

**CONTRATTI DI CARATTERE PERSONALE
E PROCEDURA LIQUIDATORIA:
RIFLESSIONI A MARGINE DELL'ART. 175 C.C.I.**

ALBERTO VILLA
*Professore associato
nell'Università di Milano-Bicocca*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Contratti di carattere personale e fallimento. –
3. I presupposti applicativi del nuovo art. 175 c.c.i. – 4. La disciplina.

1. – Le procedure concorsuali postulano, per definizione, il confronto con situazioni *dinamiche*. Il quadro fattuale su cui esse incidono è, invero, in costante sviluppo, privo della “staticità dei singoli oggetti che usualmente, nell’azione esecutiva ordinaria, vengono colpiti dal pignoramento”¹. Diventa quindi rilevante considerare, *inter alia*, anche la categoria dei rapporti giuridici pendenti, e dunque, basilariamente, dei contratti che risultano ineseguiti, in tutto o in parte, al momento dell’apertura della procedura.

La recente – ma ancora “aperta” rispetto agli esiti² – rivoluzione normativa intervenuta in relazione alla regolamentazione della crisi d’impresa e dell’insolvenza, concretatasi come noto nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14³, contiene, all’art. 175, una specifica disciplina dedicata ai contratti c.d. *intuitu personae*, connotati dalle caratteristiche soggettive di (almeno) uno dei contraenti. Il comma 2 della norma così definisce i rapporti in questione: “I contratti sono di carattere personale quando la considerazione della qualità soggettiva della parte [...] è stata motivo determinante del consenso”.

La previsione è inserita tra le norme che disciplinano la nuova procedura della liquidazione giudiziale (e, infatti, la parte del contratto, la cui “qualità soggettiva” è rilevante *in subiecta materia*, è, sempre ai sensi dell’art. 175, comma 2, quella “nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale”) e, in particolare, nel novero delle disposizioni dedicate alla regolamentazione degli effetti dell’apertura della procedura liquidatoria “sui

¹ PAJARDI e PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 7ª ed., Milano, 2008, 457.

² L’entrata in vigore della riforma è, allo stato, differita al 1° settembre 2021 (v. art. 5, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2020, n. 40). Rispetto al differimento dell’entrata in vigore del codice, anche in relazione agli ultimi eventi pandemici, si richiamano le riflessioni di RORDORF, *Il codice della crisi e dell’insolvenza in tempi di pandemia*, in *Giustizia insieme*, 8 aprile 2020.

³ “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”.

rapporti giuridici pendenti”, qualificati dall’art. 172, comma 1, c.c.i. – *ad instar* dell’attuale art. 72, comma 1, l. fall. – come i contratti “ancora ineseguit[i]”, ovvero anche “non compiutamente eseguit[i]”, “da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura”⁴.

Oltre al riportato comma 2, definitorio dei contratti *intuitu personae*, l’art. 175 contiene, al comma 1, la disciplina rilevante: “I contratti di carattere personale si sciolgono per effetto dell’apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di uno dei contraenti, salvo che il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell’altro contraente, manifesti la volontà di subentrarvi, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi”.

L’art. 175 rappresenta una delle disposizioni di nuovo conio introdotte nel codice del 2019. Rispetto al tema dei contratti pendenti, una delle direttive della legge delega (n. 155/2017) era appunto quella di integrare la relativa disciplina “prevedendo lo scioglimento dei contratti aventi carattere personale che non proseguano con il consenso della controparte”⁵. Con le parole la relazione illustrativa del nuovo codice, “per i contratti di carattere personale, e quindi quelli nei quali la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata un motivo determinante, è logico ritenere che non possano *sic et simpliciter* proseguire se alla persona sottoposta alla liquidazione si sostituisce il curatore: si prevede dunque lo scioglimento automatico per effetto della apertura della liquidazione giudiziale a meno che il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell’altro contraente,

⁴ È peraltro appena il caso di ricordare che il tema dei rapporti giuridici pendenti ha una rilevanza generale rispetto alle procedure concorsuali *tout court*. In particolare, l’art. 97 del nuovo codice disciplina i “contratti pendenti” in caso di concordato preventivo, rispetto ai quali la disciplina vigente è contenuta nell’art. 169-bis l. fall. (sul quale v. per tutti INZITARI, *Contratti in corso di esecuzione nel concordato: art. 169 bis l.f.*, in questa *Rivista*, 3 dicembre 2012). Merita altresì menzionare l’art. 50 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che disciplina i “contratti in corso” in caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Per un inquadramento generale della normativa sui contratti pendenti, cfr. CAIAFA e VALERIO, *I rapporti pendenti nel concorso*, in Caiafa, *I rapporti pendenti nel fallimento e nelle soluzioni concordate di crisi*, Roma, 2018, 59 ss.

