

IL DIRITTO FALLIMENTARE E DELLE SOCIETA' COMMERCIALI

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

GIÀ DIRETTA DA ITALO DE PICCOLI (1924-1940), RENZO PROVINCIALI (1941-1981),
ANGELO BONSIGNORI (1982-2000) E GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

DIREZIONE

GIROLAMO BONGIORNO, CONCETTO COSTA,
MASSIMO DI LAURO, ELENA FRASCAROLI SANTI,
BRUNO INZITARI, GIUSEPPE TERRANOVA, GUSTAVO VISENTINI

www.edicolaprofessionale.com/DFSC

 **Wolters Kluwer**
Italia

CEDAM

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in Abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1,
comma 1 - DCB Milano - Pubblicazione bimestrale - Con I.P.

AUTONOMIA PRIVATA E INSOLVENZA: L'EVOLUZIONE
DELLE SOLUZIONI NEGOZIALI DAI CODICI
OTTOCENTESCHI AL CONTRATTO SULLA CRISI D'IMPRESA

di
IVAN LIBERO NOCERA (*)

SOMMARIO: 1. La nuova dialettica tra salvaguardia dell'impresa e dilatazione dell'autonomia negoziale. – 2. Il *decoctor ergo fraudator* e i timidi approcci manutentivi. – 3. La prospettiva «funzionalistica» dell'impresa. – 4. L'evoluzione dei presupposti: dall'insolvenza alla crisi d'impresa. – 5. Il contratto sulla crisi d'impresa. – 6. Le composizioni negoziali dal codice di commercio alla stagione delle riforme: il concordato amichevole e la moratoria nel codice di commercio. – 7. La difficile affermazione del concordato stragiudiziale nella legge fallimentare del 1942. – 8. La natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione come approdo del nuovo diritto della crisi d'impresa. – 9. Conclusioni: l'incontro virtuoso fra crisi d'impresa e contratto.

1. *La nuova dialettica tra salvaguardia dell'impresa e dilatazione dell'autonomia negoziale.* – Negli ultimi lustri si è assistito ad una serie di novelle che – pur senza riformare in maniera organica la legge fallimentare – hanno modificato *ab imis fundamentis* la prospettiva della disciplina che regola il fenomeno dell'insolvenza, nel senso della conservazione dell'impresa.

Nel salvaguardare la continuità aziendale, le novità introdotte dalla riforma hanno infatti introdotto diverse accezioni di «stati aziendali» che precedono il fallimento, tentando, mediante la previsione di specifici strumenti di gestione, di intervenire in uno stadio della crisi ancora non irreversibile. Tali istituti alternativi al fallimento, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero costituire lo sbocco primario e preferenziale per la gestione dell'insolvenza o, più ampiamente, della crisi di impresa (1).

(*) Dottore di ricerca in diritto privato presso la Scuola Sant'Anna di Pisa e Avvocato in Torino, Studio Legale Grosso-De Rienzo-Riscossa-Di Toro e Associati.

(1) Tuttavia, nella prassi è evidente come l'offerta legislativa non eviti un notevole ritardo nel rendere nota la crisi all'esterno, tantomeno un'elevata presenza di abusi degli

Alla propensione al mantenimento dell'impresa insolvente si è affiancato il crescente processo di espansione dell'istituto del contratto, il quale, a dispetto del grido di «*death of contract*» levato da Gilmore negli anni settanta⁽²⁾, ha invaso sia in Italia che negli altri paesi europei, aree tradizionalmente ad esso aliene, individuando nel mercato e nelle sue dinamiche il motore per una migliore realizzazione degli interessi giuridici⁽³⁾. Tali due fenomeni espansivi – conservazione dell'impresa e contratto – trovano un punto d'incontro nel nuovo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi⁽⁴⁾.

Tale istituto si presta ad essere interpretato *magis ut valeat*, ossia al me-

stessi strumenti di gestione con finalità dilatorie. Per un'approfondita analisi statistica in proposito si veda F. LAMANNA, *Criticità e abusi del concordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi concordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni. Le correzioni introdotte dal Decreto «Del Farex»*, disponibile in *Diritto bancario.it*.

⁽²⁾ Si veda, in proposito, G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974, ora in *La morte del contratto* (trad. it.), Milano, 1992.

⁽³⁾ Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, pag. 57; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pag. 161; A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pag. 9; L. PELLICANI, *La riscoperta dell'autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, pag. 27.

⁽⁴⁾ Tale istituto è stato introdotto nella disciplina fallimentare dal D.L. n. 35 del 2005 all'art. 182-*bis* e successivamente riformato dal D.Lgs. n. 169 del 2007, dal D.L. n. 78 del 2010, nonché, da ultimo, dal D.L. n. 83 del 2012 (c.d. Decreto Sviluppo). Sugli accordi di ristrutturazione come riformati dalle recenti novelle si veda su tutti P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, 2012, Torino. È opportuno evidenziare che, sebbene il termine «ristrutturazione» rimandi principalmente alla finalità di riequilibrare le finanze dell'impresa conservando l'attività produttiva, l'istituto si adatta anche al perseguimento dell'obiettivo di prevenire l'insolvenza o anche di agevolare la liquidazione dell'impresa stessa. Infatti, il legislatore fa riferimento non ad una generale ristrutturazione economico-produttiva, ma, appunto, ad una «ristrutturazione dei debiti», perseguendo eventualmente in maniera indiretta il risanamento finanziario dell'impresa, senza tuttavia ostare ad una finalità integralmente liquidatoria. L'aspetto preventivo è considerato da P. OLIVA, *La privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, pag. 825, con riferimento alle convenzioni stragiudiziali, mentre in relazione agli accordi *ex art. 182-bis* legge fallim., la dottrina maggioritaria evidenzia l'eventuale finalità liquidativa, come osservato da G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 2006, I, pag. 16; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2006, pag. 129; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, in A. JORIO (diretto da)-M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, 2007, pag. 2538; *contra* G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 2005, pag. 1459; P. MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Il Fall.*, 2006, pag. 101; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fall.*, 2008, pag. 708; P. VALENSISE, *sub art. 182-bis*, in L. NIGRO-M. SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Napoli, 2006, pag. 1093; L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis legge fallim.*, in *Trusts e att. fid.*, pag. 398; *contra* Tribunale Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, pag. 701.

glio delle sue capacità espansive ⁽⁵⁾, per scopi di salvataggio o di liquidazione, potendo essere impiegato da imprese in stato di insolvenza o che ancora non versano in tale situazione, come anche all'esito di un pre-concordato, ricevendo una maggiore garanzia di fattibilità e una maggiore tutela in caso di inadempimento ⁽⁶⁾.

Invero, l'accordo di risanamento debitorio può conciliarsi sia con la liquidazione concordata dell'impresa che con il salvataggio della stessa; mentre l'accordo di salvataggio ovvero di ristrutturazione in senso stretto, è finalizzato a realizzare un determinato programma di rilancio imprenditoriale ⁽⁷⁾.

Lo strumento regolato dall'art. 182-*bis* legge fallim. consente, quindi, o di preservare l'impresa in un'ottica di continuità o di liquidare l'attivo in maniera ordinata ed efficiente, facendo gestire all'imprenditore ed ai creditori aderenti – con la previsione di garanzie per i creditori rimasti estranei – tale delicata fase, impedendo il c.d. «assalto alla diligenza» attraverso l'esercizio di azioni esecutive e cautelari ⁽⁸⁾.

La ristrutturazione dei debiti comporta la sostituzione della pluralità di fonti e dei titoli «originari» dei singoli rapporti obbligatori, i quali, all'esito della ristrutturazione saranno soddisfatti e dunque estinti ⁽⁹⁾. Occorre, tut-

⁽⁵⁾ Tale principio, cardine della scienza interpretativa civilistica (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*, Iul. I. 12 D. *de rebus dubiis* 34, 5), è codificato anche in diversi ordinamenti nazionali ed sovranazionali, infatti si rinviene, oltre che nell'art. 1367 cod. civ. e nei corrispondenti artt. 1157 del *code civil* e 1284 del *código civil* spagnolo, anche all'art. 5.101 dei *Pecl*, all'art. 4.1 degli *Unidroit Principles*, e nel recente *Draft* all'art. II – 8:101.

⁽⁶⁾ Per l'opposta tesi secondo la quale gli accordi di ristrutturazione dovrebbero interessare solo imprese non-insolventi si veda A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr. e impr.*, 2009, pag. 410; F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull'insolvenza dell'impresa*, in S. BONFATTI-G. FALCONE (a cura di), *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*, Milano, 2008, pag. 253.

⁽⁷⁾ Si vedano in merito le osservazioni di M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, pag. 359.

⁽⁸⁾ In proposito una oculata ricerca ha analizzato i problemi giuseconomici connessi all'azione collettiva nell'ambito delle procedure concorsuali. Con l'interesse ad una efficiente liquidazione dell'attivo si ribadisce inoltre l'importanza che assumono i meccanismi del diritto fallimentare nello sviluppo del sistema economico e nel funzionamento del mercato, per cui l'adozione di metodi efficienti di risoluzione della crisi influisce notevolmente sulla disponibilità degli imprenditori a conferire capitale di rischio: cfr. M. BIANCO-M. MARCUCCI, *La riforma delle procedure concorsuali. Le soluzioni normative negli Stati Uniti e in alcuni paesi europei*, in *Banca impresa soc.*, 2001, pag. 19.

⁽⁹⁾ L'espressione «ristrutturazione dei debiti» indica un'attività di riorganizzazione complessiva dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa, relativa all'intero coacervo di rapporti in corso. Il termine «ristrutturazione», di derivazione aziendalistica ed estraneo al linguaggio del codice del 1942, si rintraccia nella legge n. 39 del 2004 (c.d. «Legge Marzano») relativa alla ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, e nel-

tavia, distinguere tra soddisfazione dei crediti e ristrutturazione, in quanto quest'ultima non si riferisce unicamente ai crediti anteriori, ma ammette e anzi tenta di favorire la presenza di nuovi apporti finanziari ⁽¹⁰⁾.

Lo strumento degli accordi di ristrutturazione, considerato nella sua collocazione sistematica, costituisce un fecondo oggetto di studio. Nel nuovo diritto della crisi d'impresa, come novellato dalla stagione delle riforme fallimentari, si colloca a metà strada tra una figura giuridica profondamente procedimentalizzata e l'autonomia privata dei contraenti. Da una parte, infatti, si osserva il nuovo concordato preventivo, procedura concorsuale in cui, sebbene la riforma abbia previsto una totale libertà di contenuto della proposta, rimane forte la connotazione giudiziale; dall'altra, si distingue l'indefinito «piano che appaia idoneo a consentire il risanamento» incluso dall'art. 67, comma 3, legge fallim. tra le ipotesi di esenzione dall'azione revocatoria, il quale produce i suoi effetti a prescindere da qualsiasi controllo giurisdizionale e al di fuori di qualsiasi parvenza di condivisione contrattuale.

In posizione mediana si trovano gli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall'art. 182-*bis* legge fallim., istituto che si configura, al pari dei concordati stragiudiziali, come un ordinario contratto di diritto privato a formazione progressiva, soggetto dunque alla disciplina del codice civile ⁽¹¹⁾. Tale *figura iuris* presenta un momento giudiziale nell'accertamento

l'art. 27, comma 2, lett. g) del D.Lgs. n. 270 del 1999 in materia di condizioni per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, laddove si afferma che le concrete prospettive di un recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali devono potersi realizzare anche «tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata superiore a due anni (programma di ristrutturazione)». Si vedano, sul punto, ancora C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., pag. 131, e G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, pag. 842. Si vedano in generale sul tema tra gli altri M. FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, II, Padova, 2008, pag. 1418; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., pag. 157; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.

⁽¹⁰⁾ In merito alla differenza tra soddisfazione e ristrutturazione dei crediti G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2006, pag. 747, osserva che si tratta «non già di una duplicità di punti di vista del medesimo fenomeno, bensì di una duplicità di forme di rilevanza giuridica ad esso ricondotte. In questa prospettiva, sembra in particolare potersi affermare che la ristrutturazione dei debiti, proprio in quanto fissazione di un nuovo statuto unitario del complessivo finanziamento dell'impresa, valga ad assorbire, ed a sostituire, la pluralità di fonti e di titoli "originari", tra loro diversi, dei singoli rapporti obbligatori: i quali allora, all'esito della ristrutturazione, risulteranno – per utilizzare un linguaggio tradizionale – "estinti"; ed è proprio quello di estinzione di tutti i crediti, e dunque dei corrispondenti debiti, il significato tecnico che, in questo contesto, deve essere assegnato al termine "soddisfazione"».

⁽¹¹⁾ L'accordo è infatti «un fenomeno della vita sociale disciplinato dal diritto» (C.M.

della sussistenza di determinati requisiti di affidabilità funzionali al fine di ricevere l'*imprimatur* dell'omologazione da parte del Tribunale, necessario per la produzione degli effetti relativi ai creditori rimasti estranei all'accordo, nonché ai fini dell'esenzione dalla revocatoria degli atti del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo.

Questa esenzione rappresenta uno strumento eccezionale al mero scopo di agevolare la ristrutturazione dei debiti, e dunque non suscettibile di applicazione estensiva agli atti che, pur inclusi nell'accordo non si pongono «in esecuzione» del piano di ristrutturazione, ovvero che non risultano funzionali ad esso⁽¹²⁾. Non si può dunque dilatarne la portata comprendendo anche gli atti realizzati dai vari creditori partecipanti in occasione o in funzione dell'accordo, e non equilibrati da un punto di vista sinallagmatico.

L'autorità giudiziale, pertanto, è necessaria unicamente per collegare la produzione di determinati effetti legali ad un accordo già perfetto e di per sé produttivo di effetti negoziali.

Un tratto di fondo della nuova disciplina concorsuale è infatti sicuramente rintracciabile nell'individuazione della giurisdizione in sé come fattore anticompetitivo, in quanto costituisce una delle maggiori cause di rallentamento e del costo elevato della procedura, oltre ad essere spesso d'ostacolo ai tentativi di risanamento delle imprese⁽¹³⁾. Non a caso prima della rifor-

BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1987, pag. 210), «elemento centrale» (G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Sillogie in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1993, pag. 54) e «il più caratterizzante» (V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, pag. 23) del contratto. Sulla natura contrattuale dell'istituto si veda Tribunale Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, pag. 187; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Il Fall.*, 2006, pag. 188; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., pag. 131; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., pag. 704; D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182-bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, pag. 307.

⁽¹²⁾ Si considerino ad esempio gli atti con i quali il debitore conferisce i beni rimanenti dell'azienda o comunque del suo patrimonio ai suoi eredi o a terzi, dopo avere soddisfatto tutti i creditori aderenti, oppure a prescindere dalla soddisfazione dei creditori o in ogni caso alla continuità dell'attività di impresa.

⁽¹³⁾ In proposito, si vedano i risultati riportati in D. MASCIANDARO-F. RIOLO (a cura di), *Crisi d'impresa e risanamento - Ruolo delle banche e prospettive di riforma*, Milano, 1997; G. MINUTOLI, *Art. 25 legge fallim.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2006, pag. 199. All'interno della riforma sono numerosi gli elementi introdotti a scopo «deflattivo», basti pensare all'introduzione di soglie quantitative per l'applicazione della disciplina concorsuale che rappresenta una misura finalizzata ad eliminare il ricorso alle procedure per l'insolvenza di piccole imprese, naturali candidate alla chiusura per insufficienza di attivo e per le quali non avrebbe senso economico sostenere i costi connessi a complessi procedimenti. Anche l'istruttoria prefallimentare disciplinata dal nuovo art. 15 legge fallim. mira alla stessa finalità «deflattiva» laddove si afferma che non si fa luogo a dichiarazione di fallimento se la complessiva esposizione debitoria, risultante dagli atti dell'istruttoria e relativa a

ma fallimentare una ricerca della Banca d'Italia riportava come, a fronte di una durata di settantadue mesi e di quote di realizzo pari al trenta per cento per le procedure giudiziali, le convenzioni stragiudiziali consentissero di ottenere quote di realizzo pari al sessanta per cento in diciannove mesi ⁽¹⁴⁾.

Alla c.d. «degiurisdizionalizzazione» ⁽¹⁵⁾ corrisponde la valorizzazione dell'autonomia negoziale ⁽¹⁶⁾ ed in particolar modo del contratto appunto quale strumento privilegiato di regolazione delle relazioni commerciali durante il dissesto ⁽¹⁷⁾.

debiti scaduti e non pagati, risulta inferiore ad una soglia pari a trentamila euro. In tal modo si evita l'apertura della procedura fallimentare nei casi in cui si possa presumere che i costi superino i ricavi.

⁽¹⁴⁾ I risultati di tale ricerca sono riportati da E. TARTAGLIA, *Revocatoria fallimentare dei versamenti in conto corrente e ruolo delle banche nella crisi d'impresa*, in U. APICE (a cura di), *L'impresa in crisi: tra liquidazione e conservazione*, Roma, 2002, pag. 213. Peraltro già negli anni cinquanta T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, pag. 504, evidenziava come la procedura comportasse una diminuzione dell'attivo ed un aumento del passivo. Sull'inefficienza della disciplina fallimentare e la sua incapacità a conservare i valori aziendali si vedano le riflessioni di P.G. JAEGER, *Crisi delle imprese e poteri del giudice*, in *Giur. comm.*, 1978, pag. 869; G. SANSONE, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, in *Il Fall.*, 1998, pag. 761; A. JORIO, *Dal concordato stragiudiziale alla soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 1999, pag. 759; M. VIETTI, *Diritto fallimentare e prospettive di riforma: da disciplina della crisi d'impresa a regola della relazione commerciale*, in *Il Fall.*, 2004, pag. 601.

⁽¹⁵⁾ Il termine è diffuso anche da prima della riforma come dimostra F. D'ALESSANDRO, in *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, cit., pag. 418. Si veda inoltre M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, pag. 67. Sulla problematica compatibilità della «degiurisdizionalizzazione» con la cornice costituzionale, si veda G. COSTANTINO, *Economia e processo, Contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, pag. 7.

⁽¹⁶⁾ Si richiama a mo' di esempio l'espunzione dal corpo dell'art. 6 legge fallim. dell'iniziativa d'ufficio, la predeterminazione nell'art. 7 legge fallim. dei casi in cui il p.m. è legittimato a proporre la richiesta di fallimento, l'eliminazione del potere del giudice di apportare d'ufficio variazioni al progetto di ripartizione presentato dal curatore, i maggiori poteri attribuiti al comitato dei creditori, l'innovativa possibilità nel concordato preventivo di suddividere i creditori in classi riservando a classi diverse trattamenti differenziati. Si veda in proposito l'approfondita analisi di A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, pag. 349; e inoltre S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008; G. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, pag. 907; G. MINUTOLI, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Il Fall.*, 2008, pag. 214. Tuttavia M. FABIANI, in *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Il Fall.*, 2008, pag. 1098, rileva come «la presenza del p.m., quand'anche non pervasiva e, magari riletta in chiave di strumento di collaborazione per favorire l'uscita dalla crisi, spiega che il legislatore considera tuttora il fenomeno dell'insolvenza come un accadimento che non può essere confinato nel rapporto creditore-debitore, posto che sono incisi interessi superindividuali, spesso non catalogabili a priori».

