

STUDI DI DIRITTO PRIVATO

Collana diretta da F.D. BUSNELLI - S. PATTI - V. SCALISI - P. ZATTI

IVAN LIBERO NOCERA

**ANALISI CIVILISTICA
DEGLI ACCORDI DI
RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

STUDI DI DIRITTO PRIVATO

Collana diretta da F.D. BUSNELLI - S. PATTI - V. SCALISI - P. ZATTI

IVAN LIBERO NOCERA

ANALISI CIVILISTICA
DEGLI ACCORDI DI
RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0996-4

Il presente volume è stato oggetto di procedura di doppio referaggio cieco da parte di due referee (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (Fondi Locali della Ricerca).

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

A mia madre

Non possiamo pretendere che le cose cambino, se continuiamo a fare le stesse cose. La crisi è la più grande benedizione per le persone e le nazioni, perché la crisi porta progressi.

La creatività nasce dall'angoscia come il giorno nasce dalla notte oscura. È nella crisi che sorge l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie. Chi supera la crisi supera se stesso senza essere "superato". Chi attribuisce alla crisi i suoi fallimenti e difficoltà, violenta il suo stesso talento e dà più valore ai problemi che alle soluzioni. La vera crisi, è la crisi dell'incompetenza.

L'inconveniente delle persone e delle nazioni è la pigrizia nel cercare soluzioni e vie di uscita. Senza crisi non ci sono sfide, senza sfide la vita è una routine, una lenta agonia. Senza crisi non c'è merito.

È nella crisi che emerge il meglio di ognuno, perché senza crisi tutti i venti sono solo lievi brezze. Parlare di crisi significa incrementarla, e tacere nella crisi è esaltare il conformismo. Invece, lavoriamo duro.

Finiamola una volta per tutte con l'unica crisi pericolosa, che è la tragedia di non voler lottare per superarla.

A. EINSTEIN, *Come io vedo il mondo*, 1975.

Si è spesso detto che il giurista è conservatore per tendenza professionale. In certe condizioni, precisamente quando alcuni principî giuridici fondamentali vengono accettati per un lungo lasso di tempo, essi governeranno in effetti l'intero sistema del diritto, il suo spirito generale come ogni singola regola e minuta applicazione. In tali periodi un simile sistema possiederà una grande stabilità intrinseca.

Ogni giurista, pertanto, quando dovrà applicare o interpretare una regola che non è in accordo col resto del sistema si disporrà a tale impresa in modo da volgere quella regola in una forma che la renda compatibile con le altre.

Se uniti, i giuristi di professione possono pertanto annullare talvolta l'intenzione del legislatore, non per disprezzo del diritto, ma, al contrario, perché le loro tecniche li conducono a preferire quella che è ancora la parte predominante del diritto, e a collocarvi un elemento estraneo trasformandolo in modo da armonizzarlo con l'intero insieme.

F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione, libertà*, 1986.

INDICE

pag.

PREMESSA: LA CRISI D'IMPRESA NELLA NUOVA PROSPETTIVA DEL DIRITTO PRIVATO

1. Due fenomeni espansivi	XVII
2. Dal <i>decoctor ergo fraudator</i> alla "cultura del salvataggio"	XX
3. Dall'insolvenza alla crisi d'impresa	XXX
4. La composizione negoziale della crisi	XXXVII
5. L'approccio metodologico civilistico	XLI

CAPITOLO I UN INNESTO PRIVATISTICO NELLA CRISI D'IMPRESA

1. Le ragioni di un istituto	1
2. Eterotutela del giudice e autotutela delle parti	7
3. Le composizioni negoziali dal codice di commercio alla stagione delle riforme	11
3.1. Il concordato amichevole e la moratoria nel codice di commercio	12
3.2. Dalla legislazione prefascista alla legge del 1942	16
3.3. Le difficoltà del concordato stragiudiziale nella legge del 1942	20
4. Da <i>iudex gestor</i> a <i>iudex statutor</i> : il giudice nella gestione negoziale della crisi	25
4.1. Il ruolo del giudice nel nuovo diritto della crisi d'impresa	25
4.2. Il perimetro del controllo giudiziale nel concordato e negli accordi di ristrutturazione	27
4.3. L'oggetto della valutazione giudiziale negli accordi di ristrutturazione	31

	<i>pag.</i>
4.4. “Disintermediazione giudiziaria” della crisi e tutela dell’autonomia privata	36
5. Le novelle del 2007 e del 2010: la protezione dopo la pubblicazione dell’accordo e la tutela anticipata alla fase delle negoziazioni	40
6. La riforma del c.d. “Decreto Sviluppo” del 2012	45
6.1. Il trattamento dei creditori non aderenti, l’ <i>automatic stay</i> e i profili del professionista	45
6.2. Il concordato “con riserva” e la possibilità di commutazione	48
7. Il d.l. n. 83/2015: l’introduzione dell’art. 182- <i>septies</i> l. fall.	50
7.1. Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari	53
7.2. La convenzione di moratoria	56

CAPITOLO II

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE COME CONTRATTO DI DIRITTO PRIVATO

1. La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione	65
2. Gli accordi di cui all’art. 182- <i>bis</i> come “variazione sul tema” concordatario	66
2.1. Le affinità tra accordi di ristrutturazione e concordato	66
2.2. Corollari alla qualificazione dell’accordo come “concordato semplificato”	71
3. Gli accordi come nuova procedura concorsuale	72
3.1. L’ipotesi di un’unica categoria concordataria. Critica	72
3.2. L’autonomia degli accordi di ristrutturazione dal concordato preventivo	75
3.3. L’orientamento che sostiene l’essenza concorsuale degli accordi	78
4. Gli accordi di ristrutturazione come contratto di diritto privato sulla crisi d’impresa	80
4.1. Confutazione della teoria concorsuale	81
4.2. La mancanza dell’elemento della concorsualità	87
5. Il contratto sulla crisi d’impresa dopo le ultime riforme della legge fallimentare	89
5.1. Mantenimento dei peculiari caratteri privatistici	89

pag.

5.2. Contratto sulla crisi d'impresa ed effetti sui creditori non aderenti	92
5.3. Il giudice come facilitatore e stabilizzatore dell'accordo	95
6. Natura contrattuale dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari	99
7. Accordi di ristrutturazione e <i>consecutio</i> tra procedure	103
8. La necessità di un'analisi di diritto civile	105

CAPITOLO III

ARCHITETTURA STRUTTURALE
DEGLI ACCORDI

1. Il contenuto articolato dell'accordo	111
1.1. La prospettiva del creditore	112
1.2. La prospettiva del debitore	115
2. Le posizioni relative al concordato stragiudiziale: tra Scilla e Cariddi	118
3. L'astrattezza categoriale del contratto plurilaterale ...	121
3.1. Reciproci condizionamenti tra creditori e rapporto con la transazione	121
3.2. Elemento causale e adesione dei creditori	125
3.3. La sfuggente individuazione del contratto plurilaterale	127
4. ... o "l'incerto causalismo" del collegamento negoziale?	132
4.1. La rilevanza dell'intento di scongiurare il fallimento	132
4.2. Causa in concreto e collegamento negoziale	138
5. La struttura degli accordi in seguito all'introduzione dell'art. 182-bis l. fall.	143
5.1. Gli accordi come collegamento negoziale	144
5.2. Gli accordi come contratto plurilaterale	148
5.3. Gli accordi come contratto bilaterale plurisoggettivo	150
6. Osservazioni critiche tra fenomenologia e principio di conservazione	152
6.1. Il problema del mutamento dei creditori aderenti	152
6.2. Il concetto di essenzialità della prestazione nel contratto plurilaterale	153
6.3. Il criterio di gravità o rilevanza nel collegamento contrattuale	156
7. La soluzione dell'operazione economica unitaria	159
7.1. L'esigenza di una categoria unificante	159

	<i>pag.</i>
7.2. Utilità della categoria dell'operazione economica	161
7.3. Operazione economica e "atto di autonomia privata plurilaterale"	165

CAPITOLO IV

LE TRATTATIVE NEGOZIALI: BUONA FEDE, OBBLIGHI E TUTELE

1. La fase delle trattative negoziali	169
2. L'informazione nella fase iniziale delle trattative	171
3. Il ruolo della buona fede	175
4. Doveri d'informazione negli accordi <i>ex art. 182-bis</i> e <i>182-septies</i> l. fall.	180
5. Il dovere di riservatezza	185
6. Individuazione dei rimedi nella fase delle negoziazioni	187
6.1. Soluzioni rimediali, abuso del diritto e contrarietà a buona fede	187
6.2. L'identificazione del rimedio funzionale	194
6.3. La responsabilità "relazionale" precontrattuale	201
7. La tutela della fase delle trattative dopo la novella del 2010	206
7.1. Le "falle" della protezione	206
7.2. Latitudine e <i>dies a quo</i> dell'effetto protettivo	211
7.3. Rapporti tra tutela anticipata e dichiarazione di fallimento	213
7.4. Le alterne "stagioni" dei rapporti tra domanda di concordato e istanza di fallimento	216
7.5. Contestuale pendenza dei procedimenti <i>ex art. 182-bis</i> l. fall. e per la dichiarazione di fallimento	221

CAPITOLO V

ANALISI EFFETTUALE DEGLI ACCORDI

1. L'efficacia dell'accordo	225
2. L'efficacia sottoposta alla condizione della mancata omologazione	228
2.1. La prassi nel codice di commercio del 1882	229
2.2. La condizione risolutiva del fallimento nei concordati stragiudiziali	230

	<i>pag.</i>
2.3. L'efficacia dell'accordo subordinata alla sua omologazione	233
3. Funzione della pubblicazione	234
4. Rilevanza dell'accordo nell'ambito effettuale	240
4.1. Definizione dei creditori aderenti	240
4.2. Effetti sull'accordo in relazione all'omologa	246
5. Effetti dell'accordo sui terzi non aderenti: specificità civili- stiche	250
5.1. Le soluzioni deliberative e l'abuso nella formazione delle classi concordatarie	252
5.2. Le soluzioni contrattuali	258
5.3. Pagamento in favore dei creditori non aderenti	260
5.4. Gli effetti dell'accordo nei confronti dei terzi	264
5.5. L'opposizione all'omologa	268
5.6. L'esenzione dalla revocatoria nel <i>trade off</i> tra efficacia ed efficienza	270
6. L'efficacia verso i terzi negli accordi di ristrutturazione con in- termediari finanziari	276
6.1. Art. 182- <i>septies</i> l. fall., principio di relatività e contratto a favore di terzi	276
6.2. L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari come contratto a favore di terzi	281
6.3. Il rifiuto del terzo e la valutazione dell'abuso del diritto	285
6.4. Il rifiuto di contrarre come fattispecie di abuso	287
6.5. Le categorie dei creditori e l'estensione degli accordi ai non aderenti	293
6.6. La sorte delle ipoteche giudiziali	299
6.7. Estensione degli effetti e raccolta delle adesioni	300
6.8. Il giudizio di omologa del Tribunale	302
6.9. La soddisfazione in misura non inferiore rispetto alle al- ternative concretamente praticabili	304

CAPITOLO VI

LA FASE ESECUTIVA DEGLI ACCORDI: PATOLOGIE E RIMEDI

1. L'esecuzione dell'accordo	311
2. Nullità e annullabilità	313
3. Risoluzione per inadempimento	317

	<i>pag.</i>
4. Eccezione d'inadempimento	319
5. Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta	321
6. Rescissione	324
7. Rimedi di autotutela privata <i>ex</i> artt. 1186 e 1461 c.c	326
8. Risarcimento del danno per abuso nella concessione del credito	331
9. Responsabilità del professionista attestatore	336

CAPITOLO VII

IL *TRUST* NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

1. Premessa: <i>trust</i> e accordi di ristrutturazione	345
2. Ascesa di una tutela "dinamica" e declino del principio di <i>par condicio</i>	346
2.1. Compatibilità del <i>trust</i> con il diritto interno	346
2.2. Ipotesi ricostruttive per ricondurre il <i>trust</i> nell'alveo dell'ordinamento	350
2.3. Brevi cenni sul riconoscimento del <i>trust</i> nel diritto interno	354
3. Efficienza e possibili utilità del <i>trust</i> negli accordi di ristrutturazione	356
4. Riconoscibilità del <i>trust</i> nella crisi d'impresa	361
5. Segregazione patrimoniale ed elusione della disciplina concorsuale	363
6. Superamento della rilevanza dell'insolvenza e ascesa della causa in concreto	366
7. Elementi esogeni ed endogeni rivelatori del <i>trust</i> c.d. anticoncorsuale	370
8. Il <i>trust</i> autodichiarato a tutela degli accordi di ristrutturazione	373
9. <i>Trust</i> "di scopo" e <i>trust</i> "con beneficiari"	377
10. Tutela dei creditori aderenti nel quadro dell'interesse al risanamento	379
11. Il <i>trust</i> come mezzo per ampliare la protezione dell'accordo prima dell'omologa	382
11.1. Legittimità di una tutela privatistica alternativa	382
11.2. Virtù del <i>trust</i> come protezione supplente e difetti della tutela legale	389
11.3. Il <i>trust</i> come mezzo cautelare e conservativo	394
12. Il <i>trust</i> come strumento di gestione ordinata della crisi	398

	<i>pag.</i>
12.1. La funzione di controllo dell'attuazione sull'accordo di ristrutturazione	398
12.2. Il <i>trust</i> come alternativa alla costituzione di una <i>newco</i>	402
12.3. <i>Trust</i> e "nuova finanza"	405
13. L'esperibilità dell'azione revocatoria e degli altri rimedi	407
14. Onerosità o gratuità del <i>trust</i>	412
15. Il <i>trust</i> in caso di sopravvenuto fallimento	416
16. <i>Trust</i> e accordi di ristrutturazione nel prisma della <i>par condicio</i>	422
 CONCLUSIONI:	
Gli accordi di ristrutturazione quale "punto di fuga" del diritto privato dinamico	429

PREMESSA: LA CRISI D'IMPRESA NELLA NUOVA PROSPETTIVA DEL DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Due fenomeni espansivi. – 2. Dal *decoctor ergo fraudator* alla “cultura del salvataggio”. – 3. Dall'insolvenza alla crisi d'impresa. – 4. La composizione negoziale della crisi. – 5. L'approccio metodologico civilistico.

1. *Due fenomeni espansivi*

Nell'attuale contesto di crisi macroeconomica e di drastici tagli alla spesa pubblica, gli incentivi all'economia – volti a creare assetti giuridico-istituzionali che favoriscano il valore d'impresa, la concorrenza, la certezza giuridica e una migliore allocazione delle risorse – hanno trovato un terreno di elezione nella disciplina della crisi d'impresa.

Lo sforzo si è concentrato sul tentativo di fornire strumenti giuridici adeguati a gestire le situazioni di dissesto, alla luce dell'impatto che la crisi ha avuto sul tessuto imprenditoriale, assumendo quale priorità la salvaguardia delle attività produttive¹.

¹Secondo la relazione sull'amministrazione della giustizia nel 2013 presentata il 24 gennaio 2014 dal Primo Presidente della Corte di Cassazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario, al giugno 2013 si è registrato un incremento del 10% delle istanze di fallimento rispetto all'anno precedente e dell'11% delle dichiarazioni di fallimento. Tale dato è riportato da G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna*, Napoli, 2014, p. 283, nt. 8. Questo andamento è stato confermato dall'Osservatorio su fallimenti, procedure e chiusure di imprese – Cerved, secondo il quale il totale dei fallimenti del 2014 ha superato la quota 15.000, con un incremento del 10,7% rispetto al 2013. A partire dal 2015, dopo ben otto anni, i fallimenti sono diminuiti, rimanendo però su livelli notevolmente elevati: sono infatti fallite 14.700 imprese, il 6,3% in meno rispetto al 2014 ma quasi il doppio rispetto ai 7.500 fallimenti del 2008, quando ancora non si erano manifestati gli effetti della crisi. Il 2016 ha confermato la tendenza registrando il fallimento di 13.500 imprese, con diminuzione anche delle domande di concordato preventivo, dopo la “ubriacatura” seguita all'introduzione del concordato c.d. “in bianco” ad opera del d.l. n. 83/2012: tra 2015 e 2016 il numero di domande di concordato si è infatti ridotto da 1.400 a 817 (–42%), poco più di un terzo del picco massimo raggiunto nel 2013 (quando si toccò quota 2.200). Nel primo trimestre del 2017 sono fallite 3.000 imprese, il 17% in meno rispetto allo stesso

Tale esigenza ha comportato un radicale cambiamento rispetto alla tradizionale visione della disciplina fallimentare: mutamento profondo quanto necessario per un adeguamento del diritto positivo al sistema degli affari.

In particolare si osservano due fenomeni espansivi convergenti, che implicano entrambi una rinnovata prospettiva: la propensione alla continuazione dell'attività di impresa pure in stato di insolvenza e la valorizzazione, in tale settore, del diritto privato.

L'intreccio fra crisi d'impresa e diritto privato, col conseguente arretramento in tale ambito della concezione pubblicista in favore di una maggiore latitudine dell'autonomia privata, non significa tuttavia assenza di regole eteronome, posto che i limiti della stessa autonomia privata sono posti in ragione della tutela di interessi collettivi². Del resto, non si assiste ad una de-regolamentazione bensì ad una nuova regolamentazione che avvalora la funzione del diritto quale incentivo economico "a costo zero" e al contempo controllo della competitività dell'impresa, al fine di non pregiudicare interessi concorrenti.

Pertanto, la c.d. "degiurisdizionalizzazione" o meglio la "disintermediazione giudiziaria"³ delle procedure concorsuali non denuncia affatto una ritirata della regola giuridica con la conseguente creazione di un vuoto normativo in balia del gioco economico globale insofferente ad ogni eteronomia. Al contrario, si assiste ad un cambiamento di visione, ad una sostituzione di regole: dalla regola pubblicistica alla regola di diritto privato. In tal senso va letto il significato del termine "privatizzazione" con il quale si suole riassumere le peculiarità della nuova disciplina fallimentare: attrazione del diritto della crisi d'impresa nell'alveo del diritto dei privati, quindi dell'autonomia negoziale, con le regole e i limiti ad essa propri⁴.

periodo dell'anno precedente. Questo dato prosegue, rafforzandolo, il *trend* di miglioramento iniziato alla fine del 2014, quando i fallimenti avevano toccato un massimo storico, e segna il livello più basso registrato nei primi tre mesi dell'anno dal 2011. Al pari tra gennaio e marzo 2017 hanno fatto domanda di concordato preventivo "solo" 165 imprese, in netto calo rispetto all'anno precedente (-43%). Per tali dati cfr. Cerved, Osservatorio su fallimenti, procedure e chiusure di imprese, in *Know.Cerved.com*.

² Come afferma infatti L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1030, «se non vi è mercato laddove non vi è alcuno spazio per l'autoregolamentazione, neppure vi può essere mercato quando il diritto arretra fino ad esaurire la regola nella autoregolamentazione». In proposito valga inoltre ricordare le osservazioni di G. ROSSI, *Quale capitalismo di mercato?*, in *Riv. soc.*, 2008, I, p. 907, ove sostiene che «l'arretramento continuo del diritto, che s'è voluto anche individuare e definire in una sua rinuncia normativa a favore dell'equivoca libertà contrattuale posta a sostituzione della norma, ha creato imprese e mercati, le cui attività sono sottratte a ogni vigilanza, sicché l'asimmetria contrattuale, che ovviamente favorisce il contraente forte, detta la regola». Si vedano inoltre le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, p. 396.

³ Tale espressione si rintraccia in V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 369.

⁴ Sull'uso di tale termine si veda A. NIGRO, *"Privatizzazione" delle procedure concorsuali*

L'incontro tra autonomia privata e crisi d'impresa costituisce il tentativo di costringere la seconda – ontologicamente qualificata in termini di patologia – nell'ordine regolamentare contrattuale, puntellando la naturale precarietà che caratterizza la situazione di crisi con i “ponteggi” offerti dal diritto privato, intrinsecamente portatore di un valore di stabilità dei rapporti. Ciò conferma la centralità del diritto privato, che consente di indirizzare il sistema economico entro canali regolativi, rafforzando il rilievo primario dell'ordine positivo del negozio, così da scongiurare possibili abusi⁵.

Occorre considerare l'apparente paradosso costituito dalle opposte tendenze dell'attuale diritto privato, che rappresenta l'esplicazione storicamente più rilevante dell'autonomia privata. Quest'ultima si ritrova al centro di un vortice di correnti contrarie: tra una forza centrifuga costituita dalla dilatazione degli spazi di autonomia, ed una forza centripeta volta ad incrementare la normazione da parte dell'ordinamento⁶.

Tale prospettiva s'impone nel diritto della crisi d'impresa con l'individuazione di un punto d'incontro tra tre interessi distinti: interesse privatistico dell'imprenditore e del creditore, interesse collettivo dei soggetti direttamente o indirettamente connessi con il destino dell'impresa, e interesse generale del mercato. Sarà rimessa in primo luogo ai creditori la scelta di recuperare l'impresa: tale opzione dovrà comunque corrispondere alla realizzazione del loro interesse, identificato nel «massimo realizzo dell'attivo, nel minor tempo e con i minori costi di procedura»⁷ e si qualificherà come scelta responsabile di mercato utilizzando le categorie e i principi offerti dal diritto privato quale strumento “finale” di risoluzione dei conflitti⁸.

e ruolo delle banche, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 359; F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 3; B. LIBONATI, *Crisi societarie e governo dei creditori*, in *Dir. giur.*, 2007, p. 10; L. ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in AA.VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, p. 38.

⁵ Si veda in merito N. IRTI, *Intervento*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. 93; Id. *Concetto giuridico del mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 185; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 476; L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. 34.

⁶ In merito si rinvia alle lucide osservazioni svolte da U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 161; G. DE NOVA, in *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 649; G. ALPA, *L'«europeizzazione» del diritto contrattuale*, in G. ALPA-R. DANOVÌ (a cura di), *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori*, Milano, 2003, p. 7.

⁷ Così, F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, p. 411.

⁸ Del resto, come osserva L. VON MISES, *Human action: a treatise on Economics*, San Francisco, 1996, p. 257: «The market is not a place, a thing, or a collective entity. The market is a process, actuated by the interplay of the actions of the various individuals cooperating under the division of labour. The forces determining the – continually changing – state of

L'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti si pone al centro dei due richiamati fenomeni espansivi – autonomia privata e conservazione dell'impresa in crisi – in quanto figura essenzialmente contrattuale che esalta la cifra privatistica indirizzandola verso la salvaguardia dell'impresa.

Il giurista è tenuto, tuttavia, a verificare l'adeguatezza del diritto privato alla soluzione della crisi d'impresa utilizzando quale paradigma gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in modo da rivedere, se del caso, «le proprie concettualizzazioni nella misura necessaria per conservare la comunicazione del sistema con la dinamica sociale»⁹.

Proprio l'intima dimensione problematica dell'intreccio fra crisi d'impresa e diritto privato rappresenta il punto di partenza e insieme l'approdo del presente lavoro.

2. *Dal decoctor ergo fraudator alla "cultura del salvataggio"*

Come anticipato, la disciplina fallimentare negli ultimi decenni è stata interessata da un radicale capovolgimento di prospettiva.

La legge del 1942, 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 del carattere sanzionatorio che tradizionalmente aveva caratterizzato la disciplina del fallimento¹⁰. Il soggetto fallito era ancora considerato «male infettivo da circoscrivere [...] e distruggere secondo un interesse supremo e statuale alla tutela dell'economia e del credito»¹¹. Di conseguenza, era ne-

the market are the value judgements of these individuals and their actions are directed by these judgements». Si vedano in proposito altresì le osservazioni di R. TAROLLI, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 789.

⁹ Così, L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3, ripubblicato in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11.

¹⁰ Il particolare rigore che caratterizzava il procedimento concorsuale contro il debitore 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, p. 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. Del resto, l'art. 543 del codice di commercio del 1865, riecheggiando le sanzioni penali, recitava «Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti, è in istato di fallimento», con una formula confermata dal successivo codice del 1882.

¹¹ Così C. D'AVACK in *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, p. 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, p. 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 inventa-

cessario 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 controllata¹²) 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 e del mercato, affinché le risorse aggregate nell'impresa fallita potessero essere utilizzate in impieghi più produttivi¹³.

ta 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, p. 513. Non a caso 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, p. 453). Tale visione 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, p. 170. Vale ricordare come tale concezione affittiva affondi le sue radici nel diritto romano repubblicano dove le leggi delle XII Tavole (433-452 a.C.) assegnavano il debitore in piena proprietà al creditore, il quale – nel caso in cui entro trenta giorni il debitore non pagasse o nessuno si presentasse a pagare per lui – ne diventava il padrone e poteva decidere se venderlo oppure ucciderlo, dividendone le membra con gli altri creditori. Con la *Lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. si fissò il principio per cui la vera garanzia dei creditori doveva ricercarsi nel patrimonio e non nella persona del debitore («*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*»). Tuttavia, i debitori insolventi erano marchiati dalla pena dell'infamia, tanto da essere denominati, nelle varie fonti romane, con i termini più riprovevoli: *infames, fraudatores, diminuentes patrimonium, deceptores, conturbatores*. In età augustea venne emanata la *Lex Iulia de cessione bonorum* (7 a.C.), con cui si concedeva al debitore insolvente di buona fede di chiedere la propria *cessio bonorum*. Il debitore, anche se condannato o *confessus in iure*, poteva così scongiurare l'infamia dichiarando solennemente di cedere tutto il suo patrimonio ai creditori e trattenere quanto gli era strettamente necessario per la propria sopravvivenza. In proposito si vedano l'interessante saggio di G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 3 e l'interessante analisi storica di A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 49.

¹² Le c.d. procedure concorsuali minori avevano 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, p. 557; A. MAFFEI ALBERTI, *Amministrazione controllata: una procedura da abolire*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 961; F. CAVAZZUTI, *L'amministrazione controllata da procedura più lunga a procedura «più larga»*, *ibidem*, 1982, II, p. 613; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, IX, Padova, 1986, p. 3.

¹³ Sugli interessi pubblicistici e privatistici ai quali mirava la disciplina del fallimen-

Il perseguimento dello scopo di tutela del ceto creditorio¹⁴ 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. L'esercizio dell'impresa durante il fallimento è sempre stato visto in funzione strumentale all'incremento del ricavato da distribuire ai creditori in via concorsuale¹⁵.

Pertanto, la prosecuzione dell'attività imprenditoriale in seguito alla dichiarazione di insolvenza è stata tradizionalmente considerata quale mezzo per una proficua soddisfazione dei creditori¹⁶. Non si consentiva, invero, a soggetti terzi di intrattenere rapporti con l'impresa decotta, preferendo distruggere di fatto la ricchezza aziendale cessandone l'attività¹⁷.

Lo scopo essenzialmente liquidatorio era, infatti, reputato quale fattore di equilibrio del mercato, che, eliminata l'impresa "contaminata", poteva continuare ad essere ispirato alla regola della concorrenza¹⁸.

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

to fino alle riforme della seconda metà degli anni 2000, si richiama R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1962, p. 12; F. FERRARA-A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 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, p. 19; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996; L. ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, in *Dir. fall.*, 2002, p. 666; L. STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in A. JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, p. 301. In proposito vale ricordare la relazione alla legge fallimentare del ministro guardasigilli il 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».

¹⁴ 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 decotto, deliberatamente, ha voluto arrecare pregiudizio agli interessi dei suoi creditori».

¹⁵ In proposito cfr. l'ampia trattazione di F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 24.

¹⁶ Si vedano in merito le lucide riflessioni di A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Tratt. di diritto privato*, Milano, 2000, p. 1; N. ABRIANI, *Il sistema delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 85; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, V ed., Torino, 2012, p. 73.

¹⁷ Sul punto si veda G.C.M. RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, p. 124; A. CAVALAGLIO, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 234; A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., p. 498. In merito si rinvia inoltre alle osservazioni di A. BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, in *Dir. fall.*, 1996, p. 697.

¹⁸ Sottolinea tale aspetto V. DE SENSI, *L'etica del fallimento*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 167.

pretese creditorie all'interno di un quadro d'interesse macroeconomico diretto a una nuova riallocazione del capitale¹⁹.

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 organizzata²⁰. Questa era rimasta sullo sfondo normativo, come conferma la circostanza che lo stesso codice civile, coevo alla legge fallimentare, concentri 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 creditori²¹.

Tuttavia, è opportuno evidenziare come tra i suddetti interessi non sia inevitabile un rapporto discrasico, ben potendo l'impresa essere 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, salvaguardando al contempo i posti di lavoro²². Pertanto, è stato af-

¹⁹ Sul punto C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 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 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, p. 210; S. PACCHI PESUCCI, *La posizione dei creditori nella legge di riforma italiana*, ivi, p. 430; F. LOMBARDI COMITE, *L'interesse pubblico nella impresa privatizzata in crisi*, ivi, p. 588.

²⁰ Si vedano in proposito le riflessioni di N. IRTI, *Dal salvataggio statale all'intervento bancario*, in *Riv. società*, 1996, p. 1081, il quale analizza le modalità di intervento del legislatore, dagli anni Trenta fino agli anni Settanta, basato sull'utilizzo di due strumenti giuridici: l'ente pubblico e la legge speciale. In seguito, invece, è venuta meno la separazione tra banche e industrie, con le prime chiamate a fronteggiare la temporanea difficoltà dell'impresa offrendole consulenza tecnica, riduzione dell'esposizione, nuove risorse finanziarie mediante l'utilizzo degli strumenti del diritto privato. In argomento, cfr. altresì l'analisi di A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storica-comparatistica*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. V, *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, Torino, 2014, p. 5.

²¹ Cfr. in merito F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 66; ID., *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, cit., 2001, p. 412.

²² Sul punto si veda L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bolo-

fiancato 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 economico²³.

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, con l'introduzione dell'istituto del concordato preventivo, attuato con le l. n. 197/1903, n. 473/1925, n. 995/1930²⁴, si perseguiva il fine di soddisfare l'esigenza di garantire i creditori e di permettere al debitore meritevole di continuare la propria attività sgravata da parte del passivo, evitando quindi, come osservava Bonelli «la vergogna e la diminuzione che porta con sé il fallimento»²⁵.

Nell'applicazione pratica dei primi decenni del XX secolo 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.

gna, 2007, p. 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.

²³ Cfr. in proposito A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storica-comparatistica*, cit., p. 5; R. RAMETTA, *La gestione della crisi d'impresa nel diritto interno: profili storico-sistematici*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 365.

²⁴ Si veda in merito L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932, p. 2 e le riflessioni di F. CARNELUTTI, in *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 676.

²⁵ Così G. BONELLI, in *Del fallimento*, in V. ANDRIOLI (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, III, Milano, 1939, p. 437. Basti pensare al termine utilizzato per la caratterizzazione della procedura, ovvero la parola "fallimento" dalle caratteristiche oggettivamente e soggettivamente negative, 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. La giurisprudenza ha recentemente osservato come «colui la cui impresa non abbia funzionato e che viene dichiarata fallita, può sentirsi per questo ed essere considerato dagli altri un fallito? [...] L'insolvente normalmente è una brava persona, magari anche incapace di gestire un'azienda o soltanto uno che non è stato pagato dai propri clienti, ma non certo necessariamente un frodatore, o ingannatore, per obbligatoria definizione giudiziaria» (così una sentenza del Tribunale di Vicenza riportata da La Stampa, 8 marzo 2016). Giova osservare come l'art. 2 dello Schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016 e disponibile al sito *Camera.it*, preveda tra i criteri direttivi della riforma organica delle procedure concorsuali di «sostituire il termine "fallimento", e suoi derivati, con espressioni equivalenti, quali "insolvenza" o "liquidazione giudiziale", adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali».

Con la crisi della cultura liberale classica si incrementa l'interesse alla conservazione dell'impresa. Nondimeno, la successiva legge fallimentare di cui al r.d. n. 267/1942, recependo le indicazioni della prassi, introduce la *cessio bonorum*, senza riferimento all'esigenza di tutelare la continuazione dell'impresa, considerata al massimo mero strumento, privilegiando invece l'interesse dei creditori come fine primario della procedura²⁶.

In ragione della prevalenza di un modello di impresa in cui si osserva una netta preponderanza di capitale di credito rispetto al capitale di rischio, 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.

I creditori, infatti, 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. In particolare, si riscontra che in alcuni casi, qualora i debiti dell'imprenditore siano maggiori del valore dell'impresa produttrice di ricchezza²⁷, i creditori sarebbero maggiormente 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 debitore²⁸.

Giova del resto 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 "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 stru-

²⁶ Cfr. in proposito Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Il Fall.*, 1991, p. 1248, con nota di L. PANZANI.

²⁷ 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*.

²⁸ In merito L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 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, p. 1075; B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 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. CAPPRIO (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Studi e ricerche del Mediocredito Lombardo, 1997, n. 17, p. 79.

menti finanziari di debito. A ciò deve aggiungersi la diffusa e costante sotto-capitalizzazione 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 crescita²⁹.

Tali considerazioni, unite alla ben più forte esigenza pubblica di garantire la conservazione di livelli occupazionali³⁰, hanno contribuito al passaggio 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 visuale nella disciplina fallimentare si riscontra 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 produttivi³¹: agli obblighi disposti dall'art. 2088 c.c. a carico del-

²⁹ 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.

³⁰ Sul punto cfr. F. ALLEVA, *Fallimento e tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 221; L. CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, p. 624; F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, p. 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 c.c. e art. 47, l. n. 428/1990 come modificato dal d.lgs. n. 18/2001); è previsto inoltre un fondo di garanzia per le retribuzioni non corrisposte dal datore di lavoro (d.lgs. n. 80/1992); è infine stabilito che il fallimento del datore di lavoro non può integrare una giusta causa di licenziamento (art. 2119 c.c.) ma comportare la cessazione del rapporto solo nei limiti del licenziamento 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. 270/1999).

³¹ Sul tema cfr. V. ANDRIOLI, *Incidenza della Costituzione nella materia fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, p. 399; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 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, p. 113; V. ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 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, p. 489; e U. BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 156). A tale idea di "funzionalizzazione sociale" ha fatto seguito la concezione che distingueva il profilo dell'iniziativa, espresso dal primo comma, 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, p. 117; *Id.*, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, p. 380).

l'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 Cost., che giustifica un intervento pubblico nella sfera di libertà economica solo in presenza di una previsione di legge³².

Tuttavia, 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 crisi³³.

Mutava così la gerarchia degli interessi, nel tentativo di perseguire in via preferenziale il salvataggio dell'impresa, intesa questa come valore di interesse anche collettivo e pubblico³⁴.

³² Si veda in merito D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 15.

³³ Si fa riferimento specialmente alle normative quali la l. n. 184/1971 che istituiva la finanziaria pubblica G.E.P.I. (Società per le Gestioni e Partecipazioni Industriali) con il compito di entrare temporaneamente nel capitale di aziende private in crisi e di agevolarne la ristrutturazione; la l. n. 675/1977 sulla riconversione e ristrutturazione industriale (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, p. 411; A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., p. 519); la legge n. 391 del 1978, che ha modificato l'art. 187 l. fall. sull'amministrazione controllata; e la n. 95/1979 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 (Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, n. 295-97/1999, in *Il Fall.*, 1999, p. 1183), che ha qualificato la procedura come aiuto di Stato illegittimo. 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, p. 713; G. TARZIA, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, I, 1982, p. 727; M. GALIOTO-A. PALUCHOWSKI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1991, p. 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, p. 222. In seguito, in scia con le suddette leggi si sono poste il d.lgs. n. 270/1999 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 l. n. 39/2004 (c.d. legge "Marzano") sulle misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza modificato più recentemente in occasione della "crisi Alitalia" con la l. n. 166/2008, sui quali si veda S. BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (Legge "Marzano")*, in *Il Fall.*, 2004, p. 363; G. LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1115; ID., *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza*, *ibidem*, p. 1365; M. FABIANI-L. STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 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.

³⁴ In proposito alla legge "Prodi" in particolare R. RORDORF, *Le procedure concorsuali e*

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.

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 terzi³⁵.

La situazione di impotenza economica del debitore ha assunto quindi sempre più rilevanza rispetto alla tutela delle ragioni del credito³⁶.

In tale contesto, ha rappresentato sicuramente un importante paradigma di riferimento l'ordinamento statunitense. Il *Chapter XI* del *Bankruptcy Code* del 1978³⁷ infatti contempla gli accordi tra debitore e creditori attraverso i quali si cerca di fornire il cosiddetto "*fresh financial start*", ovvero una nuova opportunità di esercitare l'attività economica sul mercato, con una netta sensibilità per le soluzioni "*debtor oriented*"³⁸.

la par condicio fra diritto positivo, usi alternativi e prospettive di riforma, in *Quaderni del C.S.M.*, Frascati, 1988, p. 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».

³⁵ 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'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, I, p. 57.

³⁶ Cfr. le riflessioni di G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, cit., p. 281.

³⁷ Il moderno sistema fallimentare statunitense fu introdotto con il *Bankruptcy Act* del 1898 che, oltre al principio dell'esdebitazione, prevede la facoltà per il debitore di proporre istanza di fallimento in proprio. Per un quadro generale sulla disciplina statunitense riformata si veda F. MARELLI, *Esperienza applicativa e riforma nella procedura di «riorganizzazione» nel diritto fallimentare statunitense*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 157. Tale procedura mira principalmente alla salvaguardia del valore dell'azienda e permette al debitore di proseguire la gestione dell'impresa, tuttavia sono escluse da tale procedura le banche, le istituzioni finanziarie, le società di assicurazione e *broker* finanziari.

³⁸ La rilevanza della disciplina statunitense è tale da aver costituito il modello di riferimento per la costruzione delle soluzioni di composizione negoziale della crisi d'impresa nell'ordinamento italiano ed europeo (influenzando, in particolare l'*Insolvenzplan* tedesco). In numerosi arresti della giurisprudenza di merito italiana si fa espressamente riferimento al *Chapter XI* quale paradigma di riferimento per gli strumenti negoziali della crisi d'impresa come novellati dalla stagione delle riforme. In particolare si veda Trib. Piacenza, 23 giugno 2009, in *Il Caso.it* e Trib. Monza, 7 aprile 2009, *ivi*, dove si afferma a

Il tratto di maggior rilievo del *Chapter XI* è costituito dall'ampio spazio concesso all'autonomia privata e alla riallocazione del capitale di rischio nelle mani dei creditori, i quali sono di fatto gli effettivi fornitori del capitale di rischio. In proposito, infatti, si suole dire che mentre nelle procedure di liquidazione si effettua una vendita effettiva del patrimonio del debitore sul mercato, nelle procedure di riabilitazione si realizza una "vendita" fittizia del patrimonio ai creditori, che in cambio del loro credito "acquistano" un diritto sul patrimonio dell'imprenditore³⁹.

Come negli altri principali paesi europei, anche in Italia, si è reso necessario un ampio mutamento di regole sfociate nella c.d. stagione delle riforme fallimentari aperta con il d.l. n. 35/2005⁴⁰. Queste hanno impresso una notevole modernizzazione alle procedure concorsuali, rese ancora più urgenti da importanti scandali finanziari all'inizio degli anni duemila⁴¹. Il legislatore ha tentato di perseguire la riduzione dei costi e dei tempi delle procedure, l'affievolimento delle conseguenze afflittive del fallimento, l'attribuzione di maggiori poteri ai creditori nel fallimento, una più tempestiva emersione della crisi, e, appunto, l'implementamento dell'autonomia delle parti nella gestione della crisi e la continuazione dell'attività d'impresa⁴².

La stagione delle riforme della disciplina concorsuale ha risposto altresì

proposito della facoltà del debitore di dividere i creditori in classi che «la suddivisione in classi, che il debitore può operare, presenta, maggiore analogia con l'ipotesi del *chapter eleven* che ha fornito il modello al legislatore». Per quanto concerne gli accordi di ristrutturazione dei debiti invece il Trib. Novara, 2 maggio 2011, in *Diritto24.IlSole24Ore.com*, ha osservato che «l'attuale disciplina rappresenta, dopo alcuni incespica menti iniziali, il vero e proprio tratto di assimilazione del nostro ordinamento a quello statunitense che, come noto, ne ha rappresentato il modello principale: infatti, secondo le disposizioni del *Chapter 11* della legge fallimentare statunitense, che permette alle imprese che lo utilizzano una ristrutturazione a seguito di un grave dissesto finanziario, l'imprenditore rimane solitamente in possesso di tutti i suoi beni ed è però sottoposto al controllo e alla giurisdizione della Corte». Tuttavia, in merito all'influenza che l'ordinamento statunitense ha avuto sul legislatore italiano si registra l'opinione dissenziente di G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 20, il quale sostiene che «la frequenza di tale parallelo è direttamente proporzionale alla sua infondatezza» in quanto nella legislazione USA risulta possibile, nell'ambito del *Chapter XI*, presentare contestualmente alla domanda di ammissione anche un piano di riorganizzazione, indipendentemente dalla circostanza che i debitori abbiano già votato e espresso il loro consenso.

³⁹ Questa metafora è riportata da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 195.

⁴⁰ Per le linee evolutive che hanno portato alla riforma cfr. M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 491.

⁴¹ Si fa riferimento agli eclatanti casi di Volare Web, Cirio, Parmalat, su cui C. DEMATTE, *Parmalat e Cirio: l'occasione per cambiare*, in *Econ. & Man.*, n. 2, 2004, p. 3.

⁴² Da un'indagine empirica effettuata da R. BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, cit., p. 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 riguardano il 43% dei fallimenti.

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'impresa⁴³.

Tuttavia, dal d.l. n. 35/2005 ad oggi, con cadenza pressoché annuale, il legislatore ha introdotto una serie di novelle al r.d. n. 267/1942, non sempre in coerenza tra loro, tentando – come Achille e la tartaruga⁴⁴ – di inseguire la maniera più efficace per affrontare la difficile congiuntura economica, ma ottenendo per certo una continua instabilità del quadro normativo e l'impossibilità del consolidamento di un'esperienza pratica adeguata.

Non si è mai quindi proceduto ad una riforma radicale della disciplina fino al disegno di legge “per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato l'11 marzo 2016, gemmato dall'elaborato della commissione Rordorf, volto a riscrivere *ab imis* la normativa del diritto della crisi⁴⁵.

3. Dall'insolvenza alla crisi d'impresa

La costruzione del “secondo binario” della disciplina delle procedure concorsuali, ovvero l'affermazione della “cultura del salvataggio”, costituisce uno dei tratti essenziali della normativa fallimentare dopo le riforme di cui al d.l. n. 35/2005, cui sono seguite le novelle apportate con i d.lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007, unitamente all'ampliamento del raggio dell'autonomia privata in ambito concorsuale⁴⁶. Questa, declinata come autonomia nego-

⁴³ 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.

⁴⁴ Per una descrizione del celebre paradosso di Zenone di Elea si veda J.L. BORGES, *Metamorfosi della tartaruga*, in *Altre inquisizioni*, Milano, 2005, p. 109.

⁴⁵ Cfr. Schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 – poi contrassegnato dal n. 3671-bis, essendo stato stralciato l'art. 15 relativo all'amministrazione straordinaria, approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all'esame del Senato. Si veda altresì in proposito G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Il Fall.*, 2016, p. 385.

⁴⁶ Tale prospettiva attraversa orizzontalmente le 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 c.c.). 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 c.c.).

ziale dei soggetti coinvolti nella composizione della crisi, costituisce il perno della nuova disciplina di gestione dell'insolvenza⁴⁷.

In proposito, valga rammentare che la legge fallimentare del 1942 nel suo testo originario, si articolava su quattro diverse procedure: il fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e la liquidazione coatta amministrativa, le quali – tranne l'ora abrogata amministrazione controllata – individuavano tutte il loro presupposto oggettivo nello “stato d'insolvenza” dell'imprenditore. La c.d. stagione delle riforme ha introdotto il piano di risanamento dei debiti e gli accordi di ristrutturazione dei debiti e ha sostituito lo stato di insolvenza con lo stato di crisi dell'imprenditore, quale presupposto per accedere al concordato preventivo.

La disciplina si mostra dunque profondamente rivoluzionata: ad una normativa “monocentrica”, imperniata sul procedimento di liquidazione collettiva del patrimonio del debitore-imprenditore, si è sostituita una sistematica “pluricentrica” che straborda i tratteggi 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.

Tale radicale trasformazione ha reso necessaria un'inversione di rotta 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 ed un simmetrico ridimensionamento dei poteri gestori del giudice⁴⁸.

Da un punto di vista sistematico si assiste, contestualmente, 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.

⁴⁷ Come si legge nella relazione al d.l. 35/2005, 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 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, p. 64; ID., *Gli organi e la tutela giurisdizionale nella prospettiva di riforma*, in *Il Fall.*, 2004, p. 981; C. FERRI, *Tutela giurisdizionale nei procedimenti di composizione concordata e liquidazione*, in *Il Fall.*, suppl. n. 12, 2004, p. 50.

⁴⁸ 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, p. 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).

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 c.c., la decadenza dal beneficio del termine⁴⁹.

L'insolvenza in senso civilistico, invero, si differenzia nettamente da quella in ambito concorsuale (benché entrambe situazioni di dissesto patrimoniale), in quanto è connessa ad un'insufficienza anche temporanea del patrimonio del debitore. Tale insufficienza comporta, nel singolo rapporto obbligatorio, il mancato affidamento da parte del creditore sulla garanzia patrimoniale e l'attivazione di una serie di diritti potestativi di autotutela.

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 concorso⁵⁰. Infatti, la definizione offerta dall'art. 5 l. fall. riguarda solo il quadro economico interno all'impresa, ovvero lo sbilancio tra flussi finanziari che comporta il *deficit* di cassa, percepibile in via sintomatica solo da operatori professionali, potendo sussistere anche quando il valore del patrimonio dell'imprenditore sia maggiore dell'ammontare dei debiti, se i beni parte dell'attivo non siano facilmente liquidabili o i crediti non possano essere riscossi in tempo utile.

Di conseguenza, si assiste ad una sempre maggiore "soggettivizzazione" dell'insolvenza, in quanto suo arbitro è in sostanza l'operatore bancario o

⁴⁹ 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, p. 1202, osservava che «insolvenza è campo così vasto di ricerche che pervade e penetra quasi tutta la teoria 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 premunirsiene, 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».

⁵⁰ 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 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 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, p. 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».

un altro potenziale finanziatore. Questo, 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*)⁵¹. 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 il debitore, a prescindere dallo squilibrio economico-patrimoniale⁵².

L'obiettivo della disciplina è 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. Tale concezione "relazionale", 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 privata⁵³.

Si afferma quindi un nuovo concetto a metà strada tra insolvenza civile e commerciale. Il concetto di crisi, mancante di tradizione giuridica e pertanto più duttile, sposta l'obiettivo dal soggetto all'attività, in quanto predicato

⁵¹ L'incertezza che presiede alla definizione di insolvenza, concetto espressamente compreso nello stato di crisi, secondo il terzo comma dell'art. 160 l. fall., ha fatto sì che fosse accostata da V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 371, e da L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis l. fall.*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 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».

⁵² 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 di per sé sintomatica dell'effetto economico di una crisi, ma può tradursi in erosione del capitale sociale minimo legale o in una riduzione della garanzia patrimoniale, con conseguente pregiudizio per i creditori.

⁵³ 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, p. 26; ID., *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1030; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 371. Sul punto si segnala l'interessante analisi di M.F. CAMPAGNA, *Insolvenza e crisi nella vigente legge fallimentare*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 399, secondo cui l'applicazione in materia fallimentare del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 4, Cost., che impedisce la delimitazione aprioristica dei nuovi spazi riservati all'autonomia privata, «sembra favorire la costruzione di un ordinamento della crisi di impresa, da taluni definito "ideale", che, da un lato, preveda strumenti atti a recuperare l'impresa che accusi una crisi incipiente; dall'altro, qualora la crisi fosse inevitabile – e cioè fosse un'insolvenza irreversibile – si preoccupi di governarla». Si veda inoltre M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, ivi, p. 499.

di quest'ultima (a differenza del termine "insolvenza" che è invece predicato del soggetto)⁵⁴.

Il legislatore della riforma non ha definito la nozione di "crisi", utilizzando la tecnica di normazione per clausole generali, allo scopo di consentire, attraverso la rilevanza del momento esegetico, soluzioni normative maggiormente adattabili alle esigenze del panorama economico⁵⁵. Il concetto di "crisi" infatti, assumendo la conformazione di un criterio giuridico "aperto" e quindi "ampio" benché di derivazione economico-aziendale, permette di cogliere dinamicamente la tendenza della situazione economica dell'impresa⁵⁶. Esso costituisce il presupposto anche logico per l'attivazione degli

⁵⁴ Il concetto di crisi è altresì ovviamente più vago di quello di insolvenza, come, stigmatizzandolo, ha osservato G.B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 369; G. BERSANI, *Il concordato preventivo. Giudizio di fattibilità del Tribunale. Formazione delle "classi dei creditori". Transazione fiscale*, Milano, 2012, p. 92. In Francia, a seguito della riforma del 2005 introdotta con la *Loi de sauvegarde des entreprises*, si è previsto, accanto alla procedura di *conciliation*, la procedura di *sauvegarde*, diretta – a differenza della prima, preferita in caso di continuazione dell'attività d'impresa – all'imprenditore che versa in difficoltà di natura tale da condurre alla cessazione dei pagamenti (art. L. 620-1), benché la sopravvenienza di tale presupposto non sia facilmente identificabile temporalmente. Infatti il presupposto è costituito dalla domanda del debitore «*qui justifie des difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements*». Per un'ampia disamina si veda P. GENIN-G. LEGRAND-Y. REINHARD (a cura di), *Guide de la loi de sauvegarde des entreprises, Acteurs de l'économie*, Rhône-Alpes, Lyon, 2009.

⁵⁵ Valga osservare come l'art. 2 dello Schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016 e disponibile al sito *Camera.it*, preveda tra i criteri direttivi della riforma organica delle procedure concorsuali di «introdurre una definizione dello stato di crisi, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

⁵⁶ Come afferma N. IRTI, *Il giurista dinanzi alla crisi d'impresa*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 249, occorre analizzare la crisi d'impresa anche alla luce di criteri aziendalistici al fine di individuare gli strumenti più idonei al superamento della stessa. Il concetto di crisi infatti include le difficoltà transitorie di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, così come quelle che potrebbero comportare un'impossibilità soltanto futura di adempiere regolarmente. In tale ipotesi la crisi può essere anche grave e l'imprenditore trovarsi vicino all'insolvenza (*in zone of insolvency*), sebbene non sia ancora insolvente (*in insolvency*). Per la differenza tra *zone of insolvency* e *insolvency* cfr. N. DE LUCA, *Prevenire è meglio che curare. (Proposte per «curare» il concordato preventivo che non «previene»)*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 84. Ad avviso di N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pp. 233-234 la crisi può essere definita come il rischio di insolvenza. Tuttavia, secondo G. FERRI JR., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 427, configurerebbe lo stato di crisi anche l'attuale incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, di conseguenza la distinzione tra insolvenza e crisi deriva dalla causa dell'incapacità solutoria: se l'incapacità attuale di soddisfare le obbligazioni derivi da una disfunzione della struttura dell'organizzazione dell'impresa sussisterà uno stato di insolvenza; nel caso in cui l'attuale impotenza solutoria discenda invece da circostanze occasionali ricorrerà uno

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 irreversibile⁵⁷.

Del resto, lo stesso significato etimologico del termine crisi (dal greco κρίσις) rimanda ad una scelta, ovvero, nella fattispecie, all'esigenza di adottare una decisione gestionale nel senso della continuazione dell'attività economica, attraverso un'operazione di risanamento, o della sua cessazione⁵⁸.

Il terzo comma dell'art. 160 l. fall. – norma di interpretazione autentica⁵⁹ – puntualizza che «ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza», sottolineando così la relazione di continenza: tra crisi e insolvenza è stabilito quindi un rapporto di *genus ad speciem*. Sebbene la disposizione riguardi il concordato preventivo e nonostante la natura di questa procedura sia ontologicamente diversa da quella degli accordi di ristrutturazione, non si comprende perché lo stato di crisi debba assumere un significato diverso a seconda che esso sia presupposto per accedere al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione⁶⁰. Altri-

stato di crisi. Si vedano sull'argomento le lucide riflessioni di R. MARINO-M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l. fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2015, p. 385. In giurisprudenza Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Il Fall.*, 2010, p. 92, afferma che «L'imprenditore deve poi trovarsi in stato di crisi, condizione che può coincidere o meno con l'insolvenza, essendo sufficiente, in linea puramente teorica, uno stato di dissesto o difficoltà finanziaria non ancora integrante la definitiva incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni». Invece, Trib. S. M. Capua Vetere, 12 giugno 2013, in *Il Fallimentarista.it*, sostiene che «lo stato di crisi è dunque una situazione di difficoltà prodromica rispetto allo stato di insolvenza, la quale consiste in uno squilibrio di natura finanziaria, cioè del rapporto tra le attività finanziarie a breve, liquidità e crediti e i debiti a breve scadenza; ovvero patrimoniale, cioè del rapporto tra attivo e passivo patrimoniale; ovvero economica, cioè della capacità produttiva dell'impresa valutata sulla base di condizioni legate alla sua gestione oppure connesse alla sua posizione sul mercato, capacità produttiva che deve essere informata al carattere dell'economicità».

⁵⁷ Sulla definizione di stato di crisi quale presupposto oggettivo del concordato preventivo si vedano G. BERSANI, *Il concordato preventivo. Giudizio di fattibilità del Tribunale. Formazione delle "classi dei creditori"*. *Transazione fiscale*, cit., p. 92; G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 569; G. SCHIANNO DI PEPE, *Insolvenza e gestione del credito bancario*, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 699; G. DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 193.

⁵⁸ Come osserva N.R. AUGUSTINE, *Come trasformare la crisi in un successo*, in *Harvard bus. rev.*, 1996, 5, p. 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».

⁵⁹ Introdotta con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 373, convertito con modificazioni dalla legge, 23 febbraio 2006, n. 51.

⁶⁰ Come invece opina A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 420. La tesi della coincidenza di significato è sostenuta da E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, p. 295.

menti vi sarebbe nell'ambito dello stesso testo normativo un'incomprensibile polisemia della locuzione "stato di crisi", infrangendo l'elementare corrispondenza rigida tra concetti normativi e termini degli enunciati che sta alla base del principio interpretativo della costanza terminologica⁶¹.

Giova considerare come la l. n. 3/2012, in tema di sovraindebitamento del debitore non fallibile⁶², abbia introdotto un ulteriore presupposto, diverso dallo stato di crisi e dall'insolvenza, appunto il sovraindebitamento, definito come «una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente»⁶³.

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.

La connotazione patrimoniale dinamica emerge nondimeno chiaramente dall'art. 8, l. n. 3/2012 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, ma non dispone 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 scadenza⁶⁴.

⁶¹ Si vedano in proposito le riflessioni di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, I, t. II, Milano, 1980, p. 375; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 158.

⁶² 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, p. 229; R. TISCINA, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 649.

⁶³ In tal senso, con una tecnica di *drafting* di chiara matrice comunitaria, l'art. 6 legge n. 3/2012 che esplicita le finalità e le definizioni della normativa. Il sovraindebitamento, quale presupposto oggettivo che legittima il ricorso all'istituto, è definito quale "situazione" (art. 6, comma 2, lett. a) piuttosto che come uno "stato" (sebbene la legge lo definisca tale all'art. 7, comma 1-bis). Tale "situazione" non deve presentare necessariamente i caratteri della definitività ed irreversibilità, come invece è per lo stato di insolvenza ex art. 5 l. fall. Invero, il carattere di irreversibilità, analogo allo stato d'insolvenza nel fallimento, pur presente secondo il dato testuale ("perdurante" squilibrio, "definitiva incapacità" di adempimento regolare delle obbligazioni), è poi affiancato nella stessa norma dalla previsione – meno grave – della "rilevante difficoltà" nell'adempimento, che parrebbe non postulare una definitiva decozione del debitore ed alludere, invece, a situazioni di crisi reversibile.

⁶⁴ Per un'accurata analisi della normativa e delle sue implicazioni socio-economiche in

Il debitore, quindi, deve versare in uno stato di impotenza attuale, funzionale e non transitoria, che non gli consenta di 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 disponibile⁶⁵.

4. La composizione negoziale della crisi

Sebbene le riforme della disciplina concorsuale siano state attuate con novelle e parziali abrogazioni, il sistema complessivo che risulta in generale dall'ordinamento innova radicalmente le finalità della legge fallimentare. Si è tentato, infatti, di apportare soluzioni efficienti, idonee al rapido superamento del dissesto dell'impresa nell'interesse dei creditori, con la possibilità di conservare gli organismi risanabili, in un quadro di economia di mercato⁶⁶.

La continuazione dell'attività d'impresa può consentire di mantenere sul mercato il debitore, di conservare il complesso aziendale salvaguardando il suo avviamento, nonché di permettere il pagamento di una maggiore quota di debito con gli utili originati dall'ordinario esercizio, senza che la notizia dell'attivazione di procedure di risanamento o concorsuali (concordato) possa provocare la fine della rete di rapporti che "a monte" e "a valle" reggono l'azienda produttiva⁶⁷.

chiave di "behavioural economics" si vedano le approfondite riflessioni di E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012.

⁶⁵ Si veda in merito cfr. M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/212), in *IlCaso.it*, 2012.

⁶⁶ Emblematica è in tal senso l'introduzione nella riforma di cui al d.l. n. 83/2015 della disciplina delle proposte e delle offerte concorrenti (rispettivamente agli artt. 163 e 163-bis l. fall.), finalizzate – come afferma la Relazione illustrativa al disegno di legge presentato alla Camera dei deputati il 27 giugno 2015 – «sono quelle di massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari e di mettere a disposizione dei creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore».

⁶⁷ 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, p. 85. Si vedano in merito A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1453; C. COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, I, 1, Milano, 1999, p. 195; P. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, p. 825; ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 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*,

Nella normativa fallimentare novellata, ad esempio, oltre a ridurre l'ambito dell'azione revocatoria aumentandone i casi di esenzione⁶⁸, introdurre l'affitto di azienda⁶⁹, agevolare la c.d. "nuova finanza", ampliare le ipotesi di prededuzione, sono state introdotte varie modalità attraverso le quali, con 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 concreta situazione in cui versa l'impresa⁷⁰: l'accordo "procedimentalizzato" con creditori a contenuto libero, previsto dal nuovo concordato preventivo⁷¹, gli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis l. fall., il piano attestato di risanamento dell'impresa di cui all'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall.⁷².

Quad. ric. Giur., Roma, 1997, n. 44, p. 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 impressa 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*, in *Il Fall.*, 2008, p. 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».

⁶⁸ 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, p. 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.

⁶⁹ In tal caso, tuttavia, l'affitto è vincolato funzionalmente al fine della vendita dell'azienda e, dunque, improntato alla liquidazione benché a scopo riallocativo. Si veda in proposito F. FIMMANÒ, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., p. 57; F. MARTORANO, *La circolazione «di ritorno» dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 1.

⁷⁰ 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, p. 561.

⁷¹ Tra i numerosi contributi in tema valga richiamare G. BERSANI, *Il concordato preventivo. Giudizio di fattibilità del Tribunale. Formazione delle "classi dei creditori". Transazione fiscale*, Milano, 2012; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 270; O. DE CICCIO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum*, Napoli, 2007; A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Il Fall.*, 2007, p. 1267.

