

I RAPPORTI GIURIDICI PENDENTI

(gli articoli 72 - 83 L.F. alla luce delle modifiche di cui allo schema definitivo del D.Lgs approvato dal CdM il 22.12.2005)

(Cesare Pietro Franzì – Avvocato in Milano)

I rapporti giuridici pendenti.

Per rapporti giuridici pendenti (o preesistenti) si intendono quei rapporti che sono ancora ineseguiti da entrambe le parti al momento della dichiarazione di fallimento.

Si tratta pertanto di rapporti sorti, ma non ancora esauriti.

I principi generali elaborati prima della Riforma del Diritto Fallimentare.

La legge fallimentare non conteneva, prima dell'avvento dell'attuale riforma, una disciplina generale riferita ai contratti tra il fallito e i terzi che siano pendenti nel momento in cui interviene il fallimento.

Essa si limitava, invece, a regolamentare singoli tipi contrattuali con disposizioni applicabili per analogia ai rapporti non espressamente regolati.

Si è molto discusso se dalla disciplina prevista per ogni singolo contratto fosse desumibile una regola di carattere generale applicabile ai contratti non espressamente richiamati dalle varie norme, e si è ritenuto che la regola fosse l'arresto, ossia che restasse intatta per il curatore la possibilità di decidere se subentrare o meno nei contratti, valutando con una certa disponibilità di tempo la maggiore o minore opportunità.

Da tutto il sistema della disciplina dei contratti pendenti si ricavava che il fallimento non fosse causa di risoluzione del contratto, in quanto non assimilabile ad inadempimento, e che pertanto il fallimento non fosse tenuto al risarcimento per quei contratti che a seguito della procedura si sciolgono (così Cass. 30.5.1983, n. 3708, in Giust. civ. mass, 1983).

Vediamo quindi nel dettaglio i principi regolatori elaborati prima della Riforma.

a) **i contratti già eseguiti da una delle parti** restano in vita. Se ad eseguirli è

stata la controparte del fallito, questa, in quanto creditore, entra nel numero dei creditori e dovrà soddisfarsi sul passivo fallimentare.

E bene precisare, a tale proposito, che un contratto può considerarsi completamente eseguito quando, oltre ad essere state eseguite le prestazioni dovute, esso abbia raggiunto il suo scopo (BIANCA; Cass. 6 giugno 1975, n. 2248, in Giust. civ. mass. 1975).

Non ha invece rilievo la mancata esecuzione di prestazioni accessorie: in tal caso il contratto si intende eseguito.

Al contrario deve ritenersi non ancora eseguito il contratto in cui una parte abbia rifiutato l'esecuzione avvalendosi della facoltà riconosciuta dall'art. 1461 c.c., oppure sia rientrata in possesso delle cose vendute ai sensi dell'art. 1519 c.c. (cfr. Cass. 8 novembre 1974, n. 3422, in Giust. civ. mass.).

b) per i **contratti non ancora eseguiti**, bisogna distinguere:

1. quelli basati sull'intuitus personae si sciolgono ipso iure. Sono tali:

- l'associazione in partecipazione, in caso di fallimento dell'associante;
- il contratto di appalto, quando la persona dell'appaltatore, poi dichiarato fallito, costituisca un elemento determinante del contratto;
- il contratto di borsa a termine, di conto corrente, il mandato, la commissione;
- il rapporto sociale nella società di persone.

2. altri proseguono necessariamente con subentro automatico del curatore nella posizione del fallito (assicurazione contro i danni ed i rapporti di lavoro subordinato);

3. altri, infine, possono essere mantenuti in vita e viene attribuita al curatore, previa autorizzazione del Giudice Delegato, la facoltà di scelta tra il subentro o lo scioglimento.

Il rapporto rimane *sospeso* in attesa che gli organi fallimentari comunichino le loro intenzioni.

Qualora il contratto ancora pendente prosegua in capo alla massa fallimentare, la sua esecuzione non subisce modificazioni per il fatto che al contraente originario si sia sostituita l'amministrazione fallimentare.

Pertanto, il contraente in bonis non può essere tenuto all'adempimento dell'obbligazione a suo carico se il fallimento non fornisce a sua volta la controprestazione del contraente fallito, né può essere comunque costretto ad accettare in moneta fallimentare il corrispettivo pattuito.

L'art. 72 L.F.: creazione di un MODELLO GENERALE per i rapporti giuridici pendenti.