⁵ Art. 7, 6° comma, l. 155/2017. Sul punto v., da ultimo, DE NOVA, *Arbitrato, contratto, danno*, Torino, 2019, 227, ove il richiamo alle previsioni della legge delega in punto di contratti pendenti; BARANCA, *Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti*, in GIORGETTI (a cura di), *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, Pisa, 2019, 168: “La legge delega n. 155 del 2017 ha [...] previsto la necessità di integrare la disciplina dei rapporti giuridici pendenti, prevedendo, tra l’altro, lo scioglimento dei contratti aventi carattere personale “che non proseguano con il consenso della controparte””.

manifesti la volontà di subentrarvi in luogo del debitore, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi”⁶.

2. – La problematica dei contratti *intuitu personae*, e della loro disciplina nell’ambito delle regole dedicate ai contratti pendenti al momento dell’apertura della procedura liquidatoria, non è peraltro nuova.

In particolare, anche nel sistema vigente plurime disposizioni sono ricondotte, avuto riguardo alla relativa *ratio*, all’*intuitus personae*. Possono essere segnalati: l’art. 77, 1° comma, l. fall., ai sensi del quale “la associazione in partecipazione si scioglie per il fallimento dell’associante”; l’art. 78, commi 1 e 2, l. fall., per cui “i contratti di conto corrente, anche bancario, e di commissione, si sciolgono per il fallimento di una delle parti” e “il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario”⁷; l’art. 81 l. fall., ai sensi del quale, “nel caso di fallimento dell’appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto”⁸. Si tratta di disposizioni

⁶ Occorre infine dare atto che la norma in esame non è stata oggetto del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (“Disposizioni integrative e correttive a norma dell’articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155”), il quale, rispetto al plesso normativo di cui agli artt. artt. 172 ss. c.c.i., è intervenuto soltanto sull’art. 189 (relativo ai “rapporti di lavoro subordinato”).

⁷ Si tratta della norma come riformata nel 2006. La versione originaria della stessa prevedeva soltanto che “i contratti di conto corrente, di mandato e di commissione si sciolgono per il fallimento di una delle parti”.

⁸ Laddove il primo comma della stessa norma prevede invece che “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 dandone comunicazione all’altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie”. Si tratta della norma come riformata nel 2006. La versione originaria della stessa era la seguente: “Il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, a meno che il curatore, sentito il comitato dei creditori, se è stato nominato, e con l’autorizzazione del giudice delegato, non dichiari di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all’altra parte nel termine di giorni venti dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie. La prosecuzione del rapporto non è consentita nel caso di fallimento dell’appaltatore, quando la considerazione della sua persona è stato un motivo determinante del contratto. Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche”. Sul punto, cfr. CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1168: “Quanto al contratto di appalto – a parte la necessità dell’autorizzazione del comitato dei creditori, anziché del giudice delegato e l’aumento da venti a sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento per la comunicazione da parte del curatore di voler subentrare nel

il cui contenuto è usualmente riportato al “carattere fiduciario del rapporto”⁹, alla “non fungibilità della prestazione richiesta”¹⁰, al fatto che il contratto potrebbe presentare “una certa carica di *intuitus personae*”¹¹.

Ancora, e in termini generali, ci si è chiesti se, oltre ai casi espressamente regolati dalla legge, siano individuabili ulteriori fattispecie nella quali la sostituzione del curatore e la prosecuzione del rapporto siano da escludere poiché “la considerazione dell’identità o della qualità dell’originario contraente è stata determinante del contratto”¹², pervenendo ad articolate esemplificazioni e prospettando, rispetto a esse, anche l’applicabilità in via analogica delle previsioni specifiche appena richiamate (per esempio, dell’art. 81, comma 2, rispetto al contratto d’opera¹³, o dell’art.

rapporto – la modifica più rilevante riguarda l’ipotesi che, nel caso di fallimento dell’appaltatore, la considerazione della qualità soggettiva di quest’ultimo sia stata “un motivo determinante del contratto”; infatti, mentre fin qui era stabilito che la prosecuzione di questo non fosse consentita (espressione che l’opinione prevalente, ma non del tutto fondata, interpretava nel senso che il rapporto si sciogliesse automaticamente, anche contro la volontà del committente di proseguirlo), ora è fatto espressamente salvo il caso che il committente intenda proseguire il rapporto medesimo con la curatela fallimentare: ciò che tutela in modo più razionale ed equilibrato gli opposti interessi, rispettando la volontà delle parti”.

