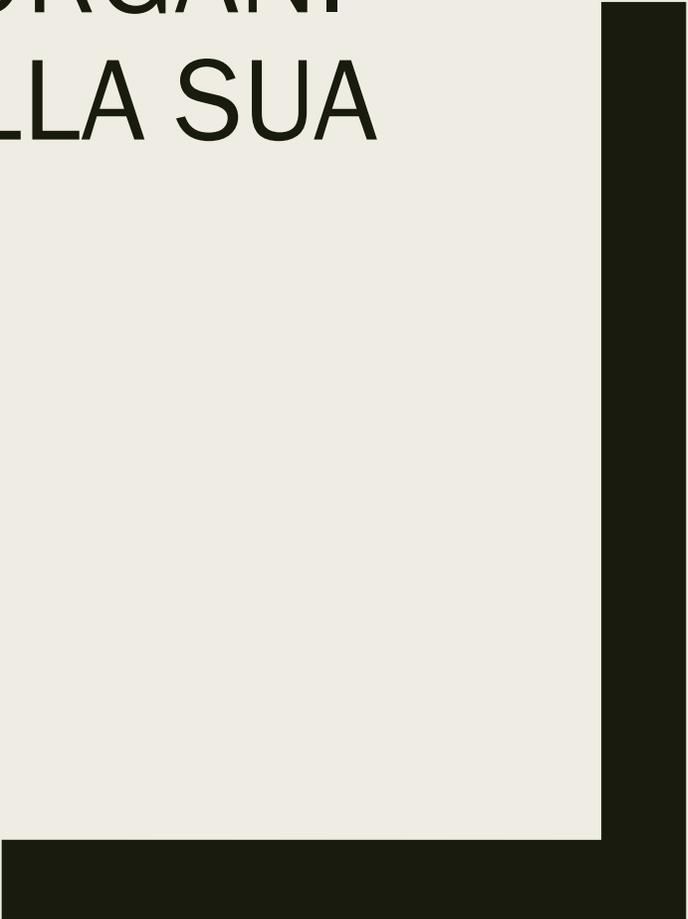




IL RAPPORTO TRA GLI ORGANI DELLA PROCEDURA NELLA SUA GESTIONE

CESPEC

28 aprile 2020



Premessa

- Nella disciplina precedente la riforma del 2006 era il giudice delegato a gestire il fallimento, tramite il curatore. Con la riforma del 2006 il legislatore ha concentrato la gestione sul curatore (artt. 27-39 LF) ed il comitato dei creditori (artt. 40 e 41 LF). Al giudice delegato sono attribuiti essenzialmente compiti di vigilanza e controllo sull'operato di entrambi gli organi.
- Al curatore è attribuita la funzione dell'amministrazione e la gestione del rapporto fallimentare, dall'acquisizione, alla gestione fino alla liquidazione, sotto il controllo del giudice delegato e del curatore nell'ambito delle rispettive funzioni (art. 31 F).
- E' quindi il curatore che compie gli atti di amministrazione del patrimonio fallimentare, anche quelli di natura straordinaria (art. 35) e soprattutto programma ed esegue l'attività di liquidazione (art. 104 ter)

LA GESTIONE ED IL CONTROLLO DEL COMITATO DEI CREDITORI

Il comitato dei creditori ha poteri di iniziativa (reclamo avverso i decreti del giudice delegato), ha poteri ispettivi (art. 41 LF), svolge funzioni consultive, mediante pareri che possono essere facoltativi, obbligatori o vincolanti.

La partecipazione alla gestione, e il relativo controllo, avviene soprattutto attraverso le autorizzazioni.