La mancanza di previsioni a carattere "generale" con riferimento ai rapporti pendenti è stata colmata mediante il nuovo testo dell'art. 72 L.F. che, recependo gli orientamenti prevalenti in dottrina e giurisprudenza, ha fissato un modello generale riferito a tutti i contratti non ancora completamente eseguiti.

Il testo ante Riforma dell'art. 72 L.F. (la compravendita)

L'art. 72 L.F. disponeva, nel caso di un contratto di vendita ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, quale normativa del rapporto pendente:

– per il fallimento del compratore:

a) il venditore ha diritto di compiere la sua prestazione, facendo valere nel passivo del fallimento il suo credito per il prezzo;

b) se invece il venditore non esercita il potere di adempiere, spetta al curatore decidere se sciogliere o meno il contratto stesso: nel frattempo, in attesa della decisione, l'esecuzione rimane sospesa. Il venditore, però, non deve attendere *sine die* la decisione del curatore del fallimento del compratore: egli può infatti "*mettere in mora*" il compratore, chiamandolo davanti il G.D. e facendogli fissare un termine, non superiore a otto giorni, entro il quale il curatore è tenuto a manifestare la propria volontà. Se il contratto si scioglie non sono dovuti interessi moratori al venditore.

– per il fallimento del venditore:

a) se vi è già stato trasferimento di proprietà al compratore, il contratto non si scioglie;

b) se non vi è ancora stato, spetterà al curatore decidere tra lo scioglimento e l'esecuzione (Cass. 29.3.1987, n. 1497, in Fall., 1989, 891 ss). Qualora il curatore decida di eseguire il contratto, assume le stesse obbligazioni del venditore. Il compratore *in bonis* avrà diritto alla consegna del bene.

In caso di scioglimento, il compratore ha diritto a far valere il proprio credito (costituito dal corrispettivo inutilmente versato) nel passivo del fallimento, senza aver diritto ad alcun risarcimento di danno. Se ha già versato degli acconti, questi vanno restituiti (Cass. 2.7.1984, n. 3866, in Fall., 1985, 38; Cass. 13.2.1980, n. 1047, in Giust. civ. mass. 1980).

Il compratore che voglia la restituzione del doppio della caparra versata deve

insinuarsi al passivo del fallimento per la somma complessiva (Trib. Catania, 31.5.1985, in Fall., 1985, 1105).

Il nuovo testo dell'art. 72 L.F. (il modello generale).

L'art. 72 L.F. prevede oggi quale regola per i rapporti pendenti **L'AUTOMATICA SOSPENSIONE DELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO** fino a che il curatore fallimentare non decida se subentrare nel rapporto o sciogliersi dal contratto, opzione che il medesimo può esercitare previa autorizzazione del comitato dei creditori (o del giudice delegato nel caso in cui il comitato non sia stato ancora nominato).

Nessun termine è assegnato al curatore per l'assunzione di tale decisione; tuttavia un termine, non superiore a sessanta giorni, può essere fissato dal giudice delegato su richiesta del contraente in bonis. Decorso inutilmente detto termine il contratto è sciolto.

Il quarto comma dell'art. 72 L.F. prevede che come conseguenza dello scioglimento del contratto il contraente non fallito ha diritto di "*far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento*".

Tali principi sono applicabili in tutti i casi in cui non sia espressamente prevista una diversa disciplina, ossia lo scioglimento automatico del contratto ovvero il subentro del curatore nel rapporto.

Il contratto preliminare. Prima e dopo la riforma.

Dottrina e giurisprudenza sono state fino ad oggi concordi nel ritenere che al contratto preliminare si applichi la disciplina di cui all'ad. 72 L.F. (BONSIGNORI, *Il fallimento*, 430 ss; Cass. 16.5.1990, n. 4270, in *Il fall.*, 1990, 1097 ss; Cass. 16.11.1989, n. 4887, in *Giust. civ. mass.*, 1989), nell'ipotesi cioè di preliminare di vendita non recepito, prima dell'apertura del fallimento, nel definitivo.

Oggi, il nuovo art. 72 L.F. estende la disciplina di cui al primo comma anche al contratto preliminare ("*salvo quanto previsto nell'art. 72 bis*"), il quale rimane quindi **sospeso** fino alla scelta del curatore.

Qui di seguito, in breve, i principali approdi giurisprudenziali già raggiunti prima della Riforma.