⁽¹⁷⁾ In merito G. ROSSI, nell'introduzione agli *Atti del convegno di studi «Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali»*, Milano, 2006, pag. 11, parla di «fondamentalismo contrattualista». Sull'uso dei contratti di diritto privato nella gestione della crisi dell'im-

L'intervento dell'autorità giudiziaria nella gestione della crisi dell'impresa si è viepiù attenuato a vantaggio dell'esperimento di soluzioni stragiudiziali a prescindere dalla prospettiva individuata nel risanamento dell'impresa ovvero nella sua liquidazione. Tuttavia, è evidente come l'arretramento del ruolo del giudice si giustifichi maggiormente allorché si debba continuare un'attività economica per cui si dimostra più coerente ed efficiente adottare le regole che hanno precedentemente retto quell'attività rispetto ad affidarla ad un soggetto che non garantisce specifiche competenze economiche ⁽¹⁸⁾.

2. *Il decoctor ergo fraudator e i timidi approcci manutentivi.* – Attraverso gli accordi di ristrutturazione il diritto fallimentare adotta una forma di contratto rafforzato dalla presenza del giudice in funzione stabilizzatrice: non più *iudex gestor* ma *iudex statutor*. Il giudice non esercita infatti alcun controllo sulla gestione del debitore dopo il deposito dell'accordo o dopo l'omologazione, né la legge stabilisce un trattamento predeterminato o comunque paritario dei creditori aderenti ⁽¹⁹⁾.

Tale prospettiva privatistica costituisce – come detto – uno dei tratti essenziali della c.d. stagione delle riforme fallimentari degli ultimi due lustri, rappresentando un decisivo segno di discontinuità rispetto alla tradizionale impostazione autarchica e paternalistica.

La legge fallimentare del 1942 – espressione della concezione corporativa che predicava l'intervento pubblico nell'economia e operante in un contesto economico connotato dalla presenza predominante di piccole imprese individuali in cui il capitale reale tendeva a coincidere con quello di credito – era ancora fortemente impregnata dal carattere sanzionatorio che tradizionalmente caratterizzava il soggetto fallito ⁽²⁰⁾. Quest'ultimo era

presa A. CASTIELLO D'ANTONIO in *Prolegomeni al diritto della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 1994, I, pag. 1113, considerava i c.d. «modelli preconcorsuali di risanamento di fonte convenzionale» proponendo una classificazione di tali accordi, basata sulla loro applicabilità a crisi d'impresa di crescente intensità: *factoring* per il risanamento di imprese in difficoltà; consolidamento dei debiti bancari; conversione di crediti bancari in capitale di rischio; concordato stragiudiziale nelle forme del *pactum de non petendo* e del *pactum ut minus solvatur*.

⁽¹⁸⁾ Sul punto si veda F. DE SANTIS, *Il giudice delegato fallimentare tra «gestione» e «giurisdizione»*; tracce per una riflessione de iure condendo, in *Giur. comm.*, 2002, I, pag. 492.

⁽¹⁹⁾ Si vedano in proposito le riflessioni di L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., pag. 316 e G. TARZIA, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, pag. 259. Nella disciplina anteriore alla riforma G. BONGIORNO, *Il tramonto del carattere sanzionatorio del fallimento nella riforma del sistema normativo concorsuale: dall'infamia alla premiazione dell'imprenditore dissestato*, cit., pag. 223, evidenziava che il rischio dei concordati stragiudiziali si rintraccia nei non chiari metodi di soddisfacimento dei creditori, fondati per lo più su un trattamento differenziato tra i diversi creditori, e pertanto auspicava l'intervento del giudice allo scopo di assicurare una corretta gestione, anche in considerazione dell'interesse pubblico al fenomeno dell'insolvenza.

⁽²⁰⁾ Il particolare rigore che caratterizzava il procedimento concorsuale contro il debi-

considerato «male infettivo da circoscrivere (...) e distruggere secondo un interesse supremo e statuale alla tutela dell'economia e del credito» (21). Di conseguenza, era considerato necessario l'immediato spossessamento, in particolare dei beni aziendali, e la preclusione di ogni potere d'influenza sulle modalità di compimento della liquidazione.

La finalità delle procedure concorsuali (considerando anche la scarsa diffusione nella prassi degli istituti del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata (22)) era prettamente identificata nella garanzia del soddisfacimento delle pretese creditorie tramite la liquidazione dell'impresa e del patrimonio del debitore. A questa corrispondeva però, indirettamente, la soddisfazione dell'interesse dello Stato alla tranquillità dei traffici

tore insolvente, il cui fallimento comportava l'infamia, oltre a sanzioni penali indipendentemente dall'accertamento della presenza della frode (*decoctor ergo fraudator*), discende direttamente dallo *ius mercatorum*, il quale a sua volta trae ispirazione dal diritto germanico e dal diritto romano. Sul punto vale richiamare U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964; F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980, pag. 50; G. PRESTI-L. STANGHELLINI-F. VELLA (a cura di), *Il debitore civile: dalla prigione per debiti all'esdebitazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2004; F. DI MARZIO, *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Nota apologetica sul nuovo «diritto fallimentare»*, in *www.ilcaso.it*, 2012. Del resto l'art. 543 del codice di commercio del 1865, rievocando le sanzioni penali, recita «Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti, è in istato di fallimento», con una formula confermata dal successivo codice del 1882.

(21) Così C. D'AVACK in *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, pag. 25. Toni meno crudi erano utilizzati per esprimere il medesimo concetto da L. EINAUDI, in *Intorno al credito industriale - Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911, pag. 119, laddove sosteneva che per uscire dalla crisi fosse necessario «lasciar fallire coloro che non sono in grado di vivere. Le crisi industriali si sono sempre vinte in questa maniera: ed ancora non se ne è inventata un'altra». Emergeva quel meccanismo definito «visione darwiniana dell'economia» da A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, pag. 513. Del resto il codice di commercio del 1882 considerava il fallimento «come un fenomeno morboso che si deve prevenire con gravi sanzioni» e non come «una necessità fisiologica del commercio di cui il fallito non è che una vittima» (così C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, Milano, 1906, pag. 453). Tale concezione fu supportata fino ad anni a noi più vicini in special modo dalla dottrina anglosassone come J. ARGENTI, *Corporate Collapse: The Causes and Symptoms*, Londra, 1976, pag. 170.

(22) Le c.d. procedure concorsuali minori hanno riscontrato un modesto successo in ragione dei rigidi criteri di ammissione, non sortendo inoltre l'effetto deflattivo sperato rispetto alle lentezze della procedura fallimentare; ciò sia riguardo al concordato preventivo con cessione dei beni, il quale raramente assicurava il pagamento del quaranta per cento dei crediti chirografari, sia con riferimento all'amministrazione controllata, che non disciplinava in alcun modo l'eventualità del risanamento dell'impresa, ed alla quale molto spesso seguiva il fallimento, essendo l'iniziativa posta nelle concitate mani del debitore. In proposito si veda B. QUATRARO, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Milano, 1982, pag. 557; A. MAFFEI ALBERTI, *Amministrazione controllata: una procedura da abolire*, in *Giur. comm.*, 1985, I, pag. 961; F. CAVAZZUTI, *L'amministrazione controllata da procedura più lunga a procedura «più larga»*, *ibidem*, 1982, II, pag. 613; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, IX, Padova, 1986, pag. 3.

e del mercato, affinché le risorse aggregate nell'impresa fallita potessero essere utilizzate in impieghi più produttivi ⁽²³⁾.

Il perseguimento dello scopo di tutela del ceto creditorio ⁽²⁴⁾ attraverso la liquidazione ha limitato anche l'applicazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento: unico istituto contemplato dalla disciplina fallimentare che avrebbe potuto realizzare l'interesse alla conservazione degli organismi produttivi e dei posti di lavoro, subordinandolo comunque alla salvaguardia dell'interesse dei creditori che si concretizza tramite la cessione a terzi dell'azienda. Non si consentiva a soggetti terzi di intrattenere rapporti con l'impresa in crisi, preferendo distruggere di fatto la ricchezza aziendale cessandone l'attività ⁽²⁵⁾.

Lo scopo essenzialmente liquidatorio era, infatti, reputato quale fattore di equilibrio del mercato, che, una volta eliminata l'impresa «contaminata», poteva continuare ad essere ispirato alla regola della concorrenza ⁽²⁶⁾.

La disciplina è stata dunque per molti lustri segnata da una procedura sanzionatoria di realizzazione della responsabilità patrimoniale, espressione di una visione di Stato «giudice-amministratore», che mirava a soddisfare le pretese creditorie all'interno, tuttavia, di un quadro d'interesse macroeconomico diretto a una nuova riallocazione del capitale ⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ Sugli interessi pubblicistici e privatistici ai quali mirava la disciplina del fallimento si richiama R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1962, pag. 12; F. FERRARA-A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, pag. 46; A. MAFFEI ALBERTI, *La conservazione dell'attività di impresa nelle procedure concorsuali vigenti*, in *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, Atti del Convegno S.I.S.C.O., 10-11 marzo 1995, Milano, 1996, pag. 19; S. SATTÀ, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996; L. ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, in *Dir. fall.*, 2002, pag. 666; L. STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in A. JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, pag. 301. In proposito vale ricordare la relazione alla legge fallimentare del ministro guardasigilli la quale al punto 3 dispone che «la legge fallimentare (...) vuole assicurare una più energica tutela agli interessi generali rispetto a quelli individuali dei creditori e del debitore».

⁽²⁴⁾ In proposito, giova rammentare come A. ROCCO, in *Il fallimento*, Torino, 1917, ritenesse l'insolvenza «momento conclusivo di una continua condotta dolosa con cui il decot, deliberatamente, ha voluto arrecare pregiudizio agli interessi dei suoi creditori».

⁽²⁵⁾ Sul punto si veda G.C.M. RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, pag. 124; A. CAVALAGLIO, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, pag. 234; A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., pag. 498. In merito si rinvia inoltre alle osservazioni di A. BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, in *Dir. fall.*, 1996, pag. 697.

⁽²⁶⁾ Sottolinea tale aspetto V. DE SENSI, *L'etica del fallimento*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, pag. 167.

⁽²⁷⁾ Sul punto C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., pag. 234, affermava che «l'istituto del fallimento non appartiene alle leggi sostanziali perché non si propone di determinare quali sono i diritti, ma appartiene piuttosto alle leggi processuali, perché ha essenzialmente lo scopo di far conoscere diritti già esistenti all'apertura del fallimento». In proposito

In seguito alla maggiore diffusione e implementazione di forme organizzative quali le società per azioni, alla ricorrenza di periodi di recessione economica e alla perdita di omogeneità del ceto creditorio (con la sempre maggiore rilevanza delle aziende dell'indotto), è emerso, accanto all'imprenditore, l'impresa in quanto tale, come attività economica organizzata. Questa era rimasta sullo sfondo normativo, come conferma la circostanza che lo stesso codice civile, coevo alla legge fallimentare, concentra maggiore attenzione alla disciplina dei diritti reali e del possesso, rispetto ai fenomeni della finanza e dell'impresa, la quale non viene neppure definita come concetto in sé.

L'interesse alla tutela dei creditori, da un lato, e l'interesse pubblico ad evitare la perdita di posti di lavoro, dall'altro, sono stati spesso ritenuti antitetici, tanto che certa dottrina si è spinta a sostenere che le procedure concorsuali dovrebbero essere dirette a soddisfare interessi contrastanti con quelli dei creditori ⁽²⁸⁾.

Tuttavia, è opportuno evidenziare come tra i suddetti interessi non sia inevitabile un rapporto discrativo, potendo verificarsi l'ipotesi in cui l'impresa sia dotata di valore di avviamento senza necessità di una ristrutturazione industriale. Di conseguenza, tramite la continuazione dell'attività di impresa si soddisfa l'esigenza del ceto creditorio alla monetizzazione del suo valore di avviamento, mantenendo al contempo i posti di lavoro dei dipendenti ⁽²⁹⁾. Pertanto, è stato affiancato alla liquidazione, fino ad allora scopo unico della disciplina fallimentare, l'obiettivo della conservazione e del ricollocamento nel mercato del complesso produttivo per mezzo della definizione delle pretese dei creditori, nell'auspicio che ciò possa avere effetti positivi a livello economico.

Giova comunque ricordare come il legislatore italiano anche nella vigenza dei codici ottocenteschi non si fosse rivelato sordo alla possibilità di una «via di fuga» dal fallimento. Infatti, oltre a prevedere timidi esempi di soluzioni negoziali quali la moratoria (che si approfondirà nei successivi paragrafi), aveva mostrato interesse per l'esdebitazione, tramite il pagamento in percentuale dei crediti dell'imprenditore non più *in bonis* ma in

si veda G. BONGIORNO, *Il tramonto del carattere sanzionatorio del fallimento nella riforma del sistema normativo concorsuale: dall'infamia alla premiazione dell'imprenditore dissestato*, in G. RAGUSA MAGGIORE-G. TORTORICI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002, pag. 210; S. PACCHI PESUCCI, *La posizione dei creditori nella legge di riforma italiana*, *ivi*, pag. 430; F. LOMBARDI COMITE, *L'interesse pubblico nella impresa privatizzata in crisi*, *ivi*, pag. 588.

⁽²⁸⁾ Cfr. in merito F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, pag. 66; *Id.*, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, pag. 412.

⁽²⁹⁾ Sul punto si veda L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, pag. 69. Infatti la conservazione degli *assets* e del plusvalore dei complessi aziendali rispetto ai singoli beni, che viceversa in caso di liquidazione atomistica del patrimonio sarebbero dispersi, non può che perseguire l'interesse dei creditori.

una situazione di dissesto temporaneo, con l'introduzione dell'istituto del concordato preventivo, attuato con le leggi n. 197 del 1903, n. 473 del 1925, n. 995 del 1930 ⁽³⁰⁾. In tal modo si perseguiva l'obiettivo di soddisfare l'esigenza di garantire i creditori e di escludere il fallimento, permettendo al debitore meritevole di continuare la propria attività sgravata da parte del passivo e di evitare quindi, come osservava Bonelli «la vergogna e la diminuzione che porta con sé il fallimento» ⁽³¹⁾.

Nell'applicazione pratica il concordato aveva tuttavia perso l'iniziale finalità conservativa rivelandosi un mezzo utilizzabile dal debitore per superare la crisi e soddisfare i creditori con la cessione dei beni, giacché altrimenti non avrebbe ottenuto il consenso del ceto creditorio.

3. *La prospettiva «funzionalistica» dell'impresa.* – In occasione della crisi della cultura liberale classica si incrementa l'interesse alla conservazione dell'impresa. Nondimeno, la successiva legge fallimentare di cui al R.D. n. 267 del 1942, recependo le indicazioni della prassi, introduce quindi la *cessio bonorum*, senza far riferimento all'esigenza di tutelare la continuazione dell'impresa, considerata al massimo mero strumento, privilegiando invece l'interesse dei creditori come fine primario della procedura ⁽³²⁾.

Con la prevalenza di un modello di impresa in cui si osserva rispetto al capitale di rischio una netta preponderanza di capitale di credito nonché la maggiore rilevanza dei beni immateriali, si assiste ad una «esternalizzazione del rischio», giacché in caso di fallimento il costo dell'attività di rischio grava sul capitale di credito.

Si riscontra, infatti, che in alcuni casi, come qualora i debiti dell'imprenditore siano maggiori del valore dell'impresa produttrice di ricchezza ⁽³³⁾, i creditori – che nel corso della crisi subiscono una sorta di patto leonino in quanto sono di fatto fornitori del capitale di rischio senza percepire gli utili né avere il controllo dell'impresa – sarebbero maggiormente

⁽³⁰⁾ Si veda in proposito L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932, pag. 2 e le riflessioni di F. CARNELUTTI, in *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, pag. 676.

⁽³¹⁾ Così G. BONELLI, in *Del fallimento*, in V. ANDRIOLI (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, III, Milano, 1939, pag. 437. Basti pensare al termine utilizzato per la caratterizzazione della procedura, ovvero la parola «fallimento» dalle caratteristiche oggettivamente e soggettivamente negativi, mentre nell'ordinamento statunitense è stato adottato il vocabolo «*bankruptcy*» che deriva da «bancarotta», termine che nell'antico Medioevo identificava il mercante insolvente cui veniva appunto rotto il banco che utilizzava per la propria attività commerciale.

⁽³²⁾ Cfr. in proposito Cassazione, 12 luglio 1991, n. 7790, in *Il Fall.*, 1991, pag. 1248, con nota di L. PANZANI.

⁽³³⁾ In questa fattispecie, nella quale il valore dell'impresa mantenuta in esercizio è superiore al suo valore di liquidazione dato dalla somma dei suoi componenti, si suole dire che l'impresa è munita di un valore di *going concern*.

tutelati nell'ipotesi di prosecuzione dell'attività di impresa. In questo modo possono infatti ottenere almeno parte del pagamento del loro credito grazie alla valorizzazione del patrimonio del debitore ⁽³⁴⁾.

Giova peraltro ricordare che nel panorama italiano sono per lo più le banche a costituire spesso la parte più consistente del ceto creditorio creando quello che viene spesso definito come «multibancarizzazione delle vie di crescita», stante il loro intervento nello stesso credito commerciale per mezzo degli strumenti di anticipazione su fatture e la marginale emissione di strumenti finanziari di debito. A ciò deve aggiungersi la diffusa e costante sottocapitalizzazione delle imprese con molto credito a breve termine, utilizzato per la gestione ordinaria, e poco credito a medio e lungo termine, finalizzato al finanziamento degli investimenti ed alle strategie di crescita ⁽³⁵⁾.