⁹ Così, rispetto all’associazione in partecipazione, GUGLIELMUCCI, sub art. 77, in GUGLIELMUCCI *et al.*, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. l. fall. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 260.

¹⁰ Così, rispetto al mandato nell’ipotesi di fallimento del mandatario, NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 4^a ed., Bologna, 2017, 197. In giurisprudenza, rispetto al conto corrente, cfr. Trib. Brindisi, 25 maggio 2009, in *DeJure*: “In caso di fallimento di società, del pagamento eseguito dalla banca in virtù di un preesistente contratto di c/c risponde quest’ultima. Il contratto di c/c, infatti, è fondato sull’*intuitus fiduciae* e si scioglie automaticamente col fallimento del correntista, eventuali pagamenti eseguiti dalla banca per conto del fallito dovranno dunque ritenersi inefficaci”.

¹¹ Così, rispetto all’appalto, PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 491. In giurisprudenza, rispetto all’appalto di opere pubbliche, cfr. Trib. Milano, 17 luglio 2014, in *DeJure*, che ha ritenuto che, “negli appalti di lavori pubblici, la qualità soggettiva dell’appaltatore costituisca sempre un motivo determinante del contratto” e che, pertanto, l’art. 81, 2° comma, “va interpretato nel senso che il rapporto contrattuale si scioglie automaticamente col fallimento dell’impresa affidataria dei lavori”.

¹² GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 8^a ed., Torino, 2017, 138.

¹³ Cfr. TARZIA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 1390: “Una volta ammesso che l’espressione usata dal nuovo art. 72 comma 1 non vada intesa come una delimitazione rigida ed invalicabile dell’eccezione rispetto alla facoltà di scelta del Curatore fra prosecuzione e scioglimento dei rapporti pendenti (ma piuttosto come un’eccezione solo nel *corpus* di quella Sezione), si dovrebbe dare una risposta flessibile anche” all’“interrogativo [...] sulla utilizzabilità, nel nuovo regime, delle applicazioni analogiche che si erano

78 rispetto al *franchising*¹⁴), in una con l'”applicazione della generale regola dell'art. 1180 c.c. sulla possibilità del rifiuto dell'adempimento del terzo da parte del creditore che abbia “interesse che il debitore esegua personalmente la prestazione””¹⁵.

Quello dei contratti colorati dal carattere personale del rapporto è quindi tema di ampio respiro e da sempre rilevante rispetto alla regolamentazione dei rapporti giuridici pendenti al momento dell'apertura della procedura liquidatoria. Purtuttavia, esso è disciplinato da una norma *ad hoc* per la prima volta nel codice del 2019.

3. – Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che, nello stesso codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, continuano a essere contemplate anche disposizioni specifiche che, in relazione a determinati rapporti pendenti, attribuiscono rilievo alla qualità soggettiva di una delle parti¹⁶. In questo

elaborate nel previgente sistema, sotto la spinta della necessità di integrare i vistosi “vuoti” di una normativa lacunosa e frammentaria (oltrech' priva di qualsiasi enunciazione di regole generali) sulla sorte dei contratti pendenti. Va ricordato che, a tal fine, si erano anzitutto ricercate le possibili ragioni della non-proseguibilità dei contratti in corso nel caso di fallimento di uno dei contraenti, e tali ragioni erano state individuate soprattutto nella incompatibilità con inderogabili principi ed esigenze della liquidazione fallimentare, ma anche, talora, con una inderogabile tutela del contraente *in bonis*; dopo di che, la ricerca si era particolarmente rivolta ai contratti affini a quelli di cui era espressamente previsto lo scioglimento *ex lege*”; “si riteneva che [...] anche in sede fallimentare una facoltà di prosecuzione del rapporto in capo al Curatore fosse da escludere se la prestazione dovuta era caratterizzata da un *intuitus personae*; in altri termini, si generalizzava quel che era già previsto in tema di fallimento dell'appaltatore se la sua persona fosse stata determinante per la conclusione del contratto, ritenendo la regola estensibile anche ad altre prestazioni di *facere*, o comunque infungibili, ad es. nel contratto d'opera, nella prestazione d'opera intellettuale, ecc.”.