Quanto all'operatività del meccanismo di cui all'art. 72 L.F. nell'ipotesi di contratto preliminare azionato dal promittente compratore ai sensi dell'art. 2932 c.c., prima della dichiarazione di fallimento del promittente venditore e con trascrizione della relativa domanda giudiziale, l'orientamento prevalente non riconnette al sopravvenuto fallimento del promittente un automatico effetto di improcedibilità del giudizio stesso, anche se non mancano pronunce difformi (Cass. 5.4.1994, n. 3248, in Giust. civ. mass., 1994 - nel senso opposto Cass. 23.10.1974, n. 3051, in Giust. Civ. mass., 1974).

Il giudizio può quindi proseguire nei confronti del curatore.

Anche in pendenza del giudizio instaurato ex art. 2932 c.c., resta ferma la facoltà di recesso da parte del curatore.

Si ritiene poi (Cass. 23.9.1995, n. 10101 in Il fall., 1996, 249) che l'esercizio del potere attribuito al curatore dall'art. 72 L.F. non sia precluso neanche dalla pendenza, al momento della dichiarazione di fallimento, di un giudizio di risoluzione del contratto preliminare di vendita promosso dall'altro contraente. Il curatore ha però l'onere di "veicolare" la propria volontà di avvalersi del diritto di non subentro nel contratto, nel senso che:

- qualora sia già stata emanata sentenza, il curatore sarebbe tenuto ad impugnarla (Cass. 26.8.1994, n. 7522, in Il Fall., 1995, 711);
- in caso di giudizio *in itinere*, il curatore dovrebbe avanzare un vera e propria eccezione, esternando la propria volontà di sciogliersi dal contratto e determinando in tal modo il rigetto della domanda (Cass. 18.1.1995, n. 518. in Il fall., 1995, 766).

Art. 72 bis L.F. Contratti relativi ad immobili da costruire (non ancora eseguiti, in tutto o in parte, alla dichiarazione di fallimento)

Tale fattispecie, in precedenza non specificamente disciplinata, è oggi contenuta nell'art. 72 bis L.F., introdotto dall'articolo 11 del d.lgs. 20.6.2005 n. 122.

Come previsto in linea generale per la vendita, il primo comma stabilisce che il contratto **non si scioglie nel caso in cui la cosa venduta è già passata in proprietà del compratore.**

Previsione apparentemente di dubbia formulazione o quantomeno collocazione: se l'immobile è infatti passato di proprietà non potrebbe parlarsi di contratto pendente. Tale ipotesi sembra potersi riferire unicamente al caso dell'immobile non ultimato alla data della dichiarazione del

fallimento del costruttore.

In tal caso, ferma l'impossibilità dello scioglimento del contratto, deve ritenersi che all'acquirente dell'immobile non ultimato, ma già divenuto di sua proprietà, non rimanga che agire nei confronti del fallimento per la riduzione del prezzo a fronte del minor valore dell'immobile compravenduto (non potendosi pretendere che il curatore diventi ...costruttore e provveda all'ultimazione dell'immobile).

Il secondo comma della norma contempla il caso del **contratto preliminare relativo ad un immobile ancora da costruire**.

Detto comma ricalca sostanzialmente quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 72 L.F., nel suo testo rimasto invariato, in relazione alla tutela dell'acquirente che sia promissario acquirente di un immobile in forza di un preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c.

Con riferimento al comma 3°, per il combinato disposto degli artt. 1, lett. c) e 3 comma 2 D. Lgs. 20.6.2005 n. 122, lo stato di crisi del costruttore si verifica con:

- 1) la trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto;
- 2) la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa;
- 3) la presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;
- 4) la pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.

Equiparabile alla domanda di concordato va ritenuto il concordato speciale ex art. 4-bis Decreto Marzano, mentre è dubbio se lo siano gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F. e i piani di risanamento ex art. 67, comma 3°, L.F.

L'esecuzione del contratto è sospesa fino alla scelta del curatore tra subingresso nel contratto o scioglimento dello stesso, salvo che l'acquirente abbia nel frattempo escusso la fideiussione dandone comunicazione al curatore: in questo caso il contratto si intende sciolto.

La fideiussione prevista dagli articoli 2 e 3 D. Lgs. 122/2005 (*di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento*

della proprietà", con esclusione delle somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante) può essere escussa dall'acquirente dal momento in cui si verifica la situazione di crisi del costruttore, sino al momento in cui il curatore abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto.