In particolare:

approvazione e all'autorizzazione dell nomina di coadiutori, tecnici o altre persone retribuite (art. 32 L.F.);

- investimento delle somme riscosse in strumenti diversi dal conto corrente (art. 34 L.F.);
- compimento degli atti di straordinaria amministrazione e di una serie di atti tassativamente indicati: riduzioni di crediti, transazioni, compromessi, rinunzie alle liti, riconoscizioni di diritti di terzi, cancellazione di ipoteche, restituzione di pegni, svicolo di cauzioni, l'accettazione di eredità o donazioni (art. 35 L.F.);

LA GESTIONE ED IL CONTROLLO DEL COMITATO DEI CREDITORI

- proposizione dell'azione di responsabilità contro il curatore revocato (art. 38 L.F., in concorrenza con il Giudice Delegato);
- rinuncia all'acquisizione dei beni che pervengono al fallito durante il fallimento (art. 42 L.F.) e derelizione dopo l'acquisizione (art. 104 ter);
- approvazione del programma di liquidazione (art. 104 ter);
- pagamento di crediti prededucibili non contestati (in concorrenza con il Giudice Delegato, art. 111-bis L.F.);
- subentro nel contratto ad esecuzione sospesa in luogo del fallito, oppure scioglimento dal medesimo contratto (art. 72 L.F.)
- subentro nel contratto di vendita a termine o a rate, se il prezzo deve essere ancora pagato al momento del fallimento (art. 73 L.F.);
- subentro nel contratto di appalto (art. 81 L.F.).

IL RUOLO DEL GIUDICE DELEGATO

Il giudice delegato ha un ruolo di controllo nella gestione, che in alcuni casi diviene una vera e propria ingerenza.

Al giudice delegato sono infatti richieste le seguenti autorizzazioni:

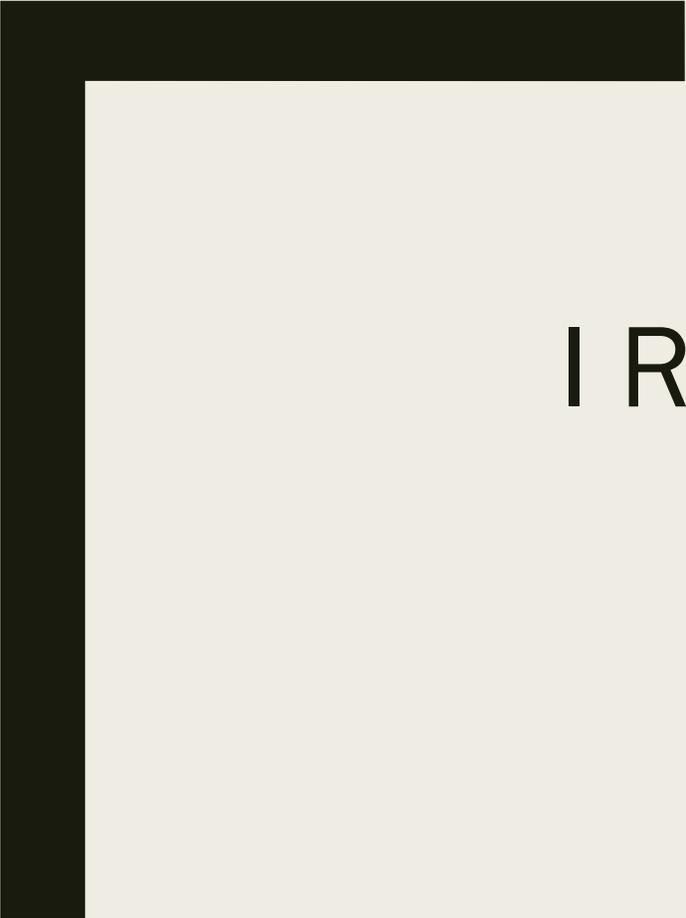
- la costituzione in giudizio in qualità di attore o di convenuto (art. 25 n. 6 L.F.), anche con riferimento all'azione di responsabilità nei confronti di uno o più componenti del Comitato dei creditori (art. 41, co. 8, L.F.);
- l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104, co. 2, L.F.);
- l'affitto dell'azienda (art. art. 104 bis L.F.);
- l'affidamento ad altri professionisti di alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo (art. 104 ter, co. 3, L.F.);
- in generale il compimento dei singoli atti di esecuzione del programma di liquidazione approvato dal comitato

