

**DIRITTO COMMERCIALE INTERNO E INTERNAZIONALE**

**VALENTINO SANNA**

**CONCORDATO PREVENTIVO  
E CONTRATTI PENDENTI**



**G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO**

## INTRODUZIONE

Fino ad una decina d'anni fa, contrariamente a quanto avveniva per la procedura fallimentare, niente era previsto per quanto riguarda gli effetti del concordato preventivo sui rapporti contrattuali pendenti e il dibattito che ne era conseguito aveva visto prevalere, sia pure con qualche significativa eccezione, l'opinione secondo la quale l'apertura del procedimento ne avrebbe comportato la prosecuzione<sup>1</sup>. L'eventuale risoluzione dei contratti pendenti poteva allora avvenire soltanto secondo le regole ordinarie: ma era proprio chi intendeva avvalersi della procedura concordataria ad essere già inadempiente o a rischiare di divenire tale in un momento successivo.

Il problema, non direttamente toccato dalla riforma della disciplina fallimentare attuata fra il 2005 ed il 2007 – che pure investì in modo particolare proprio l'istituto del concordato preventivo<sup>2</sup> –, ha assunto una dimensione completamente differente rispetto al passato, in seguito alla introduzione nella legge fallimentare degli artt. 169-*bis* e 186-*bis*, 3° comma (ad opera del d.l. n. 83/2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134/2012): disposizioni che hanno per la prima volta dettato nel nostro ordinamento una disciplina specifica del fenomeno prevedendo, da un lato, la prosecuzione *ex lege* dei contratti “in corso di esecuzione” e, dall'altro, conferendo al debitore il potere di provocarne – previa autorizzazione del giudice – lo scioglimento o la sospensione, ed attribuendo così uno strumento particolarmente incisivo all'imprenditore che voglia accedere al concordato senza il “fardello” dei rapporti contrattuali ritenuti non funzionali al programma di ristrutturazione (dovendo egli soltanto

---

<sup>1</sup> V., oltre, Capitolo Primo, §§ 1 e 2 e Capitolo Secondo, §§ 1 e 2.

<sup>2</sup> V., oltre, Capitolo Secondo, § 3.

riconoscere alla controparte un indennizzo da soddisfare, però, come credito concorsuale).

I problemi che questa disciplina ha posto in sede applicativa sono risultati di notevole portata, tanto da doversi registrare, dopo pochi anni, un ulteriore intervento del legislatore (questa volta ad opera del d.l. n. 83/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 132/2015). Ma il percorso riformatore, come noto, non si è fermato qua ed ha condotto alla emanazione del “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza” (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)<sup>3</sup>, e così ad una risistemazione organica dell’intera materia (tranne che per l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza).

La portata dell’intervento è tale da imporre una riflessione non limitata al solo concordato. L’introduzione dapprima delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, ed ora della composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa; nonché la “revisione” della disciplina dei piani attestati di risanamento e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, impongono una più approfondita valutazione del loro impatto sui rapporti contrattuali pendenti<sup>4</sup>. Anche le novità riguardanti i rapporti giuridici in corso di esecuzione nella liquidazione giudiziale – per quanto non “dirompenti” – devono essere comunque oggetto di attenta considerazione<sup>5</sup>. Quanto al concordato preventivo, poi, si deve prendere atto di alcune scelte del legislatore (con riferimento, ad esempio, all’effetto non più automatico di sospensione delle azioni esecutive e cautelari, al “nuovo” concordato in continuità, etc.) che hanno delle inevitabili ricadute sul tema qui affrontato<sup>6</sup>.

Pur in un quadro estremamente complesso e mutevole<sup>7</sup>, si è cercato di affrontare il problema dei contratti pendenti nel concordato tenendo pre-

---

<sup>3</sup> *Infra*, Capitolo Secondo, § 4.

<sup>4</sup> V., oltre, Capitolo Primo, §§ 4, 4.1 e 5. Si dovrà tener conto, inoltre, del “nuovo” piano di ristrutturazione soggetto a omologazione (v., oltre, § 5, in fine).

<sup>5</sup> V., oltre, in particolare nel Capitolo Primo, § 1.1 e nel Capitolo Terzo, §§ 3 e 4.

<sup>6</sup> Se ne parlerà in vari luoghi, specialmente nei Capitoli Quarto e Quinto, anche alla luce delle significative modifiche introdotte dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 (sul punto v. meglio alla nota successiva).

<sup>7</sup> L’evoluzione legislativa che interessa il problema dei contratti pendenti nel concordato non si è arrestata all’intervento riformatore appena ricordato. Occorre segnalare, in ordine cronologico: *i*) la Direttiva UE, 20 giugno 2019, n. 2019/1023 (per la cui attua-

sente che non si tratta più, come in passato, di colmare una lacuna individuando le regole applicabili ad un fenomeno non espressamente disciplinato dal legislatore, ma di dare una risposta ai numerosi dubbi interpretativi che la disciplina attualmente esistente ancora pone – e qui si è proceduto ad un esame contestuale sia delle regole dettate dalla legge fallimentare (vigente fino a poco tempo fa e le cui disposizioni continueranno comunque ad applicarsi alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore del codice della crisi), sia di quelle introdotte dal codice della crisi – e di comprendere (ed eventualmente porre in discussione) il fondamento di certe scelte del legislatore<sup>8</sup>; partendo dalla determinazione dello stesso ambito di applicazione della disciplina in discorso, non sempre così agevole da individuare<sup>9</sup>. Obiettivo di questo lavoro è cercare di chiarire, infine, il rapporto esistente fra lo strumento speciale dello scioglimento (o sospensione) del contratto offerto all'imprenditore in crisi e le regole contrattuali di diritto comune, nel tentativo di comprendere entro quali

---

zione nel nostro ordinamento era stata prevista un'apposita Commissione nominata dal Ministro della Giustizia in data 22 aprile 2021); *ii*) le misure adottate in seguito alla pandemia di Covid-19, che oltre a comportare un primo differimento al 1° settembre 2021 dell'entrata in vigore del codice della crisi (art. 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. decreto "liquidità", convertito in l. 5 giugno 2020, n. 40), hanno introdotto, seppure temporaneamente, alcune disposizioni che possono avere delle ricadute anche sulle regole applicabili ai contratti pendenti; *iii*) le modifiche apportate al codice dal c.d. primo decreto correttivo (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, adottato in attuazione della delega contenuta nella l. 8 marzo 2019, n. 20) e che hanno toccato anche la materia qui trattata; *iv*) un secondo differimento dell'entrata in vigore del codice al 16 maggio 2022, nonché la proroga al 31 dicembre 2023 dell'entrata in vigore dell'intera disciplina delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi [art. 1, 1° comma, lett. *a*) e *b*) d.l. 24 agosto 2021, n. 118 ("Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia"), convertito con modificazioni dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147]; *v*) l'ulteriore differimento dell'entrata in vigore del codice al 15 luglio 2022 (ad opera dell'art. 42, d.l. 30 aprile 2022, n. 36, il quale ha perciò modificato l'art. 389 del codice della crisi); *vi*) le modifiche da ultimo introdotte al codice della crisi dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 "Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva UE 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)".