Tali considerazioni, unite alla ben più forte esigenza pubblica di garantire la conservazione di livelli occupazionali ⁽³⁶⁾, hanno contribuito al pas-

⁽³⁴⁾ In merito L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., pag. 25, parla di creditori come «soci senza diritti»; si veda inoltre ID., *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fall.*, 2008, pag. 1075; B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, pag. 332. Quest'ultimo autore osserva in particolare che «quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, fermo restando che sembra ragionevole concedere a chi abbia investito a rischio un'opzione privilegiata nel rinnovare l'investimento, se ciò non avviene e il capitale di rischio risulti azzerato e non rinnovato, la legittimazione alla gestione dell'impresa, ormai qualificata come in crisi perché incapace di produrre reddito per soddisfare nella naturale sequenza economica i debiti assunti, scende di uno scalino: passa cioè dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito, senza traumi particolari. Lo spossamento del debitore insolvente si traduce *tout court* nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata nella gestione dell'impresa rispetto all'investimento di rischio finché l'impresa sia *in bonis*, privilegiata rispetto a ogni altro quando l'impresa sia caduta in crisi». Per un'approfondita indagine economica si veda R. BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, in L. CAPRIO (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Studi e ricerche del Medio-credito Lombardo, 1997, n. 17, pag. 79.

⁽³⁵⁾ Cfr. G. GOBBI, *Tendenze evolutive del rapporto banca-impresa in Italia*, in S. MONFERRÀ (a cura di), *Il rapporto banca-impresa in Italia*, Roma-Milano, 2007, e G. CERRINA FERONI-G. MORBIDELLI, *Banca e impresa. Nuovi scenari, nuove prospettive*, Torino, 2008.

⁽³⁶⁾ Sul punto cfr. F. ALLEVA, *Fallimento e tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pag. 221; L. CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, pag. 624; F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, pag. 8. Si ricorda che l'insolvenza del datore di lavoro non influisce sulla salvaguardia dei diritti dei lavoratori nel senso che la tutela dei loro interessi è equivalente a quella in caso di cessione dell'azienda fatta da un imprenditore *in bonis*: quindi perdurano i diritti acquisiti (art. 2112 cod. civ. e art. 47 della legge n. 428 del 1990 come modificato dal D.Lgs. n. 18 del 2001); è previsto inoltre un fondo di garanzia per le retribuzioni non corrisposte dal datore di lavoro (D.Lgs. n. 80 del 1992); è infine stabilito che il fallimento del datore di lavoro non può integrare una giusta causa di licenziamento (art. 2119 cod. civ.) ma comportare la cessazione del rapporto solo nei limiti del licenziamen-

saggio da una visione meramente patrimonialistica ad una prospettiva «funzionalistica» e sociale dell'impresa, compiuta dalla c.d. legislazione di salvataggio iniziata negli anni settanta.

Il primo mutamento di prospettiva nella disciplina fallimentare è tuttavia riscontrabile già nella carta costituzionale laddove nell'art. 41, comma 2, ma anche negli artt. 35 e 36 è rintracciabile un'indicazione a favore della salvaguardia dei complessi produttivi⁽³⁷⁾: agli obblighi disposti dall'art. 2088 cod. civ. a carico dell'imprenditore di uniformarsi ai principi dell'ordinamento corporativo si sostituisce la riserva legislativa di imporre programmi per indirizzare a fini sociali l'iniziativa economica. Risulta quindi possibile inquadrare la crisi come elemento fisiologico della vita dell'impresa tutelata costituzionalmente dall'art. 41, che giustifica dunque un intervento pubblico nella sfera di libertà economica solo in presenza di una previsione di legge⁽³⁸⁾.

Tuttavia, come si ricordava, solo negli anni settanta, per far fronte alla recessione economica e al verificarsi di dissesti di rilevanza tale da oltrepassare l'ambito dei soggetti legati all'imprenditore da rapporti obbligatori, il legislatore ha posto in essere interventi esplicitamente volti alla conservazione dell'attività dell'impresa in crisi.

Si fa riferimento specialmente alle normative quali la legge n. 184 del 1971 che istituiva la finanziaria pubblica GEPI (Società per le Gestioni e Partecipazioni Industriali) con il compito di entrare temporaneamente nel

to per giustificato motivo oggettivo. In ipotesi invece di liquidazione dell'attivo nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese si considera esplicitamente in maniera povera la conservazione dei complessi aziendali in attività e dunque il mantenimento dei livelli occupazionali (art. 63 D.Lgs. n. 270 del 1999).

⁽³⁷⁾ Sul tema cfr. V. ANDRIOLI, *Incidenza della Costituzione nella materia fallimentare*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 1960, pag. 399; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, bor. e tit. cred.*, 1997, pag. 1; Atti del Convegno di Vicenza del giugno 1989 su *La Corte Costituzionale e le procedure concorsuali tra legislatore inerte e giudice solerte*, in *Il Fall.*, 1990, pag. 113; V. ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pag. 2. Si ricorda in particolare in merito all'art. 41 Cost. la lettura «sociale» e «dirigista» dell'iniziativa economica privata, che considerava il comma 2 dell'art. 41 Cost. come norma di coordinamento fra i principi costituzionali, e che riteneva quindi l'utilità sociale come elemento interno all'essenza della libertà di iniziativa privata (cfr. le analisi di P. PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte Costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, pag. 489; e U. BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, pag. 156). A tale idea di «funzionalizzazione sociale» ha fatto seguito la concezione che distingueva il profilo dell'iniziativa, espresso dal comma 1, da quello del suo svolgimento, individuando dunque nell'utilità sociale un principio-valvola di adattamento dell'ordinamento al mutare degli atti sociali; in questo caso tuttavia l'utilità sociale è considerata come limite «esterno», nell'ambito del quale l'individuo possa esercitare la propria autonomia (cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 117; *Id.*, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, pag. 380).

⁽³⁸⁾ Si veda in merito D. GALLETI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, pag. 15.

capitale di aziende private in crisi e di agevolarne la ristrutturazione; la legge n. 675 del 1977 sulla riconversione e ristrutturazione industriale ⁽³⁹⁾; la legge n. 391 del 1978, che ha modificato l'art. 187 legge fallim. sull'amministrazione controllata; e la n. 95 del 1979 c.d. «legge Prodi» relativa alla regolamentazione della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, oggetto di ben due condanne all'Italia da parte della Corte di Giustizia ⁽⁴⁰⁾, che ha qualificato la procedura come aiuto di Stato illegittimo ⁽⁴¹⁾.

Si mutava così la gerarchia degli interessi, tentando di perseguire in via preferenziale il salvataggio dell'impresa, intesa questa come valore di interesse anche collettivo e pubblico ⁽⁴²⁾.

Tuttavia, questo corpo normativo, senza effettuare una riforma radicale della disciplina concorsuale, era diretto al mantenimento in vita delle sole imprese di grandi dimensioni, spesso anche contro l'interesse dei creditori, allocando sulla collettività il costo del risanamento dell'impresa in dissesto. Tale complesso di leggi ha consentito comunque l'introduzione nel

⁽³⁹⁾ Per la critica a tale normativa, che tenta di superare lo scopo essenzialmente liquidatorio della procedura tutelando il fattore lavoro, si veda su tutti V. COLESANTI, *Gli interventi amministrativi nella crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, pag. 411; A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., pag. 519.

⁽⁴⁰⁾ Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, n. 295-97/1999, in *Il Fall.*, 1999, pag. 1183.

⁽⁴¹⁾ Sulla legislazione degli anni settanta si veda in generale A. GAMBINO, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1982, pag. 713; G. TARZIA, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, I, 1982, pag. 727; M. GALIOTO-A. PALUCHOWSKI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1991, pag. 17. Si vedano inoltre gli atti del convegno tenuto a Verona il 28-29 ottobre 1977 su *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, i cui atti sono pubblicati in *Giur. comm.*, 1979, I, pag. 222. Più recentemente in scia con le suddette leggi si sono poste il D.Lgs. 270 del 1999 sull'amministrazione straordinaria (c.d. legge «Prodi-bis»), volta a tutelare sia il diritto dei creditori a vedere soddisfatto il proprio credito, sia il valore rappresentato dall'impresa per la collettività, e la legge n. 39 del 2004 (c.d. legge «Marzano») sulle misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza modificato in occasione della «crisi Alitalia» con la legge n. 166 del 2008, sui quali si veda S. BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (Legge «Marzano»)*, in *Il Fall.*, 2004, pag. 363; G. LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Il Fall.*, 2008, pag. 1115; ID., *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza*, *ibidem*, pag. 1365; M. FABIANI-L. STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, pag. 1337. In ogni caso sia la legge «Prodi» che la legge «Prodi-bis», tuttavia, non sono mai state in grado nella pratica di permettere un effettivo risanamento aziendale sfociando sempre in durevoli procedimenti di liquidazione.

⁽⁴²⁾ In proposito alla legge «Prodi» in particolare R. RORDORF, *Le procedure concorsuali e la par condicio fra diritto positivo, usi alternativi e prospettive di riforma*, in *Quaderni del C.S.M.*, Frascati, 1988, pag. 23, affermava che «la gerarchia degli interessi è ribaltata non già per mano della giurisprudenza, sollecitata dalle circostanze, caso per caso, ad un alternativo delle procedure concorsuali, bensì dal legislatore stesso e quindi con una valenza generale ed astratta e con riflessi sistematici sull'intera normativa concorsuale».

nostro ordinamento di alcuni concetti innovativi, tra cui la disciplina della crisi di «gruppo», ancora oggi non disciplinata dalle procedure fallimentari ordinarie.

In aggiunta, è opportuno ricordare anche la diffusione di fenomeni quali il credito al consumo, il *leasing* finanziario e la ricerca di nuove forme di garanzie volte ad evitare lo spossessamento del debitore, che sottolineano maggiormente l'esigenza di conservazione delle componenti positive dell'impresa ⁽⁴³⁾.

Il sistema economico, sempre più articolato e in rapida evoluzione, avvertiva l'esigenza di regole flessibili finalizzate non solo alla soddisfazione dei creditori, ma, soprattutto, al risanamento dell'impresa mediante il ritorno *in bonis* dell'imprenditore, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, dirette a tentare la conservazione collocando i complessi aziendali presso terzi ⁽⁴⁴⁾.

A tal fine, si è reso necessario un ampio mutamento di regole sfociate nella c.d. stagione delle riforme fallimentari. Queste hanno impresso una notevole modernizzazione alle procedure concorsuali, rese ancora più urgenti da importanti scandali finanziari all'inizio degli anni duemila ⁽⁴⁵⁾. Gli obiettivi che il legislatore della riforma ha tentato di perseguire sono: la riduzione dei costi e dei tempi delle procedure, una più tempestiva emersione della crisi, e, appunto, l'implementamento dell'autonomia delle parti

⁽⁴³⁾ Il credito al consumo originariamente regolato dalla legge n. 142 del 1992 è stato poi disciplinato dal Testo unico bancario (D.Lgs. 385 del 1993). In tema cfr. G. ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1995, pag. 6 e M. GORGONI, *Credito al consumo e «leasing» traslativo al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, pag. 1123. È noto lo sviluppo di nuove forme di garanzie come il pegno rotativo, il pegno su beni immateriali quali la *floating charge* ed il pegno su marchio di impresa, sui quali si veda tra gli altri G.B. BARILLÀ, *Pegno rotativo e discipline anomale di pegno* in G. CIAN-D. ORLANDO (a cura di), *Studium Iuris*, 2002, pag. 3; E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi dell'impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Banca d'Italia, Quad. ric. Giur.*, Roma, 2000, n. 51; E. GABRIELLI, *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust. Problemi generali*, in *Trusts e att. fid.*, 2002, pag. 518; L. SALOMONE, *Pegno su marchio d'impresa: nuova garanzia per il credito industriale*, in *Impresa*, 2003, pag. 457.

⁽⁴⁴⁾ Secondo gli economisti, infatti, il fallimento è diretto, tra i vari obiettivi, a perseguire la c.d. efficienza intermedia, ovvero quella relativa alle imprese in crisi prima dell'avvio di procedure concorsuali nella fase di c.d. *pre-insolvency*, e richiede strumenti che favoriscano la tempestiva emersione dello stato di difficoltà, scongiurando al pari condotte eccessivamente rischiose (c.d. *over-investments*) al fine di evitare l'insolvenza. Le operazioni azzardate, infatti, comportano costi sopportati maggiormente dai creditori, oltre ad avere come effetto la riduzione dell'incentivo ad investimenti con valore atteso positivo ma poco rischiosi, giacché diminuirebbero la variabilità dei rendimenti a svantaggio degli azionisti (c.d. *under-investments*). Si veda in proposito F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, I, pag. 57.

⁽⁴⁵⁾ Si fa riferimento agli eclatanti casi di Volare Web, Cirio, Parmalat, su cui C. DEMATTÉ, *Parmalat e Cirio: l'occasione per cambiare*, in *Econ. & Man.*, n. 2, 2004, pag. 3.

nella gestione della crisi e la continuazione dell'attività d'impresa ⁽⁴⁶⁾.

La stagione delle riforme della disciplina concorsuale, ha risposto altresì ad un'esigenza di omogeneità con le normative vigenti negli altri paesi dell'Unione Europea, dove risulta sempre più manifesta la necessità di approntare strumenti giuridici volti al risanamento dell'impresa ⁽⁴⁷⁾. Del resto, la stessa Commissione Europea ha delineato alcuni orientamenti in materia di salvataggi e ristrutturazioni nella Comunicazione agli Stati membri n. 288/02 del 1999 laddove, nel quadro del mercato concorrenziale, si prevedono i c.d. aiuti alla ristrutturazione al fine di consentire un recupero dell'efficienza aziendale in un ragionevole periodo di tempo.

4. *L'evoluzione dei presupposti: dall'insolvenza alla crisi d'impresa.* – Come detto, la costruzione di tale «secondo binario» della disciplina delle procedure concorsuali, ovvero l'affermazione della «cultura del salvataggio» accanto alla finalità liquidativa, costituisce uno dei tratti essenziali della normativa fallimentare dopo le riforme di cui al D.L. n. 35 del 2005, cui sono seguite le novelle apportate con i D.Lgs. n. 5 del 2006 e n. 169 del 2007, unitamente all'ampliamento del raggio dell'autonomia privata in ambito concorsuale ⁽⁴⁸⁾. Questa, declinata come autonomia negoziale dei soggetti coinvolti nella composizione della crisi, costituisce il perno della nuova disciplina di gestione dell'insolvenza ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Da un'indagine empirica effettuata da R. BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, cit., pag. 79, considerando un campione di imprese entrate in procedura nel periodo 1981-1995, era infatti emersa una durata media del fallimento tra i cinque e i sei anni, con un rimborso del solo 10% per i creditori chirografari, e del 36,5% per i creditori privilegiati, senza considerare i casi di chiusura per insufficienza dell'attivo che hanno riguardato il 43% dei fallimenti.

⁽⁴⁷⁾ Oltre ai meccanismi di composizione negoziale dell'insolvenza finalizzati alla conservazione dell'impresa, gli obiettivi del legislatore comprendevano essenzialmente l'eliminazione delle conseguenze afflittive della dichiarazione di fallimento nei confronti dell'imprenditore persona fisica, la velocizzazione della procedura, e la riduzione della soglia di fallibilità.

⁽⁴⁸⁾ Tale prospettiva attraversa orizzontalmente la recenti riforme che hanno caratterizzato l'ordinamento giuridico. Paradigmatica in tal senso è la norma che, nella novella che ha interessato il diritto societario, sostituisce il divieto di compiere nuove operazioni con il più elastico dovere di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio sociale (art. 2486 cod. civ.). Al pari giova richiamare l'ampiezza dei poteri dei liquidatori, ai quali può essere attribuita la facoltà di porre in essere tutti gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, compreso l'esercizio provvisorio, anche di singoli rami d'azienda, in funzione del miglior realizzo (art. 2487 cod. civ.).

⁽⁴⁹⁾ Come si legge nella relazione al D.L. 35 del 2005, infatti, le soluzioni fondate sull'iniziativa privata sono volte al «fine di evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie». La riduzione della latitudine della discrezionalità del giudice risponde del resto all'esigenza di realizzare un coordinamento tra la disciplina fallimentare e il principio del giusto processo

La disciplina si mostra dunque profondamente rivoluzionata, in quanto si è sostituita ad una normativa «monocentrica», imperniata sul procedimento di liquidazione collettiva del patrimonio del debitore-imprenditore, una sistematica «pluricentrica» che traborda i tradizionali argini della legge fallimentare e delle sue categorie per comprendere concetti di portata innovativa, come la crisi d'impresa, termine emancipato dal suo alveo naturale economico-aziendale e oramai divenuto patrimonio giuridico.

Le recenti novelle alla disciplina fallimentare hanno comportato, infatti, un radicale mutamento di prospettiva da parte del legislatore, una sorta di rivoluzione kantiana al contrario, che pone l'oggetto-impresa, più che il soggetto-imprenditore al centro della disciplina del nuovo diritto della crisi d'impresa. In altre parole, la finalità dell'ordinamento è maggiormente volta a preservare il valore dell'impresa in sé, a prescindere dal soggetto imprenditore che la gestisce.

Tale radicale trasformazione ha reso necessaria un'inversione d'impostazione rispetto al quadro normativo previgente, con un approccio alla crisi che mostra il fallimento essenzialmente come un'opzione dei creditori, i quali, ribaltando l'impostazione di tipo autarchico e paternalistico, assurgono a protagonisti attivi della crisi, con un aumento dello spazio di esercizio della loro autonomia, cui corrisponde il simmetrico ridimensionamento dei poteri gestori del giudice ⁽⁵⁰⁾.

Da un punto di vista sistematico si assiste quindi al declino normativo del concetto giuridico di insolvenza quale fattore esterno, preclusivo dello svolgimento dei rapporti, o per lo meno di un'idea di insolvenza legata al patrimonio inteso in senso statico.

Valga in proposito ricordare la matrice civilistica dell'insolvenza – collocata nella parte generale delle obbligazioni e dei contratti sebbene sia definita dalla disciplina fallimentare – intesa come prodromica alla produzione di effetti quali, ai sensi dell'art. 1186 cod. civ., la decadenza dal beneficio del termine ⁽⁵¹⁾.

previsto dal novellato art. 111 Cost., come osserva G. LO CASCIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. FAUCEGLIA (a cura di), *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento. La recente disciplina della revocatoria*, Napoli, 2005, pag. 64; ID., *Gli organi e la tutela giurisdizionale nella prospettiva di riforma*, in *Il Fall.*, 2004, pag. 981; C. FERRI, *Tutela giurisdizionale nei procedimenti di composizione concordata e liquidazione*, in *Il Fall.*, suppl. n. 12, 2004, pag. 50.

⁽⁵⁰⁾ Si veda in merito F. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»*, Bologna, 2008, pag. 488. È opportuno comunque osservare come nel codice di commercio del 1882 si riconosceva ai creditori il potere di chiedere la sostituzione del curatore nominato dal Giudice (art. 719), e di nominare la delegazione di sorveglianza (art. 723).