⁷² Sui piani attestati di risanamento dell'esposizione debitoria e di riequilibrio della situazione finanziaria si vedano G. LA CROCE, *Il confezionamento di un piano di salvataggio dell'impresa in crisi da attestare*, in *Il Fall.*, 2014, p. 979; S. AMBROSINI-M. AIELLO, *I piani*

Si ricava una disciplina per la composizione negoziale della crisi d'impresa, o meglio un sottosistema che offre un ventaglio di strumenti secondo una sorta di "scala di grigi" che vede un graduale ridursi della componente procedurale e del ruolo dell'Autorità giudiziaria cui corrisponde un ampliamento della latitudine riservata all'autonomia privata⁷³.

Al fine di individuare lo strumento più idoneo a reagire alla concreta situazione di crisi, l'imprenditore dovrà attentamente ponderare una serie di elementi quali: il numero e la tipologia dei creditori (quanti siano i fornitori e quanti i creditori finanziari), la probabilità di subire azioni esecutive, il rischio di perdita della continuità aziendale, il fabbisogno di liquidità nel breve periodo, l'urgenza di ottenere nuova finanza, la gravità della crisi, il rischio di incidere sulla *par condicio* con l'iscrizione di ipoteche giudiziali o di compensazioni fra crediti e debiti, la sussistenza di contratti onerosi non facilmente rinegoziabili.

In tale contesto di accentuata negoziabilità degli interessi collegati con la situazione di crisi, può scorgersi un nuovo rapporto tra contratto e crisi d'impresa che si concreta nella promozione del paradigma contrattuale orientato alla composizione negoziale dell'insolvenza⁷⁴. Vi è dunque un incontro vir-

attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi, in *Il Caso.it*, 2014; 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, p. 652; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 2007, p. 617; M. FERRO, *Piano attestato di risanamento*, in *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, p. 545.

⁷³ 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, p. 209; F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, *ivi*, p. 19; G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, *ivi*, p. 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, p. 17. Anche nel diritto processuale civile è riscontrabile un analogo fenomeno espansivo dell'autonomia privata con riferimento agli accordi processuali, su cui cfr. R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 99: «Se si muove infatti dal punto fermo del carattere strumentale del processo civile nei confronti dei diritti e dell'autonomia dei privati, si può rovesciare l'impostazione attuale e ritenere che la disciplina del processo e dei suoi risultati possa aprirsi ad una fonte di regolamentazione negoziale, anche in via atipica, *ex art. 1322*, comma 2 c.c., entro i limiti del rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, limiti che sono posti a presidio di un'allocatione proporzionata delle risorse statali rispetto al risultato di assicurare alla collettività un servizio efficiente di giustizia civile».

⁷⁴ In merito infatti F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, *cit.*, p. 18, individua quale finalità della riforma fallimentare 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». Si vedano tuttavia le riflessioni di D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1257, e M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 8, il quale ammonisce del possibile «pericolo che un eccessivo investimento sulle

tuoso tra la disciplina del diritto civile, che presenta tutele concepite per il contesto “atomistico” del rapporto obbligatorio, e le esigenze dell’attività economica d’impresa che immancabilmente si declina in un ambito pluralistico di interessi: si esalta l’incrocio tra il sistema normativo dell’atto e quello dell’attività⁷⁵. Ne scaturisce una nozione di “contratto sulla crisi d’impresa” comprensiva di tutti gli accordi stipulati fra l’impresa e i suoi creditori⁷⁶.

Il contratto costituisce un metodo “neutro” di composizione degli interessi in conflitto, non preordinato negli esiti finali, in quanto qualsiasi assetto di interessi reputati meritevoli di tutela può essere dedotto nel negozio.

In una temperie storica in cui la crisi è fenomeno drammaticamente diffuso tra gli operatori economici, è quindi opportuno per questi poter utilizzare soluzioni normative non conflittuali, che assicurino l’equa tutela delle ragioni dei creditori senza ricorrere alla giurisdizione, in un quadro assiologico che eviti comunque abusi.

L’istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti dell’impresa in crisi, disciplinato dall’art. 182-bis l. fall., rappresenta una sicura opportunità per l’imprenditore e per i creditori, i quali possono concludere un contratto di diritto privato a cui il legislatore assicura un trattamento privilegiato⁷⁷. Tale figura costituisce uno strumento snello e più adatto alle crisi con notevole concentrazione del debito rispetto a soggetti sufficientemente competenti nella gestione del rischio, che siano cioè capaci di disporre delle informazioni rilevanti e di prevenire il rischio di perdita ammortizzandolo. Gli accordi di ristrutturazione si rivelano, pertanto, uno strumento particolarmente efficace in caso di società strutturate, con una esposizione debitoria significativa e il coinvolgimento di un numero rilevante di banche⁷⁸.

scelte dei privati possa condurre a soluzioni paradossalmente meno avanzate, perché astrette da un eccessivo individualismo in un ambiente nel quale, invece, la pluralità delle componenti e degli interessi non è mai assente, quasi che ad un eccesso di autonomia possa corrispondere, in negativo, una sorta di anomalia sociale».

⁷⁵ L’obiettivo del legislatore della riforma è quello di coniugare «le caratteristiche vantaggiose delle procedure stragiudiziali con le garanzie di equilibrata tutela di tutti gli interessi in gioco fornite dagli strumenti propri delle soluzioni giudiziali» (così, F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Il Fall.*, 2013, p. 1173).

⁷⁶ Esplicitamente sul contratto sulla crisi d’impresa si veda G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d’impresa*, cit., p. 233.

⁷⁷ Tra le più recenti trattazioni monografiche cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016; P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012; G. BUCCARELLA, *I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012; C.L. APPIO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012; L. MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Milano, 2012.

⁷⁸ Si veda in proposito la ricerca “Dieci anni di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.”, presentata nel convegno tenutosi il 15 marzo 2015 presso l’Università Bocconi e i cui risultati sono stati pubblicati in A. DANOVÌ-V. CONCA-L. RIVA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis della legge fallimentare. Un’analisi empirica*, in *Economia & Management*, n. 4, luglio-agosto, 2016.

Si comprende che il disegno di legge per la riforma organica della disciplina della crisi d'impresa, gemmato dal progetto Rordorf⁷⁹, incentivi notevolmente tale istituto. In particolare, quale novità di maggior momento, si consentirebbe al debitore, che, nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie concluda l'accordo di ristrutturazione con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, (rappresentanti almeno il settantacinque per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee) di estenderne gli effetti ai creditori della medesima categoria non aderenti, a determinate condizioni.

Si conferma una relazione dialettica tra interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti e il più vasto interesse generale al superamento della crisi d'impresa⁸⁰.

La "scarna" disciplina dell'istituto in parola esalta l'autonomia delle parti e giustifica gli sforzi interpretativi del formante dottrinale, allo scopo precipuo di individuare il regime giuridico applicabile sia all'accordo inteso come atto sia al rapporto da esso derivante.

Il legislatore si è infatti limitato a regolamentare un procedimento che "avvolge" il contratto fino a giungere alla omologazione giudiziale dell'accordo di ristrutturazione, che produce l'effetto dell'esenzione dall'azione revocatoria, tralasciando la fase di esecuzione dell'accordo in riferimento alla quale risulta prevalentemente richiamata la disciplina generale del contratto. 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 tipizza in senso "minimale" uno strumento invalso nella prassi.

5. L'approccio metodologico civilistico

Scopo della presente trattazione è individuare una particolare chiave di lettura degli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi di cui all'art. 182-*bis* l. fall., in modo da coglierne le numerose connessioni con le trame sedimentate del diritto privato, con un'indagine che dalle norme speciali risalga ai principi generali dell'ordinamento⁸¹.

⁷⁹ Cfr. art. 5 dello schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016, approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all'esame del Senato.

⁸⁰ Cfr. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 209 e F. DI MARZIO, *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VI, Milano 2013, p. 812.

⁸¹ In generale sul vigore e sulla continua attualità del codice ed in particolare della

È noto, infatti, come l'intero sistema giuridico attraversi una fase evolutiva, sia per quanto riguarda la partizione delle materie giuridiche, dai confini sempre più labili, sia in relazione al tratteggio rapporto generalità-specialità, revocato in dubbio dall'iperfetazione di regole specifiche⁸². Queste richiedono di precisare se le norme di settore siano dotate di un grado di specificità tale da svincolarle dal sistema del codice civile, per assurgere a divenire esse stesse sistema⁸³.

Il diritto fallimentare non è estraneo a tali sommovimenti: specie dopo le recenti riforme, non appare più soddisfacente la tradizionale collocazione

parte generale del diritto dei contratti si vedano le riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, in AA.VV., *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglese e italiana a confronto*, Milano, 1983, p. 211; U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 347; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, p. 211.

⁸² Sovviene a tal proposito il pensiero espresso da F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione, libertà*, Milano, 2000 (I ed. it. 1986), pp. 85-86, «per quanto accuratamente si possa meditare ogni singolo atto di legislazione prima della sua emanazione, non si è mai in grado di ridisegnare completamente il sistema giuridico come un tutto, o di risistemarlo interamente secondo un progetto coerente. La legislazione è necessariamente un processo continuo in cui ogni fatto provoca conseguenze impreviste che provocano a loro volta la possibilità o la necessità di altri passi da farsi. Le parti di un sistema giuridico non sono state adattate le une alle altre in base ad una complessiva concezione generale, ma si sono adattate vicendevolmente e gradualmente mediante successive applicazioni di principi generali a problemi particolari – principi, cioè, che spesso non sono neanche conosciuti esplicitamente, ma soltanto implicitamente attraverso le particolari misure giuridiche che vengono attuate. [...] Ogni singolo avanzamento in tale processo è determinato dai problemi che sorgono quando i principi stabiliti dalle (o impliciti nelle) decisioni precedenti vengono applicati a circostanze che allora non erano state previste. Non vi è nulla di particolarmente misterioso in questa «dinamica interna del diritto» che produce dei mutamenti i quali, nella loro globalità, non sono voluti da nessuno».

⁸³ La questione si è posta in maniera più evidente con l'affermazione dalla seconda metà degli anni novanta di un approccio di derivazione comunitaria che pretende di erigere a sistema numerosi interventi settoriali relativi a generiche fattispecie astratte, accomunate dalla contrapposizione tra contraente debole e contraente forte. Una parte della dottrina ritiene la parte generale ancora integrante la disciplina di ogni singolo contratto (così su tutti S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 455; e P. SIRENA, *La dialettica parte generale-parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 493), altra parte invece sostiene la residualità della disciplina generale (in tali termini *ex multis* G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 327; e C. CASTRONOVO, *Diritto privato e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 397); a tali due indirizzi si aggiunge quello che denuncia l'inutilità di un rigido ordine di precedenza tra le norme puntando invece sul momento interpretativo che guarda al quadro generale di riferimento (sul punto cfr. N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 4). In generale si veda in merito G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 765, e A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 355.

tra il diritto commerciale e il diritto processuale civile, posizione che trascura la presenza sempre maggiore di regole e principi del diritto privato nella vicenda della crisi d'impresa.

Se il diritto fallimentare «gode ancora del (raro) privilegio di regolare pressoché interamente la materia, non per questo può procedere in maniera disorganica, come se parlando di accordi, consenso, buona fede o quant'altro si potesse fare a meno del codice civile. Una bussola senza la quale è facile perdersi»⁸⁴.

La disciplina ha pertanto perso la tradizionale valenza di normativa dominata dalla procedura fallimentare, tanto da assumere la denominazione sineddotica di “legge fallimentare”, benché comprendesse altresì la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione controllata e il concordato preventivo. Neppure la più lata definizione di “diritto concorsuale” può rendere giustizia di una disciplina comprensiva anche di istituti di chiara natura negoziale, insofferenti sia al principio della *par condicio creditorum* sia al principio del concorso.

Con l'adozione di una concezione alternativa basata sul più ampio concetto di “stato di crisi”, nell'ottica della conservazione dell'impresa, si è pertanto assunta la qualificazione di “diritto della crisi d'impresa”⁸⁵.

In particolare, registrandosi nella recente ridefinizione normativa un accresciuto ruolo dell'autonomia privata, “cuspidè unitaria” delle direttrici di diritto civile, commerciale e processuale, emerge l'esigenza di un'analisi “attualizzata” delle specificità del nuovo diritto fallimentare e in particolare dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, tenendo conto del nuovo angolo di visuale, rimasto finora poco esplorato⁸⁶.

Giova ricordare l'affermazione della matrice complessivamente civilistica dell'intero diritto dei privati che permette di collocare il singolo istituto in un sistema razionalizzante in modo da recuperare la coerenza logica del sistema⁸⁷.

⁸⁴ Così M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. Fall.*, 2015, I, p. 544.

⁸⁵ Ciò emerge da numerosi indici della nuova normativa, quali, tra gli altri, l'implementazione degli accordi di ristrutturazione con la protezione *ope legis* dalle azioni esecutive e cautelari, l'agevolazione all'accesso al concordato preventivo, il riconoscimento della facoltà al fallito di presentare una proposta di concordato fallimentare entro un anno dalla declaratoria.

⁸⁶ Valga ricordare in proposito le riflessioni di S. GRUNDMANN, *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 585.

⁸⁷ Come affermava F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 19: «tutto il diritto privato è oggi diritto civile», aggiungendo che «il codice civile vigente, regolando uniformemente i rapporti patrimoniali, qualunque sia l'attività economica per cui i rapporti sono costituiti, ha unificato il diritto patrimoniale. Una distinta considerazione dottrinale, e quindi un distinto insegnamento, del diritto commerciale, o anzi del diritto dell'attività economica professionale ed organizzata, si giustificano oggi

È pertanto opportuno per il giurista rivedere «le proprie concettualizzazioni nella misura necessaria per conservare la comunicazione del sistema con la dinamica sociale»⁸⁸.

Anche la disciplina della crisi d'impresa, al pari di altre leggi speciali, sebbene regoli pressoché l'intera materia, non può non conformarsi alle disposizioni del codice civile là dove è pervasa da riferimenti a istituti contrattuali e a direttive di principio, quali la buona fede, definita non a caso "polmone del sistema"⁸⁹.

Attesa la portata generale del diritto privato, capace di penetrare nel diritto della crisi d'impresa – concepita come una istituzione giuridica, necessariamente governata e gestita dal diritto – risulta pertanto opportuno "inforcare gli occhiali del civilista" in modo da esaminare gli accordi di ristrutturazione da prospettive d'indagine inusitate.

Vale dunque ricostruire gli aspetti salienti sia sistematici che operativi dell'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall., tramite il ricorso agli strumenti concettuali radicati nella teorica del diritto civile e dotati di un carattere di duttilità che consente loro di adattarsi, da principi fondanti dell'ordinamento, ai nuovi scenari giuridici.

Non a caso il diritto delle obbligazioni è «la materia nella quale meglio hanno avuto modo di esprimersi, nella storia delle ricerche giuridiche, i due atteggiamenti fondamentali dei giuristi: l'uno rivolto alla creazione di schemi razionali capaci di tramandarsi nel tempo; l'altro sensibile alla forza economica dei fatti»⁹⁰.

L'analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione, giovandosi dell'esame delle soluzioni adottate nello *ius quo utimur* e della rinnovata importanza dello studio delle clausole generali e delle categorie del diritto civile, presenta indubbie utilità concrete, superando la corrica dicotomia tra diritto teorico e diritto pratico⁹¹.

non più con l'autonomia sistematica, cioè con la specialità di un complesso di norme, ma con la specialità dei rapporti cui dà vita quell'attività».

⁸⁸ Così, L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3, ripubblicato in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11.

⁸⁹ Tale espressione è utilizzata da V. POLACCO, *La scuola del diritto civile nell'ora presente. Prolusione*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, p. 116.

⁹⁰ In tal senso, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, p. 61.

⁹¹ Si veda in merito le osservazioni di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, p. 427, osserva che «il diritto [...] in quanto appartenente alla cultura pratica ed in quanto vigente nell'attualità, fa parte di quella realtà che è il modo specifico con il quale gli uomini conducono la loro esistenza nel mondo reale: il modo della prammatica [...] proprio la conformazione normativa del sistema culturale del diritto esige la permanente operatività di un nesso di interdipendenza tra diritto e vita sociale». In senso analogo cfr. V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 941, secondo il quale lo iato tra diritto e pratica è debitore di un doppio pregiudizio che «non si dia altra realtà se non la realtà materiale e che, di conseguenza, le norme giuridiche di cui è composto il diritto, per ciò stesso

Gli strumenti propri del diritto privato possono invero scongiurare i comunque presenti pericoli di scorrettezza nel negoziato tra le parti, con rischi di squilibrio informativo, di asimmetrie distributive nell'esecuzione dell'accordo e di difficoltà di tutela di interessi contrattualmente deboli⁹², ricercando la regola «che favorisca libertà e parità effettive senza vanificare l'efficienza economica»⁹³.

In questo senso si verifica una sorta di "ritorno al futuro" dal momento che si recupera, sotto l'insegna del diritto comune, quella vicinanza tra la disciplina delle imprese e la materia fallimentare, poi interrotta dal legislatore del 1942, che caratterizzava anche topograficamente il codice di commercio del 1882, in cui era presente l'accordo amichevole di natura contrattuale⁹⁴.

A tale vicinanza corrisponde adesso una nuova considerazione della crisi come fenomeno fisiologico nella vita delle imprese le quali possono utilizzare il dissesto per risanarsi mediante il c.d. *turnaround* e, come l'araba fenice, tornare a produrre valore⁹⁵, non su impulso del pubblico potere, ma valorizzando le istanze delle voci del mercato comunque all'interno di una cornice normativa di tutele.

Il presente studio tenterà quindi di cogliere il concetto dell'istituto nella concretezza dell'esperienza giuridica, con la finalità di renderlo coerente con la (nuova) razionalità complessiva del sistema.

La trattazione, muovendo dalla qualificazione sistematica dell'istituto, procederà dunque ad un esame strutturale degli accordi di ristrutturazione. Si analizzerà quindi la fase delle trattative, vagliando l'utilità della clausola generale di buona fede al fine di identificare gli obblighi a carico delle parti

che non appartengono alla materialità, siano necessariamente "non reali" e si risolvano interamente nella idealità; che la prassi giuridica, cioè la dimensione nella quale il diritto vive la sua esistenza reale e si dispiega nella sua effettività, non appartenga alla giuridicità».

⁹² 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, p. 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».

⁹³ Così U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, p. 192. Lo stesso U. BRECCIA in *Causa e «consideration»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 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».

⁹⁴ Sul punto cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 49.

⁹⁵ Si veda in proposito L. GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, con, in appendice, l'illustrazione del dissesto e del risanamento del gruppo Rizzoli negli anni 1982-1984.

e individuare i correlativi rimedi. Successivamente si indagheranno gli effetti prodotti dagli accordi nelle varie fasi, con particolare riguardo a quelli nei confronti dei creditori non aderenti al piano di ristrutturazione. Infine, si esaminerà l'operatività dell'istituto del *trust*, verificando l'utilità che tale strumento può spiegare nell'ambito degli accordi di ristrutturazione.

CAPITOLO I

UN INNESTO PRIVATISTICO NELLA CRISI D'IMPRESA

SOMMARIO: 1. Le ragioni di un istituto. – 2. Eterotutela del giudice e autotutela delle parti. – 3. Le composizioni negoziali dal codice di commercio alla stagione delle riforme. – 3.1. Il concordato amichevole e la moratoria nel codice di commercio. – 3.2. Dalla legislazione prefascista alla legge del 1942. – 3.3. Le difficoltà del concordato stragiudiziale nella legge del 1942. – 4. Da *iudex gestor* a *iudex statutor*: il giudice nella gestione negoziale della crisi. – 4.1. Il ruolo del giudice nel nuovo diritto della crisi d'impresa. – 4.2. Il perimetro del controllo giudiziale nel concordato e negli accordi di ristrutturazione. – 4.3. L'oggetto della valutazione giudiziale negli accordi di ristrutturazione. – 4.4. "Disintermediazione giudiziaria" della crisi e tutela dell'autonomia privata. – 5. Le novelle del 2007 e del 2010: la protezione dopo la pubblicazione dell'accordo e la tutela anticipata alla fase delle negoziazioni. – 6. La riforma del c.d. "Decreto Sviluppo" del 2012. – 6.1. Il trattamento dei creditori non aderenti, *l'automatic stay* e i profili del professionista. – 6.2. Il concordato "con riserva" e la possibilità di commutazione. – 7. Il d.l. n. 83/2015: l'introduzione dell'art. 182-septies l. fall. – 7.1. Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. – 7.2. La convenzione di moratoria.

1. *Le ragioni di un istituto*

L'istituto degli accordi di ristrutturazione delle imprese in crisi è stato introdotto nella disciplina fallimentare dal d.l. n. 35/2005, successivamente riformato dal d.lgs. n. 169/2007, dal d.l. n. 78/2010, dal d.l. n. 83/2012 e, da ultimo, integrato dal d.l. 83/2015.

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 stessa¹. Infatti, il legislatore fa riferimento non ad una generale

¹ Per A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia-C. Piccininni-F. Severini, IV, *Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, Torino, 2011, p. 667, «A stare al lessico giuridico, "ristrutturazione dei debiti" sta per modificazione della "struttura" del debito (ossia dei suoi elementi caratterizzanti, della natura di esso, quale ha luogo nella conversione di esso in capitale, al soggetto debitore, che può essere un terzo assuntore, entità, scadenza, interessi, garanzie e

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 liquidatoria².

L’istituto dunque deve essere interpretato *magis ut valeat*, ossia al meglio delle sue capacità espansive³, per scopi di salvataggio o di liquidazione, potendo essere impiegato da imprese in stato di insolvenza o che ancora non versano in tale situazione⁴.

Invero, l’accordo di risanamento debitorio può conciliarsi sia con la liquidazione concordata dell’impresa che con la continuazione della stessa, mentre l’accordo di salvataggio – ovvero di ristrutturazione in senso stretto – è finalizzato a realizzare un determinato programma di rilancio imprenditoriale⁵.

Giova osservare che il disegno di legge per la riforma della disciplina della crisi d’impresa gemmato dal progetto Rordorf prevede che gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.* siano esclusivamente applicabili ai casi

quant’altro). Si “ristruttura” un debito, nella misura in cui si dà ad esso una nuova “struttura” ossia una nuova composizione e/o forma, se si vuole. L’espressione sembra dunque indicare qualcosa che va bene al di là di una modifica del debito riguardante le modalità di sua attuazione (specie temporali)».

² L’aspetto preventivo è considerato da P. OLIVA, *La privatizzazione dell’insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, p. 825, con riferimento alle convenzioni stragiudiziali, mentre in relazione agli accordi *ex art. 182-bis l. fall.*, la dottrina maggioritaria evidenzia l’eventuale finalità liquidativa, come osservato da G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2006, p. 16; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2006, p. 129; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, in A. JORIO (diretto da)-M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, 2007, p. 2538; *contra* G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1459; P. MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell’impresa*, in *Il Fall.*, 2006, p. 101; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fall.*, 2008, p. 708; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, in L. NIGRO-M. SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Napoli, 2006, p. 1093; L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell’insolvenza di cui all’art. 182-bis l. fall.*, in *Trusts e att. fid.*, p. 398; *contra* Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, p. 701.

³ 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*, *Corpus Giustiniano, Digesto*, “De rebus dubiis”, 34.5.12 (da Giuliano, *Digesta*, libro 50)), è codificato anche in diversi ordinamenti nazionali e sovranazionali, infatti si rinviene, oltre che nell’art. 1367 c.c. 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 *Draft Common Frame of Reference* all’art. II – 8:101.

⁴ 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*, cit., p. 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, p. 253.

⁵ 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, p. 359.

in cui sia, almeno in parte, proseguita l'attività d'impresa (la norma precisa infatti «nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie»)⁶, impedendo così che si possano concludere accordi di ristrutturazione liquidatori.

In presenza di un ceto creditorio composito e di numero elevato, qualora le attività dell'imprenditore si rivelino inferiori alle passività, vi è il concreto rischio che i creditori distruggano risorse nel tentativo di appropriarsi prima possibile del patrimonio del debitore per soddisfare le loro pretese. Tale meccanismo comporta necessariamente la liquidazione dell'impresa con una perdita collettiva, visto che sovente l'azienda nel suo insieme risulta avere un valore complessivo superiore alla somma dei singoli beni.

Gli accordi di ristrutturazione consentono invece 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 e impedendo il c.d. “assalto alla diligenza” da parte dei creditori c.d. *free riders* che potrebbero altrimenti aggredire i cespiti, facendo naufragare l'operazione⁷.

Come anticipato, l'espressione “ristrutturazione dei debiti” indica un'attività di riorganizzazione complessiva dei vincoli obbligatori e contrattuali dell'impresa, relativa all'intero coacervo di rapporti in corso. In particolare, il termine “ristrutturazione” – di derivazione aziendalistica ed estraneo al linguaggio del codice del 1942 – si rintraccia nella l. n. 39/2004 (c.d. “Legge Marzano”) relativa alla ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, e nell'art. 27, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 270/1999 a proposito delle condizioni per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, laddove si esige che le imprese presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali realizzabili 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)»⁸.

⁶Cfr. art. 5 dello schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016, approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all'esame del Senato.

⁷In 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 sottolinea 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, p. 19.

⁸Si vedano sul punto ancora C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131, e G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 842. Si vedano in generale sul tema tra gli altri M. FERRO, *Accordi di ristrutturazione*.

È possibile apprezzare il complesso fenomeno della ristrutturazione dei debiti come intreccio tra profili riferibili all'attività di impresa e al suo finanziamento, e a quelli relativi ai singoli crediti implicati. Infatti, 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. Occorre tuttavia 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 finanziari⁹.

Da uno sguardo d'insieme ai vari strumenti di gestione negoziale della crisi si osserva che tanto maggiore è il controllo dell'autorità giudiziaria, quanto maggiori sono gli incentivi al superamento della crisi e le eccezioni al diritto comune delle obbligazioni¹⁰.

Lo strumento degli accordi di ristrutturazione, considerato nella sua collocazione sistematica, costituisce un fecondo oggetto di studio.

Si colloca infatti a metà strada tra una figura giuridica profondamente procedimentalizzata e una fattispecie propriamente negoziale totalmente rimessa all'autonomia privata dei contraenti.

In un estremo, infatti, si osserva il nuovo concordato preventivo, procedura concorsuale in cui, sebbene la riforma abbia previsto una totale libertà di contenuto della proposta, rimane marcata la connotazione giudiziale e pregnante il profilo pubblicistico; in un altro estremo, si situa l'indefinito «piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria»¹¹, incluso dall'art. 67, comma 3, l. fall. tra le ipotesi di esenzione dall'azione revocatoria. Quest'ultimo istituto produce i suoi effetti a pre-

turazione dei debiti, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, II, Padova, 2008, p. 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., p. 157; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.

⁹ 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, p. 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"».

¹⁰ Su tali incentivi cfr. S. BONFATTI, *Gli incentivi alla composizione negoziale delle crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. banc.*, 2013, I, p. 23.

¹¹ Si vedano in proposito le approfondite riflessioni di S. AMBROSINI-M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in *Il Caso.it*, 2014.

scindere da qualsiasi controllo giurisdizionale e al di fuori di qualsiasi parvenza di condivisione contrattuale¹².

In posizione mediana si trovano gli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall'art. 182-bis l. fall., 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, che la disciplina fallimentare "avvolge" con la previsione di specifiche tutele¹³.

Queste ultime non incidono sul regolamento negoziale predisposto dalle parti e pertanto non sono idonee a individuare un tipo contrattuale, limitandosi ad assicurare determinati effetti legali in presenza di certi presupposti¹⁴.

¹² Come ha incisivamente osservato P. VELLA, *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi d'impresa*, in *Il Caso.it*, 2015, «Se si dovessero tracciare i vari livelli di autonomia-eteronomia nella regolazione della crisi di impresa come cerchi concentrici – adottando a modello l'atomo di Bohr, nella versione perfezionata dalla meccanica quantistica, di impronta probabilistica – potremmo paragonare il nucleo all'intervento del giudice (coincidente con il momento di massima giurisdizionalizzazione), e gli elettroni ai protagonisti della crisi (debitore e creditori), poiché all'aumentare della distanza dei secondi dal primo aumenta il livello energetico, ossia quell'energia cinetica che può consentire loro di passare agli orbitali più esterni. Fuor di metafora, quanto più energica è la capacità del debitore (e dei creditori) di anticipare la soglia di emersione della crisi, prima che essa diventi irreversibile, tanto maggiore è la loro possibilità di ricorrere a strumenti negoziali che non richiedano un'intervento giudiziale; viceversa, quanto più statico è il loro atteggiamento di fronte alla naturale involuzione della crisi in insolvenza, nell'attesa passiva di un intervento *ab externo*, tanto più inevitabile sarà la necessità di affidare il governo della crisi agli organi concorsuali. Il tutto in un progressivo decrescendo di autonomia, che va dagli orbitali più esterni (accordi stragiudiziali e piani attestati di risanamento), a quelli intermedi (accordi di ristrutturazione dei debiti e concordato preventivo), sino a "precipitare" nel nucleo della soluzione fallimentare».

¹³ L'accordo è infatti «un fenomeno della vita sociale disciplinato dal diritto» (C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1987, p. 210), «elemento centrale» (G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Sillogi in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1993, p. 54) e «il più caratterizzante» (V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 23) del contratto. Sulla natura contrattuale dell'istituto si veda Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Il Fall.*, 2006, p. 188; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 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, p. 307.

¹⁴ Cfr. in proposito F. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Il Caso.it*, 2007; A. CAIAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 536 ss.; P. VALENSISE, *Commento all'art. 182-bis*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, 3, 2010, p. 2266; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 343, secondo il quale gli accordi di ristrutturazione non rimandano ad un ben preciso tipo contrattuale, potendosi al più riconoscere una tipizzazione "a bassa definizione". Sul concetto di tipizzazione "a bassa definizione" cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, p. 425 e ss., il quale osserva come i tipi contrattuali ad alta definizione si

Si prevede invero la possibilità per l'imprenditore in crisi¹⁵ di domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei entro determinati termini stabiliti dallo stesso art. 182-*bis* l. fall.

È presente quindi un momento giudiziale nell'accertamento della sussistenza di determinati requisiti di affidabilità funzionali al fine di far apporre sull'accordo l'*imprimatur* dell'omologazione da parte del Tribunale, necessario per la produzione degli effetti legali relativi ai creditori rimasti estranei all'accordo e per esentare dalla revocatoria gli atti del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo (oltre a rendere obbiettivamente lecito il fatto *ex* art. 217-*bis* l. fall.).

Tale esenzione dall'azione revocatoria rappresenta una misura eccezionale volta ad 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 esso¹⁶.

Dati i presupposti degli accordi di ristrutturazione, per avvalersi proficuamente di tale strumento il debitore dovrà stimare sussistente una ragionevole prospettiva di raggiungere un accordo con sufficienti creditori in maniera tale da avere risorse per soddisfare integralmente i creditori che rimarranno estranei all'operazione e godere di risorse finanziarie, anche attraverso apporti di terzi, tali da poter mantenere la continuità aziendale fino al raggiungimento dell'accordo.

caratterizzino per la definizione di tutti gli elementi che compongono il contenuto del contratto, mentre i tipi "a bassa" o "a media" definizione definiscono solo alcuni aspetti di questo. Tale circostanza finisce per incidere «sulla c.d. elasticità de tipo, e cioè sulla minore o maggiore ampiezza dei margini entro cui può variare il contenuto contrattuale».

¹⁵ Il presupposto soggettivo per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* l. fall. è il medesimo del fallimento e cioè che si tratti di imprenditore commerciale non piccolo (art. 1 l. fall.). Il Trib. Milano, in due differenti decreti del 3 dicembre 2015 e del 10 novembre 2016, entrambi in *IlCaso.it*, ha affrontato il tema dell'applicabilità degli strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa ai fondi comuni di investimento, ritenendo ammissibile il ricorso *ex* art. 182-*bis* l. fall. da parte di una società di gestione del risparmio (S.G.R.) nell'interesse del fondo da essa gestito e in funzione del superamento della crisi di quest'ultimo (Trib. Milano, 3 dicembre 2015) anche nell'ipotesi in cui a versare in stato di crisi sia solo il fondo comune di investimento e non la S.G.R. che lo gestisce (Trib. Milano, 10 novembre 2016). Per entrambi i provvedimenti cfr. le riflessioni di F. PIRISI, *Crisi dei fondi comuni di investimento: gli strumenti per il superamento*, in *IlFallimentarista.it*, 2017. Con il d.l. n. 98/2011, il legislatore ha inoltre esteso la platea dei soggetti legittimati ad avvalersi dell'istituto degli accordi di ristrutturazione anche agli imprenditori agricoli.

¹⁶ 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.

2. Eterotutela del giudice e autotutela delle parti

Il negozio giuridico assume quindi le vesti di un componente essenziale per la soluzione della crisi dell'impresa¹⁷.

Un tratto di fondo della nuova disciplina concorsuale è infatti sicuramente rintracciabile nell'individuazione della giurisdizione in sé come fattore anti-competitivo, in quanto costituisce una delle maggiori cause di lentezza e del costo elevato della procedura, oltre ad essere spesso d'ostacolo ai tentativi di risanamento delle imprese¹⁸. Non a caso prima della stagione delle riforme fallimentari 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 in diciannove mesi quote di realizzo pari al sessanta per cento¹⁹.

Alla c.d. "degiurisdizionalizzazione"²⁰ corrisponde la valorizzazione del-

¹⁷ Come osserva P. VELLA, *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi d'impresa*, cit., «il minimo comun denominatore strutturale dei vari strumenti concorsuali sia l'accordo con i creditori, sia pure diversamente modulato a seconda delle misure prescelte (accordi singoli; fasci di accordi; deliberazioni di maggioranze, semplici o qualificate), e che il minimo comun denominatore funzionale siano invece gli "effetti stabilizzanti", quali le esenzioni da revocatoria (art. 67, comma 3, lett. d) ed e), l. fall.) e l'esimente penale da bancarotta semplice e preferenziale (art. 217-bis l. fall.)».

¹⁸ 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 l. f.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2006, p. 199. Sono numerosi gli elementi introdotti a scopo "deflattivo", basti pensare alla previsione 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 di cui all'art. 15 l. fall. mira alla stessa finalità "deflattiva" laddove si prevede che non si fa luogo a dichiarazione di fallimento se la complessiva esposizione debitoria, risultante dagli atti dell'istruttoria e relativa a 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.

¹⁹ 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, p. 213. Del resto già negli anni cinquanta T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, p. 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, p. 869; G. SANSONE, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, in *Il Fall.*, 1998, p. 761; A. JORIO, *Dal concordato stragiudiziale alla soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 1999, p. 759; M. VIETTI, *Diritto fallimentare e prospettive di riforma: da disciplina della crisi d'impresa a regola della relazione commerciale*, in *Il Fall.*, 2004, p. 601.

²⁰ Il termine è diffuso anche da prima delle riforme della legge fallimentare come di-

l'autonomia negoziale²¹ ed in particolar modo del contratto, appunto, quale strumento privilegiato di regolazione delle relazioni commerciali durante il dissesto²².

L'intervento dell'autorità giudiziaria nella gestione della crisi dell'impresa si è infatti attenuato a vantaggio dell'esperimento di soluzioni stragiudiziali a prescindere che la prospettiva sia il risanamento dell'impresa ovvero la sua liquidazione. È evidente come l'arretramento del ruolo giudiziale si giustifichi maggiormente allorché si debba continuare un'attività economica, per cui si dimostra più coerente ed efficiente mantenere le regole di gestione che hanno precedentemente retto quell'attività²³.

Tuttavia, sebbene con la c.d. "stagione delle riforme" 2005-2007 si sia osservato un progressivo affievolimento del ruolo di *dominus* della procedura e dei destini dell'impresa tradizionalmente attribuito all'organo giudiziario, ciò non ha sortito gli effetti sperati.

mostra F. D'ALESSANDRO, in *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, cit., p. 418. Si veda inoltre M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 67. Sulla problematica compatibilità della "deggiurisdizionalizzazione" 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, p. 7.

²¹ Si richiama a mo' di esempio l'espunzione dal corpo dell'art. 6 l. fall. dell'iniziativa d'ufficio, la predeterminazione nell'art. 7 l. fall. 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, p. 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, p. 907; G. MINUTOLI, *Vinculatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Il Fall.*, 2008, p. 214. Tuttavia M. FABIANI, in *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Il Fall.*, 2008, p. 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*».

²² In merito G. ROSSI, nell'introduzione agli *Atti del convegno di studi "Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali"*, Milano, 2006, p. 11, parla di "fondamentalismo contrattualista". Sull'uso dei contratti di diritto privato nella gestione della crisi dell'impresa A. CASTIELLO D'ANTONIO in *Prolegomeni al diritto della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 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*.

²³ 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, p. 492.

Invero, sia il debitore, renitente a ostentare il proprio stato di crisi tentandone una composizione negoziale, sia i creditori, non abituati ad assumere un ruolo attivo oltre il particolarismo della propria posizione, non hanno fatto buon governo dei vasti spazi di autonomia loro concessi dall'ordinamento, trascurando gli accordi di ristrutturazione, idonei a realizzare un'appropriata regolazione dei molteplici interessi coinvolti nella crisi d'impresa²⁴.

A dispetto delle reiterate riforme della legge fallimentare, si è assistito ad un vertiginoso aumento delle domande di preconcordato, sovente rette e giustificate dal mero scopo di differire la dichiarazione di fallimento, come rivela il corrispondente notevole aumento delle dichiarazioni di insolvenza²⁵.

Ciò ha reso necessario progressive "correzioni di rotta" che, a partire dal d.l. n. 83/2012, hanno visto l'introduzione di nuove forme di controllo giudiziale²⁶ e – specialmente con il d.l. n. 83/2015 – il riequilibrio del rapporto debitore/creditori a favore di questi ultimi²⁷.

²⁴ In proposito, cfr. la lucida riflessione di P. VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani*, in *IlCaso.it*, 2015.

²⁵ I dati dell'Osservatorio sui fallimenti commentati da A. BONELLI, *Fallimenti record, in calo liquidazioni e concordati in bianco*, in *IlQuotidianoIpsa.it*, 2 gennaio 2015 hanno registrato che nel 2014 i fallimenti sono stati più del doppio rispetto al 2008 e nel terzo trimestre 2014 sono aumentati del 14,1% rispetto all'analogo periodo del 2013. Solo nel 2015, con tendenza confermata nel 2016, dopo ben otto anni, i fallimenti sono diminuiti di appena il 6,3% in meno rispetto al 2014. Nel 2016 sono fallite 13.500 imprese, in diminuzione rispetto alle 14.700 del 2015. Nel primo trimestre del 2017 i fallimenti sono ancora diminuiti del 17% rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. Si vedano altresì i dati forniti da CERVED, Osservatorio su fallimenti, procedure e chiusure di imprese, in *Know.Cerved.com*.

²⁶ Sia sufficiente il riferimento ai poteri autorizzatori del tribunale ed agli stringenti obblighi informativi del debitore pre-concordatario di cui all'art. 161, commi 6, 7 ed 8, l. fall. e alle interlocuzioni anche sul merito della soluzione concordataria ai fini dell'autorizzazione all'ottenimento di finanziamenti prededucibili (artt. 182-*quater* e 182-*quinquies*, comma 1, l. fall.), alla sospensione o scioglimento dei contratti in corso di esecuzione (art. 169-*bis* l. fall.) e, nel concordato con continuità, anche al pagamento di crediti anteriori (art. 182-*quinquies*, comma 4, l. fall.), o alla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 186-*bis*, comma 4, l. fall.), ovvero al potere di revoca d'ufficio della procedura, ex art. 173 l. fall., non solo in caso di cessazione dell'attività di impresa, ma anche in ipotesi di manifesta dannosità della sua continuazione per i creditori (art. 186-*bis*, ultimo comma, l. fall.). In aggiunta, il novellato art. 180, comma 4, l. fall. ha ampliato la possibilità per il tribunale di svolgere un sindacato di convenienza del concordato anche in caso di mancata formazione delle classi, purché l'opposizione all'omologazione provenga da creditori rappresentanti almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto.

²⁷ Valga pensare, a titolo esemplificativo, alla fissazione della soglia minima del 20% per il soddisfacimento dei crediti chirografari nel concordato liquidatorio prevista dall'art. 160, ultimo comma, l. fall.; alla lett. e dell'art. 161, comma 2, l. fall. che impone al debitore di indicare nella proposta concordataria «l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore»; alla facoltà per i creditori rappresentanti almeno il 10% dei crediti di presentare una proposta concorrente di concordato ai sensi dell'art. 163, commi 4-7, l. fall. Per un'ampia panoramica sulla riforma intervenuta con la l. n. 132 del 2015 si vedano S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, p.

Tuttavia, pur dopo le stratificazioni normative susseguitesesi nell'ultimo decennio, si conferma quale *leit motiv* caratterizzante la disciplina l'arretramento dell'eterotutela giudiziale dei creditori nella regolazione della crisi d'impresa, con la presenza del giudice comunque necessaria per contrastare i possibili abusi degli strumenti allestiti dall'ordinamento volti alla composizione negoziale dell'insolvenza²⁸.

Non si sono rivelati infrequenti infatti i casi di abuso "nel" concordato – come in caso di pagamenti di crediti anteriori alla presentazione della domanda senza l'autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato²⁹ – e di abuso "del" concordato, allorché la domanda concordataria è palesemente volta a differire la dichiarazione di fallimento³⁰.

La riforma del 2015, stabilendo numerose previsioni volte a rendere più rigida la disciplina del concordato – tra cui l'inammissibilità delle proposte concordatarie non in continuità che non assicurino il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari – dovrebbe fornire nuovo slancio all'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall., il quale potrà occupare, almeno in parte, posizioni prima impegnate dal concordato preventivo.

Gli accordi di ristrutturazione, arricchiti ora dalla previsione della tipologia di accordi con gli intermediari finanziari di cui all'art. 182-*septies* l. fall., può rivelarsi un utile strumento che, in una cultura dell'impresa agevolata dalla presenza di opportuni incentivi e controlli, possa consentire quell'approccio "olistico" alla crisi d'impresa, necessario per fornire efficienti ipotesi di soluzione, preservando il valore aziendale.

Il sistema del diritto della crisi d'impresa invero deve *oborto collo* consi-

359; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *IlCaso.it*, 2015; G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *FallimentieSocietà.it*; F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie, n. 83/2015: un primo commento*, in *IlFallimentarista.it*; R. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015 n. 83): le modifiche in tema di fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *IlCaso.it*, 2015.

²⁸ Come è stato osservato, in assenza di fattispecie tipizzate, la salvaguardia dell'impresa insolvente rischia di essere consegnata – specie con riguardo alla gestione dei rapporti pendenti – a scelte completamente discrezionali del tribunale, il quale, attraverso le innumerevoli autorizzazioni che è tenuto a rilasciare, finisce per incidere non solo sulla gestione dell'attivo, ma anche sulla soddisfazione del passivo, di tal che il modulo concorsuale risulta collocato in un'ottica non solo dinamica, ma anche amministrata: si veda in tal senso G. TERRANOVA, *Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 15.

²⁹ In tal senso cfr. Trib. Pesaro, 26 luglio 2013, in *IlCaso.it*.

³⁰ In proposito, cfr. Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *IlCaso.it*. Si vedano anche Trib. Milano, 12 giugno 2014; Trib. Messina, 1° febbraio 2013; Trib. Latina, 30 luglio 2012, tutte in *IlCaso.it*. Per un'approfondita analisi si vedano le riflessioni di S. PACCHI, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 789 e di F. PASQUARIELLO, *Contro il sindacato sul c.d. abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *IlFallimentarista.it*.

derare sia gli interessi soggettivi del debitore e dei creditori sia le posizioni soggettive coinvolte dei dipendenti e dei terzi contraenti, nonché gli interessi superindividuali legati al valore intrinseco della continuità aziendale.

Può pronosticarsi una maggiore fortuna per gli accordi di ristrutturazione, i quali, nel disegno di legge delega per la riforma “delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza” che ricalca le conclusioni della Commissione Rordorf, sono dichiaratamente incentivati³¹.

Nei prossimi paragrafi si osserverà come i “due binari” – ossia il tentativo di individuare una via alternativa al fallimento e l'aumento del ruolo dell'autonomia privata – non siano una novità nel nostro ordinamento, giacché, pur con alterne vicende e con differente efficacia, contratto e insolvenza sono state già oggetto di un peculiare intreccio.

3. *Le composizioni negoziali dal codice di commercio alla stagione delle riforme*

Spazi di autonomia contrattuale nella disciplina fallimentare erano già riconosciuti nei codici ottocenteschi, dove il presupposto oggettivo non era ancora lo stato d'insolvenza, introdotto nel 1942, ma l'inadempimento.

³¹ In particolare, l'art. 5 dello Schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 – poi contrassegnato dal n. 3671-bis, essendo stato stralciato l'art. 15 relativo all'amministrazione straordinaria, approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all'esame del Senato – recita «I piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria e disciplinarne gli effetti vanno incentivati: a) consentendo al debitore, il quale nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie concluda l'accordo di ristrutturazione ovvero una convenzione di moratoria con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il settantacinque per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee, di estenderne gli effetti ai creditori della medesima categoria non aderenti, purché coinvolti nelle trattative, fatto salvo il loro diritto di opporsi all'omologazione in caso di frode, non veridicità dei dati aziendali, inattuabilità dell'accordo ovvero praticabilità di soluzioni alternative più soddisfacenti; b) eliminando o riducendo la soglia del sessanta per cento dei crediti prevista nell'articolo 182-bis, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ove il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, di cui al primo comma di detto articolo, né richieda le misure protettive previste nel successivo sesto comma; c) assimilando la disciplina delle misure protettive degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella prevista per la procedura di concordato preventivo, nei limiti di compatibilità; d) estendendo gli effetti dell'accordo ai soci illimitatamente responsabili, alle medesime condizioni previste nella disciplina del concordato preventivo; e) prevedendo che il piano attestato abbia forma scritta, data certa e contenuti analitici; f) imponendo la rinnovazione delle prescritte attestazioni nel caso di successive modifiche, non marginali, dell'accordo o del piano». Si vedano in proposito S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016 e, in particolare sugli accordi di ristrutturazione, C. TRENTINI, *Accordi di ristrutturazione e piano attestato, le soluzioni alternative al declino del concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2016, p. 1095.

Si rivela dunque utile un esame “archeologico”, “scavando” nella normativa anteriore per indagare l'evoluzione dell'autonomia privata nel diritto fallimentare.

3.1. *Il concordato amichevole e la moratoria nel codice di commercio*

Nel codice di commercio del 1865 era stato reso obbligatorio il tentativo di concordato fra il debitore già dichiarato fallito e i creditori, lasciando «all'iniziativa individuale, di chi può avervi interesse, il provocare la convocazione per trattare del concordato, quando siavi probabilità di successo» (art. 615).

Se il concordato era regolarmente adempiuto, il fallito poteva evitare alcune conseguenze civili³². Tuttavia, il concordato non poteva avere ad oggetto la mera cessione dei beni ai creditori, in quanto si temeva che «sotto le facilitazioni e le agevolezze di un trattato fra il fallito e i suoi creditori potessero ascondersi per avventura quei pericoli d'inganni e di frodi che già consigliarono al legislatore del 1842 di negare al commerciante il beneficio della cessione dei beni, respinto oggimai anco dal codice civile italiano»³³.

L'obbligatorietà dell'esperimento concordatario, comportando spesso solo inutili ritardi, veniva meno con il codice di commercio 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»³⁴. Tali accordi erano dunque diffusi pur costituendo una «arruffatissima matassa»³⁵ 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 del nuovo istituto dell'accordo amichevole, poi abrogato dalla l. n. 197/1903. Si trattava di una figura prevista nell'ambito della disciplina della moratoria di cui all'art. 819 ss., prevista per situazioni di crisi ritenute re-

³² Ai sensi dell'art. 631 cod. comm. del 1865 il fallito non condannato per bancarotta che aveva ottenuto un concordato poteva riprendere la professione di commerciante e far indicare sull'albo dei falliti l'avvenuta conclusione del concordato; in caso però di mancato integrale pagamento entro sei mesi dai termini fissati per l'ultimo pagamento delle quote spettanti ai creditori tali benefici decadevano.

³³ Così la “Relazione al Ministro Guardasigilli fatta a Sua Maestà in udienza del 25 giugno 1865”, sub Libro III, riportata da L. STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *La cultura negli anni '30*, Firenze, 2014, p. 160.

³⁴ Così E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1900-1908, n. 8080, p. 596.

³⁵ In tal senso ancora E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1898, p. 5.

versibili³⁶. Invero, 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 l. fall. un penetrante sindacato giudiziale oltre che l'obbligo di pagare per intero tutti i creditori.

Infatti, qualora il debitore anche non ancora 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, avrebbe concesso al debitore in accordo con i propri creditori una dilazione del fallimento o la sospensione dell'esecuzione della sentenza di fallimento per un periodo massimo di sei mesi³⁷.

Inoltre, come detto, il debitore era obbligato a soddisfare l'intero proprio ceto creditorio. Invero, 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 scaduti³⁸.

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 crediti³⁹. Inoltre, l'art. 824 prevedeva, dopo

³⁶ In generale sulla moratoria si vedano L. BOLAFFIO, *Alcune questioni sull'istituto della moratoria*, in *Mon. trib.*, 1886, p. 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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).

³⁹ Per un'approfondita analisi sul concordato stragiudiziale nel codice di commercio del 1882 si veda E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, p. 45; e F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra otto e no-*

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 retroattiva⁴⁰.

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 debitore⁴¹. Era infatti contemplata una forma stragiudiziale di concordato detta "amichevole" o "individuale", in quanto stipulato con ciascuno dei creditori intervenuti nel fallimento⁴².

La regolamentazione di tale convenzione era interamente lasciata alla 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 disci-

vecento, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 161. Sulle varie forme di concordato si veda la disamina di G. MONTESANO, in *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1974, I, p. 485.

⁴⁰ Tuttavia, come riporta L. STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, cit., p. 162, l'istituto della moratoria prima del fallimento ebbe dubbia efficacia come dimostra la *Statistica dei fallimenti*, in *Dir. comm.*, 1900, c. 179, che riporta come nel 1897 le moratorie anteriori al fallimento furono 172 a fronte di 2474 fallimenti, con una percentuale inferiore al 7% del totale delle procedure concorsuali. Si veda in proposito L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo e la procedura dei piccoli fallimenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 134.

⁴¹ Esplicitamente in tal senso G. BONELLI, *Del fallimento*, in V. ANDRIOLI (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

⁴² Cfr. in proposito G. FAUCEGLIA, sub art. 182 bis, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento – Disciplina Ue e transfrontaliera – Disciplina tributaria*, Milano, 2013, pp. 2137-2144.

plina 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* ⁴³.

Nel codice di commercio italiano emergeva già la considerazione della giurisdizione quale fattore di possibile inefficienza: nel concordato amichevole il giudice, invero, 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 ⁴⁴. Tuttavia, si assegnava al giudice delegato, per tutte le operazioni non eseguite dal curatore, una sorta di potere di veto (art. 728) ⁴⁵.

L'autonomia privata era esaltata e promossa nell'ambito fallimentare, campo tradizionalmente ad essa alieno ⁴⁶. 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. Invero, 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» ⁴⁷, 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» ⁴⁸.

⁴³ L'art. 16 del *Bankruptcy Act* recitava: «As soon as may be after the makings 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Si richiamano le riflessioni di B. LIBONATI in *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, cit., p. 330, laddove afferma che «la facoltà con cui si ricorre ad un potere superiore 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».

⁴⁶ In proposito E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, cit., n. 8303, p. 3, affermava che «meno l'autorità giudiziaria si impiccchia degli affari privati, e meglio questi possono essere composti 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».

⁴⁷ Così ancora G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

⁴⁸ In tal senso E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, cit., n. 8309, p. 3.

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, al curatore ma anche alla delegazione dei creditori e ai 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 fallimento⁴⁹. 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 creditori⁵⁰.

3.2. Dalla legislazione prefascista alla legge del 1942

Come anticipato, la l. n. 197/1903 sul concordato preventivo aveva 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 regolamentazione⁵¹.

⁴⁹ In tal senso A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 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.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 167.

⁵¹ In proposito infatti C. VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, in *Mon. trib.*, 1922, p. 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».

Nonostante ciò, sulla scia del concordato *per abandon d'actif* francese⁵², la forma di "autodifesa privata"⁵³ 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 fallimento⁵⁴.

La moratoria veniva tuttavia reintrodotta nel 1915 al solo scopo di far fronte alle insolvenze causate dallo stato di guerra, considerato caso di forza maggiore ai sensi dell'art. 1226 del codice civile allora imperante⁵⁵. 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 1921⁵⁶, più che per rimediare ai problemi della riconversione della produzione bellica, allo scopo di far fronte al dissesto della Banca Italiana di Sconto, suscitando aspre critiche in dottrina⁵⁷.

La disciplina fallimentare prima delle riforme del periodo fascista godeva quindi, in ossequio alla concezione individualistica borghese ottocentesca, di significativi spazi di autonomia, con un controllo della procedura affidato ai creditori, pur con un pesante ruolo sanzionatorio statale in caso di inadempimento o frodi dell'imprenditore.

⁵² 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.

⁵³ Così R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, p. 2755.

⁵⁴ Cfr. App. Bologna, 15 dicembre 1931, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, p. 97.

⁵⁵ D.Lgs.Lgt., 27 maggio 1915, n. 739 e 25 luglio 1915, n. 1143.

⁵⁶ 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 accomandita 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.

⁵⁷ 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, p. 33; L. BENEDICENTI, *La moratoria del R. D. L., 28 dicembre 1921*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 209; e soprattutto C. VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, cit., p. 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 ritegno e talora (cosa enorme) senza alcuna necessità, per giungere ora ai provvedimenti politico-legislativi presi, diciamolo apertamente, *intuitu personae* e con effetti retroattivi. Questo è dispotismo, non ha altro nome».

Il potere di direzione giudiziale e dunque l'impronta pubblicistica della normativa concorsuale fu accentuato dalla l. n. 995/1930, la quale – come espressamente affermava la relazione di accompagnamento del ministro Rocco – «da un lato elimina ogni assurda indulgenza nei confronti del debitore, dissestato, dall'altro impone ai diritti dei creditori concorrenti quella maggiore disciplina che si rende necessaria per la tutela dell'interesse comune, che coincide con la tutela del credito pubblico. In ciò sta l'impronta fascista del disegno di legge»⁵⁸.

Tale riforma incise severamente anche sul concordato preventivo rendendo più stringenti i requisiti soggettivi di accesso e i tempi di adempimento.

Infatti, l'accesso a tale procedura fu circoscritto a coloro che nel quinquennio precedente non avessero ottenuto un altro concordato preventivo e non fossero stati dichiarati falliti (art. 23, comma 1) e per le società commerciali a quelle che erano «legalmente costituite dall'origine o da almeno due anni» (art. 23, comma 2). Inoltre, fu stabilito che il debitore dovesse pagare quanto promesso ai creditori entro il termine di sei mesi dall'omologazione, o fornire garanzie per il pagamento degli interessi maturati dopo tale data.

Il “pendolo” del governo della crisi d'impresa si spostava dai creditori al giudice, il quale deteneva poteri decisori esclusivi mentre i creditori erano privi di effettive possibilità di incidere sulla tutela dei propri interessi.

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 imprenditore⁵⁹ – l'impianto officioso che aveva caratterizzato fino ad allora la disciplina precedente si intensifica, in perfetta continuità con l'impronta dirigistica della l. n. 995/1930 su cui affondava le sue radici autoritarie.

Nella disciplina fallimentare contenuta nel r.d. n. 267/1942 – rimasta sostanzialmente intatta fino al 2005 – il Tribunale ed il giudice delegato sono depositari di un potere palesemente invasivo della gestione ed amministra-

⁵⁸ Cfr. L. STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, cit., p. 171. Nella procedura fallimentare in seguito alla l. n. 995/1930 si attribuiva al curatore, la cui nomina e revoca erano di esclusiva competenza giudiziaria, la qualifica di “pubblico ufficiale”, in ragione del carattere officioso della procedura fallimentare sia nel suo impulso che nella sua gestione. L'interesse dei creditori era formalmente rappresentato dalla “delegazione dei creditori” (corrispondente all'attuale comitato dei creditori), priva però di potere di decisione, di indirizzo o controllo, neppure in relazione alla verifica del passivo.

⁵⁹ Non a caso la Relazione del Guardasigilli al Re al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 3, 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». In proposito è significativo osservare come la normativa relativa alla conciliazione nel codice di procedura civile del 1865 occupava i primi sette articoli mentre nel codice di procedura del 1942 è ridotta, invece, al solo art. 320.

zione 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"⁶⁰, 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 standardizzata di interesse pubblico 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 muoveva per impulso d'ufficio, sebbene ispirata da finalità di soddisfazione degli interessi privati dei creditori stessi⁶¹. L'interesse alla tutela del diritto di credito, infatti, coincideva con l'interesse superiore alla soppressione ed espulsione dell'impresa ritenuta inefficiente.

L'istituto del concordato preventivo non tutelava adeguatamente i creditori, giacché consentiva al debitore di evitare il fallimento solo se fosse stato in grado di pagare almeno il quaranta per cento dei crediti chirografari entro sei mesi dall'omologa ovvero di cedere tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato qualora la valutazione di questi avesse fatto fondatamente ritenere di poter soddisfare almeno il quaranta per cento dei crediti chirografari entro sei mesi dall'omologa (art. 160, comma 2, l. fall.)⁶². Inoltre, se nella liquidazione dei beni nell'ambito di un concordato mediante cessione si fosse ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento, il debitore beneficiava del divieto di risolvere il concordato mediante cessione (art. 186 l. fall.)⁶³.

⁶⁰ Così testualmente nella Relazione del Guardasigilli al Re al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, 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.

⁶¹ Si veda in proposito B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, cit., p. 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, p. 252; G. SANSONE, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, cit., p. 762.

⁶² 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, p. 60.

⁶³ Sulle critiche al concordato preventivo si veda L. STANGHELLINI, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, I, 1993, p. 246; V. VITTONI, *Rimedi alla incapacità dei creditori chirografari nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Dir. fall.*, I, 1967, p. 930; M. CASANOVA, *Concordato preventivo ordinario con offerta ai creditori e liquidazione dei beni*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 92; Id., *Risoluzione di*

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 giudiziaria⁶⁴.

3.3. Le difficoltà del concordato stragiudiziale nella legge del 1942

La rigidità e l'inefficienza propria del carattere officioso delle procedure giudiziali previste dalla normativa precedente alle riforme iniziate nel 2005⁶⁵ hanno incoraggiato l'uso dei concordati stragiudiziali⁶⁶, privi di ogni regolamentazione, soprattutto al fine di tutelare il valore economico dell'impre-

concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, *ivi*, 1963, I, p. 632. Inoltre, 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., p. 81.

⁶⁴ Infatti, la Relazione del Guardasigilli al Re al r.d., 16 marzo 1942, n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 37, afferma 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».

⁶⁵ 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 beni del fallito (in particolare si ricorda la somma, necessaria per la procedura, che il Tribunale imponeva di depositare entro otto giorni dal decreto di ammissione al concordato preventivo ai sensi artt. 163 l. fall.), di gran lunga le più elevate d'Europa a fronte di percentuali di recupero tra le più basse in assoluto; 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 l. fall.; 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 legislative sull'insolvenza dell'UNCITRAL*, in *Il Fall.*, 2005, p. 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, p. 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, p. 459.