<sup>8</sup> A ciò è dedicato essenzialmente il Capitolo Quarto.

<sup>9</sup> Per questo aspetto vedi, oltre, il Capitolo Terzo.

limiti le esigenze dell'impresa e del suo risanamento possano giustificare una compressione dei diritti della controparte *in bonis* (e ciò sia alla luce dei principi fino ad oggi vigenti nel nostro ordinamento, sia in seguito all'attuazione della direttiva UE 2019/1023)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Si veda sul punto, in particolare, il Capitolo Quinto.

CAPITOLO PRIMO

I RAPPORTI PENDENTI NELLA CRISI E  
NELL'INSOLVENZA DELL'IMPRESA:  
UNO SGUARDO D'INSIEME

SOMMARIO: 1. Rapporti contrattuali pendenti e fallimento: la regola generale della sospensione del contratto e le regole speciali. – 1.1. Le principali novità introdotte dal codice della crisi con riferimento alla liquidazione giudiziale: i contratti ad esecuzione continuata o periodica; lo scioglimento dei contratti di carattere personale. – 2. La prosecuzione dei contratti pendenti nel caso di esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento e nella liquidazione giudiziale. – 3. L'esecuzione "inerziale" del contratto nell'amministrazione straordinaria secondo la giurisprudenza più recente. – 4. Le regole sui rapporti contrattuali pendenti nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi. – 4.1. ... e nella "nuova" composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa. – 5. I contratti pendenti nei piani attestati di risanamento, negli accordi di ristrutturazione dei debiti, nelle convenzioni di moratoria e nel piano di ristrutturazione soggetto a omologazione. – 6. Una (provvisoria) conclusione.

*1. Rapporti contrattuali pendenti e fallimento: la regola generale della sospensione del contratto e le regole speciali. – È opportuno iniziare questo lavoro con una panoramica delle regole sui rapporti contrattuali pendenti dettate con riferimento a tutti gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza (per usare la terminologia da ultimo adottata dal codice della crisi), compresa l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza (che di quel codice, come noto, non fa parte) e tralasciando per ora il concordato preventivo (al quale sarà dedicata particolare attenzione in tutti i successivi capitoli). Si vuole comprendere, in particolare, in*

che misura le caratteristiche e le finalità del singolo strumento influiscano sulla disciplina dei contratti in corso di esecuzione e se sia possibile individuare delle regole che possano ritenersi comuni a tutte le procedure (o ad alcune di esse). È proprio per tale ragione che si ritiene utile prendere le mosse dall'esame della legge fallimentare (vigente fino a poco tempo fa e le cui disposizioni continueranno comunque ad applicarsi alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore del codice della crisi) e dal fallimento – procedura avente finalità essenzialmente liquidatoria e caratterizzata dallo spossessamento –, anche per valutare la portata delle novità introdotte sul punto con riferimento alla liquidazione giudiziale.

Come è noto la legge fallimentare detta una disciplina «degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti»<sup>1</sup>, contenuta negli artt. 72 ss.<sup>2</sup>, dapprima modificata a seguito della riforma della legge fallimentare del 2006/2007 (d.lgs. n. 5/2006 e d.lgs. n. 169/2007), successivamente “ritoccata” dal d.l. n. 83/2012, convertito in l. n. 134/2012, e ormai sostituita da quella prevista negli artt. 172 ss. del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)<sup>3</sup>, contenuta nella sezione V del Titolo V, e dedicata appunto agli «effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti».

È noto, inoltre, che sul problema dei contratti pendenti nel fallimento

---

<sup>1</sup> Si era notato, in proposito, che la citata intitolazione della sezione IV del Capo III del Titolo II della legge fallimentare (appunto, «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti»), fosse da ritenersi impropria in quanto le norme in essa contenute non riguardavano tutti i rapporti patrimoniali del fallito, ma soltanto i contratti già perfezionati prima della dichiarazione di fallimento che non avessero avuto piena esecuzione da entrambe le parti: così L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72-83*, in L. GUGLIELMUCCI, G. ZANARONE, G. DI CHIO, V. MANGINI, G.U. TEDESCHI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 1 s.

<sup>2</sup> Occorre tener conto, però, anche di alcune disposizioni del codice civile (si pensi, ad es., all'art. 2448 c.c., nella sua versione originaria, con riferimento agli effetti del fallimento sul contratto di società; disposizione come si sa poi non riprodotta, successivamente alla riforma societaria del 2003, nell'art. 2484 c.c., ma ora reintrodotta nel 1° comma della medesima disposizione, al n. 7-*bis*), ad opera dell'art. 380 codice della crisi) o di altre leggi (si pensi all'art. 135, l. n. 633/1941 sul diritto d'autore, cui fa riferimento l'art. 83, relativo agli effetti del fallimento sul contratto di edizione).

<sup>3</sup> D'ora in avanti CCII. Per una ricostruzione del percorso che ha condotto alla sua emanazione v., *infra*, Capitolo Secondo, § 4.

il codice di commercio del 1882 era pressoché del tutto silente<sup>4</sup>. In questa situazione normativa, la dottrina aveva osservato come nei contratti bilaterali, in seguito alla dichiarazione di fallimento, si avesse «una grave disuguaglianza di trattamento tra le due parti, una delle quali sarebbe tenuta per l'intero ed esigerebbe solo una parte del pattuito» (essendo la prestazione del fallito soggetta alla falcidia fallimentare), il che avrebbe comportato «una debilitazione, a danno dell'altro contraente, del principio informativo di ogni rapporto bilaterale, per cui la prestazione contiene e costituisce la causa della controprestazione»; perciò, sempre a giudizio della dottrina, «effetto naturale e normale del fallimento sui rapporti bilaterali preesistenti, non ancora interamente eseguiti», sarebbe stato «lo *arrestarsi* di essi dal momento che il fallimento è pronunziato»<sup>5</sup>.

Il suddetto principio avrebbe poi subito tre essenziali limitazioni: anzitutto, «se il contratto era stato già *eseguito da una delle parti* allorché il fallimento si aprì, la bilateralità non esiste più; e resta soltanto *un credito* a favore di *una* delle due parti verso l'altra, e non c'è più ragione di fare a questo credito una condizione diversa da quella fatta ad ogni altro credito non connesso con rapporti bilaterali»<sup>6</sup>; in secondo luogo, «se l'altro con-

---

<sup>4</sup> Osservava G. BONELLI, *Del fallimento*, I, Terza ed., a cura di V. Andrioli, Vallardi, Milano, 1938, p. 567, che «la nostra legge, al pari della francese, ha trascurato affatto di disciplinare in qualche modo l'importante argomento della influenza del fallimento sulla sorte dei *contratti bilaterali antecedenti*».