⁽⁵¹⁾ L'incertezza che presiede alla definizione di insolvenza, concetto espressamente compreso nello stato di crisi, secondo l'ult. comma dell'art. 160 legge fallim., ha fatto sì che

L'insolvenza in senso civilistico, infatti, si differenzia nettamente da quella in ambito concorsuale, benché si presentano entrambe come situazioni di dissesto patrimoniale, in quanto è connessa ad un'insufficienza anche temporanea del patrimonio del debitore. Tale insufficienza comporta, nel contesto del singolo rapporto obbligatorio, il mancato affidamento da parte del creditore sulla garanzia patrimoniale, e, dunque, l'attivazione di una serie di diritti potestativi di autotutela. Risulta quindi un concetto vicino all'idea di crisi in quanto comprende l'indebitamento anche ipoteticamente fisiologico dell'impresa.

Nell'ottica più propriamente commerciale, invece, l'insolvenza si ravvisa qualora vi sia, in forza di un giudizio *ex ante* e dunque con riferimento alla capacità dell'imprenditore di accedere al credito, l'impossibilità sostanzialmente irreversibile del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, incidendo sulla tutela creditoria nell'ambito della gestione di una pluralità di interessi in concorso⁽⁵²⁾. Infatti, la definizione offerta dall'art. 5 legge fallim. riguarda solo il quadro economico interno al-

fosse accostata da V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), in *Dir. fall.*, 2008, I, pag. 371, e da L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziata dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis legge fallim.*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, pag. 399 «ad una delle massime acquisizioni della fisica teorica, a quel principio di indeterminazione (elaborato da Werner Heisenberg), per cui certi elementi della materia (specie nella sfera dell'«infinitamente piccolo») non sono suscettibili di percezione oggettiva, perché la stessa presenza attiva dell'osservatore – necessaria per acquisirla – altera l'oggetto su cui si esplicano, sicché questo oggetto risulta non osservabile (e dunque non conoscibile) in sé, nella stessa misura in cui l'osservazione (finalizzata alla conoscenza) di esso lo rende altro da sé». Peraltro la difficoltà di individuare una definizione unitaria di insolvenza era già presente all'inizio del secolo scorso laddove A. DE VINCENTIIS, voce *Insolvenza colpevole*, in *Dig. it.*, XIII, Torino, 1902-1906, pag. 1202, osservava che «insolvenza è campo così vasto di ricerche che pervade e penetra quasi tutta la teorica delle obbligazioni, poiché essa, anche nei rapporti fra creditore e debitore, non dà luogo, nella nostra legge civile, a un istituto speciale, che ne stabilisca la nozione, ne fissi i criteri per determinarla, ne organizzi una valida difesa per premunirsene, ma è la risultante di disposizioni sparse nel codice civile, che ne fa menzione disciplinando solo taluni effetti senza nemmeno una disposizione che accenni al suo contenuto intrinseco».

⁽⁵²⁾ In merito alla differenza tra insolvenza civile e insolvenza concorsuale si veda G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, Torino, 2007; M. BOCCHIOLA, *La nozione di «insolvenza» nell'art. 1186 cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pag. 205; e, in particolare, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI (diretto da), in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, pag. 127, il quale osserva che «entrambe si presentano come situazioni di dissesto patrimoniale; tuttavia, ai fini del fallimento, tale dissesto non è di necessità rappresentato da una effettiva eccedenza delle passività rispetto alle attività, assumendo, invece, decisiva importanza, in ogni caso, l'essere costretto il debitore a ricorrere a mezzi anormali per fronteggiare i propri impegni. Ciò può forse riassumersi dicendo che quel che conta può anche essere non l'eccedenza, bensì la prevalenza, delle passività, la quale, in definitiva, può dimostrare l'intrinseca debolezza dell'impresa e, conseguentemente, l'opportunità di una liquidazione delle attività nell'interesse di tutti i creditori».

l'impresa, ovvero lo sbilancio tra flussi finanziari che comporta il *deficit* di cassa, percepibile in via sintomatica solo da operatori professionali: può dunque sussistere anche qualora il valore del patrimonio dell'imprenditore sia maggiore dell'ammontare dei debiti, se i beni parte dell'attivo non sono facilmente liquidabili o i crediti non possono essere riscossi in tempo utile.

Di conseguenza, si assiste sempre più ad una «soggettivizzazione» dell'insolvenza, in quanto suo arbitro sarà l'operatore bancario o un altro potenziale finanziatore che, decidendo di mantenere o revocare le linee di credito, determina la manifestazione esteriore dell'insolvenza, ovvero quello stato che assume il crisma della giuridicità in quanto idoneo a coinvolgere i terzi che entrano in relazione con l'imprenditore (*claimholders*). L'ordinamento, infatti, si limita a disciplinare le manifestazioni esterne della crisi capaci di influire sulla situazione patrimoniale dei terzi creditori, ovvero l'effetto esternalizzato della condizione di difficoltà finanziaria in cui versa l'imprenditore, a prescindere dallo squilibrio economico-patrimoniale⁽⁵³⁾.

L'obiettivo della disciplina è dunque quello di bilanciare gli interessi contrapposti dell'imprenditore in difficoltà con quelli dei creditori, fornendo gli strumenti giuridici finalizzati a rimuovere non tanto la crisi, *strictu sensu* intesa, quanto i suoi effetti sul piano finanziario⁽⁵⁴⁾. Tale concezione relazionale e influenzata da comportamenti soggettivi segna dunque il superamento del c.d. dogma dell'insolvenza, stabilendo la possibilità che quest'ultima sia rimessa al governo dell'autonomia privata⁽⁵⁵⁾.

Si afferma quindi un nuovo concetto a metà strada tra insolvenza civile e commerciale, che vale a unificare il sistema nell'intersezione tra la disciplina dell'atto e dell'attività: la nozione di crisi, mancante di tradizione giuridica e pertanto meno «impegnativa», che sposta l'obiettivo dal soggetto all'attività, in quanto predicato di quest'ultima (a differen-

(53) Giova in proposito differenziare gli effetti finanziari dagli effetti economici della crisi, relativi ad un piano endoaziendale e non direttamente pregiudizievoli per i terzi contraenti. Tali effetti sono rappresentati dallo squilibrio economico che emerge all'esterno mediante il bilancio d'esercizio in cui una prevalenza dei costi sui ricavi non è sintomatica dell'effetto economico di una crisi. Ma può tradursi in erosioni del capitale sociale minimo legale o in una riduzione della garanzia patrimoniale, generando dunque un danno ai creditori.

(54) A differenza degli accordi di ristrutturazione dei debiti, del piano di risanamento e del concordato preventivo, i piani industriali di ristrutturazione economica e finanziaria previsti dal D.Lgs. 27 del 1999 e dalla legge 39 del 2004 a favore delle grandi imprese in stato di insolvenza che manifestano concrete prospettive di recupero, costituiscono uno strumento finanziario funzionale a rimuovere le cause della crisi, in ragione di superiori esigenze di carattere sociale e di politica economica nazionale.

(55) Si vedano in proposito le riflessioni di L. ROVELLI, *L'amministrazione delle grandi imprese insolventi*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, VI, § 4.2, Torino, 2002, pag. 26; ID., *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fall.*, 2009, pag. 1030; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., pag. 371.

za del termine «insolvenza» che è invece predicato del soggetto) ⁽⁵⁶⁾.

Il concetto di «crisi» infatti, assumendo la conformazione di un criterio giuridico «aperto» benché di derivazione economico-aziendale, consente di cogliere dinamicamente la tendenza della situazione economica dell'impresa, e costituisce il presupposto anche logico per l'attivazione degli strumenti di composizione negoziale delle situazioni di grave difficoltà finanziaria, in quanto permette di anticipare il tentativo di salvataggio ben prima di raggiungere uno stato di irreversibilità ⁽⁵⁷⁾.

Del resto, lo stesso significato etimologico del termine crisi (dal greco κρῖσις) rimanda ad una scelta, ovvero, nella fattispecie, all'esigenza di adottare la decisione gestionale nel senso della continuazione dell'attività economica, predisponendo un'operazione di risanamento, o della sua cessazione ⁽⁵⁸⁾.

Giova considerare come con la recente legge n. 3 del 2012 in tema di

⁽⁵⁶⁾ Si tratta, ovviamente, di un concetto più vago, come stigmatizzando il concetto, ha osservato G. B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca, bor. e tit. cred.*, 2007, I, pag. 369.

⁽⁵⁷⁾ Non è presente nell'ordinamento una norma che possa definire lo stato di crisi, generando, come detto, un'inevitabile incertezza. Una definizione normativa delle diverse fasi della crisi d'impresa risulterebbe invece utile al fine di identificare il presupposto oggettivo minimo per accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, e altresì allo scopo di predisporre un'operazione di salvataggio che corrisponda alle esigenze particolari e dunque al livello di gravità della crisi dell'impresa. In assenza di una definizione normativa è necessario rivolgersi ai criteri sviluppati dalla scienza aziendalistica, la quale nell'individuare le ragioni della crisi d'impresa, differenzia tra fattori interni e fattori esterni della stessa. Sotto questo profilo la dottrina aziendalistica ha identificato quattro fasi del processo patologico della crisi d'impresa. La fase iniziale detta di «incubazione del declino» è caratterizzata dai primi indizi di squilibrio frequentemente non percepibili agevolmente. La seconda fase è quella della «maturazione del declino» che si rivela con perdite di valore del capitale e la diminuzione dei flussi reddituali. La terza fase è quella delle «ripercussioni delle perdite» sui flussi finanziari, sull'immagine e la fiducia dell'impresa sul mercato, contraddistinta da un forte squilibrio economico. La quarta e ultima fase è quella in cui la crisi è ormai irreversibile e si manifesta nelle due forme dell'insolvenza o del dissesto. Nello stadio dell'insolvenza la ristrutturazione dell'impresa appare ancora possibile, anche se problematica e con fioche possibilità di successo. Con il dissesto invece l'impresa percorre la fase terminale della sua crisi distinta da un costante squilibrio economico, finanziario e patrimoniale, per cui la disgregazione del complesso aziendale diviene una risultata non evitabile con un'operazione di ristrutturazione. Si vedano in merito le riflessioni di G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Il Fall.*, 2009, pag. 25; e L. GUATRI, *Turnround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, pag. 110. Sulla definizione di stato di crisi quale presupposto oggettivo del concordato preventivo si veda G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, pag. 569; G. SCHIANO DI PEPE, *Insolvenza e gestione del credito bancario*, in *Dir. fall.*, 2001, II, pag. 699; G. DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, pag. 193.

⁽⁵⁸⁾ Come afferma N.R. AUGUSTINE, *Come trasformare la crisi in un successo*, in *Harvard bus. rev.*, 1996, 5, pag. 20, ogni situazione di crisi «ha, in sé, i germi del successo e le radici del fallimento. Trovare, coltivare e raccogliere quel successo potenziale è l'essenza della gestione della crisi. E viceversa l'essenza della cattiva gestione della crisi è la propensione a prendere in mano una situazione negativa e farla peggiorare».

sovraindebitamento del debitore non fallibile⁽⁵⁹⁾ si sia introdotto un ulteriore presupposto, diverso dallo stato di crisi e dall'insolvenza, ovvero appunto il sovraindebitamento, intendendo con tale espressione «una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte», e «la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni»⁽⁶⁰⁾.

Il legislatore con tale definizione pare aver combinato elementi chiaramente propri dell'insolvenza in senso commerciale, con il riferimento al patrimonio liquidabile, e dell'insolvenza civilistica, ove menziona l'incapacità patrimoniale ad adempiere, benché lo scopo della procedura sia apertamente la liquidazione di un patrimonio al fine di soddisfare i creditori. Tuttavia, la connotazione patrimoniale dinamica emerge chiaramente dall'art. 8 là dove si afferma che la «proposta di accordo prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri». Il debitore verserà in stato di sovraindebitamento anche qualora abbia un patrimonio capiente, senza tuttavia disporre della liquidità sufficiente a far fronte regolarmente ai propri creditori, in quanto il suo patrimonio non può assicurare una liquidità tale da soddisfare i debiti in scadenza.

Il debitore quindi deve versare in uno stato di impotenza attuale, funzionale e non transitoria, che non gli consenta di poter soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, facendo ricorso al livello del reddito corrente, alle integrazioni eventualmente possibili e/o alla ragionevole liquidazione del patrimonio disponibile⁽⁶¹⁾.

5. *Il contratto sulla crisi d'impresa.* – Il sistema complessivo che risulta in generale dall'ordinamento dunque, sebbene le riforme alla disciplina concorsuale siano state attuate con novelle ed una parziale abrogazione (la delega, pur ampia, non consentiva una completa soppressione della vigente legge fallimentare), innova radicalmente le finalità dei procedimenti concorsuali per la tutela del credito. Si tenta, infatti, di appagare l'esigenza di apportare soluzioni efficienti, idonee al rapido superamento del dissesto dell'impresa nell'interesse dei credito-

⁽⁵⁹⁾ Si tratta di un accordo che consente alle piccole imprese e in generale a tutti i soggetti non sottoponibili alle procedure concorsuali di evitare l'esecuzione forzata favorendo tuttavia i creditori in quanto permette loro di non dover anticipare gli oneri della procedura e di ridurre i tempi dell'eventuale esecuzione. Per una disamina della normativa si veda F. MACARIO, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contratti*, 2012, pag. 229.

⁽⁶⁰⁾ In tal senso, con una tecnica di *drafting* di chiara matrice comunitaria, l'art. 6 della legge n. 3 del 2012 che esplicita le finalità e le definizioni della normativa.

⁽⁶¹⁾ Si veda in merito l'analisi di M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore «non fallibile»* (D.L. 212/212), in *www.ilcaso.it*, 2012.

ri, con la possibilità di conservare gli organismi risanabili, in un quadro di economia di mercato ⁽⁶²⁾.

La continuazione dell'attività d'impresa può consentire di mantenere sul mercato il debitore, di conservare il complesso aziendale salvaguardando il suo avviamento, oltre che permettere il pagamento di una maggiore quota di debito con gli utili originati dall'ordinario esercizio, senza che la notizia dell'apertura di procedure concorsuali possa provocare la fine della rete di rapporti che «a monte» e «a valle» reggono l'azienda produttiva ⁽⁶³⁾.

Nella normativa fallimentare novellata, oltre a ridurre l'ambito dell'azione revocatoria aumentandone i casi di esenzione ⁽⁶⁴⁾ e introdurre l'affitto di azienda ⁽⁶⁵⁾, sono state introdotte varie modalità attraverso le quali, con

⁽⁶²⁾ Gli strumenti che l'imprenditore può utilizzare per superare lo stato di crisi possono essere suddivisi in mezzi interni ed esterni all'impresa. I primi sono i piani redatti dall'imprenditore in decozione che predispone unilateralmente scelte strategiche, ritenute da lui più opportune, finalizzate a modificare la realtà aziendale; mentre i secondi sono appunto rappresentati dagli accordi conclusi tra l'imprenditore e i creditori. Per tale distinzione si veda B. PAGAMICI, *Gli accordi per la ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall. & crisi d'impr.*, 2007, pag. 85.

⁽⁶³⁾ Si vedano in merito C. COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, I, 1, Milano, 1999, pag. 195; P. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, pag. 825; ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, pag. 603. È opportuno rammentare B. LIBONATI in *Gli indirizzi della Commissione ministeriale di riforma delle procedure concorsuali*, in *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca d'Italia, Quad. ric. Giur.*, Roma, 1997, n. 44, pag. 22, ove si osserva che «la normativa concorsuale deve consistere in una disciplina di governo della crisi diretta a realizzare quella che può definirsi una riallocazione della ricchezza da un'attività in perdita ad un impiego produttivo; ciò – ovviamente – soprattutto quando l'originaria destinazione impresa alle risorse risulti incontrovertibilmente compromessa e, dunque, priva dei margini necessari per la propria normalizzazione e per il proprio risanamento». Dello stesso avviso L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, cit., pag. 1075, laddove ribadisce che «l'impresa che non riesce a restare sul mercato deve infatti cessare, ma solo dopo che si sia valutata l'impossibilità di salvare, se necessario mediante ristrutturazioni anche profonde, il patrimonio di conoscenze e di relazioni che in essa si è accumulato. Qualora tali ristrutturazioni avvengano secondo corrette regole di mercato, e dunque con attori che paghino per le conseguenze delle loro errate valutazioni, l'impresa non merita l'espulsione».

⁽⁶⁴⁾ Rispetto alla disposizione precedente alla riforma si rileva un notevole depotenziamento dello strumento revocatorio se si osserva anche la riduzione ad un anno del periodo in cui «aleggia il sospetto», realizzata nell'intento di garantire un più rapido consolidamento degli atti posti in essere nell'esercizio dell'impresa. Cfr. tra gli altri M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Il Fall.*, 2005, pag. 581; S. BONFATTI-P. F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006.

⁽⁶⁵⁾ In tal caso tuttavia l'affitto è vincolato funzionalmente al fine della vendita dell'azienda e dunque improntata alla liquidazione benché a scopo riallocativo. Si veda in proposito F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione*

l'espansione dell'autonomia privata in varie gradazioni, si consente di addivenire alla conservazione dell'impresa per mezzo della c.d. ristrutturazione dei debiti, a seconda della gravità della crisi: l'accordo «procedimentalizzato» con creditori a contenuto libero, previsto dal nuovo concordato preventivo ⁽⁶⁶⁾, gli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis*, il piano attestato di risanamento dell'impresa di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d*) ⁽⁶⁷⁾.

Si ricava, dunque, una disciplina per la composizione negoziale della crisi d'impresa o meglio un sottosistema che offre un ventaglio di strumenti in cui, in una sorta di «scala di grigi», si osserva un graduale ridursi della componente procedurale e del ruolo dell'autorità giudiziaria cui corrisponde un ampliamento della latitudine riservata all'autonomia privata ⁽⁶⁸⁾. È ovvio come – benché la tendenza evidenziata dalle recenti riforme sia quella di un ampliamento delle soluzioni negoziali alla crisi – più che una contrapposizione, si riscontri una complementarità tra i vari strumenti offerti dall'ordinamento, in ragione della concreta situazione in cui versa l'impresa determinata ⁽⁶⁹⁾.

In tale contesto di accentuazione della negoziabilità degli interessi collegati con la situazione di crisi, si osserva un nuovo rapporto tra contratto e crisi d'impresa che si concreta nella promozione del paradigma contrattuale funzionale alla composizione negoziale dell'insolvenza ⁽⁷⁰⁾. Vi è dunque

dei creditori in soci, cit., pag. 57; F. MARTORANO, *La circolazione «di ritorno» dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, pag. 1.

⁽⁶⁶⁾ Tra i numerosi contributi in tema valga richiamare G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, pag. 270; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008; O. DE CICCO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla parcondiciocreditorum*, Napoli, 2007; A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Il Fall.*, 2007, pag. 1267.