¹⁴ Cfr. PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 475, ove è richiamata la lettura che evidenzia “la necessità del persistere della fiducia tra concedente e concessionario e fra *franchisor* e *franchisee*, per cui sembrerebbe più coerente adottare il criterio dei contratti *intuitus personae* sancita dall'art. 78, ovvero lo scioglimento automatico, che costituisce tuttora una deroga alla regola generale del 72 di sospensione del contratto”.

¹⁵ TARZIA, *op. cit.*, 1390.

¹⁶ In particolare, ai sensi del nuovo art. 182, 1° comma, c.c.i., “l'associazione in partecipazione si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'associante”; ai sensi del nuovo art. 183, 1° e 2° comma, c.c.i., “i contratti di conto corrente, anche bancario, e di commissione, si sciolgono per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti” e “il contratto di mandato si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del mandatario”; ai sensi del nuovo art. 186, 2° comma, c.c.i., “nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'appaltatore, il rapporto

scenario, l'art. 175 assurge a norma generale, non riferita a uno specifico tipo contrattuale. E invero, "la Riforma, introducendo la regola dello scioglimento per la categoria dei contratti personali, aggiunge – con il citato art. 175 – una disciplina per categoria contrattuale, e non per tipo"¹⁷. Il quanto tale, l'art. 175 è potenzialmente idoneo a essere applicato a una serie indeterminata di fattispecie, siano esse normate, ovvero anche non normate.

Per quanto concerne la prima ipotesi, e quindi per quanto riguarda il rapporto tra l'art. 175 e le altre previsioni riferibili a determinati contratti, la norma generale potrebbe venire in rilievo rispetto a una previsione concernente un determinato rapporto *intuitu personae*, che, in ragione del suo disposto, sia ritenuta suscettibile di integrazione¹⁸.

Nella seconda ipotesi, e cioè quella di un contratto non normato, l'art. 175 potrebbe "prevalere" anche rispetto all'applicazione della disciplina, anch'essa generale, di cui all'art. 172 c.c.i., qualora si accrediti la lettura secondo la quale presupposto applicativo della regola contenuta oggi nell'art. 72 l. fall. e, con l'entrata in vigore del codice, nell'art. 172, sia anche quello della sua compatibilità con la struttura contrattuale oggetto di scrutinio, con la conseguenza che alcune fattispecie potrebbero essere ritenute, per il loro carattere personale, sottoposte allo scioglimento, e quindi escluse dalla latitudine applicativa dell'art. 172 e, per contro, sottoposte all'art. 175 (si pensi, a titolo di esempio, ai contratti di credito bancario o al contratto d'opera¹⁹).

contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso appaltatore è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto".

¹⁷ DE NOVA, *op. cit.*, 231.

¹⁸ A titolo meramente esemplificativo, il citato art. 186, 2° comma, prevede, rispetto all'appalto, che, "nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso appaltatore è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto"; la necessità, per la prosecuzione del rapporto, dell'autorizzazione del comitato dei creditori potrebbe essere mutuata (oltre che dal 1° comma dello stesso art. 186, per cui "il contratto di appalto si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di sessanta giorni dall'apertura della procedura ed offrendo idonee garanzie") dall'art. 175.

¹⁹ Cfr., rispetto al plesso normativo di cui agli artt. 72 ss., GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 139, nota 37: "Diversa è invece la soluzione comunemente seguita per i contratti nei quali, a fronte della prestazione del contraente *in bonis* sia dovuta la restituzione di somme di danaro: cioè per i contratti di credito. Il problema è stato considerato per lo più con riguardo all'apertura di credito che si ritiene pressoché pacificamente si sciogla per fallimento dell'accreditato"; TARZIA, *op. cit.*, 1390, ove il

Come richiamato in apertura, il comma 2 dell'art. 175 chiarisce in quali casi possa discettarsi di un contratto "di carattere personale", prevedendo che, "ai fini di cui al comma 1", e quindi affinché possa trovare applicazione la relativa disciplina, "i contratti sono di carattere personale quando la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata motivo determinante del consenso". Rilevano quindi la "qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale" e, inoltre, il fatto che tale qualità sia assunta a "motivo determinante del consenso".

Quanto al primo dei divisati presupposti, la peculiare disciplina di cui all'art. 175, comma 1, c.c.i. non concerne l'ipotesi in cui la parte provvista di una particolare qualità soggettiva sia rimasta *in bonis*. Può dunque anzitutto escludersi che, almeno di regola, possano essere ritenute rilevanti eventuali qualità riferibili a quest'ultima²⁰.