<sup>5</sup> Così G. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., p. 568, il quale ancora precisava (alla nota 3) che, in assenza di «norme regolative generali», bisognava «desumere il principio e le sue limitazioni dall'applicazione che la legge ne fa in casi speciali», riferendosi, in particolare, agli artt. 804-806 cod. com., relativi al fallimento del compratore di merci. Sul punto cfr., inoltre, G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1942 (ripubblicato in *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di P. Perlingieri, ESI, Napoli, 1980, da cui si cita), p. 361 ss.

Nel senso che il contraente *in bonis* avesse «l'insindacabile facoltà di sospendere e ritenere la propria controprestazione», U. PIPÀ, *Del fallimento*, in *Nuovo commento al codice di commercio*, Utet, Torino, 1932, p. 184, trovando una giustificazione nell'essenza stessa della corrispettività fra le due prestazioni. Si veda, inoltre, R. MONTESSORI, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Athenaeum, Roma, 1917, p. 31 ss.; ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza in G. RUISSI, A. JORIO, A. MAFFEI ALBERTI, G.U. TEDESCHI, *Il fallimento*, II, Seconda ed., in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Utet, Torino, 1978, p. 517 s.

<sup>6</sup> G. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., p. 569, il quale poi precisava che «se il contratto



traente dichiara di voler dar corso al contratto perfetto, ma non ancora eseguito *da nessuna delle due parti, sottoponendosi* (purché ciò sia possibile) *alla legge del dividendo*, il curatore non ha ragione né diritto di rifiutarsi<sup>7</sup>; il curatore, infine, «può sempre (...) dichiarare di voler subentrare al fallito nel rapporto, e l'altra parte non può opporsi; in tal caso il curatore *fa proprio* (o meglio *del Fallimento*) il contratto, e la relativa prestazione, divenendo un *debito della massa*, non è più soggetta alla legge del dividendo»<sup>8</sup>.

L'elaborazione dottrinale appena ricordata – la quale aveva disciplinato la materia con una forza di effettività non minore di un complesso normativo<sup>9</sup> – divenne poi il modello al quale si ispirarono i progetti di riforma della disciplina fallimentare susseguitsi negli anni successivi<sup>10</sup>; tuttavia, nella legge fallimentare del 1942 non venne prevista una regola di carattere generale e si optò, invece, per una disciplina analitica dei rapporti contrattuali all'epoca ritenuti più frequenti e problematici<sup>11</sup>, so-

---

era stato eseguito *dal fallito*, il suo credito verso l'altra parte passa, tale quale si trova nel suo patrimonio, alla massa fallimentare, accompagnato dal relativo diritto di *risoluzione*, se ed in quanto spettava al fallito stesso»; invece, «se il contratto era stato eseguito *dall'altra parte*, questa è già rimasta con un semplice credito verso il fallito, e l'aprirsi del fallimento rende questo credito *concorsuale*, cioè soggetto alla legge del dividendo», non potendosi ammettere, in questo secondo caso, «un diritto di *risoluzione* del contratto a causa del fallimento (cioè che non fosse già quesito anteriormente al fallito)», benché la legge conferisse «questo diritto contro l'*inadempiente* nei contratti bilaterali» (art. 1165 cod. civ. 1865), in quanto «il fallimento non implica *inadempienza*» (sul punto si avrà modo di tornare più avanti in questo paragrafo).

<sup>7</sup> G. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., p. 573 s.

<sup>8</sup> G. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., p. 574 s. Ancora si precisava che «*facendo proprio* il contratto, il curatore lo assume nella sua integrità; cioè con tutti i patti, condizioni ed eccezioni con cui l'aveva il fallito».

<sup>9</sup> Così V. ANDRIOLI, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 409, nota 335.

<sup>10</sup> A partire da quello elaborato dallo stesso Gustavo Bonelli (e che può leggersi in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 522 ss. e 536 ss.); per ulteriori informazioni si veda L. GUGLIEMUCCI, *Art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, tomo I, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 1117 s.

<sup>11</sup> I quali, comunque, potevano essere raccolti in quattro categorie (V. ANDRIOLI, *Fallimento (dir. priv.)*, cit., p. 409 s.): rapporti che la dichiarazione di fallimento scioglie automaticamente; rapporti che compete al curatore del contraente fallito di sciogliere ovvero continuare; rapporti nei quali compete al contraente *in bonis* la scelta di sciogliere ovvero di continuare; rapporti che continuano malgrado la dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti. Si tratta, in realtà, soltanto di una delle possibili categorizzazioni: per

luzione che però non consentiva di risolvere adeguatamente molti dubbi interpretativi, e che creava un conseguente vuoto normativo per i contratti non espressamente disciplinati, nonché per quelli che nascevano dalla prassi<sup>12</sup>. L'art. 72 l.fall., allora dettato per il contratto di vendita<sup>13</sup>, veniva tuttavia considerato dalla dottrina prevalente espressione di un principio applicabile alle fattispecie non espressamente contemplate<sup>14</sup>.

Con la riforma della legge fallimentare del 2006 si è perciò deciso di dettare una regola generale, quella appunto prevista dall'art. 72, in virtù della quale i contratti pendenti si trovano, a seguito della dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, in uno stato di "sospensione", che si protrae fino al momento in cui il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, opta per il subentro ovvero per lo scioglimento del contratto<sup>15</sup>. È da notare che la medesima regola è stata riprodotta, salvo qualche

---

questa osservazione si veda L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72-83*, in L. GUGLIELMUCCI, G. ZANARONE, G. DI CHIO, V. MANGINI, G.U. TEDESCHI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., p. 4, testo e nota 1.

<sup>12</sup> A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, XI, Cedam, Padova, 2009, p. 472.

<sup>13</sup> Il quale stabiliva che, nel caso di fallimento del compratore, il venditore aveva «diritto a compiere la sua prestazione, facendo valere nel passivo del fallimento il suo credito per il prezzo» (1° comma); se non avesse esercitato tale diritto, l'esecuzione del contratto sarebbe rimasta sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, avesse dichiarato di subentrare in luogo del fallito nel contratto, assumendone tutti gli obblighi relativi, ovvero di sciogliersi dal medesimo (2° comma). In caso di fallimento del venditore, invece, se la cosa venduta fosse già passata in proprietà del compratore, il contratto non si sarebbe sciolto; se la cosa venduta non fosse passata in proprietà del compratore, il curatore avrebbe avuto la scelta fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto (4° comma).

<sup>14</sup> L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72-83*, in L. GUGLIELMUCCI, G. ZANARONE, G. DI CHIO, V. MANGINI, G.U. TEDESCHI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., p. 5 e p. 149; G. COTTINO, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, in *Dir. fall.*, 1964, I, p. 361 ss., ivi a p. 362 ss. In questo senso, nella giurisprudenza, Cass., 5 febbraio 1980, n. 799, in *Dir. fall.*, 1980, p. 501 ss.