IL RUOLO DEL GIUDICE DELEGATO

Il giudice delegato ha un ruolo di controllo di sostituzione del comitato dei creditori ai sensi dell'art. 41 comma 4 LF:

In caso di inerzia, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato

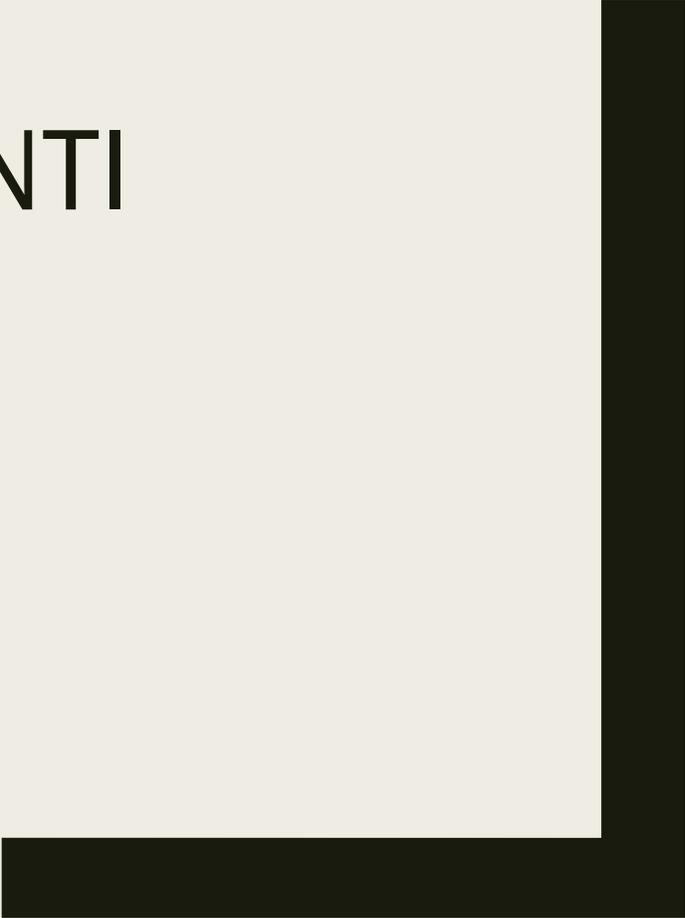
In questo caso i suoi atti sono considerati alla stregua di quelli del comitato, prevalendo il profilo funzionale del potere esercitato su quello soggettivo



I RAPPORTI PENDENTI

CESPEC

28 aprile 2020



INQUADRAMENTO NORMATIVO

- Tra gli effetti del fallimento, la legge fallimentare disciplina, nella Sezione IV del Capo III del Titolo II (profondamente innovata dalle riforme post 2005), gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti, che siano “pendenti” al momento della dichiarazione di fallimento.
- **La disciplina dei rapporti pendenti, però, è contenuta non solo negli artt. da 72 a 83 bis di cui è composta la sezione in esame, ma anche in altre disposizioni della legge fallimentare** (come l’art. 60 che disciplina la rendita perpetua e la rendita vitalizia), **in altre disposizioni del codice civile** (come quelle relative allo scioglimento delle società di persone – artt. 2308 e 2323 o del singolo rapporto sociale –art. 2288- o quelle relative al rapporto di lavoro -art. 2119) **e in numerose leggi speciali** (come ad esempio la cessione dei crediti di impresa -art. 7 l. 21 febbraio 1991, n. 52-, il fallimento dell’editore per il diritto di autore - art. 135, l. 22 aprile 1941, n. 633-, il fallimento dell’appaltatore di opera pubblica – art. 110 D.Lgs. n. 50/16-, il rent to buy –art. 23 D.L. 133/14- il leasing immobiliare abitativo).
- **La prevalenza della disposizioni contenute in leggi speciali (anche precedenti la modifica degli art. 72 e ss della legge fallimentare) rispetto alla disciplina generale** contenuta in tali articoli è affermata in modo ormai univoco ed è ribadita dall’art. 172 CCI

QUALI SONO I RAPPORTI PENDENTI AI FINI DELL'APPLICAZIONE DI TALE DISCIPLINA?