La disposizione non esclude comunque che l'acquirente possa escutere successivamente la garanzia nel caso in cui il curatore, pur avendo comunicato di voler dare esecuzione al contratto, ometta successivamente di consegnare l'immobile finito al compratore.

L'escussione della fideiussione determina automaticamente lo scioglimento del contratto pendente e comporta che al fideiussore si trasferisca in via surrogatoria il privilegio ex art. 2775 bis, comma 1°, c.c.

Laddove l'acquirente, esercitando il diritto di prelazione di cui all'art. 9 D. Lgs. 122/2005 (se l'immobile è stato consegnato all'acquirente, e da questi adibito ad abitazione principale propria o di un parente di primo grado, è riconosciuto all'acquirente medesimo, anche nel caso in cui abbia escusso la fideiussione, il diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto, anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell'art. 584 c.p.c.), acquisti l'immobile ad un prezzo inferiore alle somme incassate dall'escussione della fideiussione, deve restituire la differenza al fideiussore (che, a sua volta, dovrà ridurre la propria insinuazione al passivo).

Art. 72 ter. Effetti sui finanziamenti destinati ad uno specifico affare

L'articolo è stato introdotto dalla Riforma del 2005.

Il finanziamento *de quo* è lo strumento utilizzato dalla s.p.a. e dalla s.a.p.a. per ottenere da uno o più finanziatori le somme necessarie alla realizzazione di uno specifico affare, ossia un particolare progetto d'impresa, la cui redditività verrà poi utilizzata per rimborsare e remunerare il finanziamento stesso (2447-bis comma 1, lettera b), c.c).

Se il contratto di finanziamento non è ancora completamente eseguito, al fallimento consegue lo scioglimento del contratto stesso se il fallimento impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione.

In caso contrario, il curatore può scegliere di subentrare nel contratto, previa autorizzazione del comitato dei creditori, assumendo tutti i relativi obblighi

contrattuali.

In caso di mancato subentro da parte del curatore, il finanziatore può chiedere al giudice delegato di subentrare in proprio o affidando l'operazione a terzi, così assumendo su di sé gli obblighi contrattuali, trattenendo per sé i proventi dell'affare e potendosi insinuare al passivo fallimentare in via chirografaria per l'eventuale residuo credito.

Se il finanziatore non opta per tale ultima soluzione, ha comunque diritto ad insinuarsi al passivo per il suo credito.

Nel caso in cui il fallimento della società, determinando l'impossibilità della realizzazione o della continuazione dell'operazione, comporti lo scioglimento del contratto, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 72 ter L.F. trova applicazione l'art. 2447 decies, comma 6°, c.c. ed il finanziatore può insinuare al passivo il suo credito al netto delle somme di cui ai commi terzo e quarto.

Al di fuori di questa ipotesi il curatore può decidere se subentrare o meno nel contratto e la prosecuzione non potrà che avvenire attraverso l'esercizio provvisorio. In caso di subentro del curatore nel contratto in luogo della società, la procedura assume i relativi oneri.

La norma riguarda il caso del fallimento della società, disciplinato agli articoli 155 e 156 L.F. e non riguarda anche l'insolvenza del patrimonio separato.

L'art. 156 prevede che il curatore del fallimento della società, laddove abbia rilevato l'incapienza del patrimonio destinato, provveda alla sua liquidazione secondo le regole della liquidazione della società in quanto compatibili.

Art. 72 quater. La locazione finanziaria

Nozione.

La giurisprudenza da sempre distingue tra

leasing finanziario tradizionale

una parte (concedente) stipula un contratto (di fornitura) sulla base delle indicazioni di un'altra parte (utilizzatore) con un terzo (fornitore), ed in virtù di tale contratto acquista impianti, materiali o altri beni strumentali alle condizioni approvate dall'utilizzatore e stipula poi un contratto (di leasing) con quest'ultimo attribuendogli il diritto di utilizzare il bene dietro il pagamento di canoni corrispettivi.

leasing c.d. traslativo

il trasferimento della proprietà del bene a favore dell'utilizzatore non è il risultato di una scelta da esercitarsi al termine del contratto ma è il risultato già voluto e previsto dalle parti contraenti quale elemento essenziale del negozio (Cass. Civ. SS.UU. n. 65/1993).

In tale tipologia di leasing, pertanto, i canoni corrisposti dall'utilizzatore hanno la doppia natura di corrispettivo del godimento del bene e di prezzo in previsione del successivo acquisto, rispetto al quale la concessione in godimento assume valore strumentale (Cass. Civ. n. 9417/2001).

