando l'opponibilità dell'*exceptio*.

³³⁹ Così G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ.*

notare, comunque, che secondo un autorevole interprete, ogni tentativo di inquadrare negli schemi normali il diritto di subingresso del curatore è destinato a fallire; si tratta di «un numero primo» del diritto³⁴⁰.

Fatto questo breve *excursus* sulle opinioni dei più autorevoli studiosi dell'epoca, si deve comunque osservare che, dopo l'entrata in vigore della legge fallimentare del 1942, il dibattito su tale questione è cessato, in quanto si è affermata l'interpretazione per cui il subingresso del curatore nel contratto in corso di esecuzione deve essere ricondotto al potere di sostituzione nell'amministrazione del patrimonio del fallito riconosciuto, in generale, dalla legge agli organi fallimentari³⁴¹. A tale proposito è infatti opportuno richiamare alcuni dei più autorevoli interventi dottrinali che hanno caratterizzato il dibattito sul punto. Interessanti, al riguardo, si rivelano, innanzitutto, le considerazioni svolte da Azzolina, il quale ha preso le mosse del suo ragionamento dall'impostazione del Montessori³⁴² secondo cui, come già accennato sopra, per spiegare il fenomeno del subingresso, occorre fare riferimento alla figura della delegazione non novativa (*o adpromissio*) di cui all'art. 1271 del codice civile del 1865. Secondo l'Azzolina, questo istituto -soprattutto nella nuova disciplina assunta in base all'art. 1272 del codice civile attuale (espromissione)³⁴³- è quello «più vicino» al fenomeno del subingresso: ciò, però, non elimina la difficoltà della giustificazione dell'obbligo che il terzo -e cioè il contraente *in bonis*- assumerebbe verso l'espromittente. Per l'autore in epigrafe, si tratta, in

e comm., diretta da W. Bigiavi, op. cit., 554, il quale richiama Cass., 6 agosto 1934, n. 3014, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, 53.

³⁴⁰ W. Bigiavi, *La rivendicazione del debitore*, Padova, 1935, 213.

³⁴¹ Così A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 75. In argomento anche G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 555.

³⁴² R. Montessori, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Roma, 1917, 69 ss.

³⁴³ L'art. 1272 c.c., al primo comma, stabilisce che il terzo che, senza delegazione del debitore, ne assume verso il creditore il debito, è obbligato in solido col debitore originario, se il creditore non dichiara espressamente di liberare quest'ultimo. Se non si è convenuto diversamente, dispone il secondo comma, il terzo non può opporre al creditore le eccezioni relative ai suoi rapporti col debitore originario. Può opporgli invece, per il terzo comma, le eccezioni che al creditore avrebbe potuto opporre il debitore originario, se non sono personali a quest'ultimo e non derivano da fatti successivi all'espromissione. Non può opporgli la compensazione che avrebbe potuto opporre il debitore originario, quantunque si sia verificata prima dell'espromissione.

definitiva, di una surrogazione *sui generis*, prodotta *ope legis*, dal momento che il terzo contraente è tenuto a subirla, restando soggetto ai suoi obblighi anche nei confronti dell'amministrazione fallimentare, nonostante la sua eventuale volontà contraria³⁴⁴. Spiega bene la situazione che si viene a creare a seguito della dichiarazione di subingresso il De Semo, per il quale se il curatore subentra nel contratto non si attua né una novazione subbiettiva, né una delegazione non novativa, per la quale -come precisato- il primo debitore (il fallito) non resterebbe liberato, ma, nei rapporti con il creditore delegatario, il delegato (il curatore) diventerebbe il vero creditore. Oggi, asserisce l'autore, si parlerebbe propriamente di delegazione cumulativa *ex art. 1268 c.c.*, per la quale il debitore originario assegna al creditore un nuovo debitore, il quale si obbliga verso il creditore: il primo resta però obbligato, salvo che il creditore dichiari espressamente di liberarlo. E questo negozio presuppone un accordo contrattuale tra delegante e delegato (debitore nuovo) e una dichiarazione unilaterale del delegante al delegatario (assegnazione). Da quanto esposto si trae, quindi, la conclusione che a questa figura di delegazione non può essere ricondotta l'ipotesi del subentro, in cui il debitore originario (il fallito) nessuna assegnazione fa al creditore di un nuovo debitore (che sarebbe il curatore), e, inoltre, nessun accordo contrattuale interviene al riguardo tra il fallito e il curatore, in quanto il primo perde per effetto del fallimento la disponibilità del suo patrimonio, in cui convergono rapporti giuridici attivi e passivi. In generale, per questa impostazione, maggiore analogia si avrebbe con la novazione soggettiva, che si compie, *ex art. 1235 c.c.*, quando un nuovo debitore è sostituito a quello originario, che viene liberato. Nuovo debitore sarebbe nella nostra ipotesi il curatore subentrante, debitore originario il fallito. Ma tale situazione si produce, da una parte, senza che il fallito abbia emesso alcuna conforme dichiarazione di volontà, e dall'altra parte, in base ad una norma che attribuisce al curatore la facoltà già indicata, che gli consente anche, perfino, di sciogliersi dal contratto.

³⁴⁴ U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1194.

Al termine di questo percorso argomentativo si afferma che il rapporto in esame va configurato come la sostituzione, ad opera della legge, dell'amministrazione fallimentare e per essa del curatore al fallito, quale soggetto di un rapporto patrimoniale³⁴⁵. L'opinione appena riferita è stata poi ripresa dagli studiosi che si sono occupati del tema in questione.

Infatti, secondo un'altra opzione interpretativa, poiché il contratto fa parte del patrimonio fallimentare, non si può parlarsi di successione, mentre le altre figure -cioè, novazione soggettiva e delegazione non novativa- vengono richiamate «a sproposito», in quanto presuppongono un intervento del fallito che manca. Per l'opinione in oggetto, la curatela si limita a promettere di adempiere integralmente il contratto per la parte che riguarda il fallito, e ciò per togliere ogni fondamento al rifiuto del contraente *in bonis* di eseguire la controprestazione: in definitiva, quindi, si ha una *rinunzia ad applicare la legge del fallimento alla prestazione dovuta al venditore*³⁴⁶.

Si altresì evidenziato che la natura giuridica del subentro non è concettualmente riconducibile ad una sorta di delegazione cumulativa in senso civilistico ovvero ad una novazione soggettiva, mancando completamente quella manifestazione di volontà che dovrebbe costituirne il presupposto: più in generale, è configurabile una sostituzione *ex lege* dell'amministrazione fallimentare al fallito, e dunque come istituto peculiare dell'ambito fallimentare, difficilmente sussumibile negli schemi del diritto comune³⁴⁷. Considerazioni, queste ultime, ribadite anche di recente³⁴⁸.

3. Effetti della dichiarazione di subentro nel contratto

Tenuto conto dell'opinione consolidata in dottrina e in giurisprudenza sulla natura giuridica del subentro nel contratto -e sopra illustrata- un autorevole

³⁴⁵ G. De Semo, *Diritto fallimentare*, op. cit., 355.

³⁴⁶ F. Ferrara jr. – A. Borgioli, *Il Fallimento*, op. cit., 378.

³⁴⁷ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., 376.

³⁴⁸ Così M. Blandini – M. Dè Costanzo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 29.

studioso ha precisato che l'entrata nel contratto, da parte del curatore, non comporta una successione della massa al fallito né nella più complessiva posizione di parte del contratto (*ex artt.* 1406 ss. c.c.), né nel lato attivo e in quello passivo delle obbligazioni da questo derivanti (*ex artt.* 1260 e 1268 ss. c.c.). Il curatore, con il subingresso, non impegna il proprio patrimonio personale, né la massa attiva è dotata di autonomia e, meno ancora, di personalità giuridica. Ne consegue, allora, che la formula che compare nel secondo comma del vecchio art. 72 non deve essere intesa in senso strettamente letterale, in quanto il curatore non subentra, in luogo del fallito, nel contratto (cioè nel regolamento negoziale o nel rapporto contrattuale) né assume i relativi obblighi e diritti. Dal momento che all'ufficio fallimentare si trasferiscono i poteri di amministrazione del patrimonio fallimentare, il curatore, nel momento in cui decide di subentrare nel contratto, si sostituisce al fallito «nell'amministrazione anche di quel singolo rapporto»³⁴⁹. A tale riguardo si è, anzi, sottolineato che il fallimento, subentrando al fallito, non fa che esercitare, rispetto al contratto e ai diritti che ne derivano, trovati nel patrimonio acquisito all'esecuzione collettiva, quella stessa apprensione esecutiva, che deriva dalla sentenza dichiarativa di fallimento costituita dal pignoramento generale del patrimonio del fallito, in questo compreso il contratto di cui il fallimento intende avvalersi nell'interesse della massa³⁵⁰.

Orbene, è opportuno fin d'ora chiarire che, determinando la dichiarazione di subentro la successione ad ogni effetto del curatore nel contratto stipulato dal fallito, il contratto gli sarà pienamente opponibile; tale contratto non sarà suscettibile di revoca; tutte le prestazioni dovute dal fallito si dovranno considerare a carico della massa e tutti i diritti derivanti dal contratto a favore del fallito verranno acquisiti alla massa; il contratto, infine, sarà integralmente

³⁴⁹ In tal senso, A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 75 ss. Sul punto anche V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 429.

³⁵⁰ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1209.

imputabile al fallimento³⁵¹. E' necessario, quindi, soffermare l'attenzione sugli effetti che derivano, appunto, dal sub ingresso nel rapporto pendente da parte del curatore.

Secondo una impostazione ermeneutica, la dichiarazione di subentrare consiste nella promessa di adempiere integralmente il contratto, per cui in seguito alla medesima il contratto è come *se fosse stato concluso dalla massa*, ovviamente con le modalità previste. In tale contesto si precisa, però, che il venditore potrebbe non accontentarsi di questa promessa. Egli non contrattato con il curatore e non è tenuto a prestare fede alla nuda promessa di quest'ultimo, che non lo priva -è importante evidenziare- della difesa generale di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c.³⁵².

Il subingresso - è opportuno evidenziare- non opera sul piano della titolarità del rapporto negoziale nel suo complesso e neanche sul piano della titolarità dei singoli diritti e obblighi costituiti o trasferiti con il contratto. Il subingresso implica, in altre parole, una sostituzione nel semplice esercizio dei diritti e nell'attuazione delle obbligazioni contrattuali, fermo restando che «titolare del rapporto contrattuale e delle singole situazioni giuridiche soggettive resta il fallito»³⁵³.

In dottrina si è chiarito che l'amministrazione fallimentare che subentra nel rapporto giuridico pregresso, deve accettarlo così com'era tra i contraenti originari, senza potere influire sulla sua sostanza³⁵⁴.

La sospensione dell'esecuzione del contratto *ex art. 1461 c.c.* -come puntualizzato da un attento studioso³⁵⁵- può essere impedita con la prestazione di

³⁵¹ S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 25.

³⁵² F. Ferrara jr. – A. Borgioli, *Il Fallimento*, op. cit., 377, secondo cui, quindi, se il prezzo stabilito nel contratto dovesse essere pagato a termine o a rate, nonostante la promessa del curatore, il venditore – in base all'art. 73- può chiedere cauzione a meno che il curatore paghi immediatamente il prezzo con lo sconto dell'interesse legale.

³⁵³ A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 76.

³⁵⁴ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1198, per il quale, comunque, alcune deroghe possono riguardare quei patti che sono incompatibili con il fallimento, come, per esempio, la clausola che vieta l'alienazione della cosa da parte del fallito.

«idonea garanzia»; l'arresto *ex art. 72*, secondo comma, legge fall., invece, può essere superato con il subentro del curatore. In questa prospettiva il subentro risponde fundamentalmente, anch'esso, ad una funzione di garanzia, poiché -è bene fin da ora accennare- trasforma il credito da concorsuale a prededucibile, alterando a favore del contraente non fallito il rapporto debito-patrimonio responsabile³⁵⁶. A tale riguardo si è chiarito che, in linea di massima, il subentro del curatore offre al contraente non fallito una tutela sufficiente. E' vero - secondo tale opinione- che il patrimonio del debitore potrebbe non bastare neanche al pagamento dei debiti della massa, ma il subentro del curatore, trasformando il contratto da preesistente a contratto della massa, rende applicabile la disciplina ordinaria dei contratti, inclusi gli artt. 1460 e 1461 c.c. Da ciò deriva che, se al momento del subentro, il patrimonio del debitore è insufficiente al pagamento non solo dei debiti concorsuali, ma anche di quelli della massa, il contraente non fallito si può avvalere contro l'amministrazione fallimentare della facoltà concessagli dalla disposizione contenuta nell'art. 1461 c.c. (cioè, sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta); se poi l'insufficienza dovesse sopravvenire in un momento successivo, egli può lo stesso avvalersi di questa facoltà nel momento in cui si verifica il mutamento delle condizioni patrimoniali³⁵⁷. A tale riguardo si deve, tuttavia, segnalare la contraria opinione secondo la quale la previsione di un diritto dell'amministrazione fallimentare al subentro nel contratto comporta una vera e propria assegnazione di responsabilità patrimoniale limitata, cui il terzo non può in nessun caso sottrarsi, neppure invocando una sopravvenienza di pericolo, per sospendere l'esecuzione del contratto stesso³⁵⁸.

³⁵⁵ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 111

³⁵⁶ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 111 e, più di recente, con riguardo al novellato art. 72, L. Guglielmucci, *Il sistema dei rapporti preesistenti nel fallimento*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 18.

³⁵⁷ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 112.

³⁵⁸ A. De Martini, *Patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, op. cit., 368.

Ribadito che l'assunzione del contratto da parte del curatore non presenta alcuna difficoltà di sistemazione giuridica, avvenendo in forza dei poteri di amministrazione attribuiti al curatore, che qui, come in tutto il fallimento, si surroga al fallito, un autore precisa che, assunto il contratto, il curatore diventa «un qualunque contraente», soggetto a tutti gli obblighi e a tutte le sanzioni, compresa quella di risoluzione per inadempimento *ex art. 1453 c.c.*³⁵⁹. Su questa scia anche altri interpreti hanno sostenuto che, fatto proprio il contratto, l'amministrazione fallimentare diventa un contraente come qualsiasi altro, nella medesima situazione giuridica, e con tutte le possibilità e i relativi sviluppi, in cui si trovava il fallito. Pertanto, subentrato l'ufficio fallimentare nel contratto, questo si svolge come se nulla fosse avvenuto; le parti conservano, nella loro pienezza, diritti e obblighi, azioni ed eccezioni, in quella parità che è propria del contratto³⁶⁰. Queste considerazioni sono state ribadite anche di recente³⁶¹.

L'entrata del curatore, quale causa dell'eliminazione della possibilità di scioglimento, implica, sul piano del “buon governo” dell'amministrazione fallimentare, la ragionevole ponderazione dei vantaggi e degli svantaggi, che possono derivarne alla massa attiva e passiva. Il bilancio dell'entrata nel contratto si può chiudere con un attivo, che va ad aumentare la massa attiva, o in una perdita, che va ad accrescere la massa passiva -perdita, tanto più grave per il fatto che il contraente *in bonis* è collocato con prededuzione. Proprio tale circostanza spiega perché -come più volte precisato- il curatore debba essere autorizzato dal giudice delegato³⁶².

Il potere del curatore, nella situazione in esame, quindi, consiste nel dichiarare di subentrare in luogo del fallito nel contratto, assumendone tutti gli obblighi relativi. Quest'ultimo è, tuttavia, un aspetto delicato: si tratta, infatti, come

³⁵⁹ S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 214.

³⁶⁰ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1199 e 1216.

³⁶¹ Così M. Blandini - M. Dè Costanzo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, op. cit., 29: «L'intervento del curatore determina una sostituzione di pieno diritto di quest'ultimo al fallito, di modo che il curatore stesso diviene un contraente come qualsiasi altro, con tutte le facoltà annesse a tale sua posizione (comprese quelle previste dagli artt. 1453 e 1460 c.c.)».

³⁶² V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 430.

evidenziato dalla dottrina, già nel vigore del previgente art. 72, di stabilire il significato dell'espressione «assumendone tutti gli obblighi relativi». Secondo questa opzione interpretativa, l'espressione non ha un significato generico, altrimenti sarebbe stata inutile. Acquista, invece significato se messa in relazione al sistema delineato dall'art. 72. Il legislatore ha voluto riservare un trattamento meno rigoroso al contraente che non è ancora completamente pregiudicato dal fallimento perché il contratto non ha avuto ancora esecuzione³⁶³.

Ciò chiarito, per cogliere appieno gli effetti del subentro del curatore, è opportuno, a questo punto dell'indagine, richiamare le opinioni degli scrittori più autorevoli e delle decisioni giurisprudenziali che si sono occupati della questione in oggetto. In questa prospettiva si è così osservato che il subentro pone la massa come parte del contratto, secondo la disciplina ordinaria dei rapporti negoziali, imponendole in fase esecutiva l'obbligo di eseguire le prestazioni già gravanti sul fallito, e ponendola nella situazione di titolare delle pretese all'acquisizione delle prestazioni della controparte. Le stesse prestazioni parziali -caparre, acconti, situazioni di anticipate esecuzioni- che si fossero eventualmente verificate, debbono essere computate in fase di adempimento secondo le loro entità oggettive. Ne deriva, pertanto, che l'esecuzione può comportare la perdita da parte della procedura della disponibilità di beni già acquisiti, in previsione dell'acquisizione della controprestazione³⁶⁴. Come già accennato, qualora il curatore decidesse di subentrare nel contratto pendente, quest'ultimo deve essere accettato nella sua integralità³⁶⁵. D'altronde, come puntualmente osservato, il curatore avrà interesse a subentrare nel rapporto contrattuale se il fallito abbia già eseguito gran parte della prestazione a suo carico o se la controprestazione da

³⁶³ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., 376.

³⁶⁴ G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare*, compendio a cura di G. Lo Cascio, op. cit. 728, per il quale la compatibilità dello scambio con il regime dell'esecuzione concorsuale, oltre alla convenienza per la massa, è situazione o già valutata dal legislatore nella delineazione delle fattispecie nelle ipotesi speciali di subentro *ope legis*, o situazione da valutarsi di volta in volta da parte dell'ufficio fallimentare.

³⁶⁵ Così M. Blandini – M. Dè Costanzo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, op. cit., 28.

ricevere abbia un presumibile rilevante valore di realizzo per l'amministrazione fallimentare o sia comunque utile per valorizzare il patrimonio acquisito dal fallimento³⁶⁶.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di occuparsi degli effetti derivanti dalla dichiarazione del curatore di subentrare nel contratto. Così, in una non più recente decisione, la Suprema Corte ha stabilito che, con la dichiarazione di subingresso, la massa rinuncia alla sua iniziale posizione di terzo rispetto a quel determinato rapporto, ritenendo più vantaggiosa quella di parte contraente³⁶⁷. Si è chiarito, inoltre, che il subentro facoltativo del curatore implica, da una parte, l'acquisto dei diritti nascenti dal contratto e, dall'altra, l'assunzione a carico della massa delle obbligazioni dallo stesso derivanti. Questo principio generale che, prima, era ricavato dalla giurisprudenza in via di interpretazione per tutti i contratti diversi da quelli per i quali la legge prevedeva lo scioglimento *ex lege* o il subentro automatico del curatore per effetto dello scioglimento, è ora affermato espressamente dall'art. 72, primo comma l. fall., laddove prescrive che il curatore, dichiarando di subentrare nel contratto, ne assume «*tutti i relativi obblighi*»³⁶⁸. Più precisamente, il curatore subentrante è tenuto ad adempiere le obbligazioni contrattuali in via di prededuzione, pena la soggezione all'eccezione di inadempimento, all'eventuale sospensione della controprestazione, all'azione di risoluzione per inadempimento e di risarcimento dei danni, nonché all'azione di garanzia per i vizi e per l'evizione³⁶⁹. Conviene a questo punto vedere quali sono, in concreto, le ripercussioni dell'entrata nel contratto sulle posizioni del curatore e della parte *in bonis*. Come puntualmente evidenziato, l'assunzione da parte dell'ufficio fallimentare, dell'esecuzione del contratto comporta, per espressa volontà di legge, talune modificazioni sia della posizione del curatore sia di quella del contraente *in bonis*: le più importanti

³⁶⁶ Così A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 479.

³⁶⁷ Cass., 17 luglio 1962, n. 1903, in *Dir. fall.*, 1962, II, 785.

³⁶⁸ Cass., 28 giugno 1963, n. 1760, in *Foro it.*, 1963, 1902.

³⁶⁹ Cass., 6 dicembre 1974, n. 4030, in *Foro it.*, 1975, 1143.

modifiche sono quelle che riguardano il terzo. Quest'ultimo, infatti, in seguito al subingresso del curatore nel contratto finisce con il beneficiare di un'esenzione dalla regola del concorso e acquista il diritto di essere soddisfatto delle sue ragioni creditorie mediante prededuzione. La *ratio* di tale disciplina è chiara: come il curatore può pretendere dall'altra parte l'integrale esecuzione del contratto, così, per una fondamentale esigenza di tutela dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto -bilateralmente ineseguito-, bisogna riconoscere un trattamento reciproco in favore del contraente *in bonis*³⁷⁰. L'esenzione dalla regola del concorso -si è specificato- consente, a propria volta, anche all'altro contraente di esercitare tutti i rimedi di diritto comune -quale, soprattutto, la risoluzione per inadempimento del curatore- e lo assoggetta nel contempo, all'esercizio, da parte del curatore, di quei rimedi³⁷¹. Se, quindi, il curatore si rendesse inadempiente all'esecuzione del contratto in cui è regolarmente subentrato, l'amministrazione fallimentare dovrà rispondere delle conseguenze relative all'inadempimento, come ogni altro contraente, secondo i principi ordinari, e quindi potrà essere condannata, a scelta del contraente *in bonis*, alla manutenzione o alla risoluzione del contratto³⁷². In tale prospettiva si è chiarito che, se il contratto prosegue in capo alla massa *ex lege*, o per volontà del curatore, l'esecuzione del contratto non subisce modifiche a causa della circostanza che al contraente originario si sia sostituita l'amministrazione fallimentare. Il contraente *in bonis*, dunque, non può essere tenuto all'adempimento dell'obbligazione a proprio carico, se il fallimento non offre a sua volta la controprestazione del contraente fallito, né può essere comunque costretto ad accettare in moneta fallimentare il corrispettivo pattuito. Trovano applicazione, pertanto, gli artt. 1460 (*exceptio inadimpleti contractus*) e 1461

³⁷⁰ A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 76.

³⁷¹ A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 76, nt. 15, il quale richiama l'opinione espressa al riguardo da V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 429.

³⁷² U. Azzolina, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali ineseguiti*, op. cit., 363.

cod. civ. (mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente)³⁷³. Tali considerazioni sono state recepite anche dalla Corte di legittimità, secondo cui le norme degli artt. 1461 e 1481 cod. civ., le quali sono entrambe dirette a garantire nei contratti con prestazioni corrispettive il sinallagma funzionale tra le contrapposte prestazioni in attuazione dello stesso principio cui si ispira l'art. 1460 cod. civ., si applicano, in forza di interpretazione estensiva, anche a favore del contraente che possa essere pregiudicato dal fallimento dell'altra parte, in quanto dette norme perseguono la finalità di evitare che sia violato o alterato l'equilibrio tra le prestazioni, qualora, durante lo svolgimento del rapporto, venga a manifestarsi l'incertezza della realizzazione della controprestazione in relazione alla quale sia stata assunta l'obbligazione corrispettiva, circostanza questa che si verifica anche nell'ipotesi in cui il rapporto possa essere influenzato o condizionato dal possibile e prevedibile fallimento di uno dei contraenti³⁷⁴.

Per quanto riguarda poi il curatore, si deve, anche qui, ribadire che le modifiche attinenti alla sua posizione si sostanziano nella eliminazione della possibilità, per l'ufficio fallimentare, di deliberare lo scioglimento del contratto³⁷⁵.

Su tale fondamentale aspetto della disciplina sono tornati anche gli scrittori che, dopo la Novella, si sono occupati della problematica degli effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Come precisato da recente dottrina³⁷⁶, se il curatore opta per la prosecuzione del contratto pendente, la l'art. 72 impone alla procedura di assumere tutti gli obblighi che discendono dal contratto. Tale principio è espressamente sancito, in generale, dalla disposizione appena

³⁷³ M. Arato, *I contratti pendenti nel fallimento*, op. cit., 116.

³⁷⁴ In tal senso Cass., 18 maggio 1982, n. 3072, in *Fallimento*, 1982, 1327. In applicazione di tali principi, la Corte ha stabilito che il promissario acquirente, quando sussiste il pericolo di rivendica del bene promesso in vendita o di revoca del futuro acquisto di esso per effetto del sopravvenuto manifestarsi dello stato di insolvenza del promittente alienante e del suo conseguente prevedibile fallimento, non solo ha la facoltà di rifiutarsi di addivenire alla stipulazione del contratto definitivo, ma può anche pretendere la stipulazione di questo con la sospensione del pagamento del prezzo.

³⁷⁵ V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 429. Su questa scia anche A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 77.

³⁷⁶ M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, op. cit., 327.

menzionata e viene poi ulteriormente ribadito in altre norme specifiche, come l'art. 74 legge fall.³⁷⁷ L'esecuzione del contratto rientrerà tra le attività poste in essere dagli organi del fallimento, con la conseguenza che il contraente *in bonis* assumerà la posizione di creditore della massa e avrà diritto al soddisfacimento delle sue pretese in base a quanto stabilito dalla disposizione di cui all'art. 111-*bis*, primo comma, legge fall.³⁷⁸ Il subentro comporta -ha ribadito un altro studioso- la sostituzione dell'organo della procedura al fallito nella stessa posizione in cui quest'ultimo si trovava al momento della conclusione del contratto: da tale rilievo deriva che le obbligazioni dallo stesso derivanti dovranno essere integralmente adempiute e pagate in prededuzione in base all'art. 111, primo comma, n. 1 nei modi e nei termini concordati, senza possibilità di modifica unilaterale del contenuto del rapporto negoziale originario³⁷⁹.

Si può, in conclusione, affermare che l'effetto più significativo del subentro, quindi, è quello di porre il credito del contraente *in bonis* al di fuori del concorso e di trasformarlo da concorsuale a prededucibile. Il contraente non ha altra scelta che quella di adempiere nei confronti del curatore. Se la prestazione del contraente *in bonis* sia diventata eccessivamente onerosa per eventi straordinari e imprevedibili, il curatore potrebbe subentrare nel contratto offrendo contestualmente di modificare equamente le condizioni in virtù dell'art. 1467, terzo comma, c.c.³⁸⁰ Il contraente *in bonis* non è, tuttavia, privato del potere di chiedere -qualora dovessero ricorrere le condizioni previste dalla legge- la dichiarazione di nullità o l'annullamento del contratto o la risoluzione per

³⁷⁷ L'art. 74 legge fall. (Contratti ad esecuzione continuata o periodica) stabilisce che se il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati.

³⁷⁸ Il primo comma dell'art. 111-*bis* legge fall. (Disciplina dei crediti prededucibili) dispone che i crediti prededucibili devono essere accertati con le modalità di cui al capo V, con esclusione di quelli non contestati per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio, e di quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati ai sensi dell'art. 25; in questo ultimo caso, se contestati, devono essere accertati con il procedimento di cui all'art. 26.

³⁷⁹ D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 419.

³⁸⁰ A. Giudici, *sub art. 72*, in Piero Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, op. cit., 779.

impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità sopravvenuta; non è privato neanche dello strumento di autotutela di cui all'art. 1461 c.c.³⁸¹

4. Le clausole incompatibili con il fallimento come possibile limite al subentro del curatore.

Una questione peculiare che si è posta analizzando la situazione che deriva dalla dichiarazione di subingresso nel contratto, e l'eventuale esistenza di limiti a questa facoltà del curatore, attiene alla rilevanza delle clausole che si rivelassero incompatibili con la procedura. A tale riguardo si sono formati due orientamenti contrapposti. Da una parte, alcuni studiosi affermano che il curatore può subentrare nel contratto assumendone solo parte considerata appunto "compatibile"; dall'altra parte si replica che il carattere discrezionale della decisione rimessa agli organi della procedura in ordine al subingresso nel contratto esclude una scelta tra clausole compatibili e clausole incompatibili, che finirebbe altrimenti con il tradursi in una inammissibile discriminazione tra effetti favorevoli ed effetti sfavorevoli (per i creditori) del contratto pendente³⁸². E' opportuno soffermare l'attenzione su tale contrasto di opinioni.

Per un primo indirizzo, si deve distinguere tra clausole compatibili e clausole incompatibili con il fallimento. Se vi sono clausole incompatibili con le finalità del fallimento, sono *ipso iure* eliminate, sacrificandole, così, all'interesse pubblico sotteso alla procedura³⁸³. Su questo solco, un autore, dopo aver ribadito che il rapporto preesistente si trasmette al fallimento «così come sussisteva tra le parti», ha affermato che esso può, tuttavia, subire modifiche, se taluna delle clausole contrattuali sia incompatibile con i fini del fallimento. Si cita, al riguardo, una clausola che importasse divieto di alienazione della cosa da parte del fallito. Questa clausola non sarebbe opponibile ai creditori neanche fuori dal

³⁸¹ A. Giudici, *sub art. 72*, in Piero Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, op. cit., 779.

³⁸² A. Jorio, *Fallimento del venditore e tutela dell'acquirente*, in *Giur. comm.*, I, 1974, 757.

³⁸³ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1216.

fallimento; *a fortiori* dopo³⁸⁴. Più articolato è, in proposito, il percorso argomentativo seguito da Jorio, per il quale si deve innanzitutto chiarire che il contratto pendente alla data del fallimento può subire mutamenti anche rilevanti nel temperamento di interessi che ne aveva determinato la formazione. Non si può escludere che la continuazione del contratto avvenga con un qualche sacrificio del contraente *in bonis*, imputabile all'«impatto» (*sic!*) del contratto pendente con la procedura concorsuale e con i relativi impedimenti al soddisfacimento completo degli interessi che ne erano alla base. Il problema della configurabilità di clausole c.d. incompatibili -il cui inadempimento da parte del curatore si possa, cioè, giustificare con il rispetto di esigenze indeclinabili della procedura- non trovando ostacolo in un principio, inesistente, che imponga l'inalterabilità del sinallagma, si risolve essenzialmente in un problema di limiti. Più precisamente, per l'autore in epigrafe, occorre distinguere tra clausole contrattuali effettivamente incompatibili con la struttura della procedura e clausole soltanto *onerose* per il fallimento, ma per le quali il legislatore non ha formulato un'espressa previsione normativa che «suoni consenso» al sacrificio degli interessi del terzo e che sola potrebbe legittimare la posizione privilegiata del curatore. Proprio in quest'ottica trova giustificazione un'interpretazione restrittiva, volta ad individuare con attenzione le situazioni in cui è ravvisabile una vera e propria incompatibilità tra un determinato obbligo contrattuale e la procedura concorsuale, che non debbono essere confuse con altre situazioni in cui sia soltanto questione di opportunità e di mera prevalenza degli interessi dei creditori³⁸⁵.

A questa interpretazione si sono, però, contrapposti altri, autorevoli, scrittori. Secondo questa diversa ricostruzione, ciò che va tenuto presente è che la legge accorda al curatore il potere di subentrare nel contratto, non di modificarlo. Se la vendita -si afferma- è corredata di clausole incompatibili con la procedura fallimentare, come la concessione di un diritto di prelazione o di riscatto a favore

³⁸⁴ S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 211.

³⁸⁵ A. Jorio, *Fallimento del venditore e tutela dell'acquirente*, op. cit., 759.

del venditore, questa sarà una ragione per non subentrare nel contratto. In altri termini, per questa opinione, non si possono calpestare i diritti del contraente non fallito al di fuori dei casi stabiliti dalla legge³⁸⁶. In questo contesto si è, altresì, sostenuto che la continuazione del contratto ne implica il rispetto integrale da parte del curatore senza distinzione tra clausole compatibili e incompatibili con il fallimento. Ne deriva che, se il contratto contiene clausole incompatibili, questa può essere una ragione per giustificare lo scioglimento, non già per legittimare il subingresso *in utilibus* e lo scioglimento *in damnosis*³⁸⁷. Ha spiegato bene la sua posizione un illustre autore³⁸⁸. La tesi della sopravvivenza delle sole clausole che siano compatibili con il fallimento -egli precisa- non tiene sufficientemente conto del diritto di scelta del curatore, sicché essa potrebbe considerarsi contratto con questo diritto. Per l'opinione in esame, la possibilità del curatore di optare tra due soluzioni comprende anche una valutazione da parte sua delle clausole del contratto, delle condizioni alle quali egli dovrà poi sottostare e «sarebbe un fuor d'opera» concedere al curatore, dopo che si fosse deciso per l'esecuzione, di «sceverare» tra clausole compatibili e clausole incompatibili. Ciò si potrebbe prestare ad abusi, come quello che un curatore, il quale veda ad un certo punto che il contratto non gli conviene più, chiuda rapidamente il fallimento, sottraendosi così all'adempimento³⁸⁹. Da quanto precede emerge, dunque, per questa seconda opzione, che ci sono clausole contrattuali che possono impedire -indirettamente- il subentro del curatore: quelle clausole che -come accennato- introducono una disciplina convenzionale incompatibile con la normativa o le esigenze della procedura fallimentare. Non è possibile scindere il contenuto del contratto. Ne deriva che la presenza di clausole incompatibili, nel caso in cui

³⁸⁶ F. Ferrara jr. – A. Borgioli, *Il Fallimento*, op. cit., 377, nt. 2.