⁶⁶ L'espressione "concordato stragiudiziale" era ritenuta errata da L. BOLAFFIO, in *Sul cosiddetto concordato stragiudiziale*, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, c. 369 e *Id.*, *Il componimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, in *Giur. it.*, 1934, I, 1, c. 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.

sa e il complesso aziendale⁶⁷. 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 più efficienti in quanto assicuravano maggiore rapidità ad un costo inferiore, consentivano una maggiore riservatezza della crisi, permettevano flessibilità e varietà degli strumenti utilizzabili nelle diverse situazioni, evitando al contempo 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 l. fall. tra i casi di chiusura della procedura fallimentare si prevedeva e si prevede tutt'ora 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 “concordati stragiudiziali”, dove l'aggettivo evidenziava la subalternità di queste pratiche rispetto alla soluzione giudiziale preferita dal legislatore.

Invero, poiché sovente il concordato stragiudiziale serviva per acquisire posizioni di prevalenza massimizzando le prospettive di recupero in violazione del principio della parità di trattamento, certa giurisprudenza di merito li considerava contratti non meritevoli di tutela ed in frode alla legge in quanto elusivi delle procedure concorsuali⁶⁸.

⁶⁷ In proposito si veda G. BONELLI, in *Del fallimento*, in *Commentario al cod. comm.*, cit., 1939, p. 650; A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, cit., p. 610; R. PROVINCIALI, *Sul concordato stragiudiziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, p. 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, p. 841; F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 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, p. 30; L. PANZANI, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 1997, p. 553; G. ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, *Riv. soc.*, 1996, p. 321; R. VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, in *Il Fall.*, 2003, p. 933; R. SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1998, p. 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, p. 198; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 9; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 278; G.I. CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII e XIV*, Torino, 1938, p. 126.

⁶⁸ Tra le sentenze che dubitavano della validità del concordato stragiudiziale si veda *ex multis* le non troppo remote Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 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». Analogamente si veda Trib. Torino, 7 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 655; Trib. Napoli, 17 luglio 1987, in *Dir. e giur.*, 1987, p. 552; Trib. Roma, 6 dicembre 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 533; App. Roma,

Si ammettevano, infatti, 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 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, l. fall., se non il più grave reato di bancarotta preferenziale *ex art.* 216, comma 3, l. fall., con conseguente nullità del concordato stragiudiziale per violazione di una norma imperativa⁶⁹.

Aleggiava il dubbio che con il concordato stragiudiziale si oltrepassasse il limite di una sorta di 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 sperequazione 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 dimensioni⁷⁰.

1° luglio 1985, in *Il Fall.*, 1986, p. 971; Trib. Roma, 1° aprile 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 646, con nota di M. SARALE; . In dottrina cfr. le voci critiche di L. BOLAFFIO, *Il compromimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, cit., p. 490; A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Il Fall.*, 1996, p. 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, p. 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, p. 523 e S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2537.

⁶⁹ In particolare, L. ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, cit., 668, affermava l'illiceità del concordato stragiudiziale in forza della legittimazione officiosa del Tribunale alla dichiarazione di fallimento.

⁷⁰ Per alcuni dati derivanti dall'osservazione della prassi si veda I. SCALERA, *Utilità o no del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1971, I, p. 13; M. BRONZINI, *Il fallimento del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1972, I, p. 110. Più recentemente, si richiamano in questa sede gli accordi di risanamento riguardanti i dissesti dei gruppi Belleli, Montedison, Cameli, Varasi-Santavaleria, Serafino Ferruzzi, Tripovich sui quali si veda: F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, cit.; G. SANSONE, *Il caso Tripovich*, in *Il Fall.*, 1996, p. 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, p. 843. Il formante giurisprudenziale ha dato il suo contributo riconoscendo piena validità alle con-

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'impresa⁷¹, 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 potrebbe altrimenti conseguire in attesa delle vendite nella procedura liquidativa.

Tale negoziato favorisce tuttavia i creditori "forti" i quali, dotati di penetrante capacità informativa, possono massimizzare le possibilità di recupero del proprio credito e ottenere pagamenti in spregio alla *par condicio*, mentre i piccoli creditori possono assai difficilmente essere coinvolti 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 maggioranza⁷², 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 (anche accertato d'ufficio prima della riforma)⁷³. Inoltre, l'efficienza degli accordi stragiudiziali è inficiata dalle eventuali asimmetrie informative, dovute alla mancanza di un organo dotato del potere di verificare la veridicità delle prospettazioni offerte dall'imprenditore in crisi.

A ciò si aggiunga che la continuazione dell'attività d'impresa esige soven-

venzioni stragiudiziali sebbene permanessero divergenze in merito alla pretesa unanimità dei consensi dei creditori ai fini della rimozione dell'insolvenza (si veda dopo l'iniziale Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951; Cass., 8 febbraio 1989, n. 795 in *Il Fall.*, 1989, p. 609; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 713; Cass., 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Il Fall.*, 1993, p. 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, p. 1605.

⁷¹ 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., p. 618.

⁷² In merito cfr. F. GALGANO, *Note sull'organizzazione collegiale dei creditori concorsuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, p. 254; E. GALLESIO PIUMA, *Le adesioni alla proposta di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 115; A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, XXIII, Padova, 1997, p. 218.

⁷³ Sul punto si veda P. ABBADESSA, *Liquidazione dell'impresa in dissesto e terapie alternative dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 1979, p. 113 e C. MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989.

te 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, l'operazione di ristrutturazione è *naturaliter* contraddistinta 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 creditori⁷⁴. La volatilità di alcuni *assets* aziendali 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 una volta dichiarato il fallimento, l'esposizione, per gli istituti di credito che abbiano erogato nuova finanza in esecuzione dell'accordo, alla revocatoria fallimentare e al rischio di essere sottoposti all'imputazione per bancarotta e ricorso abusivo al credito; nonché l'esposizione per l'imprenditore all'imputazione 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 l. fall.

Si comprende, quindi, come in assenza di tutele gli accordi stragiudiziali risultassero in bilico tra la 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 a partire dal 2005, di regolamentare tali contratti, prevedendo adeguate tutele, tramite l'art. 182-*bis* l. fall., 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 per cui le parti private della crisi sono i migliori tutori dei loro interessi, rifiutando al tempo stesso la concezione assistenzialistica della già vista legislazione iniziata negli anni settanta⁷⁵.

⁷⁴ 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, p. 37.

⁷⁵ 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, p.

4. Da iudex gestor a iudex statutor: il giudice nella gestione negoziale della crisi

4.1. Il ruolo del giudice nel nuovo diritto della crisi d'impresa

Come si evince dalla Relazione illustrativa dello schema di d.lgs. n. 5/2006, *sub* art. 25, con la riforma fallimentare il giudice delegato ha perso il ruolo di organo motore della procedura, essendo stata sostituita l'attività di direzione con quella di vigilanza e controllo. L'autorità giudiziaria rimane dunque priva di alcuni poteri di autorizzazione e del potere di nomina dei consulenti e periti del fallimento, che vengono nominati direttamente dal curatore, conservando tuttavia quello di nomina degli arbitri, su proposta del curatore stesso. Si consolidano invece i poteri di vigilanza e resta in capo al giudice la facoltà di pronunciare provvedimenti urgenti volti alla conservazione del patrimonio del fallito, anche se limitati dalla presenza di eventuali diritti di terzi.

È interessante notare come il legislatore, con la previsione degli accordi di ristrutturazione, lasci il debitore ed i creditori liberi nell'arena della contrattazione, che viene regolamentata e limitata da vincoli eteronomi *ne cives ad arma veniant*, ma senza essere oberata dal fardello di un'autorità pubblica dotata di poteri inquisitori: usando una metafora, si potrebbe dire che il legislatore "lascia le spade ma non affila le lame".

Muovendo dal piano della *Haftung* quale attuazione della responsabilità patrimoniale attraverso l'esecuzione collettiva concorsuale, al piano della *Schuld*, intesa come modifica del rapporto obbligatorio per mezzo di un atto di autonomia privata, si incrina dunque il dogma dell'indisponibilità dell'insolvenza⁷⁶. Infatti, nel confezionare l'accordo di ristrutturazione dei debiti l'imprenditore in crisi non è tenuto a rispettare la *par condicio creditorum*, né l'ordine delle cause legittime di prelazione. Di conseguenza, il de-

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».

⁷⁶ Il Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187, sostiene che gli accordi di ristrutturazione rappresentino «il trionfo dell'autonomia privata in ambito concorsuale». Si veda a proposito della fine dell'indisponibilità dell'insolvenza F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Atti del convegno di studi "Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali"*, Milano, 2006, p. 19; A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, cit., p. 905; L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, cit., p. 398. Quest'ultimo in particolare attribuisce la caduta del "dogma", già prima della riforma fallimentare, ad una «realità che vede il ricorso al credito come momento essenziale nell'esercizio dell'impresa», cfr. L. ROVELLI, *L'amministrazione delle grandi imprese insolventi*, cit., p. 26.

bitore sarà libero di proporre ad ogni singolo creditore un trattamento differenziato procedendo ad una regolamentazione del ceto creditorio a prescindere dalle regole del concorso sostanziale.

Tramite 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*⁷⁷. Il giudice non esercita invero 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 aderenti⁷⁸. Come ha opportunamente rilevato la giurisprudenza, «agli organi giurisdizionali non è più richiesto di tutelare in via principale gli interessi dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa ricercando profili di insolvenza a carico degli imprenditori al fine di rendere "sano" il mercato e di dirigere e vigilare sul buon andamento della gestione delle procedure, bensì di ergersi a garanti del rispetto delle regole prescelte dai soggetti privati decidendone gli eventuali conflitti»⁷⁹.

Osservando la disciplina statunitense contenuta nel *Chapter XI* del U.S. *Bankruptcy Code* del 1978, che ha ispirato gran parte delle recenti riforme europee delle procedure concorsuali, si nota che, nel *favor* per l'accordo tra debitore e creditori, il giudice, in una prima fase, «si limita ad accompagnare dall'esterno i vari piani di ristrutturazione, lasciando comunque la ge-

⁷⁷ L'abbandono del ruolo del giudice come gestore della procedura è stato notevolmente avversato. Sia sufficiente leggere quanto affermato da Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, in *Foro it.*, 2012, I, c. 136, con nota di M. FABIANI: «Viene quindi riproposta alla disamina di questa Corte la questione nevralgica dei limiti del potere di controllo del giudice; fortemente controversa nella giurisprudenza di merito ed in dottrina, nonostante la breve vita dell'istituto concorsuale novellato. Il dibattito concettuale risente, in modo marcato, dell'impronta di politica del diritto che informa la recente riforma, riassunta sotto l'esergo della c.d. privatizzazione (o contrattualizzazione) del concordato preventivo (così come di quello fallimentare): frutto della volontà di contenere la verifica d'ufficio entro i confini della regolarità della procedura ab estrinseco, quale mera condicio juris di efficacia della soluzione negoziale della crisi d'impresa. *Mens legis* di intonazione vagamente ideologica, riscontrabile nella temperie culturale in cui è maturata la novella fallimentare; così come altra riforma processuale pressoché coeva, dimostratasi, alla prova dei fatti, di scarsa vitalità ed effimera durata».

⁷⁸ Si vedano in proposito le riflessioni di L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 316 e G. TARZIA, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 259. Per un'analisi della normativa si veda L.G. PICONE, *La Reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993 e C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 65. 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., p. 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.

⁷⁹ Così Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187.

stione delle imprese nelle mani degli amministratori»⁸⁰. In seguito, una volta registrato il consenso di una parte qualificata dei creditori, il giudice approva il piano di risanamento con il c.d. *cram down*, dichiarandolo vincolante per tutti anche nel caso in cui vi sia il dissenso di una parte anche ampia o maggioritaria dei creditori.

Occorre esaminare più in particolare la latitudine della valutazione giudiziale in sede di omologa degli accordi di ristrutturazione, rammentando che in seguito all'introduzione dell'art. 217-bis l. fall., tale vaglio opera anche a tutela del debitore che effettui pagamenti o operazioni che lo esporrebbero, altrimenti, al rischio della bancarotta fraudolenta o della bancarotta semplice, e che invece, in quanto compiuti in esecuzione di un accordo ex art. 182-bis l. fall. omologato, sono coperti dalle nuove esimenti.

4.2. Il perimetro del controllo giudiziale nel concordato e negli accordi di ristrutturazione

In un fondamentale arresto in tema di concordato preventivo (Cass., Sez. Un., n. 1521/2013) le Sezioni Unite – sebbene in maniera non proprio cristallina – 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 creditori⁸¹.

In particolare, nella cennata pronuncia si legge «affinché i creditori possano 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»⁸². Infatti, 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

⁸⁰ G. ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, Banca d'Italia, Quad. ric. giur., Roma 1997, n. 44, p. 22.

⁸¹ Si vedano in proposito le Sezioni Unite di cui alla Cass., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *IlCaso.it*, I, 8401. Per l'analisi della giurisprudenza successiva cfr. l'articolata disamina di P. VELLA, *La giurisprudenza della cassazione sul controllo di fattibilità del concordato preventivo dopo le sezioni unite del 2013*, in *Il Fall.*, 2015. Sul ruolo dei creditori nel concordato preventivo si veda Cass., 23 giugno 2011, nn. 13817 e 13818, in *Dir. fall.*, II, 2011, p. 615 con commento di E. BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici «giudici» della fattibilità della proposta ... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*. Sul tema cfr. la disamina giurisprudenziale e le lucide osservazioni di G. BERSANI, *Fisiologia e patologia del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in *IlCaso.it*, II, 302/2012.

⁸² 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.

sede di approvazione. Tale valutazione può considerarsi correttamente espressa unicamente qualora, come sottolineano le menzionate Sezioni Unite, «i creditori ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni».

Il principio scolpito dalle Sezioni Unite è stato in seguito specificato dalla stessa Cassazione, precisando come, in relazione alla fattibilità economica, il giudice è tenuto tuttavia a verificare la sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, ammettendo dunque, in una prospettiva funzionale, la possibilità di sindacare la proposta concordataria ove questa sia totalmente implausibile⁸³.

Si comprende, quindi, che il giudice, «deputato a garantire il rispetto della legalità nello svolgimento della procedura, deve certamente esercitare sulla relazione del professionista attestatore un controllo concernente la congruità e la logicità della motivazione, anche sotto il profilo del collegamento effettivo fra i dati riscontrati ed il conseguente giudizio»⁸⁴.

Infatti, con riferimento particolare alla relazione del professionista, il giudice non può limitarsi ad un controllo di carattere formale in quanto in tal caso si rimetterebbe interamente alla valutazione dell'esperto. Il vaglio di legalità del Tribunale deve essere finalizzato ad appurare se la relazione del professionista sia adeguatamente motivata, indicando le verifiche effettuate e la metodologia seguita, nonché se risponda ai principi di coerenza, accuratezza e completezza sul piano logico-argomentativo del discorso asseverativo⁸⁵.

Risulta evidente come l'informazione sia rilevante quanto ai possibili riflessi sul procedimento di formazione della volontà negoziale, visto che un'informazione adeguata è condizione necessaria per il valido esercizio

⁸³ Cfr. Cass., 7 aprile 2017, n. 9061, in *DeJure.it* e Cass., 13 marzo 2015, n. 5107, in *IlCaso.it*.

⁸⁴ Così, ancora Cass., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *IlCaso.it*, I, 8401. Si vedano in proposito le lucide osservazioni di G. BERSANI, *La valutazione di fattibilità giuridica del concordato preventivo nell'interpretazione giurisprudenziale con particolare riferimento alla verifica del contenuto dell'attestazione del professionista ex art. 161 l.f.*, in *IlCaso.it*, II, 2014.

⁸⁵ Vale in proposito richiamare l'arresto di cui al Trib. Milano, 27 ottobre 2011, in *Personaedanno.it*, in materia di accordi di ristrutturazione, secondo il quale si può prescindere dalla conclusione dell'esperto attestatore nel caso in cui la relazione appaia ad una prima prognosi incongruente o insufficientemente o illogicamente motivata. In tale ipotesi il giudice dovrà valutare direttamente la situazione effettuale oggetto di attestazione parificando la consulenza dell'esperto attestatore ad una qualsiasi consulenza tecnica. Infatti il giudice milanese evidenzia che «la relazione degli esperti attestatori altro non è, in definitiva, che una relazione tecnica, come lascia chiaramente intendere, nel contesto di un'interpretazione sistematica delle norme che disciplinano le nuove forme di soluzione alternativa delle crisi d'impresa, l'art. 67, terzo comma, lett. d), legge fallim., laddove esige che la ragionevolezza dei c.d. piani di risanamento – ma tale criterio è evidentemente estensibile anche alla fattibilità dei piani concordatari e all'attuabilità degli accordi ex art. 182-bis legge fallim. in quanto implicanti un analogo giudizio di *feasibility* – sia attestata ai sensi dell'art. 2501-bis, quarto comma, del codice civile». Nello stesso senso, cfr. Trib. Piacenza, 17 maggio 2013, in *IlFallimentarista.it*.

dell'autonomia privata, giacché il corretto intendere è presupposto per un volere razionale⁸⁶.

Inoltre, in sede di giudizio di omologazione l'autorità giudiziaria è chiamata ad un controllo della regolarità della procedura, verificando la persistenza delle stesse condizioni di ammissibilità che erano state riscontrate nella fase iniziale, l'assenza dei fatti od atti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ai sensi dell'art. 173 l. fall., ed il rispetto delle regole relative alla formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria⁸⁷.

In caso di concordato con classi il giudice deve circoscrivere il proprio vaglio ad una indagine sulla coerenza logica dei criteri utilizzati nella formazione delle classi, in modo da verificare se vi sia omogeneità tra le posizioni giuridiche e gli interessi economici dei creditori inclusi in una medesima classe o disomogeneità tra i creditori collocati in classi diverse. Si pone quindi fuori dalla latitudine del controllo giudiziale il merito delle ragioni giustificatrici dell'anteposizione di una classe rispetto ad altre.

Ribadendo, allora, quanto precisato dalle su menzionate Sezioni Unite con riferimento al concordato preventivo, l'autorità giudiziaria, dovendo assicurare il rispetto della legalità nello svolgimento della procedura, deve controllare che la relazione del professionista attestatore abbia una motivazione congrua e logica, anche sotto il profilo del collegamento effettivo fra i dati riscontrati ed il conseguente giudizio, senza effettuare alcuna prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati dall'imprenditore. Infatti, tale giudizio è rimesso alla valutazione dei creditori quali diretti interessati, una volta garantita la corretta trasmissione dei dati ed acquisite le indicazioni del commissario giudiziale.

Pertanto, il controllo relativo alla possibilità che i creditori non siano soddisfatti secondo i termini indicati nel piano concordatario, connesso ad una valutazione prognostica fisiologicamente opinabile e aleatoria, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto, è ad esclusivo carico dei creditori: è infatti rimesso a questi ultimi il giudizio sulla convenienza e sulla fattibilità economica della proposta concordataria. Resta salva per il Tribunale la verifica dell'assoluta e manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati.

⁸⁶ In tal senso si veda, *ex multis*, S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 257.

⁸⁷ In proposito Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 9, la quale sottolinea come la valutazione di legittimità da parte del giudice «deve essere orientato alla verifica della salvaguardia della consapevole acquisizione di quel dato da parte del ceto creditorio e della regolare espressione del consenso a suo riguardo [...]. Il bilanciamento tra le esigenze, opposte ma non per ciò solo necessariamente confliggenti, che presidiano la procedura, secondo precisa scelta del legislatore, è perciò adeguatamente assicurato, nello spirito del riformato assetto, dal riscontro del giudice limitato a quel profilo, da cui resta assolutamente escluso il merito».

Se nel concordato preventivo resta esclusivamente riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito della fattibilità della proposta, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti, ciò deve affermarsi valido *a fortiori* nella differente ipotesi degli accordi di ristrutturazione, dove l'elemento negoziale è ancora più pregnante.

Invero – come si argomenterà più approfonditamente nel capitolo seguente – gli accordi di ristrutturazione non sono una procedura concorsuale, ma un procedimento dove il controllo del giudice si innesta su un momento prettamente negoziale, alla cui conclusione si producono determinati effetti favorevoli sul piano fallimentare⁸⁸.

Nella fattispecie di cui all'art. 182-*bis* i poteri gestori del giudice sono, infatti, più ridotti in quanto l'organo giudiziale si limita ad apporre un "sigillo di qualità" all'accordo già perfezionato dalle parti, se, in assenza di opposizioni fondate, riscontra il rispetto di determinati requisiti: il consenso con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento del passivo; la documentazione indicata dall'art. 161 l. fall.; la relazione di attuabilità dell'accordo redatta da un professionista con particolare riferimento all'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo⁸⁹. In presenza di tali elementi con l'omologa giudiziale gli atti, i pagamenti e le garanzie in esecuzione dell'accordo sono affrancati dall'azione revocatoria ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e, l. fall. La valutazione del giudice in sede di omologa assume dunque il contenuto di una tutela camerale omologatoria, ponendo una sorta di *imprimatur* all'accordo privato dopo averne verificato il rispetto dei requisiti previsti dalla legge.

Del resto, lo stesso professionista deve essere designato non dal Tribunale ma dall'imprenditore, in quanto – a differenza dell'ipotesi di fusione dove il professionista è chiamato a valutare la congruità del rapporto di cambio a tutela dei soci delle società partecipanti – in caso di ristrutturazione assume la funzione di garante nei confronti dei terzi creditori dell'imprenditore in crisi⁹⁰. La nomina ufficiosa del professionista attestatore del resto contra-

⁸⁸ In proposito tuttavia cfr. A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 667, secondo cui il modello della contrattazione rischia di sovrapporsi a un fenomeno che rientra pur sempre nel modello di una procedura che ha, a propria base, la gestione del concorso tra i creditori a fronte della responsabilità patrimoniale del debitore.

⁸⁹ Si considerano dunque tali requisiti come condizioni dell'omologazione dell'accordo e non presupposto ovvero elemento dello stesso come invece sostiene G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Il Fall.*, 2008, p. 995.

⁹⁰ Tuttavia il Trib. Bari, 14 agosto 2008, in *Il Fall.*, 2009, p. 467, con nota di P. BOSTICCO, dichiara ammissibile la nomina dell'esperto da parte del giudice ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, abrogato dall'art. 54, comma 5, della legge, 18 giugno 2009, n. 69, osservando che «l'insufficiente inquadramento di un adeguato regime di forma giustifica un serio sospetto di possibile utilizzo in collusione o distrazione preferenziale a favore di alcuni creditori che così potrebbe essere alla base, neanche tanto paradossalmente, di una rinnovata aggressività di altri, estranei alla sfera di intervento del piano stesso; il che confligge con la finalità incentivante il mezzo privatistico quale modello di

sterebbe con il *favor* che il legislatore assegna all'autonomia privata nelle soluzioni negoziali di composizione dell'insolvenza, per cui il Tribunale potrà al massimo indicare un professionista solo a fronte di una richiesta di parte⁹¹.

4.3. L'oggetto della valutazione giudiziale negli accordi di ristrutturazione

Con particolare riferimento alla latitudine del giudizio di cui può disporre il giudice nel suo sindacato al momento dell'omologa degli accordi di ristrutturazione – data la scarsa disciplina del comma 4 dell'art. 182-bis, che nemmeno espressamente prevede la necessità della fissazione di un'udienza⁹² – non si riscontra una posizione univoca in giurisprudenza⁹³.

Un primo orientamento, infatti, sostiene che il Tribunale debba innanzitutto verificare la sussistenza delle condizioni per l'ottenimento dell'omologa quali il raggiungimento della percentuale di adesioni del sessanta per cento dei creditori, la prova della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, la competenza del Tribunale adito, la qualità di imprenditore commerciale del debitore istante, nonché l'avvenuto deposito della relazione dell'esperto e della documentazione prevista dall'art. 161 l. fall.

risanamento alternativo alle procedure concorsuali e di pari efficacia giuridica». In proposito V. DONATO, *Revocatoria della rimesse bancarie ed esenzioni dalla revocatoria a fronte di piani di risanamento: profili tecnico-aziendalistici*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 389, si spinge a ritenere che il professionista non possa essere nominato dallo stesso imprenditore ma dal Presidente del Tribunale nel caso in cui l'accordo di ristrutturazione riguardi una s.p.a. o una s.a.p.a.; e il Trib. Rimini, 20 marzo 2009, in *IlCaso.it*, ha reputato non esaustiva la relazione predisposta dal professionista nominato dall'imprenditore e ha quindi proceduto alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio.

⁹¹ In tal senso 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, p. 223. In proposito si osserva come l'indagine condotta da M. FERRO-A. RUGGIERO-A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, Torino, 2009, p. 460, rileva come il professionista attestatore sia nominato nell'84,1% dei casi dall'imprenditore, nel 9,1% si assiste ad una nomina di comune accordo tra il debitore e uno o più creditori, mentre appunto, solo nel 6,8% si riscontra la nomina da parte del Tribunale su richiesta del debitore.

⁹² La necessità di fissare un'udienza è sostenuta da C. D'AMBROSIO, *Gli accordi*, in G. FAUCEGLIA-L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure*, 3, p. 1814; G.B. NARDECCHIA, sub art. 182-bis, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, p. 817; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 152; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013, p. 285. In giurisprudenza, in senso affermativo, cfr. Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, 536; Trib. Palermo, 27 marzo 2009, *ivi*, 2010, II, p. 503; Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in *IlCaso.it*. In senso contrario, quando non vi siano opposizioni, Trib. Nocera Inferiore, 27 marzo 2014, in *Il Fall.*, 2014, p. 706.

⁹³ Per un'utile rassegna si veda G. CARMELLINO, *Accordi di ristrutturazione e controllo giudiziale*, in *Il Fall.*, 2013, p. 625; V. GIORGI, *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 387.

In secondo luogo, ritiene che l'autorità giudiziale sia tenuta a valutare, eventualmente avvalendosi di una consulenza tecnica⁹⁴, l'idoneità del piano a realizzare i risultati che si propone e di assicurare il tempestivo pagamento dei creditori estranei all'accordo. In tale operazione, invero, il giudice effettua un giudizio *ex ante* sulla fattibilità dell'accordo, considerando che il successivo inadempimento del debitore fisserebbe, per mezzo dell'esenzione da revocatoria dei pagamenti esecutivi dell'accordo, una situazione non più rimediabile, a svantaggio dei creditori estranei⁹⁵.

Ancora, un controllo di merito viene giustificato sulla base della diversità della fattispecie rispetto a quella del piano di risanamento attestato, che richiede una attestazione di ragionevolezza per gli effetti antirevocatori⁹⁶.

Di conseguenza, l'ampiezza del controllo giudiziale deve essere tale da eseguire un giudizio di merito dell'accordo, soffermandosi in particolare sull'eseguibilità concreta del piano di ristrutturazione, con la valutazione delle prospettive effettive di realizzo specificate in esso e della sussistenza di una liquidità tale da consentire la soddisfazione integrale di tutti i creditori non aderenti. Del resto, il requisito del pagamento dei creditori non aderenti può essere soddisfatto anche mediante la previsione dell'utilizzo delle risorse pro-

⁹⁴ Come affermato dal Trib. Savona, 29 maggio 2015, in *IlCaso.it*, «In caso di particolare complessità, il tribunale chiamato a decidere sull'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis L.F. può nominare un consulente tecnico che lo supporti nell'esame contabile della documentazione allegata al ricorso e della relazione di attestazione redatta dal professionista designato dall'impresa ricorrente».

⁹⁵ In proposito cfr. 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, 2010, p. 390, che reputa la disputa viziata dai ricorrenti equivoci sui concetti di controllo di legittimità o di merito. Cfr. inoltre L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Milano, 2013, p. 546; F. DE SANTIS, *I controlli del giudice nel piano attestato e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2014, p. 1049; G. TERRANOVA, *I conflitti d'interesse nelle soluzioni concordate della crisi*, in *Problemi di diritto concorsuale*, Padova, 2011, p. 151; I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, cit., p. 1093; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. JORIO-M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario sistematico*, Bologna 2010, p. 1162; G. FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, II, Torino, 2009, p. 2001. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 136; Trib. Milano, 11 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 136; Trib. Ancona, 12 novembre 2008, e Trib. Rimini, 20 marzo 2009, entrambe le decisioni disponibili nel sito *IlCaso.it*, 2009. Nelle prime sentenze *post* riforma si riteneva opportuno, in accordo con il ruolo di garanzia assunto dal giudice, che il Tribunale rivestisse una funzione meramente certificativa: cfr. Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Il Fall.*, 2005, p. 1297, con nota di G. FAUCEGLIA; Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 169, e Trib. Milano, 15 dicembre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, p. 674, con nota di A. PEZZANO).

⁹⁶ In tal senso, L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, p. 76.; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 317.

venienti dalla continuazione della gestione ordinaria dell'impresa debitrice⁹⁷.

Secondo tale orientamento minoritario in giurisprudenza, quindi, il Tribunale è tenuto ad effettuare un controllo sostanziale e non limitato alla mera verifica di completezza, coerenza e ragionevolezza della relazione dell'esperto⁹⁸.

Tutto ciò comporta che nella fase di omologazione il giudice non possa limitarsi ad assumere una funzione meramente certificativa della regolarità del ricorso, constatando l'approvazione del piano, ma sia tenuto – sulla base delle reali possibilità di attuazione e del ragionevole grado di monetizzazione – a verificare nel merito dell'accordo la concreta probabilità di un esito positivo, ovvero «il rispetto coerente degli accordi prospettati»⁹⁹, le effettive prospettive di attuabilità dell'accordo e, in particolare, la realizzabilità delle entrate previste nonché la loro idoneità a consentire il pagamento integrale dei creditori estranei nella tempistica indicata dalla norma¹⁰⁰.

Una differente posizione subordina l'intensità della valutazione del Tribunale alla presenza o meno di opposizioni¹⁰¹.

Tale orientamento sostiene, in particolare, che, in assenza di opposizioni, il giudizio dell'autorità giudiziaria debba restare limitato alla verifica degli adempimenti prescritti dalla legge e all'adeguatezza e coerenza logica dell'iter argomentativo seguito dall'attestatore, al quale compete di accertare la fattibilità economica del piano. Quindi, nel caso in cui nessun creditore si

⁹⁷ Cfr. in proposito, Trib. Avellino, 12 novembre 2014, in *IlCaso.it*.

⁹⁸ Così, Trib. Modena, 19 novembre 2014, in *IlCaso.it*, il quale «ritiene che a fronte della mancanza – negli accordi di ristrutturazione – di una procedura che importi comunicazione effettiva ai creditori e possibilità di esprimere un consenso realmente informato, il mero rimedio dell'opposizione potrebbe risultare insufficiente per la tutela dei propri interessi laddove non fosse possibile al tribunale esercitare comunque un vaglio di merito sull'idoneità dell'accordo a consentire il superamento della crisi ed il pagamento dei creditori estranei alla ristrutturazione». In senso analogo cfr. Trib., Asti 25 giugno 2014, *ivi*.

⁹⁹ Così *ex multis* Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Il Fall.*, 2007, p. 701; e in senso analogo altresì Trib. Ancona, 12 novembre 2008, in *IlCaso.it*.

¹⁰⁰ Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2016, in *IlCaso.it*; Trib. Modena, 19 novembre 2014, *ivi*.

¹⁰¹ In proposito, cfr. Trib. Busto Arsizio, 2 marzo 2016, *ined.*; Trib. Padova, 31 dicembre 2016, in *IlCaso.it*; Trib. Udine, 15 ottobre 2015, in *DeJure.it*; App. Torino, 3 agosto 2015, in *IlFallimentarista.it*; App. Napoli, 1° dicembre 2014, in *IlCaso.it*; Trib. Bergamo, 19 dicembre 2013, in *IlFallimentarista.it*; App. Roma, 15 agosto 2012, in *IlFallimentarista.it*; Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *IlCaso.it*; Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2011, 2, 412; Trib. Milano, 25 marzo 2010 e 11 febbraio 2010, entrambe in *Red. Giuffrè*, 2010; Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, 1, I, 297; Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 205; Trib. Milano, 18 luglio 2009, *ivi*, 2011, II, p. 158. In dottrina si vedano L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, p. 360; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2006, p. 138; 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, p. 24; G. RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 661.

opponga all'omologazione, il giudice deve limitarsi a valutare: che il giudizio dell'esperto sulla fattibilità dell'accordo sia completo, analitico, coerente e non contraddittorio; inoltre, la possibilità sul piano giuridico di dare esecuzione alla proposta di concordato nonché che la proposta non sia assolutamente e manifestamente inidonea a soddisfare in qualche misura i creditori.

Diversamente, qualora siano state proposte opposizioni, il *thema decidendum* del giudizio subirebbe un'inevitabile estensione, potendo il Tribunale investigare gli specifici aspetti di fattibilità del piano nei limiti delle contestazioni mosse dagli opposenti. Dunque in presenza di opposizioni, il giudizio di omologazione dell'accordo sarebbe strutturato come un giudizio pieno di merito avente ad oggetto l'idoneità dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori non aderenti¹⁰².

Un ulteriore indirizzo, più aderente alla natura privatistica dell'istituto e alla sua funzione nell'ambito della gestione della crisi d'impresa, assegna all'autorità giudiziale, a prescindere dalla presenza di opposizioni da parte dei creditori, un semplice controllo di legalità e di correttezza in relazione ai requisiti per ottenere l'omologa, concentrandosi sulla relazione dell'esperto ma senza poter sindacare le probabilità di successo del piano di risanamento su cui si fonda l'accordo¹⁰³.

Infatti, secondo tale orientamento, il controllo giudiziale non deve aver mai riguardo al merito dell'accordo, ovvero alla sua convenienza, bensì arrestarsi alla valutazione di esso offerta da parte del professionista. D'altra parte il giudice non può neppure limitarsi ad un controllo di carattere formale, in quanto in tal caso si rimetterebbe interamente alla valutazione dell'esperto. Il vaglio di legalità del Tribunale deve quindi concentrarsi sulla chiave di volta costituita dalla relazione del professionista, il quale deve attestare il duplice

¹⁰² Sui rapporti tra opposizione dei creditori e giudizio di omologa cfr. I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Il Fall.*, 2014, p. 1090. Il Trib. Milano, 31 luglio 2014, in *IlCaso.it*, ha affermato che «qualora gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis l. fall. non risultino opposti, l'ambito di indagine del Tribunale in sede di omologa deve concernere la regolarità e conformità a legge del procedimento, nonché la congruità ed idoneità dell'attestazione, non essendo prevista un'indagine sull'attuabilità del piano ulteriore a quella contenuta nella relazione del professionista ex art. 67 lett. "d" l. fall.». Secondo il Trib. Avellino, 12 novembre 2014, in *IlCaso.it.*, in assenza di opposizioni, il controllo riservato al Tribunale deve concernere «la verifica della logicità del piano, nonché della coerenza e della persuasività della relazione redatta dall'attestatore con riferimento alla attuabilità/fattibilità del piano stesso».

¹⁰³ Si vedano, in merito, Trib. Milano, 10 novembre 2016, in *IlCaso.it*; App. Firenze, 7 aprile 2016, in *IlCaso.it*; Trib. Bergamo, 27 gennaio 2012, *ivi*, 2012; Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, *ivi*, 2011; App. Torino, 7 maggio 2010, in *DeJure.it*, 2010; App. Roma, 3 giugno 2010, in *IlCaso.it*; Trib. Milano, 11 febbraio 2010, *ivi*, 2010; Trib. Milano, 18 luglio 2009, in *Dir. Fall.*, 2011, 2, 158; Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 169. In particolare, cfr. Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 669, il quale afferma che, in sede di omologazione, l'autorità giudiziaria può solo ed esclusivamente omologare o no l'accordo così come proposto dal debitore, non potendo né modificare i termini ivi previsti, né apporre nuove e diverse condizioni.

profilo della veridicità dei dati aziendali esposti nel piano e dell'attuabilità ed idoneità dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori terzi.

Pertanto, l'autorità giudiziale dovrà focalizzare la propria attenzione sulla verifica della rispondenza della relazione dell'esperto ai principi di coerenza, accuratezza e completezza sul piano logico-argomentativo del discorso asseverativo, senza operare sconfinamenti non consentiti nel campo della "convenienza economica", la cui valutazione spetta solo e soltanto ai creditori¹⁰⁴, ma ben potendo disattendere tale relazione per procedere ad una valutazione negativa qualora le considerazioni dell'esperto risultino contraddittorie, scarsamente motivate o prive di riferimenti a dati concreti.

In caso di accordi di ristrutturazione basati su piani industriali a sviluppo pluriennale, a fronte dell'inevitabile aleatorietà che caratterizza alcuni aspetti prognostici, quali le fluttuazioni di mercato, il vaglio di attuabilità dell'accordo dovrà necessariamente essere operato *rebus sic stantibus*, con uno scrupolo inversamente proporzionale alla prossimità temporale degli eventi.

La presenza di eventuali opposizioni rappresenterà un mero ampliamento del campo d'indagine, senza però incidere sulla natura, sull'intensità e sui parametri del controllo giudiziale.

L'autorità giudiziale quindi, come detto, non può entrare nel merito della relazione dell'esperto esprimendone un giudizio di condivisione o meno delle conclusioni: saranno i creditori ed i terzi interessati che, avvalendosi dei dati aziendali attestati dal professionista e sottoposti al controllo di veridicità dal giudice, riterranno attuabile o meno l'accordo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Vale in proposito richiamare l'arresto di cui al Trib. Milano, 27 ottobre 2011, in *Personaedanno.it*, secondo il quale si può prescindere dalla conclusione dell'esperto attentatore nel caso in cui la relazione appaia ad una prima prognosi incongruente o insufficientemente o illogicamente motivata. In tale ipotesi il giudice dovrà valutare direttamente la situazione effettuale oggetto di attestazione parificando la consulenza dell'esperto attentatore ad una qualsiasi consulenza tecnica. Infatti il giudice milanese evidenzia che «la relazione degli esperti attestatori altro non è, in definitiva, che una relazione tecnica, come lascia chiaramente intendere, nel contesto di un'interpretazione sistematica delle norme che disciplinano le nuove forme di soluzione alternativa delle crisi d'impresa, l'art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall., laddove esige che la ragionevolezza dei c.d. piani di risanamento – ma tale criterio è evidentemente estensibile anche alla fattibilità dei piani concordatari e all'attuabilità degli accordi *ex art. 182-bis* l. fall. in quanto implicanti un analogo giudizio di *feasibility* – sia attestata ai sensi dell'art. 2501-*bis*, quarto comma, del codice civile». In tema di concordato preventivo, la Cass., 31 gennaio 2014, n. 2130, in *Il Caso.it*, osserva che «al tribunale non è consentito il controllo sulla regolarità ed attendibilità delle scritture contabili, ma è permesso il sindacato sulla veridicità dei dati aziendali esposti nei documenti prodotti unitamente al ricorso (art. 161, secondo comma, lett. a, b, c, e d, legge fall.), sotto il profilo della loro effettiva consistenza materiale e giuridica, al fine di consentire ai creditori di valutare, sulla base di dati reali, la convenienza della proposta e la stessa fattibilità del piano. Resta, invece, precluso ogni sindacato sulla stima del valore degli elementi patrimoniali effettuata dal professionista attestatore, salvo il caso di incongruenza o illogicità della motivazione».

¹⁰⁵ In tal senso cfr. Trib. Piacenza, 2 marzo 2011; Trib. Roma, 20 maggio 2010; Trib.

Tale posizione parrebbe quella preferibile considerando la natura squisitamente negoziale degli accordi di ristrutturazione.

4.4. “Disintermediazione giudiziaria” della crisi e tutela dell'autonomia privata

Dato che – come meglio si preciserà nel prosieguo dell'analisi – l'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall. non è una procedura concorsuale, i principi dettati dalle Sezioni Unite della Cassazione nella su citata sentenza n. 1521/2013 in tema di controllo giurisdizionale nell'ambito del concordato preventivo non sono direttamente applicabili agli accordi di ristrutturazione. Tuttavia, è utile fare riferimento ad essi, considerando che la latitudine del controllo negoziale precisato dal Supremo Collegio con riferimento al concordato preventivo – dove la Cassazione ha registrato una «valorizzazione dell'elemento negoziale che ha inciso in termini restrittivi e limitativi sui poteri precedentemente attribuiti all'organo giudiziario» – non può certo essere più ampia di quella in materia di accordi di ristrutturazione, i quali integrano un contratto di diritto privato.

Alla luce dei requisiti necessari ai fini dell'omologa dell'accordo, l'idoneità al pagamento integrale dei creditori non aderenti configura un profilo che riguarda la fattibilità giuridica (intesa come verifica della non incompatibilità con norme inderogabili) stessa dell'accordo, e non, invece, la semplice fattibilità economica del piano, tuttavia l'autorità giudiziale potrà valutare il rispetto di tale requisito solo verificando l'adeguatezza e la coerenza logica dell'*iter* argomentativo seguito dal professionista.

Del resto, la Raccomandazione della Commissione UE 12 marzo 2014, n. 2014/135/UE¹⁰⁶ stabilisce tra le condizioni di omologazione del piano di ristrutturazione che: «a) il piano di ristrutturazione è stato adottato in condizioni che garantiscano la tutela dei legittimi interessi dei creditori; b) il piano di ristrutturazione è stato notificato a tutti i creditori potenzialmente coinvolti».

Pertanto, la valutazione del Tribunale, per quanto riguarda il profilo del-

Roma, 5 novembre 2009; tutte disponibili in *IlCaso.it*. Conseguentemente una relazione basata su conclusioni non coerenti con le premesse, insufficientemente argomentata ovvero contraddittoriamente o illogicamente motivata dovrà essere reputata inidonea a svolgere la propria funzione informativa, e dunque la domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti cui è allegata non potrà essere accolta. Del resto, il difetto logico-argomentativo può essere relativo all'intero ragionamento del professionista ovvero solamente ad alcune fasi o parti dell'accordo, le quali tuttavia se essenziali possono comunque vanificare le conclusioni a cui perviene il medesimo professionista (cfr. in particolare Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *IlCaso.it*).

¹⁰⁶ Cfr. G.U.U.E. n. 74, 14 marzo 2014, Serie L. Si vedano in proposito le osservazioni di U. MACRÌ, *La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2014, p. 393. Stigmatizza la scelta dello strumento della Raccomandazione quale strumento meno efficace della direttiva ai fini dell'armonizzazione delle regole di diritto interno, G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Il Fall.*, 2014, p. 733.

l'attuabilità dell'accordo, dovrà essere finalizzata a accertare l'idoneità – secondo una prognosi relativa alle risorse liberate e avvalendosi della relazione dell'esperto – al perseguimento del salvataggio dell'impresa in crisi, appurando che i creditori abbiano ricevuto le informazioni necessarie a verificare la correttezza dell'effettiva convenienza in modo da esprimere così un consenso consapevole¹⁰⁷.

¹⁰⁷ In proposito, il Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in *IlCaso.it*, ha osservato che «nel giudizio di omologazione il Tribunale, con un giudizio prognostico *ex ante*, deve valutare l'attuabilità dell'accordo tenuto conto del fatto che il successivo inadempimento del debitore cristallizzerebbe – con l'esenzione da revocatoria prevista dall'art. 67, comma 3, lett. e, l. fall. degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione, dell'accordo omologato – una situazione non più rimediabile, a scapito dei creditori estranei, pur se privilegiati. In tale prospettiva il tribunale deve quindi, in ogni caso, valutare il merito del ricorso con particolare attenzione alla concreta attuabilità del piano, alle concrete prospettive di realizzo prospettate e alla sussistenza di una ragionevole liquidità, tale da consentire il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo medesimo». Nella specie, il riferimento al "merito del ricorso" è da intendersi nel senso di valutare la fattibilità giuridica del ricorso senza "eversive" invasioni nella valutazione economica di stretta competenza dell'esperto. Infatti, nello stesso decreto si legge che «Si può, dunque, concludere che, sulla base di quanto rassegnato dal professionista attentatore alle cui valutazioni motivate il Tribunale si rifa integralmente, in assenza di specifiche opposizioni, il piano sotteso all'accordo di ristrutturazione è complessivamente attuabile risultando idoneo a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei». In tema di concordato preventivo, la Cass., 17 ottobre 2014, n. 22045, in *FallimentieSocietà.it*, ha osservato «che il giudizio sull'attendibilità della previsione di realizzo dei crediti (quanto a solvibilità, garanzie e controversie pendenti) – integrante una delle ipotesi di c.d. fattibilità economica – spetta in linea di principio al commissario giudiziale; che ciò non esclude, però, il potere-dovere del tribunale di rilevare eventuali carenze informative della documentazione o incongruenze del piano, «dovendo esso procedere, ai fini dell'ammissione alla procedura, ad una delibazione in ordine alla correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte a sostegno delle conclusioni finali prospettate, alla possibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato o all'inidoneità *prima facie* della stessa a soddisfare in qualche misura i crediti rappresentati, nel rispetto dei termini di adempimento previsti». Tale ultimo provvedimento è stato ripreso in tema di accordi di ristrutturazione da App. Torino, 3 agosto 2015, in *IlCaso.it*. Successivamente, Cass., 29 gennaio 2015, n. 1726, in *IlCaso.it*, ha affermato che «Ciò che connota la natura decettiva della domanda di concordato (e che ne determina l'inammissibilità per difetto dei requisiti di cui all'articolo 161, comma 1, lett. a e b l. fall. è l'omessa o la falsa rappresentazione dei dati aziendali sui quali si fondano la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, l'analisi e la stima delle attività e la formazione dell'elenco nominativo dei creditori. Per converso, nessuna valenza decettiva può configurarsi qualora il piano concordatario presenti un'esatta ricognizione di tali dati che sia comprensiva della completa ricostruzione dei rapporti negoziali dai quali scaturiscono le posizioni creditorie, ivi comprese quelle che siano state, in ipotesi, erroneamente individuate come tali; in tal caso, infatti, la proposta contiene tutte le informazioni necessarie affinché gli altri creditori che ne sono destinatari possano verificare la correttezza dell'effettiva convenienza ed esprimere una consapevole e regolare accettazione della stessa». Sulla stessa scia cfr. Cass., 13 marzo 2015, n. 5107, in *IlCaso.it*, secondo cui «La fattibilità del piano è uno dei presupposti di ammissibilità della proposta di concordato preventivo, sulla cui esistenza il giudice è tenuto a pronunciarsi, a prescindere dalle valutazioni espresse al riguardo dal professionista designato dal debitore. Tale sindacato non incontra limiti con riguardo alla cosiddetta fattibilità giuridica – intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili – mentre ai fini della cosiddetta fattibilità economica – intesa come concreta realizzabilità del piano – esso resta circoscritto al riscontro

Di conseguenza, il giudice dovrà verificare che i creditori non aderenti all'accordo di ristrutturazione abbiano l'effettiva sicurezza del pagamento dei loro crediti, anche disponendo – nel caso ravvisi incompletezze o contraddizioni nella relazione dell'esperto attestatore – l'acquisizione di ulteriori informazioni, anche mediante una consulenza tecnica d'ufficio¹⁰⁸.

Inoltre, nella fase delle trattative di cui all'art. 182-bis, comma 6, l. fall. nel procedimento volto ad ottenere la inibitoria delle azioni cautelari ed esecutive, il controllo del Tribunale riguarderà la verifica della regolarità e completezza della documentazione allegata alla domanda, nonché la valutazione della corrispondenza del contenuto della relazione del professionista al tipo richiesto dal legislatore ovvero l'idoneità della proposta di accordo, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.

In particolare, all'udienza ex art. 182-bis, comma 7, l. fall. il Tribunale è chiamato ad effettuare un vaglio prognostico circa la sussistenza dei presupposti, sul piano della verosimiglianza, per pervenire ad un accordo di ristrutturazione dei debiti con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti e delle condizioni per l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che comunque abbiano negato la propria disponibilità a trattare¹⁰⁹. Il giudice dopo aver appurato, come detto, la completezza della documentazione, deve disporre la comunicazione ai creditori allo scopo di permettere loro di valutare la proposta di accordo. In questo modo i creditori possono rendere eventualmente palese la volontà di negare la disponibilità a trattare e far emergere la eventuale esistenza di una diversa maggioranza, nell'ambito del ceto creditorio, con la quale sono in corso trattative¹¹⁰.

Se in tale fase "cautelare" sono riconosciuti tali poteri di valutazione al

dell'eventuale manifesta ed assoluta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi in concreto prefissati, in relazione alle modalità indicate dal proponente per il superamento della crisi, mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari, in tempi ragionevoli».

¹⁰⁸ Esplicitamente in tal senso, cfr. Trib. Asti, 25 giugno 2014, in *IlCaso.it*, secondo il quale «La necessità di tali ampi poteri istruttori deriva dallo schema del procedimento di omologa degli Accordi di Ristrutturazione, che non prevede la presenza di un organo della procedura (tipo il commissario giudiziale nel concordato preventivo), il quale abbia il compito di verificare che sussistano i presupposti previsti dalla legge per la salvaguardia del bene giuridico tutelato, ossia la soluzione dell'indebitamento, mediante il pagamento dei creditori aderenti agli accordi (nei termini ivi previsti) ed il regolare pagamento dei creditori estranei. La configurazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, come atti di autonomia privata, ossia come dei veri contratti stipulati tra il debitore e i suoi creditori, non può del resto offuscare o far trascurare la rilevanza pubblicistica del relativo procedimento di omologa, che comporta la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive e produce delle deroghe molto rilevanti, in caso di successivo fallimento, al regime generale dell'insolvenza ed in particolare al principio della *par condicio creditorum*, oltre che alle regole del concorso».

¹⁰⁹ Cfr., sul punto, Trib. Torino, 15 febbraio 2011, in *Il Fall.*, 2011, p. 701, e, in dottrina, R. GIORDANO, *Su alcuni profili processuali delle misure di protezione "anticipate" di cui all'art. 182-bis, comma 6, l. fall.*, in *Ilfallimentarista.it*.

¹¹⁰ Si veda, in proposito, App. Ancona, 23 luglio 2012, in *IlCaso.it*.

Tribunale, sarebbe certamente incoerente oltre che incongruo negarli in sede di giudizio di omologazione.

In ogni caso, l'organo giudicante è tenuto a basare il proprio sindacato unicamente sullo stato attuale degli atti, valutando unicamente le circostanze sino a quel momento documentate e concretamente verificabili, «senza la possibilità di addentrarsi in estrapolazioni che ne prescindano»¹¹¹.

Del resto, non si ravvisa alcun indice che possa giustificare un controllo dell'autorità giudiziale esteso alla convenienza o alla valutazione della conformità dell'accordo di ristrutturazione agli interessi pubblici generali¹¹². Infatti, il giudice è tenuto ad utilizzare il diritto in via conformatrice rispetto alle autonomie contrattuali, conferendo ad una specifica relazione negoziale la sua libera fisionomia strutturale senza ingerenze paternalistiche. L'iniziativa economica a cui è riconducibile l'autonomia contrattuale presente negli accordi di ristrutturazione non può essere vulnerata da un oltremodo invasivo controllo giudiziale volto a verificarne una presunta "funzionalizzazione sociale", in quanto violerebbe esso stesso la tutela costituzionale ponendosi oltre i limiti riconosciuti *ex art. 41 cpv.*, Cost.¹¹³.

La regolamentazione ed il controllo operato dal giudice, consentono quindi di equilibrare la salvaguardia degli interessi – sia dei creditori aderenti sia dei terzi – e la libertà negoziale dei contraenti, puntellata questa dalla stabilità del vincolo.

Il provvedimento camerale omologatorio non incide sul perfezionamento della fattispecie negoziale, costituendo invece, in un ottica di assicurazione del libero esercizio del principio di autotutela, un requisito necessario per la produzione di effetti legali ulteriori, ovvero l'esenzione dalla revocatoria e la sottrazione allo spettro penale delle condotte realizzate in esecuzione dell'accordo, oltre al riconoscimento della prededucibilità in favore dei finanziamenti erogati in esecuzione o in funzione della domanda di omologazione dell'accordo¹¹⁴.

¹¹¹ Così Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Il Fall.*, 2010, p. 195. Il quale aggiunge che l'analisi dei fatti e delle circostanze collocati nel presente o nell'immediato futuro deve avvenire «quanto più possibile in dettaglio, perché direttamente refluyente nella connotazione dello stato di crisi o dell'insolvenza, e del loro ipotizzato superamento», mentre invece quelli più lontane del tempo che potrebbero essere più influenzabili da variabili non previste e prevedibili dovranno essere oggetto di «un apprezzamento di portata assai più generale e sfumata».

¹¹² In tal senso l'opinione di M. FERRO, *Il nuovo concordato preventivo. La privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. merito*, 2006, p. 664.

¹¹³ In proposito L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 4, afferma che i principi costituzionali «possono vincolare la libertà di contratto solo con la mediazione della legge e nella misura in cui sono specificati dalla disciplina legale degli atti di autonomia». Con riferimento all'imprescindibile contesto europeo relativo ai limiti all'autonomia dei privati si veda l'analisi di L.C. NATALI, *Tutela della libertà d'impresa, nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza*, in *Contratti*, 2004, p. 729.

¹¹⁴ Si vedano in proposito le riflessioni di A. SCOTTI, *Appunti sugli accordi di ristruttu-*

Di conseguenza, più che di “degiurisdizionalizzazione” o di “privatizzazione” pare più corretto parlare di “disintermediazione giudiziaria” della crisi¹¹⁵. Invero, pur meno pervasiva, si conserva comunque la presenza del giudice, non limitato a semplice risolutore di conflitti, bensì valorizzato in funzione stabilizzatrice e di garanzia in modo da evitare abusi sia del debitore che della maggioranza dei creditori.

Infatti solo il volteriano Ingenuo può ritenere che «*quand deux parties sont d'accord, on n'a pas besoin d'un tiers pour les raccomoder*»¹¹⁶.

5. Le novelle del 2007 e del 2010: la protezione dopo la pubblicazione dell'accordo e la tutela anticipata alla fase delle negoziazioni

L'istituto degli accordi di ristrutturazione è stato oggetto di numerosi interventi di riforma, sebbene sia di relativamente recente introduzione (d.l. n. 35/2005).

Recependo le istanze del formante dottrinario, nel solco dell'interpretazione maggioritaria anteriore, il legislatore ha proceduto con il d.lgs. n. 169/2007 ad una prima novella dell'art. 182-*bis* l. fall., eliminando i dubbi ermeneutici sorti inizialmente e con una maggiore tutela dell'imprenditore in crisi. Infatti, il poco perspicuo tenore normativo e soprattutto i rischi cui si esponeva l'imprenditore prima dell'omologa avevano ridotto notevolmente l'applicazione dell'istituto¹¹⁷.

L'innovazione più rilevante si registra nella protezione del patrimonio dell'imprenditore che intende accedere all'istituto.

razione dei debiti nella teoria del contratto, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 168; M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 512.

¹¹⁵ Cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 369; M. FABIANI, in *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, cit., p. 1103; Id., *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 711; N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 145. Per un'analisi dell'istituto attraverso il prisma della sussidiarietà si vedano i contributi in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014.

¹¹⁶ Così VOLTAIRE, *L'Ingénu*, V, in *Œuvres de Voltaire*, Parigi, 1824, p. 404.

¹¹⁷ Sulla riforma del 2007 si veda in generale V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 483; L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, cit., p. 46; E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 1071; F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 917, e F. MARENGO-E. CARATOZZOLO, *Il correttivo e i nuovi accordi di ristrutturazione*, in M. VIETTI-F. MAROTTA-F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavoratori preparatori e obiettivi*, Torino, 2008, p. 181.

Invero, la riforma del 2007 ha previsto la sospensione delle azioni cautelari o esecutive dei creditori per titolo e causa anteriore sul patrimonio del debitore (pur senza comminare esplicitamente alcuna sanzione in caso di violazione del divieto di agire), per sessanta giorni a partire dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (nelle more le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano), in maniera simile a quanto previsto nel *Chapter XI* con l'*automatic stay*¹¹⁸.

In tal modo, si è evitato che, prima dell'omologazione dell'accordo i singoli creditori possano avvalersi autonomamente dei rimedi processual-civiltistici nonché di quelli civilistici di tutela individuale e preventiva del credito stabiliti per le ipotesi di insolvenza del debitore (quale tra gli altri la decadenza del debitore dal beneficio del termine ai sensi dell'art. 1186 c.c.), sottraendosi alle regole e ai principi del concorso, nonché pregiudicando l'operazione di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi¹¹⁹.

Un meccanismo protettivo analogo è disciplinato dal §362, *Chapter XI* del *U.S. Bankruptcy Code*. Esso svolge la doppia funzione di garantire la parità di trattamento tra creditori e di tutelare il debitore, prescrivendo che le ragioni dei creditori siano fatte valere «*with in an orderly manner under the supervision and control of the bankruptcy court*», in modo da impedire ai creditori di «*getting a jump on their follow creditors*»: al debitore è pertanto concesso di «*respite from creditors collection efforts*»¹²⁰.

Tuttavia, a differenza della *prepackaged bankruptcy* statunitense – la quale prevede che l'imprenditore presenti una domanda di ammissione alla procedura con i suddetti effetti protettivi immediati, riservandosi entro centoventi giorni di approntare un piano che, dopo essere stato negoziato con i creditori principali, viene sottoposto al voto dell'intero ceto creditorio e all'approvazione del giudice – negli accordi *ex art. 182-bis l. fall.* è ineludibile già al momento del deposito la dimensione progettuale del piano di ristrutturazione ed il consenso dei creditori che deve già essere stato raccolto.

La tutela conseguente alla pubblicazione, pur essendo funzionale all'omologa dell'accordo, non è soggetta ad alcuna valutazione da parte del giudice, né risulta subordinata nella sua stabilizzazione alla successiva omologazio-

¹¹⁸ Analogamente la circolare del Ministero del Lavoro – D.G. Ammortizzatori sociali – Div. IV – N. prot. 14/4314 del 17 marzo 2009 ammette le imprese che hanno stipulato un accordo di ristrutturazione al trattamento di Cassa Integrazione Straordinaria a decorrere dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, condizionato alla mancata omologazione dell'accordo.

¹¹⁹ Si ricorda infatti che nelle procedure individuali i creditori hanno facoltà di avvalersi singolarmente ed autonomamente delle azioni a tutela della loro pretesa, in considerazione della circostanza che il debitore può soddisfare i propri creditori nell'ordine in cui si presentano, secondo la regola espressa dal noto brocardo *prior in tempore potior in iure*.

¹²⁰ In tal senso C.J. TABB, *The law of Bankruptcy*, The Foundation press-Westbury, New York, 2009, p. 146.

ne in quanto opera a prescindere dall'esito del giudizio omologatorio. Di conseguenza, stante l'automatismo di tale protezione, una volta spirato inutilmente il termine di sessanta giorni dal deposito presso il registro delle imprese, la tutela risulterà inefficace con effetto *ex tunc*, permettendo ai singoli creditori di esperire le azioni esecutive e cautelari¹²¹.

Uno dei maggiori problemi degli accordi di ristrutturazione, che ne determinava la non ampia fortuna, era individuato nell'assenza di strumenti protettivi degli *assets* nel corso delle negoziazioni del debitore, ovvero nel momento in cui l'imprenditore in crisi è costretto ad esporsi maggiormente al fine di raggiungere la percentuale minima dei consensi¹²².

Con la riforma del 2010¹²³ si è assistito quindi ad un'ulteriore dilatazione della tutela patrimoniale nel solco dell'ordinamento statunitense, impedendo – come già stabilito dall'*art. L 611-4 ss. del Code de Commerce* francese riguardo al tentativo di *conciliation*¹²⁴ – che il patrimonio destinato a sostenere l'operazione di ristrutturazione possa essere disgregato dalle azioni esecutive dei singoli creditori insoddisfatti nella fase di ricerca e di edificazione dell'accordo. Lo scopo evidente di tale protezione si rintraccia nell'evitare operazioni di c.d. "*moral hazard*" che potrebbero favorire singoli creditori a scapito della possibilità di buon esito del tentativo di ristrutturazione.