Leasing e fallimento: confronto tra la disciplina precedente e successiva alla Riforma.

La riforma del 2005 prevede una disciplina unitaria del contratto di leasing, che prescinde dalla distinzione tra leasing finanziario e leasing traslativa (finora mantenuta dalla giurisprudenza) come qui di seguito sinteticamente riassunto.

DISCIPLINA PRECEDENTE

Fallimento dell'utilizzatore: leasing c.d. traslativo

Da tempo la giurisprudenza ritiene che, in caso di fallimento dell'utilizzatore, l'esecuzione del contratto resta sospesa, in analogia con l'art. 73, comma 1°, L.F., vecchio testo, con il potere del curatore di scegliere fra subentro nel contratto e scioglimento dello stesso.

La prima opzione (subentro) comporta per il concedente il diritto di trattenere i canoni riscossi e di ottenere in prededuzione l'ammontare dei canoni scaduti non riscossi, di quelli scadenti in epoca successiva al fallimento nonché l'eventuale prezzo di opzione.

La giurisprudenza ritiene altresì applicabile analogicamente la disciplina dettata dall'art. 1526 c.c. in tema di vendita con riserva della proprietà in caso di scioglimento del contratto di leasing c.d. traslativo.

Ne deriva che, operando la risoluzione retroattivamente, il concedente può rivendicare il bene concesso in leasing ma deve restituire i canoni già riscossi, salvo il diritto di trattenerne una parte a titolo di equo compenso per

l'uso della cosa da parte dell'utilizzatore e salva la pattuizione che i canoni riscossi rimangano acquisiti al concedente a titolo di indennità in caso di inadempimento dell'utilizzatore.

In caso di scioglimento del contratto, al concedente non compete alcun risarcimento dei danni non essendo equiparabile lo scioglimento deciso dal curatore alla risoluzione per inadempimento.

Fallimento dell'utilizzatore: leasing finanziario

Nel caso di subentro nel contratto da parte del curatore vale per il leasing finanziario quanto già argomentato per il leasing traslativo.

L'elaborazione giurisprudenziale ha portato, nel caso di scioglimento, all'applicazione della disciplina generale prevista per i contratti a prestazione continuata o periodica di cui all'art. 1458, comma 1°. L.F. e quindi a ritenere che lo scioglimento produca effetto ex nunc con la conseguenza che il concedente può rivendicare il bene concesso in leasing e può trattenere i canoni già riscossi.

Non può richiedere l'importo capitalizzato dei canoni non scaduti, salvo che ciò risulti espressamente previsto a titolo di penale per l'inadempimento dell'utilizzatore.

Va escluso, comunque, anche in questo caso, il diritto del concedente al risarcimento dei danni eventualmente patiti.

Fallimento del concedente

Ipotesi ben più infrequente rispetto al fallimento dell'utilizzatore.

L'opinione della dottrina è nel senso che il contratto non si scioglie automaticamente, ma prosegue con il curatore.

Al contrario, la giurisprudenza di legittimità aveva ammesso la possibilità dello scioglimento del leasing c.d. traslativo, pur riconoscendo al curatore fallimentare la facoltà di optare tra subentro e scioglimento ex art. 72 comma 4 L.F. (cfr. Cass. Civ. n. 5552 del 9.4.2003).

Sulla questione è poi intervenuto il Legislatore per cui ai sensi dell'art. 7 d.l. 24.12.2003 n. 354 la dichiarazione di fallimento del concedente non è causa di scioglimento del contratto di leasing ancora pendente, né gli organi della procedura hanno la facoltà di optare per lo scioglimento del contratto, fatto salvo il diritto dell'utilizzatore di pagare alla scadenza il prezzo d'opzione.

DISCIPLINA NUOVA

I primi tre commi del nuovo art. 72 quater disciplinano il caso del fallimento dell'utilizzatore mentre l'ultimo comma l'ipotesi del fallimento del concedente.

Fallimento dell'utilizzatore

L'art. 72 quater richiama la regola generale di cui all'art. 72 L.F. per i contratti pendenti alla data della dichiarazione di fallimento e quindi la regola per il leasing è **la sospensione dell'esecuzione del contratto fino alla scelta da parte del curatore tra subentro nel contratto e lo scioglimento dello stesso.**

In caso di esercizio provvisorio dell'impresa il contratto continua ad avere esecuzione, salvo che il curatore dichiari di volersi sciogliere dal contratto.