⁽⁶⁷⁾ Sui piani attestati di risanamento dell'esposizione debitoria e di riequilibrio della situazione finanziaria si veda S. BONFATTI, *Le fattispecie di «esenzione» dalla azione revocatoria fallimentare*, in G. FAUCEGLIA-L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, XV, pag. 652; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 2007, pag. 617; M. FERRO, *Piano attestato di risanamento*, in *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, pag. 545.

⁽⁶⁸⁾ Per un approfondimento in merito si rinvia alle riflessioni di G. COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, pag. 209; F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, *ivi*, pag. 19; G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, *ivi*, pag. 233; F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, in M. VIETTI-F. MAROTTA-F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, Torino, 2007, pag. 17.

⁽⁶⁹⁾ Si vedano in proposito le riflessioni di G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, pag. 561.

⁽⁷⁰⁾ In merito infatti F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, cit., pag. 18, individua quale finalità della riforma fallimentare

un incontro virtuoso tra la disciplina del diritto civile, la quale presenta un articolato di tutele concepite per essere esperite nel contesto atomistico del rapporto obbligatorio, e le esigenze dell'attività economica d'impresa che immancabilmente si declina in un ambito pluralistico di interessi, valorizzando l'incrocio tra il sistema normativo dell'atto e dell'attività. Si origina, quindi, una nozione di «contratto sulla crisi d'impresa» che comprende tutti gli accordi stipulati fra l'impresa e i suoi creditori volti a «gestire la crisi su base convenzionale e in termini alternativi rispetto alla classica via della liquidazione fallimentare del patrimonio aziendale e del conseguente riparto fra i creditori dell'attivo così realizzato» (71).

Il contratto costituisce un metodo «neutro» di composizione degli interessi in conflitto, ovvero non preordinato negli esiti finali, in quanto qualsiasi assetto di interessi reputati meritevoli di tutela può essere dedotto in contratto. Quindi, mentre la disciplina tradizionale perseguiva la liquidazione del patrimonio, la nuova normativa, per mezzo dello strumento contrattuale, asseconda la soluzione che in concreto le parti ritengono economicamente più efficiente al fine di risolvere la crisi dell'impresa nel senso della sua liquidazione o conservazione. È ovvio, tuttavia, come la mancata previsione di un esito aprioristicamente privilegiato renda inevitabilmente maggiori, rispetto al precedente regime, le possibilità di optare per la soluzione conservativa.

L'istituto, disciplinato dall'art. 182-*bis* legge fallim., degli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi rappresenta una sicura opportunità per l'imprenditore e per i creditori, i quali possono creare un contratto di diritto privato a cui il legislatore assicura un trattamento privilegiato. Tale figura costituisce uno strumento snello e maggiormente adatto alle crisi con una notevole concentrazione del debito rispetto a soggetti sufficientemente competenti nella gestione del rischio ed attrezzati in modo da essere in grado di disporre delle informazioni rilevanti e di prevenire il rischio di perdita ammortizzandolo.

6. *Le composizioni negoziali dal codice di commercio alla stagione delle riforme: il concordato amichevole e la moratoria nel codice di commercio.* – Spazi di autonomia contrattuale al fine di evitare il fallimento erano già riconosciuti nei codici ottocenteschi, dove il presupposto oggettivo non era ancora lo stato d'insolvenza, introdotto nel 1942, ma l'inadempimento.

quella di «incentivare il contratto sulla crisi d'impresa, premiando i suoi protagonisti; e dunque di favorire la composizione negoziale della crisi, nel mercato e secondo le regole del contratto».

(71) Così, V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., pag. 280. Esplicitamente sul contratto sulla crisi d'impresa si veda G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, cit., pag. 233.

Pertanto, si rivela utile un esame «archeologico», «scavando» nella normativa anteriore.

Nell'antico codice di commercio del 1865 era stato reso obbligatorio il tentativo di concordato, lasciando «all'iniziativa individuale, di chi può avervi interesse, il provocare la convocazione per trattare del concordato, quando siavi probabilità di successo» (art. 615).

L'obbligatorietà dell'esperimento concordatario, comportando spesso solo inutili ritardi, veniva meno con il codice del 1882 dove la procedura giudiziale era prevista come inevitabile. Infatti, benché si promuovesse comunque l'esperimento di concordati stragiudiziali in ogni stadio della procedura, su iniziativa del curatore, dei creditori o del fallito, si affermava come «la speranza di ottenerlo non deve mai essere di ostacolo al corso regolare della procedura giudiziale di fallimento» ⁽⁷²⁾. Tali accordi erano dunque diffusi pur costituendo una «arruffatissima matassa» ⁽⁷³⁾ per l'interprete che, nel silenzio del legislatore, era chiamato a confrontarsi con tali forme spontanee di regolazione.

L'abrogazione del tentativo obbligatorio di concordato, considerato d'intralcio alla celerità della procedura, veniva bilanciata con l'introduzione all'art. 825 cod. comm. del nuovo istituto dell'accordo amichevole, poi abrogato dalla legge n. 197 del 1903. Si trattava di una figura prevista nell'ambito della disciplina della moratoria di cui all'art. 819 e segg., prevista per situazioni di crisi ritenute reversibili ⁽⁷⁴⁾. Infatti, si considerava il dissesto come uno squilibrio temporaneo fra attività liquide e passività scadute.

La moratoria rappresentava una figura molto simile agli attuali accordi di ristrutturazione dei debiti in quanto si trattava sostanzialmente di un accordo stragiudiziale finalizzato a superare il dissesto. Tuttavia, la moratoria richiedeva, a differenza dell'istituto ora regolato dall'art. 182-*bis* legge fallim. un penetrante sindacato giudiziale oltre che l'obbligo di pagare per intero tutti i creditori.

Infatti, qualora il fallito fosse stato in grado di dimostrare con valide prove che la cessazione dei pagamenti fosse stata dovuta ad avvenimenti straordinari ed imprevedibili o scusabili, ed inoltre che l'attivo del suo patrimonio superasse il passivo, l'autorità giudiziaria, dopo un'indagine di fatto, concedeva al debitore in accordo con i propri creditori una dilazione

⁽⁷²⁾ Così E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1900-1908, n. 8080, pag. 596.

⁽⁷³⁾ In tal senso ancora E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1898, pag. 5.

⁽⁷⁴⁾ In generale sulla moratoria si vedano L. BOLAFFIO, *Alcune questioni sull'istituto della moratoria*, in *Mon. trib.*, 1886, pag. 945; C. MARTINI, *Della moratoria*, Roma, 1890; U. TORLAI, *I concordati, le moratorie e i piccoli fallimenti*, Torino, 1927; A. BUTERA, *Moratoria, concordato preventivo, procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938.

del fallimento o la sospensione dell'esecuzione della sentenza di fallimento per un periodo massimo di sei mesi ⁽⁷⁵⁾.

Inoltre, come detto, il debitore era obbligato a soddisfare l'intero proprio ceto creditorio. Infatti dopo la convocazione dei creditori, una volta ritenuta ammissibile la domanda di moratoria, il Tribunale accordava al debitore, considerando il voto espresso dalla maggioranza dei creditori, un termine non superiore a sei mesi al fine di procedere al pagamento di tutti i debiti scaduti ⁽⁷⁶⁾.

Si riconosceva, quindi, all'accordo, previa omologazione da parte del Tribunale, la stessa efficacia del concordato preventivo quanto alla chiusura del fallimento, nel caso in cui il debitore avesse ottenuto sia il consenso dei creditori pari ad almeno i tre quarti del passivo sia l'assunzione dell'obbligo da parte dei creditori aderenti di risolvere insieme con il debitore le conseguenze di ogni lite con i dissenzienti, provvedendo se necessario anche all'intero pagamento dei loro crediti ⁽⁷⁷⁾. Inoltre, l'art. 824 prevedeva, dopo l'ottenimento della moratoria, il divieto di intraprendere nei confronti del debitore ogni azione esecutiva da parte dei creditori, senza tuttavia che si assegnasse a tale proibizione un'efficacia retroattiva.

Tuttavia, il punto più avanzato di esercizio di autonomia privata nell'insolvenza nel codice di commercio del 1882 era costituito da un istituto che rappresentava una sicura innovazione, essendo ignoto alla tradizione transalpina della quale il nostro legislatore rimaneva debitore ⁽⁷⁸⁾. Era infatti contemplata una forma stragiudiziale di concordato detta «amichevole» o «individuale», in quanto stipulato con ciascuno dei creditori intervenuti nel fallimento.

La regolamentazione di tale convenzione era interamente lasciata alla

⁽⁷⁵⁾ Occorreva inoltre, ai sensi dell'art. 819, presentare i libri di commercio regolarmente tenuti, il bilancio e l'elenco dei creditori con l'indicazione dei relativi crediti, e inoltre assicurarsi il favore della maggioranza dei creditori.

⁽⁷⁶⁾ Come prescritto dall'art. 822, successivamente il giudice nominava una commissione di creditori incaricata di vigilare sull'amministrazione e sulla fase liquidativa del patrimonio. Durante la moratoria, al debitore era anche data la facoltà di liquidare volontariamente l'attivo, d'accordo con la commissione dei creditori, ed estinguere così il passivo, eventualmente beneficiando di una nuova moratoria nel caso in cui avesse già pagato una parte rilevante di creditori e ottenuto il consenso dei creditori in rappresentanza di almeno la metà del passivo rimanente (artt. 823 e 828).

⁽⁷⁷⁾ Per un'approfondita analisi sul concordato stragiudiziale nel codice di commercio del 1882 si veda E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, pag. 45; e F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra otto e novecento*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, pag. 161. Sulle varie forme di concordato si veda la disamina di G. MONTESANO, in *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 1974, I, pag. 485.

⁽⁷⁸⁾ Esplicitamente in tal senso G. BONELLI, *Del fallimento*, in V. ANDRIOLI (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

libera autonomia privata, in ossequio alle regole generali sui contratti e sulle obbligazioni, potendo essere conclusa anche solo con alcuni creditori, qualora fosse stato stipulato prima della declaratoria di fallimento. Nel caso in cui invece fosse stato raggiunto dopo questa, una volta coinvolta la collettività dei creditori, pur seguendo le regole di diritto comune, era soggetto alle garanzie del fallimento in quanto funzionale alla chiusura della procedura, applicandosi ove compatibile la disciplina del concordato giudiziale. Il codice prevedeva espressamente solo quest'ultima forma di concordato amichevole successivo alla dichiarazione di fallimento, stabilendo che «in ogni stadio della procedura di fallimento può aver luogo un concordato tra il fallito ed i suoi creditori, se tutti vi acconsentano» (art. 830). Nondimeno, era rimesso all'autonomia contrattuale il contenuto delle singole pattuizioni, potendo dunque essere previsto un trattamento diverso e diseguale tra i vari creditori.

È interessante osservare come negli stessi anni in Inghilterra venisse approvato il *Bankruptcy Act* del 1883, il quale prevedeva, prima di iniziare la procedura fallimentare davanti alla Corte, una adunanza preliminare, dove il magistrato valutava la situazione ed emanava eventuali provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio del debitore. Oltre a ciò, la disciplina inglese stabiliva, nella stessa fase preliminare, la convocazione obbligatoria di una riunione dei creditori, nella quale era possibile raggiungere una «*composition or scheme of arrangement*»⁽⁷⁹⁾.

Nel codice di commercio italiano emergeva già, dunque, la considerazione della giurisdizione quale fattore di possibile inefficienza: il giudice, infatti, interveniva unicamente non per dare efficacia ad un contratto privato, di per sé già perfetto ed efficace, ma per terminare la procedura di fallimento e reimmettere il fallito nella piena amministrazione del proprio patrimonio⁽⁸⁰⁾. Tuttavia, si assegnava al giudice delegato, per tutte le operazioni non eseguite dal curatore, una sorta di potere di veto (art. 728), il cui potere di direzione fu accentuato dalla legge n. 995 del 1930⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ L'art. 16 del *Bankruptcy Act* recitava: «As soon as may be after the making of a First and other meetings of receiving order against a debtor a general meeting of his creditors (in this Act referred to as the first meeting of creditors) shall be held for the purpose of considering whether a proposal for a composition or scheme of arrangement shall be entertained, or whether it is expedient that the debtor shall be adjudged bankrupt, and generally as to the mode of dealing with the debtor's property». Per l'intero testo si consulti il sito internet Archive.org/stream/bankruptcyactwi00houggoog/bankruptcyactwi00houggoog_djvu.txt.

⁽⁸⁰⁾ Il Tribunale era infatti chiamato ad accertare che tutti i creditori avessero prestato il consenso alla chiusura del fallimento e che avessero effettivamente concordato la composizione del credito. Cfr. G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., VIII, Milano, 1923, 666, n. 719.

⁽⁸¹⁾ Si richiamano le riflessioni di B. LIBONATI in *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, cit., pag. 330, laddove afferma che «la facoltà con cui si ricorre ad un potere superiore

L'autonomia privata era quindi esaltata e promossa nell'ambito fallimentare, campo tradizionalmente ad essa alieno. La dottrina era infatti concorde nel considerare il concordato amichevole un contratto di diritto privato, essendo bensì divisa sulla specifica natura giuridica contrattuale da attribuirgli. Infatti, per Bonelli si componeva di «un complesso di accordi modificativi o estintivi dei singoli rapporti di obbligazione già esistenti tra il fallito e ciascuno dei creditori»⁽⁸²⁾, mentre per Vidari si trattava di un «contratto bilaterale *sui generis*, commerciale, stragiudiziale, per cui, da una parte, i creditori rimettono volontariamente al debitore una porzione de' suoi debiti, e dall'altra, si nova la obbligazione di prima per la residua parte non rimessa, sostituendo alla causa primitiva una nuova causa di debito»⁽⁸³⁾.

Accanto al concordato amichevole vi era il concordato c.d. giudiziale o di massa, stipulato tra il fallito con la massa collettiva dei creditori, in seguito ad una delibera assunta a maggioranza nell'assemblea di questi ultimi (art. 833). La legittimazione a convocare i creditori al fine di valutare una proposta di concordato era individuata in capo al fallito, alla delegazione dei creditori e ad alcuni creditori in rappresentanza di almeno un quarto dei crediti. Il giudice procedeva dunque alla convocazione in adunanza di tutti i creditori insinuati ed ammessi, in modo tale da raggiungere la maggioranza sia di teste che di valore necessaria per perfezionare validamente il concordato che avrebbe avuto effetti *erga omnes*.

Tuttavia, era riconosciuto ai creditori non aderenti il diritto di avanzare opposizione al concordato entro otto giorni dalla chiusura del processo verbale o dalla scadenza del termine concesso dal giudice delegato, qualora avessero reputato lesi i loro interessi (art. 836). In assenza di opposizioni il concordato era omologato dal giudice e dunque reso vincolante per tutti i creditori, compresi coloro che non avevano preso parte all'adunanza. L'omologa giudiziale produceva l'effetto di far cessare lo stato di fallimento con la conseguente decadenza degli organi e lo scioglimento della massa, consentendo al fallito, in seguito alla chiusura della procedura, di rientrare in possesso dell'amministrazione del patrimonio e della piena capacità d'agire.

La dottrina spiegava l'efficacia vincolante verso tutti i creditori in ragione della formazione ad opera dei creditori di una «comunione qualificata», caratterizzata dall'obbligo di esercitare collettivamente e contemporaneamente i loro diritti personali e reali fino al termine della procedura di

nel dirimere questioni fra privati è tipica della *civil law*, e non si esprime né soltanto, né soprattutto nel diritto fallimentare. Il ricorso al giudizio dei propri pari ad esempio, proclamato in Inghilterra dalla *Magna Charta*, non si ripete nelle strutture continentali, dove per difendersi dai poteri locali l'appello al potere centrale è stato necessario in maggiore misura, spianandosi così la via allo stato centralizzato e a modelli che hanno facilitato l'espansione dell'intervento governativo nella vita economica e sociale».

⁽⁸²⁾ Così ancora G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

⁽⁸³⁾ In tal senso E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, cit., n. 8309, pag. 3.

fallimento⁽⁸⁴⁾. In tal modo, poiché si individuava in capo ai creditori una volontà collettiva derivante dalla deliberazione della maggioranza assembleare, si assisteva alla stipula di un contratto bilaterale tra il debitore e la collettività dei creditori⁽⁸⁵⁾.

Come anticipato, la legge del 1903 sul concordato preventivo ha abrogato la disciplina della moratoria e il suddetto art. 825 del codice di commercio, che non avevano avuto grande diffusione a causa del pesante onere – probatorio e di pagamento – richiesto al debitore e alla non chiara regolamentazione⁽⁸⁶⁾.

Nonostante ciò, sulla scia del concordato *per abandon d'actif* francese⁽⁸⁷⁾, la forma di «autodifesa privata»⁽⁸⁸⁾ del concordato stragiudiziale, stipulato dal debitore con i creditori *uti singuli* e vincolante i soli aderenti, si presentava talvolta come un concordato con *cessio bonorum*, attuato mediante un mandato irrevocabile a uno o più creditori, i quali si assumevano l'onere di realizzare le attività e di tacitare gli altri a stralcio oppure integralmente. Tuttavia, tale contratto, considerato una *cessio in solutum*, poteva dirsi efficace solo quando la cessione era accettata da tutti i creditori ed era risolutivamente condizionato all'eventuale successiva decozione, in quanto subordinato al non verificarsi dei presupposti del fallimento⁽⁸⁹⁾.

La moratoria veniva tuttavia reintrodotta nel 1915 al solo scopo di far fronte alle insolvenze causate dallo stato di guerra, considerato quale caso di forza maggiore ai sensi dell'art. 1226 del codice civile allora imperante⁽⁹⁰⁾. Il beneficio della moratoria era accordato secondo il prudente apprezzamento del giudice, a prescindere dal parere espresso dai creditori.

L'istituto giuridico fu in seguito definitivamente ripristinato nel 1921⁽⁹¹⁾, più che per rimediare ai problemi della riconversione della pro-

⁽⁸⁴⁾ In tal senso A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., pag. 152, il quale individua la presenza di un organo consultivo e ispettivo quale la delegazione dei creditori, e di un organo deliberativo quale l'assemblea dei creditori in modo da promuovere l'interesse comune.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*, pag. 167.

⁽⁸⁶⁾ In proposito infatti C. VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, in *Mon. trib.*, 1922, pag. 41, osservava che la figura giuridica «cadde perché regolata da norme incoerenti, che diedero luogo a controversie insolubili; la giurisprudenza non riuscì mai a piantarla su solide basi».

⁽⁸⁷⁾ Si fa riferimento al concordato per abbandono dell'attivo introdotto nell'ordinamento francese nel 1856, il quale prevedeva la liberazione del fallito al momento della cessione dei beni e la continuazione della liquidazione fallimentare per conto dei creditori e in assenza del fallito.