In particolare, si sancisce il divieto per sessanta giorni, su istanza dell'imprenditore, di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive anche durante la negoziazione, dunque prima della formalizzazione dell'accordo, ponendo al riparo il patrimonio del debitore anche dall'acquisizione di titoli

¹²¹ Per fugare ogni dubbio, la Cassazione ha precisato che «le azioni cautelari ed esecutive che non possono essere iniziate e proseguite dopo la pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182 *bis* l. fall. sono solo quelle di natura civilistica e non anche quelle penali» (cfr. Cass. pen., 12 giugno 2014, n. 24875, in *IlCaso.it*).

¹²² Si vedano in merito D. GALLETTI, *Sull'utilizzo del trust nelle procedure concorsuali*, Relazione al Convegno "Trust: novità della giurisprudenza e della prassi nel diritto commerciale, successorio, tributario e internazionale privato", Piacenza 15 giugno 2009, disponibile in Assotrusts.it/trust.piacenza2009.pdf; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 339; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 21. Aveva sottolineato l'elemento di criticità anche l'importante decisione emessa dal Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 425.

¹²³ Per un'ampia analisi della riforma operata dal d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla l. n. 122/2010, si vedano S. AMBROSINI, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, in A. JORIO-M. FABIANI (a cura di), *Commentario sistematico*, Bologna, 2010, p. 1168; G. RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in V. BUONOCORE-A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, I, Padova, 2010, p. 470.

¹²⁴ Si veda merito M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 265; P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi di impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori nel confronto fra la riforma francese della procédure de conciliation e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 2011, p. 11.

di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione¹²⁵.

Tale istanza deve essere prima depositata presso il Tribunale e poi pubblicata presso il registro delle imprese, dando atto dell'avvenuto deposito presso il Tribunale dei relativi estremi¹²⁶.

È onere dell'imprenditore che intende beneficiare dell'"ombrello protettivo" dalle azioni cautelari ed esecutive nel corso delle trattative depositare presso il Tribunale del luogo dove l'impresa ha la sede principale la documentazione prevista dai primi due commi dell'art. 161 l. fall. Inoltre, il debitore sarà tenuto a depositare la proposta di accordo accompagnata da un'autocertificazione che attesti la pendenza sulla proposta di trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti, e da una dichiarazione del professionista circa l'idoneità della proposta stessa, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare¹²⁷.

La dichiarazione che il suddetto professionista – in possesso dei requisiti di professionalità e di indipendenza, stabiliti dalla lett. d del comma 3 dell'art. 67 l. fall. – deve redigere, deve essere un documento sintetico, riferito allo stato di evoluzione della proposta di accordo. Tuttavia, il professionista è tenuto ad attestare la veridicità dei dati aziendali, evidenziando l'attuabilità della proposta di accordo, con riferimento ai riscontri effettuati per le singole poste e offrendo una adeguata motivazione sulla conferma (o meno) dei valori nominali espressi dalla società nella sua documentazione contabile¹²⁸. In tal modo, il professionista può permettere al Tribunale e ai creditori estranei, un'autonoma verifica sulla adeguatezza e sulla coerenza logica dell'*iter* argomentativo seguito.

La proposta di accordo deve essere di un grado di specificità tale da con-

¹²⁵ Dunque in caso di promozione di un'azione esecutiva o cautelare da parte di un creditore e di conseguente eccezione da parte dell'imprenditore, il giudice dell'esecuzione ordinaria in qualsiasi momento ne venga a conoscenza, è tenuto a rilevare che dalla pubblicazione della richiesta di sospensione l'azione è improcedibile, sebbene l'effetto si produce dal deposito dell'istanza di sospensione. Tuttavia, in proposito la giurisprudenza non è stata unanime: è per la nullità assoluta il 19,3% dei giudici che hanno aderito all'indagine dell'osservatorio sulla crisi d'impresa, i cui risultati sono riportati in M. FERRO-P. BASTIA-G.M. NONNO (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, p. 745, mentre il resto del campione si divide in un 42,1% (improcedibilità temporanea) e 38,6% (inefficacia).

¹²⁶ In tal senso cfr. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010*, in *Il Fall.*, 2011, p. 641.

¹²⁷ Tale percentuale del sessanta per cento è riferita alla complessiva esposizione dell'imprenditore richiedente. Tuttavia, ai sensi dell'art. 182-*quater*, ultimo comma, l. fall. che fa riferimento ai "crediti derivati da finanziamenti erogati in funzione della presentazione (...) della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti", i relativi creditori, anche se soci, sono esclusi dal computo della percentuale dei crediti prevista dall'art. 182-*bis* comma 1 e 6, l. fall.

¹²⁸ Cfr. Trib. Roma, 13 marzo 2012, in *Unijuris.it*.

sentire la verifica in concreto della sussistenza della liberazione di risorse necessarie ai fini del pagamento dei creditori aderenti. Ciò significa che l'imprenditore avrà l'onere di depositare una proposta di accordo dai contenuti già determinati in modo da dimostrare l'effettività delle trattative in corso e da permettere il successivo vaglio di corrispondenza tra la proposta depositata a fini cautelari e l'accordo definitivo depositato per l'omologa.

Il giudice è chiamato a vagliare la sussistenza della documentazione e l'integrazione dei presupposti per giungere ad un accordo di ristrutturazione relativamente alla percentuale dei creditori aderenti e al pagamento dei creditori estranei¹²⁹. Il Tribunale quindi deve valutare, sia pure a livello di verosimiglianza, la serietà del programma enunciato dal debitore effettuando un controllo prognostico di attuabilità dell'accordo, non limitato ad una verifica di secondo grado della documentazione, *in primis* della dichiarazione del professionista, resa a supporto della stessa¹³⁰.

Come si esaminerà più approfonditamente nel seguito della trattazione, i requisiti per accedere alla protezione *ex* comma 6 e 7 dell'art. 182-*bis* l. fall. appaiono irragionevoli e inadeguati. È infatti evidente come l'adempimento dei cennati oneri comporta che l'istanza di sospensione sia depositata quando la fase stragiudiziale delle negoziazioni sia pressoché esaurita. In secondo luogo, è opportuno rilevare che gli accordi di ristrutturazione sono un istituto negoziale naturalmente dinamico, per cui la proposta iniziale depositata al fine di ottenere il decreto di sospensione può ben essere in seguito modificata in modo da risultare notevolmente mutata al momento della domanda di omologazione.

La valutazione del Tribunale deve quindi appuntarsi su una mera "dichiarazione" del professionista che, come detto, risulta ontologicamente circoscritta sotto il profilo della definitività, dovendo consistere in un giudizio ipotetico-prognostico. Pertanto, il giudice ma potrà limitarsi a verificare che tale attestazione sia completa e coerente.

¹²⁹ In proposito il Trib. Roma, 4 novembre 2011, in *IlCaso.it*, ha affermato che «l'inibitoria di cui all'articolo 182 *bis*, comma 6, legge fallimentare – 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 primo comma" 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. Trib. Roma, 13 marzo 2012, in *Unijuris.it*.

¹³⁰ Cfr. sul punto I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, cit., p. 1082.

6. La riforma del c.d. "Decreto Sviluppo" del 2012

6.1. Il trattamento dei creditori non aderenti, l'*automatic stay* e i profili del professionista

Nonostante le esaminate riforme, la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti permaneva inadeguata rispetto a quelle stesse esigenze che avevano costituito l'impulso per la novella su comune intento di buona parte della dottrina e di un elevato numero di esponenti del mondo delle professioni, delle imprese e delle banche¹³¹.

Le lacune e i dubbi che avvolgevano la disciplina hanno perciò costretto l'istituto degli accordi di ristrutturazione a non considerevoli applicazioni, esigendo modifiche che hanno in parte accolto le numerose sollecitazioni avanzate dalla prassi e dal formante dottrinario¹³².

Infatti, anche in seguito ai pur opportuni interventi effettuati con il decreto "correttivo" del 2007 e con il d.l. n. 78/2010, gli operatori ed il mercato ritenevano eccessivamente limitante il requisito del "regolare" pagamento dei creditori estranei inteso nel senso di integrale e tempestivo. Oltre a ciò, era reputato giustamente troppo macchinoso il procedimento di *automatic stay* previsto dal comma 6 dell'art. 182-bis l. fall., a protezione della fase delle trattative e eccessiva la difficoltà dell'imprenditore di accedere alla c.d. nuova finanza nella fase delle trattative e dell'esecuzione dell'accordo¹³³.

Così, la riforma della legge fallimentare realizzata con il "pacchetto sviluppo" (d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con la l. 7 agosto 2012, n. 134)

¹³¹ Sulle questioni evidenziate in alcuni dei più recenti casi di accordi di ristrutturazione si veda F. BONELLI, *Le insolvenze dei grandi gruppi: i casi Alitalia, Chrysler, Socho-term, Viaggi del Ventaglio, Risanamento e Tassara*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, Milano, 2011, p. 1, cui adde U. MOLINARI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.: i casi Gabetti Property Solutions S.p.A. e Risanamento S.p.A.*, ivi, p. 47; A. JORIO, *Un caso esemplare di applicazione dell'art. 182-bis l. fall.*, ivi, p. 81.

¹³² La scarsa fortuna è stata testimoniata già a pochi anni dall'introduzione dell'istituto dai dati pubblicati da ASSONIME nel *Rapporto di sintesi del primo anno di riforma* relativo all'Osservatorio della riforma delle procedure concorsuali, Roma, settembre 2007, p. 96; G. NEGRI, *Concordato preventivo, vince la diffidenza*, in *IlSole24Ore*, 7 maggio 2007, p. 5; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganizzazione»?*, in *Il Fall.*, 2007, p. 703. In proposito, la citata indagine svolta da ASSONIME, i cui risultati sono stati pubblicati nel successivo *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, dell'aprile 2012, dimostra come anche dopo la riforma del 2010 l'utilizzo dell'istituto non abbia subito apprezzabili incrementi rispetto al periodo antecedente.

¹³³ Non a caso l'indagine promossa da ASSONIME, i cui risultati sono stati pubblicati nel *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, dell'aprile 2012 registrava uno scarso utilizzo dell'istituto «sia per l'assenza di misure fiscali di favore, sia per la difficoltà dell'imprenditore di accedere a nuovi finanziamenti necessari durante la fase delle trattative con i creditori e nella fase dell'esecuzione dell'accordo».

ha nuovamente modificato la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, intervenendo sugli artt. 182-*bis* e introducendo gli artt. 182-*quinques* e 182-*sexies* l. fall. Tali modifiche, tuttavia, hanno mantenuto sostanzialmente inalterato il profilo dell'istituto¹³⁴.

Al fine di rendere meno difficoltoso il ricorso allo strumento degli accordi di ristrutturazione, la riforma è invero intervenuta nella parte finale del primo comma dell'art. 182-*bis* l. fall., affermando che l'accordo deve risultare idoneo «ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione».

Di conseguenza, si impone ai creditori estranei una moratoria legale di quattro mesi, decorrenti dall'omologazione ovvero dalla data di scadenza a seconda che si tratti di crediti scaduti o meno al momento dell'omologazione, in modo da concedere al debitore in crisi il beneficio del c.d. scaduto fisiologico¹³⁵, ossia di una «dilazione dei tempi di pagamento normalmente tollerata dai fornitori»¹³⁶.

L'impossibilità per i creditori estranei di pretendere il pagamento prima dello spirare dei quattro mesi non integra, tuttavia, un differimento *ex lege* dell'originario termine di scadenza, limitandosi ad escludere, invece, l'esigibilità di tali crediti anche nel caso in cui siano venuti a scadenza, e quindi, come tali, per loro natura produttivi di interessi¹³⁷. Infatti, la lettera della norma precisa come i medesimi crediti possano essere già scaduti. Di conseguenza, tali crediti dovranno essere in ogni caso pagati integralmente, comprendendo altresì gli interessi prodottisi con la originaria scadenza, ma solo all'esito del periodo di inesigibilità: invero il blocco delle azioni esecutive, determinando appunto una causa di inesigibilità temporanea del credito, impedisce la decorrenza degli interessi.

Ciò deriva dalla necessità – in mancanza di un'espressa previsione normativa in relazione al decorso degli interessi in costanza di moratoria – di applicare i principi generali in materia di obbligazioni pecuniarie e, in particolare, il disposto dell'art. 1282, comma 1, c.c., in forza del quale i crediti

¹³⁴ Tra i primi commenti alla novella si vedano F. LAMANNA, *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in *IlFallimentarista.it*; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, *IlCaso.it*, 2012, e L. A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Il Fall.*, 2012, p. 924.

¹³⁵ Si veda in proposito la Relazione al d.d.l. di conversione (A.C. n. 5312 del d.l. n. 83/2012, p. 31).

¹³⁶ In tal senso, R. RANALLI, *La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale*, in *Il Fall.*, 2012, p. 504.

¹³⁷ Si vedano in proposito le lucide osservazioni di S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, p. 114, e E. CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 203.

liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente¹³⁸.

Inoltre, tale conclusione è conforme con la funzione assegnata al blocco delle azioni esecutive di cristallizzare il patrimonio del debitore in modo da fornire al giudice un quadro certo di riferimento al fine di valutare le concrete prospettive di ristrutturazione.

L'inesigibilità temporanea del credito derivante dal divieto di proporre azioni esecutive e cautelari è coerente con la regola prevista dall'art. 182-bis, comma 3, l. fall. che – richiamando l'art. 168, comma 2, l. fall. – stabilisce la sospensione del corso della prescrizione e della decadenza. Dato che il creditore non può compiere un atto interruttivo della prescrizione, la causa della sospensione risiederebbe nella sopravvenuta impossibilità giuridica di esercitare il diritto.

La causa di sospensione della prescrizione e della decadenza sembra far riferimento soltanto ai creditori estranei e non anche a quelli aderenti. Per questi ultimi, la prescrizione resterebbe qualora l'accordo di ristrutturazione contempli un riconoscimento del diritto da parte del debitore. In ogni caso, il *pactum de non petendo* concluso con il creditore determina, comunque, una causa di inesigibilità temporanea della prestazione (a differenza del romanistico *pactum in perpetuum*) e di conseguenza l'impossibilità giuridica di esercitare il diritto ai sensi dell'art. 2935 c.c.¹³⁹.

Risulta evidente come la suddetta novella del 2012 – oltre a chiarire in maniera esplicita che il pagamento dei creditori estranei debba avvenire per intero e non nella medesima misura prevista nell'accordo per i creditori aderenti – rappresenti un concreto incentivo a ricorrere all'istituto di cui all'art. 182-bis che non aveva ancora avuto larga fortuna. Infatti, specialmente nelle situazioni caratterizzate da un elevato numero di fornitori, l'imprenditore in crisi non era spesso in condizione di pagare per intero e alla scadenza fino al quaranta per cento dei debiti a suo tempo contratti.

Occorre, sottolineare come i centoventi giorni previsti dal primo comma dell'art. 182-bis non siano conseguenti ad una domanda "cautelare", rappresentando invece una misura "premiale", in quanto sono subordinati alla circostanza che il debitore, nonostante le molte difficoltà, sia riuscito ad ottenere il consenso di almeno il sessanta per cento del ceto creditorio. In tal modo, si consente all'imprenditore in crisi, non rimasto inerte, di chiedere

¹³⁸ Cfr. in merito le riflessioni di M.P. PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, cit., p. 590.

¹³⁹ Sul punto cfr. le riflessioni di M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, pp. 141 e 352, il quale include il *pactum de non petendo* tra le cause d'inesigibilità considerate come cause di riduzione del rapporto che comportano l'irrelevanza asimmetrica dell'inadempimento. In proposito distingue tra *pactum in perpetuum* che impedisce *sine die* l'aggregabilità del patrimonio lasciando alla facoltà del debitore l'adempimento, e *pactum ad tempus* equiparato al credito *cum die* prima della scadenza: il primo determina un'inesigibilità perpetua del credito, il secondo un'inesigibilità circoscritta entro un limite temporale, decorso il quale vi sarà la riespansione automatica dell'*actio* o della pretesa.

l'omologazione dell'accordo al riparo dalle iniziative cautelari ed esecutive dei creditori non aderenti. Infatti, spesso tali azioni sono esperite deviando dallo scopo funzionale per le quali sono riconosciute dall'ordinamento, al diverso fine di esercitare pressione sul debitore, in modo da ricavarne benefici individuali a detrimento sia degli altri creditori sia delle prospettive di continuità aziendale.

Oltre a ciò, la su vista decorrenza degli interessi, considerata nella sua funzione "indennitaria", rappresenta un ulteriore elemento che concorre a scongiurare il rischio di un "esproprio senza indennizzo"¹⁴⁰.

6.2. Il concordato "con riserva" e la possibilità di commutazione

Invero, allo scopo di favorire la continuità aziendale e di assicurare la sopravvivenza delle imprese che, nonostante la crisi di liquidità, risultano ancora competitive sul mercato, la riforma del 2012 ha introdotto il concordato definito "con riserva", o "in bianco", ovvero ancora "preconcordato", che consente di depositare una mera domanda di concordato con riserva della presentazione del piano, della proposta e della documentazione di cui all'art. 161, comma 2 e 3¹⁴¹.

La distinzione, anche temporale, tra la domanda processuale, la proposta negoziale e il piano di attuazione della proposta medesima, consentono di anticipare la protezione dalle azioni esecutive e cautelari di natura conservativa, nonché gli effetti del concordato al momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese; mentre il piano e la proposta dovranno essere depositati entro un termine stabilito dal giudice, intercorrente tra 60 e 120 giorni dalla presentazione del ricorso (prorogabile, in presenza di giustificati motivi, per un massimo di altri 60 giorni)¹⁴².

In seguito alla novella di cui al d.l. n. 83/2012, è inoltre possibile ottenere in via automatica la sospensione delle azioni creditorie in maniera molto

¹⁴⁰In tal senso, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il «Decreto sviluppo»*, in *Il Civilista*, n. 7, 2013, p. 76.

¹⁴¹Sul tema in generale si veda M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *IlCaso.it*, 2012; ID., *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1265; L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in *IlFallimentarista.it*, 2012; F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, *ivi*, 2012; ID., *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in *IlFallimentarista.it*, 2012; L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Il Fall.*, 2013, p. 1209; G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, *ivi*, 2013, p. 5; M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, *ivi*, 2013, p. 1051.

¹⁴²Sul contenuto del piano concordatario si rinvia alle riflessioni di S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, *IlCaso.it*, 2012, 2; C. SOTTORIVA, *Il contenuto del piano ex art. 161, comma 2, lettera e), l. fall. nell'ambito della proposta concordataria*, in *IlFallimentarista.it*, 2012; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Ilcivilista*, Milano, 2012, p. 41.

più semplice e rapida rispetto a quanto previsto dall'art. 182-*bis*, comma 6 e 7, l. fall.

Infatti, il debitore può ricorrere temporaneamente al diverso strumento del concordato preventivo, nelle forme della domanda c.d. con riserva (art. 161, comma 6, l. fall.), per poi “deviare” sul diverso strumento dell'accordo di ristrutturazione, depositando la domanda di omologazione ai sensi del primo comma dell'art. 182-*bis* l. fall., con conservazione sino al decreto di omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, a cominciare per l'appunto dal divieto di azioni esecutive e cautelari ¹⁴³.

È infatti consentita un'osmosi fra gli strumenti dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo, agevolando, nella fase della trattativa con i creditori, il passaggio da uno strumento all'altro. L'impresa può quindi chiedere la protezione fornita dal concordato e poi presentare, nel termine concesso dal giudice per il deposito della proposta di concordato e della relativa documentazione, un accordo di ristrutturazione. L'ottavo comma dell'art. 182-*bis*, prevede, altresì, la commutazione nel verso opposto, permettendo, nello stesso termine fissato dal Tribunale per il deposito di un accordo, il deposito di una domanda di concordato preventivo, fermi gli effetti di cui ai commi 6 e 5 del medesimo art. 182-*bis* l. fall. ¹⁴⁴.

Il sostanziale automatismo della protezione dalle azioni creditorie insito nella presentazione del preconcordato ha inizialmente reso meno “attraente” l'attivazione dello strumento di tutela, oggettivamente più incerto e macchinoso, di cui all'art. 182-*bis*, comma 6, l. fall., che ha assunto una posizione recessiva ¹⁴⁵.

Tuttavia, al fine di reagire all'abuso del ricorso al preconcordato, la riforma del d.l. n. 83/2015, ha integrato la disciplina dell'art. 161 l. fall. imponendo in ogni caso l'indicazione, al momento della presentazione del ricorso, dell'«utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore».

Dato che la percentuale di soddisfacimento dei creditori menzionata dal debitore nel ricorso di preconcordato non potrà essere indeterminata, ma dovrà costituire oggetto di un preciso impegno, la maggiore appetibilità di cui tale strumento godeva rispetto alla tutela offerta dall'art. 182-*bis*, comma 6, l. fall. viene ora revocata in dubbio.

Infatti, i dati empirici mostrano che nel 2016 la maggior parte dei ricorsi per l'omologa di un accordo di ristrutturazione è stato presentato

¹⁴³ Si veda in proposito M. FABIANI, *La “passerella” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *IlCaso.it*, 2012.

¹⁴⁴ Le difficoltà che pone il percorso dal concordato agli accordi di ristrutturazione sono evidenziati da M. FABIANI, *La consecuzione biunivoca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 668.

¹⁴⁵ In tal senso cfr. F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in *IlFallimentarista.it*, 2012.

senza essere preceduto da un concordato c.d. “in bianco”¹⁴⁶.

Invero, è opportuno sottolineare come l’art. 182-*bis*, comma 6, l. fall. oneri il debitore del deposito della «documentazione di cui all’art. 161, primo e secondo comma lettere a), b), c) e d)» e non anche di quella di cui alla nuova lett. *e*: dal che discende che l’imprenditore non è tenuto a presentare, ai fini della concessione della misura sospensiva, il piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, né a indicare l’utilità specifica che si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.

Pertanto, il procedimento di cui al comma 6 dell’art. 182-*bis* l. fall. continua a risultare la forma elettiva di *automatic stay* contemplata dalla disciplina degli accordi di ristrutturazione, al punto da non essere stata interessata dalla novella del 2015.

Occorre sottolineare che la protezione derivante dal comma 6 dell’art. 182-*bis* l. fall. non comporta le limitazioni altrimenti presenti in caso di domanda di concordato preventivo con riferimento agli atti di amministrazione del debitore¹⁴⁷.

Inoltre, poiché il legislatore del 2012 è intervenuto sull’art. 182-*bis*, comma 8, l. fall. usa l’articolo indeterminativo “un” in luogo del determinativo “del” prima della parola “accordo”, è possibile che il contenuto dell’accordo depositato sia diverso da quanto inizialmente prospettato nella proposta di accordo ai sensi dell’182-*bis*, comma 6, l. fall.

7. Il d.l. n. 83/2015: l’introduzione dell’art. 182-septies l. fall.

L’indebitamento complessivo dell’impresa che intenda proporre un accordo di ristrutturazione è sovente in prevalenza nei confronti di banche o intermediari finanziari. La finora mancata fortuna dell’istituto di cui all’art. 182-*bis* l. fall. è dipesa in buona parte dalla faticosa adesione di alcuni istituti di credito, i quali con condotte da *free riders* – contrariamente all’interesse di altri creditori appartenenti allo stesso ceto bancario – hanno manifestato più interesse alla mera liquidazione dei beni che alla continuazione dell’attività del debitore¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Si veda in proposito A. TRON, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall. i risultati di un’analisi empirica svolta dall’oci nel 2016*, in Osservatorio-oci.org, 2017.

¹⁴⁷ Cfr. sul punto S. DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Riv. dir. civ., 2013, p. 567.

¹⁴⁸ In proposito la Relazione allo Schema di disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recita: «non sono pochi i casi in cui la maggioranza (spesso la larga maggioranza) delle banche creditrici concorda con le proposte dell’impresa, ma alcune di esse, solitamente quelle che vantano crediti di importo minore, si dichiarano contrarie, impedendo così il successo dell’operazione e producendo risultati “subottimali” per l’economia».

Nel tentativo di superare tali profili di criticità, il d.l. n. 83/2015 ha introdotto l'art. 182-septies l. fall. sul modello della *sauegarde financière accélérée* francese¹⁴⁹ e della *Section 895 del Companies Act* inglese del 2006 (*company restructuring – schemes of arrangement*)¹⁵⁰.

Questa norma disciplina l'ipotesi particolare di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari nel caso in cui l'imprenditore abbia «debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo» e la fattispecie in cui l'accordo abbia ad oggetto una «moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari»¹⁵¹. In tali casi si permette l'estensione de-

¹⁴⁹ Introdotta agli artt. 628-1 – 628-7 del *Code de Commerce* dall'ordinanza n. 2014-326 del 12 marzo 2014. Tale procedura contempla una approvazione a maggioranza (dei due terzi dei creditori finanziari) del piano di ristrutturazione, con estensione di effetti ai creditori finanziari minoritari non aderenti, tuttavia a differenza degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-septies l. fall.* si applica esclusivamente alle imprese che non siano ancora in stato di insolvenza o il cui stato di cessazione dei pagamenti si sia verificato non più di 45 giorni prima l'avvio della procedura. Si veda in proposito G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Il Fall.*, 2015, p. 1062, n. 40. Tale istituto è stato criticato dalla dottrina transalpina con riferimento all'ambito soggettivo ristretto ai creditori bancari e alla mancanza di riservatezza; come infatti afferma Y. CHAPUT, *Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, V, Torino, 2014, V, p. 177: «*le législateur a retenu la technique compliquée d'une sauvegarde dont la portée ne concerne que les banquiers! Leur inconvénient majeur tient au fait que la sauvegarde [...] repose sur un jugement qui est rendu publique*».

¹⁵⁰ Cfr. F. IODICE, *Scheme of arrangement tra raccomandazione della Commissione e riforma del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Il Fall.*, 2015, p. 1093. I vantaggi di tale istituto, il quale prevede che la maggioranza dei tre quarti di una classe di creditori possa vincolare gli altri creditori non aderenti all'accordo, che sarà cogente anche per i privilegiati, sono sottolineati da P. BURBIDGE, *Insolvency procedures in the United Kingdom*, in in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, V, Torino, 2014, p. 293: «*The advantages of a scheme of arrangements over a CVA is that the latter will not bind secured creditors, whereas a s.895 scheme can be applied to say a single class of secured creditors and once the requisite 75% majority is reached the minority secured creditors within the class will also be bound*». In merito al confronto tra le esperienze straniere e l'art. 182-septies l. fall. si veda la lucida analisi di M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, in *ILCaseo.it*, 2016.

¹⁵¹ È singolare notare alcune imprecisioni nel *drafting* normativo. In primo luogo, la rubrica dell'art. 9 del d.l. n. 83/2015 che ha introdotto l'art. 182-septies l. fall. parla di «prevalente indebitamento» e dunque maggiore della metà, mentre il corpo della norma fa riferimento alla «misura non inferiore alla metà» dell'indebitamento complessivo. Inoltre, la rubrica dell'art. 182-septies l. fall. menziona solo gli «intermediari finanziari» mentre nella norma si riferisce a «banche e intermediari finanziari» sebbene le banche siano comprese nell'ambito dei intermediari finanziari, essendo questi i soggetti di cui agli artt. 106-107 del T.U.B. ai quali rinvia l'art. 18 del T.U.F. per i soggetti abilitati ai servizi di investimento. In tal senso cfr. L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *ILDirittodegliAffari.it*, 2015 e R. RANALLI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *ILFallimentarista.it*, 2015.

gli effetti dell'accordo o della moratoria anche ai creditori estranei non aderenti, qualora, tra i vari requisiti, la maggioranza qualificata del settantacinque per cento dei crediti nella rispettiva categoria di appartenenza si esprima per l'adesione¹⁵².

Le nuove figure sono accomunate: dall'applicazione soggettiva, in quanto entrambe concernono unicamente banche e intermediari finanziari; dalla possibilità di estendere gli effetti dell'accordo ai soggetti che non vi hanno aderito «in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile», fatta salva la concessione di nuovo credito; e infine dalla previsione della necessità di una specifica informativa da fornire ai creditori non aderenti¹⁵³.

In tal modo, nell'inevitabile conflitto tra creditori concorrenti, si agevola il superamento della resistenza dei creditori che non intendono stipulare

Rinviando a quanto si osserverà in seguito al paragrafo 4.1 del capitolo V, come affermato dal Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *IlCaso.it*, non si devono computare nell'indebitamento complessivo i crediti contestati.

¹⁵² Per un commento alla nuova disposizione cfr. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 817; C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *IlCaso.it*, 2015; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, p. 66; ID., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: un primo commento, cit.; L. VAROTTI, *Art. 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare – II parte)*, in *IlCaso.it*, 2015; S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella l. n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in *IlCaso.it*, 2015; ID., *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, p. 124; F. DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in *Giustiziacivile.com*; N. NISIVOCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Il Fall.*, 2015, p. 1181; L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit.; R. RANALLI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit.; A. BOMBARDELLI, *sub art. 182 septies, Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo sul d.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015*, Torino, 2015, p. 304; D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *Giustiziacivile.com*; L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 449; G. FAUCEGLIA, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 723; M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 1441; A. ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182-septies legge fallim.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 405.

¹⁵³ Appare chiaro come l'art. 182-septies l. fall. nel prevedere l'accordo di ristrutturazione anche solo con gli intermediari finanziari accolga la Raccomandazione della Commissione Europea UE 12 marzo 2014, n. 2014/135/UE che, per gli accordi di ristrutturazione, invita gli Stati membri a consentirne l'adozione anche solo da parte di «determinati tipi o classi di creditori, a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti».

l'accordo o che subordinano la loro adesione alla previsione che altri creditori compensino a loro vantaggio la perdita ipotizzata, con conseguente innalzamento del rischio e dei costi del credito¹⁵⁴. La propalazione degli effetti anche ai creditori non aderenti è quindi giustificata sul piano funzionale dalla convergenza tra l'interesse del debitore ad un positivo esito dell'accordo e l'interesse delle banche maggiormente esposte alla gestione della propria esposizione creditoria (oltre che al superamento della crisi)¹⁵⁵.

7.1. *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*

Con riferimento all'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, valga osservare che la riforma non ha introdotto un nuovo autonomo istituto, ma – com'è palese dal tenore letterale del primo comma della norma – ha integrato la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall.* con alcune previsioni ulteriori, in relazione alla peculiare ipotesi in cui l'impresa abbia «debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo». Tuttavia, l'inciso contenuto al primo comma a tenore del quale «restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari» autorizza l'uso dello strumento – oltre che come autonoma modalità di soluzione della crisi di prevalente natura bancaria – sia all'interno di un accordo di ristrutturazione che comprenda anche altri creditori sia nell'ambito di un piano di concordato preventivo¹⁵⁶.

¹⁵⁴ La Relazione allo Schema di disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 (al pari del Dossier della Camera dei Deputati C-3021, Schede di lettura n. 318 del 1° luglio 2015), afferma che la disciplina in esame intende porsi quale attuazione della Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014: «Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza» (2014/135/UE), là dove questa incoraggia gli Stati membri ad istituire procedure atte a consentire al debitore di accedere alla ristrutturazione in una fase più precoce possibile della crisi (cfr. considerando 1, art. 1.1., art. 6, lett. a), scongiurandone il deterioramento in insolvenza, con virtuosa minimizzazione di tempi, costi e impatto sulla funzionalità dell'impresa, al fine di: prevedere una adeguata differenziazione del trattamento di creditori con interessi diversi mediante la loro suddivisione in classi distinte (art. 17); consentire che il piano di ristrutturazione possa essere adottato dai creditori che rappresentano la maggioranza, anziché la totalità, di ciascuna classe (art. 18); condizionare però l'imposizione di un vincolo agli eventuali creditori dissenzienti, o comunque non consenzienti, a ciò che il piano di ristrutturazione sia omologato dal giudice (artt. 6, lett. d, e 21), subordinatamente all'accertamento delle cautele (corretto svolgimento dei negoziati, notifica a tutti i creditori anche solo potenzialmente coinvolti, trattamento non peggiore rispetto alle alternative praticabili, assenza di indebiti pregiudizi) enumerate all'art. 22 della stessa raccomandazione.

¹⁵⁵ Tale relazione di complementarietà è stata qualificata come relazione tra interesse legittimo del debitore che funge da limite esterno rispetto al diritto soggettivo del creditore, riducendone il margine di scelta, da E. PELLECCIA, *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contr. e impr.*, 2015, pp. 1135 e 1144.

¹⁵⁶ Data l'atipicità che caratterizza la domanda e il piano concordatario, all'interno di

La novella stabilisce che l'accordo di ristrutturazione dei debiti «può individuare una o più categorie» tra le banche e gli intermediari finanziari «che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei»¹⁵⁷.

Sebbene si utilizzi il verbo “potere”, dalla circostanza che – come si vedrà *infra* – il Tribunale per omologare l'accordo sia tenuto ad accertare l'omogeneità delle categorie si deduce come in presenza di creditori bancari non omogenei la creazione di categorie sia un onere del proponente e non una mera facoltà¹⁵⁸.

In presenza di tale omogeneità, con la domanda di omologazione dell'accordo il debitore può dunque chiedere che gli effetti dell'accordo stesso siano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, a condizione che «tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria».

L'estensione degli effetti trova nondimeno un limite nella concessione di nuovo credito, al fine di preservare l'autonomia della banca nello scrutinio del merito creditizio, lasciando ai creditori aderenti la possibilità di addivenire alla conclusione di nuovi contratti di credito senza però vincolare a ciò i non aderenti¹⁵⁹. Invero, il penultimo comma dell'art. 182-septies l. fall. specifica – con riferimento tanto all'accordo di ristrutturazione con intermedia-

questo può ben recepirsi un accordo di ristrutturazione stipulato solo con alcuni creditori: cfr. Trib. Roma, 26 maggio 2015, decreto 20/15, ined.

¹⁵⁷ Giova osservare come il criterio dell'omogeneità di interessi economici costituisca un criterio oggettivamente elastico che rappresenta «un indice della volontà di passare dalla tutela *tout court* del credito alla tutela degli interessi, ritenuti un elemento unificante ed aggregante fra i creditori» (così P. PAJARDI-A. PALUKOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 836).

¹⁵⁸ Sul punto, R. RANALLI, *Speciale decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit., rileva come l'obbligatorietà delle classi possa in realtà rallentare l'operazione di ristrutturazione in quanto «fino a ieri la banca poco esposta nei confronti del debitore si opponeva in fase negoziale, costringendo talvolta a strutturare cluster diversi tra creditori bancari dopo avere inutilmente tentato una negoziazione allargata a tutto il ceto bancario. Da oggi il classamento è rimesso al debitore, con tutti i rischi che ne derivano, e la banca che si ritiene collocata in una classe (*cluster*) troppo penalizzante potrà opporsi *ex post* con conseguenze ancora più devastanti rispetto ad una mera dilatazione temporale del *closing*: è infatti sufficiente che, in seguito all'opposizione, nei confronti di alcune banche non operi la convenzione, per pregiudicare in toto la fattibilità del piano, con la conseguenza di tornare al punto di partenza e rinegoziare nuovamente l'accordo».

¹⁵⁹ In proposito M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Il Fall.*, 2015, p. 1269, osserva condivisibilmente che «se si vuole leggere la disposizione in modo da renderla efficiente, l'espressione per cui non si può imporre “il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti”, va inteso in modo restrittivo. La banca non è obbligata a garantire al cliente di potersi approvvigionare sull'affidamento esistente ma non utilizzato, perché questo si tradurrebbe in un surrettizio nuovo impegno finanziario; tuttavia nei limiti dell'affidamento utilizzato la banca non aderente è vincolata dalla convenzione e deve consentire il normale smobilizzo e il simmetrico riutilizzo».

ri finanziari quanto alla convenzione di moratoria – che in nessun caso ai creditori estranei possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti e l'erogazione di nuovi finanziamenti, precisando altresì che non è considerata nuova prestazione la prosecuzione di contratti di *leasing* già stipulati. Di conseguenza, la propagazione degli effetti ai terzi non può mai riguardare crediti derivanti da contratti non ancora perfezionati alla stipula dell'accordo (o della convenzione di moratoria), ma sarà circoscritta ai rapporti già sorti.

I creditori ai quali il debitore chiede di propagare gli effetti dell'accordo possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla notificazione del ricorso (e non dall'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese)¹⁶⁰.

Il Tribunale potrà comunque omologare l'accordo, con il conseguente effetto di estendere gli effetti anche ai creditori non aderenti nell'ambito di una o più categorie, solo dopo aver verificato, avvalendosi eventualmente di un ausiliario¹⁶¹, la ricorrenza dei presupposti "sostanziali" – ossia (i) che l'accordo sia stato accettato da creditori in rappresentanza di almeno il settantacinque per cento dei crediti della categoria e (ii) che il soddisfacimento dei creditori non aderenti «non sia inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili» – e dei presupposti "procedimentali" – vale a dire (iii) la correttezza e la trasparenza delle trattative; (iv) l'omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici dei creditori ai quali il debitore ha chiesto di estendere gli effetti dell'accordo rispetto alle banche e agli intermediari finanziari aderenti inclusi nella stessa categoria; (v) l'informazione completa e aggiornata ai creditori non aderenti sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, sull'accordo e sui suoi effetti.

Come si esaminerà meglio al capitolo V dell'analisi, giova ribadire che il legislatore si premura di sottolineare – con riferimento sia all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari sia alla convenzione di moratoria – che siffatta estensione degli effetti dell'accordo a soggetti non stipulanti avviene in espressa deroga al principio consensualistico *ex art.* 1372 c.c. e alla disciplina del contratto a favore del terzo di cui all'art. 1411 c.c.

Tale specifico profilo assume particolare rilevanza anche alla luce della prossima riforma della legge fallimentare.

¹⁶⁰ Nel silenzio della legge l'atto di opposizione potrà assumere qualunque forma idonea al raggiungimento dello scopo ai sensi dell'art. 121 c.p.c. e in ordine alle modalità di svolgimento del giudizio di opposizione, visto che la norma prevede unicamente che «il Tribunale procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato» e che il Tribunale può nominare un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., si deve ricavare che la procedura di omologazione deve seguire la disciplina di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c. con la presenza, nell'ambito dei poteri istruttori, della prova costituenda della relazione redatta dall'ausiliario.

¹⁶¹ Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 182-*septies* l. fall., la relazione dell'ausiliario deve essere trasmessa al P.M. ai sensi dell'art. 161, comma 5, l. fall. al fine di facilitare le indagini volte a verificare la sussistenza degli estremi dei reati di cui all'art. 236 l. fall. i quali si applicano anche con riferimento agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari.

Infatti, il disegno di legge delega “per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza” che ricalca le conclusioni della Commissione Rordorf¹⁶² valorizza la finalità di favorire la conclusione di un maggior numero di accordi sottesa alla norma qui esaminata, prevedendo l’estensione a tutte le tipologie di creditori – e non solo a quelli finanziari – del meccanismo di propalazione degli effetti dell’accordo ai non aderenti previsto dall’art. 182-*septies* l. fall. Tale propagazione sarà subordinata al controllo da svolgersi in sede di omologazione giudiziale secondo i parametri previsti dalla cennata norma, qualora l’accordo ottenga l’adesione dei creditori che rappresentano almeno il 75% del totale dei crediti appartenenti alla medesima categoria omogenea per posizione giuridica e interessi economici.

7.2. La convenzione di moratoria

Il quinto comma dello stesso art. 182-*septies* l. fall. contempla l’ipotesi in cui oggetto di un accordo tra debitore e creditori sia una convenzione finalizzata a regolare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari.

Tale previsione è diretta a disciplinare – in maniera poco invasiva – con un nuovo negozio tipico una prassi sovente già diffusa presso le imprese debentriche che, pur prive di sufficiente liquidità, ritengono di vantare ancora risultati economici positivi. Invero, prima di proporre un piano attestato, un accordo di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* legge fallim. o un concordato preventivo – ostentando con tali due ultimi strumenti la situazione di crisi – spesso il debitore, con un c.d. accordo di *standstill*, tenta di ottenere dai creditori finanziari una dilazione nella scadenza dei crediti. In tal modo tenta di guadagnare un lasso temporale sufficiente a permettergli – in caso di esiti economici favorevoli – la salvaguardia della continuità aziendale e/o di assumere le informazioni necessarie per una compiuta e strutturata proposta di ristrutturazione della crisi¹⁶³.

¹⁶² Cfr. art. 5 dello schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l’11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d’impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l’11 marzo 2016 e disponibile al sito *Camera.it*. Detto d.d.l. – gemmato dal progetto Rordorf e oggi contrassegnato dal n. 3671-*bis* essendo stato stralciato l’art. 15 relativo all’amministrazione straordinaria – è stato approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all’esame del Senato. Si vedano in proposito S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d’impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016 e, in particolare sugli accordi di ristrutturazione, C. TRENTINI, *Accordi di ristrutturazione e piano attestato, le soluzioni alternative al declino del concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2016, p. 1095.

¹⁶³ Giova ricordare che già dal 20 ottobre 1999 con il Codice di autodisciplina ABI, in caso di indebitamento superiore ai 30 milioni di lire, gli istituti di credito si sono impe-

La convenzione di moratoria configura quindi un ulteriore meccanismo di composizione negoziale della crisi d'impresa che può anche essere prodromico ad un altro strumento di soluzione della crisi, senza però costituirne parte integrante, come invece accade per l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari che rappresenta una *species* degli accordi di cui all'art. 182-*bis* l. fall. In particolare, la moratoria potrebbe essere usata come utile preludio al perfezionamento di un piano attestato di risanamento il quale non è tutelato da alcun preventivo "ombrello protettivo" dalle azioni creditorie. Tuttavia, la stipula di tale convenzione non comporta mai un vincolo per una successiva regolazione della crisi, potendo anche essere fine a sé stesso¹⁶⁴.

Atteso che la precipua finalità della convenzione di moratoria è rintracciabile nella creazione di un lasso temporale utile a selezionare la tipologia di soluzione negoziale della crisi più adeguata, si potrebbe ritenere che le stesse esigenze possano essere soddisfatte dal concordato "con riserva"¹⁶⁵. La disciplina di tale istituto prevede infatti il blocco delle azioni esecutive e cautelari di tutti i creditori per un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni, alla scadenza del quale è possibile presentare sia una proposta di concordato sia una domanda di accordo di ristrutturazione¹⁶⁶.

Tuttavia, rispetto alla convenzione di moratoria, il mero deposito della

gnati a tenere comportamenti in buona fede sin dall'apertura del tavolo di consultazione, nonché «a non utilizzare la notizia della riunione [di avvio delle negoziazioni] al fine di modificare la propria situazione di fatto in termini di affidamenti, acquisizione o realizzazione di garanzie verso l'impresa o il gruppo, dal momento in cui è pervenuta la notizia e sino alla comunicazione delle proprie decisioni». Tuttavia, in ipotesi di violazione di tale convenzione non è prevista alcuna conseguenza sanzionatoria.

¹⁶⁴ È infatti sovente apposta la clausola di salvaguardia secondo la quale i creditori finanziari dichiarano che la moratoria e lo *standstill* oggetto dell'accordo non costituiscono in alcun modo impegno all'eventuale stipula di un accordo di ristrutturazione del debito né all'approvazione di un piano. Cfr. M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, in *IL Caso.it*, 2016.

¹⁶⁵ In proposito, G. FALCONE, *La nuova disciplina delle «convenzioni di moratoria» e l'intervento del professionista attestatore*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 568, osserva che «la possibilità di individuare gradualmente lo strumento più adeguato potrebbe essere assicurata dallo stesso «doppio tracciato» assicurato dalla possibilità di «switch» da concordato con riserva ad accordo di ristrutturazione, o da «preaccordo» a concordato preventivo».

¹⁶⁶ Invero, in giurisprudenza si afferma come sia «ben possibile che l'istituto in esame sia fine a sé stesso, in quanto alla scadenza del termine fissato, l'imprenditore non riterrà di poter presentare né una proposta concordataria né domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ovvero potrà presentare una richiesta di fallimento ex art. 14. Come si vede, qualificare la domanda ex art. 161, comma 6 per qualcosa di diverso da ciò che in concreto è, può risultare fuorviante quando dalla classificazione si pretenda di desumere principi interpretativi. Si tratta a ben vedere, non di concordato con riserva o con prenotazione, ma di riserva di concordato o prenotazione di concordato, col che si chiarisce che il concordato potrà esserci, come non esserci e non si confonde l'intenzione o la dichiarazione di volontà in ordine ad un fatto col fatto stesso» (così Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, in *DeJure.it*; analogamente Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, in *IL Caso.it*).

domanda di concordato *ex art.* 161, comma 6, l. fall. comporta una serie di effetti non certo vantaggiosi per il debitore: i debiti vengono a scadenza per effetto dell'art. 55 l. fall. (richiamato dall'art. 169 l. fall.); gli atti di straordinaria amministrazione possono essere compiuti solo se urgenti e se autorizzati dal Tribunale; opera il vincolo di segregazione patrimoniale impresso dall'applicazione della regola di cui all'art. 45 l. fall., evocata dall'art. 169 l. fall.

Pertanto, la convenzione di moratoria dimostra un'effettiva utilità in quanto consente, senza comportare vincoli al patrimonio né contenere misure concordate volte alla ristrutturazione del debito, di usufruire di un periodo di tempo per ponderare la scelta di uno strumento di composizione della crisi. Tuttavia, qualora per effetto della sola convenzione sia possibile liberare risorse sufficienti per eseguire con regolarità il pagamento dei creditori estranei, la convenzione si rivelerà idonea a rimuovere lo stato di decozione. Di conseguenza, in quest'ultima ipotesi, se la convenzione di moratoria risulta adempiuta, nel caso in cui venga proposto un ricorso per fallimento, il debitore potrà opporre l'insussistenza dello stato d'insolvenza in forza di tale negozio¹⁶⁷.

La convenzione di moratoria si configura quale figura genericamente riconducibile al tradizionale *pactum de non petendo*, da cui si distingue però per il carattere necessariamente temporaneo (a differenza dell'istituto di origine romanistica che poteva anche essere *in perpetuum*) e per la latitudine più ampia, in quanto non circoscritta solo alla provvisoria inesigibilità dei crediti dei partecipanti¹⁶⁸.

¹⁶⁷ In caso di successivo fallimento, l'eventuale clausola risolutiva espressa apposta alla convenzione di moratoria se fa dipendere lo scioglimento della stessa convenzione dalla dichiarazione d'insolvenza sarà *tamquam non esset* ai sensi dell'art. 72 l. fall., mentre se fa dipendere lo scioglimento dalla presentazione della domanda di concordato sarà neutralizzata ai sensi dell'art. 186-bis l. fall. se il piano prevede la continuità aziendale. Qualora invece la dichiarazione di fallimento e/o il ricorso per concordato siano eventi dedotti in una condizione risolutiva apposta alla convenzione di moratoria, tale condizione impedirà l'efficacia della convenzione al verificarsi dei suddetti eventi futuri e incerti.

¹⁶⁸ Valga ricordare che, come più volte affermato dalla giurisprudenza, il puro *pactum de non petendo* preclude la dichiarazione di fallimento solo se in concreto risulti accertato che esso non concede al debitore solo una temporanea moratoria, ma è piuttosto idoneo ad escludere l'incapacità di adempiere puntualmente alle sue obbligazioni, anche con riguardo alle posizioni debitorie rimaste estranee al patto stesso. Infatti, secondo Cass., 12 dicembre 2005, n. 27386, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12, «l'efficacia del *pactum de non petendo*, seppur non sia condizionata all'adesione di tutti i creditori, è però correlata alla sua idoneità, che deve essere valutata alla luce della complessiva condizione debitoria dell'impresa, e dunque anche avendo riguardo alla scadenza delle obbligazioni escluse dal patto medesimo, ad escludere lo stato d'insolvenza del debitore, se ed in quanto esso testimoni la condizione di credito e di fiducia di cui gode il debitore nel ceto creditorio considerato nel suo complesso. L'efficacia di siffatto accordo, la cui negoziazione è rimessa alla disponibilità delle parti siccome rappresenta espressione dell'autonomia negoziale, realizza in sostanza una rinuncia temporanea del singolo creditore alla soddisfazione del suo credito, e deve essere perciò valutata nella prospettiva della sua attitudine

In concreto, potranno contemplarsi clausole con cui la banca si impegna: a non intraprendere qualsiasi azione cautelare o esecutiva; a non cedere in tutto o in parte i propri diritti derivanti dai contratti di finanziamento originari; a permettere la normale operatività dei fidi commerciali per autoliquidante e a mantenere operative le linee di credito derivanti dai contratti originari di finanziamento; a non richiedere il pagamento o dichiarare la decadenza dal beneficio del termine di qualsiasi somma dovuta nei contratti originari di finanziamento. Per contro, l'imprenditore in crisi si può obbligare, in via esemplificativa: a non contrarre né concedere ulteriori finanziamenti; a non costituire o concedere garanzie reali a favore di qualsiasi creditore (c.d. *negative pledge*); a non cedere i marchi e brevetti dell'impresa; a trasmettere ai creditori finanziari un'informativa aggiornata¹⁶⁹.

In tale fase quindi convivono da un lato l'interesse del debitore a che le linee di credito restino aperte e che vi siano solo flussi di rientro correlati a operazioni cc.dd. autoliquidanti o a lungo termine, dall'altro l'interesse dei creditori finanziari a disciplinare i rapporti tra loro – finora regolati unicamente dalle regole di comportamento adottate dall'A.B.I. nel codice di autodisciplina degli istituti aderenti¹⁷⁰ – al fine di evitare che un creditore consegua opportunisticamente posizioni di vantaggio sugli altri, grazie ad esempio ad asimmetrie informative¹⁷¹.

Tuttavia, prima della novella, tali accordi hanno scontato sovente tempi di gestazione troppo lunghi, in quanto il debitore e i creditori finanziari sono stati alla mercé delle aggressioni dei creditori c.d. *free riders* data l'efficacia *inter partes* dell'accordo di *standstill*; sicché erano necessari o l'unani-

ad incidere sull'inadempimento come sintomo di rimozione di uno stato di crisi, che è solo reversibile perché il debitore è, nel contempo, in condizione di assolvere, in prospettiva, con puntualità e mezzi normali, al complesso delle obbligazioni residue alle scadenze convenute, estinguendole mediante le fonti di liquidità disponibili». Cfr. le osservazioni di M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 141; A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, cit., p. 905; P. OLIVA, *La privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, cit., p. 829, e più recentemente di T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014, p. 50. Secondo G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 404, tuttavia gli "accordi di moratoria" sarebbero autonomi rispetto al tradizionale *pactum de non petendo* in quanto, a differenza di questo, differiscono il termine della prestazione modificando così il rapporto obbligatorio.

¹⁶⁹ Per un approfondito elenco di clausole standard si veda M. FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Il Fall.*, 2014, p. 969.

¹⁷⁰ Disponibile al sito promem.it/ris/documenti/risanamento/00RIS_ABI_CodiceComportamentoCrisi.pdf.

¹⁷¹ Occorre osservare, tuttavia, che, come opportunamente osservato da M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1269, «l'efficacia dell'accordo secondo il modello legale impone che una delle parti sia il debitore il che significa che un accordo "interno" fra i creditori finanziari non può produrre gli effetti di cui all'art. 182 septies l. fall.».

mità dei creditori o che i creditori aderenti si facessero carico anche delle posizioni dei non aderenti.

Allo scopo di ridurre il rischio che, nell'ambito di tali accordi di moratoria raggiunti con la maggioranza dei creditori intermediari finanziari, uno o più creditori non acconsenta o conceda la dilazione a condizioni diverse rispetto ad altri creditori con analoga posizione giuridica e interessi economici, l'art. 182-*septies* l. fall prevede che la convenzione di moratoria temporanea dei crediti, se stipulata con la maggioranza del settantacinque per cento dell'ammontare del passivo riferibile a banche ed intermediari, produca effetti anche nei confronti dei soggetti non aderenti.

Al pari di quanto stabilito per gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari – con cui condivide il presupposto soggettivo di applicazione – anche nella convenzione di moratoria la propalazione degli effetti nei confronti dei creditori non aderenti avviene «in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile» ed è subordinata alla contemporanea sussistenza dei seguenti requisiti: i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria; i creditori non aderenti siano stati informati dell'inizio delle trattative e «messi in condizione di parteciparvi in buona fede»; un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d*, attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria¹⁷².

Dato che il comma 5 dell'art. 182-*septies* l. fall. fa rinvio solo al comma 2, ai fini del raggiungimento della maggioranza e non al primo, rispetto a quanto stabilito per gli accordi di ristrutturazione, la convenzione di moratoria non esige una soglia minima di indebitamento finanziario.

La nuova disposizione parla espressamente di «convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti». Da tale inciso è possibile dedurre innanzitutto il carattere intrinsecamente convenzionale e dunque contrattuale dell'istituto. Inoltre, emerge anche la sua causa, in quanto la convenzione deve essere diretta a regolare provvisoriamente gli effetti della crisi.

In aggiunta, il legislatore specifica che la convenzione deve avere necessariamente un effetto provvisorio senza tuttavia puntualizzare il *quando debeat*, come invece accade per gli accordi di ristrutturazione all'art. 182-*bis*, comma 6, l. fall. e per il concordato “con riserva” all'art. 161, comma 6, l. fall. in cui la durata del divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive è predeterminata. Di conseguenza, in mancanza di un termine preciso occorrerà comunque confrontarsi con le locuzioni “in via provvisoria” e “moratoria temporanea” che dovranno tuttavia essere ponderate dal-

¹⁷² Per tale profilo sia consentito rinviare a I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 1090.

l'interprete con riferimento alle caratteristiche della concreta crisi, escludendosi in ogni caso che dalla convenzione possano prodursi effetti irreversibili in seguito alla maturazione di decadenze o prescrizioni.

Risulta inoltre il contenuto della convenzione, giacché si precisa che gli effetti della crisi devono esser disciplinati «attraverso una moratoria temporanea dei crediti» utilizzando il termine “moratoria” nel senso di sospensione della scadenza delle obbligazioni¹⁷³.

La moratoria potrà concretizzarsi in un riscadenziamento dei termini di adempimento ovvero nella rinuncia temporanea ad agire esecutivamente per la riscossione del credito, cui può aggiungersi l'impegno delle banche aderenti a fare utilizzare le linee di credito disponibili (tipicamente le linee cc.dd. autoliquidanti) e a non fare valere, per un certo periodo, la futura violazione di *covenant* finanziari. Inoltre, come si può inferire *a contrario* dalla limitazione precisata dal comma 7 dell'art. 182-septies l. fall., la convenzione può prevedere per i soli creditori aderenti «l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti».

La produzione degli effetti della convenzione di moratoria si realizza tra le parti con lo scambio dei consensi al momento della sottoscrizione, mentre verso i creditori finanziari non aderenti nel momento in cui il documento, accompagnato dalla relazione del professionista, viene comunicato nelle forme della dichiarazione recettizia, alternativamente mediante lettera raccomandata oppure posta certificata. Le banche e agli intermediari finanziari non aderenti possono proporre opposizione al Tribunale entro trenta giorni dalla comunicazione chiedendo, in via cautelare, la sospensione dell'efficacia dell'accordo nei loro confronti.

Stupisce come, a differenza di quanto previsto dal comma 4 della stessa norma per la comunicazione ai creditori non aderenti negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, qui il diritto di proporre opposizione ad un contratto i cui effetti possono propalarsi ai terzi non aderenti non è tutelato richiedendosi una notifica a tali soggetti ma una mera lettera raccomandata o posta elettronica certificata.

Con tale mezzo la banca o l'intermediario finanziario che subirebbero gli effetti della convenzione stipulata dal debitore e da altri creditori possono quindi chiedere di non essere compresi tra i destinatari degli effetti della convenzione dimostrando la mancanza dei presupposti che ne giustifichere-

¹⁷³ È singolare che il legislatore recuperi il termine presente nel Codice di Commercio del 1865 il quale prevedeva l'istituto della “moratoria” (artt. 819-829) il quale – come visto nel paragrafo 3.1. del presente capitolo – permetteva al commerciante anche non ancora fallito in grado di dimostrare 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, di ottenere dall'autorità giudiziaria, in accordo con i propri creditori, una dilazione del fallimento o la sospensione dell'esecuzione della sentenza di fallimento per un periodo massimo di sei mesi.

rebbero l'estensione degli effetti, e dunque: l'eterogeneità della loro posizione giuridica e dei loro interessi economici rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; ovvero l'incompleta o non aggiornata informazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, o di non essere stati posti in condizione di partecipare alle trattative; ovvero che la soglia di creditori aderenti non ha raggiunto il settantacinque per cento dei crediti della categoria; ovvero ancora che in base alla convenzione risultano soddisfatti in misura inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

La propagazione degli effetti della convenzione di moratoria ai creditori non aderenti dipende dunque dalla sussistenza degli stessi presupposti richiesti per l'operatività dello stesso meccanismo estensivo negli accordi con gli intermediari finanziari di cui al comma 4, terzo periodo, dell'art. 182-septies l. fall., a cui il comma 6 fa espresso rinvio.

Pertanto, anche nella moratoria – sebbene intrinsecamente temporanea – occorrerà ai fini dell'estensione degli effetti ai creditori non aderenti che questi ultimi abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti. La rilevanza del requisito dell'omogeneità è ribadita là dove la norma richiede che tale carattere sia attestato da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d¹⁷⁴.

Giova evidenziare come nella convenzione di moratoria la fase giurisdizionale di controllo sia solamente eventuale, in quanto prevista solo in ipotesi di opposizioni da parte dei creditori non aderenti¹⁷⁵. Infatti, a differenza dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, nella convenzione di moratoria l'intesa non è suscettibile di omologazione, condividendo tale collocazione extraprocessuale con il piano attestato di risanamento. Si

¹⁷⁴ In proposito, R. RANALLI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit., critica la limitazione della moratoria ai creditori aventi posizione giuridica e interessi economici omogenei, in quanto – oltre a costringere l'attestatore ad adottare ogni cautela per evitare il rischio di contestazioni da parte delle banche – «la temporaneità della moratoria rende superflua la suddivisione dei creditori in categorie e ben potrebbe applicarsi a tutti i creditori "bancari" indistintamente, in particolare se venisse previsto ex lege un termine massimo della moratoria. Forse sarebbe stato più opportuno riferirsi semplicemente al 75% di tutti i creditori bancari, espungendo ogni riferimento alle classi».

¹⁷⁵ Non essendo indicato il rito applicato al procedimento di opposizione, L. VAROTTI, *Art. 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare – II parte)*, cit., p. 10, evidenzia che «Escluso che si tratti di un procedimento camerale endofallimentare (proponibile con ricorso e definibile con decreto), a me pare che il rito da seguire sia quello del codice di procedura civile. Ne deriva che il giudizio assumerà la forma del processo ordinario o sommario di cognizione, anche se la forma del provvedimento che lo definisce sarà quella del «decreto motivato», a meno che da tale ultimo riferimento («decreto motivato») non si voglia inferire che il rito applicabile sia quello previsto dagli articoli 737 e seguenti del menzionato codice».

spiega così la necessità dell'attestazione di un professionista quale funzione di garanzia sulla correttezza delle classi, non richiesta invece nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari in cui l'omogeneità delle classi deve essere accertata nel giudizio di omologa del Tribunale.