Nella legge fallimentare (art. 72, art. 104, art. 169-bis) si parla di rapporti pendenti, rapporti giuridici preesistenti, contratti pendenti, contratti in corso, contratti in corso di esecuzione. La definizione più rappresentativa è quella di contratti pendenti.

Si deve trattare infatti di rapporti contrattuali:

1. **bilaterali a prestazioni corrispettive;**
2. **inerenti a rapporti giuridici di diritto patrimoniale compresi nel fallimento** (non lo sono i contratti aventi ad oggetto beni non compresi nel fallimento e di cui il fallito conserva la piena disponibilità: v. art. 46 LF);
3. **preesistenti**, ovvero stipulati prima della dichiarazione di fallimento, ed opponibili al fallimento stesso (devono aver data certa anteriore al fallimento ove risultino da scrittura privata o essere trascritti prima della sentenza dichiarativa di fallimento ove riguardino diritti reali immobiliari); in caso contrario trova applicazione l'art. 45 LF e quindi il curatore, se ritiene che corrisponda agli interessi della procedura, può disconoscere il rapporto in quanto non opponibile;
4. **non eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambi i contraenti** (l'esecuzione rilevante a questi fini, secondo l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, è quella relativa alle obbligazioni principali derivanti dal contratto, come confermato dall'art. 172 CCI): qualora, infatti, una delle parti avesse totalmente adempiuto alla propria obbligazione principale, residuerebbe o la prestazione a favore del fallito, che andrebbe adempiuta nei confronti della procedura, oppure la prestazione dovuta dal fallito, la quale, ai sensi dell'[art. 52 LF](#), andrebbe invece collocata al passivo della procedura nelle forme dell'insinuazione del credito o della domanda di rivendicazione o restituzione ex [art. 103 LF](#).

SORTE DEI CONTRATTI PENDENTI

- Il trattamento riservato ai rapporti pendenti dalla disciplina richiamata consente di individuare tre categorie:
 - A. rapporti che subiscono all'atto della dichiarazione di fallimento, una temporanea sospensione, in attesa della scelta di subentro, ovvero di scioglimento del curatore;
 - B. rapporti che si sciolgono automaticamente per effetto della dichiarazione di fallimento;
 - C. rapporti che proseguono *ope legis* con la massa dei creditori.
- **La regola generale è quella sub A)**, dettata dall'art. 72 LF (confermata dall'art. 172 CCI): *“i rapporti pendenti sono sospesi fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto”*.
- **Le disposizioni speciali contenute nella legge fallimentare (art. 72 bis e ss) e nelle leggi speciali prevedono quindi ipotesi eccezionali di prosecuzione o scioglimento *ope legis* dei rapporti contrattuali.**
- **Così, ad esempio, si sciolgono automaticamente:** i finanziamenti destinati ad uno specifico affare (art. 72 ter), il contratto di borsa (art. 76 LF), il contratto di associazione in partecipazione (art. 77 LF), il contratto di conto corrente e somministrazione (art. 78), il contratto di mandato in caso di fallimento del mandatario (art. 78)