³⁸⁷ V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, op. cit., 431 e nt. 405. L'autore precisa poi che il problema si pone in termini diversi nell'ipotesi di clausole, ignote al curatore al tempo della dichiarazione, la cui opposizione, da parte del contraente *in bonis*, può giustificare l'annullamento della dichiarazione di subentro per errore.

³⁸⁸ G. Cottino, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, op. cit., 370.

³⁸⁹ G. Cottino, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, op. cit., 370.

l'incompatibilità fosse assoluta, potrà costituire un ostacolo al subentro³⁹⁰. Va, peraltro, osservato che la giurisprudenza sembra avere accolto l'orientamento appena ricordato³⁹¹

A quest'ultimo indirizzo la dottrina ha mostrato di aderire anche dopo la Riforma, nel momento in cui ha sostenuto che, nel caso in cui l'organo della procedura decidesse di dare corso al contratto, non potrebbe modificarne unilateralmente il contenuto. In quest'ottica, pertanto, l'eventuale inclusione di clausole ritenute incompatibili o non convenienti con la procedura fallimentare può rappresentare una giustificazione per lo scioglimento del contratto³⁹². Siamo in presenza, in realtà, di quello che è stato definito, in uno dei primi commenti al nuovo sistema dei rapporti pendenti, un difetto tecnico della disciplina. Si è osservato, infatti, che è rimasto privo di soluzioni il problema -che aumenta indirettamente di rilevanza dato che adesso ci sono maggiori possibilità di continuazione dei contratti pendenti- del coordinamento tra gli obblighi contrattuali nei quali subentra il curatore e le esigenze della procedura³⁹³.

5. Ammissibilità o meno di nuove garanzie.

³⁹⁰ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 136 ss.

³⁹¹ In sintonia con la tesi che per cui il curatore non può scindere il contenuto del contratto si è espresso Trib. Milano, 19 giugno 2002, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 351, come precisano B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, Organi- Effetti - Disciplina penalistica, Padova, 2010, 449, nt. 111.

³⁹² D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti -Introduzione*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, op. cit., 423 ss. Come precisa l'autore, la neutralità della procedura riguardo al contenuto del rapporto negoziale subisce, tuttavia, un'eccezione, regolata -come si vedrà nel prosieguo- dal sesto comma del novellato art. 72. Su tale scia anche A. Giudici, *sub art. 72*, in Piero Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, op. cit., 781, secondo cui la presenza di clausole incompatibili con il fallimento, ossia quelle che limitano la libertà di determinazione del fallimento, non permette al curatore di modificarle ma potrà, più semplicemente, dissuaderlo dal subentro.

³⁹³ Così A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, op. cit., 1146, la quale puntualizza che solo una delle clausole contrattuali che spesso accedono ai contratti commerciali trova espressa disciplina, invocando il nuovo art. 83 *bis* legge fall. (clausola arbitrale).

Una questione che ha agitato la dottrina nel vigore della legge del 1942, è quella che riguarda la possibilità da parte del contraente *in bonis*, nel momento in cui il curatore subentra nel contratto, di chiedere ulteriori garanzie. Sul punto si possono registrare due distinti orientamenti interpretativi.

In estrema sintesi, si può dire che, in base ad una prima impostazione, il subentro del curatore in determinati contratti è o può essere subordinato alla prestazione di ulteriore garanzia: una cauzione nella vendita a termine o a rate in caso di fallimento del compratore *ex art. 73* vecchio testo, idonee garanzie nell'appalto *ex art. 81* vecchio testo. Si tratta, in questi casi, di difese ulteriori rispetto a quelle desumibili dalla sottoposizione dei contratti della massa alla disciplina contrattuale ordinaria e il curatore -per questa opinione- deve assoggettarsi all'onere di prestare cauzione o idonee garanzie a prescindere dal fatto che, al momento del subentro, il patrimonio del debitore sia insufficiente al pagamento dei debiti della massa³⁹⁴.

Ad avviso di un altro indirizzo, invece, dalla premessa della immodificabilità del contratto in sede di subingresso del fallimento, deriva anche la conseguenza che il contraente *in bonis* non può richiedere alcuna ulteriore garanzia, che non sia predisposta e assicurata dal contratto. Se il contraente *in bonis* -si argomenta- non ha chiesto queste garanzie al suo contraente, sarebbe assurdo che le pretendesse in presenza di un'amministrazione giudiziaria, che con l'assunzione del contratto, gli fornisce ogni garanzia. I dubbi che potevano sorgere nel vigore del codice di commercio, in cui prevaleva l'attività del curatore, dopo la legge del 1942 non hanno più ragione d'essere, considerato che «la direzione del procedimento è nelle mani del giudice delegato» e sono aumentati controlli e garanzie nell'attività dell'ufficio³⁹⁵. Su questo solco, anche più di recente, si è ribadita

³⁹⁴ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 111 ss.

³⁹⁵ Così R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1217, secondo cui, in contrario, non può essere richiamato l'art. 73 che, ammettendo -come appena visto- il contraente *in bonis* a chiedere cauzione, si riferisce alle caratteristiche del contratto di vendita a termine o a rate, anche nella sua fisiologia normale, nel diritto comune (arg. artt. 1498 e 1523 ss).

l'impossibilità per contraente *in bonis*, di richiedere garanzie ulteriori rispetto a quelle che fossero già eventualmente presenti nel contratto stipulato dalla parti³⁹⁶. Non si può, tuttavia, non sottolineare che questa seconda impostazione dovrà fare i conti con il sistema dei contratti pendenti quale risulta dalla riforma del 2006, inserito in un contesto più complessivo in cui è cambiato, a volte anche in modo significativo, il ruolo dei vari organi della procedura fallimentare e, di conseguenza i rapporti tra gli stessi. In altri termini, ciò che vale la pena di puntualizzare è che l'argomentazione adotta a sostegno della inammissibilità di nuove garanzie -cioè, come detto, il fatto che "la direzione del procedimento è nella mani del giudice delegato", non è più perfettamente in sintonia con la nuova ripartizione di compiti quale emerge dalla novellata legge fallimentare.

³⁹⁶ Così M.Blandini – M. Dè Costanzo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, op. cit., 29.

Cap. IV

Lo scioglimento del contratto

1. Lo scioglimento: considerazioni introduttive

Lo scioglimento del rapporto -è bene innanzitutto sottolineare- si pone come limite generale alla sostituzione del curatore nella posizione dell'imprenditore fallito sia per ragioni di tutela dell'amministrazione fallimentare -se non addirittura di incompatibilità con i principi della concorsualità sistematizzata-; sia per ragioni di tutela del contraente *in bonis*, in quei contratti maggiormente caratterizzati da una connotazione personalistica³⁹⁷.

Va in secondo luogo evidenziato -ma sul punto si tornerà più diffusamente in prosieguo- che, nel caso di scioglimento del contratto, il curatore si sottrae ad ogni obbligazione diretta discendente dal rapporto negoziale, in quanto non assunto e le prestazioni anteriori, per la caducazione del vincolo sinallagmatico (funzionale), restano prive di ogni causa giustificativa³⁹⁸. Va comunque rammentato che, ad avviso di un autorevole studioso, la particolarità della disciplina non consiste nel riconoscimento del diritto del contraente *in bonis* di sospendere l'esecuzione della prestazione, e neppure nel riconoscimento del diritto del curatore di subentrare nel contratto, adempiendone integralmente gli obblighi, quanto piuttosto consiste nel diritto del curatore di sciogliersi dal contratto, qualora non intenda assumere gli obblighi che sono connessi all'esecuzione di esso. Questo diritto del curatore -si precisa- costituisce effettivamente una «specialità» del diritto fallimentare³⁹⁹.

³⁹⁷ A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre proc. concorsuali*, diretto da L. Panzani, *Il dir. privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, op. cit., 276.

³⁹⁸ A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre proc. concorsuali*, diretto da L. Panzani, *Il dir. privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, op. cit., 276.

³⁹⁹ In tal senso G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, op. cit., 583.

2. La natura giuridica della dichiarazione di scioglimento

Rispetto alla vicenda del subentro nel contratto in corso di esecuzione -sopra analizzata- più controversi si rivelano, sia in dottrina che in giurisprudenza, i caratteri dello scioglimento del contratto per il quale il curatore può optare in virtù della norma contenuta nell'art. 72 legge fall.⁴⁰⁰

In particolare, come la dottrina non ha mancato di rilevare, dello scioglimento è dubbia la natura giuridica, soprattutto -come vedremo in prosieguo- rispetto al rapporto con gli istituti civilistici della risoluzione per inadempimento e del recesso unilaterale⁴⁰¹. Le dispute tra gli studiosi sulla questione in esame sono molto antiche, risalendo addirittura al periodo in cui era in vigore il codice di commercio del 1882.

Per cogliere, sia pure nei limiti della presente ricerca, i termini di tale complesso dibattito, è opportuno segnalare il consolidato indirizzo in base al quale la parte *in bonis*, dopo la dichiarazione di fallimento, non si può avvalere né del rimedio della risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento, né della clausola risolutiva espressa⁴⁰².

Al fine di giustificare l'opzione interpretativa appena richiamata un illustre studioso ha puntualizzato che un diritto di *risoluzione* del contratto a causa del fallimento non si può ammettere, anche data una legge, come quella italiana, che attribuisce questo diritto contro l'inadempiente nei contratti bilaterali *ex art. 1165 cod. civ. abr.* Non può ammettersi -precisa l'autore- perché, tra l'altro, il fallimento non implica inadempienza⁴⁰³. In contrasto con queste affermazioni, un'altra dottrina ha tuttavia sottolineato che, non essendo il fallimento causa legale di impossibilità dell'adempimento, la parte *in bonis* ha diritto di risolvere

⁴⁰⁰ A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 77.

⁴⁰¹ A. Mirone, *Compravendita e somministrazione, in I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 63.

⁴⁰² Così, ancora, A. Mirone, *Compravendita e somministrazione, in I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 63.

⁴⁰³ G. Bonelli, *Del fallimento (commento al Codice di Commercio)*, vol. I, terza ed. a cura di V. Andrioli, op. cit., 570.

il contratto e di domandare il risarcimento del danno partecipando per il relativo ammontare alla massa passiva⁴⁰⁴.

Anche dopo l'entrata in vigore della legge fallimentare del 1942 le dispute sulla più esatta qualificazione giuridica dello scioglimento, da parte del curatore, del contratto in corso di esecuzione non si sono sopite. Non si tratta, naturalmente, soltanto di uno "sterile" conflitto di opinioni privo di riscontro pratico; va, al contrario, sottolineato che, dalle diverse interpretazioni propugnate dagli studiosi discendono -come si avrà modo di approfondire più avanti- conseguenze giuridiche profondamente diverse. Si possono delineare, in estrema sintesi, due orientamenti principali che si contendono il campo. Per una prima impostazione ermeneutica, il fenomeno dello scioglimento deve essere ricondotto ad una vicenda estintiva del rapporto contrattuale dotata di **efficacia irretroattiva**⁴⁰⁵. Ai fini della ricerca che stiamo conducendo, è opportuno vedere come gli scrittori che si possono inquadrare all'interno di questo indirizzo hanno analizzato la questione in oggetto. In particolare, una parte della dottrina ha sostenuto che il potere di sciogliersi dal contratto, che la legge rimette al curatore, non è un potere di risolvere il contratto, ma di liberarsi dalle obbligazioni derivanti dal contratto, dunque di far cessare o di estinguere il contratto con effetti *ex nunc*, per cui rimangono salvi gli effetti prodotti in passato. Da quanto appena esposto si trae la conclusione che si tratta, in realtà, di un *potere di recesso*⁴⁰⁶. Molto interessante si rivela poi il percorso argomentativo seguito da un autore. Si è affermato che quando l'amministrazione fallimentare non subentra nel contratto - per espressa dichiarazione di volontà in questo senso o comunque per inosservanza delle condizioni all'uso previste dalla legge, la sospensione dell'esecuzione da temporanea diventa definitiva e si verifica la c.d. *resiliazione* del rapporto. Sulle orme del Bonelli, cui si deve l'introduzione nella nostra

⁴⁰⁴ In tal senso A. Candian, *Il processo di fallimento*, Padova, 1939, 255.

⁴⁰⁵ A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 77.

⁴⁰⁶ F. Ferrara jr. - A. Borgioli, *Il Fallimento*, op. cit., 378. Cfr. anche F. Ferrara, *Il fallimento*, op. cit., 337. Tesi, come vedremo fra breve, successivamente fatta oggetto di rilievi critici.

letteratura giuridica di tale termine, si chiarisce che la resiliazione⁴⁰⁷ è la definitiva estinzione di ogni possibile effetto del contratto stipulato dal fallito, rispetto alla massa fallimentare, o meglio la costituzione di una situazione giuridica in base alla quale rimane escluso che la massa si renda destinataria degli effetti attivi e passivi del contratto stesso. Ne deriva, seguendo l'opinione in commento, che si può parlare di scioglimento del contratto nei rapporti tra terzo contraente *in bonis* e amministrazione fallimentare, con effetto *ex nunc*, e dunque restando salvi gli effetti verificatisi prima della causa di scioglimento⁴⁰⁸. Chiarita la nozione di resiliazione, l'autore in epigrafe sottolinea poi la differenza tra la figura in esame e la risoluzione. Il contratto resiliato rispetto alla curatela non è anche necessariamente risolto *inter partes*, e i rapporti che ne derivano sono suscettibili di svolgersi ulteriormente tra queste. Può così accadere, innanzitutto, che il contratto riceva, nonostante il fallimento, regolare esecuzione, bastando a tal fine che il fallito si ponga comunque in condizione di adempiere. Ma nella maggior parte dei casi il dissesto pone il fallito nell'impossibilità di eseguire il contratto; e l'inadempimento giustifica la risoluzione; l'amministrazione fallimentare -puntualizza, però, l'autore- è estranea e insensibile agli effetti dell'eventuale risoluzione del contratto, pronunciata *dopo la resiliazione*, fra terzo contraente e fallito; e il terzo rimane libero di agire contro il fallito per ottenere tutte le statuizioni richieste dal proprio interesse, salvo -a causa del fallimento- soddisfarsi soltanto sul patrimonio post-fallimentare del debitore: ne consegue, allora, che risoluzione e resiliazione operano su piani diversi: la prima nei rapporti fra il contraente *in bonis* e il fallito; la seconda nei rapporti fra il contraente *in bonis* e la curatela, i loro effetti interferiscono esclusivamente per il fatto che la risoluzione potrà essere chiesta dal contraente *in bonis* contro il fallito

⁴⁰⁷ Dal corrispondente sostantivo francese *résiliation* e dal verbo *résilier*, etimologicamente derivato dal latino *resilire*, *saltare indietro*, ma anche *salta via* e dunque *desistere*, *abbandonare*, come ricorda U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1199. In argomento, cfr., inoltre, G. Forte, *Resiliazione del contratto a seguito del fallimento del compratore*, in *Mon. Trib.*, 1950, 340.

⁴⁰⁸ Così U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1199, il quale, tuttavia, precisa che bisogna tenere ben fermo il concetto che l'estinzione degli effetti del contratto non si estende necessariamente ed in ogni caso ai rapporti fra terzo *in bonis* e fallito.

solo in quanto sia intervenuta la resiliazione⁴⁰⁹. Sempre in questa prospettiva è opportuno rammentare che la stessa giurisprudenza si è, spesso, allineata all'opinione appena riferita. Infatti, con un arresto ormai lontano, la Corte di legittimità ha stabilito che lo scioglimento non risolve il contratto, ma ne fa cessare *ex nunc* l'efficacia, con la conseguenza che non solo non può parlarsi di responsabilità per danni, sia da parte della massa che del fallito, ma rimangono altresì fermi gli atti già compiuti prima del fallimento⁴¹⁰. Su questo solco si è, inoltre, chiarito che il legislatore, regolando nell'art. 81 legge fall., gli effetti del fallimento sul contratto di appalto, ha di proposito parlato di scioglimento e non di risoluzione del contratto stesso, intendendo così manifestamente attribuire all'evento che lo determina l'effetto non già di risolvere il contratto con effetto retroattivo, ma di farne cessare soltanto, con effetto *ex nunc* l'efficacia e, quindi, l'ulteriore esecuzione, fermi rimanendo gli effetti già conseguiti e l'efficacia, comunque, del contratto per il tempo anteriore all'intervento della causa di scioglimento⁴¹¹.

Un'altra parte della dottrina è, tuttavia, giunta a conclusioni diverse. Secondo un autore quanto affermato, soprattutto dalla Suprema Corte, a prescindere dall'argomento terminologico che da solo non può avere alcun rilievo decisivo, sembra ispirato -si è detto- allo scopo di escludere il risarcimento del danno e di rendere definitive le prestazioni già esaurite. Ma questi risultati possono essere ugualmente raggiunti «anche senza una recisa ed impegnativa contrapposizione fra scioglimento *ex nunc* e risoluzione *ex tunc*». Anche lo scioglimento da fallimento, infatti, per l'opinione in esame, qualunque sia la denominazione

⁴⁰⁹ In questi termini U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1200.

⁴¹⁰ In questo senso, Cass., 10 luglio 1954, n. 2448, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 87.

⁴¹¹ Cass. 23 luglio 1964, n. 1986, in *Dir. fall.*, 1964, II, 378. La decisione in esame cita Cass. 21 marzo 1957, n. 967, in *Dir. fall.*, 1957, II, 288 e Cass. 18 novembre 1961, n. 2684, in *Dir. fall.*, 1962, II, 59. Sul punto cfr., inoltre, App. Milano 15 dicembre 1961, n. 2281, in *Dir. fall.*, 1962, II, 400.

utilizzata, deve essere inquadrato nello schema della risoluzione: di un evento, quindi, che pone nel nulla il contratto, ma non a causa di un inadempimento del fallito. Da tali considerazioni, pertanto, si ricava che non si può ipotizzare per lo scioglimento incolpevole da fallimento la sanzione del risarcimento del danno, tranne che per gli eventuali danni anteriori che, come, tali, non sono conseguenza dello scioglimento⁴¹². A tal proposito si può ricordare l'orientamento espresso da un'altra parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui se il curatore esercita la facoltà di sciogliere il contratto, l'estinzione del rapporto è oggettiva e definitiva, nel senso che opera non soltanto in sede fallimentare e nei confronti dell'assuntore del fallimento, ma nei confronti dello stesso fallito, tornato *in bonis*, dopo la chiusura del fallimento e senza che ne discenda -neppure a carico di quest'ultimo- alcun obbligo di risarcimento del danno⁴¹³. In tale contesto i giudici hanno precisato che, pur non trattandosi di risoluzione per inadempimento, ma di scioglimento del vincolo contrattuale per una causa ammessa dalla legge, che trova giustificazione nelle esigenze della procedura concorsuale, si verificano tuttavia «gli stessi effetti sostanziali» che conseguono normalmente alla risoluzione del contratto, escluso il risarcimento del danno. Non subentrando, infatti, nel rapporto pendente, il curatore non fa proprio il contratto e non si sostituisce al fallito. Di conseguenza, il contratto si scioglie *ipso iure* e non viene acquisito al fallimento, che non ne assume né i diritti né gli obblighi relativi.

Da parte di altra dottrina si è, anzi, sottolineato che il fenomeno dello scioglimento dà luogo ad una **eliminazione retroattiva** degli effetti del contratto, ad una vicenda quindi **analogà alla risoluzione** per inadempimento, tranne che per il risarcimento dei danni⁴¹⁴. In particolare, si è osservato che quando si addiviene allo scioglimento del contratto il contraente *in bonis* resta liberato dalle

⁴¹² G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 547 ss.

⁴¹³ In questo senso, Cass., 14 febbraio 1966, n. 436, cit., 2034 ss.

⁴¹⁴ Come ricorda A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 77.

obbligazioni che derivano dal contratto ... da questo punto di vista, gli effetti dello scioglimento non divergono da quelli della risoluzione. La differenza tra risoluzione e scioglimento attiene, invece, per questa tesi, agli «effetti consequenziali»: mentre sulla risoluzione per inadempimento può essere fondata una pretesa al risarcimento dei danni, il contraente *in bonis* -come già accennato e come vedremo più avanti- non può, al contrario, avanzare nei confronti del fallimento alcuna pretesa al risarcimento dei danni conseguenti allo scioglimento⁴¹⁵. Ne deriva che, nel momento in cui il curatore dichiara di sciogliersi dal contratto, lo scioglimento opera con efficacia retroattiva, privando di giustificazione causale le prestazioni che fossero state parzialmente eseguite prima del fallimento⁴¹⁶.

Nell'analizzare questa seconda ricostruzione, conviene a questo punto rammentare la critica rivolta a coloro che -come sopra illustrato- parlavano, a proposito dello scioglimento, di recesso. Sul piano letterale la tesi del recesso -ha chiarito un autore⁴¹⁷- si avvale di un argomento molto tenue. Si è sostenuto infatti che, nel secondo comma dell'art. 72 vecchio testo, la legge stabilisce che il curatore dichiara di «sciogliersi dal» contratto: vi sarebbe dunque scioglimento *dal* contratto, cioè recesso, e non scioglimento *del* contratto, cioè risoluzione. Si è in contrario evidenziato che la distinzione fra scioglimento del contratto e scioglimento dal contratto è rilevante nei contratti plurilaterali, ma non nei contratti bilaterali, come la compravendita, cui si riferisce il secondo comma del (previgente) art. 72. Nel lessico della legge fallimentare, inoltre, per quanto attiene ai rapporti pendenti, il termine «recedere» viene utilizzato solo in caso di fallimento del conduttore di immobili, in ordine dunque ad una fattispecie diversa da quella regolata dall'art. 72, secondo comma. Alla luce di queste osservazioni e della precisazione per cui allo scioglimento consegue sempre il

⁴¹⁵ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 115.

⁴¹⁶ Ancora, in questo senso, L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 156.

⁴¹⁷ R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, op. cit., 7, il quale richiama la tesi, già esposta, di F. Ferrara, *Il fallimento*, op. cit., 337.

diritto alla restituzione delle prestazioni, siano state effettuate dal fallito o dal contraente *in bonis*, si finisce con il sottolineare che lo scioglimento opera «retroattivamente», e non vi è un recesso⁴¹⁸. Anche in giurisprudenza si rinvencono decisioni che accolgono questa seconda prospettiva dottrinale⁴¹⁹. All'interno di questo filone di pensiero è, infine, opportuno richiamare quanto sostenuto da una dottrina⁴²⁰ a proposito della vendita con patto di riscatto. Si è affermato che il curatore, quando esercita il riscatto di un bene, venduto dal debitore, con il relativo patto, prima della dichiarazione di fallimento, provoca la risoluzione della compravendita. Si delinea in tal modo una analogia tra l'effetto dell'esercizio del riscatto da parte del curatore e l'effetto della dichiarazione dello stesso curatore di non volere subentrare nel contratto di compravendita concluso, tra fallito e terzo, prima della dichiarazione di fallimento e non ancora eseguito: in entrambe le ipotesi, infatti, la dichiarazione del curatore pone nel nulla il contratto di compravendita. Ricordato che mentre all'esercizio del riscatto si riconosce effetto di risoluzione, altre espressioni si preferiscono per identificare le conseguenze della dichiarazione del curatore di non volere subentrare nel contratto concluso dal fallito e non ancora eseguito, per la tesi in esame queste divergenze non rivestono importanza essenziale, tant'è vero che talvolta chi preferisce altre espressioni finisce poi con il parlare anch'egli di «risoluzione»⁴²¹. In altri termini, se il curatore dichiara di sciogliersi dal contratto

⁴¹⁸ In argomento, cfr. R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, op. cit., 8 e 51, nt. 44, al quale si rinvia per maggiori approfondimenti. L'autore non manca di precisare che per retroattività si deve intendere che, in seguito allo scioglimento del contratto, la prestazione già eseguita dal contraente *in bonis* diventa ingiustificata, per cui sorge un diritto alla restituzione.

⁴¹⁹ In tal senso, Cass., 19 marzo 1980, n. 1824, cit., 2764, ha chiarito che nel contratto di somministrazione di energia elettrica la prestazione del somministrante relativa all'impegno di potenza deve qualificarsi come prestazione ad esecuzione continuata: pertanto in caso di fallimento dell'utente opera il principio dettato dall'art. 1458 c. c., con la conseguenza che la clausola d'impegno di potenza è travolta dall'effetto retroattivo dello scioglimento del contratto e viene altresì meno il diritto del somministrante di conseguire il corrispettivo periodico per l'ulteriore durata del contratto, sicché il relativo credito non può essere insinuato nel passivo fallimentare.

⁴²⁰ F. Semiani Bignardi, *Esercizio del riscatto da parte del curatore fallimentare*, in *Foro pad.*, 1961, I, 723 ss.

⁴²¹ Così, secondo F. Semiani Bignardi, *Esercizio del riscatto da parte del curatore fallimentare*, op. cit., 723 ss., lo stesso Bonelli, che -come sopra precisato- introdusse nella terminologia giuridica il termine «resiliazione» (o «arresto definitivo»), a proposito non solo dell'art. 804, ma anche dell'art. 805 c.

di vendita, sia lui sia la controparte si comporteranno «come se quel contratto non fosse stato concluso»: è lo stesso effetto che consegue all'esercizio del riscatto, dovendosi ricostituire la situazione giuridica anteriore alla vendita⁴²².

Giunti a questo punto, non si può concludere la sintetica rassegna dei contributi più autorevoli dati alla complessa questione della natura giuridica dello scioglimento del contratto, senza menzionare la ricostruzione fornita dal Luminoso⁴²³, il quale, infatti, ha elaborato quella che è stata definita⁴²⁴ una «terza via», una «raffinata costruzione». Ad avviso di questo autore lo «scioglimento del contratto» disciplinato dalla norma contemplata dall'art. 72 legge fall. sembra differire, nei suoi contenuti tecnico-formali, sia da quel tipo di vicenda che consiste nell'eliminazione retroattiva di un precedente effetto ed in particolare dalla risoluzione del contratto (art. 1458 c.c.), sia da quei congegni costituiti da un semplice arresto -irretroattivo- dell'attuazione del programma negoziale che lasci fermi gli atti esecutivi -e gli spostamenti di beni- già realizzatisi. A tale fenomeno si può continuare a riservare il *nomen iuris* datogli dalla legge, purché sia ben chiaro che lo scioglimento del contratto regolato dalle norme in oggetto dà vita ad una figura effettuale diversa da altre fattispecie -*lato sensu*- «estintive» del negozio che la legge designa ugualmente «scioglimento del contratto». Resterebbe da stabilire -prosegue l'autore- se la dichiarazione di scioglimento *ex art. 72 legge fall.* possa essere inquadrata nella categoria del recesso. E' questo, tuttavia, un problema solo apparente, in quanto quella del recesso non è una vera categoria giuridica. Il recesso non pare concretare una figura negoziale dai profili funzionali ed effettuali omogenei, dal momento che la legge designa con questo termine atti -recettizi a struttura unilaterale- molto diversi tra loro per quanto attiene a giustificazione causale e congegno operativo. Ne deriva, per questa

comm., finì con l'ammettere che il risultato finale della resiliazione «può qualificarsi come *risoluzione del contratto*, perché ha per effetto di far ritornare le cose allo stato di prima»

⁴²² F. Semiani Bignardi, *Esercizio del riscatto da parte del curatore fallimentare*, op. cit., 723 ss..

⁴²³ A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 81 ss..

⁴²⁴ Da R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, op. cit., 10.

impostazione, che l'inquadramento nel recesso della dichiarazione di scioglimento del curatore non sarebbe «né giusto né sbagliato»⁴²⁵.

3. Effetti della dichiarazione di scioglimento: premessa

Occorre avvertire subito che, come sottolineato in dottrina⁴²⁶, i problemi più delicati tra quelli posti dallo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione riguardano gli effetti. Va innanzitutto osservato che le modificazioni dei rapporti preesistenti disposte dalla legge hanno un carattere sostanziale che estende i suoi effetti al di là della procedura concorsuale. In particolare, si è precisato che l'eventuale scioglimento del rapporto disposto dalla legge o voluto dal curatore, è operativo anche nei confronti delle parti ed ha efficacia dopo la chiusura del fallimento; ciò a differenza della revoca degli atti pregiudizievoli ai creditori⁴²⁷. Su questo solco si è sottolineato che le modifiche dei rapporti giuridici preesistenti, derivanti dalla legge, hanno una portata che travalica i confini del procedimento fallimentare: è la sostanza stessa del rapporto, che si modifica per effetto del fallimento: e questo è uno dei casi più interessanti degli effetti modificativi del processo sul diritto sostanziale. Al contrario di quanto avviene per l'azione revocatoria, lo scioglimento, disposto dalla legge o richiesto dall'amministrazione del fallimento, conserva efficacia anche dopo la chiusura del medesimo e, secondo una impostazione, anche dopo la revoca. Da ciò consegue che tali modifiche valgono anche nei rapporti tra il terzo contraente e il fallito, durante e dopo il fallimento, non rivestendo, per loro natura, gli effetti che derivano dal fallimento sui rapporti preesistenti quel carattere di relatività che

⁴²⁵ Così A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, op. cit., 82, per il quale la dottrina deve ancora chiarire se esiste un elemento fisionomico, di natura non puramente strutturale, costante in tutte le diverse fattispecie normative di recesso o se, al contrario, come all'autore sembra preferibile, dietro la parola «recesso» vi sia una molteplicità di figure negoziali, molto diverse tra loro -sotto il profilo funzionale o effettuale-, che la legge, per evitare confusioni, avrebbe fatto bene ad indicare, impiegando una nomenclatura più ricca, con nomi differenti.

⁴²⁶ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 128.

⁴²⁷ S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 211 ss.

caratterizza, invece, gli effetti sui rapporti pregiudizievoli⁴²⁸. Sotto il profilo effettuale, un altro studioso ha chiarito che lo scioglimento ha una portata oggettivamente assoluta e definitiva, sicché è opponibile a chiunque, in qualunque momento successivo, ed anche dopo la chiusura della procedura fallimentare⁴²⁹. Questa conclusione -si è aggiunto- è coerente alla funzione assoluta dallo scioglimento per atto del curatore, di strumento di tutela del contraente *in bonis* sostitutivo della diffida ad adempiere e, comunque, di mezzo per evitare l'indefinito protrarsi del vincolo contrattuale in stato di inesecuzione⁴³⁰.

In questo contesto si è, quindi, osservato che l'opinione prevalente è nel senso che la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento non consente la «reviviscenza» dei contratti che si sono sciolti per il fallimento di una delle parti⁴³¹. In particolare, come puntualizzato in dottrina⁴³², a fronte della tesi favorevole alla reviviscenza dei rapporti già sciolti si contrappongono, più nettamente, gli autori che sostengono il principio della salvezza degli effetti

⁴²⁸ In tal senso R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1200 ss. L'autore richiama, in proposito, Cass., 13 giugno 1969, n. 2086, in *Dir. fall.*, 1970, II, 61, secondo cui lo scioglimento di un contratto di vendita, avvenuto a causa del fallimento di uno dei contraenti, ha carattere oggettivo ed assoluto, ond'è che nei confronti del fallito tornato in bonis, la reviviscenza di tale contratto non può mai essere automatica, essendo, all'uopo, indispensabile un nuovo incontro dei consensi. (La Corte ha stabilito che sugli effetti della revoca del fallimento sui contratti scioltisi a causa del fallimento, la dottrina è divisa; ma sembra a questo Collegio che l'opinione dell'automatico ristabilimento dei rapporti contrattuali scioltisi per il fallimento non tenga adeguato conto della natura sostanziale dello scioglimento del contratto e, per una più ampia tutela di colui che, a torto, è stato dichiarato fallito, trascuri la posizione dell'altro contraente. Lo scioglimento del contratto, come è stato affermato con le decisioni sopra richiamate, fa venir meno il vincolo negoziale e la sua reviviscenza non può mai essere automatica, essendo all'uopo indispensabile un nuovo incontro di consensi. Si tratta, cioè, di una conseguenza di diritto sostanziale del fallimento modificatrice delle posizioni giuridiche delle parti e non di un regolamento di rapporti nei confronti della massa, che lascia impregiudicati i rapporti tra i contraenti al di fuori del fallimento. Il contraente estraneo al fallimento non può per una maggior tutela dell'altro contraente, già dichiarato fallito con sentenza poi revocata, essere vincolato nuovamente, e in spregio al principio della libertà negoziale, ad un negozio non più esistente.)

⁴²⁹ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., 377, nt. 13.

⁴³⁰ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 128.

⁴³¹ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 283. Anche ad avviso di A. Bonsignori, *Il Fallimento*, vol. nono, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 1986, 433, lo scioglimento ha valore definitivo, anche dopo la chiusura del fallimento.

⁴³² G. Caramazza, *Sorte dei rapporti sciolti per effetto del fallimento in caso di revoca di quest'ultimo*, in *Il fallimento*, 1989, 315

legalmente prodotti, i quali si pronunziano per l'impossibilità che i contratti sciolti di diritto rivivano per effetto della revoca del fallimento. Invero, la risoluzione, come istituto generale dell'ordinamento civile, rappresenta il momento terminale dell'efficacia del contratto (*ex art. 1372 c.c.*) e, una volta che si è verificata, elimina ogni vincolo che preesistesse fra le parti in forza del precedente rapporto. Non riesce possibile immaginare una qualsiasi forma attenuata di sopravvivenza alla risoluzione, posto che un contratto risolto è un contratto eliminato dal mondo giuridico e, ove le originarie parti volessero ricostituire fra di loro un vincolo identico a quello preesistente, non resterebbe loro che ricorrere necessariamente alla stipulazione di un nuovo accordo. Su posizioni analoghe si è, in prevalenza, collocata la giurisprudenza⁴³³.