⁽⁸⁸⁾ Così R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, pag. 2755.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Appello Bologna, 15 dicembre 1931, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, pag. 97.

⁽⁹⁰⁾ D.L.L., 27 maggio 1915, n. 739 e 25 luglio 1915, n. 1143.

⁽⁹¹⁾ Si veda in proposito R.D.L., 28 dicembre 1921, n. 1861, che ne circoscriveva l'applicazione alle società cooperative esercenti il credito e alle società anonime o in accomandi-

duzione bellica, allo scopo di comporre il dissesto della Banca Italiana di Sconto, suscitando aspre critiche in dottrina ⁽⁹²⁾.

7. *La difficile affermazione del concordato stragiudiziale nella legge fallimentare del 1942.* – Con l'imperio della normativa fallimentare del 1942 – intrisa del pesante paternalismo dell'epoca corporativa e della concezione gentiliana dello Stato etico, basata a sua volta sulla primazia dell'economia nazionale sull'esigenze del singolo imprenditore ⁽⁹³⁾ – l'impianto officioso che aveva caratterizzato fino ad allora la disciplina precedente si intensifica.

In proposito è significativo il confronto tra la normativa relativa alla composizione delle controversie tra privati che nel codice di procedura del 1866 occupava i primi sette articoli e che nel codice del 1942 è ridotta, invece, al solo art. 320.

Nella disciplina fallimentare il Tribunale ed il giudice delegato rimangono depositari di un potere palesemente invasivo della gestione ed amministrazione della crisi, per intervento diretto o attraverso la nomina discrezionale dell'organo preposto alla liquidazione. Inoltre, solo il Tribunale ha la potestà di concedere «all'imprenditore onesto e sfortunato» ⁽⁹⁴⁾, dopo aver effettuato un duplice controllo di legalità e meritevolezza, il beneficio del concordato preventivo, che consente di eliminare il differente trattamento tra creditori che si realizzava tramite gli accordi stragiudiziali.

Si affermava, dunque, un modello caratterizzato da una prospettiva

ta per azioni, con capitale non inferiore a cinque milioni di lire, le quali avrebbero dovuto dimostrare che la loro cessazione dei pagamenti fosse dovuta ad avvenimenti straordinari e impreveduti o scusabili, ovvero sussistessero evidenti ragioni di interesse per i creditori.

⁽⁹²⁾ In merito si vedano le osservazioni D. GUIDI, *Il crack della Banca Italiana di Sconto davanti alla critica giuridica*, in *Dir. e prat. comm.*, 1922, I, pag. 33; L. BENEDICENTI, *La moratoria del R.D.L. 28 dicembre 1921*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pag. 209; e soprattutto C. VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, cit., pag. 41, il quale definiva il ripristino dell'istituto come «legislazione farraginosa, di violenza, che prolunga ed esaspera gli effetti della legislazione di guerra, senza averne le ragioni giustificatrici: non è più neanche legislazione, anzi non si sa neppure come qualificarla. (...) Siamo a poco a poco arrivati (...) alla menomazione aperta e quasi sistematica del corpo delle leggi fondamentali dello Stato, senza ritengo e talora (cosa enorme) senza alcuna necessità, per giungere ora ai provvedimenti politico-legislativi presi, diciamo apertamente, *intuitu personae* e con effetti retroattivi. Questo è dispotismo, non ha altro nome».

⁽⁹³⁾ La Relazione del Guardasigilli al Re al R.D. 16 marzo n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 3, si evidenzia che la finalità generale delle procedure concorsuali è quella di favorire «una più energica tutela degli interessi generali sugli interessi particolari dei creditori e del debitore».

⁽⁹⁴⁾ Così testualmente nella Relazione del Guardasigilli, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 1, dalla quale emerge altresì come il legislatore del 1942 reputava il concordato preventivo come uno strumento funzionale alla composizione di quelle «crisi economiche che non sono indici di mancanza di vitalità dell'impresa, e che possono essere superate senza arrivare alla liquidazione dell'impresa stessa». Cfr. sul tema le osservazioni di F. MIGLIORINO in *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, 1999.

standardizzata di interesse generale, dove i creditori con le loro esigenze e l'imprenditore, non più *in bonis* ma magari capace di un risanamento, si trovavano ad essere non protagonisti di un conflitto fra privati, ma semplici fruitori della procedura, che si muove per impulso d'ufficio, sebbene ispirata da finalità di soddisfazione degli interessi privati dei creditori stessi⁽⁹⁵⁾. L'interesse alla tutela del diritto di credito, infatti, coincideva con l'interesse superiore alla soppressione ed espulsione dell'impresa ritenuta inefficiente.

Peraltro, l'istituto del concordato preventivo non tutelava adeguatamente i creditori, giacché consentiva agli imprenditori di evitare il fallimento con il pagamento di una modesta percentuale, beneficiando del divieto di risolvere il concordato mediante cessione⁽⁹⁶⁾. Non prevedeva, inoltre, l'immediata consegna dei beni mobili prima al commissario giudiziale e poi al liquidatore, ben potendo essere distratti dall'imprenditore⁽⁹⁷⁾.

Nelle intenzioni del legislatore con l'introduzione del concordato mediante *cessio bonorum*, si voleva tuttavia riconoscere una qualche autonomia nella gestione della crisi, sempre però sotto lo stretto controllo dell'autorità giudiziaria⁽⁹⁸⁾.

La rigidità e l'inefficienza propria del carattere officioso delle procedure giudiziali previste dalla normativa *ante* riforma⁽⁹⁹⁾ hanno incoraggiato

⁽⁹⁵⁾ Si veda in proposito B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, cit., pag. 331; A. CAVALAGLIO, *Nuove regole per le crisi dell'impresa tra giurisdizione e amministrazione e soluzioni stragiudiziali*, in A. JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, pag. 252; G. SANSONE, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, cit., pag. 762.

⁽⁹⁶⁾ In merito, si vedano le riflessioni di A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, sub art. 160 legge fallim., in F. BRICOLA-F. GALGANO-G. SANTINI (diretto da), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, pag. 60.

⁽⁹⁷⁾ Sulle critiche al concordato preventivo si veda L. STANGHELLINI, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, I, 1993, pag. 246; V. VITTONI, *Rimedi alla incapacità dei creditori chirografari nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Dir. fall.*, I, 1967, pag. 930; M. CASANOVA, *Concordato preventivo ordinario con offerta ai creditori e liquidazione dei beni*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, pag. 92; ID., *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, *ivi*, 1963, I, pag. 632. Peraltro da una ricerca svolta negli anni novanta emergeva come almeno il 50% delle imprese in concordato sfociasse nel fallimento: cfr. R. BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, cit., pag. 81.

⁽⁹⁸⁾ Infatti, la Relazione del Guardasigilli al Re al R.D. 16 marzo n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 37, pag. 813, affermava come «non si sono voluti stabilire schemi rigidi di cessione per lasciare agli interessati di raggiungere l'accordo nel modo più conveniente sotto la guida del giudice».

⁽⁹⁹⁾ Si segnalano tra gli altri: un numero di fallimenti dichiarati oscillante tra i dodici e i tredicimila l'anno con una durata media delle procedure di circa sette anni; i rilevanti costi del concordato preventivo che spesso esaurivano gran parte dell'attivo ricavato dalla vendita dei

l'uso dei concordati stragiudiziali ⁽¹⁰⁰⁾, privi di ogni regolamentazione, soprattutto al fine di tutelare il valore economico dell'impresa e il complesso aziendale ⁽¹⁰¹⁾. Tali concordati – sebbene certamente più rischiosi delle procedure concorsuali in termini di responsabilità civile e penale, oltretutto di esposizione alle azioni esecutive e revocatorie – risultavano sicuramente

beni del fallito (in particolare si ricorda la somma, necessaria per la procedura, che il Tribunale impone di depositare entro quindici giorni dal decreto di ammissione al concordato preventivo ai sensi artt. 163 e 188 legge fallim.); l'eccessiva durata dei procedimenti necessari per giungere alla vendita effettiva dei cespiti relitti dal fallito segnalata da varie condanne della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. Caso *Luordo c. Italia* del 23 maggio 2001, ricorso n. 32190/96, Caso *Bottaro c. Italia* del 23 maggio 2002, ricorso n. 56298/00); la forte limitazione dei poteri del debitore nella gestione dell'impresa a causa della presenza del commissario giudiziale, oltre che del particolare regime autorizzativo disposto per una serie di atti di cui all'art. 167 legge fallim.; la necessità di soddisfare integralmente ed immediatamente i creditori privilegiati, subito dopo l'omologazione; la difficoltà di procurarsi le garanzie reali o personali necessarie per l'ammissione alla procedura, spesso richieste nella prassi giudiziaria anche per l'ammissione all'amministrazione controllata; l'alta falcidia normalmente subita dai creditori, soprattutto chirografari. Si vedano in merito AA.VV., *La prassi dei Tribunali italiani in materia di fallimento*, I, in *Quad. giur. Comm.*, Milano, 1978, n. 15, II, in *Quad. giur. Comm.*, Milano, 1982, n. 40; L. GHIA, *Gli obiettivi della guida legislativa sull'insolvenza dell'UNCITRAL*, in *Il Fall.*, 2005, pag. 1229; M. MARCUCCI, *The inefficiency of current italian insolvency legislation and the prospects of a reform*, in AA.VV., *Bankruptcy legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, in *Quad. ric. Giur. Banca d'Italia*, Roma, 2001, n. 51, pag. 47; F. FIMMANÒ, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in *Il Fall.*, 2004, pag. 459.

⁽¹⁰⁰⁾ L'espressione «concordato stragiudiziale» era ritenuta errata da L. BOLAFFIO, in *Sul cosiddetto concordato stragiudiziale*, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, pag. 369 e ID., *Il componimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, in *Giur. it.*, 1934, I, 1, pag. 490, in base alla convinzione per cui il concordato poteva essere solamente giudiziale per cui gli accordi amichevoli anteriori al fallimento avrebbero assunto sempre carattere privatistico non avendo alcun riscontro nella legge.

⁽¹⁰¹⁾ In proposito si veda G. BONELLI, in *Del fallimento*, in *Commentario al cod. comm.*, cit., 1939, pag. 650; A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, pag. 610; R. PROVINCIALI, *Sul concordato stragiudiziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, pag. 104. In merito alle soluzioni stragiudiziali in epoca più recente valga segnalare tra gli altri G. DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, in *Il Fall.*, 1996, pag. 841; F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, pag. 488; P. F. CENSONI, *(Le forme) e gli effetti degli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi di impresa*, in S. BONFATTI-G. FALCONE (a cura di), *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1999, pag. 30; L. PANZANI, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 1997, pag. 553; G. ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, *Riv. soc.*, 1996, pag. 321; R. VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, in *Il Fall.*, 2003, pag. 933; R. SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1998, pag. 609. Per l'origine storica degli accordi stragiudiziali tra debitore e creditori si veda A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902; ID., *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Milano, 1962, pag. 198; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., pag. 9; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pag. 278; G.I. CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII e XIV*, Torino, 1938, pag. 126.

più efficienti in quanto assicuravano maggiore rapidità ad un costo inferiore e consentivano una maggiore riservatezza della crisi, evitando inoltre i controlli giudiziali sulla gestione.

Questi accordi apparivano tollerati: leggendo tra le righe la normativa fallimentare si poteva infatti notare che il legislatore non ignorasse totalmente il fenomeno laddove all'art. 118 – il quale ancora oggi annovera i casi di chiusura della procedura fallimentare – si prevedeva al n. 2 che i crediti ammessi al passivo fossero «in altro modo estinti». La qualificazione con cui venivano appellati tali strumenti era appunto quella di «accordi stragiudiziali», dove l'aggettivo evidenziava la subalternità di queste pratiche rispetto alla soluzione giudiziale preferita dal legislatore.

Infatti, poiché sovente il concordato stragiudiziale serviva per acquisire posizioni di prevalenza massimizzando le prospettive di recupero in violazione del principio della parità di trattamento, alcuna giurisprudenza di merito li considerava contratti non meritevoli di tutela ed in frode alla legge in quanto elusivi delle procedure concorsuali ⁽¹⁰²⁾. Si ammettevano, invero, esclusivamente i concordati relativi a situazioni di crisi reversibili che quindi non potevano dar luogo ad un vero e proprio stato d'insolvenza. Ciò in quanto si riteneva che l'imprenditore commerciale in stato di decozione avesse l'onere di chiedere il proprio fallimento, avviando dunque uno dei procedimenti concorsuali tipizzati. Qualora avesse percorso la rischiosa via dell'accordo stragiudiziale in caso di esito infausto si reputava configurabile in tale condotta il reato di bancarotta semplice di cui all'art. 217 n. 4 legge fallim., se non il più grave reato di bancarotta preferenziale ex art. 216, comma 3, legge fallim., con conseguente nullità del concordato stragiudiziale per violazione di una norma imperativa ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Tra le sentenze che dubitavano della validità del concordato stragiudiziale si vedano *ex multis* le non troppo remote Tribunale Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, pag. 306, con nota di M. MENGHI, dove il giudice affermava l'obbligo in capo al debitore insolvente di richiedere in proprio il fallimento e «non avventurarsi in un concordato stragiudiziale che costituisce di per sé colpa grave», in quanto la disciplina fallimentare «sembra aver tolto ogni spazio residuo al concordato stragiudiziale»; Tribunale Roma, 1° aprile 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, pag. 646, con nota di M. SARALE; Appello Roma, 1° luglio 1985, in *Il Fall.*, 1986, pag. 971; Tribunale Roma, 6 dicembre 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, pag. 533; Tribunale Napoli, 17 luglio 1987, in *Dir. e giur.*, 1987, pag. 552; Tribunale Torino, 7 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, pag. 655. In dottrina cfr. le voci critiche di L. BOLAFFIO, *Il componimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, cit., pag. 490; A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Il Fall.*, 1996, pag. 905; G. BONGIORNO, *Il soddisfacimento dei creditori nella fase prefallimentare*, in *Atti del convegno «I problemi della dichiarazione di fallimento: composizione dell'insolvenza, piccolo imprenditore»*, Udine, 1994, pag. 19, il quale ritiene che ammettere il concordato stragiudiziale comporti la lesione del principio della *par condicio creditorum* in quanto difficilmente tutti i creditori aderiranno all'accordo. Per un quadro di sintesi si vedano C. PETRUCCI, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pag. 523 e S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., pag. 2537.

⁽¹⁰³⁾ In particolare, L. ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par*

Aleggiava il dubbio che con il concordato stragiudiziale si oltrepassasse il limite di una legittima difesa di diritti privati, giacché si riteneva imprescindibile l'intervento dell'autorità giudiziaria per la necessità di tutelare principalmente la fede pubblica ed il credito sociale. Infatti, la Relazione del Guardasigilli al Re al n. 37 recitava: «la disciplina legale della cessione dei beni è sperabile che dia buoni frutti, soprattutto nel senso di eliminare quelle forme stragiudiziali di accomodamento che si risolvono in una spequazione tra creditori e spesso in un disastro per lo stesso debitore che non raggiunge col suo totale sacrificio la liberazione». Del resto – si ribadisce – anche terminologicamente si soleva parlare non di «accordi sulla crisi d'impresa» ma di «concordati stragiudiziali», definendo l'intesa in negativo e soprattutto trascurando qualsiasi riferimento all'area contrattuale.

Ciononostante tali strumenti sono stati riconosciuti validi da varie pronunce di legittimità e si sono progressivamente affermati nella prassi, specie nei dissesti di maggiori dimensioni ⁽¹⁰⁴⁾.

Il principale vantaggio offerto dalle convenzioni stragiudiziali è la totale libertà delle parti di determinare l'utilizzo ed i contenuti, in quanto consentono al debitore di mantenere la gestione dell'impresa, permettendo di adattare ciascun progetto di salvataggio alle peculiarità dell'impresa ⁽¹⁰⁵⁾, alla possibilità dei partecipanti ed alle condizioni del relativo mercato, con notevole risparmio di costi e di tempo rispetto alle procedure concorsuali legali. Infatti, si evita la perdita dell'avviamento, la senescenza e l'obsolescenza dei beni aziendali che potrebbero altrimenti conseguire in attesa delle vendite nella procedura liquidativa.

condicio), cit., 668, affermava l'illiceità del concordato stragiudiziale in forza della legittimazione officiosa del Tribunale alla dichiarazione di fallimento.

⁽¹⁰⁴⁾ Per alcuni dati derivanti dall'osservazione della prassi si veda I. SCALERA, *Utilità o no del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1971, I, pag. 13; M. BRONZINI, *Il fallimento del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1972, I, pag. 110. Più recentemente, si richiamano in questa sede gli accordi di risanamento riguardanti i dissesti dei gruppi Belleli, Montedison, Cameli, Varasi-Santavaleria, Serafino Ferruzzi, Tripcovich sui quali si veda: F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, cit.; G. SANSONE, *Il caso Tripcovich*, in *Il Fall.*, 1996, pag. 833; M. BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi nei primi anni '90*, Milano, 1997; R. VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi s.r.l.*, in *Il Fall.*, 1996, pag. 843. Il formante giurisprudenziale ha dato il suo contributo riconoscendo piena validità alle convenzioni stragiudiziali sebbene permanessero divergenze in merito alla pretesa unanimità dei consensi dei creditori ai fini della rimozione dell'insolvenza (si veda dopo l'iniziale Cassazione, 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, pag. 951; Cassazione, 8 febbraio 1989, n. 795 in *Il Fall.*, 1989, pag. 609; Cassazione, 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, pag. 713; Cassazione, 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Il Fall.*, 1993, pag. 352). Cfr. inoltre G. FAUCEGLIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, commento *sub art. 182-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, pag. 1605.

⁽¹⁰⁵⁾ Valutando ad esempio la struttura dell'impresa, il tipo di attività, la dimensione e le eventuali implicazioni socio-politiche. Sul punto si veda R. SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, cit., pag. 618.

Tale negoziato favorisce tuttavia i creditori «forti» i quali possono massimizzare le possibilità di recupero del proprio credito e ottenere pagamenti in spregio alla *par condicio*, mentre i piccoli creditori non in possesso di sufficienti informazioni, non possono essere coinvolti in maniera razionale nelle trattative e, se non troppo parcellizzati, devono essere liquidati a stralcio (fissando una percentuale sull'importo totale dovuto). Di contro, l'imprenditore è indotto ad accettare l'intesa sebbene questa preveda condizioni per lui vessatorie, «aggrappandosi» alla via stragiudiziale pur di evitare la procedura concorsuale.