In senso contrario, ritenendo che la regola generale alla quale fare ricorso in difetto di normativa specifica, fosse la continuazione del contratto secondo le norme di diritto comune, V. ANDRIOLI, *Fallimento (dir. priv.)*, cit., p. 411; criticava la tesi prevalente anche R. VIGO, *I contratti pendenti non disciplinati nella «legge fallimentare»*, Giuffrè, Milano, 1989, in specie p. 6 ss.; si veda, altresì, D. VATTERMOLI, *Il contratto di licenza del marchio nel fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 126 ss., ivi a p. 128 ss.

<sup>15</sup> Generalizzandosi così la regola in passato enunciata per il contratto di compra-

lieve modifica che avremo modo di evidenziare nel corso della trattazione, dall'art. 172, 1° comma CCII<sup>16</sup>.

Per contratto pendente deve intendersi il contratto «ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento»<sup>17</sup>. Di rapporto giuridico pendente (l'espressione «rapporti pendenti» viene utilizzata dalla rubrica del novellato art. 72 l.fall., nonché da quella dell'art. 172 CCII) può dunque parlarsi con riferimento al «rapporto tra il fallito e la parte *in bonis*, derivante normalmente da un contratto, che risponde ai seguenti requisiti: si sia perfezionato prima del fallimento, sia opponibile alla massa e non ri-

---

vendita e ritenuta dai più espressione, come detto prima nel testo, di un principio generale: si veda L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, cit., p. 1118, il quale ritiene che venga anzi in gran parte recuperata la norma generale del progetto Bonelli del 1921 (v., *retro*, nota 10); cfr., altresì, A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, *Il fallimento*, cit., p. 473; nonché ID., *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti. Introduzione*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso, L. Panzani, tomo I, Utet, 2016, p. 1248 ss. Si è sottolineato, in proposito, che «questa facoltà di sciogliersi dai contratti del debitore costituisce una delle più importanti risorse a disposizione del curatore, il quale può utilizzarla per svincolarsi da impegni onerosi che gravano sul debitore, attuando così una gestione del patrimonio che non solo è fatta nell'interesse dei creditori (...), ma si avvale di una facoltà (una sorta di recesso) che non era presente nel patrimonio del debitore»: L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 296.

<sup>16</sup> A proposito della regola enunciata dall'art. 72, 1° comma l.fall. (e come detto riprodotta nell'art. 172, 1° comma CCII), in controtendenza rispetto all'opinione prevalente, G. DE NOVA, *I contratti pendenti nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 561 ss., ivi a p. 564, si è di recente domandato se «in presenza di una “regola generale” di sospensione, e di norme relative a singoli contratti che prevedano soluzioni *ad hoc* sulla sorte del contratto, ai contratti (tipici o atipici) non regolati, si applich[i] il principio generale della sospensione, o invece la disciplina del tipo contrattuale regolato affine»; ed ha affermato, ancora, che la risposta non potrebbe «venire dalla contrapposizione “regola generale” “regola speciale”, anche perché seguendo questa via ci si sviluppa in discussioni se la regola generale della sospensione sia a sua volta confermativa o invece in deroga del diritto comune dei contratti» e che, dunque, «dato il proliferare, nel tempo, delle discipline *ad hoc*», sarebbe «più ragionevole procedere all'analogia, per i casi non regolati, piuttosto che applicare automaticamente l'art. 72». Precisando, ancora, che dovrà tenersi conto della regola dettata dal codice della crisi (art. 175: v., oltre, nel § 1.1) che prevede lo scioglimento per la categoria dei contratti personali, introducendo così «una disciplina per categoria contrattuale, e non per tipo».

<sup>17</sup> Così stabilisce, testualmente, il 1° comma dell'art. 72 l.fall.; altrettanto prevede l'art. 172, 1° comma CCII, con una differenza che evidenzieremo tra poco.

sulti ancora compiutamente eseguito da nessuno dei contraenti alla data del fallimento»<sup>18</sup>.

Non è sufficiente, dunque, che il contratto sia stato efficacemente stipulato prima della dichiarazione di fallimento, ma esso deve essere altresì opponibile al fallimento, sia nel senso che deve rivestire le forme richieste dalla legge civile per la sua opponibilità ai creditori (secondo il principio espresso dall'art. 45 l.fall., ora art. 145 CCII)<sup>19</sup>, sia nel senso che deve trattarsi di un contratto rispetto al quale il curatore non abbia promosso o non intenda promuovere l'azione revocatoria, poiché non avrebbe senso discutere della sua eseguibilità se ne viene contestata l'efficacia nei confronti della procedura<sup>20</sup>.

Si deve poi trattare di un contratto ineseguito, o non compiutamente eseguito, da entrambi i contraenti: espressione, quest'ultima, con la quale ci si vuol riferire ai contratti di durata le cui prestazioni risultino, alla data del fallimento, solo in parte eseguite<sup>21</sup>, «a quelli sottoposti a condizione sospensiva che, per loro natura, non sono interamente eseguiti»<sup>22</sup>, nonché ai contratti a prestazioni istantanee non ancora adempiuti da entrambi i contraenti. A tal fine è necessario tenere conto solo delle obbligazioni principali che discendono dal contratto, non rilevando quelle accessorie (ad es., la consegna dei titoli e dei documenti relativi al diritto trasferito)<sup>23</sup>. Come prevede ora espressamente l'art. 172, 1° comma CCII, il quale si riferisce infatti ad un contratto «ancora ineseguito o non compiutamente eseguito *nelle prestazioni principali* da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura di liquidazione giudiziale»<sup>24</sup>.

Devono invece escludersi dall'ambito di applicazione dell'art. 72, 1° comma l.fall. (e dell'art. 172, 1° comma CCII) sia i contratti unilaterali, sia i contratti bilaterali nei quali, in ragione dell'avvenuto integrale adempimento della prestazione da parte di uno dei contraenti, residui soltanto

---

<sup>18</sup> Così A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 470.

<sup>19</sup> Sul punto si avrà modo di tornare più avanti: Capitolo Terzo, § 4.

<sup>20</sup> Così ancora A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 470 s.

<sup>21</sup> Cass., 21 marzo 1985, n. 2069, in *Fall.*, 1985, p. 1034.

<sup>22</sup> A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 476, nota 17.

<sup>23</sup> Lo osserva, ad esempio, C. FIENGO, *Art. 72*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Egea, Milano, 2010, p. 347.

<sup>24</sup> Corsivo mio.

il diritto di credito dell'altra parte a ricevere la propria controprestazione, anche se in forza delle regole del concorso<sup>25</sup>. In tal caso, se ad adempiere è stato il contraente poi fallito, il curatore potrà esigere dall'altro contraente l'esecuzione della prestazione promessa in applicazione delle comuni regole contrattuali; se, viceversa, il contraente fallito, dopo avere ricevuto la prestazione, è rimasto inadempiente, sarà allora il contraente *in bonis* che potrà far valere il proprio diritto alla prestazione quale credito concorsuale<sup>26</sup>.