Circa poi la "qualità soggettiva" della parte sottoposta a liquidazione, l'*intuitus personae* potrebbe investire l'originario contraente, in primo luogo, in relazione a sue determinate caratteristiche, avuto particolare riguardo a qualifiche o competenze rilevanti rispetto all'esecuzione della prestazione (si potrebbero richiamare in proposito, a titolo esemplificativo, il contratto d'opera, o la subfornitura²¹). Inoltre, "l'*intuitus personae* può investire l'originario contraente quale destinatario della prestazione"²², in relazione a rapporti rispetto ai quali "può sussistere un interesse del contraente *in bonis*, socialmente apprezzabile e giuridicamente rilevante, a non soddisfare gli interessi di un soggetto diverso da quello dell'originario contraente"²³; in quest'ottica, si è osservato che "fra i contratti nei quali il carattere determinante della considerazione della persona dell'originario contraente

richiamo, "sul versante dell'incompatibilità con le caratteristiche e le esigenze della liquidazione fallimentare", dei "contratti di credito bancario" e del "contratto d'opera".

²⁰ Il tutto ferma peraltro la notazione – che non incide su quanto detto nel testo – per cui, rispetto a determinate fattispecie contrattuali, il carattere personale potrebbe essere predicato rispetto a entrambi i contraenti (si pensi per esempio al contratto di *franchising*), sicché l'intervenuta liquidazione giudiziale potrebbe rilevare se aperta nei confronti dell'una come dell'altra parte.

²¹ Cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 138, testo e nota 37, ove è menzionato, tra i "contratti *intuitu personae*, quando cioè la considerazione dell'identità o della qualità dell'originario contraente è stata determinante del contratto", "oltre ai casi espressamente regolati [...] quello del contratto d'opera"; SANZO, *Fallimento e rapporti pendenti*, in SANZO et al., *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009, 14, ove il richiamo "alla subfornitura, che presenta o, quanto meno, può presentare, tra i propri caratteri quello dell'*intuitus personae*".

²² GUGLIELMUCCI, *op. ult. cit.*, 139, nota 37.

²³ GUGLIELMUCCI, *Ibidem*.

osta al subentro del curatore può essere [...] fatto rientrare il comodato concesso per ragioni di amicizia o di cortesia”²⁴. Ancora, *l'intuitus personae* potrebbe concernere il rapporto in sé considerato, rispetto al quale venga in ogni caso in rilievo (*i.e.*, anche eventualmente a prescindere da determinate caratteristiche dell’originario contraente) l’elemento fiduciario; in quest’ottica, si sono per esempio evidenziate “la personalità del rapporto e la necessità del persistere della fiducia tra concedente e concessionario e fra *franchisor* e *franchisee*”²⁵.

Venendo al presupposto secondo il quale la qualità della parte nei cui confronti si è aperta la liquidazione giudiziale debba essere stata motivo determinante del consenso, il relativo scrutinio postulerà una verifica delle specifiche caratteristiche del rapporto, i cui esiti saranno fatalmente dipendenti dalle peculiarità della fattispecie. In ogni caso, e ancora a titolo esemplificativo, potrà spaziarsi da situazioni in cui la riconduzione della qualità della parte a motivo determinante del consenso sia in sostanza *in re ipsa* (*ad instar*, per esempio, di quanto si è ritenuto in giurisprudenza per il caso dell’appalto di opere pubbliche²⁶), fino a situazioni in cui occorrerà

²⁴ GUGLIELMUCCI, *Ibidem*. Cfr. anche TARZIA, *op. cit.*, 1390, ove, nell’individuazione di possibili ipotesi di non-proseguibilità dei contratti in corso per esigenze di tutela del contraente *in bonis*, il richiamo ai “contratti gratuiti [...]”, ove la gratuità appaia giustificata da un particolare rapporto intercorrente fra il contraente *in bonis* ed il fallito, non trasferibile in capo ad altro soggetto (ed in particolare al Curatore), come accade ad es. nel comodato, ove, fra l’altro, proprio quella *ratio* spiega nella disciplina del contratto il divieto di sub-comodato e l’intrasmissibilità del comodato agli eredi del comodatario”.

²⁵ PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 475.