Nel caso in cui opti per la prosecuzione del rapporto, il curatore è tenuto a dare piena esecuzione al contratto.

Il secondo comma della norma disciplina gli effetti dello scioglimento a cui consegue il diritto per il concedente alla restituzione del bene e descrive la sorte del credito residuo.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 72 *quater* il concedente che abbia ottenuto la restituzione del bene deve provvedere alla sua vendita o ad altra allocazione soddisfacendo con il ricavato il proprio residuo credito per capitale.

L'eventuale differenza fra la maggior somma ricavata dalla vendita o dall'altra collocazione del bene ed il credito residuo dovrà essere restituita alla curatela mentre, in caso di ricavato insufficiente, il concedente avrà diritto di insinuare al passivo del fallimento il proprio credito.

Tale disciplina del credito residuo recepisce una prassi diffusa in giurisprudenza ed attua una sorta di garanzia atipica sul bene attribuendo al concedente il potere di disporre del bene concesso in leasing e di trattenere il ricavato fino al soddisfacimento del proprio credito.

L'art. 72 quater non disciplina espressamente la sorte dei canoni già corrisposti al momento della dichiarazione di fallimento, che è connessa alla natura giuridica attribuibile al leasing.

Sul tema il Legislatore sembra aver adottato un approccio opposto rispetto alla giurisprudenza finora pronunciata sul punto, la quale, da sempre, non

assimila il leasing ad un contratto di locazione bensì ad un contratto di scambio e di durata. La norma parla infatti di "credito residuo" con riferimento alla somma capitale che l'utilizzatore deve ancora versare, peraltro escludendone la revocabilità in forza dell'esenzione prevista dall'art. 67, comma 3°, lettera a) L.F., che si riferisce ai "*pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso*".

Tale opzione legislativa, peraltro, privando il contratto di leasing della sua causa principale consistente nello "scambio", posto che la prestazione del concedente si sarebbe esaurita con la dazione del bene, avrebbe la conseguenza che il leasing così inteso non potrebbe essere considerato propriamente un contratto pendente e l'intervenuto fallimento avrebbe nei confronti del concedente il solo effetto, appunto, di far sorgere nei suoi confronti un diritto di credito.

Da quanto precede consegue la futura completa inapplicabilità dell'art. 1526 c.c. nell'ipotesi di scioglimento del rapporto in favore dell'applicabilità al contratto in esame (assimilabile, nell'interpretazione desumibile dal testo dell'articolo introdotto

dalla Riforma, alla locazione), della disciplina dell'art. 1458 c.c. (secondo cui nei contratti ad esecuzione continuata o periodica l'effetto retroattivo della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite), **con la conseguenza che il concedente ha diritto di trattenere quanto riscosso per le rate scadute.**

Fallimento del concedente

L'ipotesi è disciplinata in conformità a quanto disposto dall'art. 7 del D.L. 24.12.2003 n. 354, con la sola differenza che è stato omissis l'inciso per cui la dichiarazione di fallimento non "*consente agli organi della procedura di optare per lo scioglimento dei contratti stessi*".

Il fallimento escluderebbe pertanto solo lo scioglimento automatico del contratto ma non la facoltà di opzione del curatore in tal senso.

Tale lettura si porrebbe però in contrasto con l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 73, comma 2°, L.F., che dispone che il fallimento del venditore, in caso di vendita a rate con patto di riservato dominio, non scioglie il contratto.

Art. 80 bis. Il contratto di affitto d'azienda

Secondo l'orientamento finora prevalente in dottrina e nella giurisprudenza di

legittimità, il contratto d'affitto d'azienda è sostanzialmente parificato alla locazione di immobili, con conseguente applicazione della disciplina dettata dall'art. 80 L.F. che prevede, nell'ancora attuale formulazione della norma, il subentro automatico del curatore nel contratto (cfr. Cass. Civ. 28.4.1993 n. 5012).

Soluzione problematica dato che, secondo voci giurisprudenziali contrarie non isolate, l'automatica prosecuzione del contratto determinerebbe un'inammissibile ipotesi di esercizio provvisorio dell'impresa, non autorizzato dal tribunale né votato dal comitato dei creditori, che peraltro costringerebbe il curatore che volesse rientrare in possesso dell'azienda locata ad esercitare l'azione revocatoria.

Secondo tale impostazione sarebbe invece applicabile all'affitto d'azienda la disciplina della vendita con conseguente sospensione del contratto (cfr. Trib. Monza 27.1.1998, Trib. Genova 2.7.1998 e Trib. Parma 31.5.1997).