SORTE DEI CONTRATTI PENDENTI

- **Proseguono automaticamente:** i contratti di leasing in caso di fallimento o liquidazione coatta amministrativa della società concedente (art. 72 quater), la vendita con riserva di proprietà in caso di fallimento del venditore (art. 73), il contratto di affitto di azienda (art. 79), il contratto di locazione (art. 80), il contratto di appalto (art. 81), il contratto di assicurazione (art. 82).
- Invece, l'eccezione prevista per i contratti ad effetti reali dall'art. 72 in realtà è una conferma della definizione di rapporti pendenti (con l'effetto traslativo si realizza sempre l'esecuzione della prestazione principale di uno dei contraenti).
- **La natura eccezionale di questi di gruppi di previsioni dovrebbe giustificare la conclusione che tutti i contratti non considerati dalle disposizioni speciali, anche quelli atipici, sono soggetti alla regola generale della sospensione di cui all'art. 72 LF.**
- **Tuttavia,** la dottrina e la giurisprudenza di merito in più occasioni hanno affermato la **possibilità di un'interpretazione estensiva delle disposizioni speciali:** così, ad esempio, si è affermata l'applicabilità dell'art. 80 (locazione immobiliare) alle locazioni mobiliari o al contratto bancario di cassetta di sicurezza, dell'art. 81 (appalto) al contratto di trasporto, di noleggio e di opera, dell'art. 78 (mandato) alla spedizione e alla delegazione, dell'art. 78 (conto corrente) all'anticipazione bancaria o all'apertura di credito. Di recente, però, la Corte di Cassazione ha posto l'accento sui rischi e le difficoltà di tale interpretazione estensiva (negando espressamente che l'art. 80 possa applicarsi alle locazioni di beni mobili, anche registrati: v. Cass. n. 28962/18)

SORTE DEI CONTRATTI PENDENTI

- **La regola generale della sospensione si inverte nel caso in cui sia disposto l'esercizio provvisorio:** l'art. 104 comma 7 LF (così come l'art. 211 CCI) prevede che "durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli (art. 104 comma 7). Qualora l'esercizio provvisorio sia disposto in un secondo momento dal giudice delegato, la regola della prosecuzione automatica come si applica ai contratti che si sono sciolti automaticamente al momento della dichiarazione di fallimento? L'unica possibilità è quella di considerare questo scioglimento automatico sottoposto alla condizione risolutiva dell'autorizzazione all'esercizio provvisorio ma si scontra con la tutela dell'affidamento del contraente *in bonis*.
- **La regola della sospensione si applica invece in caso di liquidazione coatta amministrativa,** in forza del richiamo contenuto nell'[art. 201](#) LF, con effetto a far data dal provvedimento che dispone la liquidazione e sostituiti nei poteri del tribunale e del giudice delegato l'autorità amministrativa che vigila sulla liquidazione, nei poteri del curatore il commissario liquidatore e in quelli del comitato dei creditori il comitato di sorveglianza.
- **La regola si inverte di nuovo per l'amministrazione straordinaria,** poiché l'art. [50 D. Lgs. n. 270/1999](#) prevede l'automatica prosecuzione di tutti i contratti, salva la decisione di sciogliersi spettante al commissario straordinario, con l'eccezione dei rapporti di lavoro subordinato e di locazione di immobili se ad essere sottoposto ad amministrazione straordinaria è il locatore).
- **La regola si inverte anche per il concordato preventivo,** secondo la disciplina contenuta nell'art. 169 bis LF: la regola è quella della prosecuzione dei rapporti, salva la sospensione o lo scioglimento autorizzati dal tribunale su istanza del debitore, fatta eccezione per i rapporti di lavoro subordinato nonché per i contratti di cui agli articoli 72, comma 8, [72-ter](#) e [80, comma 1](#), LF.

INDEROGABILITA' DELLA DISCIPLINA

- La disciplina contenuta negli artt. 72 e ss LF ha carattere imperativo e quindi non può essere derogata dalle parti.
- Per questo motivo la scelta del curatore fra il subentro e lo scioglimento non può essere pregiudicata da clausole contrattuali che prevedano la risoluzione in caso di fallimento di una o di entrambe le parti.
- Tali clausole, infatti, sono inefficaci ai sensi dell'art. 72, comma 6, LF («*sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento*»), confermato nei contenuti dall'art. 172 CCI.
- Pur essendo la norma concentrata sull'effetto e non sulla causa, si ritiene che l'inefficacia sia una conseguenza della nullità della clausola, con la precisazione però che non trovano applicazione le norme sulla nullità parziale (art. 1419 comma 1 cc).