L'art. 182-*septies* l. fall. consente l'estensione ai creditori finanziari non aderenti degli effetti della convenzione ma non impedisce che vi siano iniziative giudiziarie da altri creditori, con i quali, specialmente i fornitori, è assai arduo stipulare un accordo di *standstill*, a meno che l'impresa non abbia fornitori strategici e di rilevante forza economica.

Nell'ipotesi in cui sopravvenga una domanda di concordato preventivo, la convenzione di moratoria, alla stregua di qualsiasi altro contratto pendente ai sensi dell'art. 169-*bis* l. fall., sarà soggetta alla facoltà del debitore di chiederne la sospensione o lo scioglimento, con l'autorizzazione del giudice delegato¹⁷⁶.

¹⁷⁶ L'eventuale clausola risolutiva espressa apposta alla convenzione di moratoria se fa dipendere lo scioglimento della stessa convenzione dalla dichiarazione di fallimento sarà *tamquam non esset* ai sensi dell'art. 72 l. fall., mentre se fa dipendere lo scioglimento dalla presentazione della domanda di concordato sarà neutralizzata ai sensi dell'art. 186-*bis* l. fall. se il piano prevede la continuità aziendale. Qualora invece la dichiarazione di fallimento e/o il ricorso per concordato siano eventi dedotti in una condizione risolutiva apposta alla convenzione di moratoria, tale condizione impedirà l'efficacia della convenzione al verificarsi dei suddetti eventi futuri e incerti.

CAPITOLO II

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE COME CONTRATTO DI DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione. – 2. Gli accordi di cui all'art. 182-*bis* come “variazione sul tema” concordatario. – 2.1. Le affinità tra accordi di ristrutturazione e concordato. – 2.2. Corollari alla qualificazione dell'accordo come “concordato semplificato”. – 3. Gli accordi come nuova procedura concorsuale. – 3.1. L'ipotesi di un'unica categoria concordataria. Critica. – 3.2. L'autonomia degli accordi di ristrutturazione dal concordato preventivo. – 3.3. L'orientamento che sostiene l'essenza concorsuale degli accordi. – 4. Gli accordi di ristrutturazione come contratto di diritto privato sulla crisi d'impresa. – 4.1. Confutazione della teoria concorsuale. – 4.2. La mancanza dell'elemento della concorsualità. – 5. Il contratto sulla crisi d'impresa dopo le ultime riforme della legge fallimentare. – 5.1. Mantenimento dei peculiari caratteri privatistici. – 5.2. Contratto sulla crisi d'impresa ed effetti sui creditori non aderenti. – 5.3. Il giudice come facilitatore e stabilizzatore dell'accordo. – 6. Natura contrattuale dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari. – 7. Accordi di ristrutturazione e *consecutio* tra procedure. – 8. La necessità di un'analisi di diritto civile.

1. *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*

Nel capitolo precedente si è introdotto l'istituto degli accordi di ristrutturazione, procedendo ad una disamina della *ratio* e dei caratteri per poi collocarlo temporalmente con l'individuazione dei suoi antecedenti storici e l'analisi dell'evoluzione normativa attraverso le riforme che si sono succedute dal 2005 ad oggi. In tale preludio si è tentato di anticipare l'essenza privatistica degli accordi di ristrutturazione.

È tuttavia precipuo individuare ora la profonda ed effettiva natura giuridica di tale istituto, che *prima facie* potrebbe apparire come un ibrido a cavaliere tra contratto e procedura.

La laconica disciplina – inserita inizialmente nel solo art. 182-*bis* l. fall., cui si sono aggiunti dal 2010 l'art. 182-*quater*, dal 2012 gli artt. 182-*quinques* e 182-*sexies*, e dal 2015 l'art. 182-*septies* – pone all'interprete il dubbio relativo alla qualificazione degli accordi come variante del concordato preventivo ovvero quale figura autonoma dal concordato ma pur sempre com-

presa nell'ambito delle procedure concorsuali, o ancora come istituto di natura strettamente negoziale¹.

Tale problema non è di carattere meramente teorico in quanto rappresenta il presupposto per la soluzione di problematiche applicative di notevole rilievo quali, su tutte, l'efficacia dell'accordo rispetto ai creditori non aderenti, l'apparato rimediale di tutela, l'operabilità del principio di consecuzione di procedure concorsuali.

Risulta dunque rilevante esaminare le possibili soluzioni prospettate dai formanti dottrinario e giurisprudenziale, analizzando e sottoponendo a critica le argomentazioni poste a loro fondamento, per poi verificare in che termini gli accordi di ristrutturazione possono assumere la natura di contratto di diritto privato.

2. *Gli accordi di cui all'art. 182-bis come "variazione sul tema" concordatario*

2.1. *Le affinità tra accordi di ristrutturazione e concordato*

Ad una prima analisi risulta palese l'affinità di genere tra concordato ed accordo di ristrutturazione, in quanto è possibile individuare molte analogie sia sul piano operativo – laddove in entrambi concorrono gli elementi della ristrutturazione dei debiti, del consenso delle parti, della relazione dell'esperto, dell'omologazione – sia sul piano funzionale. Infatti, in ambedue gli istituti è possibile rintracciare quell'"invasione" dell'autonomia privata nell'area dell'insolvenza: nel concordato in modo minore sebbene non marginale², nell'accordo di ristrutturazione in senso più netto, configurando un istituto dove è decisamente lampante la tendenza definita quale "privatizzazione della crisi d'impresa".

L'indirizzo che riconosce all'istituto *de quo* la natura di procedura con-

¹ Del resto la relazione illustrativa al d.l. n. 35/2005 che ha introdotto l'art. 182-bis l. fall. non precisa se la fattispecie in analisi abbia una sua autonomia o sia piuttosto una particolare ipotesi di concordato preventivo, in quanto afferma che «il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa». Giova osservare come un'analoga questione "anagrafica" si ponga riguardo agli accordi processuali, ossia ai contratti sul processo: per una approfondita disamina del tema cfr. R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, cit., p. 99.

² Come si vedrà in seguito la disciplina del concordato preventivo come novellata dalla stagione delle riforme della legge fallimentare prevede all'art. 160 l. fall., la possibilità di suddividere i creditori in classi, prevedendo trattamenti diversificati anche in relazione ai creditori prelatizi, e l'ammissibilità di una proposta di concordato preventivo che contempra una soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati ponendo fine ad una questione rimasta insoluta anche in seguito alla riforma del 2006, laddove i novellati artt. 182-ter e 124, comma 3, l. fall. erano accomunati nel segno del possibile pagamento in percentuale o dilazionato e quindi non integrale anche dei crediti prelatizi.

corsuale, nell'individuare uno stretto legame con il concordato preventivo, valorizza le affinità tra i due strumenti di risanamento dell'impresa, sottolineando innanzitutto la collocazione topografica dell'art. 182-*bis* l. fall. Nell'ambito delle disposizioni in tema di concordato preventivo.

Infatti, il legislatore nel prevedere la nuova figura invece di introdurre la disciplina in un nuovo titolo o capo della legge fallimentare, ha inserito le nuove norme nel titolo dedicato al concordato preventivo, denominando la stessa rubrica del titolo III "Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione", per poi esporre l'intera disciplina degli accordi nel capo V, dove è stata aggiunta la rubrica "Degli accordi di ristrutturazione dei debiti" all'originaria "Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo"³.

Il suddetto orientamento evidenzia inoltre nell'art. 182-*bis* l. fall. numerosi punti di contatto tra la disciplina degli accordi e quella del concordato preventivo.

Innanzitutto, le modalità di presentazione dell'accordo fanno esplicito rinvio a quelle di cui all'art. 161 l. fall. in tema di concordato preventivo. Vale evidenziare altresì la congiunzione "nonché" inserita nella lett. e) del terzo comma dell'art. 67 l. fall., laddove si esentano dalla revocatoria «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis*».

La disciplina prevede inoltre una fase di controllo giurisdizionale con il compito di verificare la legittimità dell'accordo, esercitato dal Tribunale fallimentare, ovvero dalla medesima autorità giudiziale competente ai fini dell'omologazione del concordato preventivo.

Negli accordi di ristrutturazione, poi, si garantisce che la parità di trattamento non sia modificata se non per esplicita volontà dei creditori che decidono di aderire all'accordo: di conseguenza, il principio del concorso dei creditori è declinato secondo le caratteristiche tipiche dei processi concorsuali⁴.

Infatti, nei sessanta giorni successivi alla pubblicazione sussiste il divieto di azioni esecutive o cautelari individuali, da parte dei creditori anteriori, sul patrimonio del debitore; inoltre, ogni creditore beneficia della facoltà di esperire l'azione di opposizione all'omologa del giudice. Oltre a ciò, si richiede, ai fini dell'efficacia dell'accordo, una percentuale minima di partecipazione dei creditori, i quali devono rappresentare almeno il sessanta per

³ Sul punto si vedano le riflessioni di L. GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, in *Dir. fall.*, 2008, 624, il quale critica l'argomento della *sedes materiae*. Si pone invece in posizione dubitativa in merito S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il Fall.*, 2005, p. 949.

⁴ In proposito si veda su tutti A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in F. GALGANO, *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, XXIII, Padova, 1997, p. 110.

cento dei crediti; è poi prevista l'ultrattività delle regole dell'accordo dopo la chiusura del procedimento di omologazione.

Vi è, in aggiunta, l'obbligo di assicurare in ogni caso l'integrale pagamento dei creditori estranei e l'esenzione dalla revocatoria in ipotesi di successivo fallimento per gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo; esenzione che è prevista, del resto, nella stessa disposizione che esclude dal raggio della revocatoria gli atti posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo. Tale deroga si fonda inoltre sulla presunzione che tali atti non siano stati posti in essere in frode ai creditori.

Infine, in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. n. 78/2010 con la previsione dell'art. 182-*quater* l. fall. si aggiunge anche la prededucibilità dei finanziamenti erogati in esecuzione o in funzione dell'omologazione dell'accordo, chiarendo che anche i crediti sorti in esecuzione di un accordo integrano quei crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» che, ai sensi dell'art. 111 l. fall., usufruiscono del carattere della prededucibilità⁵.

È infatti pacifico che, come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione, il principio della *par condicio creditorum* non assegna un «diritto in senso tecnico»⁶ ai creditori, ma rappresenta un principio generale il cui tratto precettivo è destinato a trovare applicazione attraverso le regole giuridiche di dettaglio che l'ordinamento pone a sua attuazione⁷. Di conseguenza, al pari di ogni principio, è suscettibile di essere attuato in misura limitativa o estensiva a seconda delle esigenze del legislatore il quale, come emerge dall'analisi di numerose fattispecie⁸, può scegliere di «farlo regredire a mera linea di tendenza»⁹.

Non desta dunque sorpresa che negli accordi di ristrutturazione il suddetto principio si atteggi in maniera differente rispetto alla procedura fallimentare, potendo prevedere il soddisfacimento di tutti i creditori con modalità differenziate a seconda della loro adesione o meno all'accordo. Infatti, nella procedura di concordato preventivo, come novellato dalla stagione delle riforme fallimentari, è possibile prevedere trattamenti differenziati nel rispetto della legge, suddividendo i creditori in classi secondo posizioni giuri-

⁵ Sul punto si vedano le osservazioni di P. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 43.

⁶ Così P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 319.

⁷ Sulla considerazione della *par condicio creditorum* tra i principi generali si veda U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 61. Nello stesso senso anche G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, p. 409.

⁸ Basta solo citare il caso dei patrimoni destinati ad un determinato affare, ovvero il fondo patrimoniale, o ancora gli effetti del fallimento sul contratto di *leasing*.

⁹ Così A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei diritti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, Napoli, 1989, p. 845.

diche e interessi economici omogenei rimessi all'autonomia del debitore, il quale ha altresì la facoltà di attribuire ai creditori prelatizi pagamenti non integrali¹⁰.

Un elemento comune alle fattispecie degli accordi di ristrutturazione e al concordato preventivo si riscontra altresì nella comune efficacia soggettiva. Si osserva in proposito che in entrambe le figure si verifica l'estensione *ope judicis* di quanto approvato dalla maggioranza ai creditori dissenzienti in caso di concordato preventivo, ovvero ai creditori estranei all'accordo di ristrutturazione.

Si suole perciò annoverare gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo tra le "procedure di composizione negoziale dell'insolvenza"¹¹, sottolineando il nuovo *favor* verso l'autonomia del debitore e la volontà dei creditori, giacché solo ad essi è rimessa la valutazione dei propri interessi e

¹⁰ Il criterio della posizione giuridica pare riguardare la tipologia del credito e la sua possibilità di soddisfo in sede di esecuzione forzata (crediti prededucibili, crediti assistiti da cause di prelazione, crediti chirografari, crediti postergati). In questo senso si veda V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 408; G. BOZZA, *Formazione delle classi e alterabilità delle gradazioni legislative*, in *Il Fall.*, 2009, p. 423, e in giurisprudenza Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Il Fall.*, 2009, p. 789. In alcune decisioni si è pure ammessa la possibilità che anche tra i privilegiati possano riscontrarsi posizioni giuridiche diverse secondo il diverso substrato normativo ed economico che giustifica un differente grado e trattamento normativo: in tal senso Trib. Pavia, 8 ottobre 2008, e Trib. Mantova, 30 ottobre 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 99; *contra* Trib. Piacenza, 1° ottobre 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 66. Secondo S. PACCHI-L. D'ORAZIO-A. COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Milano, 2009, p. 1785, con il termine "posizione giuridica" si indica non solo la natura del credito ma anche lo stato del credito (crediti contestati, condizionali, muniti di titolo esecutivo) e/o del creditore (persona fisica o giuridica, creditore estero, creditore banca, creditore artigiano, lavoratore, ecc.), considerati come caratteristiche oggettive dei crediti sul piano giuridico-formale. Il criterio dell'interesse economico sembra riferirsi invece alle qualità concrete del creditore o del credito ovvero all'interesse al soddisfacimento, tenendo conto di criteri soggettivi e oggettivi, potendo avere rilievo la specifica attività esercitata dal creditore (cliente insoddisfatto, istituto di credito, fornitore, ente pubblico), il rapporto che unisce il creditore al debitore (natura legale o volontaria dell'obbligazione), la certezza del credito (se contestato o portato da titoli esecutivi), la sicurezza del credito (es. per garanzie esterne di terzi), le dimensioni del medesimo. Si veda in proposito G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2010, p. 385; G. MINUTOLI, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente "classamento" dei creditori: il punto nelle prassi e in dottrina*, in *Il Fall.*, 2010, p. 43; P.F. CENSONI, *Sull'ammissibilità di classi con unico creditore nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Il Fall.*, 2010, p. 326; M. FERRO, *sub art.* 169, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2007, p. 180; D. GALLETTI, *sub art.* 160, in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, II, p. 2269. Si veda inoltre la giurisprudenza e la dottrina citata al Capitolo V, nota 86.

¹¹ Un convegno tenuto a Reggio Emilia l'8 ottobre 2010 titolava appunto "*Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*"; nello stesso senso G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, in *Il Fall.*, 2008, p. 991, le accomuna nella dizione di "procedure preventive delle crisi d'impresa".

la decisione di proporre delle iniziative giudiziali dirette alla loro tutela, dando ingresso ad un apprezzamento del giudice solo in caso di opposizione dei creditori dissenzienti¹².

Pacificamente il concordato preventivo appartiene al *genus* delle procedure concorsuali, benché consenta ampia autonomia nel contenuto della proposta al debitore, permettendogli inoltre di gestire il suo patrimonio e di proseguire nell'attività d'impresa, ma sotto la vigilanza di un commissario nominato dal Tribunale.

Parte della dottrina, nei primi anni successivi all'introduzione dell'art. 182-bis l. fall., ha ritenuto individuare nei suddetti dati degli indicatori di una sostanziale comunanza tra i due istituti, etichettando l'accordo di ristrutturazione quale mera variante o *species* del concordato. In particolare, tale orientamento raffigurava l'istituto di cui all'art. 182-bis l. fall. quale una modalità di attuazione alternativa a quella concordataria classica – al pari dell'antica relazione fra concordato per garanzia e per cessione di beni – da cui discenderebbe la possibilità di applicare in via diretta le norme del concordato preventivo¹³.

Del resto, il legislatore non ha previsto un *numerus clausus* di tipologie di concordato preventivo, facendo assurgere invece il concordato a strumento elettivo per la soluzione della crisi d'impresa, il quale può contenere un piano industriale con all'interno un accordo di ristrutturazione dei debiti¹⁴.

¹² In tema di concordato preventivo la decisione della Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Giust. civ.*, 2011, 1673, nel ribadire l'estraneità al Tribunale del controllo sulla fattibilità, quale cognizione di merito, ha sottolineato che il giudice è «privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta [...] in quanto tale potere appartiene solo ai creditori, così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione [...] il Tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale quello di homologazione».

¹³ In merito cfr. S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, p. 283; G. GASPARONI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Pratica fiscale professionale*, 2006, 12, p. 36; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 604; A. PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fallimentare: un'occasione da non perdere*, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 674; M. FERRO, *Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, n. 24, p. 56; M. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, p. 333; G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 871; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1088; A. COPPOLA, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, in S. PACCHI (a cura di), *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, p. 281. In giurisprudenza riconosce esplicitamente l'efficacia *erga omnes* Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 669.

¹⁴ Infatti, come detto, la Relazione accompagnatoria del d.l. n. 35/2005 esplicitamente afferma che «il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta, anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa».

2.2. Corollari alla qualificazione dell'accordo come "concordato semplificato"

Dalla sussunzione degli accordi di ristrutturazione nell'ambito concordatario derivava la conseguenza dell'individuazione del presupposto oggettivo per l'accesso alla procedura. Difettando nella versione originaria dell'art. 182-bis l. fall. una qualsiasi specificazione della condizione economico-finanziaria dell'imprenditore in crisi, si individuava il presupposto oggettivo nello "stato di crisi" previsto dall'art. 160 l. fall. per il concordato preventivo.

Tale elemento è stato poi esplicitamente previsto dalla riforma di cui al d.lgs. n. 169/2007 e individuato proprio nello stato di crisi, confermando un'ulteriore punto di comunanza¹⁵. Allo stesso modo il presupposto soggettivo, indicato inizialmente nel generico "debitore", può individuarsi nell'imprenditore commerciale non escluso dal fallimento.

Ulteriore effetto della qualificazione degli accordi quale forma semplificata di concordato, sarebbe l'identificazione quale Tribunale competente di quello del concordato preventivo, con il corollario che il trasferimento della sede avvenuto nell'anno precedente al deposito del ricorso non rileverebbe ai fini della individuazione della competenza, visto che il legislatore ha fissato una presunzione *iuris et de iure* di un anno ai fini dell'individuazione della "sede della crisi".

Sarebbero evidenti inoltre i corollari in termini di efficacia per i terzi: negando infatti una natura giuridica autonoma all'istituto *de quo* si sostiene l'efficacia *erga omnes* degli accordi di ristrutturazione derivante dall'applicazione diretta dell'art. 184 l. fall., vincolando dunque anche i creditori non aderenti. La figura di cui all'art. 182-bis sarebbe quindi soggetta al principio maggioritario al pari di quanto avviene nelle altre fattispecie informate alla logica concorsuale, laddove quanto approvato con la maggioranza previste dagli artt. 128 e 177 l. fall. si estende agli altri creditori, ai sensi rispettiva-

¹⁵ Prima della riforma del 2007 la dottrina maggioritaria reputava che non fosse essenziale lo stato di crisi dell'imprenditore per accedere allo strumento di cui agli artt. 182-bis l. fall. Si veda in proposito F. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 39, il quale osservava che «secondo le regole in esame non versa in crisi (giacché non è menzionato) l'imprenditore che proponga un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis l. fall. o che predisponga e concordi un piano di risanamento». In giurisprudenza Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187, ammetteva la possibilità che venisse omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti di un'impresa *in bonis*. Riteneva invece necessario lo stato di crisi cfr. L. GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, cit., p. 620. Secondo P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1089; M. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, cit., p. 2267, S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il Fall.*, 2005, p. 949, lo stato di crisi costituiva il presupposto oggettivo degli accordi in quanto il rinvio all'art. 161 l. fall. non può non richiamare implicitamente l'art. 160 l. fall.

mente dell'art. 135 l. fall. per il concordato fallimentare, e appunto dell'art. 184 l. fall. per quello preventivo¹⁶.

I creditori estranei, quindi, non subiscono un effetto deteriore rispetto al livello di tutela assicurato loro nel concordato preventivo, come accadrebbe qualora si ammettesse l'efficacia esterna di quanto stipulato con il sessanta per cento dei creditori. Infatti, dall'applicazione dell'art. 160 l. fall. deriverebbe la possibilità di pagamento non integrale per i creditori garantiti, entro il limite costituito dal rispetto dell'ordine delle cause di prelazione¹⁷.

Se si abbraccia la tesi che individua negli accordi di ristrutturazione un "concordato preventivo semplificato"¹⁸, sarebbe applicabile la disciplina concordataria ove non espressamente derogata dall'art. 182-bis l. fall. Pertanto, questi si differenzerebbero dal concordato preventivo essenzialmente per essere caratterizzati da una procedura più agile – in quanto priva delle fasi di ammissione e di votazione – e più rapida, giacché l'accordo non si perfeziona nelle more della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato, bensì con la partecipazione dei creditori alla stesura dell'intesa, prima che questa sia portata all'attenzione del Tribunale.

3. Gli accordi come nuova procedura concorsuale

3.1. L'ipotesi di un'unica categoria concordataria. Critica

Dopo la riforma del 2007 – che oltre a individuare nello stato di crisi il presupposto oggettivo, ha previsto una protezione dalle azioni esecutive e cautelari – la tesi che considerava gli accordi come variante semplificata del concordato preventivo, ha perso parte del proprio vigore persuasivo, eliminando i riferimenti che potevano suggerire una natura puramente concordataria.

¹⁶ Sul concordato fallimentare come riformato si rinvia all'analisi di S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in G. FAUCEGLIA-L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2009, p. 1371.

¹⁷ Si veda sul punto G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 9, il quale, riprendendo le osservazioni sul principio di maggioranza elaborate da F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, deduce l'estensione dell'efficacia dell'accordo ai creditori non aderenti dall'individuazione di una comunanza oggettiva di interessi rintracciabile nella maggiore rapidità della procedura ad un costo inferiore rispetto al concordato preventivo. Motiva inoltre l'efficacia *erga omnes* dell'accordo nei confronti di tutti i creditori dell'imprenditore in crisi in base alla sussistenza del diritto di opposizione come tutela a favore dei terzi estranei, ai quali viene concesso tale rimedio, in ragione proprio della circostanza che subiscono anch'essi gli effetti dell'accordo e sono i soli ad avere un interesse concreto. Infatti qualora l'accordo, che secondo tale autore deve sottostare alle regole concorsuali del concordato preventivo, risulti approvato dai creditori privilegiati pregiudicando i chirografari, senza che i primi rinuncino al diritto di prelazione i creditori estranei potranno esperire l'azione di opposizione all'omologa.

¹⁸ Si vedano in tal senso G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*, cit., p. 871; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1088.

Altra parte della dottrina ha quindi sostenuto l'autonomia delle due figure ammettendo l'applicazione analogica, derivante dalla comune appartenenza degli accordi *ex art. 182-bis* e del concordato preventivo al comune *genus* delle procedure concorsuali¹⁹. Di conseguenza, secondo questo indirizzo, al fine di colmare le lacune sussistenti nella normazione positiva, si dovrà ricorrere all'applicazione analogica e non diretta delle norme della legge fallimentare²⁰.

Alla soluzione del problema della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione è legata, tra i vari corollari, la questione della possibilità di un utilizzo degli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall. nell'ambito del concordato preventivo. Occorre quindi stabilire se la relazione tra le due figure si presenti unicamente in termini di alternatività o possa anche sussistere una complementarità.

Qualora infatti si assumesse l'istituto *de quo* quale una variante del concordato preventivo sarebbe allora conseguentemente ammissibile l'utilizzazione dell'accordo di ristrutturazione all'interno della procedura di concordato preventivo, consentendo di acquisire preventivamente il consenso dei creditori su un ipotetico piano di ristrutturazione, sì da evitare, come detto sopra, la fase di ammissione e votazione. In questa maniera si realizzerebbe un'operazione più celere che agevolerebbe la conclusione della procedura concordataria offrendole maggiori garanzie di successo.

Nella differente ipotesi "autonomistica", invece, accordi di ristrutturazione e concordato preventivo sarebbero due figure distinte che sfuggirebbero a un tentativo di intersecazione. Si potrebbe tollerare unicamente che il contenuto della proposta del concordato, seguendo le forme processuali proprie di tale procedura, contempli l'inserimento di un accordo di ristrutturazione nell'ambito della previsione di trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse stabilito dall'art. 160, comma 1, lett. d, l. fall. Tuttavia, il consenso dei creditori sul contenuto della proposta non potrà raggiungersi anticipatamente secondo la disciplina stabilita dall'art. 182-bis l. fall., sottostando alle modalità previste dalla normativa sul concordato preventivo.

¹⁹ In tal senso su tutti E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 151; A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 245.

²⁰ La tradizionale dottrina fallimentaristica infatti trae dalla nozione di concorsualità presente in tutte le procedure fallimentari la possibilità di estendere, mediante il procedimento analogico, la disciplina di cui alla legge fallimentare con preferenza rispetto al codice civile o al codice di procedura. In tal senso si veda A. BONSIGNORI, *Disposizioni generali della dichiarazione di fallimento*, sub artt. 2-3 *legge fallim.*, in F. BRICOLA-F. GALGANO-G. SANTINI (diretto da), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, p. 44; ID., *Concordato preventivo*, sub art. 160 *legge fallim.*, in F. BRICOLA-F. GALGANO-G. SANTINI (diretto da), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 4; S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 1974, p. 42; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 43.

Appare difficile disegnare una categoria concordataria unitaria, comprendendo in essa il concordato preventivo, quello fallimentare e gli accordi di ristrutturazione date le differenze tra i tre istituti, e i rischi che potrebbero conseguire da un'applicazione diretta alle altre figure delle norme del concordato preventivo assunto a *genus*²¹.

Non ha avuto infatti séguito il tentativo pur autorevole di costruire una categoria generale nella quale includere il concordato preventivo, quello fallimentare e il concordato stragiudiziale, istituto precursore degli accordi di ristrutturazione definiti infatti come "concordato stragiudiziale omologato"²². Secondo tale dottrina i suddetti istituti erano tutti riconducibili a un paradigma contrattuale fra imprenditore insolvente e i suoi creditori, avente ad oggetto il soddisfacimento dei crediti, in modo da permettere l'adempimento al debitore con la conseguente rimozione dello stato d'insolvenza²³.

Tale concezione contrattualistica è stata sostenuta con varie sfumature da molti autori, i quali riconoscevano nel concordato un'organizzazione su base maggioritaria in sede di votazione, giustificando così il rispetto del metodo collegiale e l'efficacia *erga omnes* della volontà unitaria²⁴.

Tuttavia, questo orientamento si è scontrato con la diversità qualitativa del procedimento di formazione e con le caratteristiche processuali del concordato, in cui la deliberazione dei creditori rappresenta un atto processua-

²¹ Benché anche nella manualistica sia presente una trattazione unitaria del concordato preventivo e di quello fallimentare, si veda C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 285, si ritiene tuttora da preferirsi l'impianto categoriale classico delineato da A. BONSIGNORI, *Del concordato*, sub artt. 118-145 *legge fallim.*, in F. BRICOLA-F. GALGANO-G. SANTINI (diretto da), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, p. 128; E. FRASCAROLI SANTI, *Concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, p. 193.

²² Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 849.

²³ In tal senso F. FERRARA, *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 471. Già A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 149, nell'imperio del codice di commercio del 1882, qualificava il concordato c.d. giudiziale o di massa previsto dagli artt. 833 e ss., in senso contrattualistico osservando che «tanto più ci si allontana dalla concezione contrattualistica e più si cade nell'artificio e nell'errore», aggiungendo che «una costruzione soddisfacente del concordato non sia possibile che su base contrattuale» in quanto «il concordato è un contratto».

²⁴ Si ricorda in proposito la posizione di G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1959, p. 551, secondo il quale si può individuare nel concordato una proposta del debitore diretta ai creditori chiamati ad approvarla, con l'omologazione giudiziale in funzione di mera condizione legale o *condicio iuris* per rendere efficace un contratto già stipulato. Con leggere variazioni SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952, p. 365, identificava invece nel concordato preventivo un accordo diretto a regolare un rapporto giuridico patrimoniale disciplinato dalla volontà delle parti e l'omologazione del Tribunale funziona come condizione di efficacia imposta per il controllo della legalità e della convenienza del concordato al fine di tutelare gli interessi della minoranza dissenziente. L'orientamento adottato da F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, p. 151, qualificava il concordato alla stregua di una transazione laddove vedeva contrapporsi l'offerta del debitore di pagare una certa frazione del credito, alla rinuncia dei creditori di domandare la differenza, al fine reciproco di evitare la lite esecutiva incarnata dal fallimento.

le complesso che individua nel provvedimento giudiziale la fonte del regolamento concordatario²⁵. Del resto, il concordato preventivo si differenzia già da quello fallimentare o incidentale, il quale, pur condividendo la struttura del primo, costituisce un sub-procedimento del processo di fallimento diretto ad attuare una sistemazione dell'insolvenza cui segue la cessazione del fallimento.

3.2. *L'autonomia degli accordi di ristrutturazione dal concordato preventivo*

Se si analizza la disciplina enunciata all'art. 182-bis l. fall. si nota come il rinvio alle disposizioni in tema di concordato preventivo sia circoscritto all'art. 161, che stabilisce le modalità da seguire ai fini della presentazione della dichiarazione e della documentazione; all'art. 183 con riferimento al reclamo contro il decreto di omologazione; all'art. 168, comma 2, sulla sospensione delle prescrizioni nella moratoria di azioni esecutive e cautelari dopo la pubblicazione, rendendo evidente *a contrario* il mancato richiamo al ben più rilevante comma primo. Del resto, non si fa cenno neppure all'art. 160 l. fall. che enuncia i presupposti per l'ammissione alla procedura²⁶.

Si deduce che qualora il legislatore avesse ritenuto l'accordo una forma di concordato non avrebbe certamente fatto ricorso alla tecnica del richiamo normativo puntuale, stabilendo l'applicazione di tutta la disciplina del concordato in quanto compatibile.

Da un punto di vista procedurale, poi, il d.lgs. n. 169/2007 ha precisato che l'imprenditore in stato di crisi possa «domandare» l'omologazione dell'accordo depositando la documentazione di cui all'art. 161 l. fall., mentre prima della novella la stessa norma prevedeva che il debitore potesse depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'art. 161 l. fall., un accordo di ristrutturazione, senza fare riferimento ad una espressa autonoma domanda.

²⁵ Per la posizione processualistica si veda su tutti A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, sub art. 160 legge fallim., cit., p. 318; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1979, p. 15; A. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1953, p. 1276; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, p. 1070; E. FRASCAROLI SANTI, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali*, Padova, 1989, p. 43.

²⁶ Tuttavia, un'interpretazione funzionale porterebbe a ritenere il termine "documentazione" di cui all'art. 182-bis l. fall. come riferito non solo ai documenti previsti alle lett. a, b, c e d dell'art. 161, comma 2, l. fall. – vale a dire un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, uno stato analitico ed estimativo delle attività, l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore, nonché il valore dei beni ed i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili – ma esteso anche al piano di ristrutturazione di cui all'art. 160 l. fall. richiamato dal disposto dell'art. 161, comma 3, l. fall. Infatti la documentazione si rivelerebbe monca senza il necessario piano di ristrutturazione che costituisce il cuore dell'operazione di salvataggio.

Si evince dunque come l'imprenditore in crisi domandi l'omologazione di un contratto già perfezionato, depositando i medesimi documenti che nel concordato preventivo sono necessari ai fini dello svolgimento dell'istruttoria per l'ammissione alla procedura. Non è inoltre contemplata una fase di ammissione con la nomina di organi del procedimento, né è prevista la formazione di una maggioranza in assemblea.

In proposito, una pronuncia ha osservato che dal mancato specifico richiamo, da parte dell'art. 182-*bis* all'art. 161, comma 4, l. fall. si può dedurre come non sia necessario che la proposta di accordo di ristrutturazione di debiti (diversamente da quanto avviene per la proposta di concordato) sia deliberata dagli amministratori, risulti da verbale redatto da notaio e sia iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 c.c.²⁷.

A differenza del concordato preventivo, inoltre, si afferma l'efficacia dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese, la sospensione del corso degli interessi e la possibilità di costituire nuovi diritti di prelazione nelle more del procedimento. Del resto, qualificando l'istituto *de quo* quale variante del concordato preventivo non si comprenderebbe l'esplicita previsione di un decreto di omologa dell'accordo.

Pertanto, concordato preventivo e accordi di ristrutturazione appaiono due istituti dalla configurazione speculare giacché nel primo il piano di ristrutturazione viene concepito unilateralmente e proposto con ricorso al giudice, per essere approvato successivamente dalla maggioranza dei creditori in un procedimento cui è chiamato l'intero ceto creditorio. Nella figura prevista dall'art. 182-*bis*, invece, l'accordo si origina nel dialogo con una parte dei creditori in rappresentanza di almeno il sessanta per cento dei crediti, in merito a proposte per lo più di carattere individuale, e solo in seguito alla conclusione dell'accordo sussiste una fase procedimentale dinanzi all'autorità giudiziale. Tale percentuale del sessanta per cento costituisce una soglia da raggiungere per potersi avvalere dello strumento, senza rappresentare una maggioranza vincolante per la minoranza.

La circostanza che l'accordo di ristrutturazione si presenti come un contratto il cui perfezionamento sia già concluso in via stragiudiziale, giustifica l'assenza sia di un'udienza di comparizione in camera di consiglio sia del commissario giudiziale, che nel concordato preventivo assume invece funzioni di coordinamento e controllo su tutta l'attività svolta dal debitore, coadiuvandolo nella gestione dell'attività d'impresa e nell'esecuzione degli obblighi concordatari.

Per la stessa ragione si comprende la diversa e più ampia latitudine della relazione del professionista che per gli accordi di ristrutturazione non si limita ad una attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano, dovendo certificare «l'attuabilità dell'accordo con particolare riferi-

²⁷ Cfr. Trib. Palermo, 31 gennaio 2013, in *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

mento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei».

Riguardo agli effetti sui creditori non aderenti, l'argomento che afferma una sostanziale corrispondenza di regole tra l'accordo di ristrutturazione e il concordato preventivo, in quanto in entrambe le ipotesi i creditori dissenzienti subirebbero quanto approvato dalla maggioranza per effetto dell'intervento giudiziale, è stato smentito dalla giurisprudenza. Negli accordi *ex art. 182-bis* sono completamente assenti gli effetti remissori propri del concordato preventivo: in sede pretoria è stato infatti più volte ribadito che le forme di ristrutturazione non si propagano ai creditori rimasti estranei all'accordo, ai quali l'accordo dovrà assicurare l'integrale pagamento, ossia quanto dovuto in base all'originario titolo costitutivo, pur con la moratoria legale fino a quattro mesi, prevista dal comma 1 dell'art. 182-bis l. fall.²⁸

La *sedes materiae* non vale di per sé ad attribuire all'istituto *de quo* la natura di procedura concordataria in quanto esaminando la disciplina si osserva come appaia certamente una certa consanguineità tra le due figure – entrambe volte a offrire una soluzione alla crisi d'impresa evitando l'insolvenza – però tale comunanza può essere circoscritta al *genus*, individuando questo proprio negli strumenti di gestione dell'insolvenza alternativi al fallimento. La contiguità tra i due istituti non si estende alla *species* in quanto i rimedi offerti dai due strumenti si presentano differenti.

Del resto, la rubrica del Capo V, Titolo III prevista in seguito al d.l. n. 35/2005 – “Dell'omologazione del Concordato preventivo” – è stata novellata con la riforma del 2006 in “Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione”, con l'interposizione del punto. Inoltre, nella rubrica del Titolo III “Del Concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione” la sussistenza di due istituti autonomi è evidente dall'uso della congiunzione. Del resto, anche l'art. 67, comma 3, lett. e, l. fall. fa riferimento al concordato “e” agli accordi come a due istituti affini ma diversi.

L'intento del legislatore nel configurare una disciplina distinta e autonoma dal concordato preventivo si deduce inoltre dalla previsione dell'art. 182-ter relativa alla possibilità di adoperare la transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, riconoscendo anche all'erario, in veste di creditore, la possibilità di svolgere un ruolo attivo nel risanamento dell'impresa.

Il raggiungimento della maggioranza prevista dalla legge per l'approvazione della proposta concordataria, la rende efficace e vincolante nei confronti di tutti i creditori, compresa l'amministrazione finanziaria. Se è presente l'assenso della maggioranza dei votanti, sebbene l'amministrazione sia contraria, allora si produrrà sia l'effetto della riduzione del credito fiscale

²⁸ Si vedano in proposito, *ex multis*, le pronunce di cui al Trib. Bergamo, 5 maggio 2011, in *IlCaso.it*; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 136; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 669; Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *IlCaso.it*.

secondo il progetto di transazione, sia il normale effetto liberatorio tipico del concordato.

Ulteriore conferma è rintracciabile nell'art. 182-*quater*, il quale nel disciplinare la prededucibilità dei crediti menziona sia il concordato preventivo che gli accordi di ristrutturazione, e, al pari, nell'art. 217-*bis* l. fall. che ha introdotto una forma di esenzione dai reati di bancarotta semplice (art. 217 l. fall.) e preferenziale (art. 216, comma 3, l. fall.)²⁹ con riferimento al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione omologati, e al piano di risanamento attestato di cui all'art. 67, comma 3, lett. d³⁰.

3.3. L'orientamento che sostiene l'essenza concorsuale degli accordi

Risulta dunque prevalente in dottrina l'orientamento che sostiene l'autonomia degli accordi di ristrutturazione dal concordato preventivo, ascrivendo tuttavia l'istituto *de quo* tra le procedure concorsuali, giacché ravvisa una sorta di corrispondenza biunivoca tra le due figure che si manifesta in affinità di contenuti e di forme³¹.

L'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall. disegna, secondo tale indirizzo, un procedimento complesso che prevede una fase stragiudiziale, in cui l'imprenditore in crisi e una parte dei suoi creditori stipulano un contratto, completata da una fase giudiziale costituita dal giudizio di omologazione in cui l'autorità giudiziale verifica la sussistenza dei requisiti previsti dalla disposizione. Questa fase a carattere giudiziale è regolata, come detto, dalle norme processuali cui fa riferimento l'art. 182-*bis* l. fall. con la tecnica del

²⁹ La rubrica dell'art. 217-*bis* l. fall. parla di "esenzione da reato", con un lessico mutuato dalle esenzioni da azione revocatoria ex art. 67 l. fall., ma ignoto alla terminologia penalistica, come osserva G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, p. 547.

³⁰ In dottrina effettuano una puntuale disamina delle differenze tra i due istituti C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, cit., p. 192; D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., p. 305. In maniera specifica si veda inoltre Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187.

³¹ Sostengono la tesi, prevalente in dottrina e in giurisprudenza, dell'autonomia degli accordi di ristrutturazione dal concordato preventivo A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 633; M. FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim.*, in *Foro it.*, 2006, 9, p. 2564; G. LO CASCIO, *La Nuova Legge fallim.: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fall.*, 2004, p. 362; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 1156; M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1237; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 704; R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 140. In giurisprudenza si veda Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 169; Trib. Roma 16 ottobre 2006, *ivi*, 2007, p. 187; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, *ivi*, 2005, p. 1297.

rinvio alle norme previste in tema di concordato preventivo, con riferimento in particolare alla presentazione del ricorso (art. 161 l. fall.), agli effetti della pubblicazione (art. 168 l. fall.), al reclamo contro il provvedimento del giudice a tutela dei creditori aderenti e dei terzi (art. 183 l. fall.)³².

A tale bifasicità corrisponderebbe una successione di disciplina applicabile, giacché lo stadio privatistico sarà governato dalle norme civilistiche sul contratto in generale, destinate ad essere scalzate dalla disciplina fallimentare non appena il giudice dichiara l'omologazione dell'accordo. Lo stesso accordo dunque avrebbe una duplice natura mutando da una qualificazione di contratto di diritto privato ad una di procedura concorsuale. Tale trasformazione sarebbe segnata dal provvedimento di declaratoria di omologa che fa conseguire all'accordo l'effetto esentativo rispetto all'azione revocatoria³³.

Da tale qualificazione si può quindi dedurre la possibilità di ricorrere al procedimento analogico applicando all'istituto *de quo* la disciplina concordataria, in quanto compatibile, in modo da colmare le carenze presenti ad esempio in tema di risoluzione³⁴ o per quanto concerne il divieto per i creditori privilegiati di sottoscrivere l'accordo senza rinunciare al privilegio³⁵.

La natura concorsuale e dunque pubblicistica degli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall. emergerebbe, secondo questo orientamento, in particolare dalla tutela all'integrità del patrimonio offerta dalla moratoria sulle azioni esecutive e cautelari possibile sia per sessanta giorni nel corso delle trattative, sia per ulteriori sessanta giorni dopo la pubblicazione nel registro delle imprese.

Ulteriore indice è rintracciato nella previsione dell'esenzione dalla revocatoria in caso di sopravvenuto fallimento a vantaggio degli atti, pagamenti e garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione: la previsione di tale esenzione confermerebbe la protezione del ceto creditorio nel rispetto del principio di concorsualità che sovrintende alla procedura, benché nella fattispecie la *par condicio* sarebbe diretta alla realizzazione

³² Il reclamo non segue il procedimento di cui all'art. 739 c.p.c. in quanto altrimenti, ai sensi dell'art. 742 c.c., sarebbe revocabile e modificabile il decreto pronunciato, il quale dunque non sarebbe suscettibile di passare in giudicato, con il conseguente pericolo della permanente provvisorietà del provvedimento e dell'incertezza degli effetti.

³³ Si veda in merito su tutti E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 81.

³⁴ In tal senso L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, p. 345; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008, p. 157; e ancora E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 111. Tuttavia prima dell'introduzione normativa degli accordi di ristrutturazione la stessa E. FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995, p. 132 riteneva inapplicabile analogicamente i principi concorsuali al concordato stragiudiziale allora atipico.

³⁵ Opina sul punto G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 14.

dell'operazione di salvataggio dell'impresa in crisi, al pari di quanto accade nel concordato preventivo o nell'amministrazione straordinaria.

4. *Gli accordi di ristrutturazione come contratto di diritto privato sulla crisi d'impresa*

Dopo aver analizzato gli orientamenti che includono gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel *genus* delle procedure concorsuali – come variante del concordato o come procedura autonoma – è opportuno verificare la tenuta di tali tesi.

Infatti, non pochi sono gli elementi che evidenziano l'impossibilità di inscrivere la figura di cui all'art. 182-bis l. fall. al novero delle procedure concorsuali, e dunque di applicare agli accordi di ristrutturazione, in via diretta o analogica, la disciplina del concordato preventivo, sicuramente più dettagliata.

Valorizzandone la componente negoziale, appare invece preferibile qualificare gli accordi di ristrutturazione quale contratto di diritto privato, cui seguono determinati effetti legali favorevoli sul piano fallimentare: l'esonero dall'azione revocatoria e la non punibilità per le ipotesi di reato di bancarotta preferenziale e semplice; l'esenzione da imposta per le sopravvenienze attive e plusvalenze da omologazione; il riconoscimento della prededuzione ai finanziamenti-ponte, a quelli esecutivi del piano sottostante agli accordi e a quelli c.d. interinali; la tutela all'integrità del patrimonio offerta dalla moratoria sulle azioni esecutive e cautelari sia per sessanta giorni nel corso delle trattative sia per ulteriori sessanta giorni dopo la pubblicazione nel registro delle imprese³⁶.

Osservando la prassi, si nota infatti come in concreto si verifichino dinamiche prettamente contrattuali, là dove l'imprenditore propone una ristrutturazione dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa relativa ai suoi creditori, i quali accettando perfezionano il contratto. Del resto, la stes-

³⁶ Si vedano in merito G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, cit., p. 561; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 12; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, Torino, 2012, p. 70; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 382; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 172; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, cit., p. 193; M. FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim.*, cit., p. 2566; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, cit., p. 609; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 347; A. PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, p. 104. Cfr. in giurisprudenza gli spunti offerti da Trib. Bergamo, 19 dicembre 2013, in *IlFallimentarista.it*; Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in *IlCaso.it*; Trib. Udine, 22 giugno 2007, *ivi*, 2008, p. 701; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, *ivi*, 2007, p. 701; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, e Trib. Milano, 21 dicembre 2005, entrambi in *Il Fall.*, 2006, p. 669.

sa norma di cui all'art. 182-*bis* l. fall. parla, al comma 6, di «proposta di accordo», la quale dovrà essere idonea a dare vita, con l'accettazione da parte del destinatario, alla stipula di un contratto.

4.1. Confutazione della teoria concorsuale

Elementi peculiari di una procedura concorsuale sono la procedimentalizzazione, l'universalità in senso oggettivo e soggettivo – in quanto riguarda l'intero patrimonio e richiede la partecipazione di tutti i creditori – e infine la concorsualità³⁷.

Una procedura concorsuale costituisce infatti una disciplina processuale che contempla un procedimento di apertura regolandone i suoi effetti, con i sub-procedimenti per l'accertamento del passivo, la liquidazione coattiva dei beni del fallito, la distribuzione del ricavato tra i creditori concorrenti e per le operazioni di chiusura. Rappresentano inoltre indice della procedimentalizzazione lo spossessamento del debitore e la presenza di organi che *invito domino* vigilino se non gestiscano il patrimonio dell'impresa.

Negli accordi di ristrutturazione non si registra la presenza di un soggetto terzo nelle vesti di curatore o commissario: le parti agiscono infatti nel pieno esercizio della loro autonomia contrattuale, stabilendo tempi e modalità della formazione dell'accordo. Infatti, dalla lettera della norma si nota come non si sia in presenza di un procedimento, non sussistendo un provvedimento di apertura, né la nomina di organi quali un giudice delegato, un commissario, un amministratore giudiziale ovvero un comitato dei creditori.

L'imprenditore in crisi inoltre resta *dominus* dell'impresa, in quanto non si realizza alcun spossessamento, tanto meno i suoi atti sono sottoposti ad un vincolo o ad un'attività di controllo esterno o ad un regime autorizzatorio: il debitore mantiene in modo pieno i suoi poteri di gestione e direzione. I soci di controllo mantengono dunque la direzione della società attraverso gli amministratori espressi dall'assemblea e possono anche assicurarsi che – sia in caso di ristrutturazione sia di liquidazione – una parte del ricavato dalla liquidazione stessa possa andare a loro, ovviamente con il consenso dei creditori e con i presupposti previsti dall'art. 182-*bis* l. fall.

Risulta del tutto assente quindi il carattere della officiosità, ovvero l'inizio della procedura per mezzo di un provvedimento di un organo pubblico (giudiziale o amministrativo) il quale conduce e gestisce la procedura medesima. Il giudice qui è chiamato a verificare unicamente la sussistenza dei requisiti ai fini dell'omologa, i quali costituiscono non requisiti di perfezionamento dell'accordo, che è già stato stipulato con lo scambio dei consensi, bensì appunto condizioni di omologazione.

³⁷ Sui vari elementi peculiari delle procedure concorsuali dopo la c.d. stagione delle riforme si veda P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 29; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., p. 101.

L'autorità giudiziale si limita dunque a "dare atto" della sussistenza di determinate caratteristiche, necessarie allo scopo di ottenere l'*imprimatur* che consente di "aprire l'ombrello protettivo", ponendo il contratto al riparo dall'azione revocatoria in caso di successivo fallimento.

L'accordo di ristrutturazione, inoltre, non ha un'efficacia *erga omnes* bensì, secondo il principio enunciato dall'art. 1372 c.c., effetti limitati a coloro che aderiscono in qualità di parti contraenti, mentre i creditori estranei subiscono il vincolo di non esperire le azioni revocatorie e l'effetto *ex lege* della moratoria, ma conservano intatte le loro pretese. L'effetto sui terzi non è del resto incoerente con la stessa previsione dell'art. 1372 c.c. il quale, nell'escludere che il contratto sia produttivo di effetti per i terzi, permette che essi si possano produrre «nei casi previsti dalla legge», come nella fattispecie.

Non opera quindi la regola della maggioranza, e inoltre 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, che integra una condizione per l'omologazione: di conseguenza tale percentuale può essere conseguita anche successivamente alla stipula³⁸.

Alla regola maggioritaria invece sottostà il concordato preventivo laddove, nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, il proponente può prevedere che i crediti assistiti da un diritto di prelazione, non vengano soddisfatti integralmente. Il piano tuttavia deve assicurare comunque la soddisfazione di tali crediti in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, considerando il valore di mercato riferibile ai beni o diritti sui quali insiste la garanzia, attestato dalla relazione di un professionista qualificato secondo il disposto dell'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall.

La suddivisione del ceto creditorio in classi con trattamenti differenziati, e la conseguente differenziazione di voto in ragione dell'eterogeneità degli interessi economici e delle posizioni giuridiche, comporta l'applicazione del principio di soggezione della minoranza alla volontà espressa dalla maggioranza dei creditori³⁹.

La mancata soggezione alle regole concorsuali non si arresta alla deroga al principio della *par condicio creditorum*. Del resto, tale caratteristica non

³⁸ Si veda in merito G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1054.

³⁹ Il professionista qualificato, chiamato a redigere la relazione ai sensi dell'art. 160 l. fall., dovrà dunque in primo luogo identificare le cause di prelazione interessate, distinguendo ad esempio tra privilegi speciali e privilegi generali, per poi realizzare una valutazione dei beni oggetto di garanzia. Infatti la funzione precipua della relazione di cui all'art. 160 l. fall. consiste nel determinare, benché indirettamente, la misura minima della percentuale di soddisfazione dei creditori privilegiati offerta con il concordato avendo come parametro quello che gli stessi percepirebbero senza la procedura concordataria ovvero in caso di liquidazione dell'impresa.

rappresenterebbe un elemento sufficiente a collocare gli accordi di ristrutturazione al di fuori del perimetro delle procedure concorsuali.

Infatti, come si è detto, nel concordato preventivo è prevista, a vantaggio dell'imprenditore proponente, la facoltà di suddividere i creditori in classi, nel rispetto dei criteri della posizione giuridica e dell'omogeneità degli interessi economici (art. 160, comma 1, l. fall.), nonché l'ammissibilità di una proposta di concordato preventivo che contempli una soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati, ponendo tuttavia il vincolo della certezza di una soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile tramite la liquidazione del bene oggetto della prelazione (art. 160, comma 2, l. fall.)⁴⁰.

⁴⁰ Giova osservare che secondo autorevole dottrina, l'art. 160, comma 2, l. fall. impedirebbe unicamente un trattamento più favorevole al creditore di rango successivo, imponendo quindi di garantire ai creditori di rango poziore trattamenti, sia pure falcidiati, comunque non deteriori rispetto a quelli riservati ai creditori di grado inferiore (in questo senso, *ex multis*, V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 412; S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 554). Infatti, la predetta norma, valorizzando il presumibile valore di realizzo del cespite concesso in garanzia, precisa che al privilegiato non può essere offerto un importo inferiore a quello ragionevolmente ricavabile nello scenario della liquidazione fallimentare. Pertanto, secondo tale indirizzo – seguito da numerose pronunce di merito (Trib. Savona, 25 novembre 2015, in *IlCaso.it*; Trib. Treviso, 26 febbraio 2015, in *IlFallimentarista.it*; Trib. Rovereto, 13 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Monza, 22 dicembre 2011, *ivi*) – non viola il disposto dell'art. 160, comma 2, l. fall. la proposta concordataria che prevede tanto per i crediti chirografari quanto per i crediti assistiti da privilegio (generale o speciale) una soddisfazione anche solo in via percentuale, sempreché il trattamento previsto per i crediti privilegiati così degradati sia quantomeno paritario e mai peggiore rispetto a quello riservato ai chirografari *ab origine*. Un più restrittivo orientamento invece esige, ai fini dell'ammissibilità concordataria, l'attribuzione ai crediti privilegiati "declassati" di un trattamento complessivamente più favorevole rispetto a quello riservato ai titolari di pretese aventi natura esclusivamente chirografaria. Secondo tale indirizzo i privilegi derivano dalla legge e rappresentano una connotazione sostanziale del rapporto obbligatorio, insuscettibile di novazione per effetto della vicenda concorsuale, di talché se dal patrimonio del debitore è ricavabile un attivo, o comunque un utile da destinare ai creditori, questi devono essere soddisfatti nel rispetto delle cause legittime di prelazione. Siffatta lettura ritiene che il legislatore, nel consentire al debitore di proporre una domanda di concordato che preveda la falcidia dei crediti privilegiati, subordini al pagamento integrale del privilegiato di grado poziore l'esecuzione di qualsivoglia attribuzione al creditore di grado successivo, con la conseguenza che il debitore possa tuttavia liberamente disporre solo della c.d. "nuova finanza" per il soddisfacimento dei creditori di rango inferiore. Infatti, posto che la responsabilità patrimoniale riguarda esclusivamente il patrimonio del debitore, il pagamento compiuto con apporti estranei al debitore proponente non altera l'ordine dei privilegi, in quanto il principio del rispetto dell'ordine della cause legittime di prelazione opera solo per il patrimonio soggetto al concorso, non già per gli apporti di finanza esterna (in questo senso, tra le tante, Trib. Torino, 7 aprile 2014, *ined.*; Trib. Milano, 16 marzo 2013, in *DeJure.it*; Trib. Milano, 20 luglio 2011, *ivi*; Trib. Udine, 15 giugno 2011, in *IlCaso.it*; Trib. Padova, 16 maggio 2011, *ivi*). Di conseguenza, in ipotesi di falcidia dei creditori privilegiati, il debitore può attribuire ai creditori chirografari solo risorse estranee ed aggiuntive, all'uopo destinate, rispetto al patrimonio assoggettato alle regole del concorso (in questo senso, G. BOZZA, *L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1442; M. VITIELLO, *Il concordato preventivo con classi nella prospettiva liquidatoria e nella prospettiva del risanamento*, in *IlFallimentarista.it*, 2011). Tali apporti

L'applicazione dei suddetti criteri permette una compiuta ed effettiva diversificazione delle classi, rendendo apprezzabile una proposta che viceversa in caso di classificazione solo apparente, incorrerebbe nella sanzione di inammissibilità⁴¹.

Il principio della *par condicio* non è dunque espunto dal concordato in quanto all'interno della stessa classe i creditori devono ricevere lo stesso trattamento e inoltre valgono le regole di graduazione dei crediti in ragione dell'eventuale causa di prelazione, combinate con la regola della soddisfazione integrale dei prelatizi, fatta salva la possibile degradazione per incapienza del bene. Tuttavia, tale principio appare notevolmente mitigato giacché il suo raggio applicativo è riferito non più ai singoli creditori, bensì alle classi nelle quali essi sono eventualmente ripartiti⁴². Si verifica dunque soltanto l'applicazione di una norma eccezionale dettata per il concordato preventivo che deroga parzialmente alle norme generali sul concorso dei creditori, senza tuttavia obliterare il principio paritario.

In ogni caso, nella procedura concordataria la possibilità di suddividere i creditori in classi rappresenta il superamento della visione volta a soddisfare i singoli diritti di credito tutelati dal sistema dei privilegi, in quanto la classe è pur sempre la manifestazione di una visione collettiva del soddisfacimento salvaguardando i diritti dell'intero ceto creditorio. Prospettiva collettiva che invece manca negli accordi di ristrutturazione che costituiscono un ulteriore salto in avanti, ponendosi su un piano diverso rispetto alla *par condicio* concorsuale⁴³.

ulteriori possono, infatti, essere liberamente destinati anche ai creditori chirografari, prescindendo dalla c.d. *absolute priority rule*, in quanto, come rilevato dalla Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, p. 766, «ai fini dell'ammissibilità della proposta di concordato preventivo, l'art. 160, comma 2, l. fall. [...] deve essere interpretato nel senso che l'apporto del terzo si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei privilegiati solo allorché risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società debitrice, non comportando né un incremento dell'attivo, sul quale i privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado, né un aggravio del passivo, con il riconoscimento di ragioni di credito a favore del terzo, indipendentemente dalla circostanza che tale credito sia stato o no postergato».

⁴¹ Si veda in merito A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, p. 228. Per quel che concerne il rapporto tra i differenti criteri a tale fine indicati dalla normativa fallimentare sia consentito, tuttavia, rinviare anche a O. DE CICCO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum*, cit., p. 102.

⁴² In proposito si rinvia alle riflessioni di M. SANDULLI, *Commento sub art. 160 l. fall.*, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, II, p. 987; L. PICA, *Il concordato preventivo*, in P. CELENTANO-E. FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, p. 1084; G.B. NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 80. In posizione diversa S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in E. BERTACCHINI-L. GUALANDI-S. PACCHI-G. PACCHI-G. SCARSELLI (a cura di), *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 438, secondo la quale la previsione delle classi rende effettivo il principio della *par condicio creditorum*, neutralizzato dalla moltiplicazione geometrica dei privilegi.

⁴³ Si vedano in merito le lucide riflessioni ancora di M. FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 2009,

Infatti, l'istituto *ex art. 182-bis l. fall.* 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.

Negli accordi di ristrutturazione non è presente alcun residuo del principio paritario tra i creditori giacché l'imprenditore non ha nessun vincolo nella predisposizione del piano di risanamento e raggiunge un accordo con ciascun creditore⁴⁴. Il debitore ha la facoltà, non certo l'obbligo⁴⁵, di ripartire i creditori in classi, senza essere tenuto al rispetto dei criteri di omogeneità della "posizione giuridica" e "degli interessi economici"⁴⁶. Può infatti pre-

p. 711, laddove osserva che «mentre i privilegi (...) trovano fondamento nella inerenza economica di alcuni crediti alla cosa gravata o nel vantaggio che si è procurato il debitore col conseguimento di una certa prestazione, vantaggio che però ridonda anche a favore di terzi; i vantaggi che derivano dalle classi attengono direttamente al beneficio collettivo che si può conseguire con l'accordo, per la sistemazione dell'insolvenza».

⁴⁴ In proposito, F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., pp. 137 e 139 osserva che la *par condicio* «non potrebbe mai ritenersi derogata o 'non rispettata'; infatti mai potrebbe essere nemmeno affermata, giacché essa è logicamente incompatibile con la struttura del negozio», essendoci una irriducibile «antinomia tra accordo e concorso».

⁴⁵ Del resto anche in tema di concordato preventivo è oramai assai prevalente l'opinione per cui la divisione del ceto creditorio rappresenti una mera facoltà del proponente, essendo rimessa alla sua discrezionalità (si veda in proposito S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, p. 542; G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 175; G. LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1132; G. BOZZA, *Formazione delle classi e alterabilità delle gradazioni legislative*, cit., p. 424; *contra* M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Il Fall.*, 2009, p. 437). Si rintracciano in tal senso numerosi indici testuali presenti nella disciplina, simmetricamente sia nel concordato preventivo che in quello fallimentare. In particolare, l'art. 160, comma 1, stabilisce che l'imprenditore "può" e non "deve" raggruppare i creditori in classi a composizione omogenea. Inoltre, sia l'art. 163, comma 1, in relazione all'ammissione del concordato, che l'art. 177, comma 1, in tema di calcolo delle maggioranze, oltre all'art. 182-ter, comma 1, sulla transazione fiscale, fanno riferimento all'ipotesi in cui siano previste diverse classi, lasciando dedurre, a contrario, come non vi siano ostacoli alla loro mancanza, non essendo un carattere necessario del concordato preventivo. Inoltre, non risponderebbe ad una fondata ragione economica la formazione di classi di creditori destinatarie di un medesimo trattamento, in quanto il trattamento differenziato costituisce l'esclusiva finalità per la previsione di classi dal punto di vista del proponente. La creazione di classi omogenee rappresenta quindi il limite previsto dalla legge all'autonomia del proponente di stabilire un trattamento diversificato per creditori appartenenti a classi differenti: in tal senso si comprende e si giustifica la deroga alla *par condicio*, in quanto la formazione delle classi è conseguenza della scelta del trattamento differenziato e non della disomogeneità del ceto creditorio. Infatti, solo se il debitore sceglie di avvalersi della facoltà di proporre un'offerta differenziata tra i creditori dovrà fornire una giustificazione soggetta al sindacato del giudice, il quale dovrà verificare la rispondenza a correttezza dei criteri di suddivisione.