Interessante, infine, quanto scritto da un autore⁴³⁴: lo scioglimento (*ex art. 81 legge fall.*) non si attegga a mero fenomeno endofallimentare -quasi fosse una censura di inefficacia solamente relativa alla massa concorsuale-, ma è una forma *sui generis* di estinzione della sostanza contrattuale, automaticamente conseguente alla dichiarazione di fallimento e riconducibile alle «cause ammesse dalla legge» di scioglimento del contratto come genericamente richiamate dal primo comma dell'art. 1372 c. c. Se lo scioglimento -precisa l'opinione in rassegna- fosse una semplice *fictio iuris* ad uso dei creditori concorsuali, non ci sarebbero dubbi che, terminata la procedura fallimentare e tornato il fallito *in bonis*, il rapporto contrattuale possa tornare a svolgersi «sereno e pacifico» tra le parti originarie; poiché, invece, si tratta di estinzione sostanziale, la chiusura del fallimento e il ritorno *in bonis* dell'imprenditore «non restituiscono vita a ciò che è morto», potendo eventualmente assistere solo alla nascita di una nuova convenzione. Questa conclusione -ha precisato poi il Guglielmucci- è coerente alla funzione assolta dallo scioglimento per atto del curatore, di strumento di

⁴³³ Trib. Pavia, 3 maggio 1988, in *Fall.*, 1989, 315 (La revoca del fallimento non determina la reviviscenza dei rapporti negoziali sciolti. Pertanto, il saldo debitore di conto corrente, a seguito dello scioglimento del rapporto in conseguenza del fallimento, si considera certo, liquido ed esigibile nell'entità accertata all'epoca di tale scioglimento, con diritto della banca alla corresponsione dei soli interessi legali a far tempo da tale momento).

⁴³⁴ F. Aprile, *Effetti sostanziali dello scioglimento di appalto e chiusura del fallimento*, in *Fall.* 2000, 760.

tutela del contraente *in bonis* sostitutivo della diffida ad adempiere e, comunque, di mezzo per evitare l'indefinito protrarsi del vincolo contrattuale in stato di inesecuzione⁴³⁵. Sebbene il valore sostanziale, assoluto e definitivo dello scioglimento sia di solito affermato con riguardo al caso di scioglimento per atto del curatore, la stessa soluzione, per l'autore in commento, vale anche per i contratti che si sciolgono automaticamente: analoga è l'esigenza di definitiva sistemazione del vincolo contrattuale ineseguito e analoga è, inoltre, l'esigenza di tutela del contraente non fallito, che altrimenti sarebbe privato della definitiva liberazione dal vincolo contrattuale ottenibile negli altri casi con la messa in mora. Alle stesse conclusioni, peraltro, si deve pervenire anche quando il fallimento non cessa per chiusura, ma viene meno per revoca⁴³⁶.

Anche più di recente, dopo la Novella del 2006, in dottrina si è ribadito che lo scioglimento del contratto, qualunque ne sia la causa -scelta del curatore, scadenza del termine fissato dal giudice delegato o previsione legislativa- ha «valore assoluto e definitivo», nel senso che la sua dissoluzione rimane ferma ed opponibile ai terzi anche dopo la chiusura o la revoca del fallimento⁴³⁷.

Su posizioni analoghe si è, nel tempo, attestata la giurisprudenza le volte in cui ha affrontato la questione in esame. Così, la Corte di legittimità ha stabilito che l'automatico scioglimento del contratto d'appalto rappresenta un effetto di diritto sostanziale conseguente alla dichiarazione di fallimento destinato a perdurare «anche dopo la chiusura» della procedura concorsuale, ove non intervenga una nuova convenzione tra le parti, dovendo escludersi un'automatica reviviscenza del contratto originario⁴³⁸. In una più risalente decisione, come già si è avuto modo di ricordare, la Suprema Corte ha puntualizzato che nel caso di fallimento

⁴³⁵ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 128.

⁴³⁶ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 129. Secondo l'autore, infatti, l'esigenza di definitività degli effetti sui contratti in corso di esecuzione, nell'interesse del contraente *in bonis* e dello stesso fallito, sussiste sia di fronte alla chiusura sia di fronte alla revoca del fallimento.

⁴³⁷ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 513.

⁴³⁸ Cass., 9 luglio 1999, n. 7203, in *Fall.*, 2000, 758.

del venditore, se il curatore esercita la facoltà di sciogliere il contratto, l'estinzione del rapporto è oggettiva e definitiva, nel senso che opera non solo in sede fallimentare e nei confronti dell'assuntore del fallimento, ma nei confronti dello stesso fallito, tornato *in bonis*, dopo la chiusura del fallimento⁴³⁹.

4. Segue: contratti ad esecuzione istantanea.

Lo scioglimento può riguardare contratti ineseguiti o non interamente eseguiti. Secondo quanto affermato da un autorevole studioso, se c'è stata esecuzione parziale è necessario distinguere fra contratti ad esecuzione istantanea e contratti di durata. Nei contratti ad esecuzione istantanea lo scioglimento opera con efficacia retroattiva: il curatore ha quindi diritto di ripetere dal contraente *in bonis* gli acconti da questi ricevuti e, correlativamente il contraente *in bonis* ha diritto alla restituzione degli acconti versati. La pretesa del contraente non fallito alla restituzione degli acconti versati è, tuttavia, soggetta a regolazione concorsuale, come risulta dalla disposizione di cui all'art. 72, quarto comma, testo previgente, relativa al fallimento del venditore, che prevede per il compratore *in bonis* il diritto di far valere il proprio credito nel passivo. Infatti, il credito alla restituzione degli acconti deriva dal carattere indebito che la prestazione eseguita assume in dipendenza dello scioglimento del contratto: sebbene lo scioglimento sia coevo o successivo al fallimento, l'atto dal quale scaturisce la pretesa restitutoria, cioè la parziale esecuzione della prestazione, è anteriore al fallimento⁴⁴⁰. Se anziché un acconto -precisa l'autore in rassegna- è

⁴³⁹ Cass., 14 febbraio 1966, n. 436, cit., 2034.

⁴⁴⁰ Così L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, op. cit., 347 ss. Per questo scrittore solo quando la pretesa restitutoria del contraente *in bonis* ha ad oggetto cose determinate -che sono rimaste nel suo patrimonio, come nel caso di fallimento del compratore con riserva della proprietà, o che vi rientrano per effetto dello scioglimento del contratto, come nel caso del fallimento del compratore quando il venditore possa riprendere il possesso delle cose spedite ma non ancora arrivate nel luogo di destinazione a disposizione del compratore- il diritto del contraente *in bonis* sfugge alla falce fallimentare in base al principio che si ricava dall'art. 79 legge fall. Cfr. anche L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit.,

stata versata una **caparra** la soluzione non cambia, sia che si tratti di caparra confirmatoria, sia che si tratti di caparra penitenziale. Se la caparra è stata versata dal fallito, il contraente *in bonis* non può pretendere di ritenerla perché, come dopo la dichiarazione di fallimento non può chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento, così non può esercitare la facoltà di recesso per inadempimento della controparte contemplata dal secondo comma dell'art. 1385 c.c.⁴⁴¹, rimanendo la facoltà di scioglimento affidata esclusivamente all'iniziativa del curatore e all'esercizio, da parte sua, di una facoltà riconosciutagli dalla legge ed esclusa la facoltà del contraente *in bonis* di provocare lo scioglimento del contratto per inadempimento; né, qualora si tratti di caparra penitenziale, la decisione del curatore di sciogliersi dal contratto costituisce esercizio della facoltà di recesso, dal quale consegue la perdita della caparra in base all'art. 1386 c.c.⁴⁴² La legge affida al curatore -avverte un altro autore- la scelta se voglia continuare nel rapporto o sciogliersi dal medesimo. Scelta che implica una valutazione degli interessi della massa e questi interessi si riflettono sul recupero di ciò che rientrando nel patrimonio del fallito va a vantaggio della massa. In questo senso, la caparra confirmatoria versata dal fallito dovrà essere restituita alla curatela poiché altrimenti verrebbe a beneficiare il contraente *in bonis* con pregiudizio della *par condicio creditorum*. Si tratta quindi di evitare il pregiudizio alla massa dei creditori. Il contraente *in bonis* avrà comunque un credito chirografario che potrà fare valere al passivo fallimentare⁴⁴³. Correlativamente, se la caparra è stata versata dal contraente in bonis, in caso di scioglimento del contratto egli può insinuarsi al passivo per l'importo della caparra, ma non per il doppio della stessa. Solo se la facoltà di recesso fosse stata

129 e C. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. primo, Torino, 1972, 1002 (gli «acconti di prezzo pagati dal compratore fallito devono essere restituiti»).

⁴⁴¹ Com'è noto, in base alla norma contenuta nell'art. 1385, secondo comma, c.c., se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.

⁴⁴² L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, op. cit., 348.

⁴⁴³ G. Ragusa Maggiore, *Scioglimento del contratto in sede fallimentare e suoi effetti sostanziali*, in *Dir. fall.*, 1992, II, 936 ss.

esercitata anteriormente al fallimento dal contraente *in bonis ex* art. 1385, secondo comma, c.c. o dal contraente poi fallito *ex* art. 1386 c.c. e, con lo scioglimento del contratto intervenuto prima del fallimento fosse rimasta così preclusa la facoltà del curatore di scegliere fra subentro e scioglimento, il contraente *in bonis* avrebbe diritto di ritenere la caparra o di insinuarsi per il doppio della stessa⁴⁴⁴. Le prestazioni parziali eventualmente già eseguite prima del fallimento risulteranno, quindi, senza causa in ipotesi di successivo scioglimento del contratto; ne consegue che, come precisato, esse dovranno essere restituite a chi le aveva prestate⁴⁴⁵.

Come non si è mancato di puntualizzare⁴⁴⁶, la giurisprudenza, da parte sua, ha spesso accolto la tesi appena esposta: così, in una ormai lontana decisione, la Corte di legittimità ha chiarito che il curatore, una volta operato il recesso, può chiedere giudizialmente la restituzione delle somme versate dal fallito, quale acconto, al momento della conclusione del negozio⁴⁴⁷. Anche la giurisprudenza più recente ha accolto questa prospettiva dottrinale. Infatti, con riguardo ad un preliminare di vendita, si è stabilito che la scelta del curatore del fallimento nel senso dello scioglimento dei rapporti contrattuali di cui è parte il fallito non si limita ai soli fini fallimentari ma li travolge definitivamente e con riguardo a tutti gli effetti propri di essi, e che la dichiarazione di scioglimento del curatore

⁴⁴⁴ L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, op. cit., 348.

⁴⁴⁵ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 549. Secondo l'autore ciò vale per qualsiasi ipotesi di esecuzione parziale, come acconti, consegne, spese,... Sempre all'interno di questo filone di pensiero anche R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1220, ha ribadito che acconti e caparra devono essere restituiti, mentre V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, op. cit., 423, nt. 381, ha sottolineato che se il compratore aveva corrisposto caparra confirmatoria, questa - a meno che non sia stata chiesta preventivamente la risoluzione del contratto per inadempimento del compratore, deve, in caso di scioglimento, essere restituita dal venditore *in bonis* : per questa impostazione deve essere restituita anche la caparra penitenziale perché lo scioglimento, a differenza del recesso, è un diritto attribuito al curatore, e non una facoltà, sia pure temperata dalla perdita della caparra data.

⁴⁴⁶ A. Angiello, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, op. cit., 568.

⁴⁴⁷ In tal senso Cass., 22 giugno 1967, n. 1476, in *Dir. fall.*, 1967, II, 959. In proposito anche App. Milano 15 dicembre 1961, n. 2281, cit., 400, ha stabilito che il fallimento determina non la risoluzione *ex tunc* del contratto di appalto, ma la cessazione *ex nunc* della sua ulteriore efficacia. Le opere eseguite dal fallito devono essere, pertanto, pagate dalla controparte.

determina il venir meno *ab origine* e con effetti retroattivi della volontà negoziale manifestata dal promittente fallito e dunque di un elemento essenziale della volontà negoziale ...⁴⁴⁸.

Queste considerazioni sono state poi richiamate, per quanto riguarda la caparra, più di recente, dalla Suprema Corte, la quale ha avuto occasione di precisare che in caso di scioglimento del contratto, a seguito di scelta in tal senso del curatore, il rapporto viene ad essere paralizzato con effetto sostanziale assoluto e definitivo e non solo ai fini del fallimento, conseguendone che il curatore ha diritto alla restituzione della caparra confirmatoria eventualmente versata dal fallito⁴⁴⁹.

Un'ultima osservazione. La dottrina si è interrogata sul problema relativo al rapporto fra le eventuali opposte obbligazioni di restituzione in caso di scioglimento del contratto e se per esse sia ammissibile la compensazione fallimentare *ex art. 56 legge fall.* A riguardo si registrano due opzioni ermeneutiche. Per un primo indirizzo qualora i crediti di restituzione siano reciproci, opera la compensazione: il credito di restituzione deriva dal carattere indebito che assume la prestazione eseguita per l'efficacia assoluta e definitiva dello scioglimento; e se la qualifica di indebito dipende dallo scioglimento, che è coevo o successivo al fallimento, l'atto da cui scaturisce il diritto alla restituzione, cioè l'esecuzione della prestazione, è pur sempre anteriore al fallimento; per lo stesso motivo il credito di restituzione verso il contraente *in bonis* non può ritenersi nasca a favore della massa *jure proprio* e si ricollega anch'esso alla prestazione indebita⁴⁵⁰. In questo contesto anche il Patti⁴⁵¹ ha ritenuto più corretta la tesi dell'ammissibilità della compensazione degli opposti obblighi restitutori, originati sì dallo scioglimento prodotto dal fallimento - e

⁴⁴⁸ Cass., 12 aprile 2001, n. 5494, in *Fall.*, 2001, 933. Sul punto cfr. anche Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, cit., 911 e, più di recente., Cass., 24 luglio 2009, n. 17405, in *Fall.*, 2010, 494.

⁴⁴⁹ In questi termini Cass., 7 marzo 1992, n. 2772, in *Dir. fall.*, 1992, II, 934, che cita, appunto, Cass. 22 giugno 1967, n. 1476, cit.

⁴⁵⁰ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 130. Anche ad avviso di A. Mignoli, *La vendita con riserva di proprietà nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, 360 ss., è ammissibile la compensazione tra il credito alla restituzione delle rate riscosse nella vendita con riserva di proprietà e il credito del venditore all'equo compenso.

⁴⁵¹ A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre proc. concorsuali*, diretto da L. Panzani, *Il dir. privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, op. cit., 277.

quindi cronologicamente non ad esso anteriore-, ma già comunque nel patrimonio del fallito: come, infatti, la pretesa del contraente *in bonis* non può che sorgere nei confronti del fallito, destinatario della prestazione resa, così pure la pretesa restitutoria contraria -del curatore nei confronti del contraente *in bonis*- deve essere considerata tra i medesimi soggetti, avendo la sua radice causale in un rapporto anteriore al fallimento, che il curatore non ha mai assunto come proprio. La giurisprudenza da parte sua ha, talvolta, preso posizione a favore di questa ricostruzione⁴⁵². Dopo la riforma del 2006, una parte della dottrina ha ribadito che, nel caso di obblighi di restituzione reciproci, il contraente *in bonis* può ottenere -in applicazione di una sorta di «effetto compensativo improprio»- la deduzione del suo credito restitutorio dal contrapposto debito⁴⁵³.

All'indirizzo appena menzionato si contrappone un'altra opinione che ha escluso la compensazione per difetto dei presupposti, ossia la reciprocità dei due crediti e la loro coesistenza anteriore alla dichiarazione di fallimento. Interessante quanto argomentato da questa seconda impostazione. Che i crediti di restituzione tra i due *ex contraenti* -si afferma- siano successivi al fallimento non è dubbio: essi sorgono per lo scioglimento del contratto, che a sua volta consegue al fallimento

⁴⁵² Si può citare, in proposito, Cass., 9 maggio 1964, n. 1113, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1800, la quale ha stabilito che quando il contratto di vendita a rate con riserva di proprietà, risultante da atto registrato, e come tale opponibile ai creditori dell'acquirente, venga sciolto in seguito al fallimento del compratore che non abbia completato il pagamento del prezzo (art. 72 e 73 l. fall.), gli effetti dello scioglimento sono regolati dalle disposizioni dell'art. 1526 c.c., secondo cui il venditore, al quale va restituita la cosa rimasta di sua proprietà deve, a sua volta, restituire le rate riscosse, ma ha diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa da parte dell'acquirente; il debito del venditore per le rate riscosse ed il credito per l'uso della cosa, sussistendo entrambi nei confronti del fallito, in quanto il fallimento rimane estraneo al contratto disciolto, e trovando l'uno e l'altro la propria fonte in un rapporto anteriore al fallimento, sicché devono considerarsi ad esso anteriori, ai fini e per gli effetti dell'art. 56 l. fall., possono essere estinti per compensazione, talché il venditore può trattenere le rate di prezzo pagate a titolo d'indennità. Cfr. anche, a favore della compensazione delle reciproche obbligazioni restitutorie, Cass., 13 gennaio 1972, n. 100, in *Dir. fall.*, 1972, II, 385 (In caso di fallimento di chi si è obbligato ad acquistare, e di esercizio, da parte del curatore, della facoltà di sciogliersi dal contratto, riconosciutagli dall'art. 72 l. f., il debito di restituzione dell'acconto percepito dal promesso alienante può essere compensato con il credito che quest'ultimo vanta verso il fallito).

⁴⁵³ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 453. Si precisa, però, che se il contraente *in bonis*, in conseguenza dello scioglimento, acquista il diritto alla restituzione di un bene determinato, questo gli deve essere consegnato nella sua interezza: infatti, il concorso riguarda i crediti e non i diritti di proprietà, i quali possono farsi valere nei confronti della massa e non subiscono falcidie.

stesso. Solo a seguito dell'evento risolutivo determinato dal fallimento le prestazioni, mancando il presupposto contrattuale, risultano senza causa, con la conseguente obbligazione *ex lege* di restituzione. Si deve escludere, pertanto, che prima del fallimento sussista nel patrimonio dell'uno o dell'altro dei contraenti un qualsiasi diritto a pretendere la restituzione delle prestazioni eseguite. Ma questo, oltre ad escludere la preesistenza dei due crediti, contrasta inoltre con la loro reciprocità. Il credito di restituzione del contraente *in bonis* non può sorgere che nei riguardi del contraente fallito, che aveva ricevuto la prestazione parziale, ed è pertanto di natura concorsuale; il controcredito, invece, nasce non nei riguardi del fallito, ma direttamente a favore della massa, *jure proprio* e non quale amministratrice del patrimonio del fallito, e cioè quale effetto ad essa favorevole del fallimento, sebbene poi incrementi ugualmente il patrimonio del fallito. E' un credito fondato su titolo (scioglimento) conseguente al fallimento e che la massa fa valere con tipica iniziativa di terzo⁴⁵⁴.

Anche dopo la novella del 2006, si è continuato ad affermare che nei contratti ad esecuzione istantanea, e quindi anche nella vendita, lo scioglimento opera con efficacia retroattiva. Ne consegue, allora, che il curatore ha diritto a ripetere dalla parte *in bonis* gli acconti da questi ricevuti, e viceversa, tenendo conto però che la parte *in bonis* è soggetta alla falcidia fallimentare⁴⁵⁵. Pertanto, qualora gli acconti siano stati corrisposti dal contraente *in bonis*, in virtù dell'art. 72, quarto e settimo comma, legge fall. riformata, la pretesa restitutoria va fatta valere mediante insinuazione al passivo⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 549 ss.

⁴⁵⁵ A. Mirone, *Compravendita e somministrazione*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 66.

⁴⁵⁶ L. Guglielmucci, *Il sistema dei rapporti preesistenti nel fallimento*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 33 ss. Il contraente *in bonis* si trova in una situazione di «evidente svantaggio», poiché -appunto- in base all'art. 72, quarto comma, egli potrà far valere le proprie pretese restitutorie solo in moneta fallimentare: così S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 28 e nt. 62, il quale precisa, inoltre, che la nuova disposizione utilizza l'infelice espressione di credito conseguente «al mancato adempimento», anziché quella, che parrebbe tecnicamente più corretta, «allo scioglimento».

Si deve, tuttavia, dare atto di una diversa posizione dottrina, in base alla quale il curatore non può -a seguito della dichiarazione di scioglimento- pretendere la restituzione della caparra, che il fallito avesse versato al venditore e che costui, avendo incamerato in modo legittimo, non può essere tenuto a restituire (al di fuori dell'ipotesi della revocatoria). L'esistenza della caparra o di un acconto prezzo può essere un motivo per indurre il curatore a «subentrare nel contratto», non un motivo per sciogliersi da esso, allo scopo di pretenderne la restituzione⁴⁵⁷.

5. **Segue: contratti di durata o ad esecuzione continuata o periodica.**

Secondo un orientamento diffuso tra gli studiosi lo scioglimento dei contratti ad esecuzione periodica o continuata non reagisce invece sulle prestazioni già eseguite, ciascuna delle quali vale a soddisfare parzialmente, ma in via definitiva, l'interesse dei contraenti. Il principio, che si può ricavare da tutta la normativa di diritto comune relativa allo scioglimento di questi contratti per recesso o risoluzione (art. 1360, secondo comma, 1373, secondo comma, 1458, secondo comma e 1467 c.c.) vale anche per lo scioglimento conseguente a fallimento⁴⁵⁸. Considerato che per quanto riguarda le prestazioni eseguite prima del fallimento l'unica disciplina accettabile non può essere quella fondata su un arbitrario dualismo tra scioglimento e risoluzione, ma deve prendere le mosse dalla natura stessa del contratto e dalla funzione in esso assegnata alle reciproche prestazioni, si è, quindi, ribadito che le prestazioni già eseguite nei contratti ad esecuzione continuata, in quanto già «consumate nel sinallagma contrattuale», saranno insensibili al successivo scioglimento: così come testualmente disposto in tema

⁴⁵⁷ In questi termini F. Ferrara jr. – A. Bongioli, *Il Fallimento*, op. cit., 379 e nt. 5, secondo cui con l'opinione contraria si viene a procurare al fallimento un vantaggio, consentendogli il recupero della caparra altrimenti impossibile, una specie di *jus poenitendi*, mentre il pensiero della legge è quello di liberare il fallimento da un contratto che non gli interessa. Il titolo per trattenere la caparra o l'acconto prezzo sta nel contratto, sulla base del quale l'una e l'altro sono stati corrisposti e che è esistito fino al momento in cui si è sciolto. Per il recupero di queste somme c'è soltanto la possibilità della revocatoria, qualora ne ricorrano i presupposti.

⁴⁵⁸ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 131.

di condizione risolutiva (art. 1360²), recesso unilaterale (art. 1373²), risoluzione per inadempimento (art. 1458) ed eccessiva onerosità (art. 1467)⁴⁵⁹. Va tuttavia precisato che lo scioglimento di questi contratti è spesso preceduto da un periodo più o meno lungo di sospensione. Ci si è chiesti, quindi, quale sia la sorte delle prestazioni eseguite in questo periodo, se ad esso segue lo scioglimento. Sebbene -come visto- lo scioglimento operi *ex nunc*, egualmente indebite devono essere considerate le prestazioni eseguite in questo periodo, perché, essendo sospesa l'esecuzione della prestazione, esse non possono trovare una giustificazione nel vincolo contrattuale. Ne consegue che il contraente *in bonis* potrà pretendere la restituzione in base alle norme sul pagamento indebito⁴⁶⁰.

Anche dopo l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 72, si è affermato che nei contratti di durata lo scioglimento ha effetto *ex nunc* in quanto, per regola generale del codice civile, questo genere di contratti è assoggettato al principio della efficacia non retroattiva degli eventi «dissolutivi»⁴⁶¹. In questa prospettiva uno studioso ha chiarito, sempre in ordine ai contratti di durata, che la riforma non si occupa degli effetti dello scioglimento; ma non c'è motivo -egli sostiene- di allontanarsi dall'opinione già consolidata prima della riforma, nel senso che per quegli effetti vale la stessa regola di cui all'art. 1458 c.c., là dove stabilisce che nel caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. La *ratio* di quella norma risiede nel fatto che il nesso di corrispettività, nei contratti di durata, si ravvisa nelle prestazioni e controprestazioni via via eseguite, cosicché non vi sarebbe

⁴⁵⁹ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 548.

⁴⁶⁰ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 131. Sulla stessa scia anche A. Bonsignori, *Il Fallimento*, vol. nono, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, op. cit., 433.

⁴⁶¹ S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 28. Anche ad avviso di B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis - B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 454, lo scioglimento di un rapporto di durata produce i suoi effetti solo a far data dalla dichiarazione di fallimento: esso non si estende alle prestazioni maturate o eseguite prima, e ciò in applicazione degli artt. 1373² e 1458¹ c.c. Ne consegue che i crediti ad esse relativi subiscono le normali sorti legate alla dichiarazione di fallimento, salva l'applicazione del principio compensativo.

ragione, in caso di risoluzione, di tornare allo *status quo ante*, come invece accade per i contratti a prestazione unica: ne consegue che, per la stessa ragione, quel regime deve considerarsi applicabile anche allo scioglimento per fallimento di un contraente⁴⁶².

Prima di concludere il discorso relativo agli effetti dello scioglimento, è opportuno accennare all'ipotesi in cui ci si trovi in presenza di un contratto ad esecuzione ripartita, per cui il dibattito dottrinale non sembra essere approdato a conclusioni sicure. La distinzione fra contratti ad esecuzione istantanea e contratti di durata -ha osservato un interprete⁴⁶³- è concettualmente netta e, tuttavia, vi sono figure contrattuali che sono al confine fra l'una e l'altra categoria, cosicché occorre porsi anche in relazione ad esse il problema della retroattività o meno dello scioglimento del contratto. A tale riguardo vengono in considerazione, appunto, i contratti ad esecuzione ripartita, che non sono contratti di durata e, però, hanno qualche affinità con quel tipico contratto di durata che è la somministrazione.

Prima della riforma una parte della dottrina sosteneva che le prestazioni possono essere ripetute in quanto lo scioglimento opera *ex tunc*⁴⁶⁴. Si è detto che se il curatore opta per lo scioglimento occorre distinguere tra contratto di somministrazione e vendita a consegne ripartite: nel primo caso, lo scioglimento non travolge le consegne già effettuate e il prezzo, che ne costituisce il corrispettivo (art. 1458), mentre nel caso di vendita a consegne ripartite il curatore è tenuto a restituire le consegne già ricevute e il contraente *in bonis*, da parte sua, ripete, ma in moneta fallimentare, il corrispettivo già pagato⁴⁶⁵. Non è mancato, però, chi ha sostenuto che se si tratta di vendita a consegne ripartite rimangono ferme le prestazioni già effettuate, secondo un principio ribadito sia in

⁴⁶² G. Tarzia, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, op. cit., 388.

⁴⁶³ L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, op. cit., 350.

⁴⁶⁴ A. Bonsignori, *Il Fallimento*, vol. nono, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, op. cit., 433.

⁴⁶⁵ V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, op. cit., 420. In tal senso anche R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1237.

tema di recesso unilaterale *ex art. 1373²* sia in tema di risoluzione per inadempimento *ex art. 1458¹ c.c.*⁴⁶⁶

6. Segue: inammissibilità del risarcimento

Conviene adesso precisare che dottrina e giurisprudenza hanno, nel tempo, affrontato il problema relativo all'ammissibilità o meno del diritto al risarcimento del danno in seguito allo scioglimento del contratto. Nel vigore della precedente disciplina non si era mancato di sottolineare come l'opinione prevalente fosse nel senso di escludere l'ammissibilità di questo diritto⁴⁶⁷. All'interno di questa corrente di pensiero si era infatti sostenuto che, poiché lo scioglimento dal contratto corrisponde ad una facoltà del curatore, se costui se ne avvale, non c'è posto per un risarcimento di danni per l'altro contraente⁴⁶⁸. Secondo un autorevole insegnamento vi sono regole generali ricavate proprio dall'art. 72 (vecchio testo) che si applicano a tutti i rapporti giuridici preesistenti. Tra queste regole vi è quella dell'esclusione del risarcimento del danno a favore del contraente *in bonis*. Nessun risarcimento è dovuto per i danni derivanti dal fallimento. E' risarcibile solo quel danno che è già maturato al momento della dichiarazione di fallimento. Il legislatore ha sentito il bisogno di puntualizzare, nell'ipotesi di scioglimento del contratto, e nel dubbio di errori dell'interprete, una situazione in cui, avendosi qualcosa di simile alla risoluzione, potevano sorgere perplessità sul fatto che vi fosse o meno un diritto al risarcimento di danni⁴⁶⁹. Lungo questo sentiero un autore⁴⁷⁰, più di recente, ha ribadito

⁴⁶⁶ In tal senso C. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. primo, op. cit., 997, 1002, nt. 11. Ai fini della presente ricerca è sufficiente ricordare che, secondo l'autore, si ha vendita a consegne ripartite quando il contratto preveda il frazionamento in più rimesse di una prestazione divisibile al fine di agevolarne l'esecuzione o il ricevimento. Se la periodicità delle consegne è stabilita per soddisfare un fabbisogno del compratore, ricorre la figura del contratto di somministrazione.

⁴⁶⁷ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., 377. Cfr. anche S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 211,

(se i rapporti preesistenti si sciogliono, « il terzo non ha diritto a risarcimento dei danni »).

⁴⁶⁸ F. Ferrara jr. – A. Borgioli, *Il Fallimento*, op. cit., 379.

⁴⁶⁹ G. Cottino, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, op. cit., 362 e 364 ss.

l'inammissibilità, in seguito allo scioglimento, della richiesta di risarcimento del danno, non tanto per essere questo successivo al fallimento, ma soprattutto per l'inesistenza di una causa giustificativa -ossia della responsabilità da inadempimento, che sempre presuppone una colpa, qui invece esclusa- in quanto esso è un effetto previsto dalla legge. Anche in giurisprudenza questa soluzione era sostanzialmente pacifica. Così, il Supremo Collegio ha precisato che dalla disposizione dell'art. 72 legge fallimentare (che, benché dettata in relazione al contratto di compravendita, costituisce espressione di una regola generale) si desume il principio secondo cui lo scioglimento del rapporto contrattuale, determinato dalla dichiarazione di fallimento, non giustifica l'insorgere, in favore del contraente *in bonis*, del diritto al risarcimento dei danni subiti a causa dell'anticipata interruzione del rapporto, salvo che il danno non sia riconducibile ad inadempimenti verificatisi prima della sentenza dichiarativa del fallimento⁴⁷¹. Oggi il quarto comma dell'art. 72, dopo le modifiche apportate dal Correttivo n. 169 del 2007, stabilisce espressamente che in caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, "senza che gli sia dovuto risarcimento del danno". Quindi, dalla semplice lettura di tale disposizione si evince che lo scioglimento non attribuisce al contraente *in bonis* il diritto di ottenere il risarcimento dei danni: esso, infatti, costituisce l'attuazione di una facoltà potestativa del curatore e, quindi, non si può qualificare, per mancanza dell'attributo dell'antigiuridicità, in termini di inadempimento contrattuale. Sono invece ammissibili al passivo le richieste risarcitorie conseguenti ad inadempimenti registratisi, per colpa del fallito, prima del fallimento. Il contraente *in bonis*, quindi, può pretendere anche il pagamento della penale, sempre che il suo diritto consegua ad inadempimenti precedenti al fallimento, ma non può trattenere la caparra ricevuta o chiedere il pagamento del

⁴⁷⁰ A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre proc. concorsuali*, diretto da L. Panzani, *Il dir. privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, op. cit., 277.

⁴⁷¹ Cass., 25 febbraio 2002, n. 2754, in *Fallimento*, 2003, 39.

doppio di quella versata perché ciò presupporrebbe -come già chiarito- l'esercizio del recesso che egli, dopo il fallimento, non può più esercitare⁴⁷².

7. Il fallimento non è causa di risoluzione dei rapporti giuridici preesistenti: osservazioni introduttive.

Nel vigore della previgente normativa un autore ha osservato che un problema fondamentale in tema di contratti bilaterali in corso alla data del fallimento è quello dell'ammissibilità ed efficacia nei confronti della massa della risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. e cioè per inadempimento del fallito anteriore al suo fallimento. Il problema investe tutti i contratti bilaterali in corso, siano essi già eseguiti dal contraente *in bonis* o non ancora interamente eseguiti da nessuna delle parti contraenti. Ma poiché per questi ultimi è possibile desumere dalla legge vigente una particolare disciplina, che deve considerarsi prevalente rispetto alla norma generale appena menzionata, l'indagine resta diretta ai contratti già interamente eseguiti da una delle parti. Di essi infatti la legge tace e solo per essi comunque risultano attuali gli effetti più penetranti dell'eventuale risoluzione, ossia quelli restitutori oltre al risarcimento del danno⁴⁷³. In tale prospettiva solo l'inadempimento del fallito può essere preso in considerazione, perché solo questo "mette in gioco" l'efficacia preclusiva della dichiarazione di fallimento. Invece, sull'inadempimento del contraente *in bonis* non può esercitare nessuna influenza lo stato di fallimento dell'altro contraente; e il curatore potrà fare valere i diritti spettanti al fallito in seguito all'inadempimento contrattuale del contraente *in bonis*. Nell'inadempimento del fallito, inoltre, è utile distinguere quello anteriore al fallimento, che come tale è estraneo alla responsabilità della massa, da quello conseguente al fallimento o

⁴⁷² B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 454.