LA REGOLA GENERALE DELLA SOSPENSIONE NEL FALLIMENTO

- La regola generale della sospensione nel fallimento comporta che inizialmente l'esecuzione dei contratti rimane sospesa ed il curatore può rimanere inerte al fine di compiere le più opportune valutazioni sulle sorti del contratto, nell'ottica della migliore realizzazione possibile dell'attivo.
- La sospensione è quindi un effetto automatico ma provvisorio.
- L'esercizio della facoltà di scelta, che può avvenire in qualsiasi momento, è rimessa solo al curatore, al quale non può sostituirsi il contraente *in bonis*. L'esercizio della facoltà di scelta è rimessa solo al curatore nell'esclusivo interesse della procedura fintantoché il fallimento è aperto.
- E' opportuno che il curatore valuti tempestivamente l'esercizio della facoltà di scioglimento, soprattutto nell'ipotesi in cui allo scioglimento segua la restituzione di beni (si pensi al preliminare in caso di fallimento del promissario acquirente), poiché può esporre la procedura a pretese patrimoniali del contraente *in bonis*, che possono essere fatte valere in prededuzione ove il relativo fatto genetico si verifichi in corso di procedura
- A tutela del contraente *in bonis*, peraltro, il legislatore ha previsto il meccanismo di messa in mora di cui al secondo comma dell'art. 72 LF :*"il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto"*. Chi non si avvalga di tale disposizione non può dolersi del tempo che intercorre tra la dichiarazione di fallimento ed il momento in cui il curatore si avvale della facoltà di scelta concessagli dalla legge.

LA FORMA E I PRESUPPOSTI DELLA SCELTA DEL CURATORE

- L'art. 72 prevede che la scelta del curatore sia autorizzata dal comitato dei creditori.
- L'analisi letterale della disposizione rivela che la necessità della **autorizzazione da parte del comitato dei creditori** (o da parte del giudice delegato in caso di impossibilità di costituzione, impossibilità di funzionamento, inerzia o urgenza ai sensi dell'art. 41 comma 4 LF) **è prevista espressamente solo per l'efficacia della dichiarazione del curatore di subentrare nel contratto e non anche per lo scioglimento.**
- Si evidenzia a sostegno del carattere inequivoco della scelta legislativa che:
 - a) solo il subentro è un atto effettivo di disposizione del patrimonio fallimentare, implicante l'assunzione di tutti gli obblighi propri del contratto ed incidente sulle risorse destinate alla soddisfazione di creditori;
 - b) l'art. 72 LF consente lo scioglimento del contratto all'esito della messa in mora provocata dal contraente in bonis, senza che sia prevista alcuna autorizzazione per la scelta del curatore.
- **Secondo un parte della dottrina, però, l'autorizzazione del comitato dei creditori sarebbe necessaria anche per la scelta dello scioglimento,** implicando la rinuncia a possibili vantaggi economici (e quindi al pari di tutte le rinunce e degli atti abdicativi del curatore).
- **La scelta del curatore riguardo ai rapporti pendenti non sembra rientrare tra i contenuti del programma di liquidazione definiti dall'art. 104 ter LF (ed anche dall'art. 212 CCI).** Se però si fa rientrare la scelta in esame tra le decisioni liquidatorie in senso lato dovrebbe rientrarvi (anche se si tratti della scelta dello scioglimento). In fondo, come evidenziato dalla dottrina, i rapporti contrattuali sono «porzioni» del patrimonio del fallito