Non condivisibile, invece, in assenza di esplicita disposizione in tal senso, l'opinione di coloro che ritengono che il contratto si sciogla automaticamente.

Problema principale connesso all'applicabilità dell'art. 80 L.F. è quello per cui il curatore si verrebbe a trovare nella medesima condizione del concedente e quindi, per esempio, su di lui graverebbe la responsabilità solidale nei confronti di alcuni creditori, come i lavoratori ai sensi dell'art. 2112 c.c. (problema risolto, come vedremo più oltre, dal nuovo art. 104 bis L.F.)

Il nuovo testo dell'art. 84 L.F. risolve i problemi interpretativi di cui sopra s'è fatto cenno.

Secondo il nuovo testo art. 80 bis L.F. **il fallimento NON è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, il quale pertanto prosegue, a prescindere da quale parte fallisca.**

Entrambe le parti possono però recedere, entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte non un giusto compenso (somma destinata a compensare, oltre che le perdite anche il guadagno che si sarebbe conseguito se il contratto fosse andato a buon fine) ma di un **equo indennizzo** (somma quindi limitata ai soli costi ed alle spese sostenute).

Tale indennizzo è determinato, nel dissenso delle parti, dal giudice delegato sentiti gli interessati e la sua corresponsione è regolata dall'articolo 111 L.F., e quindi è da corrispondersi in prededuzione.

Di fondamentale importanza è, con riferimento all'affitto d'azienda in corso alla data della dichiarazione del fallimento, la disposizione di cui all'ultimo

comma dell'art. **104 bis L.F.** secondo cui, letteralmente "*La retrocessione al fallimento di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati siano alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile.*

Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla Sezione IV Capo 111 del Titolo 11".

Con l'entrata in vigore del nuovo testo della Legge Fallimentare (16.7.2006) pertanto, verrà eliminato alla radice il problema, sopra accennato, del passaggio in capo al curatore (rectius alla procedura) della responsabilità solidale nei confronti dei lavoratori e dei debiti relativi all'azienda ceduta, ed alla retrocessione dell'azienda, in definitiva, consegnerà per il curatore il semplice rientro in possesso della stessa e dei beni che la costituiscono.

Le altre modifiche introdotte dalla Riforma con riferimento agli altri rapporti giuridici pendenti

Per completare il quadro delle modifiche apportate dalla Riforma delle procedure concorsuali, qui di seguito sono segnalate le sole variazioni intervenute con riferimento agli altri contratti c.d. pendenti:

art. 73 L.F.: vendita a termine o a rate

La facoltà di subentro nel contratto da parte del curatore è oggi subordinata all'autorizzazione del comitato dei creditori e non più a quella del giudice delegato (in esecuzione del più ampio disegno riformistico teso a conferire una maggiore e ben più incisiva partecipazione all'attività concorsuale da parte del detto comitato).

art. 74 L.F.: contratto di somministrazione

Dopo il richiamo alla disciplina generale di cui al nuovo testo dell'art. 72 L.F., il secondo comma della norma precisa che in caso di subentro da parte del curatore nei contratti, egli sarà tenuto a corrispondere integralmente il prezzo delle consegne già avvenute ovvero dei **servizi già erogati**.

art. 76 L.F.: contratto di borsa a termine

La Riforma ha innovato anche con riferimento a tale tipo di contratto, stabilendo che il medesimo, laddove scaduto dopo la dichiarazione di

fallimento di uno dei contraenti, non è risolto (*effetto ex tunc*) bensì si **scioglie** (*effetto ex nunc*).

art. 77 L.F.: associazione in partecipazione

L'innovazione è una precisazione terminologica.

L'effetto dello scioglimento del contratto resta automatico in caso di fallimento dell'associante, fermo sempre restando il diritto per l'associato a far valere nel passivo il credito relativo ai conferimenti non assorbiti dalle perdite a suo carico. **L'associato** stesso è tenuto al versamento della parte ancora dovuta nei limiti delle perdite che sono a suo carico.

art. 78 L.F.: conto corrente, mandato, commissione

Dei tre tipi contrattuali indicati nella rubrica, interessati dalla modifica della Riforma sono il **conto corrente** ed il **mandato**.

Del primo si specifica che lo scioglimento automatico riguarda anche i conto corrente **bancario**.