²⁶ Cfr. Trib. Milano, 17 luglio 2014, cit.: “Ciò che invece è oggetto della presente causa ed è controverso, è l’applicabilità della citata disposizione alla fattispecie in esame, circostanza contestata dal Fallimento opposto in forza dell’art. 81 l. fall., a mente del quale “nel caso di fallimento dell’appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. Sono fatte salve le norme relative al contratto per le opere pubbliche” (comma 2). Tanto premesso, è indubbio che, negli appalti di lavori pubblici, la qualità soggettiva dell’appaltatore costituisca sempre un motivo determinante del contratto, stante la normativa stringente che concerne i requisiti che vengono richiesti all’affidatario degli stessi [...]. Conseguentemente il comma 2 dell’art. 81 l. fall. citato va interpretato nel senso che il rapporto contrattuale si scioglie automaticamente col fallimento dell’impresa affidataria dei lavori e che la clausola di salvezza prevista in favore del committente (“salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto”) deve essere coordinata con la disciplina dettata in materia di contratti di appalto per le opere pubbliche”; Trib. Roma, 14 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2002, 1372: “Nel contratto di appalto di opere pubbliche la prosecuzione del rapporto non è consentita in caso di fallimento dell’appaltatore [...]

valutare le specificità della fattispecie sottoposta all'interprete. Per esempio, rispetto ai contratti bancari non regolati dall'art. 78 l. fall., si è ritenuto che "ogni contratto andrà esaminato nella sua intima essenza, al fine di individuare se si tratta di un contratto in cui l'*intuitus personae* è fondamentale"²⁷, pervenendosi a soluzioni differenziate rispetto a quella, "naturale" per i contratti di carattere personale, dello scioglimento del rapporto²⁸.

Resta ferma, e dovrà essere opportunamente vagliata dagli operatori, la possibilità di introdurre nel testo dello stipulando contratto una specifica disposizione che dia atto del carattere personale dell'accordo. E invero, "le parti ben potranno evidenziare nel contratto (ad esempio nelle premesse) che il motivo determinante del consenso sono state le qualità personali dei contraenti o di uno di essi"²⁹; il tutto con la rilevante conseguenza di concorrere a chiarire che l'apertura della procedura concorsuale dovrebbe dar luogo allo scioglimento del vincolo, orientando così "la sorte del contratto verso il suo scioglimento"³⁰.

4. – In presenza dei presupposti fin qui richiamati, l'art. 175, comma 1, prevede che i contratti "si sciolgono per effetto dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di uno dei contraenti". Come anticipato, la regola generale della sospensione – scolpita, oggi, nell'art. 72 l. fall., e, con la riforma, nell'art. 172 c.c.i. – è sostituita da quella dello scioglimento del contratto, il che è conforme con la *ratio* normativa, basata sulla circostanza che il contraente *in bonis* abbia a suo tempo individuato l'altro contraente, poi sottoposto a procedura, considerando la sua qualità soggettiva³¹. Rispetto ai rapporti di carattere personale, la regola diventa

perché trattasi di contratto *intuitu personae*, in cui costituisce motivo determinante la persona dell'appaltatore".

²⁷ PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 483.

²⁸ Cfr. ancora, e sempre a titolo esemplificativo, PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 482 s., ove i rilievi per cui, "per il contratto di servizio relativo alle cassette di sicurezza, altro contratto bancario, si deve ritenere che non si sciolga in caso di fallimento di una delle parti"; "pare coerente che il deposito bancario non si sciolga automaticamente, ma si sospenda e sia il curatore a dover scegliere tra la prosecuzione o lo scioglimento".

²⁹ DE NOVA, *op. cit.*, 231.

³⁰ DE NOVA, *ibidem*.

³¹ Cfr. BARANCA, *op. cit.*, 168: "La *ratio* della previsione è facilmente intuibile se si pensa alla natura stessa del contratto, appunto "personale"; con il subentro di un terzo soggetto (il curatore) all'originaria parte del rapporto, infatti, viene meno il vincolo personale alla cui base gli interessati avevano concluso il rapporto".

quella dello scioglimento del contratto³². La norma parla di apertura della procedura “nei confronti di uno dei contraenti”, ma, coordinando la previsione in esame con quella del comma successivo, dovrà trattarsi della parte la cui “qualità soggettiva” è venuta in rilievo rispetto alla conclusione del contratto³³.