Nel concordato stragiudiziale risulta dunque evidente la difficoltà di ottenere l'adesione dei creditori dell'impresa in crisi, senza alcuna disposizione che imponga loro di prestare il consenso o di sottomettersi alla decisione della maggioranza ⁽¹⁰⁶⁾, e per di più con la costante «spada di Damocle» rappresentata dalla possibile azione esecutiva esperita da uno o più creditori sui beni dell'imprenditore o perfino dall'eventuale successiva dichiarazione di fallimento, accertato d'ufficio (prima della riforma) o su ricorso di parte ⁽¹⁰⁷⁾. Inoltre, l'efficienza degli accordi stragiudiziali è inficiata dalle eventuali asimmetrie informative, dovute alla mancanza di un organo giudiziario dotato di poteri autoritativi tali da permettergli di verificare la veridicità delle prospettazioni offerte dall'imprenditore in crisi.

A ciò si aggiunga che la continuazione dell'attività d'impresa esige sovente l'erogazione di nuova finanza la quale rende opportuno il riconoscimento di una prededucibilità non consolidabile in una soluzione stragiudiziale. L'assenza inoltre di garanzia di stabilità degli acquisti dei terzi costituisce un impedimento alla liquidazione, talvolta necessaria, di alcuni settori di produzione.

Infatti, gli accordi di ristrutturazione sono *naturaliter* contraddistinti dall'esigenza di rintracciare nuova finanza ovvero liquidità per mezzo di operazioni di valorizzazione degli *assets* e dei beni aziendali reputati non strategici, in modo tale da permettere la prosecuzione dell'attività d'impresa e il pagamento dei creditori ⁽¹⁰⁸⁾. La volatilità di alcuni *assets* aziendali

⁽¹⁰⁶⁾ In merito cfr. F. GALGANO, *Note sull'organizzazione collegiale dei creditori concorsuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, pag. 254; E. GALLESIO PIUMA, *Le adesioni alla proposta di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1970, II, pag. 115; A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, XXIII, Padova, 1997, pag. 218.

⁽¹⁰⁷⁾ Sul punto si veda P. ABBADESSA, *Liquidazione dell'impresa in dissesto e terapie alternative dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 1979, pag. 113 e C. MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989.

⁽¹⁰⁸⁾ Infatti, diretta conseguenza della crisi è la riduzione improvvisa dell'eventuale liquidità residua dell'impresa, a causa delle richieste di pagamento anticipato da parte dei fornitori, o della cessazione delle forniture che ostacola la prosecuzione dell'attività. In proposito si vedano le approfondite osservazioni di R. BONSIGNORE, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Il Fall.*, 2009, allegato, pag. 37.

strettamente associati al c.d. *going concern* comporta una perdita effettiva di valori economici nell'ambito delle crisi d'impresa, se non è compensata da una gestione capace di creare le condizioni per ottenere l'erogazione di nuova finanza.

Bisogna inoltre considerare l'esposizione, una volta dichiarato il fallimento, alla revocatoria fallimentare e al rischio di essere qualificati penalmente illeciti. È infatti concreta la possibilità, per gli istituti di credito che abbiano erogato nuova finanza in esecuzione dell'accordo, di essere sottoposti all'imputazione per bancarotta e ricorso abusivo al credito, e per l'imprenditore di essere imputato sia di bancarotta semplice per aver aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, sia di bancarotta preferenziale ai sensi dell'art. 216 legge fallim. Si comprende, quindi, come in assenza di tutele gli accordi stragiudiziali risultassero in bilico tra possibilità di realizzare il risanamento dell'impresa ed il pericolo di essere incriminati per aver concorso ad aggravare il dissesto.

Da qui l'esigenza, accolta dalla stagione delle riforme fallimentari, di regolamentare tali strumenti, prevedendo adeguate tutele, tramite l'art. 182-*bis* legge fallim., diretto a salvare il compendio produttivo dell'impresa in crisi. Si raffigura, infatti, un istituto fortemente connotato da un profilo privatistico (come gli accordi stragiudiziali) e al contempo munito di garanzie e di tutele che ne assicurino una migliore efficacia.

Si ribalta, dunque, la prospettiva officiosa della legge del '42 in base all'assunto che le parti private della crisi siano i migliori tutori dei loro interessi, rifiutando al tempo stesso la concezione assistenzialistica della già vista legislazione iniziata negli anni settanta ⁽¹⁰⁹⁾.

8. *La natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione come approdo del nuovo diritto della crisi d'impresa.* – Negli accordi di ristrutturazione si verificano, invero, le dinamiche prettamente contrattuali difettando gli elementi tipici che connotano le procedure concorsuali ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Riecheggiano le parole di P. SCHLESINGER in *Crisi d'impresa e nuove regole: le esigenze dell'economia*, in A. JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, pag. 155, il quale premettendo che «l'amministrazione della giustizia non può reggere il peso, assolutamente sproporzionato, di un accesso libero ed incondizionato al processo da parte di chiunque, per qualsiasi tipo di conflitto», osserva che anche nella disciplina concorsuale sia necessario introdurre dei filtri «con i quali limitare e regolare l'avvio di procedure giudiziali», affidando ai privati il tentativo di soluzione della crisi «senza subire né le prevaricazioni dell'imprenditore decotto, né i tempi burocratici di scelte giudiziali su materie che completamente fuoriescono dalla competenza e dalla cultura dei giudici».

⁽¹¹⁰⁾ Sia consentito, in merito, rinviare a I.L. NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, pag. 376; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*

In primo luogo manca una procedimentalizzazione giacché dalla lettera della norma si nota come non sussista un provvedimento di apertura, né sia presente la nomina di organi quali un giudice delegato, un commissario, un amministratore giudiziale, ovvero un comitato dei creditori. Le parti agiscono infatti nel pieno esercizio della loro autonomia contrattuale, stabilendo tempi e modalità della formazione dell'accordo. L'imprenditore in crisi, inoltre, resta *dominus* dell'impresa non realizzandosi alcun spossessamento.

Al pari, difetta il carattere dell'officiosità e non opera la regola della maggioranza, in quanto la circostanza che essa sia raggiunta con il sessanta per cento dell'esposizione debitoria rappresenta solo una soglia di rilevanza esterna ed oggettiva di affidabilità del tentativo di risanamento. Tale percentuale integra una condizione per l'omologazione⁽¹¹¹⁾, potendo di

dei debiti, in G. COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008, pag. 172; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, cit., pag. 561; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, pag. 12; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, pag. 382; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Fallimento*, 2006, pag. 193; M. FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182-bis legge fallim.*, in *Foro it.*, 2006, I, pag. 2566; A. CASTIELLO d'Antonio, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, pag. 609; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pag. 347; A. PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, pag. 104. Per una differente visione si vedano *ex multis* le riflessioni di A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallim.*, in *Corr. giur.*, 2010, 2, pag. 245, e E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, pag. 151. Cfr. in giurisprudenza gli spunti offerti da Tribunale Brescia, 22 febbraio 2006, e Tribunale Milano, 21 dicembre 2005, entrambi in *Fallimento*, 2006, 669; Tribunale Milano, 23 gennaio 2007, *ivi*, 2007, pag. 701; Tribunale Udine, 22 giugno 2007, *ivi*, 2008, 701 e Tribunale Piacenza, 2 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*.

⁽¹¹¹⁾ In tal senso si vedano C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, *Fallimento*, 2006, pag. 189; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, in *Fallimento*, 2007, pag. 710; D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182-bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, pag. 309; A. COPPOLA, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallim. e prime soluzioni giurisprudenziali*, su *www.fallimentoonline.it*, 2006. In giurisprudenza si veda Tribunale Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 136, e Tribunale Piacenza, 2 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*. L'opinione contraria secondo la quale l'ottenimento della percentuale minima come requisito deve sussistere prima dell'omologazione, per cui le eventuali adesioni dei creditori pervenute successivamente non sanerebbero il mancato raggiungimento della soglia del sessanta per cento è supportata da G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 675; P. VALENSISE, *sub art. 182-bis*, cit., pag. 1100; M. FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in ID. (a cura di), *La legge fallimentare*, II, Padova, 2008, pag. 1428; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, pag. 895; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, pag. 577; ed in giurisprudenza Tribunale Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, pag. 669; Appello Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, pag. 297.

conseguenza essere conseguita anche quando gli accordi sono già in corso di esecuzione ⁽¹¹²⁾.

La mancata soggezione alle regole concorsuali non si arresta, peraltro, neppure alla deroga al principio della *par condicio creditorum* là dove ciascun creditore raggiunge un accordo con l'imprenditore convenendo qualsiasi tipo di trattamento del suo credito. Del resto, tale caratteristica non rappresenterebbe un elemento sufficiente a collocare gli accordi di ristrutturazione al di fuori del perimetro delle procedure concorsuali, visto che è nota nel concordato preventivo la facoltà di suddividere i creditori in classi, nel rispetto dei criteri della posizione giuridica e dell'omogeneità degli interessi economici.

Infatti, l'istituto *ex art. 182-bis* legge fallim. non coinvolge tutti i creditori, i quali non sono organizzati come collettività ma come somma di tante teste. Risulta dunque assente anche l'elemento di universalità proprio delle procedure concorsuali. Di conseguenza l'imprenditore in crisi può regolare, nel pieno rispetto dell'autonomia privata, la definizione dei rapporti al fine di ottenere un sufficiente numero di consensi e scegliere i creditori cui proporre l'accordo.

Tuttavia, il tratto precipuo che vale a distinguere gli accordi di ristrutturazione dalle procedure concorsuali è la mancanza della finalità di regolazione del dissesto in ossequio al principio del concorso. L'istituto di cui all'*art. 182-bis* legge fallim., benché presenti l'inibizione delle azioni individuali, non presenta una concorsualità né di ordine processuale, come volta a preservare la *par condicio creditorum*, esaurendosi nell'attuare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, né di ordine sostanziale, volta ad assicurare una gestione unitaria della crisi approntando un regime normativo quale quello che disciplina l'espressione del voto nel concordato preventivo ⁽¹¹³⁾. Infatti, difetta una sovrastruttura che vigila sulla gestione e sulla regolare attuazione degli accordi che il giudice deve omologare, e inoltre il divieto di esperire azioni esecutive e cautelari ha un'efficacia limitata a sessanta giorni.

Si ritiene di poter ribadire il carattere negoziale degli accordi di ristrutturazione anche dopo la recente riforma di cui alla legge n. 122 del 2010 che ha introdotto la sospensione delle azioni esecutive nella fase delle trat-

⁽¹¹²⁾ Si veda in merito G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fallimento*, 2008, pag. 1054.

⁽¹¹³⁾ Sul punto infatti V. DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, Roma, 2009, pag. 236, definisce la concorsualità come «un regime giuridico di disciplina di situazioni generalmente caratterizzate da conflittualità tra più soggetti e che non è funzionale in termini esclusivi rispetto al concorso, andando ad abbracciare obiettivi più ampi che oggi sono anche di tipo gestionale e partecipativo».

tative e la successiva novella ad opera della legge n. 134 del 2012 che ha previsto una moratoria di pagamento dei creditori non aderenti.

Infatti, sebbene autorevole dottrina parli di «mutazione genetica» dell'istituto⁽¹¹⁴⁾, o di *sub*-concordato semplificato⁽¹¹⁵⁾, non si riscontrano giustificazioni tali da poter inferire dalla protezione della fase delle trattative e dalla prededucibilità dei finanziamenti – tanto meno dalla possibilità di passaggio dal concordato preventivo c.d. «con riserva» all'accordo di ristrutturazione e viceversa, prevista dall'art. 161, comma 6, legge fallim. – una ricostruzione dell'istituto quale «simulacro» di procedura concorsuale.

Al contrario, parrebbe potersi ribadire la natura precipuamente negoziale degli accordi anche alla luce della circostanza che il legislatore, pur consapevole del dibattito al riguardo, non sia intervenuto con una esplicita previsione in senso concorsuale, come ha fatto in relazione agli accordi di ristrutturazione nella composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui all'art. 14 della legge, 27 gennaio 2012, n. 3⁽¹¹⁶⁾.

Benché sia diffusa l'opinione che qualifica il procedimento di concessione della protezione della fase delle trattative come un procedimento cautelare in senso tecnico⁽¹¹⁷⁾, strumentale alla successiva fase di merito, si osserva come si tratti invece di una misura automatica che deriva non da un provvedimento giudiziale ma direttamente dalla legge, e che termina necessariamente dopo sessanta giorni dalla pubblicazione, dopo i quali il diritto dei creditori di aggredire il patrimonio dell'imprenditore si riespande.

⁽¹¹⁴⁾ Opina in tal senso M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fall.*, 2010, pag. 899, il quale aggiunge che dopo la recente riforma si accentua la «innaturale complessità duale» degli accordi, i quali costituiscono un istituto «a metà del guado». Sostiene come acquisita, dopo l'ultima riforma, la qualificazione degli accordi di cui all'art. 182-bis legge fallim. alla stregua di una procedura concorsuale G. TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, pag. 1; A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, pag. 17, sulla scorta di precedente dottrina tra cui cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, *passim*; S. BONFATTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, pag. 480.

⁽¹¹⁵⁾ Così, P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, pag. 23.

⁽¹¹⁶⁾ Infatti, al fine di marcare la differenza tra gli accordi *ex art.* 182-bis legge fallim. e gli accordi di ristrutturazione nelle crisi da sovraindebitamento, questi ultimi sono definiti «procedura deliberativa concorsuale» da F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in *La «nuova» composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Il civilista (Speciale Riforma)*, 2013, pag. 11.

⁽¹¹⁷⁾ In tal senso, G.B. NARDECCHIA, *sub art.* 182-bis legge fallim., in C. CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010, pag. 833.

Mentre la moratoria delle azioni esecutive conseguenti alla data di presentazione del ricorso ai fini del concordato preventivo è volta ad evitare la concorrenza tra azioni esecutive individuali e collettive – assicurando ai creditori il mantenimento della *par condicio* in caso di eventuale apertura del fallimento –, negli accordi di ristrutturazione la sospensione è meramente funzionale a facilitare la riuscita dell'operazione, proteggendo l'accordo dall'azione dei creditori c.d. *free riders*.

Il legislatore della riforma, inoltre, ha voluto porre l'imprenditore più che l'accordo in una «campana di vetro» in vista dell'omologazione, in quanto la proposta di accordo depositata ai sensi del comma 6 dell'art. 182-*bis* legge fallim., potrebbe essere anche totalmente differente dall'accordo depositato ai fini dell'omologa, senza che sussista alcun obbligo di corrispondenza.

Permangono, quindi, intatti i caratteri peculiari che valgono a connotare in senso privatistico gli accordi di ristrutturazione, posto che l'imprenditore, senza che intervenga alcuno spossessamento, ha facoltà di scegliere in piena autonomia le controparti creditorie al di fuori di ogni regola concorsuale, determinando altresì il contenuto dell'accordo, in assenza di un provvedimento di apertura o della nomina di organi della procedura e in spregio ad ogni principio di concorsualità e di *par condicio creditorum* ⁽¹¹⁸⁾.

Inoltre, l'introduzione dell'art. 182-*quater* legge fallim. sulla prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti, non va intesa nel senso di ribadire la disposizione di cui all'art. 111 legge fallim., volendo il legislatore affermare la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione. La nuova disposizione, infatti, non assolve ad una funzione essenzialmente interpretativa, chiarendo che tra i crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» ex art. 111, trovano posto anche i crediti originati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione. Se così fosse non si comprenderebbe perché la nuova disposizione riconosca il beneficio della prededuzione anche ai finanziamenti effettuati per un concordato preventivo, di cui non è stata mai messa in dubbio l'appartenenza alle procedure concorsuali.

La novella acquisterebbe significato, dunque, solo se si limitasse la portata dell'art. 111 legge fallim. esclusivamente alle spese strumentali ad una procedura concorsuale, ponendosi in linea con la lettera dello stesso articolo anteriore alla riforma, dove si ritenevano prededucibili «il pagamento delle spese (...) e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa». In tal modo si giustificherebbe

⁽¹¹⁸⁾ Ribadisce la natura privatistica degli accordi G. CARMELLINO, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182-bis, sesto comma*, in *Il Fall.*, 2011, pag. 1222, e in giurisprudenza l'analitica motivazione del recente arresto del Tribunale Bologna, 17 novembre 2011, in www.ilcaso.it.

rebbe il nuovo art. 182-*quater* legge fallim., riconoscendogli una forte e autonoma portata innovativa, funzionale ad estendere il beneficio della pre-deduzione sia per il concordato preventivo che per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ⁽¹¹⁹⁾.

Per quanto attiene alla possibilità di commutazione alternativa tra concordato e accordo di ristrutturazione (all'esito del pre-concordato o concordato «con riserva»), in virtù delle concrete circostanze che l'imprenditore in crisi si trova a registrare, è singolare ritenere che dalla concessione al debitore di passare dal deposito del solo ricorso recante la domanda di concordato al successivo deposito dell'istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione possano derivare effetti sulla natura degli accordi di ristrutturazione. Tale possibilità, infatti, non interferisce in alcun modo con l'essenza negoziale dell'istituto *ex art. 182-bis*.

Tanto meno vale affermare, a sostegno della natura concorsuale degli accordi, che la ristrutturazione si estenderebbe ai creditori non aderenti in quanto il pagamento integrale dei creditori estranei rappresenterebbe un elemento fondante l'accordo stesso. Infatti, l'assicurazione dell'integrale pagamento per i creditori che non sottoscrivono l'accordo è una condizione dell'omologabilità della ristrutturazione, ovvero un requisito *ex lege* per ottenere l'esenzione dall'azione revocatoria. In altre parole, l'integrale soddisfazione dei creditori estranei rileva non in quanto requisito dell'atto, bensì come condizione esterna ad esso, non certo integrante una condizione di validità ⁽¹²⁰⁾. Pertanto, un accordo di ristrutturazione sarà pienamente valido anche se, pur non prevedendolo esplicitamente, di fatto si dimostri idoneo a permettere il pagamento integrale dei creditori estranei.

Del resto, è facile constatare come il pagamento dei creditori non aderenti all'accordo verrà effettuato non certo in forza dell'accordo di ristrutturazione, bensì troverà fonte in fatti causativi esterni e preesistenti ad esso.

Al pari, non si può ritenere rilevante ai fini della qualificazione la c.d. moratoria di pagamento fino a quattro mesi per i creditori estranei, prescritta dall'ultima riforma del 2012 all'art. 182-*bis* legge fallim.: il contratto di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. produce infatti certamente effetti *ultra vires* sul piano oggettivo, ma non su quello soggettivo ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Si veda, sul punto, P. BARONTINI, *I rapporti tra accordi di ristrutturazione e dichiarazione di fallimento: sospensione dell'azione esecutiva o pregiudizialità tra procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, pag. 199.

⁽¹²⁰⁾ In tal senso, cfr. G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, pag. 233, *contra* A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, pag. 8, che lo considera un requisito per l'omologa.