Come detto, secondo la regola generale enunciata fino a poco tempo fa dall'art. 72, 1° comma l.fall., ora riprodotta nell'art. 172, 1° comma CCII, i contratti pendenti restano sospesi in attesa delle determinazioni del curatore circa lo scioglimento o il subentro in luogo del contraente fallito<sup>27</sup>. Si tratta di una fase di "quiescenza" che consente al curatore «di

---

<sup>25</sup> E. GABRIELLI, *Gli effetti sui rapporti giuridici in corso di esecuzione alla data del fallimento. La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, *Gli effetti del fallimento*, III, Giappichelli, Torino, 2014, p. 122. V. anche L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., p. 295. Ma vedi già G. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., p. 569 ss. (v., *retro*, in questo paragrafo).

<sup>26</sup> E. GABRIELLI, *Gli effetti sui rapporti giuridici in corso di esecuzione alla data del fallimento*, cit., p. 122 s. Detto in altri termini, «una fornitura ricevuta dal debitore e non pagata, pur trovando origine in un contratto, lascia sopravvivere solo un debito, che il fornitore dovrà far valere nella procedura assieme a tutti gli altri. Una fornitura *effettuata* dal debitore e non pagata lascia sopravvivere solo un credito, di cui il curatore (...) cercherà di ottenere il pagamento per poter distribuire ai creditori il denaro così incassato: nel primo caso nel patrimonio del debitore vi sarà un debito da pagare assieme a tutti gli altri, nel secondo un valore da realizzare» (L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., p. 294). Può notarsi come la questione fosse posta già in questi termini dalla dottrina precedente al r.d. del 1942: v., *retro*, in questo paragrafo.

Deve evidenziarsi, inoltre, come la c.d. "executoriness" quale presupposto per l'applicazione delle regole sugli *executory contracts* è oggetto di dibattito nell'ordinamento statunitense: v., meglio, *infra*, Capitolo Terzo, § 1.

<sup>27</sup> Può notarsi che, in assenza di indicazioni da parte del legislatore, forma e modalità con le quali la scelta deve essere esplicita da parte del curatore sono ritenute non vincolate, perciò la volontà può manifestarsi in qualunque modo, anche tacitamente o per fatti concludenti: F. MACARIO, *Il contratto preliminare*, in *Fall.*, 2018, p. 1193 ss., a p. 1197. Sulla natura e sugli aspetti formali della dichiarazione del curatore cfr. G. RUISI, A. JORIO, A. MAFFEI ALBERTI, G.U. TEDESCHI, *Il fallimento*, II, cit., p. 562 ss.

Come si avrà modo di vedere più avanti la facoltà di decidere in ordine allo scioglimento (o alla sospensione) dei contratti è invece attribuita, nel concordato preventivo,

valutare la convenienza per la massa di subentrare o sciogliersi dal contratto ed al contraente *in bonis* di non adempiere senza subire alcuna conseguenza per la temporanea sospensione dell'adempimento»<sup>28</sup>. Deve sottolinearsi, ancora, che prima di effettuare la scelta il curatore deve ottenere l'autorizzazione del comitato dei creditori (e non più del giudice delegato, come in passato: art. 72, 1° comma l.fall., ora art. 172, 1° comma CCII); autorizzazione che sembrerebbe però richiesta per la decisione di subentrare nel contratto e non per quella di scioglierlo, poiché il subentro comporta l'assunzione come debito della massa dell'obbligazione di eseguire la controprestazione<sup>29</sup>. Come si sa, l'altro contraente può «mettere

---

«non ad un organo della procedura come il curatore, il commissario straordinario o il commissario giudiziale, bensì ad un soggetto privato» (A. DIMUNDO, *Il ruolo dei contratti pendenti nella formazione di un piano fattibile nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2016, p. 1092 ss.). È da notare che se è vero che nel concordato preventivo il debitore assume l'iniziativa dello scioglimento (o della sospensione) del contratto pendente, è altrettanto vero, però, che la decisione “finale” in ordine al medesimo spetta al giudice (sul punto v. oltre, Capitolo Quarto, § 4).

<sup>28</sup> A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 476. Di «temporanea sospensione dell'esecuzione del contratto», parla 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, p. 69 ss., ivi a p. 73. Ma già G. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., p. 576, avvertiva circa la necessità di non confondere «l'arresto motivato dal fallimento» con la «risoluzione del contratto motivata dall'inadempimento di una delle parti» (allora disciplinata dall'art. 1165 c.c. del 1865), dipendendo il primo «dal fatto della *mutata situazione patrimoniale*, la quale fa sì che il contratto non possa più continuare se non dietro una di queste due alternative: o che il rappresentante la massa si decida a sostituire il fallito nel rapporto, o che l'altro contraente si rassegni a realizzare il suo avere in moneta di fallimento»; perciò, «se nessuna delle due parti si decide, l'arresto si perpetua e diviene definitivo». Si precisava, ulteriormente, che si trattava di una «sospensione del rapporto, in tutto analoga a quella prodotta nel diritto comune dall'*exceptio inadimpleti contractus*» (V. ANDRIOLI, in G. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., p. 583, nota 1). Sul punto v. meglio oltre, Capitolo Quinto.

Ulteriore problema è se, durante la sospensione (che può durare indefinitamente, salva la messa in mora da parte del contraente *in bonis*), sia ammessa l'azione di risoluzione con riferimento agli inadempimenti precedenti alla sospensione del contratto (sul punto v. A. LUMINOSO, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l.fall.*, cit., p. 73 s.: v., meglio, oltre il Capitolo Quinto, § 3.1).

<sup>29</sup> Così L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1131 s.; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 477, e A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Quarta ed., Il Mulino, Bologna, 2017, p. 185 s.; in senso contrario vedi, però, F. MACARIO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 1197, per il quale agli organi della procedura compete «un diritto pote-

in mora» il curatore facendogli assegnare un termine di sessanta giorni (in passato erano otto), decorso il quale il contratto si intende sciolto<sup>30</sup>.

Qualora il curatore decida di subentrare nel contratto egli «assume tutti gli obblighi che ne derivano (ma *non la titolarità* dei rapporti negoziali nel loro complesso e delle singole posizioni giuridiche, che rimane in capo al fallito)», perciò il pagamento delle prestazioni alla parte *in bonis* dovrà avvenire integralmente (in prededuzione) e non in moneta fallimentare<sup>31</sup>. Può osservarsi che nell'art. 172, 1° comma CCII, si precisa – ed in ciò si rileva un'altra lieve differenza rispetto all'art. 72, 1° comma l.fall. – che nel caso in cui il curatore decida di subentrare nel contratto egli assume «*a decorrere dalla data del subentro*, tutti i relativi obblighi»<sup>32</sup>.