LA FORMA E I PRESUPPOSTI DELLA SCELTA DEL CURATORE

- Quanto alla forma della scelta del curatore, si rinviene una massima ricorrente della giurisprudenza, secondo cui *“l'esercizio da parte del curatore della facoltà di scelta tra lo scioglimento o il subingresso nel contratto preliminare di vendita pendente, ai sensi dell'art. 72 legge fall. (nel testo, vigente "ratione temporis", anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 5 del 2006), può anche essere tacito, ovvero espresso per fatti concludenti, non essendo necessario un negozio formale, né un atto di straordinaria amministrazione e dunque non ricorrendo la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato, trattandosi di una prerogativa discrezionale del curatore”* (v. Cass 20215/19).
- In realtà l'autorizzazione del GD (prima della riforma) e del comitato dei creditori (ora) è richiesta quanto meno per la scelta del subentro. Pertanto, **la relativa mancanza potrà giustificare la proposizione, da parte di qualsiasi soggetto interessato, del reclamo ex art. 36 L.F. contro l'atto del curatore da cui risulti la manifestazione della volontà di subentro**, con l'ulteriore precisazione che, ove sia decorso il relativo termine, il vizio (come in tutte le altre ipotesi di mancanza di autorizzazioni necessarie che integrano i poteri e quindi la legittimazione ad agire del curatore) *“importa non già la nullità dei negozi posti in essere, ma la loro annullabilità, che può essere fatta valere solo dal fallimento, ai sensi dell'art. 1441 cod. civ.”* (Cass. n. 13242/15)
- **La scelta del curatore deve essere ovviamente indirizzata da una valutazione comparativa delle conseguenze economiche del subentro o dello scioglimento**, tenendo presente comunque che la scelta del subentro rimane eccezionale, mentre lo scioglimento del contratto continua a costituire la soluzione che rispecchia le reali esigenze liquidatorie dei rapporti in corso.

LE CONSEGUENZE DELLA SCELTA DEL CURATORE

- La manifestazione della volontà di sciogliersi o subentrare nel contratto risponde all'esercizio di un diritto potestativo sostanziale.
- In caso di scioglimento del contratto, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno.
- Del resto, l'apertura della procedura fallimentare determina una sopravvenienza nella fase esecutiva del contratto non riconducibile ad una patologia del sinallagma contrattuale (art. 1453 ss. c.c.), ma è disciplinata nelle norme fallimentari sui rapporti pendenti, che trovano il punto di collegamento con la disciplina generale del contratto nell'art. 1374 c.c. e, per quanto riguarda il potere di scioglimento del curatore, l'art. 1372 c.c.
- **Ciò non significa che sia irrilevante l'inadempimento del fallito maturato prima della dichiarazione di fallimento.** Infatti, qualora il contratto fosse stato inadempito dal fallito prima della dichiarazione di fallimento ed il contraente *in bonis*, sempre prima dell'apertura della procedura, avesse agito giudizialmente per la risoluzione, tale azione «*spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda*». Se però «*il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V*», ossia deve insinuarsi al passivo della procedura (art. 72, comma 5, l. fall.), potendo proseguire l'azione nelle sedi ordinarie solo qualora gli effetti della risoluzione non debbano in alcun modo essere fatti valere nei confronti del fallimento.
- Quindi la domanda di risoluzione proposta prima della dichiarazione di fallimento diviene improcedibile in sede ordinaria se finalizzata a conseguire effetti restitutori (v. Cass. n. 2990/20), mentre rimane procedibile se finalizzata a conseguire solo effetti liberatori.

LE CONSEGUENZE DELLA SCELTA DEL CURATORE

- Nel caso in cui il curatore opti per il subentro, assume tutti gli obblighi derivanti dal contratto, con la precisazione che **di regola i crediti del contraente *in bonis* possono beneficiare della prededuzione ex art. 111 LF solo se maturati in corso di procedura** (questa conclusione implicita nell'attuale formulazione dell'art. 72 è stata esplicitata dall'art. 172 CCI).
- Questa regola subisce un'eccezione con riferimento **ai contratti ad esecuzione periodica o continuata in base al disposto dell'art. 74**, il cui terreno elettivo di applicazione è quello della somministrazione: in tal caso il credito del somministrante anche se relativo a prestazioni eseguite (e quindi maturato) prima della dichiarazione di fallimento deve essere soddisfatto integralmente (e quindi in prededuzione). La scelta normativa trova giustificazione nella causa di tali contratti e nell'inscindibilità dell'interesse del creditore, ma è destinata ad essere superata con l'art. 179 CCI, che limita la prededuzione ai crediti per prestazioni eseguite dopo l'apertura della procedura concorsuale.