⁴⁶ Nella prassi degli accordi di ristrutturazione dei debiti infatti si registra un frequen-

vedere un trattamento differenziato anche tra creditori aventi le stesse caratteristiche, o financo una percentuale di soddisfazione maggiore per i chirografari rispetto a quella stabilita per i privilegiati (si pensi ad esempio ai fornitori ritenuti strategici ancorché chirografari in caso di continuità aziendale).

Tanto meno il richiamo all'art. 182-ter l. fall. in tema di transazione fiscale autorizza a predicare la necessità di trattare l'Erario in modo non deteriore rispetto ai creditori di rango inferiore⁴⁷.

Inoltre, al momento della conclusione degli accordi di ristrutturazione l'imprenditore, in esito alle trattative con i creditori, potrà anche divergere dalle percentuali di pagamento predisposte inizialmente nella sua proposta, avendo la massima autonomia di contenuto. L'unico vincolo è rappresentato dall'assicurazione della soddisfazione integrale per i creditori che non aderiscono all'accordo, a prescindere dal loro grado di privilegio.

Di conseguenza, in caso di accordo di ristrutturazione dei debiti, la divisione nell'ambito del ceto creditorio non avviene tenendo conto delle cause legittime di prelazione, bensì in base all'adesione o meno all'operazione di salvataggio dell'impresa, modalità caratteristica degli strumenti di gestione negoziale della crisi d'impresa a differenza delle procedure concorsuali liquidatorie⁴⁸.

te uso della divisione in classi tra i creditori, come si osserva in M. FERRO-A. RUGGIERO-A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, Torino, 2009, p. 469. Si vedano in dottrina sul punto L. ABETE, *Tipicità delle cause di prelazione e strumenti di formazione dei privilegi fattuali*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1244; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, cit., p. 561; A. AMBROSINI-P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 196, che individuano nella sostanziale eliminazione della distinzione tra creditori chirografari e privilegiati una delle ragioni di possibile fortuna dell'istituto.

⁴⁷ In proposito, il Trib. Milano, 15 novembre 2011, in *Il Fall.*, 2012, p. 457 osserva che «il richiamo all'art. 182 bis operato in tema di transazione fiscale non comporta l'osservanza delle regole dell'art. 182 ter legate al rispetto della graduazione dei crediti, di talché crediti tributari dedotti in transazione fiscale possono essere soddisfatti in misura deteriore rispetto a crediti estranei ancorché chirografari». Giova peraltro rammentare che la legge di bilancio 2017 (cfr. art. 1, comma 81, della legge 11 dicembre 2016, n. 232) ha peraltro l'eliminazione del divieto di falcidiabilità dell'IVA previsto nell'ambito della transazione fiscale in seguito al venir meno delle ragioni giustificative che ne erano poste alla base dato che, con la sentenza della Corte di Giustizia UE del 7 aprile 2016, causa C-546/14, in *Curia.Europa.eu* è stata definitivamente affermata la piena legittimità della falcidia del credito IVA vantato dallo Stato nei confronti del debitore sottoposto a procedura concorsuale. Pertanto, è ora obbligatoria l'applicazione dell'art. 182-ter l. fall. allorché il debitore intenda formulare una proposta concordataria che preveda il pagamento "parziale o anche dilazionato" dei crediti tributari e contributivi ed è inoltre ammessa la falcidia senza limiti dei detti crediti "se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)".

⁴⁸ Come opportunamente osserva M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ri-*

4.2. La mancanza dell'elemento della concorsualità

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. Giova infatti precisare la differenza tra *par condicio* e concorsualità, divergenza che consente di spiegare come il concordato preventivo, benché presenti dopo la stagione delle riforme una forte deroga alla parità di trattamento dei creditori di cui all'art. 2741 c.c., sia comunque incluso nell'ambito delle procedure concorsuali.

Concorsualità non deve infatti essere intesa quale comune partecipazione alla distribuzione del ricavato della vendita coattiva dei beni del debitore. Sarebbe sufficiente, in proposito, porre mente alla circostanza che nel concordato preventivo o nell'amministrazione straordinaria i creditori non "concorrono" in tal senso.

All'opposto, risulta oltremodo riduttivo individuare il comune denominatore delle procedure concorsuali nella regolamentazione delle condotte dei creditori allo scopo di favorire il perseguimento di un interesse collettivo, ritenendo, come sostenuto da autorevole dottrina, che concorsualità significhi "regolare la corsa" dei creditori per evitare che l'arbitrio del singolo impedisca la realizzazione dell'interesse comune⁴⁹. Per scongiurare approfittamenti o asimmetrie informative basterebbe infatti il combinato disposto della *par condicio* e del principio di buona fede.

Si rivelerebbe forse più appagante considerare la concorsualità, dopo la c.d. stagione delle riforme, come un sistema informato ad offrire un insieme di regole specialmente processuali, ma strettamente legato all'universalità della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c., che permette di mettere in corrispondenza la garanzia patrimoniale alle pretese dell'intero ceto creditorio inteso come gruppo, disciplinando le posizioni di conflitto tra creditori quando il patrimonio si rivela incapiente⁵⁰. Tutte le procedure concor-

strutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate, in *Il Fall.*, 2010, p. 898, infatti «mentre nelle procedure liquidatorie possiamo ancora distinguere fra creditori prededucibili, creditori privilegiati e creditori chirografari, quando la crisi dell'impresa viene regolata con gli strumenti dell'autonomia negoziale queste nozioni tradizionali sono ampiamente recessive. Ormai i creditori si distinguono prevalentemente in relazione agli interessi economici di cui sono portatori e in particolare in relazione al modo in cui partecipano alla gestione della crisi, come co-protagonisti o come semplici comprimari o spettatori». Cfr. in proposito App. Firenze, 7 aprile 2016, in *IlCaso.it*.

⁴⁹ In tal senso si veda G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, 2004, VI, p. 59; Id., *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, p. 4, secondo il quale la concorsualità consiste «nell'allineare tutti i concorrenti dietro un unico nastro di partenza, che impedisca ai più furbi, o ai più informati, di approfittare della confusione per avvantaggiarsi su chi è più indolente o, semplicemente, più corretto».

⁵⁰ Si vedano in merito le osservazioni di G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte speciale*, III, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma,

suali, infatti, interessano l'intero patrimonio del debitore, sia in senso statico che dinamico, e coinvolgono tutti i creditori.

La *par condicio creditorum*, invece, indica uno dei metodi di governo del concorso, ovvero un criterio sostanziale finalizzato a regolare i rapporti tra creditori che, appunto in concorso tra loro, ambiscono alla stessa garanzia patrimoniale,

L'istituto di cui all'art. 182-bis l. fall., benché presenti l'inibizione delle azioni individuali, non presenta una concorsualità né di ordine processuale – come volta a preservare la *par condicio creditorum*, con l'attuazione del 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 preventivo⁵¹. Infatti, difetta una figura che vigili sulla gestione e sulla regolare attuazione degli accordi che il giudice deve omologare⁵².

Inoltre, l'effetto di tutelare il patrimonio da iniziative dei singoli creditori non aderenti è comunque automaticamente collegato all'esclusiva iniziativa del debitore, attraverso la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, senza alcuna mediazione del Tribunale, né attraverso una formale ammissione, né attraverso la concessione di termini, come previsto dall'art. 161, comma 6, l. fall.

A *fortiori* l'eterogeneità tra gli accordi di ristrutturazione e procedure concorsuali emerge adottando la nozione tradizionale di concorsualità, focalizzata sul momento di realizzazione delle singole pretese creditorie mediante una proporzionale liquidazione dell'attivo, in un'ottica volta ad assicurare la paritetica soddisfazione dell'intero ceto creditorio attuando il principio della responsabilità patrimoniale⁵³.

L'ampia autonomia di cui gode l'imprenditore ai sensi dell'art. 1322 c.c. in relazione al contenuto dell'accordo, che gli consente di plasmare l'operazione di ristrutturazione sulle caratteristiche concrete dell'impresa e del ceto credi-

2002, p. 183; ID., *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, Milano, 2004, p. 59; A. DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, Roma, 2009, p. 238.

⁵¹ Sul punto infatti ancora V. DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, cit., p. 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».

⁵² In proposito, cfr. Trib. Bergamo, 19 dicembre 2013, in *Il Fallimentarista.it*, secondo il quale «Non c'è pertanto un interesse qualificabile come “di massa” al miglior soddisfacimento possibile e al rispetto della *par condicio* né, conseguentemente, un organo rappresentativo di tale interesse (quale è il commissario giudiziale nel concordato preventivo), con il compito precipuo di informare il più compiutamente possibile il ceto creditorio in ordine alle prospettive di realizzo del piano e di adempimento della proposta».

⁵³ In proposito si veda A. NASI, *Titolo del credito e concorsualità nell'espropriazione*, Milano, 1986, p. 17, e J.M. GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998, p. 294.

torio, vale a collocare l'istituto *de quo* tra i contratti di diritto privato⁵⁴.

L'imprenditore e i creditori stipuleranno dunque un negozio socialmente tipico, a formazione progressiva, funzionale a perseguire l'obiettivo essenziale del soddisfacimento delle pretese creditorie, in combinato con l'esigenza di ristabilire l'equilibrio patrimoniale e finanziario, in modo da realizzare il salvataggio dell'impresa per mezzo del suo risanamento economico. La norma contenuta nella disciplina fallimentare si limita a concedere, in presenza di determinati requisiti (l'adesione di un numero di creditori che rappresenti almeno il sessanta per cento dell'esposizione debitoria e la capacità di procedere all'integrale pagamento dei creditori estranei), il beneficio dell'esenzione della revocatoria, e a tratteggiare, a testimonianza del *favor* di legge, un percorso agevolativo, stabilendo il divieto di azioni esecutive e cautelari per un determinato lasso di tempo.

Gli accordi di ristrutturazione si presentano dunque come un istituto non solo distinto dal concordato preventivo, ma anche dal novero delle procedure concorsuali.

5. Il contratto sulla crisi d'impresa dopo le ultime riforme della legge fallimentare

5.1. Mantenimento dei peculiari caratteri privatistici

Dopo la riforma di cui al d.l. n. 78/2010 – che ha introdotto la protezione dalle azioni esecutive durante le trattative e dopo la pubblicazione dell'accordo, al pari dell'art. 168 l. fall. in tema di concordato – e la successiva novella ad opera del d.l. n. 83/2012 – che ha previsto quale effetto dell'omologa una c.d. moratoria⁵⁵ per i creditori non aderenti – si ritiene di poter ribadire il carattere negoziale degli accordi di ristrutturazione.

Infatti, sebbene autorevole dottrina abbia parlato di “mutazione genetica” dell'istituto⁵⁶, o di *sub*-concordato semplificato⁵⁷, non si ritiene di poter in-

⁵⁴ Sul punto cfr. App. Torino, 3 agosto 2015, in *IlFallimentarista.it*, secondo cui gli accordi di ristrutturazione dei debiti non devono necessariamente essere connotati da un contenuto tipico, essendo al contrario rimessi alla libertà negoziale in quanto contratti di diritto privato non riconducibili alle procedure concorsuali.

⁵⁵ Da non confondersi con la “convenzione di moratoria” di cui all'art. 182-septies l. fall.

⁵⁶ Opina in tal senso M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, cit., p. 899, il quale aggiunge che dopo la 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 l. fall. alla stregua di una procedura concorsuale G. TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, cit.; 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, p. 17, sulla scorta di precedente dottrina tra

ferire una ricostruzione dell'istituto quale "simulacro" di procedura concorsuale 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.

Al contrario, si può 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.

Benché sia diffusa l'opinione che qualifica il procedimento di concessione della protezione della fase delle trattative come un procedimento cautelare in senso tecnico⁵⁸, strumentale alla successiva fase di merito, come si vedrà più specificamente nel successivo paragrafo 5.3, si tratta invece di una misura di tutela che termina necessariamente dopo (massimo) sessanta giorni, dopo i quali il diritto dei creditori di aggredire il patrimonio dell'imprenditore si riespande⁵⁹.

Inoltre, 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 l. fall., 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,

cui cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., *passim*; S. BONFATTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 480.

⁵⁷ Così, P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, p. 23.

⁵⁸ In tal senso cfr. I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, cit., p. 1084; G.B. NARDECCHIA, *Sub art. 182-bis l. fall.*, in C. CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010, p. 833; A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.)*. Presupposti, procedimento ed effetti dell'anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi, cit., p. 25; M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, cit., p. 903.

⁵⁹ In proposito, M. MONTANARI, *La protezione dell'imprenditore in crisi*, in M. FABIANI-A. GUIOTTO (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012, p. 142, sottolinea l'assenza di strumentalità tra il procedimento ex art. 182-bis, comma 6, e il successivo giudizio di omologazione, laddove un rapporto di strumentalità si lascerebbe apprezzare rispetto all'accordo, e non alla relativa omologa.

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 aggiunta, non è presente alcuna fase di ammissione alla procedura, il cui inizio dipende esclusivamente dall'iniziativa privatistica e stragiudiziale dell'imprenditore debitore. Tanto meno si riscontra la presenza di organi della procedura o di un vincolo di maggioranza, operandosi in spregio ad ogni principio di concorsualità e di *par condicio creditorum*⁶⁰.

L'effetto di tutelare il patrimonio da iniziative dei singoli creditori non aderenti è inoltre automaticamente collegato all'esclusiva iniziativa del debitore, attraverso la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, senza alcuna mediazione del Tribunale, né attraverso una formale ammissione, né attraverso la concessione di termini, come previsto dall'art. 161, comma 6, l. fall.

L'introduzione dell'art. 182-*quater* l. fall. non va intesa nel senso di ribadire la disposizione di cui all'art. 111 l. fall., come se il legislatore volesse implicitamente affermare la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione. La nuova disposizione introdotta, infatti, non assolve ad una funzione meramente 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 infatti 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 l. fall. 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 giustificerebbe il nuovo art. 182-*quater* l. fall., riconoscendogli una forte e autonoma portata innovativa, funzionale ad estendere il beneficio della prededuzione sia per il concordato preventivo che per gli accordi di ristrutturazione dei debiti⁶¹.

⁶⁰ Ribadisce la natura privatistica degli accordi G. CARMELLINO, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma*, in *Il Fall.*, 2011, p. 1222, e in giurisprudenza, tra le tante, l'analitica motivazione della pronuncia del Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *IlCaso.it*; Trib. Udine, 30 marzo 2012, *ivi*; App. Napoli, 1° dicembre 2014, *ivi*; Trib. Reggio Emilia, 13 aprile 2015, *ivi*; App. Torino, 3 agosto 2015, in *IlFallimentarista.it*; App. Firenze, 7 aprile 2016, in *IlCaso.it*; Trib. Forlì, 5 maggio 2016, *ivi*; Trib. Milano, 10 Novembre 2016, *ivi*.

⁶¹ 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, p. 199.

Non a caso la giurisprudenza ha affermato che non spetta la prededuzione *ex art. 111 l. fall.* ai professionisti che hanno provveduto alla predisposizione dell'accordo di ristrutturazione del debito «in quanto la fattispecie presenta caratteristiche prettamente privatistiche, come tale estranea alle procedure concorsuali in genere, non essendo prevista una fase di ammissione dei crediti, non essendovi organi pubblici destinati alla gestione del procedimento, non applicandosi il principio maggioritario e quello della *par condicio creditorum* e non sussistendo luogo deputato per la discussione e approvazione della proposta, con conseguente estraneità della fattispecie di cui all'art. 111 l. fall.»⁶².

Per quanto attiene alla possibilità di commutazione alternativa tra concordato e accordo di ristrutturazione, 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 l. fall.*⁶³.

5.2. Contratto sulla crisi d'impresa ed effetti sui creditori non aderenti

A sostegno della natura concorsuale degli accordi, non vale neppure affermare che la ristrutturazione si estenderebbe ai creditori non aderenti in

⁶² Così, Trib. Verona 16 febbraio 2015, in *IlCaso.it*.

⁶³ Cfr. le riflessioni di M.P. PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 569. In proposito è poco perspicuo – oltretutto singolare – quanto affermato dal Trib. di Velletri, il 20 marzo 2014, in *IlCaso.it*, secondo il quale «il richiamo contenuto nel terzo comma dell'articolo 182-bis L.F. agli effetti tipici che conseguono al deposito del ricorso per concordato con riserva di cui all'articolo 161, comma 6, L.F. deve intendersi riferito anche alle prescrizioni limitative e al controllo di vigilanza degli organi della procedura. Pertanto, qualora al deposito del ricorso per concordato con riserva faccia seguito la domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti, i limiti tipici della procedura del concordato con riserva e la vigilanza degli organi della procedura tramite il commissario giudiziale eventualmente nominato (ivi compresa la possibilità di evidenziare condotte rilevanti ai sensi dell'articolo 173 L.F.) spiegheranno i loro effetti e si protrarranno sino all'omologa dell'accordo di ristrutturazione». Infatti, il sub-procedimento relativo al concordato c.d. in bianco è naturalmente destinato ad estinguersi sia in caso di mancato deposito del piano e della proposta concordataria ovvero della domanda ai sensi dell'art. 182-bis l. fall., sia qualora sfoci nella fisiologica ammissione alla procedura concordataria ovvero nell'accesso al procedimento di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Giova sottolineare, a tal proposito, come a seguito del successivo accesso alla procedura di omologa degli accordi di ristrutturazione sia diffusa in alcuni tribunali la prassi di emanare provvedimenti di estinzione dell'originario ricorso ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall. (cfr. Trib. Reggio Emilia, decreto 12/13 agosto 2013, inedito). Quindi, dalla pubblicazione degli accordi ed dal deposito del ricorso *ex art. 182-bis l. fall.* non si applicheranno più le norme relative al c.d. pre-concordato.

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 validità⁶⁴. 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 l. fall.: il contratto di cui all'art. 182-bis l. fall. produce infatti certamente effetti *ultra vires* sul piano oggettivo, ma non su quello soggettivo⁶⁵. In particolare, il comma 1 dell'art. 182-bis l. fall. 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.

Del resto, lo stesso art. 1372 c.c. nell'escludere che il contratto produca effetti per i terzi, fa salvi i casi previsti dalla legge.

Tale profilo è sottolineato da una recente sentenza di merito che ribadisce come l'istituto *ex art. 182-bis l. fall.* sia «ontologicamente diverso dalle procedure concorsuali», aggiungendo che «poiché gli accordi integrano un "momento" negoziale, qualificato da un procedimento inteso a garantire all'autonomia contrattuale di debitore e creditori aderenti determinati effetti, ne consegue la completa inefficacia degli stessi rispetto a tutti i soggetti estranei, in conformità al principio generale per cui il contratto vincola soltanto le sue parti, salvo le eccezioni previste dalla legge (art. 1372, comma 2 c.c.)»⁶⁶.

Inoltre, un intervento eteronomo sui termini di pagamento non sarebbe un'anomalia del sistema atteso che la legge è ormai entrata in maniera inva-

⁶⁴ In tal senso, cfr. G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, cit., p. 233, contra A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 33, che lo considera un requisito per l'omologa.

⁶⁵ In argomento, valgono le osservazioni ancora di A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 33; A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 349; ID., *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, cit., p. 633.

⁶⁶ Così, App. Napoli, 1° dicembre 2014, in *IlCaso.it*. Analogamente, cfr. Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 2275.

siva in argomento con la disciplina contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231).

In aggiunta – come si approfondirà nel prosieguo dell'analisi al capitolo V – occorre considerare che la fonte della moratoria di centoventi giorni nel pagamento integrale dei creditori estranei, è non già l'accordo stipulato tra il debitore e i creditori ma la legge, che la collega all'omologa giudiziale. Di conseguenza, la previsione dell'inesigibilità dei crediti si pone su un piano totalmente alieno rispetto a quello contrattuale e non a questo contrario, inserendosi nel procedimento previsto dall'art. 182-bis l. fall. per tutelare il contratto sulla crisi d'impresa⁶⁷.

Giova 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 difesa⁶⁸. Infatti, non si può certo far discendere l'incostituzionalità o meno di una norma dalla natura giuridica attribuita all'istituto disciplinato⁶⁹. Per di più, il legislatore gode di un potere discrezionale nella ricerca di un temperamento dei diversi interessi coinvolti dalla crisi e la disciplina tratteggiata dall'art. 182-bis l. fall. non pare più gravosa rispetto al trattamento riservato nel concordato preventivo ai creditori dissenzienti, nonché rispetto alla previsione contenuta nella disciplina del sovraindebitamento della moratoria di un anno dall'omologazione per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca. Oltre tutto, negli accordi di ristrutturazione gli effetti sfavorevoli verso i terzi sono provvisori e comunque compensati dal diritto ad ottenere l'integrale pagamento.

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. 177 l. fall. per il concordato preventivo. Tanto è vero che i creditori dissenzienti, in caso di

⁶⁷ Si vedano in proposito le riflessioni di L. FOLLIERI, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel «prisma» del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1099.

⁶⁸ Si veda, in merito, F. LAMANNA, *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, cit.; e M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, cit.

⁶⁹ In tal senso cfr. S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 110. Sulla legittimità costituzionale degli accordi di ristrutturazione cfr. l'analisi di M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 519.

fallimento, 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.

5.3. *Il giudice come facilitatore e stabilizzatore dell'accordo*

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 ulteriore “ombrello protettivo” rispetto a quello già riconosciuto nella versione originaria con riferimento all'esenzione dalla revocatoria. In particolare 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 certamente una maggiore proceduralizzazione 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 dilatoria⁷⁰.

In particolare l'autorità giudiziale nel corso delle trattative, solo però su richiesta del ricorrente, è tenuto a valutare la “completezza della documentazione”, effettuando, inoltre, un controllo di legalità riferito ai presupposti richiesti dalla norma⁷¹. 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 liti-spendenza.

⁷⁰ Sul punto, pur in tema di concordato, le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *IlCaso.it*) hanno affermato che «quando lo scopo del debitore non è quello di regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma quello di differire la dichiarazione di fallimento, la proposta di concordato si deve considerare inammissibile, secondo i principi affermati da questa Corte in tema di abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti».

⁷¹ In proposito, la decisione del Trib. Roma, 4 novembre 2011, in *IlCaso.it*, ha stabilito che «l'inibitoria di cui all'articolo 182-bis, comma 6, l. fall. – 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 primo comma” 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. Trib. Roma, 13 marzo 2012, in *Unijuris.it*.

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 proposta, 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 invece una relazione del professionista, 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'operazione⁷².

Il giudice, pertanto – come già anticipato al paragrafo 4 del capitolo I – 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 formazione⁷³.

La natura essenzialmente contrattuale degli accordi di ristrutturazione non viene, pertanto, in alcun modo minata dall'implementazione del controllo giudiziale, vista la stretta correlazione tra contratto e controllo. Sebbene all'interno di una serie diacronica di atti richiesti dalla legge – accordo – pubblicazione – omologa – sia richiesto un atto giurisdizionale (o più d'uno considerando il decreto con cui si dispone il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive durante le trattative), l'art. 182-*bis* l. fall. non limita lo spazio di autonomia. Infatti, lo stesso accordo senza i momenti giurisdizionali costituisce pur sempre un contratto valido ed efficace quale

⁷² In particolare, il Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in *IlCaso.it*, ha precisato che «Nel giudizio di omologazione il tribunale deve vagliare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni processuali elencate dall'art. 182-*bis*, 1° comma, l. fall., tra cui il raggiungimento della percentuale di adesioni del 60% dei crediti rispetto al passivo complessivo del debitore, la prova dell'avvenuto deposito dell'accordo presso il registro delle imprese, la competenza del tribunale adito, la qualità di imprenditore commerciale del debitore istante, la sussistenza dello stato di crisi, la verifica del deposito della relazione dell'esperto e della documentazione prevista dal richiamato art. 161 L.F.».

⁷³ Tale terminologia è utilizzata da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., 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*.

semplice concordato stragiudiziale, in quanto gli effetti legali della omologazione o degli altri atti richiesti dalla norma sono a tutela degli accordi di ristrutturazione e non contro il risultato dell'autonomia dei contraenti.

È pur vero che il Regolamento 20 maggio 2015, n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza (che riforma il Regolamento n. 2000/1346)⁷⁴ comprende nell'Allegato A tra le procedure italiane gli accordi di ristrutturazione dei debiti – a differenza della versione datata 24 luglio 2008 dell'allegato A del Regolamento n. 2000/1346, in cui la stessa figura di cui all'art. 182-*bis* l. fall. non è annoverata tra gli *insolvency proceedings*⁷⁵ –, tuttavia, giova osservare come le “procedure” ricomprese nel nuovo regolamento non siano caratterizzate né dal requisito della concorsualità né da quello del pieno spossessamento⁷⁶. Non a caso durante i negoziati per l'adozione del nuovo regolamento, vi sono stati dubbi sull'inclusione nel suo campo di applicazione dello *scheme of arrangement* inglese e della *sauvegarde financière accélérée* francese⁷⁷.

Pertanto, l'inserimento degli accordi di ristrutturazione in tale Regolamento si giustifica con l'obiettivo della nuova disciplina di ampliare il proprio campo di applicazione estendendolo alle procedure non concorsuali, non caratterizzate dallo spossessamento del debitore nonché a quelle aventi carattere non meramente liquidatorio ma anche di ristrutturazione, in una prospettiva che mira alla «convergenza delle procedure di insolvenza e di ristrutturazione», al fine di favorire «la tempestiva ristrutturazione di imprese vitali in difficoltà finanziarie»⁷⁸.

Inoltre, nell'art. 101, comma 5, del Testo Unico delle imposte sui redditi

⁷⁴ Si tratta del Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione) è pubblicato in G.U.U.E. del 5 giugno 2015, n. L 141 entrato in vigore il 26 giugno 2015. Per una approfondita analisi si veda P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Il Fall.*, 2015, p. 1026.

⁷⁵ Neppure 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 riscontrava il riferimento agli accordi di ristrutturazione della disciplina italiana.

⁷⁶ Cfr. il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione), pubblicato in G.U.U.E. del 5 giugno 2015, n. L 141, il cui art. 2 definisce “procedura concorsuale” «una procedura che comprende tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura stessa».

⁷⁷ In proposito cfr. F. IODICE, *Scheme of arrangement tra raccomandazione della Commissione e riforma del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Il Fall.*, 2015, p. 1093; A. JORIO, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Il Fall.*, 2015, p. 1070 e G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Il Fall.*, 2015, p. 1057.

⁷⁸ Così Comunicazione COM(2015) 468 contenente il “Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali, par. 6.2. Si veda in proposito Trib. Milano, 10 novembre 2016, in *Il Caso.it*.

(d.p.r. n. 917/1986) gli accordi di ristrutturazione dei debiti risultano distinti rispetto alle procedure concorsuali.

In aggiunta, con la l. n. 111/2011 che ha convertito il d.l. n. 98/2011 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 accade 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'istituto⁷⁹.

Nella riforma del 2012, è stato introdotto, tra gli altri, 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'ultimo 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 l. fall.

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, attuandosi una sorta di spossessamento.

Tuttavia, giova osservare come sia nel concordato preventivo sia nel fallimento, là dove l'ordinamento prevede una sottrazione totale o parziale della facoltà di disposizione in capo all'imprenditore, è sempre individuato un organo tecnico con poteri sostitutivi o di vigilanza nella gestione del patrimonio del debitore: infatti nella procedura concordataria è contemplata la figura del commissario giudiziale mentre nel fallimento vi è il curatore, cui è affidata l'amministrazione del patrimonio fallimentare⁸⁰.

Non rintracciandosi nell'art. 182-*quinquies* l. fall. alcuna figura analoga a quelle previste nelle procedure concorsuali, ad un'analisi più profonda della norma, avvalendosi dell'interpretazione sistematica e funzionale, emerge

⁷⁹ Sul punto si veda F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 135.

⁸⁰ Cfr. in proposito C.L. APPIO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012, p. 29.

pertanto come la finalità di tale disposizione sia esclusivamente quella di preconstituire un'ulteriore causa di esenzione dalla revocatoria orientata nello stesso senso di quella prevista dall'art. 67, comma 3, lett. e.

6. *Natura contrattuale dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari*

L'art. 182-septies l. fall., introdotto dal d.l. n. 83/2015, convertito con la l. n. 132/2015, ha previsto – come anticipato nel precedente capitolo – l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari.

La previsione del meccanismo di propalazione degli effetti di quanto stabilito dal debitore e dai creditori aderenti anche nei confronti dei creditori terzi potrebbe far propendere per una qualificazione nel senso di procedura concorsuale di tale fattispecie di accordo di ristrutturazione⁸¹.

Tuttavia, vi sono numerosi argomenti di natura letterale e sistematica dai quali poter dedurre la stretta natura privatistica di tale nuova tipologia⁸².

In primo luogo, la stessa lettera della disposizione, là dove al primo comma precisa che «la disciplina di cui all'articolo 182-bis, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto», connette l'istituto alle norme sul contratto in generale.

Infatti, innanzitutto si afferma come la nuova figura rappresenti una *species* degli accordi di ristrutturazione disciplinati all'art. 182-bis l. fall. Tale inciso indica esplicitamente che la nuova norma dell'art. 182-septies l. fall. non inserisce nel sistema un nuovo istituto, ma si limita ad integrare la disciplina generale sugli accordi ai sensi dell'art. 182-bis l. fall. – di cui quindi mantiene la natura contrattuale – in presenza di alcuni presupposti soggettivi, ossia la sussistenza di debiti verso intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo.

Rispetto alla tipologia contemplata dall'art. 182-bis l. fall. si conferma invero il mancato spossessamento del debitore, la mancanza di un provvedi-

⁸¹ In tal senso, M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 537; M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 1452 e L. VAROTTI, *Art. 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare – II parte)*, cit., p. 6, secondo il quale, in tale fattispecie, si realizzerebbe «un ribaltamento della regola di formazione del consenso che, all'interno della categoria di creditori, prende forme simili a quelle del concordato preventivo».

⁸² In ordine alla natura negoziale dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall., orientamento largamente prevalente in giurisprudenza, sia consentito il rinvio 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, p. 376. Per una differente opinione e per un dettagliato esame delle varie posizioni in merito si veda P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, p. 109.

mento di apertura del procedimento, l'assenza di un organo che vigili su di esso, la possibilità di un trattamento differenziato per i creditori aderenti, la mancanza di una regola analoga a quella prevista dall'art. 184 l. fall.⁸³. Inoltre, non vi è alcuna deroga al "modello" di cui all'art. 182-bis l. fall. il quale contempla un controllo del Tribunale successivo al perfezionamento dell'accordo, né alla modalità attraverso cui il debitore è tenuto a raccogliere le adesioni alla ristrutturazione (eccetto, come si vedrà, l'obbligo di informazione sull'avvio delle trattative).

Oltre a ciò, il riferito espresso richiamo alle norme civilistiche in tema di efficacia soggettiva del contratto e di negozio a favore di terzo rivela come il legislatore abbia inteso sottolineare che la previsione dell'estensione degli effetti nei confronti dei creditori terzi della stessa categoria non vale a far assumere all'istituto una natura diversa da quella intrinsecamente contrattuale. La nuova norma, quindi, conferma e presuppone che anche gli accordi di ristrutturazione già previsti dall'art. 182-bis l. fall. devono qualificarsi come contratto di diritto privato e non già come procedura concorsuale, altrimenti nell'art. 182-septies l. fall. non sarebbe stato necessario precisare la deroga alle disposizioni codicistiche⁸⁴.

In aggiunta, giova osservare come la caratteristica dell'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti sia presente anche nella disciplina della convenzione di moratoria, contemplata nella stessa disposizione.

Tale nuovo istituto condivide con gli accordi con intermediari finanziari, per espresso rinvio, il presupposto quantitativo⁸⁵ (i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti devono rappresentare il settantacinque per cento dei crediti della categoria) e i presupposti qualitativi per l'efficacia dell'accordo verso i terzi: che le trattative si siano svolte in buona fede; che i creditori non aderenti abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli degli aderenti; che i creditori non aderenti abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti; che siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; e che possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. La natura contrattuale della convenzione di moratoria è resa manifesta dall'utilizzo dello stesso termine "convenzione" che la qualifica esplicitamente in senso negoziale.

⁸³ In tal senso cfr. Trib. Milano, 10 Novembre 2016, in *IlCaso.it*. Si veda in proposito M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *IlCaso.it*, 2015, p. 20.

⁸⁴ Sul punto cfr. G. FALCONE, *La nuova disciplina delle «convenzioni di moratoria» e l'intervento del professionista attestatore*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 562.

⁸⁵ Tuttavia, il quinto comma dell'art. 182-septies l. fall. non rinvia al primo comma che stabilisce come presupposto per l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari la presenza di debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo.

Per di più, occorre considerare come, a differenza del concordato preventivo e invece similmente alla tipologia “generale” di accordi di ristrutturazione di cui all’art. 182-*bis* l. fall., nella fattispecie di cui all’art. 182-*septies* l. fall. non si applichi il principio maggioritario.

Questo esige – oltre alla presenza di una “comunità” in senso stretto di creditori o di una “comunione d’interessi” tale da giustificare un meccanismo di formazione collettiva della volontà – la previsione dell’obbligo di convocazione di un’adunanza dei soggetti destinatari degli effetti, come sede di espressione del voto, nel corso della quale ciascun creditore possa sollevare contestazioni sui crediti concorrenti ed esprimere un voto: nel concordato tale procedimento permette il conseguimento in via automatica, previo controllo del Tribunale, degli effetti di cui all’art. 184 l. fall. La nuova disposizione rimette invece al debitore la raccolta dei consensi, senza alcuna regolamentazione che non sia quella di informare tutti i creditori della categoria dell’avvio delle trattative e di metterli «in condizioni di parteciparvi in buona fede»: non è quindi prevista alcuna forma di votazione o di verifica delle adesioni all’accordo⁸⁶.

Al contrario della procedura concordataria, la propalazione degli effetti nei confronti dei terzi non è preceduta da un controllo da parte dell’autorità giudiziaria sulla sussistenza dei presupposti per l’ammissione e sulla regolarità della formazione delle categorie: solo in sede di omologazione dell’accordo il Tribunale accerterà la ricorrenza dei presupposti sostanziali e procedurali ai fini dell’estensione degli effetti ai creditori non aderenti.

Ancora, diversamente da quanto previsto dall’art. 177 l. fall. per il concordato preventivo, il ricorso allo strumento delle categorie di creditori con posizione e interessi economici omogenei – secondo criteri analoghi a quelli utilizzati per le classi concordatarie – non svolge qui alcuna funzione nella formazione delle adesioni all’accordo, ma è finalizzato solo a stabilire le modalità di propalazione degli effetti ai non aderenti. La stipulazione dell’accordo avviene quindi secondo le regole generali stabilite dall’art. 182-*bis*, comma 1, l. fall.

Un’ulteriore differenza rispetto al concordato preventivo è costituita dalla mancata riproduzione nella norma dell’inciso contemplato dall’art. 160, comma 1, lett. *d*, l. fall. per cui il debitore deve prevedere «trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse» e da quello stabilito dal secondo comma della stessa norma, secondo il quale «il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l’effetto di alterare l’ordine delle cause

⁸⁶ Cfr. per i diversi orientamenti sull’argomento C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *Il Caso.it*, 2015; L. VAROTTI, *Art. 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare – II parte)*, cit., p. 4; G. FAUCEGLIA, *L’accordo di ristrutturazione dell’indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, cit., p. 729.

legittime di prelazione». Tali previsioni nell'ambito del concordato preventivo esprimono residue manifestazioni del principio della *par condicio creditorum* pur nel meccanismo della suddivisione in classi intrinsecamente derogatorio a tale principio.

La circostanza che per le categorie dell'art. 182-septies l. fall. non si ripetano i riferiti incisi conferma come tale fattispecie non configuri una procedura concorsuale ispirata alla *par condicio creditorum*, bensì assuma natura contrattuale soggetta al principio dell'unanimità dei consensi – principio in tale ipotesi derogato dal meccanismo della divisione in categorie, necessario per estendere gli effetti ai creditori non aderenti.

Soprattutto, è di particolare momento che alla figura di cui all'art. 182-septies l. fall. sia estraneo altresì il principio del concorso, ossia l'elemento di universalità che caratterizza qualsiasi procedura concorsuale. Infatti, la diffusione degli effetti verso i creditori non aderenti si realizza non già con riferimento all'intera collettività dei creditori – atteso che sono espressamente fatti salvi i diritti dei creditori non finanziari – ma neppure con riferimento a tutti i creditori appartenenti alla tipologia degli intermediari finanziari. La propalazione dell'efficacia riguarda invero esclusivamente i creditori inseriti in una determinata categoria a condizioni di omogeneità e comparabilità di condizione creditoria⁸⁷. Infatti, l'obbligo posto in capo al debitore di comunicare ai creditori l'avvio delle trattative e di metterli in condizione di parteciparvi «in buona fede» non è nei confronti di tutti i creditori ma solo degli intermediari finanziari ai quali il debitore stesso chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

Del resto, l'utilizzo da parte del legislatore del termine “categorie” in luogo di “classi”, utilizzato dall'art. 160 l. fall. con riferimento al concordato preventivo, per designare l'analoga facoltà di dividere i creditori secondo criteri di omogeneità di posizione giuridica e interesse economico, può rivelare l'intenzione del legislatore di distinguere l'istituto dalla procedura concordataria⁸⁸. Invero, come detto, nella fattispecie dell'art. 182-septies l. fall.

⁸⁷ Si vedano in proposito le lucide riflessioni di B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 817.

⁸⁸ In tal senso cfr. C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, cit.; contra F. LAMMANA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: un primo commento, cit., secondo il quale «il Governo ha ritenuto di poter aggirare l'ostacolo disegnando una sorta di procedimento di voto in formato minore, mediante il ricorso al sistema delle classi, anche se, per pudore e per evitare una sovrapposizione concettuale con l'istituto previsto in materia concordataria, le ha questa volta chiamate – aristotelicamente – “categorie”». M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 1446, ipotizza che l'utilizzo di un'espressione diversa possa «suggerire la legittimità di una segmentazione per sottogruppi omogenei quanto a posizione giuridica e interessi economici, maggior di quella che la suddivisione in classi potrebbe di per sé in linea generale consentire, senza incorrere

la divisione in categorie non riguarda tutti i creditori – come la divisione in classi nel concordato preventivo – ma esclusivamente gli intermediari finanziari cui il debitore intende estendere gli effetti previsti per la categoria che li comprende.

Si conferma, pertanto, la natura privatistica degli accordi di ristrutturazione, anche nella tipologia con intermediari finanziari, rivelandosi un «istituto ontologicamente diverso dalle procedure concorsuali, un procedimento che “veste” (dall’esterno) un “momento” di natura negoziale, assicurando a quest’ultimo determinati effetti giuridici che, in mancanza di omologazione, non potrebbero determinarsi»⁸⁹.

7. Accordi di ristrutturazione e consecutio tra procedure

La mancanza di natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione comporta inoltre l'impossibilità dell'applicazione dell'istituto della consecuzione delle procedure, il cui persistente vigore è stato ribadito dalla giurisprudenza di legittimità⁹⁰, in caso di esito negativo dell'accordo, cui segua un concordato preventivo e la successiva apertura della procedura fallimentare. Di conseguenza, non si dovrebbe verificare la retrodatazione degli effetti sostanziali della successiva sentenza dichiarativa di fallimento, computando a ritroso il periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria a decorrere

qui in censure di artificiosità e pretestuosità, se non di abusività dell'eccessiva frammentazione, che invece potrebbero sollevarsi in sede concordataria».

⁸⁹ Così, Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 2275.

⁹⁰ La Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Il Fall.*, 2011, p. 30, – ribadita da Cass., 17 febbraio 2012, n. 2335, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, p. 179; e da Cass., 24 marzo 2016, n. 5924, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, – ha affermato che «qualora, a seguito di una verifica *a posteriori*, venga accertato, con la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, che lo stato di crisi in base al quale ha chiesto l'ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo, deve essere retrodata alla data di presentazione di tale domanda, atteso che la ritenuta definitività anche dell'insolvenza che è alla base della procedura minore, come comprovata, *ex post*, dalla sopravvenienza del fallimento, e, quindi, l'identità del presupposto, porta ad escludere la possibilità di ammettere, in tal caso, l'autonomia delle due procedure». Si veda in merito P. BOSTICCO, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, in *Il Fall.*, 2011, 33. Come ha poi confermato il Trib. Forlì, 3 novembre 2015, in *Il Fallimentarista.it*, «Il principio di consecuzione fra procedure (*rectius* fra procedura minore e quella maggiore che la “segue” nel senso previsto dall'art. 69 bis, 2° c., l. fall.) si fonda sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di continuità fra le stesse di natura non tanto temporale, ma piuttosto causale; pertanto, soprattutto in presenza di un rilevante intervallo temporale fra le due procedure, ai fini della retrodatazione del periodo sospetto alla data di pubblicazione della domanda di concordato è necessario verificare se il fallimento sia stato dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione negativa di quel medesimo stato di insolvenza che aveva portato al deposito della domanda concordataria». In senso analogo, più recentemente, cfr. Cass., 29 marzo 2016, n. 6045, in *Il Caso.it*.

dal momento di instaurazione della prima procedura⁹¹.

Tale consecuzione sarebbe negata anche in considerazione del fatto che in caso di rigetto dell'omologazione non vi sarebbe un'automatica dichiarazione di fallimento, essendo venuta meno, in ipotesi di esito infausto della prima procedura, la necessaria successione officiosa senza soluzione di continuità⁹². Non vi sarebbe quindi una consecuzione di procedure e la retrodatazione del *dies a quo* del c.d. periodo sospetto ai fini della revocatoria.

Tuttavia, giova considerare che la *ratio* della retrodatazione del *dies a quo* ha come presupposto la continuità causale e non temporale delle procedure, in quanto assume rilevanza non la mera insussistenza di un intervallo di tempo ma l'identità di crisi economica⁹³.

Pertanto, poiché, come si è detto, dalla riforma del 2007 è stata stabilita, quale condizione di procedibilità per la domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione, la sussistenza di uno stato di crisi, nell'ipotesi in cui si ravvisi un infruttuoso risultato dell'accordo e sopraggiunga la declaratoria d'insolvenza ovvero l'apertura di una procedura concordataria, si potrebbe comunque ipotizzare di far decorrere il periodo sospetto ai fini della revocatoria dalla data di deposito della domanda di omologa dell'accordo⁹⁴.

⁹¹ In proposito si ricorda la posizione che afferma la consecuzione di procedure concorsuali nell'ipotesi in cui un accordo di ristrutturazione omologato sia successivamente risolto FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in S.BONFATTI-G. FALCONE, *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, Milano, 2008, 302; per un opposto orientamento si veda S. BONFATTI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in S.BONFATTI-P.F. CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare*, Padova, 2008, 112; A.CENICCOLA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in E. FORGILLO-P. CELENTANO, Milano, 2008, 1209. Sostengono invece l'impossibilità di retrodatare il periodo sospetto ai fini dell'esperimento delle azioni revocatorie L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 52; V. DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, cit., 260.

⁹² Le Sezioni Unite della Cassazione 15 maggio 2015, n. 9934, in *Il Caso.it*, hanno ribadito come «L'abrogazione espressa della dichiarazione di fallimento d'ufficio ad opera del decreto correttivo n. 169 del 2007, che ha riscritto l'art. 186 legge fall., ha valore meramente ricognitivo di una abrogazione implicita che è stata indotta nel precedente testo dell'articolo dal d.lgs. n. 5 del 2006, che ha riformulato l'art. 6 legge fall. in modo da rendere incompatibile la sopravvivenza dell'istituto nell'ambito della disciplina del concordato preventivo e che ha perciò superato il tralaticio ma disarmonico vecchio testo normativo, divenuto incoerente sia con la abrogazione dell'istituto della dichiarazione di fallimento d'ufficio, sia con il mutamento dei presupposti della procedura di concordato preventivo».

⁹³ In tal senso Cass., 26 giugno 1992, n. 8013, in *Il Fall.*, 1992, p. 1027.

⁹⁴ Tra stato di crisi e insolvenza è infatti ravvisabile solo una differenza di grado, nel senso che il primo presupposto coinciderebbe con l'insolvenza reversibile prevista nella vecchia procedura di amministrazione controllata (in merito Cass., 28 febbraio 2000, n. 2211, in *Dir. fall.*, 2001, II, 382). Infatti la nozione di *crisi d'impresa*, mutuata dalle scienze aziendalistiche, indica la situazione di *distress* economico dell'impresa, che soltanto a posteriori all'esito infausto dei tentativi di ristrutturazione o di composizione concordata potrà essere configurata come insolvenza, dando luogo alla dichiarazione di fallimento (cfr. Cass., 28 novembre 2008, n. 28445, in *Il Fall.*, 2009, 739; Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Il Fall.*, 2011, 30). D'altra parte numerose pronunce hanno ritenuto sufficiente

È però necessario che il fallimento sia stato dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione negativa della stessa crisi economica, sia pur di diversa gradazione, che aveva comportato *illo tempore* il perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione.

L'elemento temporale non risulta però inconferente in quanto la sussistenza di un breve lasso di tempo costituisce un indizio, ai sensi dell'art. 2727 c.c., al fine della presunzione *iuris tantum* del rapporto identitario tra la crisi a fondamento dell'accordo *ex art.* 182-*bis* e la crisi presupposto dell'apertura della successiva procedura concorsuale. Ovviamente il terzo convenuto in revocatoria sarebbe tenuto eventualmente ad eccepire l'interruzione del collegamento causale.

Stante la qualificazione in senso privatistico dell'istituto in esame deve ritenersi inapplicabile l'art. 4 del d.lgs. n. 170/2004 che, in materia di contratti di garanzia finanziaria, consente al creditore di escutere il pegno anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione⁹⁵. Oltre alla lettera della suddetta disposizione, l'interpretazione in senso funzionale del divieto di azioni esecutive e cautelari previsto dall'art. 182-*bis* l. fall., induce a concludere per l'inclusione nel divieto anche dell'impedimento di procedere all'escussione del pegno.

8. La necessità di un'analisi di diritto civile

L'imprenditore in crisi nel perfezionare questi accordi esercita dunque un interesse legittimo di diritto privato, figura capace di attribuire una specifica qualificazione sostanziale a situazioni di interesse prodotte da poteri privati.

Tale qualificazione si configura genericamente nella fattispecie in cui la realizzazione della posizione di vantaggio di un soggetto dipende dall'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'esercente una potestà di diritto privato⁹⁶. All'interesse dell'imprenditore corrisponde quello tutelato dei cre-

al fine di integrare l'insolvenza l'inadempimento anche di un solo debito se il mancato soddisfacimento sia indice di una condizione di dissesto (si veda *ex multis* Trib. Sulmona, 20 maggio 2010, in *Il Fall.*, 2010, 997). Conseguentemente la giurisprudenza di merito successiva alla riforma ha più volte qualificato la crisi d'impresa in termini descrittivi, quale *situazione di squilibrio economico o di difficoltà finanziaria non ancora sfociate nel dissesto irreversibile* (così Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Il Fall.*, 2006, 222) ovvero in termini di *situazione di minore gravità potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza* (in tal senso Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, 570).

⁹⁵ Si veda in merito M. FERRO, *La protezione contro gli atti di malgoverno del debitore e di autotutela dei creditori nelle differenti procedure*, in *Il Fall.*, 2009, allegato, 19.

⁹⁶ Cfr. in tema V. GRECO, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 640. Sull'interesse legittimo di diritto privato è imprescindibile l'analisi di L. BIGLIAZZI GERI, in *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 190 e Id., voce *Interesse Legittimo: diritto privato*, in *Dig.*

ditori, e di ogni altro titolare di un interesse contrario, di opporsi all'omologazione entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese.

Il piano o programma di ristrutturazione, una volta ottenuto il consenso definitivo dei creditori, costituirà l'oggetto dell'accordo di ristrutturazione, ovvero di un contratto di diritto privato che costituisce lo strumento di attuazione del piano⁹⁷.

Tuttavia, a differenza del piano attestato di risanamento che è un atto imposto unilateralmente e non produce un effetto novativo nei rapporti di debito-credito⁹⁸, con l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione si realizza invece la novazione del rapporto debitore-creditore. Nondimeno, l'effetto novativo (art. 1230, comma 2, c.c.) si potrebbe ottenere ugualmente anche in caso di esito negativo del giudizio omologatorio, qualora alla stipula del negozio risulti in modo "non equivoco" dalla volontà delle parti, e sarà efficace, come prescrive l'art. 1234 c.c., solo se sussiste l'obbligazione originaria⁹⁹.

Disc. Priv., IX, Torino, 1993, p. 527. Si vedano in merito anche le riflessioni contenute in U. BRECCIA-L. BRUSCUGLIA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001.

⁹⁷ Secondo G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2462, «non vi possono essere "piani" senza "accordi", come non vi possono essere "accordi" senza "piani"». Lo stesso autore (cfr. G. LA CROCE, *Il confezionamento di un piano di salvataggio dell'impresa in crisi da attestare*, cit., p. 980) afferma che «appare utile domandarsi come sarebbe altrimenti possibile misurare l'«attuabilità» dell'accordo medesimo e, particolarmente, la sua «idoneità a consentire l'integrale pagamento dei creditori estranei», se non misurandone gli effetti all'interno di un piano di impresa della durata temporale pari alla durata dell'accordo. È, dunque, il piano di risanamento, cioè, la parte economica – il rovescio della stessa medaglia – che determina l'idoneità dell'accordo, il quale assume rispetto al piano la funzione di strumento di sua attuazione. Volendo mutare un concetto dalla scienza sociologica potremmo affermare che l'accordo costituisce la sovrastruttura che mantiene la struttura del piano coerente e non viceversa». Pertanto, il piano attestato di risanamento è solo apparentemente un atto unilaterale, dato che per salvare l'impresa è necessario comunque il consenso di tutti o parte dei creditori: invero, come è stato evidenziato, «non c'è accordo senza piano e non c'è piano senza accordo» (in tal senso G. LOMBARDI-P. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 738. Analogamente, secondo F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit. p. 99: «il piano, mentre può essere progettato dal debitore in assoluta solitudine, invece non può essere praticamente attuato che nella condivisione degli obiettivi perlomeno tra quel debitore e i suoi creditori».

⁹⁸ Il piano attestato di risanamento consente in ogni caso ai creditori dissenzienti di risolvere in via concorsuale la crisi, o di agire sperando azioni cautelari o esecutive. la composizione dell'insolvenza deve necessariamente avere uno sbocco relazionale (deve essere cioè definita con quegli stessi creditori). Un'ulteriore differenza del piano attestato rispetto agli accordi di ristrutturazione si ravvisa nell'assenza, nel primo istituto, di un controllo del giudice, se non *ex post* quando il piano non ha funzionato e ci sono delle operazioni compiute in esecuzione del piano, sopravviene il fallimento nel periodo sospetto.

⁹⁹ Sulla novazione in generale si veda su tutti C.B. PUGLIESE, *La novazione*, in M. PALADINI (a cura di), *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, Torino, 2010, p. 3.

Si rammenta, in proposito, che la novazione costituisce una modalità di estinzione dell'obbligazione diversa dall'adempimento, in virtù della quale avviene la sostituzione delle nuove obbligazioni assunte con l'accordo a quelle precedenti, fatte salve le modificazioni accessorie, che non implicano novazione, tra cui quelle relative ad una semplice modifica dei termini e/o delle modalità di pagamento. L'applicazione della disciplina sulla novazione comporta l'estinzione di privilegi, pegni e ipoteche eventualmente a garanzia del credito originario, nell'ipotesi in cui le parti non abbiano espressamente convenuto di mantenerli per il nuovo credito, ai sensi dell'art. 1232 c.c.

Allo stesso modo ove vi siano dei terzi garanti dell'imprenditore in crisi occorre evidenziare la volontà di mantenere tali garanzie nell'accordo, giacché altrimenti, *ex art.* 1300 c.c., si realizzerà un effetto liberatorio anche rispetto ai condebitori solidali: pertanto, secondo l'art. 1233 c.c., i privilegi, i pegni e le ipoteche che garantivano il credito anteriore potranno essere conservati soltanto sui beni dell'imprenditore in crisi.

Dall'accordo potranno inoltre derivare effetti remissori sulle obbligazioni precedentemente assunte. Tali contratti di risanamento saranno validi ogni qualvolta gli interessi perseguiti risultino meritevoli di tutela, infatti in caso di insuccesso dell'accordo, l'eventuale successivo fallimento dell'imprenditore non sarà causa di risoluzione del contratto stesso (a meno che non sia stato previsto come condizione risolutiva espressa), ma indicherà la misura dell'importo per il quale i creditori aderenti potranno domandare l'ammissione al passivo. Si permette così all'autonomia privata di esplicarsi in un quadro di regole eteronome esaltando l'intreccio virtuoso fra crisi d'impresa e contratto.

Valga in merito ricordare che la regola privata è forgiata nell'osservanza di norme create «non da parte dello stesso titolare dell'interesse cui quelle regole vanno applicate, ma da parte di un soggetto estraneo», rivelandosi dunque eteronome¹⁰⁰. Occorre inoltre considerare come «il valido esercizio dell'autonomia è condizionato all'adempimento di determinati oneri identificati, dall'esterno, dall'ordinamento»¹⁰¹.

Sembrano riecheggiare le parole di Luigi Einaudi allorché afferma che «l'uomo liberale non si oppone alla estensione del metodo dei vincoli, delle norme obbligatorie dai campi già regolati dal diritto romano a quello dei

¹⁰⁰ Non si concorda pertanto con chi a proposito della disciplina delle soluzioni negoziali della crisi parla di «gestione autocratica» (M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 498, osserva che «La gestione eteronoma si converte in gestione autocratica: il primato da sempre riconosciuto alla legge della crisi cede il posto all'autonomia dei soggetti coinvolti»), in quanto nell'autocrazia il sovrano ricava la propria autorità direttamente da sé stesso mentre nel caso dell'autonomia privata è pur sempre la legge eteronoma a stabilire e delimitare la latitudine entro cui la regola privata può muoversi.

¹⁰¹ Così G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 12, il quale a sua volta cita P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, p. 335.

rapporti economici e sociali nati nelle età moderne; ma vuole che i vincoli siano uguali per tutti, oggettivamente fissati e non arbitrari»¹⁰².

La composizione negoziale dell'insolvenza affida dunque allo strumento del contratto il governo della crisi rimettendosi al diritto civile¹⁰³, nelle cui risorse bisogna rintracciare i mezzi per razionalizzare i rischi gestori di un'attività condotta nei confronti di un'impresa in dissesto, in modo da evitare i pericoli di una prospettiva di "anarchia di mercato" e al fine di colmare le numerose lacune che la norma-cornice di cui all'art. 182-bis, pur duttile e cautelativa, presenta.

Infatti, affidando meramente la gestione della crisi d'impresa al c.d. mercato non sarebbero i creditori in quanto tali ad avere maggior potere, ma unicamente le classi di creditori più strutturate e forti i quali avrebbero "le redini" della gestione dell'insolvenza, potendo prevalere anche sugli appartenenti al ceto creditorio connotati di maggiore debolezza¹⁰⁴.

Le posizioni dei vari contraenti sono caratterizzate da un intrinseco squilibrio, foriero di soluzioni ingiuste in quanto al potenziamento del carattere "bancocentrico" del sistema economico si accompagnerebbe il pericolo di un peggioramento della qualità del sistema dei pagamenti per la generalità dei creditori¹⁰⁵.

Del resto, il ricorso alle clausole generali come la buona fede, la diligenza, la correttezza professionale, o l'abuso del diritto, mediati attraverso l'ele-

¹⁰² L. EINAUDI, *Discorso elementare sulle somiglianze e sulle dissomiglianze fra liberalismo e socialismo*, in Id., *Prediche inutili*, IV, Torino, 1957, p. 218.

¹⁰³ In tema N. IRTI in *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 108 osserva che «l'unità del diritto privato andrebbe perduta, se, accanto al regime degli scambi civili, si delineasse a mano a mano un regime degli scambi commerciali: il rischio può evitarsi [...] ricostruendo il diritto privato intorno all'impresa e ridefinendo, con lucidità di analisi la funzione e la misura della volontà individuale».

¹⁰⁴ Come sostiene M. FABIANI in *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *Il Fall.*, 2008, p. 5. In proposito appare fondata la preoccupazione di E. GABRIELLI, in *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Id., *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006, p. 290, laddove afferma la necessità di evitare che la figura degli accordi di ristrutturazione divengano «una sorta di schermo protettivo dietro il quale giustificare quelle costruzioni di c.d. "ingegneria concorsuale" che in realtà sovente nascondono vere e proprie operazioni illecite o comunque poste in essere in frode ai creditori o ad alcune delle loro possibili "classi"». A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, cit., p. 905 appare particolarmente critico rispetto ai pericoli della stessa impostazione privatistica laddove afferma che «nei secoli, l'insolvenza dell'impresa, mai è stata considerata come una situazione da abbandonare all'autonomia dei privati», per cui «l'abbandono della crisi dell'impresa all'iniziativa dei "creditori forti" è un fenomeno patologico che non va subito con rassegnazione». Si veda sul tema anche G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, cit., p. 1047 e G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 2 p. 6. In merito alle lacune ed imprecisioni della normativa cfr. su tutti G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 20 e F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, cit., p. 705.

¹⁰⁵ Cfr. G. ROSSI, *Introduzione*, in *Atti del convegno di studi "Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali"*, Milano, 2006, p. 15.

mento della ragionevolezza, possono rappresentare utili criteri per orientare e valutare la condotta delle parti, oltre che l'attuabilità dell'accordo¹⁰⁶. Infatti, «norme e clausole generali, nel mutamento complesso delle transazioni che presuppongono adempimenti pecuniari, contribuiscono a definire il limite della legittima pretesa del creditore»¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Torna alla mente il passo del Digesto secondo cui «*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*» *Corpus Giustiniano, Digesto*, "De diversis regulis iuris antiqui". 50,17,1 (da Paolo, *ad Plautium*, libro 16).

¹⁰⁷ In tal senso, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 2.