Si tratta di una regola rinvenibile anche in altri ordinamenti. Può ricordarsi, ad esempio, come negli Stati Uniti d'America – nei quali il pro-

---

stativo, non comprimibile, di decidere sul subentro o, viceversa, sullo scioglimento (con facoltà di scelta autorizzata dal comitato dei creditori, o in mancanza, dal giudice delegato)».

In ogni caso, «sarà sempre e solo il curatore a decidere se subentrare o meno nel contratto: ciò significa che, anche in presenza di un'autorizzazione alla continuazione del rapporto, ben potrebbe il curatore sciogliersi dal medesimo o rimanere inerte»: A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Quarta ed., cit., p. 186.

<sup>30</sup> Così dispone l'art. 72, 2° comma l.fall., ed ora l'art. 172, 2° comma CCII. Anche sotto questo profilo è stata recepita l'elaborazione teorica del Bonelli.

<sup>31</sup> In questo senso L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., p. 295 s.; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 478 s. (al quale appartiene la frase citata fra virgolette nel testo); A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Quarta ed., cit., p. 186 (i quali precisano che non vi è per il curatore possibilità di «modifica unilaterale del contenuto del rapporto negoziale originario»); A. LUMINOSO, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l.fall.*, cit., p. 76. Il punto veniva già sottolineato dal Bonelli: v., *retro*, all'inizio di questo paragrafo.

La portata della regola che impone – in caso di subentro del curatore nel contratto – il pagamento integrale, e non in moneta fallimentare, delle prestazioni alla parte *in bonis* deve poi essere coordinata con la norma contenuta nell'art. 74 l.fall., applicabile ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, il quale stabilisce l'obbligo di «pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati» (A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 479). Sul punto, e sulle novità introdotte in materia dal codice della crisi, v. però oltre, il § 1.1., e soprattutto il Capitolo Quinto, § 3.3.

<sup>32</sup> Corsivo mio.

blema degli *executory contracts* si pone sia con riferimento ai casi trattati secondo la disciplina del *Chapter 7* (il quale prevede una procedura di tipo liquidatorio), sia in tutti i tipi di riorganizzazione, in particolare nei casi riconducibili al *Chapter 11* – la Section 365(a) del *Bankruptcy Reform Act* del 1978 riconosca al *trustee in bankruptcy* ovvero al *debtor in possession* (con riferimento ai casi di ristrutturazione) il potere di “subentrare/assumere” («assume») o “sciogliere/rifutare” («reject») ogni *executory contract* del debitore, con decisione soggetta all’approvazione della *bankruptcy court*<sup>33</sup>. Avremo modo di vedere meglio più avanti in quale “condizione” si trovi il contratto in attesa della decisione in ordine alla sua *assumption* o *rejection*<sup>34</sup>, per ora è sufficiente sottolineare che se il *trustee* (o il *debtor in possession*) decide di dare esecuzione al contratto (perché vuole beneficiare di un accordo favorevole) deve optare per la sua “assunzione”, con l’effetto di convertire le obbligazioni della parte contrattuale in obbligazioni del patrimonio fallimentare (*bankruptcy estate*); sicché, sia le obbligazioni relative ai contratti assunti, sia il risarcimento di eventuali danni derivanti da un inadempimento post-assunzione sono trattati come *postpetition administration claims*, pagati per primi e normalmente per intero<sup>35</sup>.

Tornando al nostro ordinamento, nel caso in cui il curatore scelga invece la strada dello scioglimento<sup>36</sup>, la controparte ha diritto di insinuarsi al passivo per il credito conseguente al mancato adempimento (che deve

---

<sup>33</sup> Cfr. D.J. BUSSEL, D.A. SKEEL Jr., *Bankruptcy*, Tenth Edition, Foundation Press, St. Paul, 2015, p. 213; la Section 365(a) testualmente stabilisce, infatti, che «(...) the trustee, subject to the court’s approval, may assume or reject any executory contract or unexpired lease of the debtor».

<sup>34</sup> V., oltre, il Capitolo Quinto, § 1.1.

<sup>35</sup> Così J.M. FRIED, *Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy*, in 46 *Duke L. J.* 517, 525 (1996); cfr. altresì D.J. BUSSEL, D.A. SKEEL Jr., *Bankruptcy*, cit., p. 213, per i quali nel caso di mancato adempimento, la controparte ha diritto al risarcimento del danno come *administrative expense*, dunque come *priority claim*, ossia come diritto da soddisfarsi con precedenza rispetto ai *non priority claims*.

<sup>36</sup> Scioglimento «che ha carattere di definitività anche in caso di revoca del fallimento, come atto legalmente compiuto dagli organi della procedura»: L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1134. Si parla in proposito di “resiliazione”, «quale fenomeno *sui generis* di cessazione del vincolo contrattuale non inquadrabile propriamente né nella categoria del recesso né in quella della risoluzione di diritto»: A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Quarta ed., cit., p. 186.



essere perciò soddisfatto in moneta fallimentare), pur non spettando ad essa alcun risarcimento del danno<sup>37</sup> (diverso è invece il caso del diritto al risarcimento del danno maturato prima della dichiarazione di fallimento, che può essere insinuato al passivo del fallimento)<sup>38</sup>. L'esclusione del risarcimento del danno venne già affermata dalla dottrina precedente alla emanazione della legge fallimentare<sup>39</sup> ed è stata successivamente ritenuta pressoché pacifica «poiché desunta dall'impossibilità di equiparare lo scioglimento del contratto, conseguente all'esercizio di un potere *legalmente* riconosciuto, ad un inadempimento e dal divieto di insinuare al passivo i crediti post-fallimentari»<sup>40</sup>; benché si sia osservato, in proposi-

---

<sup>37</sup> Così dispone l'art. 72, 4° comma l.fall. (le parole «senza che sia dovuto risarcimento del danno», vennero aggiunte ad opera del c.d. decreto correttivo del 2007); la disposizione viene riprodotta senza alcuna variazione (salvo il riferimento alla liquidazione giudiziale invece che al fallimento), dall'art. 172, 4° comma CCII.

<sup>38</sup> Si veda, infatti, l'art. 72, 5° comma l.fall. (ed ora, l'art. 172, 5° comma CCII): sul punto v. A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 493 s.; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., p. 297, nota 88.

<sup>39</sup> Si veda, in particolare, G. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., in specie p. 583 ss., per il quale «dal principio da noi accolto, pel quale la ragione giustificativa dell'arresto del rapporto bilaterale si desume essenzialmente da un riguardo equitativo verso l'altro contraente, che dà luogo a un diritto di *ritenzione*, ma non di *risoluzione* del contratto, discende la conseguenza che il sopravvenire del fallimento non può essere invocato dall'altra parte per fondarvi un diritto ai *danni interessi*, né in base all'art 1165, né altrimenti»; la domanda di danni non potrebbe essere fatta valere nei confronti della massa, «che non entrò col contraente in nessun rapporto, e quindi non si poté rendere inadempiente»; del resto, si osservava, il fallimento «non può qualificarsi come un *inadempiente*; esso anzi sorge appunto per eseguire nel solo modo ormai possibile tutte le obbligazioni del fallito»; ed ancora, «in ogni caso il diritto ai danni come corollario della inadempienza, sarebbe un credito che sorgerebbe per lui in seguito al fallimento, cioè quando non è più in tempo ad insinuarsi in concorso».