⁴⁷³ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 527.

comunque ad esso successivo, che invece concettualmente investe la natura stessa del fallimento come fonte di responsabilità⁴⁷⁴. Secondo questa linea di pensiero, parlando di risoluzione efficace nei confronti della massa non si intende trasferire a questa un contratto cui essa è estranea e che rimane invece del fallito; e ancora meno addossare alla stessa la responsabilità per l'inadempimento del fallito, con conseguente debito di massa per il risarcimento e le restituzioni. Il problema riguarda l'ammissibilità di una risoluzione del contratto per inadempimento del fallito che sia valida anche nei confronti del fallimento: che sia idonea, in altre parole, anche in sede fallimentare, a fondamento degli eventuali diritti al risarcimento ed alle restituzioni. Questi diritti, comunque, in quanto conseguenti ad una risoluzione efficace nei confronti del fallimento, dovranno in ogni caso farsi valere dal contraente non inadempiente nelle forme ordinarie stabilite per la partecipazione al concorso, trattandosi di crediti concorsuali⁴⁷⁵. All'interrogativo enunciato -sottolinea l'autore in commento- la risposta degli studiosi è concorde: essi negano al contraente *in bonis* dopo il fallimento dell'altro contraente il diritto alla risoluzione del contratto per inadempimento che sia efficace nei confronti della massa; e nega, di conseguenza, il fondamento a qualsiasi pretesa di restituzioni o risarcimento a tale titolo⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 527. Si precisa che il problema generale riguarda i contratti per i quali la risoluzione non sia già avvenuta prima del fallimento. Quando la risoluzione sia già effettiva, essa non può essere pregiudicata dal successivo fallimento di alcuno dei contraenti. Si porrà, in tal caso, il problema dell'esecuzione delle obbligazioni conseguenti alla risoluzione del contratto, se non adempiute prima del fallimento, ossia quello della corrispettività delle opposte obbligazioni o della loro compensazione *ex art. 56 legge fall.*

⁴⁷⁵ In tal senso G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 528.

⁴⁷⁶ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 528.

Una parte della dottrina⁴⁷⁷ ha sottolineato che l'evenienza che durante l'esecuzione di un qualunque rapporto bilaterale una delle parti diventi insolvente è possibile e non improbabile anche quando nei contratti figurano come parte un imprenditore: la probabilità e la veridicità di questo rilievo sono confortate dalle esplicite previsioni del codice civile. Il nostro codice, infatti, si ispira, in linea di principio, alla tutela del contraente *in bonis*, preordinando ogni rimedio di carattere generale insieme con rimedi particolari rispetto a singole fattispecie. In tale prospettiva rimedi di carattere generale possono essere considerate le norme contenute negli artt. 1186 (decadenza dal termine) e nel più volte menzionato art. 1461 (mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti). Lungo questo sentiero argomentativo si è affermato che la logica che ispira la legge fallimentare è, al contrario, di diversa portata. Infatti quando l'insolvenza colpisce l'imprenditore commerciale fino a condurlo al fallimento, la posizione del contraente *in bonis*, anziché essere privilegiata può di fatto rivelarsi compressa. Sembra privilegiata, invece, la posizione del curatore che, al di fuori dei casi in cui il rapporto debba *ope legis* continuare o sciogliersi, può -come visto- subentrare o sciogliersi, senza alcun diritto della controparte al risarcimento del danno⁴⁷⁸. La dichiarazione di fallimento rende così inammissibile la proposizione, da parte del contraente *in bonis*, della domanda di risoluzione per inadempimento⁴⁷⁹. In altri termini, quando la sospensione

⁴⁷⁷ Così A. Bonsignori, *Fallimento*, in A. Bonsignori - G. Nardo - M. Lazzara, *I contratti nelle procedure concorsuali*, op. cit., 11, secondo cui, invece, sono rimedi di carattere particolare quelli apprestati dagli artt. 1626 (incapacità o insolvenza dell'affittuario), 1822 (promessa di mutuo) e 1959 c.c. (sopravvenuta insolvenza del mandante o del terzo), la cui opinione è stata richiamata da A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre proc. concorsuali*, diretto da L. Panzani, *Il dir. privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, op. cit., 272.

⁴⁷⁸ Così, ancora, A. Bonsignori, *Fallimento*, in A. Bonsignori - G. Nardo - M. Lazzara, *I contratti nelle procedure concorsuali*, op. cit., 12. Per questa corrente di pensiero, tuttavia, la diversità dei due sistemi, quello generale e quello speciale, non deve condurre a configurare una rigida demarcazione tra gli stessi: esiste, infatti, una linea di comunanza tra il sistema previsto dal codice civile e quello regolato dalla legge fallimentare. Invero la tutela che il legislatore del codice civile appresta al contraente *in bonis*, di fronte all'insolvenza o al pericolo di insolvenza dell'altra parte, consiste o nel diritto di pretendere immediatamente la prestazione o nel diritto di sospendere la propria prestazione o nel diritto di ottenere garanzie. Allo stesso modo, la legge fallimentare non disconosce le esigenze che sono alla base della disciplina comune.

⁴⁷⁹ A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre proc. concorsuali*, diretto da L. Panzani, *Il dir. privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, op. cit., 272.

dell'esecuzione non conduce al subentro del curatore e quindi all'adempimento, il contraente non fallito può avere interesse allo scioglimento del contratto per conseguire la definitiva liberazione dall'obbligazione assunta o recuperare la disponibilità dei beni alienati. Secondo la normativa del codice civile, ciascun contraente, di fronte all'inadempimento dell'altro contraente, può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto *ex art. 1453*, primo comma, c.c. Nel fallimento, tuttavia, se il contraente *in bonis* può talora scegliere la via dell'adempimento coattivo, facendo valere il proprio credito al passivo, non può invece pretendere la risoluzione del contratto. Il tema della risoluzione è uno dei più tormentati della dottrina fallimentaristica, che si è sempre sforzata di dimostrarne l'inammissibilità con la più disparate argomentazioni⁴⁸⁰, dando luogo ad un dibattito di altissimo livello. Per una migliore comprensione delle diverse opinioni espresse al riguardo è opportuno distinguere, sia pure sinteticamente, la situazione antecedente all'entrata in vigore della legge del 1942 e quella successiva.

8. Segue: dottrina e giurisprudenza prima della legge fallimentare del 1942.

Sotto il vigore del codice di commercio, il Bonelli -è bene qui ripetere- ha sostenuto che un diritto di risoluzione del contratto a causa del fallimento -cioè che non fosse già quesito anteriormente al fallito- non può ammettersi, anche data una legge che come quella italiana conferisce questo diritto contro l'inadempiente nei contratti bilaterali⁴⁸¹. Queste considerazioni sono state poi

⁴⁸⁰ L. Guglielmucci, *Il sistema dei rapporti preesistenti nel fallimento*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 113.

⁴⁸¹ G. Bonelli, *Del fallimento (commento al Codice di Commercio)*, vol. I, terza ed. a cura di V. Andrioli, op. cit., 570 ss. E non può ammettersi, come accennato, per tre motivi: innanzitutto, perché il diritto di risoluzione non è dell'*essenza* del rapporto bilaterale, è una specie di *privilegio* che la legge concede, e la sua natura di privilegio si fa chiara appunto in presenza dello stato di insolvenza dell'inadempiente, in quanto «fa al risolvente una posizione di favore di fronte agli altri creditori»: e questo privilegio «ripugna» alla legge *livellatrice* del fallimento; in secondo luogo, non può ammettersi perché il fallimento non implica inadempienza; infine, presa anche l'inadempienza come fatto del fallito, essa, verificandosi

condivise da altri insigni studiosi⁴⁸². Anche una parte della giurisprudenza aveva accolto l'indirizzo in esame. Così, la Suprema Corte, in un arresto ormai molto lontano, aveva stabilito che la dichiarazione di fallimento non ha per conseguenza necessaria e diretta la estinzione dei rapporti contrattuali, dei quali il fallito era il soggetto, tranne nei casi in cui l'estinzione sia dichiarata espressamente dalla legge. Dalla dichiarazione di fallimento può sorgere la facoltà, a favore del creditore *in bonis* e talora della amministrazione fallimentare, di ottenere lo scioglimento di quei rapporti contrattuali, la cui esistenza o continuazione sia divenuta incompatibile con la natura e coi caratteri del processo fallimentare⁴⁸³.

Contro l'impostazione dominante si è schierato il Candian, secondo il quale questa idea della pretesa impossibilità legale di esecuzione dei contratti in corso da parte del fallito, e della conseguente impossibilità legale di una pronuncia di risoluzione e di risarcimento del danno, esercita grande influenza sulla dottrina e sulla giurisprudenza. Ma questa idea domina non tanto per il rigore degli argomenti quanto per la forza formidabile della tradizione e per l'alto prestigio degli scrittori, massimo fra i nostri Gustavo Bonelli. In altri termini, la circostanza che l'apertura del concorso possa costruirsi come una causa di impossibilità legale di prestazione, è un dato assai più presupposto che

in conseguenza e quindi successivamente al fallimento, non potrebbe conferire diritti in pregiudizio della massa. Su questo solco si colloca pure R. Montessori, *Il fallimento ed i rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, II, 457, è principio ormai assodato nella dottrina e nella giurisprudenza, d'Italia e fuori, che la dichiarazione di fallimento, come regola non produce la risoluzione dei rapporti contrattuali del fallito. Ci sono norme di legge che dichiarano sciolti certi rapporti contrattuali per effetto del fallimento di una delle parti come la società, il mandato, il conto corrente. Ma una disposizione, che attribuisca in generale alla pronuncia del fallimento l'effetto di risolvere i rapporti contrattuali non ancora eseguiti, non la troviamo scritta, né si desume dai principi generali del diritto fallimentare. Anche ad avviso di E. Ciotola, *Le obbligazioni nel fallimento*, Milano, 1936, 190, non può considerarsi la risoluzione del contratto pendente come uno degli effetti essenziali e necessariamente conseguenti alla dichiarazione di fallimento.

⁴⁸² A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 375.

⁴⁸³ Cass., 28 maggio 1926, 457. Anche fra le corti di merito si registrano posizioni analoghe. Così, secondo A. Bologna, 20 gennaio 1933, in *Temi emiliana*, 1933, I, 178, quando la inadempnienza del contraente non sia stata precedente alla sentenza dichiarativa del fallimento, è escluso che si possa far luogo a domanda e a pronuncia di risoluzione del contratto: infatti, una volta dichiarato fallito, il contraente è costituito nella impossibilità legale di dare esecuzione ai contratti in corso.

dimostrato⁴⁸⁴. Dal rilievo che il fallimento non rappresenta affatto una causa di legale impossibilità di adempimento, per il Candian comporta che l'altro contraente ha diritto di domandare la risoluzione del contratto per inadempienza secondo le regole generali, e ha anche diritto di domandare il risarcimento del danno, partecipando per il relativo ammontare alla massa passiva. Rimossa in tal modo la proposizione della impossibilità legale di adempimento conseguente al fallimento, e posto che questo, come il pignoramento singolare, non toglie che il debitore pignorato debba prestare esecuzione a favore dell'altra parte, la disciplina dei contratti bilaterali in corso di esecuzione «non presenta aspetti peculiari» in confronto di un processo esecutivo singolare⁴⁸⁵.

9. Segue: dottrina e giurisprudenza dopo la legge fallimentare del 1942.

Dopo l'entrata in vigore della legge fallimentare del 1942, contro l'ammissibilità della risoluzione *ex art.* 1453 c.c. nel fallimento aveva riscosso un certo credito la

⁴⁸⁴ A. Candian, *Un altro pregiudizio da eliminare dalla dottrina del fallimento*, in *Temi emiliana*, 1933, I, 178 ss., secondo il quale la contraria dimostrazione consta, tra l'altro, di queste proposizioni: l'insolvenza non è assunta affatto nel nostro diritto come causa di impossibilità legale dell'esecuzione dei contratti; e nemmeno l'affermazione che l'inadempienza si verifichi in conseguenza del fallimento, e quindi dopo la sentenza dichiarativa, ha fondamento. Per sua natura l'inadempienza non ha una causa, non si verifica *in conseguenza* di un fatto o stato qualsiasi, o per lo meno questo rapporto di causalità non è preso in considerazione dal diritto. Si tratterà -osserva l'autore- di un rapporto occasionale, che come tale assume rilevanza giuridica solo quando la legge positiva di volta in volta gliela attribuisce con una norma espressa, ma non affatto di un rapporto o momento *causale*. In questa prospettiva *Inadempimento* è inteso nel suo significato proprio di inadempimento che fonda il diritto alla risoluzione e ai danni, non nel senso generico di inesecuzione che può anche avere per causa un evento di forza maggiore. Ne deriva che se l'inadempimento non ha una causa efficiente, non è giuridicamente influente ricercare questa causa, e quindi collocarla nel tempo: in concreto, non è influente la constatazione che l'inadempimento si è verificato in occasione del fallimento. La causa dell'obbligazione è il contratto inadempito. L'obbligo della indennità non è che il risultato della conversione dell'obbligazione di adempiere, e poiché la preesistenza di questa al fallimento è un dato che non si discute, la soluzione del problema è trovata.

⁴⁸⁵ A. Candian, *Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione*, op. cit., 469. In linea di principio -scrive l'autore- qualunque diritto può essere pignorato: quindi, anche il diritto di credito che ha per fonte un contratto. Trattandosi di un contratto bilaterale in corso di esecuzione, l'insolvenza di una delle parti dà diritto all'altra parte di sospendere l'esecuzione: anche questo non è un principio peculiare al processo di concorso ma è un principio generale. La parte colpita dal pignoramento -dunque anche il fallito- potrà, esigendolo la controparte, costituire cauzione. Se non vi provvederà, quest'ultima avrà diritto, secondo le clausole del negozio e in conformità con le regole generali, di domandare la risoluzione del contratto, con il diritto ai danni.

tesi che identifica nel fallimento un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione⁴⁸⁶. Nell'ambito di questo filone di pensiero uno scrittore ha, in tal modo, osservato che la dichiarazione di fallimento determina la preclusione delle domande di risoluzione di contratti di compravendita con effetti rivendicatori della cosa venduta. Per conservare questo diritto è necessaria la proposizione della domanda anteriormente alla sentenza dichiarativa, con relativa trascrizione se si tratta di immobili o di mobili registrati. Fondandosi la risoluzione del contratto sull'inadempimento, le obbligazioni che rimangono inadempite per effetto della dichiarazione di fallimento, non possono costituire la base per la domanda di risoluzione. L'inadempimento, per sua natura, è un fatto volontario, mentre il fallito non può più adempiere, neanche se volesse e ne avesse la possibilità, se non attraverso il procedimento fallimentare. Ciò che «può rompere tale conseguenza» è soltanto il diritto quesito nascente dall'azione di risoluzione, introdotta prima del fallimento, per l'ovvia ragione che gli effetti della sentenza retroagiscono al momento della citazione. Tale considerazione si spiega, per questa corrente dottrinale, con l'esigenza che porta con sé il fallimento, della stabilità e certezza dei rapporti e delle situazioni giuridiche che all'atto del fallimento fanno capo al fallito. Ciò è in relazione a quegli interessi pubblici la cui tutela richiede che il procedimento concorsuale -appunto perché tale- poggi su basi di sicurezza assoluta⁴⁸⁷. L'opinione appena riferita è stata accolta anche nella giurisprudenza di legittimità⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Come ricorda G. Zanarone, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, Milano, 1970, 66.

⁴⁸⁷ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1190 ss. Ne consegue, per l'autore, che la posizione dei creditori si viene a trovare cristallizzata e non suscettibile di mutamenti per volontà del singolo e nel suo privato interesse, contro gli interessi della massa. Ciò è in relazione anche alla necessità, che l'ufficio fallimentare, di potere avere, compiuti gli accertamenti previsti dalla legge, certezza dello stato e consistenza sia dell'attivo sia del passivo, certezza dei beni oggetto della trasformazione coattiva al fine del soddisfacimento dei creditori, con conseguente immutabilità dell'uno e dell'altro termine. In quest'ottica cfr., inoltre, G. De Semo, *Diritto fallimentare*, op. cit., 351, secondo cui in caso di fallimento del venditore, se avviene lo scioglimento del contratto, il compratore ha diritto di insinuare il proprio credito nel passivo, *escluso però il risarcimento del danno* (art. 72, quarto comma). Questa regola - sostiene l'autore- assurge a dignità di un principio generale a proposito di tutti i contratti che si sciogliono per effetto del fallimento e appare giuridicamente fondata. Infatti, l'inadempimento che consegue alla dichiarazione di fallimento non si deve identificare con l'inadempimento del debitore *in bonis*, di cui all'art. 1218 c. c, e che comporta l'obbligo del risarcimento del danno. Se il debitore fallisce, la legge stessa dispone, in alcune ipotesi, lo scioglimento del contratto: non è più in facoltà del debitore di

Interessante il percorso seguito dall'Azzolina, il quale distingue tra contratto totalmente ineseguito da entrambe le parti e contratto eseguito da una sola parte. Per quanto riguarda, in particolare, il contratto eseguito da una sola parte egli poi distingue ulteriormente: se il contratto è stato eseguito dal fallito, la controparte *in bonis* deve la sua prestazione, e l'amministrazione fallimentare ha diritto di esigerla in sostituzione del creditore, cui essa si surroga *ope legis*; se il contratto è stato eseguito dalla parte *in bonis*, il diritto di questa alla controprestazione eventualmente dovuta dal fallito deve essere realizzato con assoggettamento alle norme sul concorso. Come già accennato, la *ratio* di tale disciplina è da rinvenire, per l'autore in rassegna, nella circostanza che è principio consolidato in dottrina e in giurisprudenza che il fallimento non possa essere invocato dal contraente *in bonis*, che abbia eseguito il contratto, come causa di risoluzione di quest'ultimo al fine di ottenere la restituzione delle cose prestate al fallito in via di adempimento. Infatti, anche se nel singolo caso d'inesecuzione da parte del contraente fallito ricorressero gli estremi per far luogo alla risoluzione del contratto bilaterale, ciò non potrebbe avvenire, dopo la dichiarazione del fallimento, senza insanabile contrasto con le finalità dell'esecuzione fallimentare, dato che si consentirebbe al creditore che agisce in risoluzione -operativa *ex tunc*

eseguire la prestazione, in quanto il suo patrimonio è ormai, da parte di lui, indisponibile, ed ogni iniziativa del debitore stesso si trova a tale riguardo paralizzata. E' ovvio - si conclude- che se l'inadempimento del fallito fosse avvenuto prima della dichiarazione di fallimento, il diritto del creditore al danno costituirebbe un credito concorsuale. Pure ad avviso di R. Corrado, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. secondo, Torino, 1963, 403 se il contraente *in bonis* ha eseguito i suoi obblighi, rimane titolare di un credito, per il quale si dovrà insinuare nel fallimento senza possibilità di sottrarsi alla falcidia concorsuale. In particolare, egli non potrà agire per ottenere la risoluzione degli obblighi contrattuali e l'eventuale restituzione delle cose prestate, non pagate ed ancora in possesso del somministrato fallito o del loro valore integrale.

⁴⁸⁸ Così, secondo Cass. 28 aprile 1961, n. 967, in *Dir. fall.*, 1961, II, 421, la domanda giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento, proposta in tempo anteriore alla dichiarazione di fallimento, acquisisce al contraente *in bonis* il diritto alla risoluzione e al recupero del bene trasferito al fallito inadempiente in forza del contratto risolto, oltre al risarcimento del danno. Il Provinciale scrive, in proposito, che la «Corte suprema concede adesione a una mia antica tesi, svolta nello scritto *La domanda di risoluzione e gli effetti del fallimento*, in *Temi emiliana*, 1926, I, 416, in nota ad una conforme (e particolarmente autorevole) sentenza della Corte di appello di Bologna, 7 luglio 1926...». Anche secondo Cass., 31 marzo 1969, n. 1052, cit., 861, il fallimento non importa di per sé risoluzione dei rapporti giuridici preesistenti che, di regola, si trasmettono, così come esistevano nei riguardi del fallito, all'amministrazione fallimentare, salvo che taluna delle clausole del rapporto risulti incompatibile con norme inderogabili della disciplina fallimentare o che lo scioglimento in relazione al peculiare rapporto sia previsto da una espressa disposizione di legge.

e non *ex nunc*- di sottrarsi alla falcidia concorsuale, alterando in tal modo la *par concio* dei creditori⁴⁸⁹.

Sul punto, anche la giurisprudenza di merito ha avuto modo di precisare che lo scioglimento del contratto d'appalto, per sopravvenuto fallimento, opera *ex lege* e non è quindi imputabile ad illecito o inadempimento del fallito. Ne consegue che in favore dell'altra parte non sorge alcuna azione di risarcimento (contro il fallimento o il fallito) per la mancata integrale esecuzione dell'opera commessa. Ciò si verifica anche quando il contraente *in bonis* abbia già adempiuto le proprie obbligazioni. In tal caso, egli ha soltanto il diritto di chiedere l'ammissione del proprio credito al passivo fallimentare⁴⁹⁰.

E' interessante, infine, evidenziare quanto scritto in proposito dallo Zanarone, il quale, dopo avere ammesso che il fallimento comporta un'impossibilità legale - sia pure soggettiva e temporanea- della prestazione, si è interrogato se tale impossibilità sia imputabile o meno al debitore, concludendo per una «tesi mista»: il fallimento è una causa di impossibilità imputabile al debitore quando l'insolvenza sia stata determinata da cattiva condotta degli affari da parte dell'imprenditore; non imputabile quando essa sia dipesa da eventi non prevedibili né evitabili dall'imprenditore stesso. Da tale considerazione deriva che, nell'ipotesi in cui l'insolvenza sia imputabile, il fallimento potrebbe essere invocato come causa che legittima l'esperibilità della risoluzione e del risarcimento; nell'ipotesi opposta si dovrebbe far luogo alle conseguenze dell'impossibilità non imputabile, nei limiti in cui non intervenga una normativa autonoma, come quella prevista dagli artt. 72 ss. l. fall.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1188 ss; puntualizzazioni già effettuate in U. Azzolina, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali ineseguiti*, op. cit., 356.

⁴⁹⁰ In tal senso, tra le altre, A. Milano, 15 dicembre 1961, n. 2281, cit., 401.

⁴⁹¹ G. Zanarone, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, op. cit., 114 ss. Secondo l'autore, tuttavia, la circostanza che il fallimento è causa di risarcimento e di risoluzione, lascia impregiudicata la questione se tali rimedi siano esperibili a danno della massa. Egli vuole, in altre parole, fare una «netta distinzione» tra fallimento come fattispecie di inadempimento e fallimento come pignoramento concorsuale. E' probabile che certe conseguenze giustificate in base al primo aspetto trovino ostacolo con riferimento al secondo. Così, richiamando opinioni espresse al riguardo già da G. Bonelli, *Del fallimento (commento al Codice di Commercio)*, vol. I, terza ed. a cura di V. Andrioli, op. cit., 570, è probabile, per Zanarone, che l'azione di risoluzione, nonostante essa sia invocata in presenza di un fallimento imputabile, debba essere negata in

Altri autori, nel dibattito su questo delicatissimo tema, hanno fatto leva sulla indisponibilità fallimentare e sull'esigenza di salvaguardare la *par condicio creditorum*. In questa prospettiva si è, infatti, evidenziato che l'inadempimento conseguente al fallimento di una parte del contratto non integra la fattispecie risolutoria dell'art. 1453 c.c. né quella risarcitoria. La ragione di questa disciplina, introdotta in via di interpretazione, non deve essere rinvenuta nel fatto che lo stato fallimentare escluda il presupposto della risoluzione, e cioè l'inadempimento contrattuale colpevole. In effetti il fallimento non è equiparabile a caso di forza maggiore né costituisce causa non imputabile al debitore in base all'art. 1256 c.c. La negazione del diritto alla risoluzione del contraente *in bonis* si spiega, per questa impostazione, con la destinazione del patrimonio del fallito al soddisfacimento paritario di tutti i creditori. In definitiva la negazione della proponibilità della risoluzione trova giustificazione nella contrarietà degli effetti tipici della risoluzione alla disciplina del concorso ed alla posizione paritetica dei creditori⁴⁹². Va in proposito ricordato che la giurisprudenza ha spesso richiamato insieme indisponibilità fallimentare e *par*

quanto lesiva del principio della *par condicio creditorum*, che costituirebbe il fine ultimo della procedura fallimentare. Quello che è certo - chiosa l'autore- è che per escludere il risarcimento danni e la risoluzione nel fallimento, non si potrà più invocare una pretesa indiscriminata equivalenza tra fallimento e impossibilità sopravvenuta non imputabile.

⁴⁹² G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare*, compendio a cura di G. Lo Cascio, op. cit., 723. Anche G. Auletta, *La risoluzione nel fallimento*, op. cit., 230, dopo aver precisato che la risoluzione costituisce una speciale sanzione, che ha per oggetto il bene acquistato dall'inadempiente in base al contratto bilaterale e che è disposta per la migliore tutela dell'interesse dell'adempiente, ha sostenuto che il fallimento produce uno «stato di indisponibilità» del patrimonio del fallito, mentre la sostituzione dell'azione concorsuale al posto dell'azione esecutiva individuale comporta che tutti i creditori debbano essere soddisfatti nella stessa misura, senza che determinati beni possano essere sottratti al soddisfacimento collettivo ed essere destinati al soddisfacimento di singoli creditori. Sul punto v. anche F. Ferrara jr. - A. Borgioli, *Il Fallimento*, op. cit., 375 ss. e nt. 1: il contraente *in bonis* non ha la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto, non tanto per il fatto che la facoltà di risoluzione contrasta con la *par condicio creditorum*, perché fra questo creditore e gli altri creditori vi è già una situazione di disuguaglianza, quanto piuttosto perché la mancata esecuzione del contratto non può apprezzarsi per la massa fallimentare come inadempimento, e dunque non può portare a suo carico le conseguenze relative, il che però implica di riflesso il diritto della massa di utilizzare il contratto, dandovi esecuzione. Questo diritto fa parte del patrimonio fallimentare ed in conseguenza dello spossessamento è destinato assieme agli altri beni al soddisfacimento di tutti i creditori. Diversa è la situazione, per questa tesi, quando il contraente avesse iniziato l'azione per la risoluzione prima della dichiarazione di fallimento e, nel caso in cui la vendita avesse per oggetto beni immobili, avesse altresì, in base all'art. 2915² c.c., provveduto alla trascrizione della domanda ex art. 2652 n. 1 prima del fallimento, perché allora egli avrebbe acquisito il diritto alla risoluzione, che non potrebbe essergli tolto. Cfr., inoltre, S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 210.

condicio creditorum. Infatti, con una fondamentale decisione, richiamata poi da altri successivi arresti⁴⁹³, il Supremo Collegio ha stabilito che poiché la risoluzione costituisce una particolare sanzione, con effetto restitutorio e recuperatorio, avente per oggetto il bene acquistato dall'inadempiente, cioè entrato nel suo patrimonio, in forza del contratto bilaterale, sanzione disposta per la più efficace tutela della parte adempiente; poiché il fallimento produce «l'indisponibilità del patrimonio del fallito», e il concorso importa che tutti i creditori debbano essere proporzionalmente soddisfatti, senza dar luogo a preferenze, da ciò deriva che il rimedio della risoluzione, per pregressi inadempimenti verificatisi da parte del debitore non ancora fallito, diviene per legge inefficace, nei confronti della massa, per mancanza dell'oggetto della sanzione -non più nella disponibilità del debitore- sul quale dovrebbe operare. In altri termini - afferma la Suprema Corte - lo stato di fallimento esclude per se stesso l'applicabilità di tutti i mezzi di tutela giuridica particolari, tra cui quello della risoluzione, che indurrebbero una disparità di trattamento tra i creditori, non giustificata dalle precise cause di prelazione previste dalla legge, e che inciderebbero, con effetti recuperatori, costitutivi o traslativi, a danno della massa⁴⁹⁴. E, ancora, per la Corte di legittimità, il contraente *in bonis* che ha eseguito la dovuta prestazione, non può sottrarsi alla falcidia concorsuale ed alla

⁴⁹³ Cass., 12 ottobre 1955, n. 3078, in *Dir. fall.*, 1956, II, 38.

⁴⁹⁴ Come ha puntualizzato lo G. Zanarone, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, op. cit., 119 ss., in questa sentenza l'indisponibilità fallimentare viene chiaramente qualificata con riferimento all'iniziativa del singolo creditore in ordine ai beni separati, intendendosi escluso ogni rimedio particolare che, agendo con effetti recuperatori, traslativi o costitutivi, sul patrimonio separato, crei una situazione di privilegio a favore di uno o più creditori a danno della massa. Trova così una esauriente spiegazione l'accostamento fra indisponibilità e *par condicio*: infatti l'indisponibilità, proprio perché vista come limite non solo all'attività del debitore fallito, ma anche e soprattutto all'iniziativa del singolo creditore, finisce per identificarsi con il più rilevante strumento di tutela della parità di trattamento fra i creditori. Ma non basta. Nella sentenza -osserva l'autore- si precisa anche per quale ragione proprio questo tipo di indisponibilità costituisca un ostacolo all'esperibilità della risoluzione nel fallimento. Questa ragione è individuata nella considerazione del rimedio risolutorio come sanzione specifica disposta per la più efficace tutela del credito da contratto bilaterale: poiché infatti il contraente adempiente non è che un creditore, e poiché la risoluzione non rappresenta che uno strumento di tutela particolare di tale credito, il suo esercizio nel fallimento urterebbe contro il principio della *par condicio creditorum*, «di cui l'indisponibilità costituisce appunto la più significativa specificazione».

regola della *par condicio* invocando l'inadempimento del debitore dissestato per ottenere la restituzione della cosa consegnata⁴⁹⁵.

Come precisato da parte di alcuni autori⁴⁹⁶, la Corte di legittimità, anche in tempi più recenti, ha accolto il principio secondo cui, dopo il fallimento del compratore, il venditore non può proporre domanda di risoluzione anche se con riguardo a inadempimento pregresso inadempimento del compratore medesimo, stante l'indisponibilità dei beni già acquisiti al fallimento a tutela della *par condicio*⁴⁹⁷. Analizzando le decisioni giurisprudenziali sul tema in esame, ad avviso di uno studioso, è possibile rilevare da un lato l'assoluta parificazione tra l'inadempimento anteriore e quello conseguente al fallimento, ai fini dell'esclusione del diritto alla risoluzione; e dall'altro lato in caso di inadempimento conseguente al fallimento, l'abbandono della risalente opinione in base alla quale lo stato di fallimento escluderebbe il presupposto della risoluzione e cioè l'inadempimento contrattuale. Ricorre, al contrario, l'affermazione che né il fallimento né il precedente stato di insolvenza sono equiparabili a casi di forza maggiore, né possono costituire causa non imputabile al debitore ex art. 1256 c.c.; anche se è pure frequente il rilievo che il fallimento non è un fatto illecito che giustifichi da solo la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni. Ne consegue che il diniego del diritto alla risoluzione si giustifica non con il difetto di colpevole inadempimento ma con la destinazione del patrimonio del fallito al soddisfacimento paritario di tutti i creditori e con la posteriorità del credito di risarcimento all'apertura del concorso⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ Cass., 21 ottobre 1955, n. 3400, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 81.

⁴⁹⁶ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 530 e, successivamente, P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., 372, nt. 4; ivi altre indicazioni giurisprudenziali.

⁴⁹⁷ Cass., 26 marzo 2001, n. 4365, in *Fallimento*, 2001, 1018.

⁴⁹⁸ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 530 ss.; ivi, puntuali indicazioni giurisprudenziali.

Altra impostazione, infine, ha fatto leva sull'inopponibilità ai terzi della pronuncia di risoluzione⁴⁹⁹.

E' necessaria, adesso, una puntualizzazione. Come si è osservato, la disputa sul fondamento dell'inammissibilità della risoluzione nel fallimento conserva un rilievo soprattutto per i contratti interamente eseguiti dal contraente non fallito. Per i contratti in corso di esecuzione l'inammissibilità della risoluzione può essere ricavata, più semplicemente, dalla norma contenuta nell'art. 72, terzo comma, previgente, con la quale la risoluzione sembra incompatibile: il riconoscimento al contraente *in bonis* di una facoltà di chiedere la risoluzione dei contratti in corso di esecuzione vanificherebbe la facoltà di scelta che la norma in oggetto attribuisce invece al curatore. Il contraente *in bonis* non ha quindi diritto alla risoluzione, perché la facoltà di scelta fra adempimento e scioglimento è attribuita al curatore: ha diritto soltanto a che questa facoltà di scelta sia esercitata e la sorte del contratto non resti in definitivamente incerta; può, a tal fine, *ex art. 72³* mettere in mora il curatore⁵⁰⁰.

10. Azione di risoluzione proposta prima del fallimento

Va adesso rilevato che all'assunto pacifico della improponibilità contro il fallimento di domande di risoluzione per inadempimento del fallito, fa riscontro l'assunto, altrettanto pacifico, della perseguibilità delle domande proposte anteriormente al fallimento: in questa ipotesi si sostiene che vi è un diritto quesito alla risoluzione che il fallimento deve rispettare⁵⁰¹. In altri termini, la giurisprudenza più recente, in linea con quella più risalente, ha sempre previsto una eccezione alla regola generale che nega dopo il fallimento la risoluzione del contratto per inadempimento del fallito, sia esso anteriore o connaturato allo

⁴⁹⁹ In tal senso cfr. G. Zanarone, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, op. cit., 292 ss.

⁵⁰⁰ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 114.