La disposizione fa salva la possibilità che il curatore, “con l’autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell’altro contraente”, “manifesti la volontà” di subentro nel contratto, “assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi”. Per il subentro, quindi, occorrerà l’autorizzazione del comitato dei creditori, in linea con la generale previsione dell’art. 172, comma 1, c.c.i., che postula tale atto per l’ipotesi della prosecuzione del rapporto (e non già, secondo lettura invalsa e preferibile, per il caso del suo scioglimento). Occorrerà, inoltre, il consenso dell’altro contraente, a tutela del quale è previsto lo scioglimento del contratto, e la cui tutela sarebbe di fatto vanificata qualora il curatore potesse subentrare in seguito a propria, unilaterale, determinazione³⁴. Non essendo previsto un termine per il subentro, e dovendosi ritenere che lo scioglimento operi in via automatica (“i contratti di carattere personale si sciolgono per effetto dell’apertura della procedura di liquidazione giudiziale”, recita l’art. 175³⁵), la manifestazione della volontà di subentro e il consenso dell’altro

³² Cfr. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, Torino, 2019, 137: “I contratti di carattere personale (art. 175) si caratterizzano per la rilevanza determinate della qualità soggettiva della parte nei confronti della quale è aperta la liquidazione giudiziale e, di conseguenza, deve escludersi che possano proseguire se alla persona sottoposta alla liquidazione si sostituisce il curatore. La norma, coerentemente, dispone il loro scioglimento automatico a seguito dell’apertura della liquidazione giudiziale”.

³³ Impregiudicata ovviamente la possibilità che, rispetto a una determinata fattispecie contrattuale, l’*intuitus personae* rilevi in relazione a entrambe le parti.

³⁴ Cfr. SCIUTO, *Il fallimento*, in CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto della crisi d’impresa*, Torino, 2018, 92, a commento dell’art. 81 l. fall.: “Per la prosecuzione del rapporto potrebbe rendersi necessario anche il consenso del terzo, se questi fosse il committente e la persona dell’appaltatore (cioè del fallito) fosse stata, per lui, un elemento determinante del contratto; l’*intuitus personae*, allora, impedirebbe al curatore di decidere da solo la prosecuzione del contratto”.

³⁵ E cfr. anche la già richiamata relazione illustrativa del nuovo codice: “Per contratti di carattere personale, e quindi quelli nei quali la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata un motivo determinante, è logico ritenere che non possano *sic et simpliciter* proseguire se alla persona sottoposta alla liquidazione si sostituisce il curatore: si prevede dunque lo scioglimento automatico per effetto della apertura della liquidazione giudiziale”.

contraente opereranno risolutivamente rispetto all'intervenuto scioglimento, determinando la reviviscenza del rapporto contrattuale³⁶.

Quanto agli effetti del subentro, oltre ovviamente all'assunzione, da parte della procedura, di tutti i diritti e gli obblighi contrattuali³⁷, varrà la regola generale per cui, "in caso di prosecuzione del contratto, sono prededucibili soltanto i crediti maturati nel corso della procedura", come previsto dal nuovo art. 172, comma 3, c.c.i. E invero, rispetto al tema dei contratti pendenti, la principale direttiva contenuta nella l. 155/2017 era quella di integrare la relativa disciplina "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" (art. 7, comma 6, l. 155/2017). L'art. 172, comma 3, ha recepito la direttiva (con previsione mutuata anche nell'art. 211, comma 8, in punto di esercizio dell'impresa³⁸). Come annotato dalla relazione illustrativa del nuovo codice, "la prosecuzione nel contratto comporta la prededucibilità dei soli crediti maturati in corso di procedura, e ciò in ossequio alla prescrizione del legislatore delegante di limitare le ipotesi di prededuzione, al fine di salvaguardare il più possibile le aspettative di soddisfacimento dei creditori".

Occorre infine dare conto che, per l'ipotesi in cui sia disposto l'esercizio dell'impresa del debitore sottoposto a liquidazione, l'art. 175 andrebbe coordinato con l'art. 211, comma 8, c.c.i., il quale prevede che, "durante l'esercizio" dell'impresa, "i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli", *ad instar* di quanto dispone oggi l'art. 104, comma 7, l. fall.³⁹. Ancorché rispetto all'art. 104 l. fall., nel suo rapporto con la disciplina fallimentare dei contratti pendenti, non siano state espresse soluzioni univoche⁴⁰, parrebbe potersi

³⁶ Cfr., rispetto al rapporto tra art. 104, 7° comma, l. fall., sulla prosecuzione dei contratti pendenti in caso di esercizio provvisorio dell'impresa, e la disciplina generale sui contratti pendenti, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 115: "Per coordinare le norme che considerano il fallimento quale causa automatica di scioglimento di determinati contratti con quella che prevede la prosecuzione dei contratti in caso di esercizio provvisorio, si dovrà considerare l'evento dissolutivo, determinato automaticamente dalla dichiarazione di fallimento senza contestuale disposizione dell'esercizio dell'impresa, risolutivamente condizionato alla eventuale successiva autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa".

³⁷ Cfr. FAUCEGLIA, *op. cit.*, 138; BARANCA, *op. cit.*, 168.