Quanto al mutuo, il secondo comma della norma in parola specifica invece oggi che l'effetto dello **scioglimento automatico** si produce con riferimento al mandato solo **nel caso del fallimento del mandatario**.

Nel caso del fallimento del mandante, al contrario, può esservi il subentro del curatore: tale ipotesi si verifica già nei casi di mandato conferito nell'interesse del mandatario o dei terzi (*in rem propriam*) (cfr. Trib. Milano 15.12.1986), di cui al nuovo testo dell'art. 78, comma 3, L.F..

Tale contratto quindi prosegue, salva la facoltà del curatore di chiedere la revoca per giusta causa quando la persistenza del rapporto si ponga in contrasto con i fini del fallimento (cfr. Cass. Civ. 20.8.1993 n. 8806 che ha ravvisato il contrasto nella presenza di un mandato per l'incasso di crediti che perseguiva la finalità di estinzione di debiti verso il mandatario, non attraverso il trasferimento della titolarità dei crediti stessi attuabile in modo diretto bensì in modo indiretto, attraverso la compensazione di questi con il debito del mandatario avente ad oggetto il versamento delle somme incassate).

In caso di subentro da parte del curatore, il credito del mandatario é regolato dall'art. 111 n. 1 per l'attività compiuta dal medesimo dopo la dichiarazione del fallimento, la quale andrà pertanto soddisfatta in prededuzione.

art. 79 L.F.: possesso del fallito a titolo precario

Due sono le precisazioni contenute nella riformulazione della norma.

Essa conferma dapprima il diritto ad insinuare al passivo il valore del bene, alla data della sentenza dichiarativa, da parte dell'avente diritto, se il bene stesso non è più in possesso del fallito **dal giorno della dichiarazione di fallimento** (non più "il" giorno della dichiarazione di fallimento) ed il curatore non può riprenderle.

Quindi, la norma introduce il **pagamento in prededuzione, ai sensi dell'art. 111 n. 1 L.F.**, dell'integrale valore del bene se il possesso dello stesso è cessato dopo l'apposizione dei sigilli.

art. 80 L.F.: contratto di locazione di immobili

E' confermato, con riferimento a tale fattispecie, che il fallimento del locatore non determina lo scioglimento del contratto ma il subentro del curatore nello stesso. Nel caso, di cui al secondo comma, del fallimento del conduttore, la facoltà di recesso è però subordinata nel testo della nuova legge al pagamento di un **equo indennizzo anziché di un giusto compenso**.

La somma che quindi verrà corrisposta in caso di recesso, non più "giusta" ma "equa", sarà quindi finalizzata a compensare non il mancato guadagno che sarebbe derivato dalla prosecuzione del rapporto ma solo le perdite derivanti al locatore dal recesso esercitato dal curatore.

art. 81 L.F.: contratto di appalto

Mentre nel vigore dell'attuale normativa lo scioglimento è previsto come regola, a meno che il curatore (sentito il comitato dei creditori ed autorizzato dal giudice delegato) non dichiari di voler subentrare nel rapporto nel termine di venti giorni, dandone comunicazione all'altra parte e offrendo idonee garanzie, secondo il nuovo testo della norma il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti se il curatore, **previa autorizzazione del comitato dei creditori**, non dichiara di voler subentrare nel rapporto nel nuovo termine di **sessanta giorni** dalla data della dichiarazione di fallimento.

Quanto al fallimento dell'appaltatore, la prosecuzione del rapporto non era in nessun caso consentita, fino ad oggi, quando "la considerazione della sua persona è stato un motivo determinante del contratto".

Nella nuova formulazione della norma, invece, la possibilità di prosecuzione del rapporto sussiste anche nel caso ora accennato, posto che lo scioglimento del rapporto avviene *se "la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto"*, **salvo che il committente consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto.**

art. 83 bis L.F.: clausola arbitrale

La norma è una delle poche che non presenta problemi di lettura o interpretazione. L'introduzione della stessa comporta **l'automatico scioglimento del contratto contenente una clausola compromissoria.**

Ne consegue che non solo non potrà essere proposto un arbitrato in virtù di tale contratto ma anche che **l'eventuale arbitrato già pendente al momento del fallimento NON potrà essere proseguito.**

Vendendo meno la possibilità dell'applicazione della clausola compromissoria contenuta in un contratto pendente, **la competenza a pronunciarsi su qualsiasi controversia inerente allo stesso risulta esclusivamente fissata in capo all'Autorità Giudiziaria Ordinaria.**