CAPITOLO III

ARCHITETTURA STRUTTURALE DEGLI ACCORDI

SOMMARIO: 1. Il contenuto articolato dell'accordo. – 1.1. La prospettiva del creditore. – 1.2. La prospettiva del debitore. – 2. Le posizioni relative al concordato stragiudiziale: tra Scilla e Cariddi. – 3. L'astrattezza categoriale del contratto plurilaterale ... – 3.1. Reciproci condizionamenti tra creditori e rapporto con la transazione. – 3.2. Elemento causale e adesione dei creditori. – 3.3. La sfuggente individuazione del contratto plurilaterale. – 4. ... o "l'incerto causalismo" del collegamento negoziale? – 4.1. La rilevanza dell'intento di scongiurare il fallimento. – 4.2. Causa in concreto e collegamento negoziale. – 5. La struttura degli accordi in seguito all'introduzione dell'art. 182-bis l. fall. – 5.1. Gli accordi come collegamento negoziale. – 5.2. Gli accordi come contratto plurilaterale. – 5.3. Gli accordi come contratto bilaterale plurisoggettivo. – 6. Osservazioni critiche tra fenomenologia e principio di conservazione. – 6.1. Il problema del mutamento dei creditori aderenti. – 6.2. Il concetto di essenzialità della prestazione nel contratto plurilaterale. – 6.3. Il criterio di gravità o rilevanza nel collegamento contrattuale. – 7. La soluzione dell'operazione economica unitaria. – 7.1. L'esigenza di una categoria unificante. – 7.2. Utilità della categoria dell'operazione economica. – 7.3. Operazione economica e "atto di autonomia privata plurilaterale".

1. Il contenuto articolato dell'accordo

Appurata la natura prettamente contrattuale degli accordi di ristrutturazione, è possibile sottoporre tale contratto alla "lente" del civilista, esaminandone – in primo luogo – la configurazione strutturale.

Si osserva, invero, come la lettera della disposizione di cui all'art. 182-bis l. fall. parli genericamente di "accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori" senza fornire alcuna indicazione in merito alla struttura, né del contenuto e delle tipologie delle prestazioni che possono essere utilizzate.

A differenza del concordato preventivo, nell'art. 182-bis l. fall. non esiste una formale distinzione fra accordo di ristrutturazione e "piano" anche se nella prassi gli accordi di ristrutturazione si basano su un piano di continuità aziendale o liquidatorio che però spesso non presenta particolare livello di dettaglio.

Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto che qualora l'accordo sia funzionale alla continuazione dell'attività, il pagamento dei creditori estranei po-

trà essere assicurato unicamente in presenza di un piano che indichi le cause della crisi nonché i rimedi che si intendono attuare per evitare che l'impresa si ritrovi nella medesima condizione¹.

Nell'applicazione pratica dei concordati stragiudiziali l'assenza di vincoli legislativi sul contenuto ha consentito una maggiore aderenza dell'accordo alle esigenze specifiche dell'impresa. L'operazione di ristrutturazione consta infatti di un insieme articolato di previsioni adattate alle esigenze concrete della singola crisi d'impresa e dunque alle caratteristiche dell'attività imprenditoriale, all'entità dell'indebitamento, alla conformazione e alla tipologia del ceto creditorio, alle risorse disponibili o presumibilmente ottenibili dall'imprenditore.

Così si può passare da ipotesi più semplici in cui le parti si limitano a ristrutturare i debiti dell'imprenditore, accettando dilazioni nei pagamenti o riducendo il tasso di interessi, a ipotesi più articolate dove si prevede l'erogazione di credito da parte dei creditori o di terzi o l'accesso del ceto creditorio negli organi di gestione o di controllo.

In particolare, si possono contemplare operazioni di liquidazione, attribuendo *assets*, singoli rami d'azienda ovvero crediti presenti o futuri, ad uno o più creditori o a terzi, in cambio dell'estinzione totale o parziale del debito. In tal caso, l'accordo dovrà comprendere delle clausole che permettano di gestire l'equilibrio di queste attribuzioni, prevedendo il diritto in capo al debitore o direttamente agli altri creditori a ricevere il pagamento di somme aggiuntive, in proporzione al conseguimento di determinati livelli di profitto².

In generale, l'imprenditore dovrà individuare la migliore allocazione possibile dei beni o dei crediti, realizzando operazioni di valutazione attraverso *due diligence* idonee, accompagnate da previsioni contrattuali capaci di rilevare e governare il rischio di scostamenti di valore delle stime e dei ricavi. Il rinvenimento di risorse interne o esterne all'impresa implica infatti l'instaurazione di rapporti contrattuali strumentali al perseguimento degli obiettivi solutori nei confronti della compagine creditoria aderente o meno all'accordo, che dunque dovrà prevedere un'estensione temporale dei tempi di esecuzione.

1.1. La prospettiva del creditore

Più in particolare, sul versante del creditore gli accordi di ristrutturazione dei debiti possono contemplare qualsiasi operazione, sia di natura dila-

¹ Cfr. Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *IlCaso.it*.

² In tal senso una possibilità sarebbe il c.d. *earn out* sugli incassi dei crediti ceduti, nel caso in cui questi siano maggiori di un determinato livello stabilito. Qualora si opti invece per la vendita a terzi di immobili oppure dell'azienda o di partecipazioni societarie, l'*earn out* può consistere nella corresponsione di una parte del prezzo o di una somma aggiuntiva subordinatamente al conseguimento di un determinato risultato economico della società acquistata dopo il perfezionamento della cessione (*closing*).

toria sia di natura remissoria o mista, finalizzata a diminuire la massa creditoria incidendo sull'esposizione debitoria dell'imprenditore in crisi.

L'operazione di ristrutturazione si concretizza in una variazione delle scadenze³, nell'emissione di titoli di debito, in remissioni dei debiti⁴, dilazioni di pagamento, apposizioni di elementi accessori quali garanzie tipiche e atipiche, ovvero ancora rinunce ad una causa legittima di prelazione o ad una quota di interessi o anche ad una parte della quota capitale. Risulta anche possibile realizzare un effetto estintivo totale o parziale dei crediti mediante conversione dei crediti in obbligazioni o in capitale di rischio con la sottoscrizione di azioni di una *new company* tramite compensazione, come previsto dall'art. 4-bis del d.l. n. 347/2003 sull'amministrazione straordinaria, che ha introdotto il principio della partecipazione dei creditori al rischio imprenditoriale.

Vale concentrare l'attenzione sulla conversione dei crediti in capitale che avrebbe il merito di realizzare in parte quello che rappresenta uno degli obiettivi di una procedura concorsuale, ovvero la riallocazione del capitale di rischio nei creditori, nella prospettiva di procedere ad una monetizzazione delle attività e alla successiva ripartizione tra i creditori⁵. In particolare, si osserva che se si procede ad una conversione dei crediti mediante la sotto-

³In particolare, si prevede la moratoria del pagamento dei debiti scaduti e non pagati per un certo numero di tempo, solitamente da due a cinque anni, senza o con la previsione di un tasso di interesse convenzionalmente concordato, in aggiunta o in alternativa alla rinegoziazione del debito con la determinazione di nuove scadenze (c.d. consolidamento dei crediti o *rescheduling* che modifica le condizioni contrattuali originarie). Normalmente sono oggetto di consolidamento i crediti in bianco non garantiti e i crediti garantiti con garanzie non capienti o di difficile realizzo. Sono invece solitamente esclusi (sebbene nulla impedisca che vengano inclusi nel consolidamento) i crediti autoliquidanti, cioè quelli derivanti da finanziamenti per i quali al tempo dell'erogazione sia stata individuata la fonte di rimborso, i finanziamenti pubblici a tasso agevolato e i crediti derivanti da contratti di *leasing*. Nella pratica l'ammontare del credito concretamente oggetto di consolidamento è inferiore a quello realmente sussistente, in quanto generalmente si tende a non comprendere nell'accordo di ristrutturazione i crediti minori a determinati importi, e perché è possibile che non tutte le banche creditrici dell'imprenditore in crisi partecipino all'operazione di risanamento sottoscrivendo l'accordo. Si veda in merito A. MARABINI, *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2009, p. 232; P. GUERRA, *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa: il c.d. consolidamento del debito*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, Milano, 1995, p. 808; T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, cit., p. 32; ID., *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 340.

⁴La remissione può avere ad oggetto una parte del debito relativo agli interessi maturati e/o maturandi, ovvero la rinuncia a tutte o ad una parte delle garanzie eventualmente anche rilasciate da altre società appartenenti allo stesso gruppo. Gli interessi maturati in un periodo di tempo determinato vengono frequentemente interamente rinunciati. Per quanto riguarda invece gli interessi maturandi in genere si stabilisce una misura di tasso agevolato, tendenzialmente conformi al costo della raccolta.

⁵Si vedano in merito le osservazioni di L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., pp. 56, 109, 194, 319.

scrizione di un aumento di capitale è possibile soddisfare ugualmente gli interessi, potenzialmente in conflitto, dei principali protagonisti dell'operazione di ristrutturazione. Infatti, la riduzione del debito dell'impresa in crisi non può che trovare il favore dell'imprenditore in crisi.

Oltre a ciò si nota che i creditori aderenti alla conversione potrebbero recuperare parte dei loro crediti sotto forma di aspettativa sugli utili futuri, potendo anche ricavare più di quanto prestato. Inoltre gli altri creditori vedrebbero rafforzate le loro prospettive di pagamento in quanto non vi sarà più il concorso dei creditori che hanno scelto la conversione dei crediti⁶.

Nella prassi, in cui sovente il ceto creditorio è composto da istituti di credito, è inoltre frequente la stipulazione di un *pactum de non petendo* con rinuncia da parte delle banche ad esercitare e/o a continuare azioni esecutive e ad esigere gli interessi al tasso legale e convenzionale in modo da "congelare" il debito⁷.

Essendo inoltre imprescindibile l'apporto di c.d. nuova finanza, sarà opportuno inserire nel contratto le modalità volte a garantire la restituzione del finanziamento erogato, potendo prevedere, in caso di impresa collettiva, l'obbligo a carico dei soci di effettuare aumenti di capitale, ovvero il divieto di costituire vincoli sul patrimonio dell'impresa a favore di terzi non finanziatori⁸.

⁶ Secondo l'arresto di cui alla Cass., 19 marzo 2009, n. 6711, in *IlCaso.it*, in ipotesi di sottoscrizione di un aumento del capitale sociale, il conferimento può essere eseguito attraverso la compensazione tra il relativo debito del socio e un suo credito nei confronti della società, la quale, sebbene formalmente perda il credito al conferimento, acquista concretamente un "valore economico", integrato dalla liberazione da un corrispondente debito. Per il conferimento in sede di aumento di capitale è necessario l'accrescimento del patrimonio netto della società, in modo da coprire l'intero valore nominale delle azioni emesse e sottoscritte dal socio che conferisce attraverso la compensazione. Risulta quindi possibile ammettere la compensazione come modo di estinzione dell'obbligazione pecuniaria derivante dal conferimento in sede di aumento di capitale, visto che essa ha come conseguenza un aumento del patrimonio netto della società.

⁷ Giova ricordare che il *pactum de non petendo*, a differenza della remissione del debito ex art. 1236 c.c., ha l'effetto di impedire il potere del creditore di ottenere in via coattiva l'adempimento, senza però estinguere definitivamente l'obbligazione.

⁸ Possono essere stabilite nuove garanzie per il finanziatore, come la richiesta di pegno sulle azioni o sulle quote della società, sui beni immateriali (brevetti e marchi), o ancora la concessione di nuove ipoteche sui beni immobili dell'impresa o di terzi. Quali garanzie a fronte dell'apporto di nuova finanza si potrebbe fare ricorso al credito fondiario di cui agli artt. 38 ss., d.lgs. n. 385/1993, considerando non solo l'ipoteca di primo grado sull'immobile, ma anche gli altri privilegi processuali esplicitamente contemplati, come l'esenzione dell'obbligo di notificazione del titolo esecutivo, la possibilità di proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati anche dopo la dichiarazione di fallimento (art. 41 T.U.B.), o l'esenzione dall'azione revocatoria delle ipoteche concesse a garanzia di tali finanziamenti che siano state iscritte almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza che dichiara il fallimento (c.d. consolidamento abbreviato) (art. 39, comma 4, T.U.B.). Inoltre potrebbero considerarsi, quale garanzia atipica, i c.d. *covenants* finanziari, i quali assegnano al finanziatore un controllo rigoroso sulla gestione dell'impresa finanziata, introducendo dei vincoli in capo all'imprenditore in crisi (si veda in merito G. PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 2009, p. 488. Come osservano le "Linee-Guida per il Finanzia-

Può essere inoltre concesso ai creditori un potere di controllo sulla corretta esecuzione del piano mediante l'apposizione di clausole con le quali può prevedersi la facoltà a loro vantaggio di domandare in qualsiasi momento richieste di documentazione; ovvero l'obbligo per l'imprenditore di adempiere le scadenze concordate per assicurare periodici flussi informativi ai creditori; o ancora il loro coinvolgimento nella gestione e la nomina di uno di essi come membro dell'organo di controllo o di amministrazione.

Per contro, in capo agli stessi creditori possono essere posti degli obblighi volti a implementare la loro posizione reciproca e, al contempo, a salvaguardare l'impresa nella realizzazione della buon esito dell'operazione. Tra tali doveri spicca l'obbligo di comunicare agli altri creditori tutte le informazioni di cui si dispone al fine di una conclusione dell'accordo, senza che sia ammissibile l'uso delle informazioni comunicate dall'imprenditore in crisi per procedere ad azioni giudiziali individuali. Si ricorda, inoltre, la possibilità di prevedere pattizamente divieti, oltre a quelli legali previsti dai commi 3 e 6 dell'art. 182-*bis* l. fall., di esperire iniziative esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, e l'obbligo di riservatezza in merito alle informazioni ricevute e relative alla situazione economico-finanziaria.

1.2. La prospettiva del debitore

Ex latere debitoris, l'accordo di ristrutturazione può prevedere la continuazione dell'attività d'impresa da parte dello stesso imprenditore in crisi; l'assunzione dei debiti da parte di un soggetto che, rilevando tutto o parte dell'attivo, si assuma l'obbligo di soddisfare totalmente o parzialmente i debiti; l'affitto e/o la cessione dell'azienda o di suoi rami a terzi⁹.

mento alle Imprese in Crisi" del 2015, predisposte nell'ambito del progetto PRIN 2005 "Modelli innovativi nella finanza delle piccole e medie imprese", responsabile dell'unità di ricerca presso l'Università degli Studi di Firenze Prof. L. STANGHELLINI, disponibili in *Unifi.it/nuovodirittofallimentare*, *Cndcec.it*, *Assonime.it*, p. 44, «non sembra da vedere negativamente la concessione di garanzie per crediti preesistenti che siano oggetto di ristrutturazione e riscadenzamento ad una data successiva al momento in cui si prevede che l'impresa abbia raggiunto l'equilibrio economico e finanziario, a condizione che ciò avvenga nel contesto di una ristrutturazione che, per serietà, profondità e "robustezza" contro eventuali scostamenti dal piano (si veda, sul punto, la "Raccomandazione" n. 8), dimostri che l'acquisizione di garanzie non avviene al scopo di far acquisire una posizione privilegiata rispetto agli altri creditori. [...] Ogni preoccupazione circa la volontà di acquistare una posizione a scapito degli altri creditori sarebbe fugata da una pattuizione che prevedesse la decadenza della garanzia in caso di fallimento o concordato preventivo aperti in seguito alla mancata realizzazione del piano e, invece, il suo "consolidamento" solo in caso di fallimento o concordato preventivo aperti per effetto dell'insolvenza causata da fattori che non esistevano, né erano ragionevolmente prevedibili, al momento della redazione del piano, e a condizione che l'impresa, precedentemente all'intervenire di tali fattori, avesse raggiunto gli obiettivi fissati nel piano (cioè, che il piano fosse andato a buon fine). Ancorché soggetta a possibile decadenza la garanzia sarebbe comunque utile». Si veda in merito G. LA CROCE, *Finanziamenti ponte e garanzie per debiti prescritti*, in *Il Fall.*, 2009, allegato, p. 47.

⁹ Si veda in merito S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. JORIO (a cu-

Sono altresì utilizzabili strumenti di separazione patrimoniale quali la cartolarizzazione dei crediti (nelle due forme della *true sale securitisation* o *asset – backed securitisation* e della *whole business securitisation*) o il ricorso ai patrimoni separati¹⁰. Quindi, vi è la possibilità di accedere ad una serie aperta di negozialità a seconda delle esigenze specifiche degli attori della crisi d'impresa.

Qualora l'imprenditore o il *management* non assicurino la fiducia dei creditori si può anche affidare la *governance* ad un terzo professionista specializzato, in qualità di mandatario al fine di cedere i beni aziendali ai creditori o ai terzi, in analogia con il meccanismo inglese del *recognised qualified insolvency practitioner*.

Parte della dottrina ha obiettato alla possibilità che nel contenuto dell'accordo di ristrutturazione possano essere comprese anche operazioni di cessioni di beni, ritenendo l'istituto di cui all'art. 182-bis l. fall. aperto solo a profili finanziari di indebitamento, senza abbracciare ipotesi che vanno oltre la modifica degli elementi strutturali del rapporto obbligatorio¹¹. Tutta-

ra di), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, 2007, p. 2545, e A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *Riv. Not.*, 2006, 2, p. 321, la quale sostiene che l'accordo potrebbe anche avere il medesimo contenuto dei concordati stragiudiziali molto frequenti nella prassi, e definiti dalla dottrina come convenzioni con garanzia gestionale, la cui peculiarità è rappresentata dall'erogazione di nuova finanza da parte del creditore. Tali convenzioni, per evitare il rischio di successivo fallimento del debitore, sarebbero sottoposte a tre condizioni alternative: la concessione di garanzie reali e personali, il cambiamento della compagine manageriale, il passaggio di titolarità dell'impresa, e la concessione di garanzie di carattere gestionale che prevedono il riconoscimento di poteri di controllo, autorizzazione, ispezione della contabilità in capo ai creditori.

¹⁰ Sui patrimoni separati in proposito si veda in merito *ex multis* R. ARLT, *La whole business securitisation alla luce del nuovo diritto societario e fallimentare italiano*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 158; G. LO CASCIO, *Trust e concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2007, p. 245; M. CARUSO, *Appunti in tema di diritto fallimentare e operazioni di securitisation*, *ivi*, 2006, p. 883. In particolare quest'ultimo ha osservato che, considerando i nuovi artt. 104-ter, 105 e 106 l. fall. con riferimento alla cessione di crediti in blocco e di crediti futuri, si è aperta la possibilità di introdurre la cartolarizzazione dei crediti nell'ambito concorsuale. In particolare modo la natura negoziale degli accordi di ristrutturazione dei debiti consente di non dover soggiacere alla *par condicio creditorum*, di conseguenza appare più facile la costituzione delle diverse *tranche* di note che compongono i titoli rappresentativi della cartolarizzazione. Si potranno assegnare quindi le note *senior*, di sicuro incasso, ai creditori non aderenti all'accordo, mentre le note *mezzanine* e *junior* potranno essere attribuite agli altri creditori, secondo anche il grado di prelazione o la distinzione in classi.

¹¹ In tal senso si veda S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2005; M. FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2005, n. 24, p. 48, secondo i quali altrimenti l'accordo di ristrutturazione assumerebbe un contenuto analogo a quello del concordato preventivo, nella cui disciplina l'art. 160 l. fall. afferma esplicitamente che il piano concordatario possa prevedere «la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito».

via, in assenza di un esplicito divieto non si comprende perché non si possa utilizzare uno strumento sicuramente più snello e duttile rispetto a quello concordatario, prevedendo nell'oggetto contrattuale degli accordi di ristrutturazione anche operazioni di cessione di *assets* o di assegnazione a terzi assuntori della gestione dell'impresa, secondo quanto preferito dall'autonomia negoziale dei contraenti.

Ovviamente il contenuto varierà inoltre in dipendenza della gravità della crisi, in quanto, qualora si sia in presenza di una situazione di difficoltà di natura unicamente finanziaria, sarà sufficiente prevedere un mero riscadenziamento dei debiti, ovvero una moratoria dei pagamenti dei debiti scaduti e di quelli in scadenza, per cui i crediti saranno inesigibili fino a una data stabilita¹².

Qualora invece la crisi si prospetti di maggiore gravità in quanto alle difficoltà finanziarie si sommano problemi di natura economica, conseguenti a costi eccessivamente gravosi rispetto alla redditività dell'organizzazione aziendale, appare necessario prevedere misure più incisive. Tra queste si può immaginare una decurtazione dei crediti, attraverso la riduzione del loro importo complessivo, ovvero la loro postergazione, o ancora la loro conversione in capitale d'impresa, fino a prevedere una riorganizzazione aziendale che comporti interventi sul piano finanziario, industriale e societario¹³.

In tale caso non è peregrina nella prassi l'ipotesi della creazione di una nuova società di capitali (c.d. *newco*) cessionaria dell'azienda o di un suo ramo, partecipata dai creditori, spesso in particolare dagli istituti bancari, sufficientemente patrimonializzata e depurata dai debiti pregressi, lasciati in capo alla società cedente, (c.d. *badco*)¹⁴. Il nuovo soggetto societario svol-

¹² È facile prevedere che in tale situazione gli istituti di credito esigeranno il rilascio di adeguate garanzie sui beni dell'imprenditore o di terzi.

¹³ È il caso in cui sia necessario decidere per la riduzione dei livelli occupazionali o dell'orario lavorativo, modificando le politiche commerciali, ovvero optare per una razionalizzazione dei costi della rete distributiva, o per la dismissione dei cespiti e delle attività non strategiche, ovvero ancora mutare l'organo di amministrazione, fino ad arrivare a prevedere l'inserimento dei rappresentanti dei creditori nell'organo amministrativo. L'imprenditore stesso può essere dunque vincolato nell'attività di amministrazione prevedendo dei limiti alla sua autonomia organizzativa e operativa.

¹⁴ Normalmente infatti si effettua un trasferimento aziendale, preceduto da un contratto di affitto con clausola di riscatto e computo dei canoni in acconto sul prezzo. Dopo la riduzione del peso del passivo il riscatto viene esercitato per mezzo di accordi di rinuncia parziale o integrale dei crediti precedenti o di dilazione dei termini di pagamento, nel caso in cui le somme necessarie per il pagamento dei debiti residui non superino l'utile prodotto con l'attività continuata con la nuova società. Non trovando applicazione l'art. 2560, comma 2, c.c., nella pendenza del contratto di affitto la *newco* non risponde dei debiti aziendali pregressi, eccetto, ai sensi dell'art. 2512 c.c., nei confronti dei dipendenti. Sarà opportuno verificare se l'operazione di ristrutturazione permetta agli istituti bancari creditori dell'imprenditore di partecipare al capitale della *newco* convertendo crediti in capitale sociale, superando al divieto di detenzione di partecipazioni in imprese in difficoltà. Si veda in merito M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione*.

gerebbe la funzione di esigere e gestire i crediti del debitore insolvente, al fine, primariamente, di pagare i creditori aderenti alla scadenza e di ripartire il ricavato fra i creditori aderenti proporzionalmente, o comunque secondo quanto stabilito tra i creditori nell'accordo.

La *newco* conclude generalmente con l'imprenditore in crisi un contratto di affitto di azienda condizionato risolutivamente alla mancata accettazione dell'operazione da parte di un numero sufficiente di creditori, apponendo inoltre la clausola di conversione in vendita in caso di accettazione da parte del medesimo numero di creditori. Di conseguenza, si risconterà un ulteriore livello di complicazione di rapporti, in quanto si inserirà nell'accordo un reticolo di obbligazioni di varia natura tra i creditori aderenti, i quali investono nella costituzione e gestione della nuova società, come anche nell'attività di recupero crediti.

2. Le posizioni relative al concordato stragiudiziale: tra Scilla e Cariddi

Stante le complessità di trame negoziali, il contenuto dell'accordo – che, si è visto, può ben essere più esteso di una semplice ristrutturazione del debito – nonché la pluralità di tecniche utilizzabili per raccogliere l'adesione dei creditori all'accordo, l'interprete è posto di fronte ad un dubbio in relazione all'architettura strutturale. Gli accordi di ristrutturazione vengono infatti conclusi da una pluralità di soggetti, per cui è necessario raccogliere più manifestazioni di volontà su un medesimo contenuto del piano presentato, totalmente rimesso all'autonomia delle parti.

Nell'analisi seguente l'indagine muoverà dall'analisi dei due principali paradigmi strutturali cui la dottrina e la giurisprudenza hanno tentato di ricondurre gli accordi di ristrutturazione dei debiti, per poi proporre una soluzione alternativa che tenti di cogliere la complessità della figura di cui all'art. 182-*bis* l. fall. conservando tuttavia una collocazione coerente nel sistema del diritto privato.

Le molteplici manifestazioni di volontà possono essere poste su una serie di atti bilaterali separati e con causa autonoma, stipulati fra il debitore e ciascun creditore in differenti momenti, per essere in seguito riassunti in un unico patto pubblicato nel registro delle imprese e depositato presso il Tribunale per essere assoggettato al giudizio di omologa. Non pare infatti potersi sempre rintracciare nella fattispecie un elemento unificante nella funzione solutoria in quanto se ci si ferma alla lettera della disposizione di cui all'art. 182-*bis* la "ristrutturazione" dei debiti non comporta necessariamente la finalità estintiva ma sembra rinviare maggiormente ad una funzione di riequilibrio economico-finanziario.

turazione dei debiti. *Risanare l'impresa*, cit., p. 77; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, p. 541.

È tuttavia parimenti configurabile un accordo che si strutturi come un unico atto plurilaterale con comunione di scopo rappresentato dall'obiettivo del risanamento dell'impresa, concluso con tutti i creditori aderenti¹⁵.

Dalla soluzione del quesito sono intuitivi i corollari che discendono sulle possibili vicende giuridiche in termini di formazione del consenso, giacché qualora si adotti la soluzione del contratto bilaterale, ciascun atto è perfetto in seguito al mero incontro delle volontà delle due parti, mentre nel caso di atto con pluralità di parti la conclusione si realizza con l'adesione dell'ultimo creditore all'accordo. Risultano ugualmente differenti le conseguenze relative all'inadempimento, alla risoluzione del vincolo di uno dei creditori partecipanti ovvero alla sua invalidità.

Del resto, le due modalità rimandano a distinte categorie di diritto privato. Il fascio di contratti che l'imprenditore stipula separatamente, funzionalmente o teleologicamente accomunati, è ascrivibile al paradigma del collegamento negoziale in cui ciascun accordo presuppone un altro, mentre il modello composto da un unico atto a struttura plurilaterale rimanda al regime del contratto plurilaterale con comunione di scopo. Si propone astrattamente altresì l'ipotesi che fa riferimento al semplice negozio bilaterale, non solo nel singolare caso in cui sia presente un solo creditore, ma anche qualora una parte sia composta dall'insieme dei creditori unitariamente rappresentati o presenti come massa.

Nel prosieguo del lavoro si procederà ad analizzare le teorie che individuano l'architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione rispettivamente nel contratto plurilaterale e nel collegamento negoziale, per poi suggerire una differente soluzione che si avvale della categoria dell'operazione economica.

Come si è detto, gli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis l. fall., disciplinano, rendendolo maggiormente efficace, un fenomeno già presente nella prassi, tanto da essere definibili come "concordato stragiudiziale omologato"¹⁶, giacché alla semplice convenzione, effettuata tra l'imprenditore in crisi e i creditori – e sottoposta alle regole di diritto civile – aggiunge, in presenza di determinati requisiti, un trattamento privilegiato che la protegge, in maniera differenziata, da azioni revocatorie, esecutive e cautelari.

¹⁵ Nell'ordinamento francese il *règlement amiable*, sostituito con la *conciliation* e la *sauvegarde* dalla *Loi de sauvegarde des entreprises* n. 2005-845 del 26 luglio 2005, è considerato "un fascio di contratti individuali" come evidenzia Y. GUYON, in *Droit des affaires. Entreprises en difficulté. Redressement judiciaire. Faillite*, Paris, 2003, p. 99 (per un paragone tra i due ordinamenti si veda in generale M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, cit., p. 256); mentre in Spagna il *Convenio extrajudicial* è inquadrato nell'ambito del contratto plurilaterale, come osserva L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal*, in A.J. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (a cura di), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, p. 33.

¹⁶ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 849.

È opportuno osservare che la medesima questione strutturale si poneva per il fenomeno dei concordati stragiudiziali già sotto l'imperio del codice di commercio, laddove la dottrina si interrogava in particolare sui possibili riflessi in caso di inadempimento.

In proposito Rocco sosteneva la natura bilaterale tra il debitore e la massa dei creditori con la conseguente applicabilità dell'art. 1165 del codice civile del 1865 corrispondente all'attuale art. 1453 c.c. che permette al contraente non inadempiente di optare tra la richiesta di adempimento giudiziale e la domanda di risoluzione. All'opposto Artese osservava come nell'ipotesi di concordato stragiudiziale con accordi separati ricorra comunque un contratto plurilaterale in quanto tutti gli accordi sono accomunati dallo scopo di evitare il fallimento: «il trattarsi di un unico edificio non basta certo a legare fra di loro i singoli contratti d'appalto. Ma non è certo inconcepibile che l'appaltante contratti con tutti gli appaltatori unitariamente, in quanto la consegna dell'edificio completo per il termine fissato rappresenti per lui un interesse capitale, sì che l'inadempienza di uno solo renda per lui priva di interesse l'intera prestazione»¹⁷.

Nello spettro delle varie tesi alla posizione, più antica, che considerava il concordato stragiudiziale un unico contratto, seppur costituito da molteplici accordi, avente come medesima causa o *idem placitum* l'intento di evitare il fallimento¹⁸, si contrapponeva l'indirizzo che riteneva invece il concordato stragiudiziale sì formato da un insieme di accordi tra il debitore ed i creditori *uti singuli* ma senza ravvisare alcuna causa comune né comunione di interessi, risultando impossibile una *reductio ad unum* stante l'eterogeneità del contenuto e della natura giuridica¹⁹.

Tra i due estremi erano collocabili sia la tesi che rappresentava il concordato stragiudiziale risultante da una serie di contratti innominati e interdipendenti accomunati dallo scopo di evitare il procedimento concorsuale²⁰ sia l'orientamento che reputava tale figura composta da vari contratti bilaterali stipulati con i diversi creditori, benché collegati da una causa unica e sottoposti alla condizione risolutiva della dichiarazione di fallimento.

In merito a quest'ultima posizione Bonelli individuava nel concordato ami-

¹⁷ Così rispettivamente A. ROCCO, in *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 252, e R. ARTESE, in *Contratto plurilaterale e concordato stragiudiziale*, in *Dir. fall.*, 1942, II, p. 466. Per un'approfondita disamina delle posizioni nella vigenza dei codici abrogati si veda E. FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995, p. 69.

¹⁸ Si veda in merito L. BOLAFFIO, *I componimenti privati per evitare il fallimento*, in *Temi veneta*, 1887, p. 133; E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, cit., n. 8438; E. CUZZERI-A. CICU, *Del fallimento*, Torino, 1927, p. 833; A. ROCCO, in *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 220; G. LANNI, *Dei concordati amichevoli e stragiudiziali*, in *Filangieri*, 1891, Napoli, p. 390.

¹⁹ In proposito si richiama A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, cit., 1932, p. 610.

²⁰ Così A. CANDIAN, *Concordato convenzionale o processuale e remissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, II, p. 630.

chevole una pluralità di contratti distinti per ciascun creditore «uniti tra loro da un vincolo comune derivante dalla comune intenzione di far cessare il fallimento. Ciò conferisce un'impronta di unità al complesso degli accordi, la quale non manca di conseguenze giuridiche. Ma intanto la pluralità degli accordi, già logicamente inscindibile dalla pluralità dei soggetti, si manifesta nella formazione, come nel contenuto e negli effetti, di questo concordato»²¹.

Negli ultimi anni di vigenza dei codici ottocenteschi emergeva poi la dottrina che, marcando l'interdipendenza ed il presunto fine comune dei molteplici accordi stragiudiziali assunto al rango di causa, adottava la configurazione di contratto plurilaterale. In proposito Artese osservava come il negozio non possa «notomizzarsi nelle singole sue parti e conseguenze, perché, venendo meno un elemento di esso, cade tutto l'intero, e tanto meno può scindersi in altrettanti separati rapporti e negozi che possano avere ciascuno vita autonoma e possano sopravvivere l'uno senza dell'altro»²². Ugualmente la giurisprudenza si è accostata al fenomeno qualificandolo dapprima come «complesso di contratti»²³ e «risultante di accordi individuali»²⁴, poi come «vincolo unitario, cui è diretta la volontà di tutti i creditori»²⁵.

3. *L'astrattezza categoriale del contratto plurilaterale ...*

3.1. *Reciproci condizionamenti tra creditori e rapporto con la transazione*

Dopo l'emanazione della legge fallimentare e la promulgazione del codice civile del 1942 le posizioni in merito alla struttura del concordato stragiudiziale sono riassumibili a due: una tesi atomistica che ravvisa il concordato stragiudiziale come una serie di contratti autonomi, accomunati dall'intento di evitare il fallimento ma ciascuno qualificato dalla sua propria causa; ed una concezione unitaria che iscrive il concordato stragiudiziale nello schema di un unico contratto plurilaterale contraddistinto dalla comunanza dei vari interessi diretti ad un medesimo scopo²⁶.

²¹ Cfr. G. BONELLI, in *Del fallimento*, in *Commentario al cod. comm.*, Milano, 1923, p. 38.

²² In tema si veda R. ARTESE, in *Contratto plurilaterale e concordato stragiudiziale*, cit., p. 467. Una variante di tale posizione, inizialmente sostenuta e poi abbandonata da R. PROVINCIALI, in *Sul concordato stragiudiziale*, cit., 101, considerava, nell'ipotesi di pluralità di convenzioni, i vari accordi stipulati tra il debitore e i singoli creditori come preliminari di un unico contratto definitivo.

²³ Cfr. App. Milano, 21 giugno 1932, in *Dir. fall.*, 1933, p. 349 e App. Milano, 7 giugno 1930, in *Dir. fall.*, 1931, p. 133.

²⁴ Cfr. Cass., 17 gennaio 1940, n. 193, in *Dir. fall.*, 1940, p. 191; Cass., 22 gennaio 1934, *ivi*, 1935, p. 84; Cass., 11 aprile 1931, n. 1303, *ivi*, 1931, p. 923.

²⁵ Cfr. Cass., 23 giugno 1943, n. 1578, in *Dir. fall.*, 1943, II, p. 57; cfr. anche Cass., 27 luglio 1937, n. 2817, in *Foro it. Mass.*, 1937, p. 613.

²⁶ Per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali relativi alle due posizioni si veda *infra*.

Quest'ultimo orientamento si concentra sull'esaltazione del momento funzionale del concordato, laddove i singoli accordi si trovano composti in un unico contratto avente come causa l'obiettivo di eliminare lo stato d'insolvenza.

Dall'esame dei dati dell'esperienza offerti dai maggiori concordati stragiudiziali conclusi (Varasi, Tripovich, Ferruzzi, Cameli)²⁷, osservando le operazioni ad un livello di analisi più particolare, si nota un articolato e vario assetto di interessi unificato dall'adesione ad un piano d'azione stabilito, in cui si possono distinguere novazioni di debiti, concessioni di dilazioni e garanzie, fideiussioni accessorie a loro volta controgarantite.

Tale complesso di rapporti, espressione di interessi composti soddisfatti reciprocamente, rappresenta, secondo la teoria unitaria, un negozio unico con una causa unica, in cui ciascuna prestazione avviene in funzione di un'altra, ubbidendo più che al tradizionale paradigma "*facio vel do ut facias vel des*", allo schema "*facio vel do dum facias vel des*"²⁸. Come rimarcava Rocco, dal fatto che dal concordato sorgano molteplici e composite obbligazioni non comporta la pluralità di contratti giacché per considerare unico un contratto è sufficiente l'unicità dell'oggetto del consenso, che si riscontri un *idem placitum*, un terreno comune «su cui queste volontà possano tutte convergere; e che tra le manifestazioni di volontà di ciascuno dei vari contraenti esista un nesso, una relazione reciproca»²⁹.

Specialmente nei dissesti di piccole e medie imprese, ovvero di grandi imprese in cui vi sia un ceto creditorio composto in misura rilevante da banche, il creditore occupa una posizione di favore laddove può avere un'esatta percezione della crisi, l'opportunità di controllare le proposte avanzate dall'imprenditore oltre che la possibilità di osservare il comportamento degli altri creditori³⁰. In merito, si dimostra di notevole importanza in una si-

²⁷ Una rassegna di tali accordi è effettuata da F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, cit., p. 488. Si mostra rilevante l'analisi puntuale di G. SANSONE, *Il caso Tripovich*, cit., p. 833; R. VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi s.r.l.*, cit., p. 843.

²⁸ Così E. FRASCAROLI SANTI, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1988, p. 287 mutuando la terminologia ed il modello strutturale dalla dottrina processual-civilistica in tema di patto compromissorio espressa in E. REDENTI, *Profilo pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 204; Id., voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, VII, p. 790; Id., *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1997, p. 450.

²⁹ Come osservava A. ROCCO, in *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 216.

³⁰ Si veda in proposito BRITISH BANKER'S ASSOCIATION, *Description of the London Approach*, Londra, 1996; V. FINCH, *Company Insolvency Law*, Cambridge, 2002, p. 211; C. VALENTE, *The London Approach (Le procedure di "concertazione delle crisi" secondo le banche inglesi)*, cit., p. 359. In Italia già prima del d.l. n. 35 del 2005 sono stati predisposti codici di comportamento da parte di enti pubblici e privati di cui è espressione la procedura di concertazione elaborata presso l'Unioncamere Puglia, diretta a facilitare la coope-

tuazione di crisi d'impresa approntare un coordinamento tra i creditori.

Valga a tal proposito richiamare l'esperienza inglese del *London Approach*³¹, ovvero una sorta di codice di comportamento basato su regole non scritte, accettato da tutto il sistema bancario che stabilisce alcune linee guida in materia di operazioni di *turn around*, in cui si prevede, tra l'altro, che gli istituti di credito agiscano in maniera coordinata, scambiandosi informazioni, senza esercitare singolarmente azioni esecutive sul patrimonio dell'imprenditore in crisi.

Accade sovente dunque la realizzazione di un condizionamento reciproco tra i creditori, i quali, soprattutto nel timore della proposizione di un'azione esecutiva o revocatoria, sono portati a tatticismi paralleli, come spadaccini in pedana che seguitando a fissarsi abbassano le armi, subordinando la dilazione dell'uno al conferimento di nuova finanza dell'altro, la rinuncia agli interessi da parte di una banca all'accettazione della conversione dei crediti in capitale di rischio di un'altra creditrice.

Per tale aspetto il comportamento delle parti del concordato stragiudiziale è affine alle reciproche concessioni poste in essere da due transigenti³², laddove le rinunce dei creditori e le limitazioni alla libertà d'impresa cui si sottopone l'imprenditore costituiscono l'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum* ed è presente lo scopo di evitare la lite esecutiva rappresentata dal fallimento³³.

razione tra le banche e gli altri soggetti interessati al risanamento delle imprese medio-piccole, tramite l'attivazione di un "tavolo di consultazione", la costituzione di un comitato delle banche creditrici con l'assunzione dell'impegno a non intraprendere azioni individuali per il recupero del credito. In seguito a tale iniziativa nel 2000 l'A.B.I. ha varato il "codice di comportamento banche - imprese in crisi" in cui si prevede tra l'altro che gli istituti di credito debbano comunicare tempestivamente le proprie decisioni rilevanti per la prosecuzione della procedura di concertazione. Si veda in proposito E. GRANATA, *Dall'Abi il via alla concertazione per aiutare le imprese in crisi*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, fasc. 13, p. 12; S. BONFATTI-G. FALCONE, *La concertazione per la soluzione delle crisi di impresa: la "amministrazione bancaria" ed il nuovo codice di comportamento bancario sulla gestione delle crisi aziendali*, in *Dir. banc.*, 2001, I, p. 365; A. MUSURACA, *Convenzione bancaria A.B.I. e accordi di ristrutturazione dei debiti nella novellata riforma fallimentare: rischi connessi*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, Torino, 2006, p. 495; A. MARABINI, *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, cit., p. 232; P. PELLEGRINELLI, *Procedimento e controllo giurisdizionale nella soluzione negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 36.

³¹ Cfr. il "London Approach" e il "First Principle" contenuto nello *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-creditor Workouts* adottati dall'INSOL Lenders Group, disponibile al sito *Insol.org*.

³² Sulla transazione si veda per tutti A. FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1958, p. 205; M. FRANZONI, *La transazione*, in *Biblioteca dei contratti*, raccolta da L. FURGIUELE, I, Padova, 2001, p. 31; F. ARANGIO, *La transazione*, Torino, 2004, p. 165; E. RONTONI, *La transazione nella giurisprudenza*, Milano, 1993, p. 25.

³³ Il paragone tra il concordato stragiudiziale diretto ad evitare il fallimento ed il contratto di transazione è richiamato in dottrina da F. FERRARA JR., *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 153; F. ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, in U. CARNEVALI (a cura di), *Diritto commerciale e industriale*, in N. IRTI (a cura di), *Dizionario del diritto privato*, III, Milano, 1981, p. 370; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, p. 139; in relazione agli

Del resto, come sostenuto da certa dottrina³⁴, la transazione mira a scongiurare l'accertamento giudiziario per mezzo di una soluzione pratica che prescinda dalla portata effettiva della realtà giuridica controversa, la quale può vertere sull'esistenza, sul contenuto di un rapporto ovvero sulla sua realizzazione. Già con riferimento al vecchio codice di commercio Rocco ampliava il concetto di transazione ritenendola diretta a regolare rapporti giuridici incerti anche nella loro realizzabilità, argomentando in base all'assunto per cui un diritto incontestato nella sua esistenza è suscettibile di risultare *de facto* annullato dagli ostacoli alla sua realizzabilità che incontra nel corso del procedimento esecutivo³⁵.

Nella fattispecie si riscontra, tuttavia, la difficoltà di individuare la *res dubia* nel fatto che i creditori prima dell'accordo non hanno la sicurezza di ottenere la soddisfazione del loro credito, giacché l'interpretazione estensiva del concetto di lite ampliata fino a comprendere l'ipotesi di lite esecutiva non trova adeguata corrispondenza nella lettera dell'art. 1965 del codice. Il concordato stragiudiziale del resto non sempre è diretto alla risoluzione di una situazione giuridica contestata bensì alla ricerca di una composizione di un conflitto economico e finanziario, potendo nel suo contenuto precipuo anche prescindere dall'*aliquid datum* e dall'*aliquid retentum*.

Difficilmente infatti il vantaggio per il creditore di conseguire il pagamento di una maggiore quota del proprio credito, da un lato, ed il beneficio per il debitore di evitare il fallimento soddisfacendo parzialmente il creditore, dall'altro, integrano l'elemento delle reciproche concessioni che caratterizza il contratto di transazione, in quanto l'efficacia dell'accordo è subordinata alla partecipazione degli altri creditori.

Il concordato stragiudiziale, dunque, non incide in alcun modo sulla situazione giuridica anteriore né compone una lite che discende da un'incertezza³⁶. Il dubbio relativo alla soddisfazione del credito verte, infatti, sulla concretizzazione economica, vale a dire sull'esecuzione della prestazione in obbligazione da parte del debitore, e non sulle posizioni giuridiche delle parti, le quali non vengono poste in discussione: l'incertezza sarà dunque di tipo oggettivo, non soggettivo. L'assimilazione del concordato stragiudiziale allo schema del contratto di transazione è dunque respinta sia che si consi-

accordi di cui all'art. 182-bis l. fall. si veda M. FERRO, *Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 54; e nell'ordinamento spagnolo, con riferimento al *convenio*, con funzione conservativo – concordataria, cfr. I. CANDELARIO MACIAS, *El convenio de continuacion como medio de proteccion del credito en los procedimientos concursales*, Granada, 1999, p. 252.

³⁴ Si veda in merito E. VALSECCHI, *Giuoco e scommessa. Transazione*, Milano, 1954, p. 152; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 11.

³⁵ Sul punto cfr. A. ROCCO, in *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 209.

³⁶ Si vedano in proposito le osservazioni di G.A. MICHELI, *Amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento (per la nozione di processo concorsuale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1404; F. ARANGIO, *La transazione*, Torino, 2004, p. 17; R. PROVINCIALI, *Il concordato preventivo e stragiudiziale*, Roma, 1999, p. 103.

deri questa di natura dichiarativa sia che si assuma una natura dispositiva o costitutiva³⁷.

3.2. Elemento causale e adesione dei creditori

La presunta unitarietà della causa e l'interdipendenza delle varie obbligazioni che compongono il concordato stragiudiziale farebbero propendere, dunque, per la sua configurazione come contratto unitario a struttura plurilaterale³⁸, in cui debitore e creditori si obbligano reciprocamente per realizzare l'eliminazione dello stato di decozione. Assumendo l'indirizzo della teoria c.d. oggettiva, la causa si individuerrebbe nell'evitare il dissesto dell'impresa, essendo questa la funzione economico-sociale del concordato stragiudiziale³⁹. Proprio tale elemento teleologico-funzionale, assurgendo al rango di causa, fungerebbe da collettore dei singoli accordi che risultano quindi riuniti nella comune idoneità a sanare l'insolvenza.

In proposito si segnala un certo indirizzo dottrinario, il quale sostiene che per realizzare la suddetta causa risulta determinante il consenso unanime dei creditori⁴⁰. In particolare si ritiene che i singoli patti che il debitore stipula con ciascun creditore devono considerarsi alla stregua di accordi preliminari per il successivo concordato stragiudiziale che si realizza solo allorché si raggiunge il consenso di tutti i creditori⁴¹.

Tale orientamento dottrinario trae origine da antichi dubbi che caratterizzavano i tentativi diretti a sottrarre l'imprenditore al fallimento tramite patti stragiudiziali, i quali, secondo la teoria causalistica soggettiva d'ispira-

³⁷ Si veda in merito la puntuale disamina in merito di E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 107.

³⁸ Sul punto si vedano le lucide e approfondite osservazioni di R. PROVINCIALI, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Noviss. Dig. it.*, 1959, p. 986; ID., *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, p. 2763; ID., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, p. 2528; L. LORDI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Napoli, 1946, p. 13; F. ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, cit., p. 369; ed ancora, più recentemente l'autorevole analisi di E. FRASCAROLI SANTI, voce *Concordato stragiudiziale*, cit., p. 287; ID., *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 191; ID., *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, Padova, 2005, p. 261.

³⁹ Si veda in proposito G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 672; L. DE ANGELIS, *Un tentativo fallito di «amministrazione controllata stragiudiziale»*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 852; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2756.

⁴⁰ Sono di questo avviso U. NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1939, p. 167; R. ARTESE, in *Contratto plurilaterale e concordato stragiudiziale*, cit., p. 463; L. GUATRI, *Indagine sulle caratteristiche economiche delle «sistemazioni stragiudiziali»*, in *Riv. dottori commercialisti*, 1975, p. 1042; G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, p. 1080; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1976, p. 9; L. DE ANGELIS, *Un tentativo fallito di «amministrazione controllata stragiudiziale»*, cit., p. 852; E. CUZZERI-A. CICU, *Del fallimento*, cit., p. 567; R. PROVINCIALI, voce *Concordato stragiudiziale*, cit., p. 986.

⁴¹ Solo infatti se aderiscono tutti i creditori si inciderebbe sugli inadempimenti in maniera diretta, eliminando lo stato di insolvenza del debitore. Cfr. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2768.

zione francese⁴², erano ritenuti viziati per mancanza di causa qualora non si fossero rivelati idonei a sottrarre il debitore alla procedura concorsuale⁴³. Si reputava perciò necessaria l'adesione di tutti i creditori all'accordo in quanto altrimenti non sarebbe stato possibile evitare il fallimento, scopo e causa del concordato, ritenendo che l'istanza del singolo creditore fosse in verità diretta alla tutela dell'intera massa⁴⁴.

Già nella vigenza del precedente codice questa posizione era stata criticata⁴⁵, venendo poi ulteriormente censurata in seguito alla decadenza della teoria soggettiva della causa e all'affermarsi della posizione che valuta il concordato stragiudiziale mezzo tramite il quale il creditore dispone semplicemente del proprio diritto di credito e non di interessi collettivi. Infatti a prescindere dal numero dei creditori che aderiscono al patto non si verifica un effetto diretto sullo stato d'insolvenza, giacché non è tale l'oggetto del contratto, bensì unicamente l'inadempimento di uno o più crediti.

Di conseguenza in caso di accordo non unanime non risulta pregiudicata la *par condicio creditorum* né si integra necessariamente il reato di bancarotta preferenziale. Infatti, nel caso in cui alcuni creditori non apponessero il loro consenso all'accordo, rimarrebbe impregiudicato l'obiettivo di impedire il fallimento in quanto tale scopo è connesso con la concreta incidenza del credito sul patrimonio dell'imprenditore, non incidendo l'astratta permanenza della legittimazione a domandare il fallimento in capo al creditore che rifiuta il concordato.

Inoltre, qualora i creditori dissenzienti ricevano un pagamento comunque pari o maggiore di quello riservato ai creditori concordatari difficilmente si potrà imputare all'imprenditore la bancarotta preferenziale⁴⁶. Ciò nonostante la

⁴² In merito si segnala tra tutti D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, V, I, Torino, 1958, p. 409; F. CARUSI, *La causa nei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, p. 218; M. GIORGIANNI, voce *Causa* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 566.

⁴³ Si vedano sul punto le pronunce di cui Cass., 23 novembre 1933, in *Dir. fall.*, 1934, p. 299 e App. Milano, 21 giugno 1932, in *Dir. fall.*, 1933, p. 349.

⁴⁴ In proposito cfr. Cass., 23 giugno 1943, n. 1578, in *Dir. fall.*, 1943, II, p. 57, ed in dottrina R. PROVINCIALI, voce *Concordato stragiudiziale*, cit., p. 987.

⁴⁵ Si veda in merito G. BONELLI, in *Del fallimento*, cit., 1923, p. 126 e Cass., 20 maggio 1938, in *Dir. fall.*, 1939, p. 102.

⁴⁶ Cfr. in giurisprudenza Cass., 12 dicembre 2005, n. 27386, in *Il Fall.*, 2006, p. 1206; Cass., 20 maggio 1993, n. 5736, in *Il Fall.*, 1993, p. 1135; Cass., 27 giugno 1990, n. 6548, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1349; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 622; ed in dottrina U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, Torino, 1961, p. 505; G. DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, cit., p. 842; G. ROMANO, *Ancora su pactum de non petendo e insolvenza*, in *Giust. civ.*, I, 1993, p. 1038; G. VILLA, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 799; D. PERRONE, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, in *Il Fall.*, 1992, p. 661, il quale nega la possibilità per una figura dell'autonomia privata di essere astrattamente idonea a sottrarre l'imprenditore al fallimento, per cui tale eventualità non può assumere veste di causa del negozio bensì di mero effetto.

tesi che afferma la necessità che all'accordo aderiscano tutti i creditori non pare tramontata⁴⁷, sebbene in un'importante pronuncia la Suprema Corte abbia stabilito che l'assenza dell'unanimità dei consensi non debba considerarsi preclusiva della rimozione dell'insolvenza, a condizione che il debitore dimostri che tale situazione si realizzi ugualmente in seguito all'accordo con una parte dei creditori, in tal modo, pur non essendovi un'adesione all'accordo di tutto il ceto creditorio, si eliminerebbe la possibilità di dichiarare il fallimento⁴⁸.

Appare palese del resto l'estrema difficoltà pratica di ottenere il consenso dell'unanimità dei creditori, a cui si affianca l'astratta possibilità di raggiungere comunque le finalità proposte soddisfacendo una sufficiente parte del ceto creditorio. Una dottrina infatti, inquadrando il concordato stragiudiziale nell'ambito della disciplina di cui all'art. 1420 c.c., ritiene opportuno, come già stabilito dall'art. 825 del codice di commercio, subordinare l'efficacia della convenzione stragiudiziale al raggiungimento di un *quorum* significativo di creditori disponibili a consentire un pagamento preferenziale dei creditori dissenzienti, destinando a tal fine parte della c.d. "nuova finanza"⁴⁹.

3.3. La sfuggente individuazione del contratto plurilaterale

L'orientamento che ravvisa nel concordato stragiudiziale un contratto plurilaterale risulta, tuttavia, ambiguo o, perlomeno suscettibile di precisazioni, giacché la nozione di contratto plurilaterale non risulta univoca, non essendo presente una regolamentazione positiva capace di riferirsi direttamente a questa categoria⁵⁰. Il codice civile del 1865 non comprendeva alcun riferimento al contratto plurilaterale, né si riscontrano disposizioni analoghe nelle legislazioni storicamente vicine alla nostra⁵¹. Tuttavia tale figura

⁴⁷ Cfr. Cass., 19 novembre 1992, n. 12383, *ivi*, 1993, p. 310; Cass., 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Il Fall.*, 1993, p. 352; e, tra la giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 23 aprile 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 1954. Si veda in dottrina E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 186.

⁴⁸ Si fa riferimento al c.d. "caso Caltagirone" di cui Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366, con nota di A. JORIO. La stessa posizione si rintraccia in Cass., 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Il Fall.*, 1993, p. 352.

⁴⁹ Cfr. P. OLIVA, in *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, cit., p. 826.

⁵⁰ Una definizione maggiormente aderente al concetto di contratto plurilaterale come sarà espresso nel codice del 1942 si riscontra in un'isolata pronuncia: App. Bologna, 13 settembre 1935, in *Temi emiliana*, 1935, II, p. 244, nella quale si osserva che «perché si abbia un contratto plurilaterale (ove pure in astratto si ammette tale figura giuridica) è necessario che le varie convenzioni che lo compongono siano legate tra loro da rapporti di interdipendenza fondati sulla comunanza dell'oggetto e sulla unicità della causa» (cfr. anche App. Venezia, 22 aprile 1941, in *Dir. fall.*, 1941, II, p. 468). Per un'analisi in chiave storica del contratto plurilaterale si veda B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 497 e F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 158.

⁵¹ Cfr. in merito A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 660.

era stata delineata in dottrina con riferimento al contratto di società, laddove si considerava la pluralità come possibilità di intervento di più persone con interessi diversi ed eventualmente in conflitto⁵².

Nella dottrina anteriore al codice del 1942 alla posizione che avversava il riconoscimento di un contratto nel caso in cui le parti perseguissero una comune finalità senza comporre un interesse in conflitto come in un ordinario scambio si opponeva l'orientamento che considerava tali accordi di natura contrattuale⁵³. Con riferimento inoltre agli elementi caratterizzanti la categoria del contratto plurilaterale nella dottrina, quasi interamente gius-commercialistica, che si è occupata della figura si osserva una maggiore accentuazione non tanto del connotato della pluralità di parti, bensì dello scopo comune che queste si prefiggono⁵⁴.

La nozione di contratto plurilaterale è stata spesso accostata alla figura del contratto associativo con comunione di scopo in cui vi sia potenzialmente una partecipazione di più di due parti o comunque di numero indeterminato raccolte intorno ad una comunione di interessi ovvero, appunto, di scopo⁵⁵, la quale consentirebbe l'adesione al contratto di nuove parti con la perdurante validità di questo anche in caso di perdita della partecipazione di alcune o tutte le parti originarie.

Giova ricordare in proposito che il codice civile del 1942 ha collocato le disposizioni relative al contratto plurilaterale (artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.) nel Titolo II del Libro IV, dedicato alle norme generali sui contratti, in modo da creare una cornice alle figure specifiche dei contratti associativi, in particolare del contratto di società, sebbene, come sostenuto in dottrina, «all'astrazione dei principi particolari non corrisponde una generalizzazione del contenuto della disciplina ma soltanto una mera astrazione dello sche-

⁵² Così V. ARANGIO-RUIZ, in *Corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1921, I, p. 240, nota 1.

⁵³ Per il primo orientamento cfr. F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927 e ID., *La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 75; per il secondo si veda T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro lomb.*, 1932, p. 439; ID., *Note preliminari sulle intese industriali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, p. 106; ID., *Le unioni di imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 178.

⁵⁴ Cfr. T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, cit., p. 439; G. AULETTA, *La comunione di scopo e la causa del contratto di società commerciale*, in *Riv. di dir. civ.*, I, 1937, p. 1; A. DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni alle società commerciali*, Milano, 1937, p. 79.

⁵⁵ Di questo avviso T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, cit., p. 439; ID., *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, p. 721; ID., *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 265, laddove considera tra le ipotesi più affini all'accordo plurilaterale la cointeressenza e rifugge radicalmente la qualificazione del contratto plurilaterale come contratto di scambio, sostenuta invece da P. GRECO, in *Impresa. Azienda. Società*, Milano, 1948, p. 284. Si veda in tema anche T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 115; ID., *Contratto plurilaterale e totalizzatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 160.

ma negoziale sostanzialmente inidoneo ad una diretta applicabilità»⁵⁶.

Il legame stretto tra il contratto plurilaterale e i contratti associativi è stato altresì autorevolmente evidenziato da Messineo e Ferri, secondo i quali le disposizioni del codice civile relative ai contratti plurilaterali risultano applicabili unicamente in corrispondenza di un fenomeno associativo, rimarcando l'aspetto dello svolgimento di attività comune quale caratteristica che accomuna i contratti associativi e plurilaterali⁵⁷.

Del resto, ad un'analisi puntuale le regole sul contratto plurilaterale appaiono modellate sullo schema della società di persone, come risulta confrontando le norme sull'inadempimento e sull'impossibilità sopravvenuta, di cui agli artt. 1459 e 1466 c.c., con il meccanismo dell'esclusione del socio. Emerge infatti che nel contratto plurilaterale si stabilisce l'estromissione del contraente che non abbia eseguito la propria prestazione e la continuazione del rapporto tra i contraenti adempienti, pur impiegando lo strumento ordinario della risoluzione e non quello speciale dell'esclusione⁵⁸.

La rilevanza dell'elemento della comunione di scopo come essenziale nella categoria del contratto plurilaterale incide anche sul vantaggio derivante dalle prestazioni in quanto mentre nei contratti di scambio la prestazione di ciascuna parte soddisfa unicamente l'interesse dell'altra a detrimento della parte che la compie, laddove vi è uno scopo comune la prestazione soddisfa anche l'interesse della parte che la esegue, senza essere avvantaggiata in caso di mancato svolgimento della prestazione, ed in modo mediato, vale a dire unicamente se le altre parti partecipano all'accordo⁵⁹.

Non manca chi sostiene che il coefficiente teleologico varrebbe inoltre a differenziare il contratto plurilaterale dalla figura del negozio plurilaterale in

⁵⁶ Così B. INZITARI, in *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., p. 516.

⁵⁷ Sul punto si veda F. MESSINEO, in *Contratto plurilaterale e associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 150 e G. FERRI, in *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 681.

⁵⁸ Si vedano in merito le approfondite osservazioni di G. VILLA, *Pluralità di contraenti e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 202.

⁵⁹ Come sottolineano giustamente G. G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale. Requisiti-conclusioni-vizi*, Milano, 1937, p. 44; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in A. SCIALOJA- G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ., sub artt. 36-42*, Bologna-Roma, 1967, p. 15; D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 15; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, p. 87; A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 cod. civ.*, cit., p. 685; P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001. In relazione al concetto di interesse comune dove il soggetto per soddisfare il bisogno dell'eliminazione del dissesto ha necessità della partecipazione degli altri soggetti si rinvia a P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 4. Sullo stesso tema si richiama S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 7, laddove fa riferimento ai c.d. "contratti ad assetto di interessi mediato da un programma" differenziandoli dagli accordi in cui l'assetto di interessi sia riconducibile immediatamente alla conclusione del contratto tramite determinate attribuzioni patrimoniali. Per un'analisi delle questioni connesse alla nozione di scopo comune si rinvia a G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999, p. 33.

cui vi è sì pluralità di parti, ma queste non sono legate da uno scopo omogeneo, né le dichiarazioni di volontà risultano indipendenti (come invece dispongono gli artt. 1420 e 1446 c.c. per cui in caso di difetto di una o più dichiarazioni il contratto rimane valido salvo che la partecipazione sia essenziale)⁶⁰. Il negozio plurilaterale dunque diverge altresì dal contratto di tipo associativo giacché oltre a mancare la comunanza di scopo esige un numero di parti, *ab origine* e per tutta la durata, superiori a due.