⁵⁰¹ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 117.

stesso fallimento. La giurisprudenza ha sempre riconosciuto il diritto del contraente non inadempiente ad ottenere, anche dopo il fallimento dell'altro contraente, una pronuncia di risoluzione per inadempimento, efficace nei confronti della massa anche per l'eventuale recupero della cosa trasferita, quando la relativa azione giudiziale sia stata già da lui proposta prima della dichiarazione di fallimento⁵⁰². Infatti, nella motivazione di una importante decisione del 1955⁵⁰³, la Corte di legittimità ha chiarito che perché la risoluzione, per inadempimento pregresso del debitore, sia operativa nei confronti della massa stessa, è necessario che il diritto alla risoluzione sia stato quesito prima della dichiarazione di fallimento. Tale acquisizione non si verifica per il semplice fatto dell'inadempimento, ma, nel caso della normale azione di risoluzione a norma dell'art. 1453 c.c., soltanto se la domanda giudiziale sia stata proposta prima della dichiarazione di fallimento. Retroagendo, in tal caso, gli effetti della sentenza costitutiva della risoluzione al momento della domanda, la dichiarazione di fallimento non è di ostacolo al recupero, da parte del contraente *in bonis*, del bene che già virtualmente doveva intendersi essere stato sottratto alla massa in modo legittimo. Su questo solco si sono poste anche altre decisioni di legittimità⁵⁰⁴

A fronte di tale orientamento giurisprudenziale pacifico, qualche interprete ha sottolineato che l'eccezione alla regola generale è ammissibile solo per l'inadempimento del fallito anteriore al fallimento; per l'inadempimento posteriore o connaturato al fallimento stesso, la sanzione di inefficacia della risoluzione rimane invece assoluta e non soffre eccezioni, dal momento che non

⁵⁰² Così G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 531.

⁵⁰³ Cass., 12 ottobre 1955, n. 3078, cit., 38.

⁵⁰⁴ In tal senso, Cass. 28 aprile 1961, n. 967, cit., 421. Questa decisione è stata poi richiamata da Cass. 20 marzo 1962, n. 558, in *Dir. fall.*, 1962, II, 536: il fallimento produce l'indisponibilità dei beni del fallito e la *par condicio creditorum*. Il principio per cui, di regola, è inefficace, di fronte alla massa, il rimedio della risoluzione, per pregresso inadempimento del debitore non ancora fallito, non si applica allorché il contraente *in bonis* abbia già acquistato il diritto alla risoluzione prima della dichiarazione di fallimento, mediante la proposizione della domanda giudiziale in tempo anteriore alla dichiarazione stessa, la quale, in detta ipotesi, non è ostativa al recupero del bene da parte del contraente adempiente.

sarebbe ipotizzabile per questa ipotesi un'azione anteriore al fallimento. Si chiarisce, inoltre, che per l'azione eventualmente promossa in corso di fallimento, nei confronti sia della massa sia del fallito, mancherebbe comunque l'interesse, in quanto non potrebbe mai conseguire alcun risultato concreto ai fini risarcitori o restitutori, essendo crediti non concorsuali perché successivi alla dichiarazione di fallimento⁵⁰⁵.

A tale riguardo, un illustre autore si è chiesto quando e a quali condizioni il contraente *in bonis* possa opporre all'amministrazione fallimentare la risoluzione del contratto, per inadempienza anteriore al fallimento, allo scopo di impedire che la curatela, assumendolo, ne pretenda l'adempimento. E in proposito egli ha richiamato l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, secondo la quale -come detto- la risoluzione non è ammessa nel fallimento se la domanda giudiziale non sia stata proposta prima della dichiarazione di quest'ultimo. Partendo dalla premessa che la risoluzione si verifica in ogni caso *ex tunc*, cioè dalla data della domanda, egli ha ribadito che se la domanda è stata proposta anteriormente al fallimento, gli effetti della sentenza dichiarativa non possono prodursi in danno del contraente che abbia già fatto valere il suo diritto alla risoluzione; se invece la domanda è stata proposta posteriormente, vale il ragionamento contrario, perché la sentenza dichiarativa opera su tutte le situazioni giuridiche pendenti alla data della sua pronuncia, nel senso di impedire che dalla data stessa sia alterata la *par condicio* dei creditori⁵⁰⁶.

A questo riguardo alcuni studiosi, seguiti da una parte della giurisprudenza - come già detto- hanno invocato il principio di retroattività del giudicato al momento della domanda⁵⁰⁷: per la retroattività della pronuncia al momento della domanda sarebbe possibile ricondurre l'effetto dissolutivo ad un momento

⁵⁰⁵ In tal senso v. le osservazioni di G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 532. Sul punto, v., inoltre, V. Andrioli, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 567.

⁵⁰⁶ Così U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1196 ss.

⁵⁰⁷ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1192.

anteriore al fallimento⁵⁰⁸. In questa prospettiva i Supremi giudici hanno ribadito che la domanda di risoluzione per inadempimento e di restituzione della cosa già consegnata non trova ostacolo nella sopravvenienza del fallimento del convenuto e non incide sulla *par condicio* in conseguenza della retroattività tra le parti della risoluzione del contratto⁵⁰⁹.

A tale proposito è opportuno accennare ad un contrasto di opinioni che è sorto tra gli studiosi. Per un primo orientamento, alla soluzione dell'opponibilità al fallimento della risoluzione chiesta giudizialmente prima del fallimento stesso si dovrebbe pervenire agevolmente, per lo meno, quando la domanda di risoluzione è soggetta a trascrizione: ne consegue che la risoluzione sarebbe opponibile al fallimento quando la domanda giudiziale fosse stata proposta e trascritta anteriormente al fallimento⁵¹⁰.

Al contrario, per una diversa impostazione, la risoluzione è inopponibile al fallimento anche quando sia stata trascritta la relativa domanda giudiziale prima del fallimento. Un autore ha infatti sostenuto che la trascrizione non può dare valore a un atto o a una pretesa che intrinsecamente non ne ha. Il contenuto della domanda di risoluzione è una pretesa di liquidazione di un rapporto fuori dal fallimento. Se questo è inammissibile, non si capisce come la trascrizione la renda ammissibile⁵¹¹. Tenuto conto delle diverse opinioni espresse dagli interpreti, risultano incerti fondamento e limiti dell'opponibilità all'amministrazione fallimentare della pretesa risolutoria fatta valere giudizialmente prima del fallimento. Uno studioso si è così chiesto se il problema non possa essere risolto in una diversa ottica: non quella dell'opponibilità della pretesa risolutoria al fallimento come terzo, ma quella dei diritti spettanti all'amministrazione che subentri nel contratto dopo la proposizione della

⁵⁰⁸ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 118.

⁵⁰⁹ Cass., 21 febbraio 1994, n. 1648, in *Fallimento*, 1994, 701.

⁵¹⁰ Così L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 118. Su questo solco, anche V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, op. cit., 418.

⁵¹¹ Così S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 210, nt. 417.

domanda di risoluzione. Rispetto agli atti compiuti dal fallito, l'amministrazione fallimentare si colloca come terzo quando acquisisce i beni del fallito in via espropriativa; si trova, invece, nella stessa posizione della parte fallita quando esercita i diritti ad essa spettanti, per esempio quelli derivanti da contratti nei quali sia subentrata. Se tuttavia l'amministrazione fallimentare, subentrando in un contratto, può esercitare solo i diritti spettanti alla parte contrattuale, sarebbe inutile il subentro nel contratto quando la domanda di risoluzione fosse stata proposta prima del fallimento: infatti, dalla data della domanda di risoluzione, il debitore inadempiente non può più adempiere la sua obbligazione e dunque neppure far valere i diritti derivanti dal contratto; né potrebbe farlo il curatore subentrante, che verrebbe a trovarsi nella stessa posizione. Ne consegue che se la domanda di risoluzione è stata proposta prima della dichiarazione di fallimento, in ogni caso il curatore non può, subentrando nel contratto, far valere alcun diritto ed il terzo contraente, con la domanda di risoluzione, si deve ritenere abbia in ogni caso acquisito, se non il diritto alla risoluzione, «certo il diritto allo scioglimento del contratto».⁵¹²

Si deve tuttavia evidenziare che, anche in ordine alle azioni proposte prima del fallimento, alcuni autorevoli studiosi hanno espresso delle perplexità sull'indirizzo seguito dalle corti di legittimità e di merito. Infatti, si è osservato che non si potrà parlare di risoluzione del contratto *ex art. 1453 c.c.* in danno del fallimento, «anche se il diritto alla risoluzione si fosse già maturato», perché questa è una forma di privilegio incompatibile con il principio generale della *par condicio*⁵¹³.

11. Risoluzione non giudiziale

⁵¹² L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 119 ss.

⁵¹³ S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 210.

Come puntualizzato da uno studioso, a principi analoghi a quelli già illustrati per l'azione giudiziaria di risoluzione per inadempimento si è ispirata la giurisprudenza, di legittimità e di merito, per valutare l'efficacia nei confronti del fallimento dei vari procedimenti risolutivi del contratto diversi da quello giudiziale. Essa si è preoccupata, in altri termini, di stabilire se alla data della dichiarazione del fallimento la risoluzione stragiudiziale del contratto si fosse o meno verificata o se alla stessa data il contraente *in bonis* avesse almeno già acquisito il diritto alla risoluzione⁵¹⁴. E così, a proposito della clausola risolutiva espressa -che in virtù dell'art. 1456 c.c. è considerata operante solo con la dichiarazione della parte non inadempiente di volersene avvalere- in giurisprudenza si è ritenuto che solo quando tale dichiarazione sia anteriore alla sentenza di fallimento la risoluzione del contratto è efficace nei confronti della massa. A tale proposito viene innanzitutto in rilievo quanto affermato dalla Suprema Corte, con la decisione più volte menzionata dell'ottobre 1955: vi sono dei casi in cui il contraente *in bonis* può acquisire il diritto alla risoluzione del contratto precedentemente alla dichiarazione di fallimento, pur senza ricorrere alla domanda giudiziale: ciò che si verifica quando le parti abbiano convenuto espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite, nel qual caso la risoluzione si verifica di diritto quando la parte adempiente dichiara all'altra che intende avvalersi della clausola risolutiva. Chiarito che nel dettare la disciplina il legislatore ha superato le incertezze precedentemente manifestatesi, circa il momento in cui dovesse intendersi intervenuta la risoluzione, se esso cioè coincidesse con quello dell'inadempimento, o con quello della dichiarazione di volersi avvalere della clausola, ovvero con quello della domanda giudiziale, come nel caso di condizione risolutiva tacita, incertezza che incideva anche sul problema dei limiti di opponibilità degli effetti della clausola alla massa

⁵¹⁴ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 540.

fallimentare, ne deriva che la dichiarazione della parte, intervenuta prima della pronuncia del fallimento, rende efficace la risoluzione, già verificatasi di diritto, anche nei confronti della massa; e tale efficacia dovrà dichiarare il giudice nella eventuale sentenza di accertamento dell'avvenuta risoluzione, in qualunque momento sia stata proposta la domanda di accertamento; mentre non potrà avere tale effetto la dichiarazione intervenuta successivamente, non potendosi attribuire, sotto questo aspetto, alla tardiva volontà di risoluzione per autorità privata, quella efficacia, nei confronti della massa, che viene disconosciuta, se parimenti tardivo, al più normale mezzo di tutela giuridica, consistente nell'invocare la pronuncia di risoluzione (costitutiva) da parte dell'organo giurisdizionale⁵¹⁵. A tale opinione hanno poi aderito le successive decisioni della Corte di legittimità e delle corti di merito. In tale prospettiva, si è infatti evidenziato che è pacifico che, nei contratti con prestazioni corrispettive, dichiarato il fallimento del contraente inadempiente, la risoluzione del rapporto non è proponibile, atteso che la relativa pronuncia produrrebbe effetti restitutori e risarcitori lesivi del principio di paritario soddisfacimento di tutti i creditori e di cristallizzazione delle loro posizioni giuridiche: ciò avviene anche nel caso in cui si intenda far valere, dopo l'apertura della procedura concorsuale e con riferimento ad un inadempimento anteriore, una clausola risolutiva espressa, ostandovi la stessa *ratio* che impedisce la proponibilità della domanda di risoluzione contrattuale⁵¹⁶. Su questo solco si colloca anche la maggioranza degli

⁵¹⁵ Cass., 12 ottobre 1955, n. 3075, cit., 38. Questa decisione è stata poi richiamata da Cass., 9 ottobre 1961, n. 2054, in *Dir. fall.*, 1969, II, 705 (La risoluzione del contratto per inadempimento da parte del contraente fallito, verificatosi prima della dichiarazione di fallimento, è operativa, nei confronti della massa dei creditori, solo se il diritto alla risoluzione sia stato quesito prima della dichiarazione, e ciò riguardo a tutti i contratti bilaterali intercorsi con il fallito, sia traslativi di diritti reali sia costitutivi di diritti personali, purchè tali che non si sciolgano *ipso iure* con l'apertura del fallimento o per cui non sia data facoltà di recesso al contraente *in bonis*. L'acquisizione del diritto alla risoluzione, nel caso della normale azione di risoluzione (art. 1453 cod. civ.) ed in quello di clausola risolutiva espressa (art. 1456 cod. civ.) si ha, quindi, soltanto se la proposizione della domanda giudiziale o, rispettivamente, la dichiarazione della parte adempiente di volersi avvalere della clausola, siano anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento.

⁵¹⁶ Cass., 17 gennaio, 1998, n. 376, in *Dir. fall.*, 1999, II, 83 e in M.Blandini – M. Dè Costanzo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, op. cit., 12. Questa sentenza è stata richiamata anche da Cass., 26 marzo 2001, n. 4365, cit., 1018. Sul punto, cfr. anche le meno recenti A. Milano, 9 marzo 1976, in *Dir. fall.*, 1976, I, 406; Trib. Milano, 7 marzo 1974, in *Dir. fall.*, 1974, II, 940.

scrittori che si sono occupati del tema in oggetto. Si è infatti osservato che la dichiarazione della parte non inadempiente di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa *ex art. 1456 c.c.* è efficace nei confronti della massa soltanto quando sia anteriore alla dichiarazione di fallimento⁵¹⁷. Sono, peraltro, equiparabili alla clausola risolutiva espressa la diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.* e il termine essenziale *ex art. 1457 c.c.*⁵¹⁸ Accanto alla risoluzione giudiziale -avverte un autore- il codice civile contempla talune cause di risoluzione di diritto del contratto: la clausola risolutiva espressa (art. 1456), il termine essenziale (art. 1457) e la diffida ad adempiere (art. 1454). Si tratta di fattispecie nelle quali la risoluzione si produce immediatamente e per effetto di una dichiarazione di una parte comunicata all'altra. In queste ipotesi tutti gli effetti propri della risoluzione -compresi quelli restitutori- sono opponibili al fallimento. La risoluzione di diritto ha efficacia reale cosicché il fallimento intervenuto successivamente ad essa non trova più il bene oggetto della prestazione effettuata dal contraente *in bonis* nel patrimonio del fallito, e se per caso ne avesse ancora il possesso, dovrà restituirlo all'avente diritto secondo il procedimento previsto dall'art. 103 legge fall.⁵¹⁹

A fronte di tale consolidato indirizzo si deve, tuttavia, dare atto di una posizione minoritaria che ha espresso alcune perplessità. A tale riguardo, infatti, un autore ha evidenziato «la quasi assoluta equiparazione» -operata dai giudici- fra la condizione risolutiva espressa e quella *cd. tacita* dell'art. 1453 c. c. e l'equiparazione ad ogni effetto della proposizione dell'azione giudiziaria per la risoluzione alla dichiarazione di cui all'art. 1456 c.c. Tale circostanza suscita delle riserve in ordine all'efficacia propria dei due atti: infatti, solo per la dichiarazione si può parlare di risoluzione immediata, mentre per l'azione

⁵¹⁷ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, op. cit., 286.

⁵¹⁸ In tal senso, A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, op. cit., 286. Su questo solco U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, op. cit., 1197, ha precisato che anche rispetto ai contratti sforniti di clausola risolutiva espressa la risoluzione può avere luogo *de iure*, mediante intimazione per iscritto alla parte inadempiente di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente quest'ultimo, il contratto si intenderà risolto (art. 1454 c.c.).

⁵¹⁹ F. Vassalli, *Diritto fallimentare*, II, 1., op. cit., 136. In tal senso cfr. anche A. Jorio, *Le crisi d'impresa* * *Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, op. cit., 501.

giudiziaria non si può andare oltre la retroattività della successiva ed eventuale pronuncia costitutiva di risoluzione⁵²⁰. La clausola risolutiva espressa (e la clausola penale) -hanno precisato altri interpreti- pur mantenendo il loro grado di importanza in materia contrattuale potendo così risolvere ogni rapporto contrattuale inadempito, non possono trovare lo stesso ambito di operatività in presenza del fallimento. Infatti la dichiarazione di fallimento di una delle parti, nel presupporre un generico stato di insolvenza e non certo un isolato inadempimento, non può consentire che la sorte di uno o più contratti stipulati dal contraente fallito possa essere condizionata dalla preventiva introduzione di una clausola di questo tipo⁵²¹. Anche una corte di merito ha stabilito che sono inefficaci nei confronti della massa dei creditori la clausola risolutiva espressa e la clausola penale con le quali le parti abbiano fatto dipendere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, predeterminato a norma dell'art. 1382 c.c., dal solo fatto della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, indipendentemente da qualsiasi inadempienza pregressa⁵²². Va tuttavia precisato che oggi, dopo la novella il dibattito in esame non ha più ragione d'essere. Infatti, come puntualizzato dalla dottrina, la lettera del quinto comma del riformato art. 72 consente di ricavare che sono efficaci verso la massa anche gli effetti della risoluzione per inadempimento di tipo *legale*, purché la fattispecie risolutiva si sia conclusa in data anteriore alla sentenza di fallimento. A tal fine, nel caso di *diffida ad adempiere*, il termine assegnato al debitore -poi dichiarato fallito- ex art. 1454 c.c., deve, ai fini dell'opponibilità ai creditori dell'effetto risolutivo, essere scaduto già prima dell'apertura della procedura; allo stesso modo, anteriore alla sentenza deve risultare la ricezione, da parte del debitore,

⁵²⁰ G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, op. cit., 541.

⁵²¹ A. Bonsignori, *Fallimento*, in A. Bonsignori - G. Nardo - M. Lazzara, *I contratti nelle procedure concorsuali*, op. cit., 90.

⁵²² In tal senso, Trib. Roma, 21 febbraio 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, 1122.

della dichiarazione del contraente *in bonis*, di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa⁵²³.

⁵²³ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 438. Per quanto attine alla clausola risolutiva espressa cfr. Cass., 16 maggio 2002, n. 7178, in *Fall.*, 2003, 159.

Cap. V

La disciplina speciale in caso di esercizio provvisorio dell'impresa

1. I contratti pendenti nell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito: premessa.

Una disciplina speciale, che deroga a quella fin qui illustrata, è contemplata per il caso in cui sia stato disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito⁵²⁴. La regola generale stabilita dalla norma contenuta nell'art. 72, primo comma, legge fall. della sospensione dell'esecuzione del contratto pendente, con conseguente facoltà del curatore di scegliere tra scioglimento e subentro ha un'applicazione limitata alla procedura concorsuale del fallimento con disgregazione del complesso aziendale, che deriva dalla cessazione dell'attività d'impresa che di solito precede o accompagna la dichiarazione di fallimento. Quando ciò non accade, quando, in altre parole, permane la vitalità del complesso aziendale o almeno di uno o più rami del complesso stesso, il problema della sorte dei rapporti pendenti al momento dell'apertura del concorso dei creditori trova soluzioni che si discostano dalla normativa di cui agli artt. 72 ss. della legge fallimentare⁵²⁵.

A conclusione della presente ricerca sulla sorte dei contratti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento si rivela, quindi, opportuno affrontare il tema in esame con particolare riferimento alla situazione che si viene a determinare qualora, in virtù dell'art. 104 legge fall. novellata⁵²⁶, sia disposto l'esercizio

⁵²⁴ Esercizio dell'impresa del fallito nell'ambito della procedura fallimentare – «esercizio provvisorio», secondo la definizione del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, avverte G. C. M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, XIX. Ancora di recente S. Ambrosini, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 524, nt. 8, ha puntualizzato che «il lavoro monografico più completo in materia resta quello di Rivolta»

⁵²⁵ M. Vitiello, *Gli effetti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda del fallito sui rapporti giuridici pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, Bologna, 2009, 367.

⁵²⁶ L'art. 104 l. fall., come sostituito dall'art. 90 del D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, stabilisce che con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dall'interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori. Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda fissandone la durata. Durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di

provvisorio dell'impresa del fallito. A tale riguardo, infatti, si deve invocare il precetto di cui all'art. 104, settimo comma⁵²⁷, legge fall. in base al quale -come accennato- durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.

Per comprendere appieno il significato di questa innovativa disposizione è necessario evidenziare, sia pure in estrema sintesi, quale fosse il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla sorte dei contratti pendenti, nell'ipotesi di esercizio provvisorio, nel vigore della legge fallimentare del 1942.

2. Cenni sull'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito

A prima vista -ha scritto un autore⁵²⁸- la possibilità di continuazione d'esercizio dell'impresa può apparire in contrasto con la natura della procedura fallimentare che è di liquidazione, ma questa apparente inconciliabilità viene meno se si considera sia il carattere provvisorio della continuazione, sia la possibilità che

continuare l'esercizio. Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione. Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, il curatore deve presentare un rendiconto dell'attività mediante deposito in cancelleria. In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio. Il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori. Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1). Al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del capo III del titolo II.

⁵²⁷ E' necessaria una precisazione: poiché, nel citare la norma che disciplina la sorte dei contratti pendenti durante l'esercizio provvisorio, al contrario della maggioranza degli studiosi che fa riferimento al settimo comma dell'art. 104, alcuni fanno riferimento all'ottavo comma (ad es., A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, in *Il fallimento*, 2006, 878, F. Liconti, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 410, M. Sandulli, *Commento all'art. 104 l. fall.*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, Torino, 2006, 609, L. Guglielmucci, *Il sistema dei rapporti preesistenti nel fallimento*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 32), per chiarezza nel corso di questa ricerca farò sempre riferimento all'art. 104, settimo comma, legge fall.

⁵²⁸ D. Mazzocca, *Manuale di Diritto fallimentare*, op. cit., 354. Su questo solco, più di recente, v. S. Ambrosini, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, Padova, 2009, 524 : la continuazione dell'attività d'impresa dopo il fallimento, se può sembrare contraddittoria nel caso di un soggetto decotto proprio in quanto incapace di competere sul mercato, può tuttavia, in talune ipotesi, risultare necessaria a preservare gli stessi creditori dagli effetti nefasti della perdita dell'avviamento e della disgregazione dei complessi produttivi.

assicuri vantaggio alla massa, almeno nel senso che evita, in base all'art. 90, un danno grave ed irreparabile che potrebbe derivare dall'interruzione improvvisa. L'eventualità della continuazione dell'attività d'impresa dopo il fallimento era contemplata già nel codice di commercio del 1882, che all'art. 750 la subordinava alla circostanza che potesse avere luogo «senza danno dei creditori»; e la legge del 10 luglio 1930, n. 995, aveva provveduto a rafforzare questo requisito, prevedendo la necessità di evitare «un danno grave e irreparabile ai creditori»⁵²⁹. Va a questo punto accennato che, già prima dell'entrata in vigore della legge del 1942, in ordine alla *configurazione giuridica* dell'esercizio provvisorio due tesi si contendevano il campo. In estrema sintesi, va rilevato che, per una prima impostazione, anche la continuazione del commercio è uno dei modi per realizzare il patrimonio del fallito. Essa non arresta né sopprime la liquidazione, la trasforma; «non ferma d'un tratto la vita dell'azienda, come lo farebbe la vendita delle sue attività, ma la porta gradatamente alla estinzione»⁵³⁰. Ad avviso di una diversa ricostruzione, invece, la continuazione temporanea del commercio del fallito è atto di «amministrazione del fallimento», sia pure di amministrazione straordinaria; è un atto di *conservazione* in quanto serve a continuare l'efficienza del commercio del fallito e quindi a mantenere all'azienda quel valore di avviamento che altrimenti con il suo arresto ne sarebbe notevolmente «menomato»⁵³¹.

⁵²⁹ S. Ambrosini, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli - A. Jorio, op. cit., 524. Più precisamente, come sottolinea I. Andolina, «Liquidazione dell'attivo» ed «esercizio provvisorio dell'impresa» nel fallimento, in *Dir. fall.*, 1978, I, 209, l'art. 750 del nostro codice di commercio -che ha riprodotto in parte qua l'art. 469 del *code de commerce* napoleonico- stabiliva che il curatore potesse essere autorizzato dal giudice delegato a continuare l'esercizio del commercio del fallito, se questo non potesse essere interrotto *senza danno dei creditori*; e la successiva novella del 1930 -ispirata ad aperta sfiducia verso l'istituto in oggetto- incalzava sul punto, prescrivendo che l'autorizzazione potesse essere accordata non più dal giudice delegato, ma dal tribunale, solo quando dall'interruzione improvvisa possa derivare *danno grave e irreparabile ai creditori*.

⁵³⁰ Così U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, Bologna, 1935, 56.

⁵³¹ A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 541ss.

Entrata in vigore la legge fallimentare del 1942, l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito ha trovato la sua regolamentazione nell'art. 90⁵³². La considerazione che l'azienda, bene strumentale dell'impresa, ha una vitalità, una capacità produttiva, un avviamento, una funzionalità tecnologica che, con grave ed irreparabile nocimento per i creditori concorsuali, andrebbero perduti se, al momento della dichiarazione di fallimento, si procedesse all'arresto immediato e brusco dell'attività imprenditoriale -non disgiunta dall'altra secondo cui quelle caratteristiche dell'azienda, se sviluppate in modo saggio, possono apportare benefici considerevoli ai creditori stessi, ha giustificato il mantenimento, nella legislazione del '42, dell'istituto dell'esercizio provvisorio⁵³³. Si deve tuttavia sottolineare che, anche nel vigore della nuova legge fallimentare, si potevano individuare due diversi indirizzi sulla natura giuridica dell'esercizio provvisorio⁵³⁴. Infatti, nel solco del dibattito fiorito in precedenza -e di cui si è dato, in modo sommario, conto- un primo indirizzo colloca l'esercizio provvisorio in una prospettiva di liquidazione dell'attivo. A tale proposito si è sottolineato che la continuazione dell'esercizio dell'impresa è un mezzo, di

⁵³² In base al primo comma dell'art. 90 dopo la dichiarazione di fallimento il tribunale può disporre la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa del fallito, quando dall'interruzione improvvisa può derivare un danno grave e irreparabile. Dopo il decreto previsto dall'articolo 97, aggiunge il secondo comma, il comitato dei creditori deve pronunciarsi sull'opportunità di continuare o di riprendere in tutto o in parte l'esercizio dell'impresa del fallito, indicandone le condizioni. La continuazione o la ripresa può essere disposta dal tribunale solo se il comitato dei creditori si è pronunciato favorevolmente. Se è disposto l'esercizio provvisorio a norma del comma precedente, il comitato dei creditori è convocato dal giudice delegato ogni due mesi per essere informato dal curatore sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio. Il tribunale, dispone l'ultimo comma, può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio se il comitato dei creditori ne fa richiesta, ovvero se in qualsiasi momento ne ravvisa l'opportunità. Il tribunale provvede in ogni caso con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo, sentito il curatore.

⁵³³ V. De Martino, *Commentario alla legge fallimentare* a cura di G. Alessi – B. Beninca- M. Curcio- B. Manzella- F. Verde, Roma, 1971, 293 ss. Per la ricostruzione storico-legislativa che portato all'art. 90 legge fall. cfr. G. C. M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 123, ss., a parere del quale «il nostro istituto è di quelli che soltanto nella prospettiva storica ricevono piena luce». Secondo A. Caiafa, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro*, in *Dir. fall.*, 2008, 828, l'art. 90, come la prassi applicativa della disposizione normativa ha dimostrato, ha avuto scarsissima diffusione, per la notevole diffidenza nutrita nei confronti dell'istituto, che spesso non veniva disposto neanche quando dall'interruzione improvvisa dell'attività dell'impresa potesse derivare un danno grave ed irreparabile. La ragione di questo orientamento si poteva rinvenire nella circostanza che la continuazione avrebbe dato luogo a debiti prededucibili, che avrebbero potuto comportare l'assorbimento, da parte dei nuovi creditori, di tutto l'attivo esistente, con evidente pregiudizio di quelli concorsuali anteriori.

⁵³⁴ Cfr. M. Macchia, *Esercizio di impresa: a) interessi tutelati e natura giuridica*, in *Diritto fallimentare* coordinato da G. Lo Cascio, *Compendi giuridici*, Milano, 1996, 806 ss.

carattere preparatorio e conservativo della consistenza e capacità attiva dell'impresa, di realizzo, con la conseguenza che si inquadra nei mezzi di liquidazione dell'attivo⁵³⁵. Ad avviso di un'altra impostazione, invece, la continuazione dell'impresa non rientra mai nel fenomeno della liquidazione, ma in quello dell'amministrazione⁵³⁶. All'interno di questa seconda corrente di pensiero si è, in tal modo, precisato che la nuova disciplina del '42 accoglie e consacra l'opinione prevalente a quel tempo, in base alla quale l'esercizio provvisorio avrebbe dovuto fungere da strumento di conservazione dell'impresa e, quindi, a tutela dei diversi interessi legati alla sopravvivenza dell'impresa stessa⁵³⁷. A tale riguardo è, anzi, opportuno puntualizzare che gli interpreti che

⁵³⁵ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, III, op. cit., 1551 ss. In quest'ordine di idee v., inoltre, D. Mazzocca, *Manuale di Diritto fallimentare*, op. cit., 355, a parere del quale la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa è finalizzata alla migliore liquidazione ed è, pertanto, un istituto che vi rientra e P. Pajardi, *Casi clinici di diritto fallimentare*, Milano 1959, 70, il quale parla, in proposito, di una «forma transitoria e complessa» di liquidazione.

⁵³⁶ F. Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1974, 450, nt. 20 e, inoltre, F. Ferrara jr. – A. Borgioli, *Il Fallimento*, op. cit., 511, nt., 11. In questo stesso ordine di idee si possono ricordare Su questa scia, anche ad avviso di G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, op. cit., 589, fra gli atti che attengono all'amministrazione del patrimonio fino alla sua completa realizzazione assume un rilievo particolare la continuazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa, che può essere disposta dal tribunale quando dalla cessazione improvvisa dell'attività imprenditrice possa derivare un danno grave e irreparabile per i creditori; G. C. M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, op. cit., 160 (l'esercizio fallimentare dell'impresa rientra nell'amministrazione del fallimento); Satta, 270, nt. 555, (la continuazione dell'esercizio dell'impresa rientra nell'amministrazione del curatore, che è sostituito al debitore); I. Andolina, «Liquidazione dell'attivo» ed «esercizio provvisorio dell'impresa» nel fallimento, op. cit., 207 ss.

⁵³⁷ I. Andolina, «Liquidazione dell'attivo» ed «esercizio provvisorio dell'impresa» nel fallimento, op. cit., 209. Sull'esercizio provvisorio in generale cfr., tra gli altri, E. Cuzzi - A. Cicu, *Il fallimento*, in *Codice di commercio comm.*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, IX, Torino, 1927, 327 ss.; A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 541 ss.; U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Bologna, 1934, 36 ss.; V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, op. cit., 429; G. De Semo, *Diritto fallimentare*, op. cit., 413 ss.; V. L. Cuneo, *Le procedure concorsuali. Natura, Effetti, Svolgimento*, I, Milano, 1970, 326 ss.; S. Satta, *Diritto fallimentare*, op. cit., 270; F. Ferrara, *Il fallimento*, op. cit., 449 ss.; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, III, op. cit., 1551 ss.; D. Mazzocca, *Manuale di Diritto fallimentare*, op. cit., 354 ss. Interessante quanto scrive De Semo, 413 ss: l'abrogato codice di commercio parlava dell'esercizio provvisorio sotto il Titolo IV sulla liquidazione dell'attivo (art. 794 ss) ed una parte della dottrina approvava questo criterio, per il motivo che la continuazione del commercio non sospenderebbe la liquidazione, ma soltanto la trasformerebbe, portandola gradatamente all'estinzione. Questo avviso non è fondato, e trova confutazione nello stesso codice di commercio, che, contraddicendo la indicata intitolazione del titolo IV, stabiliva nell'art. 794 che la vendita dei beni è sospesa, se i creditori deliberino che si continui *ad amministrare* il patrimonio commerciale del fallito ... Qui dunque si parla, ed esattamente, non di liquidazione, ma di *amministrazione* del patrimonio, la quale implica la sospensione della vendita dei beni, cioè della liquidazione. In altri termini, l'esercizio provvisorio costituisce una continuazione, o una ripresa, delle attività dell'azienda, ed importa, semplicemente, il differimento della sua liquidazione. A questo criterio sistematico si è correttamente ispirata la nova legge, che tratta

parlano di liquidazione concepiscono l'istituto come finalizzato ai soli interessi dei creditori; coloro che, al contrario ritengono che si tratti di attività di impresa immaginano una separazione dell'impresa dall'imprenditorie che ne era titolare e una tutela di interessi che trascendono quelli del ceto creditorio⁵³⁸.