³⁸ Istituto sul quale si tornerà subito *infra*, nel testo.

³⁹ Per cui "durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli".

⁴⁰ Cfr. per esempio NIGRO e VATTERMOLI, *op. cit.*, 204 e GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 115, diversamente orientati rispetto alla questione se, in caso di esercizio provvisorio dell'impresa, siano derogati, oltre all'art. 72 l. fall., anche le

mutuare, vieppiù di fronte al nuovo art. 175, la lettura secondo la quale l'art. 104 "si pone come eccezione, deve ritenersi, al solo art. 72, con la conseguenza che è la regola generale che cambia, non già la disciplina specifica dei singoli contratti contenuta negli artt. 72-bis ss. Alcune di queste norme, infatti, esprimono [...] una preventiva valutazione, *ex lege*, di incompatibilità di determinati contratti con la funzione e/o la struttura del fallimento"⁴¹. Nella sistematica del nuovo codice, l'art. 175 introduce un'innovativa "preventiva valutazione" di carattere generale rispetto a tutti i contratti a carattere personale, prevedendone lo scioglimento, e sembrerebbe coerente con tale innovazione la prevalenza della stessa rispetto alla regola della prosecuzione del contratto in caso di esercizio dell'impresa. Del resto, l'art. 175 postula, per il subentro del curatore, il "consenso dell'altro contraente", che non pare possa essere bypassato senza minare *ab imis* la stessa *ratio* della norma sui rapporti *intuitu personae*. La regola dello scioglimento del contratto pare quindi suscettibile di applicazione anche in caso di esercizio dell'impresa in costanza di liquidazione.

norme che prevedono lo scioglimento del rapporto. Sul tema cfr. anche, prima della riforma del 2006, SANDULLI, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 208: "Si pone, a questo punto, il problema se la disciplina legale dei rapporti giuridici preesistenti nel fallimento subisca una qualche automatica modificazione, quando venga disposta la continuazione dell'esercizio dell'impresa (in via provvisoria, o successivamente). La legge al riguardo tace. L'opinione assolutamente prevalente è nel senso che tale disciplina sotto il profilo sostanziale non subisca alcuna modificazione [...]: cioè, non è ritenuto possibile che la posizione contrattuale del terzo contraente *in bonis* possa subire ulteriori condizionamenti oltre quelli già previsti dagli artt. 72 ss. l. fall. Che l'esercizio provvisorio temporaneamente disposto dal Tribunale nell'immediatezza della dichiarazione di fallimento possa pregiudicare i diritti dei creditori concorsuali, non può esser posto in dubbio; ciò in forza del combinato disposto degli artt. 90, 1° comma e 111, 1° comma, n. 1 l. fall. Cosa accade per il terzo contraente nel rapporto pendente? Una risposta tranquillante, ma non del tutto appagante sarebbe quella secondo cui sotto il profilo del rapporto obbligatorio nulla è innovato rispetto alle norme previste in via generale per il fallimento (art. 72 l. fall.). Nutro, peraltro, una qualche insoddisfazione rispetto a tale soluzione, che nella sostanza provocherebbe una contraddizione tra l'esigenza riconosciuta dal Tribunale (e già prima dal Giudice Delegato in sede di apposizione dei sigilli) di proseguire l'esercizio dell'impresa al fine di evitare un danno grave ed irreparabile (di rilevanza collettiva), e le disposizioni che prevedono in via generale lo scioglimento di taluni rapporti".

⁴¹ NIGRO e VATTERMOLI, *op. loc. cit.* Diversamente orientato, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 115, ove il rilievo per cui, in caso di esercizio dell'impresa, è "esclusa l'applicazione della norma generale che prevede la sospensione automatica dei contratti, oltre che delle norme che prevedono lo scioglimento *ex lege* di determinati contratti".

Abstract

**"INTUITU PERSONAE" AGREEMENTS AND BANKRUPTCY PROCEEDINGS:
REMARKS ON ARTICLE 175 ON THE NEW INSOLVENCY CODE**

L'Autore esamina l'art. 175 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, relativo ai contratti "intuitu personae", evidenziando le differenze della nuova disciplina rispetto a quella ricavabile dalla legge fallimentare. In particolare, sono analizzati i presupposti applicativi dell'art. 175 e le regole ivi contenute.

The Author analyses the art. 175 of the new bankruptcy code regulating the "intuitu personae" contracts, underlining the differences with the regulation provided by the bankruptcy law of 1942. In particular, the paper deals with the conditions for the application of the art. 175 and the rules set in the provision.