<sup>40</sup> A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 479, nota 36 (al quale si rinvia anche per le citazioni della dottrina così orientata); cfr. inoltre L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1131; ma vedi già A. LUMINOSO, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l.fall.*, cit., p. 69 (anche per ulteriori citazioni). Ritengono che l'art. 72, 4° comma l.fall., escludendo il diritto al risarcimento del danno, «assimila il mancato adempimento conseguente alla volontà degli organi della procedura di sciogliere il contratto all'*impossibilità sopravvenuta della prestazione* per causa non imputabile al debitore-fallito (art. 1256 c.c.) che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., esclude, appunto, in capo all'altro contraente il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni patiti», A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Quarta ed., cit., p. 187 (corsivo degli autori). Sul punto – contestato in verità da una parte della dottrina – si tornerà oltre (nel Capitolo Quinto, § 3.1).

to, come la nostra legge – non riconoscendo alcun diritto al risarcimento del danno come conseguenza dell'esercizio della facoltà di scioglimento – risulti essere particolarmente gravosa con il soggetto che ha contratto con il fallito, al confronto con altre legislazioni<sup>41</sup>. Può ricordarsi, ad esempio, con riferimento alla disciplina degli *executory contracts* prevista negli Stati Uniti d'America, che nel caso in cui il *trustee* decida di non eseguire il contratto, dovrà optare per lo scioglimento/rifiuto (*rejection*) del medesimo; rifiuto che è trattato come inadempimento del contratto [§365(g)], con la conseguenza che la controparte è liberata dalle proprie obbligazioni ed avrà una *prepetition claim* (cioè una pretesa che sarà soddisfatta come credito anteriore alla procedura) per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'inadempimento<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., p. 297. Scelta giudicata, perciò, «largamente opinabile, in quanto una cosa è stabilire che i creditori non possono subire (o continuare a subire) l'esecuzione di contratti sfavorevoli (e ciò si evita attribuendo al curatore il diritto di sciogliersi da essi), altra cosa è stabilire che il contraente non può nemmeno insinuare al passivo, e dunque partecipare alla pari degli altri creditori, il danno che gli arreca la scelta del curatore che lui ha subito senza colpa» (p. 297 s.).

Neppure in passato, per la verità, erano mancate nella nostra dottrina opinioni difformi rispetto a quella prevalente che negava il diritto al risarcimento del danno in caso di scioglimento del contratto: una puntuale ricostruzione delle tesi (a partire da quella sostenuta da Aurelio Candian, in forte polemica col Bonelli) favorevoli rispetto all'ammissibilità del risarcimento del danno si trova in R. VIGO, *I contratti pendenti non disciplinati nella «legge fallimentare»*, cit., p. 21 ss. Sul punto v., oltre, il Capitolo Quinto.

Si veda, inoltre, G. COTTINO, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, cit., p. 365, il quale si poneva il problema opposto dei danni arrecati al fallito, qualora l'inadempimento della controparte sia stato causa dell'insolvenza e della conseguente dichiarazione di fallimento (per concludere che «se danni sono stati arrecati al fallito, questi danni il curatore potrà farli valere nei modi che riterrà più opportuni. Se danni sono stati invece arrecati al terzo, questi potrà esclusivamente e sempre far valere i danni che sono maturati al momento della dichiarazione di fallimento, non quelli che conseguono alla dichiarazione di fallimento»).

<sup>42</sup> Cfr. D.J. BUSSEL, D.A. SKEEL Jr., *Bankruptcy*, cit., pp. 213-214; si veda anche J.M. FRIED, *Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy*, cit., p. 517 ss., il quale parla di *prebankruptcy unsecured claim*.

Il diritto al risarcimento del danno per l'inadempimento è dunque trattato come le altre *prepetition claims*, destinato perciò a concorrere con tutti gli altri creditori generali (si tratta di *unsecured claims*, diremmo noi creditori chirografari) alla distribuzione dell'attivo, potendo dunque ricevere assai poco (così D.J. BUSSEL, D.A. SKEEL Jr., *Bankruptcy*, cit., p. 215): si calcola che nell'80% dei casi di liquidazione i creditori generali – per noi,

Sotto questo profilo, tra l'altro, deve fin d'ora segnalarsi una significativa differenza rispetto alla disciplina dei contratti pendenti nel concordato, essendo qui previsto, in caso di scioglimento del contratto (nonché in caso di sospensione del medesimo), il diritto ad «un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento»<sup>43</sup>. È da notare che anche in questo caso la facoltà di scioglimento (e di sospensione) è prevista dalla legge: eppure la stessa legge ammette la possibilità di chiedere il risarcimento del danno, seppure nella forma dell'indennizzo<sup>44</sup>.

Oltre alla regola generale dettata dall'art. 72 l.fall. (ora art. 172 CCII), sono previste regole specifiche relative a singoli tipi contrattuali, catalogati dalla dottrina secondo criteri spesso non del tutto coincidenti<sup>45</sup>; in particolare, possono individuarsi – oggi come anche in passato – casi di subingresso automatico del curatore nel rapporto contrattuale e casi di scioglimento automatico del contratto<sup>46</sup>, a seconda della «preventiva valuta-

---

chirografari – non ricevono niente e nei restanti casi una piccola frazione del loro credito; ed anche in caso di riorganizzazione di grandi società non si supera il 50%. Questa circostanza può incidere sulla scelta del *trustee* o del *debtor in possession* in ordine alla assunzione o al rifiuto del contratto (si veda, in particolare, J.M. FRIED, *Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy*, cit., p. 517 s.). Si è osservato [J.L. WESTBROOK, *A Functional Analysis of Executory Contracts*, 74 *Minn. L. Rev.* 227, 252-253 (1989-1990)], come il trattamento del diritto al risarcimento come *prepetition claim* derivi dal principio dell'equo trattamento dei creditori (definito come il più universale dei principi dell'insolvenza), dal quale discende la regola della distribuzione parziale ai *pre-petition unsecured creditors*: il diritto al risarcimento del danno a favore della controparte, dunque, viene pagato in moneta fallimentare (*Bankruptcy Dollars*), per un valore anche di soli 10 centesimi di dollaro; al contrario, nel caso di assunzione del contratto, dovrà essere pagato integralmente. Ne risulta pertanto modificato il calcolo che il *trustee* deve effettuare per stabilire se convenga adempiere o meno il contratto (c.d. *Net Value*), ciò che produce quella che l'autore da ultimo citato definisce: «the “magic” of executory contract doctrine in bankruptcy».