3. La sorte dei rapporti pendenti durante l'esercizio provvisorio nella legge fallimentare del 1942

Ciò premesso, come evidenziato da un autorevole studioso, «uno dei profili più interessanti» dell'istituto in esame è rappresentato dalla reazione dell'esercizio fallimentare dell'impresa sulla sorte dei contratti pendenti. Presupposto di questa reazione è il particolare collegamento della maggior parte dei contratti pendenti con l'esercizio dell'impresa del fallito: collegamento identificabile, volta per volta, nella preordinazione dei contratti stessi all'organizzazione dell'impresa o nella loro inerenza all'esplicazione dell'attività imprenditoriale⁵³⁹.

Si è posto, quindi, il problema se la disciplina legale dei rapporti giuridici preesistenti nel fallimento subisse una qualche automatica modificazione, quando venisse disposta la continuazione dell'esercizio dell'impresa⁵⁴⁰.

dell'esercizio provvisorio appunto sotto il Capo IV, concernente la custodia e l'amministrazione delle attività fallimentari.

⁵³⁸ Cfr. M. Macchia, *Esercizio di impresa: a) interessi tutelati e natura giuridica*, in *Diritto fallimentare* coordinato da G. Lo Cascio, *Compendi giuridici*, op. cit., 807. L'autore evidenzia che nell'ambito delle tesi che considerano l'esercizio provvisorio come attività d'impresa, secondo alcuni studiosi la qualità di imprenditore va attribuita alla curatela fallimentare; secondo altri, invece, la qualità di imprenditore rimane in capo al fallito, verificandosi un caso di sostituzione *ex lege* nell'esercizio d'impresa con imputazione al sostituto fallito dei relativi risultati. A riguardo Cass. 9 gennaio 1987, n. 71, in *Giur. comm.*, 1987, II, 562, dopo aver chiarito che la continuazione dell'esercizio dell'impresa nel fallimento costituisce attività volta alla migliore liquidazione del patrimonio del fallito ed in tale prospettiva impone l'osservanza delle norme in tema di ripartizione dell'attivo, ha stabilito che detto esercizio provvisorio è soltanto una fase (eventuale) della procedura concorsuale e non è configurabile come trasferimento di azienda dell'imprenditore fallito al curatore fallimentare: l'azienda era e rimane del fallito, mentre il curatore si sostituisce a lui per volontà di legge nell'amministrazione di tutto il suo patrimonio al fine di provvedere alla soddisfazione dei crediti. Sul punto v., inoltre, Cass., 27 ottobre 1966, n. 2637, in *Giust. civ.*, 1967, I, 524.

⁵³⁹ G. C. M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, op. cit., 368 ss.

⁵⁴⁰ Così M. Sandulli, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, II, 196 ss.

Come puntualmente osservato, nel dettare la regola generale di cui all'art. 72 sulla sospensione dell'esecuzione dei contratti pendenti, il legislatore della riforma ha recepito soluzioni interpretative consolidate in dottrina ed in giurisprudenza. Va, al contrario, sottolineato che, nel prevedere la continuazione dei contratti pendenti, almeno di quelli inerenti all'attività imprenditoriale, il legislatore **si discosta**, in modo vistoso, dalle soluzioni in precedenza raggiunte da dottrina e giurisprudenza. Infatti, nel vigore della legge del 1942, si riteneva generalmente che l'esercizio provvisorio non comportasse alcuna deroga al regime previsto per i contratti pendenti dagli artt. 72 ss. legge fall. Queste disposizioni, che disciplinavano la sorte di alcuni contratti tipici si ritenevano, quindi, applicabili anche nel caso in cui fosse stata disposta la continuazione temporanea dell'impresa. Allo stesso modo, secondo l'orientamento allora **prevalente**, anche nel caso in cui fosse stato disposto l'esercizio provvisorio, di fronte ad un contratto atipico o comunque non regolato dalle norme in esame, si tendeva a ritenere che l'esecuzione dello stesso rimanesse sospesa finché il curatore non avesse scelto tra il subentro e lo scioglimento. Tale conclusione si giustificava in base al rilievo che la regola della sospensione, con la relativa facoltà di scelta in capo al curatore, era considerata come un principio generale da applicarsi a tutti i rapporti non disciplinati, essendo l'ipotesi che meglio delle altre garantiva una ponderata valutazione del singolo caso di specie⁵⁴¹. In tale prospettiva si è infatti sottolineato che, in relazione alla sorte dei contratti pendenti, non vi possono essere diversità sostanziali, rispetto al regime normale, di cui agli artt. 72 ss., almeno per i contratti sciolti di diritto, per quelli che possono essere sciolti a iniziativa della controparte e per quelli che sempre di diritto proseguono. Neppure per i negozi che possono essere sciolti su iniziativa dell'ufficio fallimentare, l'esercizio provvisorio comporta diretti mutamenti; ciò che cambia è la destinazione: non più liquidazione *ex* artt. 104 ss. -vecchio testo- legge fall., ma nelle forme della prosecuzione dell'attività imprenditoriale. Ne

⁵⁴¹ F. Liconti, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 410 ss.

consegue che la diversità dell'indirizzo liquidativo può spingere l'ufficio a continuare contratti che diversamente avrebbe lasciato che estinguere⁵⁴². Per quanto riguarda i poteri di subingresso del curatore nei contratti pendenti relativi alla continuazione dell'esercizio dell'impresa, di fronte a chi sostiene l'applicabilità degli artt. 72 ss. legge fall., si colloca chi afferma che la discrezionalità del curatore sarebbe più ampia, proprio in funzione dell'attività commessagli, qualunque configurazione si voglia attribuire a quest'ultima attività -sia facente parte dell'amministrazione, sia facente parte della liquidazione dell'attivo- non si possono attribuire al curatore poteri più vasti di quelli concessigli dagli artt. 72 ss. legge fall.⁵⁴³

Va tuttavia rilevato che, secondo un'impostazione allora minoritaria, la regola generale era non la sospensione, ma la prosecuzione dei rapporti; e tale regola doveva trovare applicazione, naturalmente, anche in caso di esercizio provvisorio dell'impresa del fallito⁵⁴⁴.

In questo contesto ci si è chiesti se, in caso di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, sia ugualmente richiesta l'autorizzazione del giudice delegato e la dichiarazione, espressa o tacita, del curatore, per il subentro nei contratti inerenti all'impresa. Il problema in esame -posto in termini di configurabilità di una tacita autorizzazione al subentro, desumibile dal provvedimento di autorizzazione all'esercizio provvisorio- è anche un problema

⁵⁴² Così R. Provinciali, *La continuazione dell'impresa del fallito*, in *Dir. fall.*, 1972, I, 425 e in *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, 1572 ss., in coerenza con la sua tesi sulla natura liquidatoria dell'esercizio dell'impresa del fallito. Sul punto cfr., altresì, M. Macchia, *Custodia ed amministrazione del patrimonio concorsuale*, in *Diritto fallimentare* coordinato da G. Lo Cascio, *Compendi giuridici*, op. cit., 811, secondo il quale la prosecuzione dell'esercizio di impresa non influenza di per sé la sorte dei rapporti in corso di esecuzione, che rimangono disciplinati dagli artt. 72 ss. legge fall. A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare, sub art. 90*, Padova, 1991, 290.

⁵⁴³ A. Bonsignori, *Il Fallimento*, vol. nono, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, op. cit., 578 ss. In tema cfr., inoltre F. Cintioli, *Esercizio provvisorio dell'impresa e rapporti corrispettivi ineseguiti*, in *Fall.*, 1995, 579.

⁵⁴⁴ Così V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, op. cit., 411. E' appena il caso di notare che, in seguito alla riforma del 2006, l'opinione di questo studioso, almeno in relazione alla sorte dei contratti pendenti durante l'esercizio provvisorio, è stata recepita dal nuovo art. 104, settimo comma.

di applicabilità o meno degli artt. 72 ss. all'ipotesi di esercizio provvisorio dell'impresa⁵⁴⁵.

A questo proposito, per quanto riguarda il periodo anteriore all'entrata in vigore della legge del 1942, si può, in sintesi, ricordare che, secondo una parte della dottrina, c'è un solo caso in cui il curatore non è facoltizzato ma *obbligato* ad eseguire i contratti precedentemente stipulati dal fallito ed è quello in cui sia stata autorizzata la continuazione temporanea del commercio del fallito ai sensi dell'art. 750 cod. comm. In tali casi il curatore, per questa tesi, non necessita neppure dell'autorizzazione -che sarebbe richiesta per l'esecuzione di contratti singoli- essendo essa «implicita» nella più lata autorizzazione del giudice⁵⁴⁶.

Entrato in vigore il r.d. 16 marzo 1942, n. 267, si possono delineare due indirizzi ermeneutici. Per un primo orientamento, nell'autorizzazione all'esercizio provvisorio è contenuta implicitamente l'autorizzazione al subentro nei contratti in corso di esecuzione. In altri termini, il curatore poteva agire senza necessità di autorizzazione alla continuazione dell'attività di impresa, in quanto essa contiene in se stessa anche l'autorizzazione al compimento di tutti gli atti ed i negozi funzionali e necessari all'esercizio dell'impresa⁵⁴⁷. Uno studioso, infatti, ha sottolineato che il provvedimento del tribunale -in ordine alla continuazione o alla ripresa dell'esercizio dell'impresa- importa un'autorizzazione generale e preventiva al curatore di compiere gli atti inerenti all'esercizio dell'impresa e, quindi, non occorre successivamente un'autorizzazione per ogni atto. La decisione del tribunale si estende naturalmente anche ai rapporti pendenti, non nel senso che il curatore subentri senz'altro in essi, ma nel senso che il curatore può subentrare se lo ritiene necessario od opportuno ai fini dell'esercizio

⁵⁴⁵ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 133 e nt. 6. In proposito si è parlato di “una annosa questione”: così A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit, 515.

⁵⁴⁶ A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, op. cit., 377.

⁵⁴⁷ Come ricorda F. Liconti, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 412.

dell'impresa⁵⁴⁸. Si deve, tuttavia, evidenziare che per l'indirizzo prevalente, l'esercizio provvisorio -come già accennato- non consente di escludere l'applicazione di alcuna delle disposizioni di cui agli artt. 72 ss. legge fall., nemmeno di quelle che prevedono lo scioglimento *ex lege* di alcuni contratti per incompatibilità con le esigenze della procedura fallimentare. A maggior ragione, si devono considerare applicabili le disposizioni che prevedono il subentro del curatore come meramente facoltativo e si deve ritenere necessaria l'autorizzazione del giudice delegato e la dichiarazione del curatore per il subentro in ogni singolo contratto, non essendo invece concepibile un subentro indiscriminato in tutti i contratti inerenti all'impresa⁵⁴⁹.

In quest'ottica si è osservato che, se la continuazione dell'esercizio dell'impresa mira ad evitare il danno grave ed irreparabile che possa derivare dall'interruzione improvvisa o dalla stasi prolungata, occorre compiere una scelta «oculata» dei

⁵⁴⁸ F. Ferrara, *Il fallimento*, op. cit., 450, e, inoltre, F. Ferrara jr. – A. Borgioli, *Il Fallimento*, op. cit., 511. In tal senso cfr., anche, U. Azzolina, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali ineseguiti*, op. cit., 363 : quando il curatore sia stato autorizzato a continuare o a riprendere l'esercizio dell'impresa, non vi è necessità di un'autorizzazione specifica all'assunzione dei contratti stipulati dal fallito e non ancora eseguiti, essendo evidente che l'autorizzazione medesima è implicita in quella di ordine generale che consente l'esercizio provvisorio. Questo purché il contratto non eseguito inerisca, per il suo oggetto, all'attività imprenditoriale del dissestato, mentre in caso contrario l'autorizzazione sarebbe necessaria. Anche secondo M. Sandulli, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, II, 196 ss. contr. pag.: per quanto attiene all'aspetto autorizzativo in relazione ai singoli rapporti contrattuali, necessariamente l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa comporta l'autorizzazione a compiere tutti gli atti ed i negozi funzionali a tale esercizio. L'autorizzazione all'esercizio dell'impresa avrebbe una funzione meramente programmatica se non contenesse in sé l'autorizzazione al curatore a compiere tutti gli atti a tal fine utili, necessari e consequenziali.

⁵⁴⁹ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 133 ss. Nello stesso senso v., tra gli altri, G. C. M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, op. cit., 387 ss., per il quale va escluso che il provvedimento del tribunale - che abbia disposto l'esercizio provvisorio- determini l'automatico subingresso dell'amministrazione fallimentare in tutti i contratti inerenti all'impresa, come va escluso, parimenti, che sorga un obbligo del curatore di assumere tutti i contratti in oggetto. Il problema -egli sostiene- è un altro: se, una volta disposto l'esercizio provvisorio, non sia più necessaria, da parte del giudice delegato, l'autorizzazione all'esecuzione dei singoli contratti inerenti all'impresa. La risposta deve essere nel senso che, quando la legge la richieda, l'autorizzazione specifica sia ancora necessaria. Anche secondo R. Corrado, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, op. cit., 412 ss., la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa del fallito non altera i poteri normalmente attribuiti agli organi fallimentari. Fuori luogo sarebbe, pertanto, desumere da questa decisione un ordine vincolativo per il curatore e per il giudice delegato di dar corso a tutti i contratti, la cui esecuzione sia tuttora sospesa. Le stesse considerazioni escludono anche che la decisione del tribunale possa rendere superflua l'autorizzazione specifica all'esecuzione di singoli contratti stipulati dal fallito, anche se per il loro oggetto ineriscano all'attività del dissestato. Cfr., inoltre, V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, op. cit., 408 ss.

contratti non ancora eseguiti, decidendo la manutenzione di quelli che si presentano vantaggiosi per la massa e abbandonando quelli che potrebbero arrecare pregiudizio. Ne consegue che l'autorizzazione a continuare l'esercizio dell'impresa ha carattere generico e non esclude l'autorizzazione specifica ai singoli contratti durante l'esercizio stesso, in pendenza del quale gli organi fallimentari conservano integri i normali poteri. Non si tratta, in altri termini, di un'autorizzazione indiscriminata, capace di frustrare le finalità dell'istituto e di arrecare quindi pregiudizio ai creditori, ma di un'autorizzazione "cosciente"⁵⁵⁰, che si realizza man mano che si presenti la necessità o utilità di dar corso ai contratti⁵⁵¹. In particolare, la dichiarazione di volontà dell'ufficio fallimentare, esternata dal curatore, deve riferirsi, caso per caso, al contratto che si vuole assumere o continuare. Per questo si esclude che, nell'ipotesi di continuazione dell'impresa *ex art. 90 legge fall.*, tale provvedimento del tribunale vi tenga luogo, determinando la continuazione in blocco di tutti i contratti pendenti all'atto della dichiarazione di fallimento, dei quali si alimentava l'attività dell'impresa. Ciò per i seguenti motivi. Innanzitutto, una volontà siffatta non si può considerare necessariamente contenuta nel provvedimento in esame e quindi non potrebbe desumersene l'esistenza, per manifestazione tacita; deve escludersi, in secondo luogo, che un tribunale disponga in modo espresso la continuazione di tutti i contratti in blocco senza vagliarne, uno per uno, in relazione alla nuova situazione e alle circostanze, l'opportunità che la gestione dell'impresa fatta dal fallimento faccia proprio il contratto; ne consegue che, per ciascuno si deve risolvere il problema se convenga o meno mantenerli nella nuova situazione; il provvedimento del tribunale, infine, trova un limite nel suo oggetto, che è di decidere se continuare o no l'esercizio dell'impresa, ma senza avocare le funzioni degli altri organi della procedura, che conservano, in proposito, la loro normale

⁵⁵⁰ Il virgolettato è mio.

⁵⁵¹ Così C. Giannattasio, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIV, t. 1, op. cit., 303 ss.

autonomia⁵⁵². Per l'opinione in commento, non è però necessaria una decisione specifica per tutti quei contratti che si presentano quali elementi necessari e inseparabili della continuazione dell'impresa, come, ad es., la locazione dello stabilimento o la somministrazione di materie prime; occorre, invece, per tutti gli altri, rispetto ai quali la loro non indispensabilità lasci un margine di discrezionalità alla volontà dell'ufficio, di continuarli o no⁵⁵³. Alle puntualizzazioni appena riferite si è replicato, da parte di altri interpreti, che è necessario usare una particolare cautela nel valutare la necessità e inseparabilità della continuazione dei singoli contratti: da tale rilievo discende che una separata autorizzazione al subentro non sembra necessaria solo per quei contratti, il cui scioglimento renderebbe impossibile la stessa continuazione dell'impresa⁵⁵⁴. Va infine segnalata una terza posizione intermedia⁵⁵⁵ tra le due sopra menzionate, in base alla quale era necessaria la singola autorizzazione, tranne che nei casi in cui essa non fosse già insita nel provvedimento con cui era disposto l'esercizio provvisorio, come nel caso in cui tale decisione fosse stata assunta proprio allo scopo di portare a compimento un contratto del fallito⁵⁵⁶.

⁵⁵² R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1206 ss.

⁵⁵³ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, op. cit., 1207 ss. e nt. 77. In ciò consiste, per questo studioso, il divario della sua opinione da quella del R. Corrado, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, op. cit., 412 ss., per il quale l'autorizzazione del giudice delegato è richiesta per tutti indistintamente i contratti, essenziali o no, necessari o no, alla continuazione provvisoria dell'impresa.

⁵⁵⁴ L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, op. cit., 134.

⁵⁵⁵ Così si esprime F. Liconti, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 412.

⁵⁵⁶ In tal senso G. C. M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, op. cit., 389: nell'autorizzazione all'esercizio fallimentare dell'impresa, può essere insita l'autorizzazione all'esecuzione di uno o più contratti pendenti. Ciò si verifica in due tipi di casi: quando si tratta di contratti il cui scioglimento renderebbe impossibile la continuazione dell'esercizio e quando, tra i motivi per continuare l'esercizio, c'è la valutazione dell'opportunità di eseguire determinati contratti, risultanti dal decreto del tribunale o dal parere del comitato, cui il primo faccia richiamo. In questi casi - «e in nessun altro», avverte lo scrittore- l'autorizzazione del tribunale assorbirà e renderà superflua l'autorizzazione specifica del giudice delegato. Anche più di recente in dottrina ci si è chiesti se l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, contestuale alla sentenza dichiarativa di fallimento, impedisca o meno l'applicazione del regime di cui agli artt. 72 ss. legge fall., proseguendo automaticamente tutti i rapporti in forza della prosecuzione dell'impresa. Si devono distinguere al riguardo due ipotesi, considerando da un lato i rapporti che si sciogliono automaticamente e dall'altro quelli che si sciogliono solo se gli organi fallimentari decidono di non subentrarvi. Chi ritiene inderogabile, ove previsto, l'effetto dello scioglimento automatico deve, a maggior ragione, ritenere sempre necessaria l'espressa iniziativa del curatore -preceduta, se del caso, dall'autorizzazione del giudice delegato- per il subentro nei rapporti giuridici preesistenti. L'esercizio

Ma, in ogni caso -ha concluso un interprete- in mancanza di un'espressa previsione legislativa e non potendosi trarre conseguenze in senso contrario dalla disposizione immediata dell'esercizio provvisorio, appare senz'altro applicabile la disciplina contenuta negli artt. 72 ss. legge fall., come ogni altra norma in materia di effetti del fallimento sui rapporti preesistenti, salva la facoltà del curatore di proseguire l'esecuzione del contratto o di sciogliersi dal medesimo in base al potere che gli spetta e che deriva da un'espressa e generale autorizzazione del tribunale o da eventuali autorizzazioni specifiche⁵⁵⁷.

Si può, in definitiva, osservare che in assenza di una disposizione *ad hoc*, la dottrina era giunta alla conclusione che l'esercizio provvisorio non interferisse, mutandone il regime, sui contratti che per legge si sciolgono e su quelli che continuano, mentre, in ordine ai contratti pendenti, aveva escluso che il provvedimento relativo all'esercizio provvisorio contenesse implicitamente l'autorizzazione all'esecuzione di tutti i contratti pendenti⁵⁵⁸.

Si deve, infine, accennare ad un'altra questione affrontata prima della recente novella: quale sia la sorte dei contratti a termine o di durata stipulati durante l'esercizio provvisorio e non giunti a naturale compimento nel momento in cui l'esercizio provvisorio dell'impresa viene fatto cessare. Un autore, precisato che la natura discrezionale del provvedimento di cessazione, di competenza del tribunale, non può rappresentare una causa di sopravvenuta impossibilità della prestazione da parte del fallimento che legittimi lo scioglimento del rapporto *ex*

provvisorio dell'impresa non sottrae infatti la gestione del patrimonio alle sue regole particolari: consente soltanto che lo scopo liquidatorio sia integrato da un momento dinamico che tende pur sempre all'identico fine di realizzare al meglio le attività per soddisfare pariteticamente i creditori concorrenti. Le esigenze parzialmente diverse potranno indurre gli organi del fallimento, con il rinnovato consenso del terzo, a riattivare i rapporti automaticamente sciolti, come potranno consigliare il subentro nei contratti che si scioglierebbero se non ci fosse una diversa iniziativa del curatore: in tal senso G. De Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989, 190 ss., la cui osservazione è stata poi ripresa da G. U. Tedeschi, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, Torino, 1996, 670 ss.

⁵⁵⁷ G. U. Tedeschi, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, Torino, 1996, 671.

⁵⁵⁸ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 515, nt. 219. Anche a parere di M. Sandulli, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 196 ss., in particolare 208, l'opinione assolutamente prevalente è nel senso che la disciplina legale dei rapporti preesistenti non subisca alcuna modifica: non si riteneva possibile, in altri termini, che la posizione contrattuale del terzo contraente *in bonis* potesse subire ulteriori condizionamenti oltre a quelli già previsti dagli artt. 72 ss. legge fall.

art. 1463 c.c., ha sostenuto che non si può negare al terzo contraente il diritto alla risoluzione per inadempimento con risarcimento del danno a carico della massa. Si tratta, invero, di un debito, sebbene derivante dall'inadempimento, contratto dall'amministrazione fallimentare e che deve seguire la stessa sorte di tutte le obbligazioni conseguenti all'attività negoziale posta in essere dal curatore⁵⁵⁹.

4. L'introduzione dell'art. 104, settimo comma, legge fall.

Prima di analizzare il nuovo disposto normativo dell'art. 104 legge fall, è opportuno ripercorrere, sia pure in estrema sintesi, quelle che sono state definite "le tappe di avvicinamento" alla definizione di una regola generale da applicare ai contratti pendenti durante l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito⁵⁶⁰. In tale prospettiva, si è detto che la prima prova tangibile di una rinnovata sensibilità del legislatore finalmente concorde nel dovere piegare la normativa dei rapporti pendenti alle necessità dell'esercizio provvisorio si rinviene nell'art. 90 del D.lgs. n. 385 del 1993 -Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (t.u.b.)- così come novellato dall'art. 64 del D.lgs. n. 415 del 1996. Infatti, nell'ambito della liquidazione coatta delle banche, il terzo comma della norma appena citata stabilisce che i commissari (liquidatori) possono, nei casi di necessità e per il miglior realizzo dell'attivo, ... continuare l'esercizio dell'impresa o di determinati rami di attività ... La continuazione dell'esercizio dell'impresa disposta all'atto dell'insediamento degli organi liquidatori entro il termine indicato nell'art. 83, comma 1, «esclude lo scioglimento di diritto» dei rapporti giuridici preesistenti previsto dalle norme richiamate dal comma 2 del medesimo articolo. Ciò che importa sottolineare in questa sede è che, ad avviso della impostazione ermeneutica in esame, mediante questo intervento correttivo, si è voluto attribuire alla prosecuzione dei rapporti pendenti natura funzionale

⁵⁵⁹ G. De Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., 192.

⁵⁶⁰ In questi termini C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, Napoli, 2009, 86, alla cui documentata ricerca si rinvia per ulteriori approfondimenti sul tema in questione.

all'attuabilità stessa della continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, nel senso che essa si viene a configurare come «misura strumentale» alla conservazione dei valori dell'azienda bancaria, in attesa che si conoscano la massa passiva ed i possibili sbocchi della crisi⁵⁶¹. Come ulteriore conferma di questa tendenza legislativa si indica il D.lgs. n. 270 del 1999 in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. In particolare viene individuata come regola generale della disciplina dei rapporti giuridici pendenti la prosecuzione degli stessi *ex art. 50*⁵⁶². Più in particolare, il legislatore ha sancito, in via generale, il principio di continuazione di tutti i contratti, inclusi quelli personali, riconoscendo però al commissario straordinario una facoltà di scioglimento anche in relazione ai contratti ad esecuzione continuata o periodica che non siano stati interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria⁵⁶³. Da questi rilievi un'opzione ermeneutica trae la conclusione che le disposizioni menzionate - ossia, art. 90, terzo comma, t.u.b. e art. 50 d.lgs. n. 270/99- appaiono prodromiche al nuovo assetto previsto dall'art. 104, settimo comma, legge fall. il

⁵⁶¹ Così C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, Napoli, 2009, 86 ss. e nt. 12, secondo la quale la continuazione dei rapporti preesistenti stabilita dall'art. 90, terzo comma, t.u.b. assume "un'incidenza prorompente" (il virgolettato è mio), in quanto consente all'impresa bancaria di essere eventualmente trasferita, senza pregiudizievoli soluzioni di continuità, dall'uno all'altro esercente mediante cessione unitaria dell'azienda o delle attività o delle passività, o dei rapporti giuridici individuabili in blocco, evitando in questo modo la dispersione della parte più rilevante dell'avviamento aziendale, costituito dalla massa dei rapporti giuridici con i clienti, regolati in genere in conto corrente. La dottrina in commento, tuttavia, non manca di sottolineare secondo un'altra interpretazione degli artt. 83, secondo comma e 90, terzo comma, t.u.b., evitare lo scioglimento automatico non significa proseguimento anch'esso automatico dei rapporti pendenti, ma sospensione degli stessi, con facoltà dei commissari liquidatori di subentrare o di scioglierli: cfr., sul punto, D. Vattermoli, *sub art. 76*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, Torino, 2006, 467.

⁵⁶² C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 89, la quale puntualizza che il ricorso alla regola generale della prosecuzione di tutti i contratti pendenti ha il pregio di attagliarsi perfettamente alle esigenze della procedura dell'amministrazione straordinaria.

⁵⁶³ D. Regoli, *L'amministrazione straordinaria*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 392. Sul punto cfr., tra gli altri, M. Sandulli, *La crisi dell'impresa*, in *Istituzioni di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2009, 815 ss., si precede, *ex art. 50*, un generale potere di scioglimento dei contratti in corso non ancora eseguiti da entrambe le parti, attribuito al commissario straordinario, con la sola esclusione dei rapporti di lavoro subordinato e dei contratti di locazione, nel caso sia il locatore ad essere sottoposto ad amministrazione straordinaria. Fino a quando la facoltà di scioglimento non è esercitata, il contratto continua ad avere esecuzione, facendo sorgere, per i pagamenti che siano a carico della procedura, dei debiti di massa da pagare in prededuzione.

quale -come chiarito- sancisce la continuazione dei rapporti preesistenti durante l'esercizio provvisorio⁵⁶⁴.

Ciò chiarito, si deve adesso rilevare che la legge delega, nell'ottica, da una parte, di salvaguardare il valore produttivo insito nell'impresa, a prescindere dall'insolvenza del suo titolare, e, dall'altra, di semplificare ed accrescere l'efficienza delle procedure concorsuali, ha sottolineato l'importanza dell'esercizio provvisorio dell'impresa o di singoli rami della stessa, che, da istituto eccezionale e straordinario come era considerato dalla disciplina precedente, dovrebbe diventare uno degli strumenti ordinari con cui risolvere e superare la crisi d'impresa in maniera rispondente all'esigenze -in senso lato "pubblicistiche"- dell'attuale società⁵⁶⁵. E' appena il caso di precisare che, secondo qualche altro studioso, l'esercizio provvisorio, nonostante l'ampliamento normativo che ne contempla le potenzialità di istituto funzionale alla valorizzazione dell'attivo, o almeno al contenimento del depauperamento dei valori aziendali, rimane nel suo complesso un «fenomeno eccezionale»..., estraneo per sua natura alla fisiologia dei compiti dell'ufficio fallimentare, che può essere autorizzato soltanto in ipotesi particolari e nei limiti previsti dalla legge⁵⁶⁶. In ossequio ai criteri direttivi della legge delega, il D.lgs. n. 5 del 2006 ha ridisegnato la disciplina della continuazione temporanea dell'impresa del

⁵⁶⁴ C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 89.

⁵⁶⁵ Così F. Liconti, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 390, il quale richiama l'opinione espressa sul punto da B. Meoli, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, in *Fall.*, 2005, 1043 (il mantenimento dell'esercizio dell'attività d'impresa è uno strumento che ha lo scopo di conservare il valore aziendale al fine di garantire la possibilità di utile liquidazione dell'azienda attraverso la tutela del suo valore di realizzo. Cosicché l'esercizio provvisorio, da congegno eccezionale e derogatorio rispetto al modello tipico di procedura liquidatoria atomistica, dovrebbe assumere i caratteri di ordinaria misura...). Rilievo, quest'ultimo, condiviso da L. Abete, *Il novello «esercizio provvisorio»: brevi notazioni*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 668. Secondo G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2006, 1171, considerato che l'esercizio provvisorio dell'impresa è destinato nel nuovo sistema a non essere più un fatto eccezionale, ma una scelta relativamente frequente, al fine della conservazione dell'avviamento, anche questa risulta un'innovazione importante. E' interessante notare che, nel vigore della legge del 1942, autorevole dottrina affermava che l'istituto può essere ulteriormente valorizzato, che i rischi del suo impiego possono essere agevolmente controllati e che, in fondo, l'istituto meriterebbe di essere affrancato, anche in prospettiva «de iure condendo», da quella visione di disfavore che ne ha fissato i pesanti limiti operativi nella vigente disciplina: G. Caimmi - F. Ciampi, (*L'esercizio provvisorio nella recente prassi del Tribunale di Milano*), in *Giur. comm.*, 1979, I, 287.

⁵⁶⁶ F. Fimmano, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 762.

fallito, modificando il ruolo svolto dagli organi della procedura e mitigando il rigore dei suoi presupposti⁵⁶⁷. La disciplina dell'esercizio provvisorio si trova ora contenuta -come già accennato- nell'art. 104 legge fall., collocandosi non più nel Capo IV relativo alla custodia ed all'amministrazione delle attività fallimentari, ma nel Capo VI sulla liquidazione dell'attivo. Questo mutamento di *sedes materiae* -che, come osservato, potrà forse porre fine al dibattito -sopra menzionato- tra coloro che consideravano l'esercizio provvisorio un'attività amministrativa e conservativa e coloro che la consideravano un'attività liquidatoria, sia pure in senso lato- risponde ad una nuova concezione dell'esecuzione forzata collettiva, volta alla liquidazione dei beni del fallito non più attraverso operazioni causali e non coordinate tra loro, ma attraverso un programma di liquidazione preordinato dal curatore, che permetta di evitare, nei limiti del possibile, la disgregazione dei cespiti dell'impresa e permetta, di preferenza, l'allocazione in blocco del complesso aziendale ancora vitale⁵⁶⁸. A differenza di quanto previsto dall'art. 90 r.d. del 1942, il legislatore delegato pone l'accento non più sul solo interesse privatistico di consentire un migliore risultato della liquidazione concorsuale, ma anche su quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte, sempre che il ceto creditorio non ritenga di trarne nocimento⁵⁶⁹.

5. Segue: la regola della prosecuzione dei contratti pendenti in caso di esercizio provvisorio

Ciò premesso, va rilevato che, in base al più volte citato settimo comma dell'art. 104 legge fall., i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda

⁵⁶⁷ F. Liconti, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 390.

⁵⁶⁸ F. Liconti, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 391. Anche ad avviso di E. Quaranta, *Esercizio provvisorio dell'impresa, affitto d'azienda o di rami d'azienda. programma e liquidazione dell'attivo*, in *Il Nuovo Fallimento* a cura di F. Santangeli, Milano, 2006, 484, la scelta in questione testimonia la «tendenza liquidatoria informante la procedura».

⁵⁶⁹ B. Ianniello, *Il nuovo diritto fallimentare. Guida alla riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, 253.

sospenderne l'esecuzione o scioglierli. Attenta dottrina ha precisato, al riguardo, che la norma in esame realizza una sorta di "inversione concettuale"⁵⁷⁰, rispetto a quanto accade nel fallimento con cessazione dell'attività d'impresa, per cui la prosecuzione del contratto pendente diventa la regola e lo scioglimento l'eccezione, fermo restando che è sempre il curatore a decidere quali siano i rapporti pendenti la cui prosecuzione sia funzionale all'interesse della massa dei creditori. Per questa impostazione, il principio per cui la prosecuzione dell'attività d'impresa si accompagna, di regola, alla prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione, salva decisione contraria dell'organo gestorio, risponde, oltre che alla c.d. inscindibilità dall'azienda dei contratti conclusi nell'esercizio dell'impresa, ad una esigenza evidente derivante dall'applicazione di regole di logica imprenditoriale⁵⁷¹. In seguito alla riforma del 2006, quindi, ha precisato una parte della dottrina, non solo è mutato il quadro di riferimento in materia di rapporti giuridici pendenti nel fallimento, ma è stata anche prevista una disciplina apposita per la fase dell'esercizio provvisorio dell'impresa. In particolare, l'art. 104 prevede una disciplina che deroga totalmente alla norma generale contenuta nell'art. 72 legge fall. Dispone, infatti, che qualora venga disposta la continuazione temporanea dell'impresa, tutti i contratti pendenti stipulati dall'imprenditore prima della dichiarazione di fallimento, anziché rimanere sospesi o sciogliersi, proseguano *ex lege*, salva la possibilità per il curatore di decidere in senso contrario e dunque di optare per la sospensione degli stessi, al fine di effettuare una scelta a seguito di un'attenta ponderazione della convenienza dei singoli contratti, oppure per l'immediata risoluzione degli stessi. Questa soluzione normativa appare coerente. Invero, per l'opinione in esame sarebbe contraddittorio -così come era in passato- da una parte, disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa e, dall'altra, sancire indistintamente lo scioglimento o la sospensione di quegli stessi rapporti che consentono la

⁵⁷⁰ Il virgolettato è mio.