⁽¹²¹⁾ In argomento, valgono le osservazioni ancora di A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione*.

In particolare, la norma che prescrive una c.d. moratoria di quattro mesi non impone un differimento operante *ex lege* dell'originario termine di scadenza dell'obbligazione, ma incide sul profilo dell'esigibilità dei crediti, i quali non saranno esigibili benché scaduti.

Peraltro, lo stesso art. 1372 cod. civ. nell'escludere che il contratto produca effetti per i terzi, fa salvi i casi previsti dalla legge. Perciò, l'accordo di ristrutturazione anche dopo l'introduzione della c.d. moratoria per i creditori estranei, resta una *res inter alios acta*, coerentemente con l'assunto, affermato dalla nota pronuncia di legittimità sul c.d. caso Meroni, per cui il principio dell'art. 1372 cod. civ. non riguarda «gli effetti riflessi che il contratto, per il solo fatto della sua esistenza, può produrre anche fuori della sfera giuridica dei contraenti» (122).

In proposito, occorre rilevare come non possa adottarsi la qualificazione degli accordi di ristrutturazione in termini di procedura concorsuale quale soluzione alla pretesa incostituzionalità della previsione che stabilisce la suddetta moratoria ai creditori non aderenti, come pure ha sostenuto certa dottrina la quale ha ritenuto leso il diritto costituzionale di difesa (123). Infatti, non si può certo far discendere l'incostituzionalità o meno di una norma dalla natura giuridica attribuita all'istituto disciplinato (124).

Del resto, i quattro mesi della c.d. moratoria introdotti dalla novella del 2012 rispondono alla stessa esigenza di tutela dell'operazione di ristrutturazione già vista a proposito della sospensione delle azioni esecutive e cautelari su analizzata.

Le condizioni previste dall'accordo omologato non si propaleranno quindi ai creditori estranei, in quanto è assente un meccanismo che permette di imporre la volontà di alcuni creditori, attraverso il necessario passaggio giudiziale, ad altri dissenzienti, al pari di quanto previsto dall'art.

turazione dei debiti, cit., pag. 33; A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, pag. 349; Id., *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, pag. 633.

(122) In tal senso cfr. Cassazione, sez. un., 16 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, pag. 142. Nella stessa decisione si legge che l'art. 1372 cod. civ. «statuendo che, salvi i casi previsti dalla legge, il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, significa soltanto che, in ossequio al principio di autonomia contrattuale, il contratto non può produrre gli effetti, che esso è destinato a creare ed in vista dei quali è stato stipulato, a vantaggio o a danno di altri soggetti che non abbiano partecipato alla sua formazione: quel che la norma esclude è, dunque, soltanto l'indebita proiezione degli effetti propri del contratto nella sfera giuridica dei terzi».

(123) Si veda, in merito, L. LAMANNA, *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.Ifallimentarista.it; e M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, www.ilcaso.it, 2012.

(124) In tal senso, cfr. S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, pag. 110.

177 legge fallim. per il concordato preventivo: tant'è che i creditori dissenzienti potranno aggredire ed escutere il patrimonio del debitore, tranne i pagamenti, gli atti e le garanzie in esecuzione dell'accordo, anche dopo che sia intervenuta l'omologazione giudiziale.

Il divieto di azioni esecutive e cautelari durante la negoziazione – a tutela della *discovery* del debitore – e la previsione della prededucibilità dei crediti originati dai finanziamenti non costituiscono, dunque, altro che un aumento di quell'«ombrello protettivo» che già nella versione originaria dell'istituto comprendeva l'esenzione dalla revocatoria. Nella specie, con l'anticipazione della fase di moratoria delle azioni il giudice effettua un controllo, affine a quello in sede di omologa, della presenza dei requisiti richiesti dal modello legale.

Vi è, quindi, certamente una maggiore procedimentalizzazione degli accordi di ristrutturazione, ma l'intervento del Tribunale è solo eventuale e costituisce un controllo pur sommario sugli stessi presupposti oggetto del giudizio di omologazione, benché anticipato rispetto a quest'ultimo, limitandosi infatti ad una valutazione meramente volta a prevenire gli abusi e le proposte con funzione meramente dilatoria.

In particolare, l'autorità giudiziale nel corso delle trattative, solo però su richiesta del ricorrente, è tenuta a valutare la «completezza della documentazione», effettuando, inoltre, con un controllo di legalità riferito ai presupposti richiesti dalla norma ⁽¹²⁵⁾. Qualora la documentazione si riveli incompleta il giudice dichiara inammissibile l'istanza oppure chiede l'integrazione documentale, altrimenti fissa l'udienza per la comparizione del debitore e dei creditori entro trenta giorni dal deposito dell'istanza che determina la litispendenza.

Quindi il Tribunale si pronuncia nel corso dell'udienza e, se sussistono i requisiti della maggioranza dei creditori e dell'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo, dispone il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari assegnando il termine per il deposito dell'accordo e della relazione. In questa sede il giudice effettua un controllo di legalità e di correttezza in relazione ai requisiti per ottenere l'omologa, fondato solo sulla dichiarazione del professionista circa la idoneità della pro-

⁽¹²⁵⁾ In proposito, la decisione del Tribunale Roma, 4 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*, ha affermato che «l'inibitoria di cui all'art. 182-bis, comma 6, legge fallim. – pur essendo un provvedimento cautelare emesso all'esito di un giudizio a carattere sommario e di natura prognostica – non può essere evidentemente affidata ad un controllo solo formale sulla sussistenza della documentazione richiesta dovendo, invece, il giudice effettuare una verifica anche sostanziale sulla ricorrenza “dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al comma 1” nonché “delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare”». Nello stesso senso cfr. Tribunale Roma, 13 marzo 2012, in *www.unijuris.it*.

posta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono pendenti trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

Nel giudizio di omologazione – dove è presente una relazione del professionista che si pretende completa, coerente e metodologicamente rigorosa – l'autorità giudiziale esegue un controllo più approfondito non più su una proposta ma su un accordo concluso con i creditori, verificandone l'attuabilità e soffermandosi sulla valutazione di esso offerta da parte dell'esperto, con particolare riferimento al pagamento dei creditori estranei, ma senza poter sindacare la probabilità di successo dell'operazione.

Il giudice, pertanto, non assume una funzione «interventista», affiancandosi al suo ruolo di «stabilizzatore» che già gli competeva attraverso il giudizio di omologazione, un ruolo di «facilitatore» dell'accordo, proteggendolo dalle azioni esecutive e cautelari nel corso della sua formazione ⁽¹²⁶⁾.

Ad ulteriore riprova della mancata inclusione degli accordi di ristrutturazione dei debiti tra le procedure concorsuali, vale ricordare che nell'ultima versione (datata 24 luglio 2008) dell'allegato A del Regolamento CE 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza transfrontaliere, successiva alla novella del 2007 che ha introdotto la sospensione delle azioni dalla data della pubblicazione, la figura di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. non è annoverata tra gli *insolvency proceedings* contenuti nell'elenco delle denominazioni delle procedure di insolvenza nella legislazione degli Stati membri ⁽¹²⁷⁾.

Peraltro, con la recente legge n. 111 del 2011 il legislatore ha stabilito che gli imprenditori agricoli, pacificamente esonerati dal fallimento, possono invece sfruttare l'istituto degli accordi di ristrutturazione, dando la possibilità anche a tale tipologia imprenditoriale di accedere ad un istituto di composizione negoziale anche se non assoggettabile alle ordinarie procedure concorsuali.

Il legislatore, dunque, si limita a incoraggiare i creditori a continuare i rapporti con il debitore e a promuovere l'erogazione della c.d. «nuova finanza», creando un regime di favore per un particolare contratto, ritenuto meritevole di tutela, nell'ambito della crisi d'impresa, al pari di quanto ac-

⁽¹²⁶⁾ Tale terminologia è utilizzata da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, pag. 314. Una funzione analoga è assolta dal giudice nell'ambito della procedura francese di *conciliation* dove gli artt. L. 611-8, comma 2, n. 3, e L. 611-7, comma 5 del *Code de commerce*, che riconoscono al giudice il potere di esercitare la facoltà di imporre al creditore una dilazione con una sospensione delle azioni esecutive ai sensi degli artt. 1244-1, 1244-2 e 1244-3 *Code civil*.

⁽¹²⁷⁾ Tanto meno nella proposta di regolamento del Consiglio, presentata l'8 maggio 2008 dalla Commissione al fine di modificare gli allegati A e B del Regolamento CE 1346/2000 in seguito a riforme delle normative concorsuali di alcuni Stati membri, si riscontra il riferimento agli accordi di ristrutturazione della disciplina italiana.

cade ad esempio quando il fallimento si interseca con il contratto preliminare di immobile da costruire. Il contratto è quindi avvolto da una sovrastruttura procedimentale che assicura una protezione interinale – per mezzo della tutela dalle azioni esecutive e cautelari – e finale – mediante l'esenzione dalla revocatoria degli atti esecutivi dell'accordo –, senza tuttavia alterare la natura negoziale dell'istituto ⁽¹²⁸⁾.

Nell'ultima riforma in ordine di tempo, intervenuta nel 2012, è stato inoltre introdotto l'art. 182-*quinquies*, in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti. In particolare, all'ult. comma, si prevede che il debitore che presenta l'accordo di ristrutturazione possa chiedere al tribunale di essere autorizzato ad effettuare pagamenti a favore di creditori anteriori in relazione a prestazioni decisive per la prosecuzione dell'attività quando vi sia un'utilità certificata da un professionista munito dei requisiti di cui all'art. 67 legge fallim. ⁽¹²⁹⁾.

Apparentemente questa norma potrebbe rappresentare un argomento a favore della natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, giacché il debitore per compiere determinati atti è ora sottoposto all'autorizzazione del giudice. Tuttavia, ad un'analisi più profonda della norma, avvalendosi dell'interpretazione sistematica e funzionale, emerge come la finalità di questa disposizione sia quella di precostituire un'ulteriore causa di esenzione dalla revocatoria orientata nello stesso senso di quella prevista dall'art. 67, comma 3, lett. e). Pertanto, per favorire il salvataggio dell'impresa in crisi si prevede l'esonero dall'azione revocatoria fallimentare sia per gli atti posti in essere in esecuzione degli accordi, sia per gli atti funzionali agli accordi stessi.

9. *Conclusioni: l'incontro virtuoso fra crisi d'impresa e contratto.* – All'esito della suddetta analisi condotta sul piano storico – sistematico, è possibile osservare come il «viaggio» dell'autonomia privata nel diritto fallimentare abbia raggiunto sponde impreviste, non solo e non tanto rispetto al codice di commercio, ma anche in confronto con la versione originale della legge del 1942.

Si è visto, infatti, che il legislatore, con la previsione dell'istituto degli accordi di ristrutturazione si sia limitato a regolamentare tutele che «proteggano» la fase anteriore all'omologazione giudiziale dell'accordo di ristrutturazione, la quale produce l'effetto dell'esenzione dall'azione revocatoria, lasciando, tuttavia, al diritto privato la disciplina sostanziale relativa

⁽¹²⁸⁾ Sul punto si veda F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, pag. 135.

⁽¹²⁹⁾ In proposito, sia consentito rinviare a I.L. NOCERA, *L'attestazione del professionista e la veridicità dei dati aziendali*, in *Il Fall.*, 2013, pag. 1464.

all'ambito delle trattative, alla formazione dell'accordo, nonché alla fase di esecuzione dello stesso.

Del resto, un criterio interpretativo logico consente di giustificare la *mens legis*, corroborando l'esegesi privatistica dell'istituto, individuato come il risultato di una precisa scelta di politica del diritto che adotta un'asciutta tipizzazione di uno strumento – ossia gli accordi stragiudiziali – invalso nella prassi.

Si rivela quindi apprezzabile una lettura del diritto fallimentare come illuminato dalla luce privatistica. Ciò deve essere tradotto nel riconoscimento all'autorità giudiziale di un ruolo limitato ad un sindacato sulla regolarità del procedimento, ossia ad un apprezzamento di conformità dell'accordo alle norme imperative dell'ordinamento civilistico e ai requisiti previsti dall'art. 182-*bis* legge fallim. ai fini dell'omologa, lasciando le valutazioni prognostiche attinenti al merito – fisiologicamente opinabili – alla libera e consapevole determinazione delle parti ⁽¹³⁰⁾.

Occorre, quindi, ricondurre l'ordine giuridico dei privati all'ordine giuridico statale, senza tuttavia «espropriare» l'autonomia privata mediante un «dirigismo giudiziale» volto ad alterare l'economia del contratto, ossia l'assetto d'interessi che le parti hanno cercato di costruire.

Del resto, nel 1908, Vidari affermava che «meno l'autorità giudiziaria si impiccia degli affari privati, e meglio questi possono essere composti

⁽¹³⁰⁾ Sulla latitudine del giudizio di cui può disporre il giudice nel suo sindacato al momento dell'omologa degli accordi di ristrutturazione si rinvia al dibattito dottrinario successivo alla Cassazione, sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *IlCaso.it*, I, 8401, che pur essendo pronunciata in tema di concordato preventivo fornisce inevitabilmente spunti utili nell'ambito degli accordi *ex art.* 182-*bis* legge fallim. Le Sezioni Unite hanno precisato come il controllo giudiziale si estrinsechi in primo luogo nella verifica dell'idoneità della documentazione prodotta a corrispondere alla funzione di fornire elementi di giudizio ai creditori. In particolare, in questa pronuncia si legge «affinché i creditori possono esprimere il giudizio loro riservato sulla convenienza economica della proposta di concordato, concorrendo così a garantire il giusto esito della procedura, è necessario che essi ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni». Tra i primi commenti alla pronuncia si vedano M. FABIANI, *Guida rapida alla lettura di Cass. s.u. 1521/2013*, in *IlCaso.it*, II, 343/2013; G.B. NARDECCHIA, *La fattibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *IlCaso.it*, II, 340/2013, F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo delle sezioni unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: «così è se vi pare»*, in *Ilfallimentarista.it*; M. VITIELLO, *Il problema dei limiti del controllo del tribunale sulla fattibilità del piano come risolto dalle Sezioni Unite, ivi*. Infatti, tutti i profili legati alla valutazione della fattibilità economica del concordato – ossia in primo luogo la valutazione sull'effettivo raggiungimento della percentuale di soddisfacimento indicata nella proposta, la verosimiglianza dell'esito e la convenienza del piano – sono rimessi all'esclusiva valutazione dei creditori in sede di approvazione. Tale valutazione può considerarsi correttamente espressa unicamente qualora, come sottolineano le dette Sezioni Unite, «i creditori ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni». Si vedano, in proposito, le lucide riflessioni di G. BERSANI, *Fisiologia e patologia del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in *IlCaso.it*, II, 302/2012.

con soddisfazione comune e con minori spese», giacché «i privati sono ingegnosi nel trovare mille vie d'uscita, mille ripieghi ed accomodamenti per definire le controversie: vie e ripieghi a cui sempre male si presta la rigidità di una procedura giudiziaria e la severa sentenza del magistrato»⁽¹³¹⁾.

Appaiono, tuttavia, manifesti i rischi che un eccesso di autonomia privata nella gestione dell'insolvenza possa comportare in concreto in termini di abuso del diritto – inteso sia come abuso dello strumento di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. sia come abuso nella formazione e nell'esecuzione dell'accordo – con conseguente pregiudizio dei diritti dei creditori.

Infatti, sovente nella prassi si assiste alla proposizione di richieste di omologa degli accordi da parte di imprese non in grado di evitare il fallimento o comunque non capaci di presentare nel termine serie proposte di omologa di accordi di ristrutturazione.

In mancanza di norme idonee a selezionare le imprese e stante il perdurante rifiuto da parte del legislatore di disciplinare gli istituti di allerta e prevenzione (adottati invece nell'ordinamento francese)⁽¹³²⁾, l'unico presidio utile a fungere da «filtro» non può che essere rappresentato dalla clausola generale di buona fede che consente di intervenire in quei casi in cui l'accordo di ristrutturazione, benché conforme alla lettera della legge, configuri in concreto un abuso.

Tale rischio era già evidenziato da Alfredo Rocco nel 1902, il quale, focalizzando allora l'attenzione sullo strumento concordatario, denunciava che questo istituto «dal punto di vista pratico ci offre, accanto al beneficio di una soluzione più rapida, più semplice, meno costosa del fallimento dichiarato o imminente, il pericolo di frodi da parte dei debitori di mala fede, e di soprusi da parte dei creditori disonesti o rapaci»⁽¹³³⁾.

È comunque evidente come il ricorso alle clausole generali di buona fede e correttezza – e dunque ancora una volta al diritto privato – possa rappresentare un utile criterio per orientare e valutare la condotta delle parti, oltre che l'attuabilità dell'accordo o del concordato.

L'uso degli strumenti privatistici nell'ambito della crisi d'impresa – lungi dall'autorizzare comportamenti arbitrari o fuori da qualsiasi controllo – può infatti scongiurare i comunque presenti pericoli di scorrettezza nel negoziato tra le parti, con rischi di squilibrio informativo, di

⁽¹³¹⁾ Così E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, cit., n. 8303, pag. 3.

⁽¹³²⁾ Il legislatore ha infatti disatteso le indicazioni dello schema di D.D.L. elaborato dalla Commissione Trevisanato in composizione ristretta (cfr. documento elaborato dal gruppo ristretto della «Commissione Trevisanato», istituito con D.M. 27 febbraio 2004).

⁽¹³³⁾ Così A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, prefazione.

asimmetrie distributive nell'esecuzione dell'accordo e di difficoltà di tutela di interessi contrattualmente deboli⁽¹³⁴⁾, ricercando la regola «che favorisca libertà e parità effettive senza vanificare l'efficienza economica»⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³⁴⁾ Valga richiamare in proposito la lucida analisi di U. BRECCIA in *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pag. 380, laddove osserva che «il diritto comune contrattuale nel presupporre un livello massimo di astrazione e di generalità (...) contribuisce all'edificazione di un sistema su basi uniformi, e in tal senso incompatibili con privilegiate diversità». E ancora: «ci si trova su un piano che è indiscutibilmente comune, in un contesto normativo che funge soprattutto da cornice delle regole contrattuali private e da correttivo generale alle possibili disfunzioni dell'autoregolamentazione».

⁽¹³⁵⁾ Così U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, pag. 192. Lo stesso BRECCIA in *Causa e «consideration»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pag. 597 evidenzia del resto il passaggio «da un'immagine dell'autonomia corrispondente al brocardo mitico *stat pro ratione voluntas* a un'immagine dell'autonomia che debba conciliarsi, in contesti adeguati, con una razionalità pratica valutabile in termini di efficienza e di coerenza complessiva dei rapporti economici e sociali».