<sup>43</sup> Così l'art. 169-bis, 2° comma l.fall. ed ora l'art. 97, 9° comma CCII.

<sup>44</sup> Si deve allora indagare meglio la ragione di questo differente regime: si veda più avanti, Capitolo Quarto, § 6.

<sup>45</sup> V., *retro*, la nota 11.

<sup>46</sup> Quanto ai casi di contratti che proseguono *ex lege* con il curatore (seguendo la classificazione proposta da A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 500 ss.), possono indicarsi: la vendita traslativa (art. 72, 1° comma l.fall.; art. 172, 1° comma CCII), anche se, con riferimento a tale ipotesi, si è detto che «l'esclusione della facoltà di scioglimento non implica necessariamente il subentro del curatore nel contratto» [così L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1122, testo e nota 15, a giudizio

zione positiva o negativa, operata dalla legge, circa la compatibilità della prosecuzione del contratto con la situazione creata dal fallimento»<sup>47</sup>.

Nel caso del subingresso nel rapporto (per scelta o per automatismo legale) il curatore «resta assoggettato alle regole civilistiche in materia e a tutte le clausole contrattuali»<sup>48</sup>; benché sul punto si sia osservato, sulla base della premessa che possano esservi delle modifiche delle condizioni contrattuali connesse con la procedura fallimentare, che il curatore deve dare esecuzione al contratto nei limiti in cui le clausole del medesimo siano compatibili con l'istituto del fallimento<sup>49</sup>.

Con riferimento ai contratti che, in caso di fallimento, si sciogliono au-

---

del quale «la differente dizione della norma relativa al fallimento del venditore (“il contratto non si scioglie”) e di quella relativa al fallimento del locatore (“il fallimento del locatore non scioglie il contratto di locazione d'immobili e il curatore subentra nel contratto”) evidenzerebbe la non perfetta equivalenza tra esclusione dello scioglimento e subentro»; il contratto preliminare di vendita di immobili ad uso abitativo o destinati all'attività d'impresa dell'acquirente (art. 72, ultimo comma l.fall.; art. 173, 3° comma CCII); la locazione finanziaria in caso di fallimento del concedente (art. 72-*quater*, 4° comma l.fall.; art. 177, 3° comma CCII); la vendita a rate con riserva di proprietà nel caso di fallimento del venditore (art. 73, 2° comma l.fall.; art. 178, 2° comma CCII); il contratto di affitto di azienda (art. 79 l.fall.; art. 184 CCII); la locazione di immobili (art. 80 l.fall.; art. 185 CCII); il contratto di assicurazione contro i danni in caso di fallimento dell'assicurato (art. 82 l.fall.), anche se il punto non è pacifico (l'art. 187, 1° comma CCII assoggetta invece il contratto di assicurazione alla disciplina generale dettata dall'art. 172 CCII: v. anche oltre, Capitolo Quinto, § 3.3, nota 98).

I contratti che si sciogliono automaticamente sarebbero (sempre seguendo la classificazione di A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 509 ss.): i contratti di borsa a termine (art. 76 l.fall.; art. 181, 1° comma CCII); l'associazione in partecipazione in caso di fallimento/liquidazione giudiziale dell'associante (art. 77 l.fall.; art. 182, 1° comma CCII); il contratto di conto corrente (ordinario e bancario), il mandato (solo in caso di fallimento/liquidazione giudiziale del mandatario), la commissione (art. 78 l.fall.; art. 183 CCII); i contratti di rendita perpetua e vitalizia (art. 60 l.fall.; art. 159 CCII); il contratto di società (di persone) (per le società di capitali, la causa di scioglimento, abrogata a seguito della riforma del diritto societario del 2003, è però prevista dall'art. 380 CCII, il quale introduce a tal fine nell'art. 2484, 1° comma c.c., il n. 7-*bis*).

Esistono poi una serie di ipotesi non del tutto inquadrabili nell'una o nell'altra categoria, rispetto alle quali si è parlato di “casi particolari di sospensione” (cfr. A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 480 ss.).

<sup>47</sup> L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., p. 298.

<sup>48</sup> A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 507. Avremo modo di tornare sul punto nel Capitolo Quinto.

<sup>49</sup> G. COTTINO, *Effetti del fallimento sulla vendita (e contratti affini) in corso di esecuzione*, cit., p. 370.

tomaticamente, gli effetti dello scioglimento possono così riassumersi: esso opera *ex tunc* nei contratti ad esecuzione istantanea, «privando di giustificazione causale le prestazioni parziali eventualmente eseguite da uno dei contraenti»<sup>50</sup>; mentre per quelli di durata (ad esecuzione continuata o periodica) opera *ex nunc* a far data dalla dichiarazione di fallimento, in conformità alla normativa che regola lo scioglimento di questi contratti per recesso o risoluzione (artt. 1373, 2° comma, 1458, 2° comma, 1467 c.c.)<sup>51</sup>.

1.1. *Le principali novità introdotte dal codice della crisi con riferimento alla liquidazione giudiziale: i contratti ad esecuzione continuata o periodica; lo scioglimento dei contratti di carattere personale.* – Come si è avuto modo di accennare, il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non ha introdotto radicali mutamenti rispetto alla disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento<sup>52</sup>. Ciò non vuol dire, però, che non sia presente qualche significativa novità (oltre a quelle, per lo più di lieve entità, già segnalate in precedenza). L'art. 7, 6° comma, legge delega n. 155/2017, prevedeva, con riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale, che la disciplina dei rapporti giuridici pendenti fosse integrata: «a) limitando la prededuzione, in ogni caso di prosecuzione o di subentro del curatore, compreso l'esercizio provvisorio e salva diversa previsione normativa, ai soli crediti maturati nel corso della procedura; b) prevedendo lo scioglimento dei contratti aventi carattere personale che non proseguano con il consenso della controparte; c) dettando un'autonoma regolamentazione del contratto preliminare, anche in relazione alla disciplina degli immobili da costruire».

---

<sup>50</sup> L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1134 (ove citazioni di giurisprudenza).

<sup>51</sup> L. GUGLIELMUCCI, *Art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1134 s.; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 513.

<sup>52</sup> Del resto, già nella Rel. Commissione Rordorf (§ 6, p. 22 s.) – tenendo presente che il testo della disposizione dalla medesima proposto, sul punto, è rimasto pressoché invariato – poteva leggersi che «nemmeno la disciplina dei rapporti pendenti è destinata ad essere rivoluzionata, rimanendo invariata l'idea di fondo per cui la funzione liquidatoria della procedura deve realizzarsi non soltanto attraverso la conversione in denaro dei diritti e dei beni (materiali o immateriali) del debitore, ma anche mediante la definizione dei rapporti giuridici patrimoniali derivanti da contratti da lui stipulati e tuttora pendenti quando la procedura prende avvio».