⁵⁷¹ M. Vitiello, *Gli effetti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda del fallito sui rapporti giuridici pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 368.

continuazione dell'attività imprenditoriale, vanificando così lo scopo dell'istituto in oggetto di evitare qualsiasi interruzione dell'attività d'impresa. Ne deriva, allora, che la facoltà di scelta, in base alla disciplina vigente, continua a rimanere in capo al curatore, ma si tratta di una possibilità residuale, proseguendosi di diritto, qualora non diversamente richiesto, con l'esecuzione dei contratti già pendenti⁵⁷². Su questo solco si è, anzi, ribadito che si tratta di una facoltà posta nell'interesse della procedura, ad evitare che la prosecuzione dell'impresa sia impedita o intralciata dalla presenza di contratti "non favorevoli" per l'impresa soggetta a procedura concorsuale. In tal modo si attribuisce al curatore la facoltà di "selezionare" tra tutti i contratti pendenti, proseguendo in quelli che ritenga utili o convenienti per l'impresa e sciogliendosi dagli altri⁵⁷³. L'introduzione di questo specifico precetto normativo -si è scritto- testimonia la sensibilità con cui il legislatore tiene in conto l'effetto prodotto dall'esercizio fallimentare dell'impresa sulla sorte dei rapporti pendenti, mostrando in tal modo consapevolezza del collegamento esistente tra la maggior parte dei contratti in corso al momento della sentenza e l'organizzazione dell'impresa. L'art. 104, settimo comma, legge fall. segna una «presa di coscienza» della stretta interdipendenza che lega le vicende dei contratti in corso a quelle relative alla gestione temporanea dell'impresa⁵⁷⁴. Un'utile prosecuzione dell'impresa postula la continuazione dei rapporti contrattuali in corso. In caso contrario, da una parte, occorrerebbe stipularne di nuovi per assicurare la gestione conservativa del patrimonio e la funzionalità dell'azienda, e dall'altra si inciderebbe negativamente sul valore di quest'ultima in quanto -almeno nella generalità dei casi- andrebbe dispersa una parte dell'avviamento in contrasto con la funzione assolta dall'istituto in oggetto. Si spiega, in tal modo, perché l'art. 104, al nono comma, legge fall. dispone che, cessato l'esercizio provvisorio, troveranno

⁵⁷² F. Liconti, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 411 ss.

⁵⁷³ M. Sandulli, *Commento all'art. 104 l. fall.*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, op. cit., 609.

⁵⁷⁴ C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, Napoli, 2009, 82.

applicazione le regole previste dagli artt. 72 ss. legge fall.⁵⁷⁵ In ordine ai rapporti giuridici pendenti, la disciplina in esame ne prevede, pertanto, l'automatica continuazione, riconoscendo tuttavia al curatore la facoltà di sospenderli o di sciogliersi dai medesimi, qualora reputi che questi ultimi non siano utili per la prosecuzione dell'attività d'impresa: da ciò deriva che all'organo amministrativo della procedura è attribuita la facoltà di selezionare quali contratti proseguire e quali sospendere⁵⁷⁶. La continuazione dei rapporti pendenti, pertanto, è finalizzata a consentire la proficua attuazione dell'esercizio, la quale sarebbe ostacolata se, con la loro estinzione, si costringesse il curatore a stipularne di nuovi⁵⁷⁷. Uno studioso ha così puntualizzato che la regola generale della sospensione cede pertanto -coerentemente con l'esigenza di assecondare la continuazione dell'attività imprenditoriale durante l'esercizio provvisorio dell'impresa- al contrario principio di prosecuzione dei rapporti pendenti, salvo che il curatore non voglia sospenderne l'esecuzione o scioglierli⁵⁷⁸.

Ci si è interrogati su quale sia l'ambito di applicazione dell'art. 104, settimo comma, legge fall.⁵⁷⁹; la formulazione della disposizione in commento, in altri termini, fa sorgere il dubbio se la continuazione debba riguardare indiscriminatamente tutti i rapporti giuridici che si presentino pendenti alla data

⁵⁷⁵ A. Paciello, *L'esercizio provvisorio dell'impresa*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 340.

⁵⁷⁶ L. Mandrioli, *La liquidazione dell'attivo e l'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 433.

⁵⁷⁷ Così B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis - B. Meoli, vol. II, *Organi-Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 404, per i quali è proprio delle procedure con finalità conservativa dell'impresa, la previsione di un effetto simile a quello stabilito dall'art. 104, settimo comma, legge fall.: infatti, l'art. 50 della legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi prevede una norma analoga -sebbene non completamente sovrapponibile- a quella prevista dalla legge fallimentare. Sul punto anche B. Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in Di Marzio (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, op. cit., 4, ha precisato che la norma di cui all'art. 50 D.lgs. 270 del 1999 è ispirata dall'esigenza della conservazione dell'azienda, la cui funzionalità e valore dipendono anche dall'esistenza e conservazione dei contratti effettivamente utili all'esercizio dell'azienda stessa. Spostare inzitari?

⁵⁷⁸ In tal senso A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, in *Il fallimento*, 2006, 878, richiamato da A. Giudici, *sub art. 72*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, op. cit., 785.

⁵⁷⁹ Ad avviso di P. F. Censoni, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1154,

«si tratta, certamente, di una formulazione infelice».

della sentenza di fallimento, oppure quelli che in base all'art. 72 legge fall. sono soggetti alla regola generale della sospensione. In quest'ultimo caso rimarrebbero fuori quei contratti cui è dedicata apposita disciplina (artt. 72 *bis* ss.), dovendosi, quindi, considerare sostituita con la continuazione soltanto la regola generale della sospensione⁵⁸⁰. In altre parole, nel caso di esercizio provvisorio cambia la regola generale degli effetti del fallimento sui rapporti pendenti: dalla sospensione si passa alla continuazione. Ma quali contratti proseguono? Tutti i rapporti pendenti o solo quelli per i quali è prevista, nella normativa comune, la sospensione?⁵⁸¹

Si sono delineati, in proposito, due distinti orientamenti interpretativi. Secondo l'impostazione prevalente, la prosecuzione deve riguardare la generalità dei contratti pendenti⁵⁸². In tale prospettiva un autore ha rilevato che la regola dell'art. 104, al pari della regola di cui all'art. 72, è di carattere generale, in quanto entrambe si applicano a tutti i rapporti pendenti; ma il contenuto dell'una è diverso da quello dell'altra sotto un duplice profilo. Innanzitutto, l'art. 72 prevede, come già precisato, la sospensione dei contratti pendenti fino a quando il curatore scelga il subentro o lo scioglimento. L'art. 104 stabilisce, invece, non la sospensione, ma la prosecuzione dei contratti, riconoscendo però al curatore la facoltà di sospenderne l'esecuzione o di scioglierli. Ciò nell'interesse della procedura ad evitare che la continuazione dell'esercizio dell'impresa sia appesantita dalla necessità di conservare contratti sfavorevoli, mediante la concessione al curatore di selezionare tra i rapporti pendenti quelli utili e di sciogliersi da quelli che potrebbero pregiudicare l'esito della misura adottata. In secondo luogo, mentre la regola dell'art. 72 si applica a tutti i rapporti pendenti, eccettuati quelli regolati dalle "diverse disposizioni" della Sezione IV, per i quali -come più volte detto- è prevista ora la continuazione, ora lo scioglimento del rapporto, la regola del settimo comma dell'art. 104 si applica a tutti i rapporti

⁵⁸⁰ C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 105.

⁵⁸¹ D. Vattermoli, *Commento all'art. 72 l. fall.*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, op. cit., 426 ss.

⁵⁸² Come precisa C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 105.

pendenti, compresi quelli per i quali, in base alle “diverse disposizioni” della Sezione IV, è previsto lo scioglimento automatico in caso di fallimento di una delle parti, in quanto per la conservazione dell’impresa e dei complessi aziendali sono utili tutti i contratti in corso e non solo quelli appartenenti alla categoria dei contratti cui si applica l’art. 72⁵⁸³. Su questo solco si è aggiunto che, stando alla lettera dell’art. 104, comma settimo, la prosecuzione dell’impresa comporta la continuazione di tutti i contratti pendenti, compresi quelli per i quali è previsto lo scioglimento *ex lege*, con la rilevante conseguenza, sul piano sistematico, che non vi sarebbero contratti la cui prosecuzione si pone astrattamente in contrasto con la disciplina fallimentare⁵⁸⁴. La tesi in esame si spiega con una lettura del settimo comma dell’art. 104 volta a valorizzare in concreto l’esercizio provvisorio dal pericolo di vedersi travolgere dagli effetti della disciplina ordinaria dei rapporti giuridici pendenti. Si individua, in altre parole, nell’art. 104, settimo comma, la risposta più consona all’obiettivo di garantire, l’effettiva prosecuzione endofallimentare dell’attività di impresa, e ciò si può realizzare tenendo in vita anche quei contratti cui, in seguito alla sentenza dichiarativa di fallimento, solitamente è riservata la sorte dello scioglimento in via automatica⁵⁸⁵. Dalle considerazioni che precedono si è tratta, quindi, la conclusione che il dato letterale del più volte citato art. 104, settimo comma, legge fall. individua un campo applicativo molto ampio. Esso si riferisce a tutte le tipologie contrattuali, le quali pertanto, al contrario di quanto accade solitamente, sono, nell’esercizio provvisorio, sottoposte ad un regime omogeneo, sebbene esse, in quello ordinario, siano assoggettate a vicende differenti. Ciò si

⁵⁸³ A. Dimundo, *Sub art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, op. cit., 618 ss. le stesse considerazioni si ritrovano pure in A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, op. cit., 225.

⁵⁸⁴ Così A. Paciello, *L’esercizio provvisorio dell’impresa*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, op. cit., 341, secondo il quale la regola della prosecuzione automatica del rapporto negoziale, in quanto funzionale alla continuazione dell’impresa, deve trovare applicazione esclusivamente nelle ipotesi in cui il contratto è non solo pertinente ma strumentale allo svolgimento dell’attività economica proseguita dal curatore. Infatti, avverte l’autore, nel caso di continuazione limitata a un solo ramo dell’azienda, la procedura subentrerà automaticamente solo nei contratti alla stessa afferenti, mentre per tutti gli altri, sebbene non sempre sarà agevole individuarli, dovrà farsi applicazione delle regole di cui agli art. 72 ss.

⁵⁸⁵ C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell’impresa e contratti pendenti*, op. cit., 106.

giustifica perché il legislatore ha voluto attribuire al curatore la più ampia discrezionalità nel selezionare i rapporti utili alla continuazione dell'attività d'impresa e nell'abbandonare quelli inutili, secondo un giudizio che si adatti alle specifiche esigenze che si possano presentare⁵⁸⁶. Secondo un altro filone di pensiero, invece, proseguono soltanto i contratti ai quali si applica la regola generale della sospensione. Così, da una parte, si richiamano le disposizioni che prevedono la prosecuzione automatica di taluni contratti e che impediscono al curatore di scegliere tra sospensione o scioglimento, in quanto sarebbero dettate tenendo in conto anche l'interesse della controparte *in bonis*. In tale prospettiva si è fatto riferimento all'art. 72 *quater*, quarto comma, legge fall. che, in materia di locazione finanziaria, dal fallimento del concedente fa derivare la prosecuzione *ex lege* del contratto allo scopo di potere assicurare all'utilizzatore -parte *in bonis*- la conservazione del diritto di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo stabilito. Dall'altra parte si invoca il disposto dell'art. 72 *quater*, primo comma, il quale in caso di fallimento dell'utilizzatore, rinvia in modo espresso alla regola generale di cui all'art. 72 legge fall., precisando, però, che in caso di esercizio provvisorio il relativo contratto è destinato a continuare, salvo volontà del curatore di procedere al suo scioglimento. Per questa dottrina, se il campo di applicazione dell'art. 104, settimo comma, legge fall., fosse esteso a tutti i contratti pendenti, non si spiegherebbe il motivo per cui nell'art. 72 *quater*, primo comma, legge fall. il legislatore ha sentito il bisogno di procedere, per il singolo contratto, ad una inutile riproposizione dello stesso precetto⁵⁸⁷. Ne consegue, pertanto, che l'art. 104, settimo comma, legge fall. si pone come eccezione al solo art. 72 legge fall., con la conseguenza che è la regola generale che cambia, non la disciplina

⁵⁸⁶ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis - B. Meoli, vol. II, *Organi - Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 403.

⁵⁸⁷ Come non manca di ricordare C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 107 ss.

specifica dei singoli contratti contemplata dagli artt. 72 ss. legge fall.⁵⁸⁸ In una disciplina della crisi di impresa che non voglia peccare di eccessiva approssimazione -avverte, peraltro, uno studioso- non può esservi un'unica regola, sotto la quale livellare la sorte di tutti i rapporti pendenti, senza tenere conto della diversa natura e dei diversi effetti dei contratti ai quali quella regola si dovrebbe applicare⁵⁸⁹.

Va a questo punto osservato che l'applicazione dell'art. 104, settimo comma, legge fall. potrebbe, a volte, non essere agevole. In particolare, mentre nel caso in cui l'esercizio provvisorio dell'impresa sia disposto contestualmente alla sentenza di fallimento non si ravvisano particolari difficoltà, ci si è chiesto che cosa accada quando la continuazione temporanea dell'impresa viene autorizzata in un secondo momento e quale sia la sorte del contratto nell'intervallo di tempo che intercorre tra la pronuncia della sentenza e l'emanazione del decreto che dispone la continuazione dell'impresa⁵⁹⁰. In tale situazione, secondo una parte della dottrina, dovrebbero applicarsi in un primo tempo gli artt. 72 ss. legge fall. e solo in un secondo tempo la norma di cui all'art. 104, settimo comma, legge fall., con prevedibili problemi quando la disciplina contemplata dagli artt. 72 ss. legge fall. prevede lo scioglimento automatico del contratto. Allo scopo di coordinare gli artt. 72 ss. con l'art. 104, settimo comma, legge fall., questa dottrina prospetta tre possibili soluzioni: 1) la disciplina dell'esercizio provvisorio è completa ed autosufficiente e prevale sulle previsioni generali e specifiche di cui agli artt. 72 ss. legge fall.; 2) la disciplina in oggetto è generale e prevale sulla previsione generale di cui all'art. 72 legge fall., ma non sulle previsioni specifiche riguardanti contratti determinati; 3) la disciplina in oggetto prevale sulla previsione generale della sospensione *ex art. 72* legge fall. ma è

⁵⁸⁸ D. Vattermoli, *Commento all'art. 72 l. fall.*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, op. cit., 427.

⁵⁸⁹ In questo senso P. F. Censoni, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1154, per il quale lo stesso legislatore del 1942, negli artt. 72 ss. legge fall., avrebbe rinunciato a dettare una regola uniforme proprio per modulare la tutela del contraente *in bonis* a seconda dei diversi schemi contrattuali.

⁵⁹⁰ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 516.

integrata dalle previsioni specifiche sullo scioglimento o la sospensione dei contratti di cui agli artt. 72 ss. legge fall.⁵⁹¹ Secondo un altro autore, qualora l'esercizio provvisorio sia disposto in un secondo momento si deve distinguere: la norma generale sulla sospensione dell'esecuzione troverà applicazione fino a quando non verrà disposto l'esercizio provvisorio, allorché la sospensione dell'esecuzione verrà meno; per coordinare le norme che considerano il fallimento quale causa automatica di scioglimento di determinati contratti con quella che prevede la prosecuzione dei contratti in caso di esercizio provvisorio, si dovrà considerare l'evento dissolutivo determinato automaticamente dalla dichiarazione di fallimento senza contestuale disposizione dell'esercizio dell'impresa, risolutivamente condizionato alla eventuale successiva autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa⁵⁹². A tale considerazione si è, tuttavia, replicato che, se per effetto della sentenza di fallimento si determina lo scioglimento *ex lege* di un rapporto contrattuale, con la conseguente liberazione del contraente *in bonis* dal vincolo contrattuale stesso, non può ammettersi che torni ad esistere un tale vincolo per il solo fatto che, successivamente, sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio. Una volta determinatosi lo scioglimento, tale effetto è definitivo; rimangono ancora

⁵⁹¹ A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, op. cit., 1142 e 1147, la cui ricostruzione è richiamata da A. Giudici, *sub art. 72*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, op. cit., 786.

⁵⁹² Così L. Guglielmucci, *Il sistema dei rapporti preesistenti nel fallimento*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, op. cit., 32, la cui opinione è richiamata anche da A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli - A. Jorio, op. cit., 517. Ad avviso di M. Vitiello, *Gli effetti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda del fallito sui rapporti giuridici pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 369, quando la nuova operatività dell'azienda consegue all'esercizio provvisorio disposto a distanza di un significativo lasso di tempo dalla sentenza di fallimento, la disposizione generale sulla sospensione dell'esecuzione si dovrà applicare fino al momento in cui verrà disposto l'esercizio provvisorio, momento in cui la sospensione verrà a cessare. Sarà pertanto cura del curatore non esercitare l'opzione prevista dal primo comma dell'art. 72 legge fall., in attesa dell'esercizio provvisorio, da cui deriverà l'automatica prosecuzione dei contratti. Questa automatica prosecuzione non potrà che retroagire, con efficacia *ex tunc*, garantendo dunque il diritto della controparte ad avere l'integrale adempimento delle obbligazioni della massa, per tutto il periodo successivo alla dichiarazione di fallimento. Nulla impedisce, naturalmente, che la valutazione di inutilità della prosecuzione del contratto possa essere anticipata dal curatore, rispetto al momento in cui l'esercizio sarà disposto, così come nulla osta a che il curatore subentri immediatamente, e dunque senza attendere l'esercizio provvisorio, in quei contratti funzionali all'interesse della massa.

pendenti solo quei contratti in relazione ai quali il curatore non ha ancora sciolto la sua riserva⁵⁹³.

Quale sia poi la sorte di questi contratti al termine dell'esercizio provvisorio è precisato -come già accennato- dall'ultimo comma dell'art. 104 legge fall., in virtù del quale al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del Titolo II, ossia la disciplina generale dettata in tema di rapporti giuridici preesistenti. Ciò significa che l'organismo amministrativo della procedura potrà, in base agli artt. 72 ss. legge fall., sciogliersi o proseguire nei contratti, previa autorizzazione del comitato dei creditori, contratti che rimarranno naturalmente sospesi fino alla decisione del curatore⁵⁹⁴. Ciò dovrebbe significare che, in teoria, quegli effetti che normalmente si determinano in conseguenza della sentenza dichiarativa di fallimento si producono solo al termine dell'esercizio provvisorio. In tal modo la norma contenuta nell'art. 104, settimo comma, legge fall. si applica ai rapporti pendenti alla data della sentenza di fallimento che, non avendo ricevuto completa esecuzione durante l'esercizio provvisorio, risultano pendenti anche al momento della cessazione della procedura⁵⁹⁵. Su questo solco si è ribadito che l'applicazione delle regole particolari o generali che disciplinano i vari tipi di contratti pendenti è, quindi, rinviata al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito⁵⁹⁶. Da tale rilievo deriva che molto squilibrata appare la posizione del contraente *in bonis* che, pur avendo già dovuto accettare il subentro del curatore nel contratto al momento dell'esercizio provvisorio, è costretto successivamente pure a sopportare che il contratto sia condizionato

⁵⁹³ C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 113.

⁵⁹⁴ L. Mandrioli, *La liquidazione dell'attivo e l'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 434. In tal senso cfr., inoltre, E. Mattei, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di S. Ambrosini, 2006, 220.

⁵⁹⁵ In tal senso C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 114: è il caso di quei contratti nei quali, pur essendo subentrato il curatore per effetto dell'esercizio provvisorio, non abbiano comunque trovato esecuzione e che, quindi, risultano ancora pendenti nel momento in cui cessa la gestione provvisoria in seguito alla volontà espressa dal comitato dei creditori *ex art. 104, terzo comma, legge fall.*

⁵⁹⁶ G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., 1171.

dalla scelta del curatore nel senso del subentro o dello scioglimento, se non addirittura che il contratto stesso subisca la sorte dello scioglimento *ex lege*⁵⁹⁷. Non assume rilievo, in altre parole, il profilo soggettivo della sostituzione del curatore al fallito nella titolarità e disponibilità dei rapporti giuridici, quanto, piuttosto, il profilo oggettivo della sorte del rapporto obbligatorio non ancora adempiuto⁵⁹⁸. Si è, infine, puntualizzato che la cessazione dell'esercizio provvisorio, in base all'art. 104, settimo comma, legge fall., determina sui contratti pendenti lo stesso effetto collegato alla dichiarazione di fallimento, cosicché trovano applicazione gli artt. 72 ss. legge fall. Ne consegue che, se l'esercizio è disposto in corso di procedura, le regole della Sezione IV verrebbero applicate due volte: una prima volta con la dichiarazione di fallimento, e una seconda volta con la cessazione dell'esercizio⁵⁹⁹.

6. La facoltà del curatore di scioglimento o sospensione dei contratti durante l'esercizio provvisorio

L'art. 104, settimo comma, legge fall. -come accennato- stabilisce che il curatore, oltre a potere scegliere, in alternativa alla continuazione, lo scioglimento del contratto, può anche determinarne, sempre con una propria espressa

⁵⁹⁷ Così, ancora, C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 114, secondo la quale il ragionamento in esame non può essere esteso a quei rapporti conclusi *ex novo* dalla curatela nel corso dell'esercizio provvisorio ed ancora pendenti alla data della sua cessazione. Le ragioni di quanti hanno fatto credito, si sono quindi resi disponibili a concludere contratti con l'amministrazione fallimentare, andrebbero considerate prevalenti e da soddisfare in prededuzione.

⁵⁹⁸ F. Fimmanò, Prove tecniche di *esercizio provvisorio* riformato, in *Giur. comm.*, 2007, I, 782. Su questo solco si è, inoltre, sostenuto che coerentemente con l'impostazione che subordina l'operatività della disciplina generale di cui agli artt. 72 ss. al fallimento accompagnato dalla cessazione dell'attività d'impresa, l'art. 104, ult. co., stabilisce che sia al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio che i rapporti pendenti siano sospesi, in attesa che la curatela opti per lo scioglimento o prosecuzione. La disposizione in commento esprime la preoccupazione del legislatore di disciplinare i contratti che non siano ancora adempiuti alla cessazione dell'esercizio provvisorio, senza curarsi del profilo soggettivo, costituito dal fatto che in quei contratti si è realizzato il subentro del curatore nella posizione contrattuale del fallito: così M. Vitiello, *Gli effetti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda del fallito sui rapporti giuridici pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, op. cit., 370.

⁵⁹⁹ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis - B. Meoli, vol. II, *Organi - Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 406.

dichiarazione, la sospensione⁶⁰⁰. Si è in proposito specificato che la concessione al curatore della facoltà di sospendere o sciogliere alcuni contratti testimonia un notevole grado di autonomia gestionale che il legislatore ha voluto riconoscerli nell'esecuzione del provvedimento di esercizio provvisorio. In particolare, con l'attribuzione al curatore della possibilità di decidere circa la sospensione o lo scioglimento dei rapporti preesistenti, nonostante altri organi fallimentari abbiano potuto immaginare per essi la prosecuzione, si è voluto riconoscere alla curatela la potestà di incidere sulla consistenza delle attività fallimentari e sulle più generali direttive di amministrazione. Il curatore può esercitare la predetta facoltà di sospensione o scioglimento dei contratti pendenti, ma solo finché questa non finisca per sconfessare le conclusioni cui è pervenuto il tribunale nell'autorizzare l'esercizio provvisorio. La facoltà di scioglimento, in altre parole, non può spingersi fino a ricomprendere contratti la cui funzione è imprescindibile per l'esistenza della gestione provvisoria, ma deve mantenersi circoscritta entro confini più ristretti e riguardare singoli contratti che, durante l'esercizio provvisorio, abbiano perso il requisito della vantaggiosità nell'ottica dinamica di una gestione imprenditoriale⁶⁰¹.

In tale contesto si è evidenziato che se il curatore provvede a sospendere il contratto pendente, trova applicazione, anche in difetto di un espresso richiamo, il regime previsto dall'art. 72, secondo comma, legge fall., che costituisce espressione di una norma generale sulla sospensione fallimentare dei contratti. Ne consegue, allora, che il contraente *in bonis* può esercitare l'*actio interrogatoria*, facendo assegnare al curatore medesimo, il termine entro il quale

⁶⁰⁰ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 404.

⁶⁰¹ C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 115 ss. Ad avviso di B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 404 ss., la facoltà di sospensione, così come quella di scioglimento, non può essere esercitata in relazione a quei contratti per i quali il regime ordinario prevede l'inderogabile continuazione nel fallimento, a tutela di un interesse del contraente *in bonis*; questo interesse, infatti, prevale sulle esigenze liquidatorie della massa, anche se queste vengano perseguite attraverso misure conservative e riallocative dell'impresa, come l'esercizio provvisorio.

egli possa optare per il subentro, e decorso il quale il contratto, invece, si scioglie definitivamente: ciò, ovviamente, presuppone che il curatore, all'esito dell'intimazione del contraente *in bonis*, possa anche decidere, in costanza dell'esercizio provvisorio, di richiamare all'efficacia un contratto già sospeso⁶⁰². La dottrina si è interrogata su un'altra questione che deriva dall'art. 104, settimo comma, legge fall. Si tratta, più precisamente, delle modalità con le quali il curatore può assumere le sue decisioni. Secondo una impostazione ermeneutica, poiché il nuovo testo non subordina la decisione del curatore ad alcun vincolo, si può ritenere che essa possa essere assunta anche senza il consenso del comitato dei creditori, cui comunque spetta un controllo e una vigilanza complessiva sulla gestione⁶⁰³. Lungo questo itinerario argomentativo si è affermato che dal silenzio del legislatore si può desumere che la decisione del curatore deve essere intesa come svincolata da qualsiasi onere di preventiva autorizzazione⁶⁰⁴. Interessanti, a questo punto, si rivelano alcune considerazioni effettuate da attenta dottrina⁶⁰⁵. La norma contenuta nell'art. 104, settimo comma, legge fall., oltre a non prevedere -come detto- che il curatore debba esercitare la sua scelta in

⁶⁰² B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 405. Anche A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, op. cit., 878 ss., sottolinea l'assenza di indicazione di uno *spatium deliberandi* da imporre al curatore per conoscerne le determinazioni definitive. Infatti, la prosecuzione del rapporto non esclude l'interesse del contraente *in bonis*, dovendo egli sapere di potere fare o meno affidamento duraturo sulla vigenza del rapporto con la procedura concorsuale: in via interpretativa si dovrà, pertanto, riconoscere un'analogia facoltà di intimazione del contraente *in bonis*, con richiesta di assegnazione dal giudice delegato di un termine di sessanta giorni termine (per coerenza sistematica con l'art. 72, terzo comma, legge fall., piuttosto che di trenta, come nell'art. 50, terzo comma, D.lgs. 270/99). Quest'ultima opinione è stata poi ripresa da A. Giudici, *sub art. 72*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, op. cit., 785. Nello stesso ordine di idee E. Stasi, *L'esercizio provvisorio*, in *Il fallimento*, 2007, 857 e A. Dimundo, *Sub art. 104*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 939.

⁶⁰³ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 406.

⁶⁰⁴ C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, op. cit., 118. La scrittrice, comunque, ricorda che secondo alcuni autori è stata «poco illuminata» la scelta del legislatore di lasciare estraneo al dettato normativo la questione dell'autorizzazione del comitato dei creditori nell'ipotesi in cui il curatore ritenesse opportuno lo scioglimento di un contratto.

⁶⁰⁵ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 405.

ordine alla continuazione o allo scioglimento del contratto entro un determinato termine, non precisa neppure se, una volta che essa sia stata effettuata, possa poi essere revocata. Si è detto, al riguardo, che lo scioglimento del contratto, facendo estinguere il rapporto, è irrimediabile. Allo stesso modo si dovrebbe ritenere che il curatore che abbia dato un principio di esecuzione alle prestazioni derivanti dal contratto pendente, non possa più, nel corso dell'esercizio, determinarne la sospensione o lo scioglimento. Infatti, la legge fallimentare gli attribuisce un potere già molto rilevante, mettendolo in condizioni di incidere, con le proprie scelte, nelle altrui sfere giuridiche, mediante l'esercizio di una facoltà di tipo discrezionale. Ciò costituisce la conseguenza che l'apertura del concorso e le esigenze della *par condicio* determinano sui contratti pendenti, ma integra, allo stesso tempo, una deroga alla maggior parte dei principi su cui si basa il sistema del contratto: deroga che va, quindi, interpretata in modo restrittivo. Peraltro, il rischio dell'esercizio dell'impresa non può essere trasferito sui terzi, cosa che accadrebbe se si permettesse al curatore di decidere, in qualunque momento, di sciogliersi da un contratto in cui pure era subentrato. Per l'opinione in esame, da queste medesime ragioni deriva che, se l'esercizio provvisorio viene autorizzato nel corso della procedura e non già con la sentenza di fallimento, i contratti che si fossero già sciolti -per volontà del curatore o, qualora previsto, della legge o del contraente *in bonis*- non possano rivivere. Ciò implica, in altre parole, che la disciplina di cui all'art. 104 legge fall. si applicherebbe esclusivamente ai contratti rimasti sospesi, i quali riacquisterebbero automaticamente efficacia, in conseguenza dell'autorizzazione all'esercizio⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 406: se si considera però che, per i contratti sospesi, la facoltà di subentro è già prevista dal regime ordinario di cui all'art. 72 legge fall., l'utilità di applicare la regola stabilita dall'art. 104, settimo comma, legge fall. al caso di autorizzazione dell'esercizio disposta in corso di procedura, ne risulterebbe così marginale che «si sarebbe indotti quasi a pensare che la norma, in realtà, riguardi soltanto l'altra ipotesi, e cioè quella di esercizio autorizzato con sentenza, e che la sua finalità sia in definitiva quella di impedire l'inevitabile scioglimento di quei contratti che naturalmente si sciolgono col fallimento». Sul punto anche secondo E. Stasi, *L'esercizio provvisorio*, in *Il fallimento*, 2007, 857, il curatore non potrà invocare la sospensione o lo scioglimento qualora di fatto il contratto abbia avuto esecuzione per effetto dell'esercizio provvisorio.

Conclusioni

La Sezione IV del Capo III del Titolo II (artt.72-83 *bis*) della legge fallimentare, intitolata «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», completa la disciplina degli effetti del fallimento regolandone l'incidenza sui rapporti contrattuali in corso di esecuzione.

E' questo, ad avviso di autorevole dottrina, il settore della disciplina fallimentare in cui, più che in ogni altro, le soluzioni normative possono mutare a seconda che si privilegino le ragioni della procedura o quelle del contraente *in bonis* e a seconda che si resti ancorati ad una visione più squisitamente liquidatoria o ci si spinga verso una prospettiva di conservazione dell'impresa⁶⁰⁷.

Oggetto della presente ricerca è stata la disciplina generale degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti di cui all'**art. 72** legge fall.

Questa disposizione è stata completamente **reformulata** dalla Novella di cui al D.lgs. n. 5/2006, di riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, seguito dal D.lgs. n. 169 del 2007 (cd. Correttivo).

Si tratta indubbiamente della **norma cardine** in materia in quanto contiene le regole applicabili a tutti i contratti in corso di esecuzione al momento del fallimento di una delle parti. È la norma generale o di "chiusura", la cui individuazione ha impegnato, fin dal momento dell'entrata in vigore della legge fallimentare del 1942, dottrina e giurisprudenza. Come ho cercato di dimostrare nel corso della ricerca, **la riforma del 2006**, ponendosi nel solco tracciato dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e nel tentativo di affrancare la

⁶⁰⁷ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit, 470.

materia dal carattere frammentario che la caratterizzava, ha scelto, in tal modo, di introdurre una regola generale: la sospensione dell'esecuzione del contratto in attesa delle determinazioni del curatore. Segno concreto di questo cambiamento è la nuova rubrica dell'art. 72 legge fall. - non più «Vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti», ma «Rapporti pendenti» - con la quale si apre la sezione IV⁶⁰⁸.

Alla base della scelta di dettare una disciplina generale degli effetti del fallimento sui rapporti pendenti -secondo un'opinione diffusa tra gli interpreti, sia pure con talune, autorevoli eccezioni- si pone la mutata visione, da parte del legislatore, del procedimento concorsuale: la nuova struttura della disciplina concorsuale segna **il passaggio** da una concezione in cui il fallimento era essenzialmente il mezzo per estromettere un imprenditore dal mercato, ad una concezione in cui il fallimento mira ad essere lo strumento per salvaguardare, quanto più possibile, i valori attivi dell'imprenditore insolvente, soprattutto nell'interesse dei creditori e del mercato. In questa diversa prospettiva, il sistema generale dei rapporti pendenti che ruotano intorno all'azienda dell'imprenditore fallito assume una funzione centrale.

Ne deriva che nell'ambito di questa nuova concezione delle procedure concorsuali, anche la sorte dei rapporti giuridici preesistenti non poteva che assumere un diverso inquadramento giuridico. Il legislatore se ne è fatto carico, stabilendo una regolamentazione generale che potesse sopperire anche in futuro all'evoluzione delle pattuizioni tra le parti ed al moltiplicarsi di fattispecie negoziali.

Come sottolineato, la regola generale è **oggi** la **sospensione** del rapporto pendente al momento dell'apertura della procedura, con attribuzione della **facoltà di scelta** in capo al curatore di subentrare o meno nel contratto: questa fase di «quiescenza» permette al curatore di valutare la convenienza per la massa

⁶⁰⁸ In questi termini, ancora, A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit., 473.

di subentrare o sciogliersi dal contratto ed al contraente *in bonis* di non adempiere senza subire alcuna conseguenza per la temporanea sospensione dell'adempimento⁶⁰⁹. Nel corso di questo lavoro mi sono, quindi, soffermato in modo particolare sull'analisi della disposizione contenuta nell'art. 72 della legge fallimentare, cercando di evidenziarne i nodi fondamentali. A tal fine -come più volte puntualizzato- ho esaminato la **normativa generale** che regola, attualmente, gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento sui contratti pendenti, in un continuo confronto con la disciplina in vigore prima delle riforme del 2006 e 2007, senza trascurare – sia pure in estrema sintesi- l'analisi delle opinioni espresse sul tema in questione anche nel vigore del codice di commercio del 1882.

La regola in commento **riprende**, almeno in parte, il contenuto del vecchio testo dell'art. 72 sugli effetti del fallimento sul contratto di compravendita in caso di fallimento del compratore.

Nel corso di questo studio ho analizzato la disciplina dei rapporti pendenti nella legge fallimentare del 1942: ho focalizzato l'attenzione, innanzitutto, sull'ambito di applicazione di questa disciplina che era definito dall'esistenza di un contratto che si è perfezionato prima della dichiarazione di fallimento ed è ineseguito o non completamente eseguito da entrambe le parti alla data di dichiarazione di fallimento.

Infatti, nell'ambito del diritto fallimentare con il termine di rapporti giuridici preesistenti (che risale a Gustavo Bonelli), si intendeva fare riferimento a quei contratti perfezionati nel loro *iter* formativo, ma non ancora compiutamente eseguiti da entrambe le parti contraenti al momento di apertura della procedura.

Ho, quindi, delineato le ricostruzioni prospettate dai più insigni studiosi e l'evoluzione giurisprudenziale sulla delicata tematica degli effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. In particolare, nel ricostruire i termini del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sono partito da un rilievo ben preciso: al

⁶⁰⁹ A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, op. cit, 476.

momento dell'entrata in vigore del R. D. n. 267 del 1942 (legge fallimentare), il nostro ordinamento non prevedeva una disciplina *ad hoc* per i contratti in corso di esecuzione al momento dell'apertura del fallimento: erano previste soltanto poche disposizioni, nel codice di commercio del 1882, che regolavano la sorte di alcuni specifici contratti.

Come ho precisato in questa ricerca, *l'introduzione* della legge fallimentare dimostrò l'accresciuto interesse del legislatore per la materia, alla quale veniva dedicata un'apposita sezione in cui erano disciplinati un maggior numero di contratti (Sezione IV: artt. 72-83). Tuttavia, come più volte sottolineato, non venivano regolati molti contratti tipici, restavano ignorati i contratti atipici ed, in particolare, **manca** **disposizione generale** idonea a regolare le fattispecie non espressamente menzionate. Tale circostanza portò, quindi, dottrina e giurisprudenza a considerare **lacunosa** questa parte della legge fallimentare. In effetti, proprio alla ricerca di una regola generale gli interpreti dedicarono i loro sforzi prima della riforma del 2006. Ad avviso di autorevoli studiosi (fra gli altri, Renzo Provinciali e Lino Guglielmucci), la disciplina dei rapporti pendenti, nella legge del 1942, non rispondeva in realtà ad un criterio unitario di regolamentazione, risultando piuttosto sistemazione di tipo casistico, di carattere frammentario, variamente classificata dalla dottrina. Invero, la critica al regime normativo sancito dal legislatore del 1942 per disciplinare i rapporti giuridici in corso costituisce un'affermazione ricorrente degli studiosi che hanno approfondito il tema in esame.

L'opinione prevalente distingueva i contratti pendenti in **tre categorie**: a) rapporti che si sciolgono per effetto della dichiarazione di fallimento; b) rapporti che proseguono *ope legis* con la massa dei creditori; c) rapporti che subiscono una temporanea sospensione, in attesa della scelta del subentro ovvero dello scioglimento da parte del curatore. Questa suddivisione, che si può fare risalire ad uno scritto di Ludovico Pazzaglia degli anni Sessanta, è stata successivamente ripresa dagli Autori che si sono occupati del tema in esame.

Ho inoltre puntualizzato che le prime due categorie sopra indicate -scioglimento e subentro *ope legis*- sono state lette dagli interpreti come ipotesi di natura eccezionale mentre la terza - la **sospensione**- è stata ritenuta comprensiva di tutti i rapporti contrattuali non specificamente regolamentati, poiché all'art. 72 legge fall., che ne costituisce il fondamento, è stato attribuito il carattere di norma generale del sistema.

In questa cornice ho anzi ricordato che non solo l'opinione maggioritaria in dottrina (basti citare, in tal senso, il pensiero di Andrioli), ma anche la giurisprudenza quasi unanime avevano eletto il vecchio art. 72 legge fall. a norma di chiusura del sistema nella normativa anteriore.

Mi è, dunque, sembrato opportuno precisare la natura ed i caratteri delle vicende effettuali alle quali il contratto, in corso al momento della dichiarazione di fallimento di una delle parti, rimaneva soggetto a norma del previgente art. 72 legge fall. In particolare, ho analizzato i problemi cui ha dato luogo la regola generale della **sospensione** del contratto in attesa della determinazione del curatore: l'attenzione si è soffermata sui diversi problemi che il c.d. arresto del contratto sollevava, tenuto conto che la previsione della sospensione trova la propria giustificazione in virtù della sua collocazione nella materia fallimentare che, nell'interesse dei creditori, attribuisce al curatore il compito di scegliere quale sia la decisione migliore -se proseguire o sciogliersi- in coerenza (come ha bene rilevato Clarizia) con gli altri provvedimenti già attuati o da attuare, nell'esercizio dei poteri e dei compiti assegnati dalla legge. In questa cornice ho preso in esame anche un'altra importante innovazione della nuova disciplina: lo spostamento della competenza ad autorizzare la decisione del curatore sulla sorte del contratto pendente dal giudice delegato al comitato dei creditori. Infatti, con lo scopo di porre gli interessi dei creditori dell'impresa insolvente al centro del meccanismo di gestione della crisi, il Riformatore del 2006 ha potenziato il ruolo del comitato dei creditori nell'ambito delle dinamiche tra gli organi della

procedura⁶¹⁰. Sono stati, quindi, analizzati altri aspetti relativi alla regola generale della sospensione dell'esecuzione del contratto pendente, come la messa in mora del curatore e la facoltà di scelta del curatore. In particolare, per consentire al curatore l'esercizio di questa facoltà di scelta, la disposizione di cui all'art. 72 legge fall. prevede che, con il fallimento, il contratto cada automaticamente in uno stato di sospensione, durante il quale il contraente *in bonis* non può esercitare alcuno dei diritti da esso derivanti o ad esso relativi: infatti, è a lui precluso sia di pretendere l'esecuzione del contratto sia, all'opposto, di chiederne la risoluzione per inadempimento. Queste preclusioni consentono al curatore di esercitare, in modo esclusivo, il potere di incidere sulla sorte del contratto⁶¹¹.

Ho terminato l'analisi della regola della sospensione del contratto pendente precisando che, con la riforma del 2006, il legislatore -anche in tal caso recependo un consolidato indirizzo ermeneutico- ha esteso la regola generale al contratto preliminare pendente al momento della dichiarazione di fallimento.

Ho poi esaminato la problematica relativa all'ipotesi del **subingresso**. A tale riguardo, nell'approfondire natura giuridica ed effetti della dichiarazione di subentro nel contratto, ho esposto i risultati cui è pervenuta l'interpretazione dottrinale ad avviso della quale il subingresso regolato dall'art. 72 legge fall. si traduceva in una sostituzione nel semplice esercizio dei diritti e nell'attuazione delle obbligazioni contrattuali, fermo restando che titolare del rapporto contrattuale rimaneva il fallito.

Nello svolgimento della ricerca ho quindi affrontato l'esame della vicenda relativa allo **scioglimento** del contratto, sulla quale dottrina e giurisprudenza hanno avuto ampiamente modo di confrontarsi. A tale riguardo ho richiamato sia le tesi che riconducevano il fenomeno dello scioglimento ad una vicenda

⁶¹⁰ D. Scano, *Il comitato dei creditori*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, Padova, 2010, 218.

⁶¹¹ B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, op. cit., 390.

estintiva del rapporto contrattuale dotata di efficacia irretroattiva (in questa direzione, ed escludendo ogni analogia con la risoluzione, si collocano Ferrara *jr.* e Azzolina), sia le tesi che identificavano nello scioglimento un'eliminazione retroattiva degli effetti del contratto, cioè una vicenda analoga alla risoluzione per inadempimento, tranne che per il risarcimento dei danni, il quale era qui da escludere (in questa prospettiva dottrinale ho ricordato, tra gli altri, le opinioni espresse da Guglielmucci e Zanarone). In questa ottica, mi è sembrato opportuno soffermare l'attenzione, sia pure ai limitati fini del presente lavoro, su un argomento su cui si sono confrontati alcuni dei più autorevoli studiosi del diritto fallimentare: il rapporto che intercorre tra fallimento e risoluzione del contratto, non a torto definito uno dei più "tormentati" della dottrina fallimentaristica.

A conclusione della ricerca ho affrontato quella che è una delle principali ipotesi in cui, per espressa previsione normativa, non trova applicazione la disciplina generale dei contratti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento di una delle parti.

Infatti, come ho precisato in questo scritto, una deviazione dai principi generali si ha nel caso in cui sia disposto **l'esercizio provvisorio** dell'impresa del fallito.

Prima della novella, in mancanza di disposizioni che regolassero tale materia, dottrina e giurisprudenza si erano interrogate sugli effetti dell'esercizio provvisorio sui contratti pendenti, giungendo, in prevalenza, alla conclusione che, anche in tal caso, trovava applicazione il regime ordinario di cui agli artt. 72 ss. legge fall.

Oggi la norma contenuta nell'art. 104 legge fall., settimo comma, legge fall., discostandosi in questo caso dall'opinione che si era affermata, dispone la **prosecuzione automatica** di tutti i contratti pendenti, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli: in questa prospettiva la regola della prosecuzione dei rapporti pendenti -come puntualizzato anche dalla Fiengo- rappresenta il passaggio decisivo mediante il quale il legislatore riesce a garantire al curatore quell'autonomia gestionale indispensabile perché egli possa esercitare l'attività d'impresa nel corso della procedura concorsuale. Questa norma, infatti,

come evidenziato nelle pagine che precedono, risponde alla finalità di agevolare il ricorso all'istituto dell'esercizio provvisorio, i cui scopi sarebbero frustrati qualora fosse stato sancito indistintamente ed in modo automatico lo scioglimento o la sospensione di quegli stessi rapporti che sono indispensabili ai fini della prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Più in generale, con la presente ricerca ho cercato di dimostrare che -a parte la vicenda, appena menzionata, dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito- gli aspetti principali della nuova disciplina sono rimasti **confermati** nelle loro linee generali: infatti, la novella fallimentare, in linea di massima, si è limitata ad esplicitare ed a conferire dignità legislativa a risultati interpretativi già acquisiti prima della riforma del 2006, risultati che, in larga misura, si possono fare risalire agli scritti dei più insigni studiosi del codice di commercio del 1882.

Bibliografia

F. Abate, *Il contratto preliminare*, in *I rapporti giuridici pendenti*, a cura di M. Ferro, Atti del Convegno nazionale di studi sulle procedure concorsuali, in *Suppl. Fall.*, 1998, 139;

L. Abete, *Il novello «esercizio provvisorio»: brevi notazioni*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 668;

S. Ambrosini, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, Padova, 2009, 524;

I. Andolina, *«Liquidazione dell'attivo» ed «esercizio provvisorio dell'impresa» nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 209;

V. Andrioli, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 567;

V. Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 429;

A. Angiello, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, Torino, 1996, 568;

F. Aprile, *Effetti sostanziali dello scioglimento di appalto e chiusura del fallimento*, in *Fall.*, 2000, 760;

F. Aprile, *Rilevanza della mancata esecuzione delle obbligazioni accessorie nella disciplina dei rapporti giuridici pendenti*, in *Fall.*, 2001, 1337;

M. Arato, *I contratti pendenti nel fallimento*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1991, II, 116;

M. Arato, *Fallimento e rapporti bancari pendenti*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 1189;

G. Auletta, *La risoluzione nel fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, 222;

G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 226;

U. Azzolina, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali ineseguiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, 36;

U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961;

E. Betti, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 529 ss;

C. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. primo, Torino, 1972, 997;

C. M. Bianca, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, 130;

G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto fallimentare*, compendio a cura di G. Lo Cascio, Milano, 1996, 721;

W. Bigiavi, *La rivendicazione del debitore*, Padova, 1935, 213;

M. Blandini – M. Dè Costanzo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 29;

G. Bonelli, *Del fallimento (commento al Codice di Commercio)*, vol. I, terza ed. a cura di V. Andrioli, Milano, 1938, 578;

G. Bonfante, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, Milano, 1989, 5;

A. Bonsignori, *Il Fallimento*, vol. nono, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 1986, 43;

A. Bonsignori, *Fallimento*, in A. Bonsignori - G. Nardo - M. Lazzara, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, 29;

A. Bonsignori, *Fallimento e contratti in genere*, in A. Bonsignori - G. Nardo - M. Lazzara, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, 43;

P. Brecciaroli, *Qualche considerazione sul concetto di «contratto non eseguito» di cui all'art. 72 L.F.*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1967, 987;

A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, 376;

A. Caiafa, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro*, in *Dir. fall.*, 2008, 828;

G. Caimmi - F. Ciampi, *(L'esercizio provvisorio nella recente prassi del Tribunale di Milano)*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 287;

V. E. Calusi, *Fallimento e contratto di appalto*, in *Dir. fall.*, 1955, I, 19;

A. Candian, *Un altro pregiudizio da eliminare dalla dottrina del fallimento*, in *Temi emiliana*, 1933, I, 1, 178 ss.;

A. Candian, *Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 471;

A. Candian, *Il processo di fallimento*, Padova, 1939, 255;

E. Capaccioli, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 557;

G. Caramazza, *Sorte dei rapporti sciolti per effetto del fallimento in caso di revoca di quest'ultimo*, in *Il fallimento*, 1989, 315;

G. Cavalli, *Gli organi del fallimento*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, Padova, 2009, 303 ss.;

P. F. Censoni, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1154;

F. Cintioli, *Esercizio provvisorio dell'impresa e rapporti corrispettivi ineseguiti*, in *Fall.*, 1995, 579;

E. Ciotola, *Le obbligazioni nel fallimento*, Milano, 1936, 189;

R. Corrado, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. secondo, Torino, 1963, 403;

G. Cottino, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, in *Dir. fall.*, 1964, I, 371;

V. L. Cuneo, *Le procedure concorsuali. Natura, Effetti, Svolgimento*, I, Milano, 1970, 326 ss;

V. L. Cuneo, *Le procedure concorsuali*, Tomo III, Milano, 2002, 653;

E. Cuzzi-A. Cicu, *Il fallimento*, in *Codice di commercio comm.*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, IX, Torino, 1927, 327 ss.;

G. D'Amico, *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2007, 42;

G. De Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989, 188;

M. T. Della Cortiglia, *Le modifiche del decreto correttivo alla disciplina dei rapporti pendenti. Profili sistematici e problemi applicativi*, in *Dir. fall.*, 2008, 756;

A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 356;

V. De Martino, *sub art. 72*, in *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare* a cura di G. Alessi – B. Beninca- M. Curcio- B. Manzella- F. Verde, Roma, 1971, 293 ss.;

G. De Semo, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, 355;

A. Di Majo, *Preliminare di vendita d'immobile indiviso e fallimento di uno dei venditori*, in *Dir. fall.*, 1999, II, 678;

F. Di Marzio, *Prefazione*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2007, V.;

F. Di Marzio, *Il contratto preliminare immobiliare nel fallimento. Diritti del promissario acquirente (specialmente: della casa di abitazione)*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2007, 66 s.;

A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 221;

A. Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Appendice di aggiornamento, 2008, 49;

A. Dimundo, *Introduzione art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 589;

A. Dimundo, *Sub art. 72*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 607;

A. Dimundo, *Sub art. 104*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 939;

F. Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1974, 449 ss.;

F. Ferrara jr. – A. Borgioli, *Il Fallimento*, Milano, 1995, 378;

G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, 1993, rist. 1994, Torino, 583;

C. Fiengo, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, Napoli, 2009, 82;

F. Fimmanò, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 782;

G. Forte, *Resiliazione del contratto a seguito del fallimento del compratore*, in *Mon. Trib.*, 1950, 340;

G. Forte, *Fallimento del compratore ed estremi formali per il subingresso del fallimento nel contratto*, in *Dir. fall.*, 1957, II, 840;

A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, in *Dir. fall.*, I, 2006, 1146;

C. Giannattasio, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIV, t. 1, Milano, 1960, 303;

A. Giudici, *sub art. 72*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, Milano, 2009, 779;

A. Giudici e F. Torri, *Sub art. 72*, in P. Paiardj, *Codice del fallimento*, Milano, 2004, 573;

L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, Bologna - Roma, 1979, 111;

L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in Ragusa Maggiore G. - Costa C. (a cura di), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, Torino, 1997, 269 ss.;

L. Guglielmucci, *Il sistema dei rapporti preesistenti nel fallimento*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2006, 17;

- B. Ianniello, *Il nuovo diritto fallimentare. Guida alla riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2006;
- B. Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in Di Marzio (a cura di), *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, 16 ss.;
- A. Jorio, *Fallimento del venditore e tutela dell'acquirente*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 757;
- A. Jorio, *Le crisi d'impresa * Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 501;
- A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il Fallimento, Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. undicesimo, Tomo II, a cura di S. Ambrosini - G. Cavalli- A. Jorio, Padova, 2009;
- M. Lazzara, *Disciplina dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il Nuovo fallimento (commentario)* a cura di F. Santangeli, Milano, 2006, 327;
- F. Liconti, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 390;
- L. Lordi, *Il fallimento*, Napoli, 1946, 165 ss.;
- A. Luminoso, *Effetti del fallimento sui rapporti pendenti (art. 72-83 l. fall.)*, in *Giur. comm.*, 1987, II, 998;

- A. Luminoso, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, in *Giur. comm.*, II, 1988, 75;
- M. Macchia, *Custodia ed amministrazione del patrimonio concorsuale*, in *Diritto fallimentare* coordinato da G. Lo Cascio, *Compendi giuridici*, Milano, 1996, 805 ss.;
- A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1991, 290;
- A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 283;
- L. Mandrioli, *La liquidazione dell'attivo e l'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 434;
- C. Mascarello, *I rapporti giuridici pendenti nella riforma del fallimento (art. 72 e 72 bis legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 292;
- E. Mattei, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di S. Ambrosini, 2006, 220;
- D. Mazzocca, *Manuale di Diritto fallimentare*, Napoli, 1986, 354 ss.;
- B. Meoli, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, in *Fall.*, 2005, 1043;

B. Meoli - S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, Padova, 2010, 449, nt. 111;

A. Mignoli, *La vendita con riserva di proprietà nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, 360 ss.;

A. Mirone, *Compravendita e somministrazione*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2006, 73;

F. Montaldo, *Esercizio della facoltà di scioglimento del preliminare da parte del curatore*, in *Fall.*, 2000, 732;

R. Montessori, *Il fallimento ed i rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, II, 457;

G. N. Nardo, sub art. 72, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di M. Ferro, Padova, 2007, 527;

U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, Bologna, 1935, 56;

A. Paciello, *La sorte dei contratti pendenti*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 342;

A. Paciello, *L'esercizio provvisorio dell'impresa*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 340;

P. Pajardi, *Casi clinici di diritto fallimentare*, Milano 1959, 70;

P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 369;

P. Pajardi- I. Formaggia, *La sorte dei rapporti giuridici pendenti alla dichiarazione di fallimento di una parte:spunti generali di riflessione sulla difficile armonizzazione tra diritto comune e diritto speciale*, in *Dir. fall.*, 1990, I, 12;

A. Paluchowski, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti:presentazione*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, Milano, 2009, 767 s.;

A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre proc. concorsuali*, diretto da L. Panzani, *Il dir. privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, Torino, 1999, 276;

A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 877;

A. Patti, *Scioglimento di preliminare e giudizio pendente ex art. 2932 c.c.: quale legittimazione del fallito dopo la chiusura del fallimento?*, in *Fall.*, 2008, 1173;

L. Pazzaglia, *La sorte del mandato (e di contratti simili), in caso di fallimento d'una delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 37;

U. Pipia, *Nuovo commento al codice di commercio, il Fallimento*, Torino, 1932, 182 ss.;

A. Piras, *Prefazione*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, XIX.;

- D. Plenteda, *Fallimento del promittente venditore: prescrizione della facoltà di scelta del curatore e diritti di restituzione*, in *Fall.*, 2001, 916.;
- R. Provinciali, *La domanda di risoluzione e gli effetti del fallimento*, in *Temi emiliana*, 1926, I, 416;
- R. Provinciali, *La continuazione dell'impresa del fallito*, in *Dir. fall.*, 1972, I, 425;
- R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, 1201;
- R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, 1551 ss.;
- R. Provinciali - G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, 375 ss.;
- E. Quaranta, *Esercizio provvisorio dell'impresa, affitto d'azienda o di rami d'azienda. Programma e liquidazione dell'attivo*, in *Il Nuovo Fallimento* a cura di F. Santangeli, Milano, 2006, 484;
- G. Ragusa Maggiore, *Scioglimento del contratto in sede fallimentare e suoi effetti sostanziali*, in *Dir. fall.*, 1992, II, 936 ss.;
- D. Regoli, *L'amministrazione straordinaria*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 392;
- G. C. M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, XIX;

G. Ruisi, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1972, 975 ss.;

G. Ruisi, aggiornamento di P. F. Censoni, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in Maffei Alberti A., Ruisi G., Jorio A., Tedeschi G. U., *Il fallimento*, in *Giurispr. sistem. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1978, 561.;

M. Sandulli, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, II, 196 ss.;

M. Sandulli, *Commento all'art. 104 l. fall.*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, Torino, 2006;

M. Sandulli, *La crisi dell'impresa*, in *Istituzioni di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2009, 815 ss.;

S. Sanzo, *Fallimento e rapporti pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, Bologna, 2009, 29;

S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 211;

D. Scano, *Il comitato dei creditori*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, coordinato da G. Capo - F. De Santis- B. Meoli, vol. II, *Organi- Effetti - Disciplina penalistica*, Padova, 2010, 218;

M. Scicolone, *Effetti del fallimento sul contratto preliminare di compravendita:fattispecie peculiari*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, Bologna, 2009, 63;

F. Semiani Bignardi, *Esercizio del riscatto da parte del curatore fallimentare*, in *Foro pad.*, 1961, I, 723 ss. e in *Scritti giuridici*, Padova, 1968, 81 ss.;

F. Semiani Bignardi, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e fallimento*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1,1005 e in *Scritti giuridici*, Padova, 1968, 76.;

E. Stasi, *L'esercizio provvisorio*, in *Fall.*, 2007, 857;

G. Tarzia, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 388;

G. U. Tedeschi, *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, *Il fallimento*, Torino, 1996, 568;

F. Vassalli, *Diritto fallimentare*, II.,1., Torino, 1997, 162;

D. Vattermoli, *Gli effetti del fallimento sul contratto di licenza del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 126 ss.;

D. Vattermoli, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Introduzione*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, Torino, 2006 ;

D. Vattermoli, *Commento all'art. 72 l. fall.*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, Torino, 2006

D. Vattermoli, *Commento all'art. 76 l. fall.*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, I, Torino, 2006

G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2006.

R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare*, Milano, 1989, 113.

M. Vitiello, *Gli effetti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda del fallito sui rapporti giuridici pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di S. Sanzo, Bologna, 2009, 29.

G. Zanarone, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, Milano, 1970, 114 ss.

Giurisprudenza

Cass., 28 maggio 1926, in *Riv. dir. comm.*, 1926, II, 457.

A. Bologna, 20 gennaio 1933, in *Temi emiliana*, 1933, I, 1, 178,

Cass., 6 agosto 1934, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, 50

Cass. 9 maggio 1935, n. 1718, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, 638

Cass. 6 luglio 1937, n. 2313, in *Giur. it.*, 1937, I, 1, 940

Cass. 5 maggio 1941, n. 1309, in *Dir. fall.*, 1941, II, 427.

Cass., 30 luglio 1951, n. 2223, in *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Fallimento*, n. 188-90 e *Dir. fall.*, 1951, II, 210.

Cass., 30 luglio 1951, n. 2223, in *Dir. fall.*, 1951, II, 211;

Trib. Salerno, 15 settembre 1954, in *Dir. fall.*, 1954, II, 737,

Trib. Napoli, 12 ottobre 1954, in *Dir. Fall.*, 1955, II, 194

Cass., 10 luglio 1954, n. 2448, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 87

Cass., 4 agosto 1955, n. 2518, in *Dir. fall.*, 1955, II, 605.

Cass., 12 ottobre 1955, n. 3075, in *Dir. fall.*, 1956, II, 38.

Cass., 21 ottobre 1955, n. 3400, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 81

Cass. 21 marzo 1957, n. 967, in *Dir. fall.*, 1957, II, 288

Trib. Milano, 17 ottobre 1957, in *Dir. fall.*, 1957, 840.

Cass., 10 maggio 1958, n. 1542, in *Foro it.*, 1958, I, 858 e in *Giust. civ.*, 1958, I, 1012.

Cass., 27 maggio 1960, n. 1370, in *Dir. fall.*, 1960, II, 439

App. Napoli, 22 ottobre 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, 917

Cass., 30 giugno 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, 821

Cass. 28 aprile 1961, n. 967, in *Dir. fall.*, 1961, II, 421

Cass 9 ottobre 1961, n. 2054, in *Dir. fall.*, 1969, II, 705

Cass., 18 novembre 1961, n. 2684, in *Dir. fall.*, 1962, II, 59.

App. Milano 15.12.1961, n. 2281, in *Dir. fall.*, 1962, II, 400

Cass., 20 marzo 1962, n. 558, in *Dir. fall.*, 1962, II, 536

Cass., 17 luglio 1962, n. 1903, in *Dir. fall.*, 1962, II, 785

Cass., 20 luglio 1962, n. 1967, in *Dir. fall.*, 1962, II, 783,

Cass., 28 giugno 1963, n. 1760, in *Foro it.*, 1963, I, 1902.

Cass., 29 ottobre 1963, n. 2870, in *Dir. fall.*, 1963, II, 621

Cass., 9 maggio 1964, n. 1113, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1800,

Cass. 23 luglio 1964, n. 1986, in *Dir. fall.*, 1964, II, 378.

Cass., 15 febbraio 1965, n. 229, in *Dir. fall.*, 1965, II, 215

App. Napoli, 20 aprile 1965, in *Dir. giur.*, 1966, 96,

Cass., 14 febbraio 1966, n. 436, in *Giust. civ.*, 1966, I, 2034

Cass., 27 ottobre 1966, n. 2637, in *Giust. civ.*, 1967, I, 524.

Cass., 24 novembre 1966, n. 2801, in *Dir. fall.*, 1967, II, 268.

Trib. Roma, 30 giugno 1967, in *Dir. fall.*, 1967, II, 699

Cass., 22 giugno 1967, n. 1476, in *Dir. fall.*, 1967, II, 959.

Cass. 16 novembre 1968, n. 3748, in *Dir. fall.*, 1969, II, 386

Trib. Roma, 13 marzo 1969, in *Dir fall.*, 1969, II, 480

Cass., 31 marzo 1969, n. 1052, in *Dir. fall.*, 1969, II, 861

Cass., 13 giugno 1969, n. 2086, in *Dir. fall.*, 1970, II, 61

Cass., 26 giugno 1969, n. 2302, in *Foro it.*, 1969, I, 2447

Trib. Roma, 13 marzo 1969, in *Dir. fall.*, 1969, II, 480

Cass., 13 gennaio 1972, n. 100, in *Dir. fall.*, 1972, II, 385

Cass. 4 aprile 1973, n. 934, in *Dir. fall.*, 1973, II, 831 e in *Giur. comm.*, 1980, II, 831

Cass., 18 gennaio 1973, n. 172, in *Dir. fall.*, 1973, II, 34

Trib. Milano, 7 marzo 1974, in *Dir. fall.*, 1974, II, 940

Cass., 8 novembre 1974, n. 3422, in *Mass. Giur. it.*, 1974, 886.

Cass., 6 dicembre 1974, n. 4030, in *Foro it.*, 1975, 1143.

Cass., 6 giugno 1975, n. 2248, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1436

A. Milano, 9 marzo 1976, in *Dir. fall.*, 1976, I, 406

Cass., 5 luglio 1979, n. 3829, in *Mass. Giur. it.*, 1979, c. 951.

Cass., 5 febbraio 1980, n. 799, in *Dir. fall.*, 1973, II, 665

Così Cass., 13 febbraio 1980, n. 1047, in *Dir. fall.*, 1980, 241.

Cass., 19 marzo 1980, n. 1824, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2764

Cass. 13 maggio 1982, n. 3001, in *Dir. Fall.*, 1982, II, 914.

Cass., 18 maggio 1982, n. 3072, in *Fall.*, 1982, 1327.

Cass., 13 luglio 1982, n. 4109, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1686.

Trib. Roma, 21 febbraio 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, 1122.

Trib. Prato, 23 febbraio 1983, in *Dir. fall.*, 1983, II, 540

Cass. 30 maggio 1983, n. 3708, in *Fall.*, 1983, 1384

Trib. Torino, 15 dicembre 1983, in *Giur. comm.*, 1986, II, 76

Cass., sez. un., 23 maggio 1984, n. 3167, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 620.

App. torino., 23 novembre 1984, in *Giur. comm.*, 1986, II, 76,

Cass. 9 gennaio 1987, n. 71, in *Giur. comm.*, 1987, II, 562

Cass., 21 gennaio 1987, n. 513, in *Dir. fall.*, 1988, II, 295.

Trib. Catania, 14 novembre 1987, in *Banca, borsa e tit.*, 1989, II, 205.

Cass., 12 dicembre 1988, n. 6732, in *Fall.*, 1989, 500.

Cass. 16 novembre 1989, n. 4894, in *Fall.*, 1990, 400

Cass., 13 dicembre 1989, n. 5573, in *Banca, borsa e tit.*, 1990, II, 687

Cass., 7 marzo 1992, n. 2772, in *Dir. fall.*, 1992, II, 934.

Cass., 9 giugno 1993, n. 6424, in *Fall.*, 1993, 1236

Cass 27 luglio 1993, n. 8394, in *Fall.*, 1994, 134

Cass., 21 febbraio 1994, n. 1648, in *Fall.*, 1994, 701.

Cass. 22 marzo 1994, n. 2741, in *Fall.*, 1994, 836.

Consiglio di Stato, 25 settembre 1995, n. 1342, in *Dir. fall.*, 1996, II, 604

Trib. Treviso, 20 marzo 1997, in *Fall.*, 1997, 1030

Cass., 16 maggio 1997, n. 4358, in *Dir. fall.*, 1998, II, 64.

Cass., 17 gennaio, 1998, n. 376, in *Dir. fall.*, 1999, II, 83.

Cass., 6 febbraio 1999, n. 1037, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 278

Cass., 24 febbraio 1999, n. 1601, in *Dir. fall.*, 2000, II, 576

Cass., sez. un., 14 aprile 1999, n. 239, in *Dir. fall.*, 1999, II, 678 ss.

Cass., 13 maggio 1999, n. 4747, in *Fall.*, 2000, 727.

Cass., 9 luglio 1999, n. 7203, in *Fall.*, 2000, 758.

Cass. 8 febbraio 2000, n. 1376, in *Giur. it.*, 2000, 1243

Cass. 5 settembre 2000, n. 11627, in *Fall.*, 2001, 352

Cass., 26 ottobre 2000, n. 14102, in *Fall.*, 2001, 914.

Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, in *Fall.*, 2001, n. 911

Cass., 14 febbraio 2001, n. 2104, in *Fall.*, 2001, 1335,

Cass., 26 marzo 2001, n. 4365, in *Fall.*, 2001, 1018.

Cass., 12 aprile 2001, n. 5494, in *Fall.*, 2001, 933.

Cass., 25 febbraio 2002, n. 2754, in *Fall.*, 2003, 39.

Cass., 16 maggio 2002, n. 7178, in *Fall.*, 2003, 159.

Cass., 14 aprile 2004, n. 7070, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 4

Cass., sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Giur. it.*, 2005, 1191.

Cass., 25 agosto 2004, n. 16860, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 7-8

Cass., 22 dicembre 2005, n. 28480, in *Fall.*, 2006, 801

Tar Emilia-Romagna, 12 gennaio 2006, n. 11, in *platinum/Infoutet*

App. Genova, 26 settembre 2006, in *platinum/Infoutet*

Cass., 7 gennaio 2008, n. 33, in *Fall.*, 2008, 607

Cass., 24 luglio 2009, n. 17405, in *Fall.*, 2010, 494.

Trib. Bari, 11 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, 624

Cass., 23 giugno 2010, n. 15218, in *Fall.*, 2010, 1248