La figura del contratto plurilaterale si colloca dunque in mezzo tra il contratto associativo e il negozio plurilaterale, avendo in comune con il primo l'elemento funzionale e causale del perseguimento di interessi comuni e con il secondo l'elemento strutturale della necessaria pluralità di parti (comunque non inferiori a tre), infatti il contratto associativo sarebbe valido anche nell'ipotesi in cui le parti si riducessero a due⁶¹.

La difficoltà di individuare una normativa autonoma del contratto plurilaterale e di considerare gli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c. come cardini di una figura più generale ha indotto certa dottrina a ricondurre tali disposizioni nell'ambito della normativa relativa al principio di conservazione del contratto, sintetizzato dal brocardo *utile per inutile non vitiatur*. Si è così attribuito alla previsione di un astratto schema di contratto plurilaterale il significato politico di sintesi tra lo strumento del contratto e l'aggregazione corporativa degli interessi individuali, in modo da nascondere dietro il paravento dello scopo comune, come nella notte in cui tutte le vacche sono nere, le disparità economiche e «le “non libertà” che strutturalmente si pongono nell'ambito dei rapporti di produzione capitalistici»⁶².

Nel caso in cui dunque difettesse lo scopo comune ovvero l'astratta variabilità del numero dei contraenti, il contratto plurilaterale non sussisterebbe; di conseguenza, calando tale paradigma nel concordato stragiudiziale, verrebbe ulteriormente minata la consistenza dell'orientamento che considera necessaria l'unanimità dei consensi dei creditori, giacché l'invalida partecipazione di uno degli aderenti dovrebbe comportare l'invalidità dell'intero patto, in contraddizione con il disposto dell'art. 1420 del codice civile⁶³.

A tale obiezione si è tuttavia risposto affermando un'adesione “a scomparsa” alle norme codicistiche che trattano la figura del contratto plurilaterale, o meglio il riferimento all'astratta categoria dei contratti con comunio-

⁶⁰ Si veda sul punto l'analisi di F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, cit., e ID., *La struttura della società e il cosiddetto contratto plurilaterale*, cit., p. 75. Contra cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1945, p. 157.

⁶¹ È questa l'opinione ancora di F. MESSINEO, in voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., p. 150, il quale raffigura il rapporto logico tra contratto associativo e contratto plurilaterale ponendo il primo come *genus* del secondo, a differenza di G. FERRI, in *Contratto plurilaterale*, cit., p. 681, che considera il rapporto tra i due come di identità.

⁶² Così B. INZITARI, in *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., p. 528.

⁶³ In proposito si rinvia a S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, cit., p. 7 e E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, p. 85.

ne di scopo. Si propone infatti la necessità del consenso al concordato di tutti i creditori al momento della conclusione del concordato ma tale partecipazione unanime può considerarsi pleonastica nella fase successiva, valutando l'essenzialità in base alla realizzazione dello scopo contrattuale di eliminare lo stato d'insolvenza⁶⁴.

Del resto le norme relative al contratto plurilaterale, al quale di per sé non si può riconoscere una determinata funzione causale né una reale tipicità o autonoma disciplina⁶⁵, non hanno alcuna valenza di tutela dell'ordine pubblico, potendo dunque essere plasmate a secondo delle esigenze: ad esempio nel negozio di scioglimento di comunione, sebbene questo abbia carattere plurilaterale, è pacifica la necessaria partecipazione di tutti i comunisti⁶⁶, oppure nell'ipotesi di patti parasociali, quali i sindacati di blocco diretti a conservare una certa maggioranza, la mancata adesione di un socio pregiudica la sussistenza dello stesso patto solo se è sufficiente a comporre appunto la maggioranza⁶⁷.

Di conseguenza parrebbe più corretto considerare il concordato stragiudiziale, più che nell'alveo dei contratti plurilaterali, come mero contratto innominato con comunione di scopo, intendendo con ciò l'interesse comune obiettivo, idoneo cioè a generare una solidarietà tra i creditori, i cui interessi sono legati da un rapporto di strumentalità reciproca, al fine di consentire la soddisfazione dei bisogni di tutti gli aderenti⁶⁸.

In tal modo si supererebbe anche la contraddizione tra la disciplina codicistica del contratto plurilaterale e l'interdipendenza delle varie obbligazioni tra imprenditore e creditori che si pone sul piano dell'adempimento.

⁶⁴ Su questa posizione cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 243. Si veda anche lo studio di M. TUOZZO, *Riflessioni sugli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c., in Obbl. e contr.*, 2009, p. 138.

⁶⁵ In merito si richiama l'analisi di G. RAGUSA MAGGIORE, *La causa del contratto di società. La causa del contratto in generale*, in *Dir. fall.*, 1959, I, 13, p. 125; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 42 e ancora B. INZITARI, in *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., p. 494. Lo stesso S. MAIORCA, in *Contratto plurilaterale*, cit., p. 10, definisce genericamente la figura come "un atto che disciplina, coordinandoli ad un certo fine, altri atti o fatti previsti in astratto ed eventualmente in via generale".

⁶⁶ Sull'argomento sono indicativi i contributi di M.R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. BIGIARI, Torino, 1988, p. 172; M. FRAGALI, *La comunione*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, III, Milano, 1983, p. 505 e 509; G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1982, p. 275.

⁶⁷ In merito si veda G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 517; G. COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958; L. FARENGA, voce *Patti parasociali*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XI, Torino, 1995, p. 12; P.G. JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 201; F. BONELLI-P.G. JAEGER (a cura di), *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Milano, 1993.

⁶⁸ Si veda in proposito E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 233 e più in particolare con riferimento alla nozione di interesse e scopo P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 3.

Infatti se gli accordi risultano interdipendenti il totale o parziale inadempimento di una o più parti comporterebbe la risoluzione dell'intero concordato in spregio all'art. 1459 c.c. che, in ossequio al principio di conservazione del contratto, afferma la non risoluzione in caso di inadempimento di una delle parti, se la prestazione è giudicata non essenziale⁶⁹.

Entro tale costruzione troverebbe giustificazione, inoltre, anche l'ipotesi in cui l'accordo stragiudiziale sia stipulato da due sole parti, con la presenza quindi di un solo "grande" creditore ovvero nel caso in cui i creditori siano unitariamente rappresentati come massa, eventualità non così peregrina considerando il ruolo più che preponderante costituito dagli istituti di credito. Del resto, si ricorda come secondo certa dottrina sia ammissibile un contratto con comunione di scopo concluso da due sole parti, il quale inoltre può comunque qualificarsi come plurilaterale, per cui in caso di invalidità o risoluzione del vincolo non si porrà il problema dell'essenzialità della prestazione⁷⁰.

4. ... o l'incerto "causalismo" del collegamento negoziale?

4.1. La rilevanza dell'intento di scongiurare il fallimento

La presunta precarietà dell'inquadramento del concordato stragiudiziale nello schema del contratto plurilaterale, categoria a sua volta non scevra di incertezza⁷¹, conduce a ritenere tale concordato frutto di una serie o fascio di contratti autonomi, che l'imprenditore nell'ambito dell'autonomia privata stipula con i vari creditori mantenendo ciascun singolo accordo una propria causa ed una vicenda autonoma⁷².

⁶⁹ Evidenzia l'interdipendenza delle obbligazioni R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2766. La suddetta antinomia è rilevata ancora nell'analisi di E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 227.

⁷⁰ Cfr. sul punto L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 158; F. MESSINEO, *La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale*, cit., p. 86; B. INZITARI, in *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., 494; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 226. Sul concetto di massa dei creditori si veda R. MICCIO, *La cessione dei beni nel concordato*, Milano, 1957, p. 177 e A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 171.

⁷¹ Non a caso A. BELVEDERE, in *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 cod. civ.*, cit., p. 695, e B. INZITARI, in *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., p. 528, considerando anche la Relazione del Guardasigilli al Re nn. 68 e 69, ritengono sostanzialmente inconsistente la categoria del contratto plurilaterale, giustificando la sussistenza dell'art. 1420 c.c. e delle altre norme che lo regolano solo su un piano prettamente dogmatico, senza la presenza di alcuna esigenza normativa.

⁷² Si veda in merito L. GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, (art. 72-83), in F. BRICOLA-F. GALGANO-G. SANTINI (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, p. 29. In proposito G. DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, cit., p. 841 parla di fasci di negozi bilaterali fra il debitore e ciascun creditore.

La posizione che sostiene la *reductio ad unum* delle varie convenzioni concluse poggia dunque in primo luogo sul detto precario ancoraggio positivo al contratto plurilaterale, con discutibili conseguenze sul piano dell'indebitamento⁷³.

A tale critica "esterna", attinente al piano della collocazione del riferimento codicistico, si affianca la censura "interna", che colpisce gli elementi che secondo l'art. 1325 c.c. dovrebbero differenziare il concordato stragiudiziale come contratto, rendendolo autonomo dalle singole convenzioni che ne costituirebbero mere forme o mezzi attuativi⁷⁴.

Considerando i soggetti contraenti, i suddetti accordi, aventi ciascuno una propria tipicità, non sembrano potere essere snaturati dalla qualifica soggettiva del debitore nel concordato, il quale deve necessariamente rivestire la qualità di imprenditore commerciale. Tale requisito, come evidenziato sopra, costituisce una precisazione apportata nel testo dell'art. 182-bis l. fall. in seguito alla riforma di cui al d.lgs. n. 169/2007, giacché la formulazione originaria faceva riferimento astrattamente al mero "debitore" come se gli accordi potessero essere stipulati anche da un debitore che non rivestisse la qualifica di imprenditore commerciale assoggettabile a procedura concorsuale⁷⁵. Ugualmente non può alterare i caratteri delle singole pattuizioni l'oggetto del concordato stragiudiziale, in quanto esso è costituito appunto dai molteplici oggetti dei vari contratti; tanto meno la forma può avere valenza caratterizzante, posto che si reputa libera a meno che con il concordato si trasferiscano diritti per cui è necessario rispettare una certa forma, indicata, anche in tal caso, dagli strumenti negoziali che lo compongono⁷⁶.

Secondo la teoria unitaria, tuttavia, è la causa a rappresentare il polo attrattivo dei vari patti ed a attribuire al concordato stragiudiziale una propria individualità. Si sostiene, come visto, che l'intento di evitare la dichiarazione di fallimento, cui si assegna valenza assorbente della causa tipica di ciascun accordo, assurge a causa unitaria, con la conseguenza che l'eventuale fallimento sopravvenuto provocherebbe l'invalidità dell'intero contratto.

⁷³ Non sono mancate in giurisprudenza pronunce in cui esplicitamente, dopo aver sottolineato il carattere atipico del concordato amichevole, ne affermava la struttura formata da un complesso di accordi diretti con i singoli creditori. Cfr. Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951; Cass., 22 gennaio 1934, in *Dir. fall.*, 1935, p. 84; .

⁷⁴ Come sostiene R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1953, p. 846.

⁷⁵ Tuttavia anche precedentemente al decreto correttivo gran parte della dottrina era giunta ad analoghe conclusioni, tra cui si cita V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 370; S. AMBROSI-NI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 164; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 130; S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 275.

⁷⁶ Cfr. in tema A. CASTANA, in *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Milano, 1957, p. 111.

Assumendo una concezione di causa come elemento universale del negozio, fondamento obiettivo che giustifica l'attribuzione patrimoniale⁷⁷, si osserva la difficile coincidenza tra lo scopo di evitare il fallimento e la causa in senso tecnico del concordato, la quale del resto comparirebbe solo *a posteriori* in caso di esito positivo dell'operazione, senza poter costituire l'intrinseca funzione del contratto, immediatamente adempiuta da ciascun singolo patto solutorio, dilatorio o remissorio che l'imprenditore conclude con ogni creditore⁷⁸. Ogni accordo ha invece una causa propria, diversa dagli altri, che non converge in un unico negozio realizzando una *reductio ad unitatem*.

All'intento di eliminare lo stato di insolvenza, vincolo unitario dei vari contratti, pare dunque meglio conferirsi il ruolo di motivo del negozio concordatario *a parte debitoris*, cui corrisponde il timore del creditore di perdere la prestazione, incarnando dunque una funzione ulteriore del contratto, priva di rilevanza giuridica per la struttura negoziale⁷⁹. Infatti, è comunemente proprio del debitore il proposito di prevenire lo stato d'insolvenza e ritornare prima possibile *in bonis*, laddove invece il creditore, come argomentato in precedenza, ha interesse ad accordarsi con l'imprenditore in crisi perché ritiene, qualora venisse dichiarato il fallimento, di ricevere una prestazione sicuramente inferiore a quella possibile attraverso il concordato⁸⁰.

Del resto, con riferimento agli accordi *ex art. 182-bis l. fall.*, il superamento dello stato di crisi è riconducibile all'effetto dell'omologazione dell'accordo, ossia al formale riconoscimento e attestazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'idoneità dell'accordo alla rimozione della crisi⁸¹.

⁷⁷ Si veda R. DE RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano-Messina, 1943, I, p. 130. La distinzione tra causa e motivi emerge in U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, cit., p. 54 laddove l'Autore afferma che «la causa indica oggettivamente gli interessi rilevanti, per questo appare come una stella fissa in presenza di una costellazione variabile (...), l'esito puntuale di una selezione destinata a mettere a fuoco il nucleo di senso del contratto».

⁷⁸ Sul punto si rinvia alle lucide osservazioni di F. SANTORO PASSARELLI, in *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, p. 127; G. MIRABELLI, *Causa subiettiva e causa obiettiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 323; M. GIORGIANNI, voce *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547. *Contra*, pur in maniera differenziata, cfr. le autorevoli posizioni di R. Sacco in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004, p. 777 e di G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi di collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 329.

⁷⁹ Individua la funzione degli accordi nella rimozione della crisi L. MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare. Contributo allo studio del tipo*, Milano, 2012, p. 179.

⁸⁰ Lo scopo di evitare il fallimento è considerato una mera circostanza soggettiva senza alcuna aspirazione causale da G. MONTESANO, in *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 495; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., p. 1602.

⁸¹ Si veda, in proposito, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., p. 62.

Inoltre nel caso in cui si giunga ugualmente ad una pronuncia di fallimento, l'ipotetica causa unica, presente nella fase genetica, verrebbe *ex abrupto* a mancare, provocando la nullità del concordato per difetto *ex post* di causa, in conseguenza ad eventi estranei alla sfera del contratto stesso, le cui obbligazioni sarebbero state tuttavia adempiute⁸².

Per di più la stessa idoneità giuridica del concordato stragiudiziale ad evitare il dissesto è assai dubbia in una disciplina concorsuale quale quella ante riforma in cui la dichiarazione di fallimento è considerata un atto officioso, di esercizio della giurisdizione⁸³. Di conseguenza, è semmai possibile individuare un'idoneità di fatto dei vari accordi tra l'imprenditore e i creditori, attraverso i quali per loro stessa natura si ottiene indirettamente lo scopo di conservare l'impresa facendo venir meno lo stato d'insolvenza di cui all'art. 5 l. fall., a prescindere dall'intento dei patiscenti⁸⁴.

L'intento di scongiurare la dichiarazione di fallimento, ridotto a motivo del concordato, non potrebbe tanto più assumere le vesti di una clausola risolutiva tacitamente apposta giacché altrimenti nella fattispecie si verificherebbe una risoluzione contrattuale senza alcun inadempimento, essendo tutt'altro che remota l'ipotesi che il fallimento sia dichiarato a prescindere o nonostante l'adempimento dell'imprenditore delle obbligazioni dedotte nel concordato⁸⁵.

Risulterebbe più lineare, invece, sostenere l'inserimento tra gli elementi tipici del negozio di una condizione, in modo che il creditore possa acconsentire al concordato, subordinando l'efficacia del proprio accordo all'approvazione dei diversi creditori o di un numero sufficiente di essi, ovvero sottoponendo la propria adesione alla condizione risolutiva rappresentata dalla richiesta del fallimento da parte di altri creditori⁸⁶. L'apposizione di

⁸² Avanzano tale obiezione G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, p. 1081 e C. PETRUCCI, voce *Concordato stragiudiziale*, cit., 523.

⁸³ Come ricordano A. SCARANO, *Profilo generale del concordato stragiudiziale*, in *Dir. e giur.*, 1973, p. 329; A. CASTANA, in *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, cit., p. 113 e ancora U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., p. 1599.

⁸⁴ Un meccanismo analogo si realizza per mezzo di quegli atti o contratti, tra i quali la c.d. prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197 c.c.), la *cessio pro solvendo* (art. 1198 c.c.), il contratto di cessione dei beni ai creditori (art. 1977 c.c.), che rimuovendo l'insolvenza, presupposto necessario, impediscono di fatto e in via mediata di dichiarare il fallimento, come osservano A. CASTANA, in *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, cit., p. 114 e S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952, p. 298.

⁸⁵ Si veda in merito l'analisi di C. PETRUCCI, voce *Concordato stragiudiziale*, cit., 523.

⁸⁶ Si ricorda che la condizione risolutiva si differenzia dalla clausola risolutiva di cui all'art. 1456 c.c. in quanto, come osserva Cass., 7 gennaio 1982, n. 61, in *Mass. Giur. it.*, 1982, «la condizione risolutiva propria al pari di ogni condizione, costituisce una autolimitazione della volontà, in quanto la parte o le parti perseguono un dato effetto contrattuale, subordinandolo tuttavia all'avveramento di un dato evento. La clausola risolutiva espressa rappresenta, invece, una sanzione per il caso di inadempimento». Sullo stesso argomento più recentemente la Suprema Corte (Cass., 31 agosto 2009, n. 18920, in *Nuova*

tale condizione – qualificabile come mista in quanto l’evento dipenderà dalla discrezionale volontà delle parti oltre che da fattori casuali – soddisferebbe le esigenze del creditore a non essere pregiudicato da eventuali iniziative di altri creditori, ma a coordinarsi con essi⁸⁷.

In maniera maggiormente analitica in una delle poche pronunce della Suprema Corte che nel vigore della precedente legge fallimentare si è occupata della questione⁸⁸, oltre ad affermarsi la possibile compresenza di più negozi distinti, si conferisce all’intento di eliminare lo stato di insolvenza la funzione di presupposizione (assimilando tuttavia quest’ultima alla condizione implicita). Infatti, tale intento rappresenta una determinata situazione di fatto ricavabile dal contesto del negozio, comune ad entrambi i contraenti, ed il cui verificarsi è indipendente dalla loro volontà. Il venir meno dell’evento presupposto consentirebbe al contraente di recedere dal contratto senza ricorrere a domande giudiziali di risoluzione del contratto⁸⁹.

Giur. Civ. Comm., 2010, 3, p. 239) ha affermato che a differenza della condizione risolutiva, perché si possa produrre la risoluzione «la clausola risolutiva espressa richiede oltre all’inadempimento della specifica obbligazione dedotta, anche la dichiarazione di volersi avvalere della risoluzione per l’avveramento delle circostanze indicate, in quanto essa costituisce una forma di autotutela privata ammessa dalla legge e consente alle parti di prevedere che, in caso di inadempimento, la parte creditrice abbia il potere (diritto potestativo) di risolvere immediatamente – senza ricorrere al giudice – il contratto e, quindi, di liberarsi dalla prestazione dell’obbligazione».

⁸⁷ Come si vedrà più nel dettaglio in seguito non si constata una consonanza di opinioni tra chi considera tale condizione alla stregua di una clausola tacitamente apposta, come G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1948, p. 479; G. BONELLI, in *Del fallimento*, in *Commentario al cod. comm.*, cit., p. 665; A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, cit., p. 611; ed in giurisprudenza la pronuncia della Cass., 11 aprile 1931, n. 1303, in *Dir. fall.*, 1931, p. 923, e App. Milano, 19 giugno 1934, in *Dir. fall.*, 1935, p. 340; e chi invece ritiene che in tal caso la condizione risolutiva tacita integrerebbe un difetto funzionale della causa come sostiene G. MONTESANO, in *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 497; ed inoltre ancora C. PETRUCCI, voce *Concordato stragiudiziale*, cit., p. 523, e A. CASTANA, in *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, cit., p. 111.

⁸⁸ Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951.

⁸⁹ In merito alla teoria della presupposizione si rinvia a A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Contratto in generale*, IX, t. IV, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000; N. BERTOTTO, *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 309; S. MEZZANOTTE, *L’istituto della “presupposizione” tra teoria ed applicazione pratica*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2207; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur e dir. priv.*, 2001, p. 363. La Cass., 25 giugno 2007, n. 12235, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, p. 1177, con nota di F. AZZARRI, ha inoltre stabilito che «la presupposizione, non attenendo né all’oggetto né alla causa né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso esterna, che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia in base al significato proprio del medesimo, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse, ma con riconoscimento da parte dell’altra, valore determinante ai fini del mantenimento del vicolo contrattuale». Secondo la Cassazione, inoltre, non si può rilevare *ex officio* in quanto integra un’eccezione in senso stretto soggiacendo alle preclusioni processuali: è un istituto esclusivamente contrattuale perché uno dei suoi requisiti è che l’elemento sia comune, pertanto è esclusa la compatibilità tra presupposizione e negozio giuridico unilaterale.

Il ricorso all'istituto di origine pretoria della presupposizione permetterebbe dunque di ottenere maggiore coerenza e sistematicità laddove, in caso di dissesto sopravvenuto, i singoli accordi intercorsi tra l'imprenditore e ciascun creditore si rivelerebbero inefficaci, in quanto verrebbe a mancare la circostanza che oggettivamente influenza il corretto funzionamento del concordato stragiudiziale e la sua fisiologica operabilità. Conseguentemente il creditore che aveva aderito al piano potrà insinuarsi nel passivo fallimentare, partecipando all'esecuzione concorsuale per l'intero credito originario: in tal modo rimarrebbe salva la detrazione e l'eventuale assoggettamento all'azione revocatoria limitatamente ai pagamenti riscossi prima della dichiarazione di fallimento⁹⁰.

Rintracciando, infine, nella presupposizione, individuata nella prospettiva di evitare il fallimento, l'elemento unificante, nella stessa decisione si giungerebbe quindi a considerare i molteplici contratti come funzionalmente collegati tra loro⁹¹. Pur differenziandosi rispetto all'intensità del nesso tra i vari contratti – a secondo della fonte volontaria o legale dello stesso – il collegamento negoziale vede infatti il suo elemento precipuo nella tendenziale comunione di destino tra l'uno e l'altro contratto, sì che la nullità, l'annullamento, la risoluzione, il recesso dell'uno si riverberano sull'altro in termini di validità ed efficacia, travolgendo l'intero accordo.

Questa connessione è dovuta all'indirizzo unitario impresso alle prestazioni costituenti l'oggetto dei negozi, i quali mirano dunque ad un assetto

⁹⁰ La suddetta pronuncia Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951, afferma infatti che «nel concordato stragiudiziale o amichevole la rimozione del dissesto dell'imprenditore mediante un accordo che valga ad evitare il fallimento non richiede necessariamente la stipulazione di un atto formale e concorsuale di tutti i creditori, ma può esaurirsi anche in un complesso di accordi singoli, nei quali la prospettiva e l'interesse di evitare il fallimento del debitore operano come motivo che entra nel contenuto di ciascun negozio sotto il profilo delle presupposizioni, e cioè come una condizione implicita, alla cui realizzazione è sufficiente che in concreto il fallimento non venga dichiarato con riferimento ad uno stato di insolvenza anteriore alla stipulazione degli accordi stessi». Richiamano la teoria della presupposizione G. VILLA, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, cit., p. 803 e G. MONTESANO, in *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 496.

⁹¹ Il collegamento negoziale, si realizza allorché due o più negozi, ciascuno dotato di una propria causa, sono volontariamente coordinati dalle parti da un nesso giuridicamente rilevante, e quindi non occasionale né puramente formale, per il conseguimento di un medesimo scopo economico. Risulta possibile quindi individuare un elemento oggettivo nella relazione economica e teleologica intercorrente tra i vari negozi, e un elemento soggettivo rappresentato dall'intento delle parti di dirigere gli stessi, ordinandoli ad un medesimo fine. Tale presupposto soggettivo deve tuttavia emergere all'esterno, essendo necessario il concorso alla formazione del contenuto dei contratti. In proposito Cass., 16 febbraio 2007, n. 3645, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1278, ha sancito l'impossibilità di dar luogo ad un collegamento negoziale di una connessione tra contratti che riflette mere esigenze personali di un contraente, mai espresse nel contratto, sottolineando la necessità che il nesso teleologico tra i negozi emerga dall'«inserimento di appropriate clausole di salvaguardia della parte che vi ha interesse», ovvero che sia «esplicitato ed accettato dagli altri contraenti, in guisa da poter pretendere da essi una condotta orientata al conseguimento dell'utilità pratica cui mira l'intera operazione».

complessivo di interessi tra le parti, ovvero ad un'unica operazione economica. La Suprema Corte ha infatti definito il collegamento contrattuale come «un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, non per mezzo di un singolo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, ciascuno dei quali, pur conservando la sua causa autonoma, è finalizzato ad un unico regolamento di interessi»⁹². Si afferma pertanto come una “tecnica di organizzazione” volta a combinare una serie di rapporti giuridici patrimoniali autonomi che realizzano un assetto finale di interessi⁹³.

4.2. Causa in concreto e collegamento negoziale

Attraverso lo strumento del collegamento negoziale quindi, le parti esercitano quell'autonomia concessa loro dall'art. 1322 c.c. che consente di dar vita ad una fattispecie contrattuale ulteriore e diversa, composta da contratti autonomi ma teleologicamente coordinati. Le parti contrattuali tuttavia, se possono incidere nella fase genetica del collegamento negoziale, si vedono limitare la propria autonomia allorché si manifesti un evento patologico in uno dei due contratti.

La connessione che caratterizza i singoli negozi, determina che, nel caso in cui uno sia affetto da una patologia, anche l'altro contratto, compreso nel collegamento, risulti inficiato dalla medesima vicenda, con una riverzione degli effetti patologici di un contratto sull'altro, in applicazione del principio *simul stabunt, simul cadent*, indipendentemente dall'accertamento della volontà delle parti⁹⁴.

⁹² Così Cass., 10 ottobre 2014, n. 21417, in *Guida al dir.*, 2015, p. 62; Cass., 1 ottobre 2014, n. 20726, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., 26 maggio 1999, n. 5122, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2289, con nota di F. DI CIOMMO. Sulla medesima linea si veda Cass., 21 novembre 2011, n. 24511, in *DeJure.it*.

⁹³ Si vedano in merito le osservazioni di C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contratti*, 2011, p. 1044, dove si osserva opportunamente come «la rilevazione del coordinamento di più contratti ad un unico scopo nei termini tecnici del collegamento negoziale si configura, nello stesso tempo, quale esito di un procedimento interpretativo che supera l'autonomia formale dei singoli atti contrattuali, e presupposto di un successivo procedimento interpretativo mediante il quale l'interprete stabilisce quali norme si applicano all'operazione economica indipendentemente da quelle che si applicherebbero ai singoli atti».

⁹⁴ Per una prospettazione compiuta e generale dell'argomento, preme segnalare M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1943, II, 1, p. 328; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 375; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, 1962, p. 48; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in G. ALPA-M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, p. 596; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; G.

Giova in proposito evidenziare, tuttavia, come la stessa possibilità e autonomia logica della nozione di collegamento negoziale non sia pacifica, esponendosi, da un punto di vista strutturale, a critiche che minano la consistenza di numerose peculiarità dell'istituto, spesso adoperato in maniera non sempre sistematica⁹⁵.

Si osserva, infatti, come sia possibile giungere ad analogo risultato assumendo una più recente accezione di causa come funzione economico individuale o dello scopo pratico secondo la quale, per individuare la causa del contratto, bisogna tener conto degli scopi effettivi, per i quali il contratto è stato perfezionato, fuggendo dalle determinazioni aprioristiche dell'accezione oggettiva. Infatti alla tradizionale nozione c.d. oggettiva, che vuole la causa come funzione economico-sociale, del tutto svincolata dagli scopi delle parti, all'esito di un processo di astrazione da essi, frustrando dunque ogni indagine sulla reale volontà dei contraenti, la giurisprudenza di legittimità ha proposto un concetto di causa che si focalizza sulla concreta modificazione che produce nella sfera giuridica dei contraenti⁹⁶.

FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 127; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000; F. CARPI (a cura di), *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007; C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, cit., p. 1044. In giurisprudenza si vedano, tra le più recenti, Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giur. it.*, 2002, p. 1618; Cass., 24 maggio 2003, n. 8253, in *Riv. notariato*, 2004, p. 201; Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, in *Giur. it.*, 2006, p. 2064, con nota di E. BATTELLI; Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Contratto in genere», n. 175; Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, in *Contratti*, 2007, p. 900.

⁹⁵ Il riferimento in merito è alle riflessioni di N. IRTI, *Note introduttive*, in F. CARPI (a cura di), *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, cit., p. 3, il quale enumera l'accessorietà (tipica dei rapporti di garanzia), la para-negozialità (tipica dei patti parasociali), la subordinazione negoziale (realizzata attraverso la deduzione in condizione della conclusione di un certo negozio) che porrebbero problemi non di struttura ma di eseguibilità dei diritti e degli obblighi stabiliti in un certo contratto in caso di caducità di un altro negozio.

⁹⁶ La Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, considera infatti la causa «funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». Seguendo tale orientamento bisogna dunque individuare *in casibus* la presenza o meno della causa negoziale, con la conseguenza di giungere potenzialmente a ritenere nulli per illiceità della causa anche modelli contrattuali tipici. Si veda in merito anche Cass., 26 gennaio 1995, n. 975, in *Contratti*, 1995, p. 362, con nota di M. AMBROSOLI. Tale concezione aveva già trovato applicazione in varie problematiche, quali la nozione di contratto in frode del divieto di patto commissorio cfr. Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, e 21 aprile 1989, n. 1907, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1989, I, p. 348; o il patto di non concorrenza cfr. Cass., 6 agosto 1997, n. 7276, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1350, ovvero ancora la rendita vitalizia cfr. Cass., 15 maggio 1996, n. 4503, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 730. Per una puntuale analisi cfr. U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt.*

In tal modo si può assegnare al concordato stragiudiziale una causa propria rappresentata dall'interesse concreto di sottrarsi al fallimento, con specifica ed autonoma rilevanza rispetto a quella parziale dei singoli contratti, connotando la reciproca interdipendenza di questi ultimi in modo che le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia.

Si riscontra dunque la sussistenza di una "doppia causa" laddove i vari accordi, pur avendo ciascuno la causa del proprio tipo contrattuale inidonea di per sé ad attuare la complessiva operazione economica, risultano collegati da un nesso funzionale volontario, rappresentato dalla causa concreta che li accomuna rendendoli interdipendenti, in quanto tutti sarebbero funzionalmente diretti al salvataggio dell'impresa in crisi.

In dottrina si suole fare ricorso alla teoria della "doppia causa" o della "causa esterna" qualora si verifichi l'affiancamento alla causa parziale dei singoli contratti un fine ulteriore costituente una seconda ragione giustificatrice complessiva. In tal caso dunque l'interesse globale viene realizzato per mezzo di diversi contratti, caratterizzati da un interesse identificabile in maniera autonoma e strumentale all'interesse complessivo⁹⁷.

Bessone, *Il contratto in generale*, cit., p. 66; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 212; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 452. Tuttavia già F. CARNELUTTI, in *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 151 sosteneva che «la causa è l'interesse che le parti mirano a soddisfare attraverso il negozio» e G.B. FERRI, in *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 405, evidenziava l'esigenza di valorizzare nell'ottica causale gli interessi dei contraenti. Quest'ultimo in particolare distingueva nettamente tra causa e motivi, i quali costituiscono i moventi soggettivi che inducono ciascuna parte separatamente a stipulare il contratto e per essere rilevanti ai fini della nullità devono essere comuni. Criticando la concezione oggettiva in base alla confusione tra causa e tipo, nella nuova ottica che vede il contratto come strumento di autodeterminazione per il perseguimento dei fini privati, individuava la causa nello scopo sì oggettivo ma non più astratto bensì concreto.

⁹⁷ Sul punto si vedano A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, cit., p. 38; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 481 e, con specifico riferimento al collegamento negoziale, C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., p. 331. In particolare, secondo C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., pp. 166 e 214, l'istituto del collegamento funzionale permette di apprezzare e recuperare sul piano interpretativo proprio quell'unitarietà funzionale frammentata in una pluralità strutturale relativa ad una pluralità di centri di interesse volti al perseguimento di specifici risultati economico-giuridici. In giurisprudenza si riscontrano numerose pronunce che fanno riferimento al "valore aggiunto" (Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Giur. it.*, 1994, p. 1480), o al "risultato economico unitario e complesso" (Cass., 22 settembre 2016, n. 18585, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Mass. Giur. it.*, 1995), ovvero a "l'interesse globalmente perseguito dalle parti" (Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Giust. civ.*, 1996, p. 2649), a cui ciascun contratto collegato fa riferimento. In particolare, Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Contratto in genere», n. 20 osserva che «La giurisprudenza di legittimità si mostra per lo più concorde nel tener distinti i piani economico e giuridico del fenomeno del collegamento: pur essendo sostanzialmente unitario l'aspetto e l'interesse economico sotteso all'intera operazione, i singoli negozi restano, dunque, pur sempre autonomi, ed autonomamente forniti della propria rispettiva causa, il che induce

Più nello specifico, l'intera e unitaria operazione economica sarà costituita da negozi connessi, diretti a perseguire una finalità parziale che in essa trovano giustificazione, e nei quali ciascun creditore contraente si obbliga a condizione che gli altri vincoli connessi spieghino gli effetti indispensabili affinché si raggiunga l'obiettivo comune e inscindibile, seppur articolato, di ristrutturazione della situazione debitoria dell'impresa.

Anche sorvolando sulla complessità di distinguere la c.d. causa esterna dal motivo comune determinante, si deve considerare quindi che l'interazione tra i vari singoli contratti più che perseguire un fine ulteriore, come testimoniato dall'ipotesi del concordato stragiudiziale, incarna la ragione giustificativa stessa del negozio, di cui appare dunque ultroneo l'accertamento⁹⁸. Senza tale assetto complessivo realizzato con il collegamento infatti le parti non avrebbero concluso alcun singolo negozio⁹⁹.

La presunta doppia causa si rivela però "doppiezza" allorché nella pratica conclusione degli accordi non si riscontra alcuna compresenza tra il voler stipulare un singolo accordo di contenuto remissorio o solutorio e l'aderire al piano complessivo, ma l'intenzionale partecipazione al globale assetto di interessi. Pertanto si realizza una sorta di castello di carte, in cui ciascun singolo accordo assume significato solo se inserito nella globalità del disegno unitario, e se subisce una patologia essa può o meno ripercuotersi sugli altri accordi determinandone o meno l'inefficacia o l'invalidità a seconda della rilevanza del primo accordo nell'assetto complessivo¹⁰⁰.

Secondo certa dottrina, infatti, poiché sul piano positivo il rapporto tra i

una dottrina più recente a sostenere che, nei contratti collegati, vada necessariamente identificata tanto la causa parziale dei singoli contratti, quanto la causa complessiva dell'operazione, ciò che sposta il problema del collegamento dal piano strutturale a quello effettuale, sotto il profilo dell'applicabilità delle regole della nullità parziale e dell'eccezione di inadempimento. Criterio guida della giurisprudenza di questa Corte può, ad ogni buon conto, dirsi quello del *simul stabunt simul cadent*, ed oggi, con ogni probabilità, proprio l'art. 1469-ter fornisce la base normativa sinora mancante per il definitivo riconoscimento del fenomeno del collegamento negoziale come istituto giuridico e non soltanto fenomeno economico, poiché, con riferimento alla clausola vessatoria, il "significativo squilibrio di una clausola" va valutato avuto riguardo "all'operazione complessiva" il che consente l'estensione della regola ermeneutica di cui all'art. 1363 a tutte le fattispecie di collegamento ritenute tali dall'interprete».

⁹⁸ Come ha puntualmente osservato E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 215.

⁹⁹ In argomento si veda l'approfondita analisi di G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 69 e, sul concetto di operazione economica, A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

¹⁰⁰ G. DE NOVA, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004, p. 468 asserisce: «si cessi di chiamare «causa» lo scambio di prestazioni considerato in un frammento di contratto. Il frammento di contratto non ha causa propria. Ciò che si chiama correntemente causa, riferito al cosiddetto contratto collegato, è il gruppo di effetti del contratto che consente di far luogo all'inserimento di quel frammento di contratto nel tipo». L'applicazione della disciplina sulla nullità parziale è affermata tra le varie pronunce da Cass., 28 maggio 1977, n. 1205, in *Giur. it.*, 1977, I, c. 1089, con nota di G. LENER.

molteplici singoli accordi conclusi da ciascun creditore con l'imprenditore assume rilievo laddove si collochi nel contesto composito di una operazione unitaria, bisognerà applicare una disciplina analoga a quella adottata per un contratto unico¹⁰¹.

Attenendosi maggiormente alla concezione della causa come funzione economico individuale, vale a dire come «pratica ragion d'essere dell'operazione valutata nella sua individualità o singolarità»¹⁰², un diverso orientamento impernia all'opposto la conformazione dell'istituto sulla struttura del singolo contratto. Questo infatti individua la propria causa nella realizzazione dell'intera operazione concordataria giacché il singolo accordo sussiste in quanto finalizzato all'attuazione del risanamento dell'impresa e connesso agli altri negozi. La causa specifica ed intrinseca di ciascun contratto risulterebbe dunque assorbita in quella dell'operazione globale senza la quale perderebbe la propria ragion d'essere¹⁰³.

La stretta relazione che si instaura tra i vari negozi fino a renderli interdipendenti fa sì che difficilmente si possa prescindere da esaminarli come parti di una complessa operazione programmata dalle parti, le quali intendono provocare una specifica modifica dell'assetto di interessi precedente, ma a differenza di un contratto isolato, il loro intento pratico finale si realizza in conseguenza di eventi non dipendenti direttamente dalla loro volontà¹⁰⁴.

Il singolo accordo, pur rispondendo ad una struttura e ad una causa tipi-

¹⁰¹ Sul punto ancora G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 181 e F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 38, i quali ritengono che la disciplina deve considerare l'insieme composito dei vari negozi "come se" fosse un singolo contratto. Tali posizioni in termini di effetti sono sostanzialmente analoghe a quelle di R. SACCO in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Rescigno*, X, Torino, 1995, p. 465.

¹⁰² Così U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, cit., p. 66.

¹⁰³ Si veda in merito C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., p. 117 il quale osserva che «se infatti la causa costituisce l'elemento in cui viene ad obbiettarsi il valore complessivo dell'operazione economica che le parti hanno inteso esprimere attraverso l'utilizzazione degli strumenti di autonomia e segnatamente del contratto – valore che "si propone" all'ordinamento perché quest'ultimo ne assicuri la più piena realizzazione mediante l'azionabilità delle pretese che ne derivano –, si può fondatamente sostenere che l'unitarietà funzionale dell'operazione costituisce argomento sufficiente per ritenere sussistente in essa un'unica causa in concreto: e ciò, naturalmente, anche nelle operazioni che si sostanziano in una pluralità strutturale». La concezione esaminata precedentemente invece pretende di considerare il contesto composito formato da una molteplicità di accordi, alla stregua di un contratto isolato, offrendo un'analisi «nell'ottica del complesso assetto di interessi relativo all'integralità dell'operazione economica realizzata con l'insieme plurinegoziale, senza che sia stata dimostrata l'irrelevanza del piano del singolo negozio e delle vicende ad esso relative» come osserva L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, cit., p. 122.

¹⁰⁴ Sul ruolo della volontà delle parti nel collegamento negoziale si rinvia a G. FERRANDO, *Criteri obiettivi (e «mistica della volontà») in tema di collegamento negoziale*, in *Foro pad.*, 1974, I, p. 339; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., 409; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., p. 335.

ca, risulta obiettivamente indirizzato a ristrutturare l'impresa, esito alla cui realizzazione concorrono necessariamente anche gli altri accordi. Di conseguenza si rivela una composizione "ad alveare", in cui ciascuna cella contiene una parte del miele, che tuttavia acquista valore solo in quanto connesso all'intero sistema.

Allo stesso modo nel concordato stragiudiziale si osserva che ad assumere rilevanza è la causa dell'intera operazione economica che travalica i limiti di ciascuna causa negoziale, rimanendo tuttavia interna al singolo contratto, il quale comprende dunque anche un'utilità complessiva e finale percepibile ad un livello più ampio ¹⁰⁵.

Si nota dunque che la teoria atomistica giunge in ultima analisi ad applicare alla struttura del concordato stragiudiziale lo schema del collegamento negoziale, insito nell'unità della funzione, in cui la causa interna a ciascun accordo comprende anche la causa dell'operazione economica dal momento che i diversi accordi costituiscono varie "tessere" tutte dirette strumentalmente a compiere il disegno ultimo di ristrutturazione dei debiti dell'impresa.

5. La struttura degli accordi in seguito all'introduzione dell'art. 182-bis l. fall.

Le principali posizioni relative alla struttura del concordato stragiudiziale rinviando quindi a due categorie giuridiche – contratto plurilaterale e collegamento contrattuale – le quali, come si è visto, mostrano in ultima analisi una configurazione tutt'altro che stabile ¹⁰⁶.

Le stesse problematiche che investono il concordato stragiudiziale vengono ereditate dagli accordi di ristrutturazione dei debiti delle imprese in

¹⁰⁵ Allo stesso modo l'applicazione della teoria della causa in concreto al contratto di *leasing* ha condotto ad individuare nell'interesse dell'utilizzatore al godimento del bene oggetto di compravendita la centralità causale dell'operazione sul quale si fonda il collegamento negoziale. Di conseguenza i singoli contratti di compravendita e di locazione finanziaria in senso stretto, sebbene causalmente autonomi, vengono informati dalla causa concreta unitaria, per il soddisfacimento della quale risultano funzionalmente collegati, da cui deriva la ricaduta degli effetti di eventuali patologie inerenti uno dei contratti sull'altro. Si veda in merito Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, in *Contratti*, 2007, p. 374, con nota di E. FOCESATO, laddove si afferma che «è proprio l'interesse al godimento da parte dell'utilizzatore della cosa (...) che l'operazione negoziale è sostanzialmente volta a realizzare, costituendone pertanto la causa concreta, con specifica ed autonoma rilevanza rispetto a quella – parziale – dei singoli contratti, di questi ultimi connotando la reciproca interdipendenza (sì che le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia)». Più recentemente in proposito cfr. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Foro it.*, 2016, 4, I, c. 1380.

¹⁰⁶ Analoga problematica si riscontra con riferimento ai contratti di rete su cui cfr. F. CAFAGGI-P. IAMICELI, *Reti di imprese e modelli di governo inter-imprenditoriale: analisi comparativa e prospettive di approfondimento*, in F. CAFAGGI, P. IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, Bologna, 2007, p. 279; A. PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 353. F. MACARIO-G. D'AMICO, *Contratti di rete: prime applicazioni pratiche*, in *Contratti*, 2013, p. 799.

crisi disciplinati dall'art. 182-bis l. fall., laddove in presenza di determinati requisiti si attribuiscono tutele legali ad un contratto privatistico.

Come detto il legislatore è alquanto laconico nella formulazione della disposizione, la quale non prevede particolari requisiti formali se si eccettua l'ovvia e implicita forma scritta, derivante dalla necessità del deposito dell'accordo ai fini del deposito per l'omologa e della pubblicazione nel registro delle imprese¹⁰⁷. Infatti, una concezione funzionale della forma esige l'individuazione della forma più adeguata alla realizzazione dell'atto, in questo caso quella scritta¹⁰⁸.

Ovviamente, per ogni singolo effetto negoziale prodotto nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione andrà rispettata la forma specificamente richiesta per il peculiare contratto.

Allo stesso modo nulla si prevede riguardo alle formalità che devono eventualmente assistere la manifestazione del consenso dei creditori né in ordine alle modalità di raccolta delle adesioni, tacendo inoltre sulla doverosità o meno di depositare vari singoli accordi ovvero un unico documento¹⁰⁹.

Si ripropongono dunque nuovamente le antiche posizioni.

5.1. *Gli accordi come collegamento negoziale*

Sulla scia della sentenza della Cassazione del 1979 relativa al concordato stragiudiziale – secondo la quale esso dà luogo ad “un fascio di contratti remissori”¹¹⁰ – una delle sporadiche decisioni emesse poco dopo l'introduzione del nuovo istituto considera l'accordo di ristrutturazione come il risultato di una pluralità di singole pattuizioni stipulate dal debitore con ciascun creditore, destinate poi a confluire in un unico documento ai fini del deposito in Tribunale¹¹¹.

¹⁰⁷ Si veda in merito esplicitamente Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 669, con nota di G.B. NARDECCHIA, ed in dottrina M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 265; V. RINALDI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento sistematico*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico*, Padova, 2007, p. 661; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 573. Per più approfondite considerazioni si veda più avanti.

¹⁰⁸ In proposito, si vedano le osservazioni di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 43; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 422.

¹⁰⁹ Sul punto cfr. G. FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in S. BONFATTI-L. PANZANI (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, p. 767; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 169, G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 576.

¹¹⁰ Si fa riferimento alla già citata Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951. In dottrina cfr. i già citati contributi di G. DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, cit., p. 840, e D. PERRONE, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, cit., p. 661.

¹¹¹ Deve essere depositata l'intera documentazione, cfr. sul punto Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 169.

In effetti la rubrica di cui all'art. 182-bis l. fall. utilizza il plurale "accordi di ristrutturazione", inducendo a pensare ad una serie indistinta di intese conformate al medesimo scopo e perciò convergenti in un unico piano¹¹². Soffermando l'attenzione sulla fase di formazione del contratto, si osserva infatti che, nella fattispecie oggetto della pronuncia, l'imprenditore negozia con il singolo creditore tentando di concludere un accordo in base alla specifica esposizione debitoria e al potere contrattuale di ciascuno¹¹³.

Inoltre, considerando che gli accordi di ristrutturazione richiedono il raggiungimento della soglia del sessanta per cento non dei creditori ma dei crediti, per cui essi devono essere raggiunti non "a" maggioranza, ma "con" la maggioranza¹¹⁴, è esclusa un'adunanza dei creditori (prevista invece per il concordato preventivo) o comunque un confronto collettivo tra l'imprenditore e i vari creditori, auspicabile per una maggiore efficienza nei rapporti negoziativi¹¹⁵. Di conseguenza, appare palese la difficoltà per l'imprenditore in crisi con un numero elevato di creditori di riuscire a concludere un accordo unico, tenendo debitamente conto delle caratteristiche peculiari delle specifiche posizioni comprese in ogni rapporto creditorio.

L'intera convenzione dunque risulterebbe dalla semplice sommatoria di vari contratti – monadi che si perfezionano con il mero incontro di volontà dei due contraenti, senza apparentemente influenzare le vicende negoziali degli altri patti o ricevere da queste alcun riflesso.

In tal modo l'accordo di ristrutturazione non si conclude "uno actu", bensì realizzando una sorta di fattispecie a formazione progressiva o meglio di procedimento, in cui l'imprenditore raccoglie il consenso all'interno del ceto creditorio in ragione delle peculiari caratteristiche della singola controparte¹¹⁶. Questa ipotesi strutturale indurrebbe però il singolo creditore

¹¹² Si veda in merito G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 846.

¹¹³ Nel decreto suddetto l'imprenditore aveva infatti depositato undici accordi conclusi con altrettanti creditori.

¹¹⁴ Così in L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, p. 348. Per una maggiore analisi si veda in seguito.

¹¹⁵ Sul punto infatti L. DE ANGELIS, in *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, in *Società*, 2008, p. 1462, propone di affidare la rappresentanza dei creditori aderenti (nella fattispecie bancari), ad un soggetto unico che agisca nel loro comune interesse, in modo da assicurare l'effettiva parità di trattamento fra i molteplici istituti di credito.

¹¹⁶ Su tale posizione cfr. F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 927; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, p. 897, e G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella l. n. 80/2005*, in *Il Fall.*, 2006, p. 1445, il quale puntualizza che solo il piano che unifica i vari negozi «può essere utilizzato come metro o misura per valutare l'adempimento delle obbligazioni assunte» per cui respinge l'ipotesi di risoluzione parziale degli accordi in caso di inadempimento parziale del piano. Si vedano in merito anche F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, cit., p. 708; U. DE CRESCIENZO-L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, p. 66.

aderente ad esercitare la facoltà di opposizione all'accordo eccettuando un trattamento *in pejus* rispetto ad altri creditori a lui paragonabili per misura del credito e/o contenuto dell'obbligazione.

Tra i vari negozi, inoltre, si potrebbe ravvisare un collegamento contrattuale, non ostando a tale riferimento categoriale la formalizzazione dell'accordo in un documento unico ai fini dell'omologa¹¹⁷. Infatti, è ormai assodato che il criterio distintivo fra contratto unico - se pur misto o complesso - e contratto collegato non vada individuato in elementi formali come l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali o la mera contestualità delle stipulazioni, bensì nell'elemento sostanziale della pluralità degli interessi perseguiti o della loro unicità rappresentata nella fattispecie dal risanamento dei debiti¹¹⁸.

La configurazione degli accordi come contratti collegati comporta inevitabili conseguenze qualora si verifichi una patologia.

Come si vedrà più approfonditamente in seguito¹¹⁹, in virtù del collegamento, se un creditore domanda la risoluzione del singolo negozio di cui è parte per inadempimento, il tradizionale brocardo *simul stabunt simul cadent* - la cui automatica applicazione è tuttavia discussa da parte della dottrina e della giurisprudenza¹²⁰ - comporta l'estensione della risoluzione an-

¹¹⁷ La dottrina si divide tra coloro che reputano configurarsi un fascio di negozi funzionalmente collegati da una causa unitaria: M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 353; E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, cit., p. 1071; A. SCOTTI, *Appunti sugli accordi di ristrutturazione dei debiti nella teoria del contratto*, cit., p. 169, e coloro i quali affermano una struttura costituita da un fascio di negozi ciascuno munito di una propria causa: F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, cit., p. 708; F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, cit., p. 925.

¹¹⁸ Come affermato da Cass., 17 novembre 1983, n. 6864, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1460, e Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, in *Giur. it.*, 2004, p. 738. In senso contrario si veda L. APPIO-V. DONATIVI, *Accordi di ristrutturazione del debito: fattispecie e regime di pubblicità*, in AA.VV., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, a cura di G. DINACCI e S. PAGLIANTINI, in *Tratt. dir. econ.* PICOZZA e GABRIELLI, Padova, 2010, p. 186.

¹¹⁹ Cfr. capitolo VI.

¹²⁰ Invero, secondo certa dottrina, la sussistenza di un collegamento negoziale si pone su un piano diverso rispetto a quello degli effetti, per cui il meccanismo di estensione delle patologie di un negozio sugli altri si realizza solo qualora si dimostri che il contratto originariamente non viziato si dimostri non più utile ai fini del raggiungimento dell'originario programma negoziale, secondo il principio dell'*utile per inutile vitiatur*. In tal senso cfr. G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 127. Analogamente cfr. C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., p. 279. In una posizione affine pur senza rinnegare l'automatismo del meccanismo di estensione delle patologie, cfr. F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 412, secondo il quale la causa della ripercussione delle vicende di un contratto sugli altri deve individuarsi nel criterio dell'impossibilità sopravvenuta, atteso che si tratta di un'impossibilità per il contratto collegato di perseguire il fine economico unitario, giacché, venuto meno un altro contratto, risulta ontologicamente impossibile per i negozi residui realizzare un fine perseguibile solo attraverso un'articolazione di rapporti, divenendo quindi inutili in

che agli altri accordi laddove risulti inevitabilmente compromessa l'operazione di salvataggio¹²¹. In tal caso, come del resto qualora un contratto appartenente al "fascio" di negozi collegati sia colpito da invalidità, l'idoneità della patologia a compromettere l'intero piano di ristrutturazione, provoca la caducazione degli altri rapporti collegati in quanto ne viene compromessa la causa in concreto. Infatti come è stato già evidenziato in precedenza, la realizzazione del programma economico unitario entra a far parte della causa di ciascun negozio.

Da tale premessa deriva che, per valutare l'eventuale squilibrio negoziale necessario al fine della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, bisogna allargare l'oggetto di indagine comprendendo, oltre alle prestazioni stabilite nel singolo accordo, anche le conseguenze da essi prodotte rispetto alla realizzazione dell'intera operazione economica alla quale concorrono. Quindi, anche in relazione all'esame dell'incidenza del mutamento delle condizioni iniziali sulle quali le parti avevano modulato le proprie reciproche prestazioni, il termine di paragone dell'attribuzione alterata deve essere riscontrato avendo riguardo anche all'intero programma di ristrutturazione¹²².

relazione a detto scopo. Cfr., inoltre, V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 791, sostiene che alla categoria della validità-invalidità si sostituirebbe quella della utilità-inutilità, giacché l'invalidità di uno dei contratti collegati rende inutili tutti gli altri che, di conseguenza, vengono meno. Certa dottrina si è spinta fino a ritenere applicabile in via analogica la previsione di cui all'art. 1419 c.c. in tema di nullità parziale (F. BERTOLINI, *La nullità nel collegamento negoziale: l'A.B.F. sul credito al consumo*, in *Contratti*, 2016, p. 337 e P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, 1999, p. 224) o addirittura in via diretta, qualificandosi i contratti collegati come unico contratto atipico, definito da una parte della dottrina e della giurisprudenza meno recenti come "negozio di collegamento" o "negozio atipico collegato" (A. SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. e giur.*, 1968, p. 847). In giurisprudenza cfr. in particolare Cass., 21 maggio 2007, n. 11673, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 5; Cass., 18 gennaio 1988, n. 321, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1214; Cass., 30 maggio 1987, n. 4822, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2883.

¹²¹ L'applicazione della formula *simul stabunt simul cadent* ai contratti collegati si rintraccia già nella dottrina più antica tra cui si veda *ex multis* F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, cit., p. 438; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 329; V. ROPPO, in voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 120 e più recentemente in G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 1; ed è ricorrente in giurisprudenza: su tutte cfr. Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, in *Giur. it.*, 2006, p. 2064; Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contratti*, 1999, p. 336; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Giust. civ.*, 1996, p. 2649. Tuttavia nella decisione di cui Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Mass. Giur. it.*, 2001, la Suprema Corte pur ribadendo che il contratto collegato non sia «un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamento degli interessi economici delle parti, caratterizzato dal fatto che le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione, ecc.) possono ripercuotersi sull'altro, seppure non in funzione di condizionamento reciproco e non necessariamente in rapporto di principale ed accessorio», fa derivare dalla risoluzione per inadempimento del contratto principale, l'inefficacia del negozio collegato, per difetto di causa. Sul difetto di causa connesso alla presupposizione si veda Cass., 8 agosto 1995, n. 8689, in *Contratti*, 1995, p. 578.

¹²² Si veda F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordina-*

5.2. Gli accordi come contratto plurilaterale

Un'altra decisione, di poco successiva all'entrata in vigore dell'istituto, definisce invece l'accordo di ristrutturazione come un contratto plurilaterale, eventualmente aperto, fino al limite del deposito ai fini della pubblicazione, all'adesione di creditori ulteriori rispetto a quelli che in precedenza avevano direttamente definito le condizioni con l'imprenditore in crisi¹²³. Tale negozio, in ossequio al principio consensualistico di cui all'art. 1326 c.c. risulterebbe quindi perfezionato allorché l'ultima accettazione necessaria al raggiungimento del sessanta per cento, perviene a conoscenza di tutte le altre parti, e dunque, in mancanza di altre prove, si concluderebbe presuntivamente nel momento in cui l'accordo è depositato e pubblicato nel registro delle imprese¹²⁴.

Si segnala tuttavia come certa dottrina suggerisca «una tempestiva e formale comunicazione a tutti i creditori (estranei) della avvenuta pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo in parola e del termine entro il quale è possibile presentare opposizione»¹²⁵.

Ad ogni modo, appare indubbio il diritto per i creditori, il consenso dei quali risulta documentato, di conoscere anche il trattamento riservato agli altri creditori; di conseguenza nell'ipotesi in cui la proposta iniziale sia stata modificata in relazione ad alcuni creditori, sorge l'obbligo di informare coloro i quali avessero nel frattempo accettato il piano alle condizioni iniziali delle variazioni della proposta, in quanto direttamente o indirettamente influenzati da esse. La prevista formalità della pubblicazione – oltre a non essere totalmente perspicua in quanto l'art. 2448 c.c. prevede sia il deposito che l'iscrizione come due tipologie di pubblicazione nel registro delle imprese – non assicura un'efficacia informativa sufficiente, giacché solo gli operatori professionali dotati di risorse e competenze possono godere di una informazione tempestiva¹²⁶.

mento giuridico, cit., p. 96. La problematica dell'invalidità con riferimento ai concordati stragiudiziali è stata esaminata E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in GALGANO (a cura di), *Tratt. dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, XXXVII, Padova, 2005, p. 274.

¹²³ Cfr. Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, *Il Fall.*, 2006, p. 669.

¹²⁴ In argomento si vedano C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131, M. FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1428; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, p. 894; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 576; C. L. APPIO, *Sull'applicabilità agli accordi di ristrutturazione del debito dei rimedi in tema di risoluzione del contratto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, II, Padova, 2010, p. 876.

¹²⁵ Così G. VERNA, in *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 865. Analogamente la decisione di cui al Trib. Roma, 30 luglio 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 198, considera indispensabile "la prova che la proposta sia stata comunicata a tutti i creditori" (contra G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 23).

¹²⁶ In merito cfr. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 37 e L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 354.

Un supporto a questa posizione si rintraccia nel comma 3, dell'art. 182-bis l. fall. laddove si afferma che l'accordo acquista efficacia proprio dal giorno della sua pubblicazione. L'esigenza di assicurare la genuinità della manifestazione di volontà dei creditori aderenti, i quali devono essere posti in condizione di formulare un consenso informato, facilita in effetti la tesi che in tale fattispecie l'accordo si realizza necessariamente in un documento unico¹²⁷, riferendo dunque il plurale "accordi di ristrutturazione" della rubrica alla varietà dell'oggetto delle molteplici obbligazioni che sono tutte contenute nell'unico piano.

Del resto, nella disposizione il legislatore utilizza l'espressione "accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti" e successivamente adopera ugualmente il singolare con riferimento alla relazione dell'esperto relativa all'attuabilità dell'accordo ed alla pubblicazione dello stesso nel registro delle imprese. La rubrica dunque assume valenza meramente indicativa della possibilità per l'imprenditore di concludere vari accordi con singoli creditori, i quali tuttavia devono confluire in un unico contratto da depositare in Tribunale¹²⁸.

La collocazione dell'accordo di cui all'art. 182-bis l. fall. nella categoria dei contratti plurilaterali pur corrispondendo meglio alle pratiche di cooperazione tra i numerosi soggetti interessati, comporta tuttavia una maggiore precarietà per l'intera convenzione. Questa si scopre esposta alle vicende relative alla validità o alla risoluzione dell'intesa tra l'imprenditore ed un singolo creditore, nel caso in cui la partecipazione di quest'ultimo si scopra essenziale per la realizzazione della finalità dell'accordo medesimo, ai sensi degli artt. 1420 e 1459 c.c., e non sostituibile con un'altra prestazione¹²⁹.

Allo stesso modo anche nell'ipotesi in cui una delle prestazioni promesse divenga più onerosa producendo uno squilibrio rispetto a quanto stabilito originariamente, (qualora il contraente contro cui la domanda è rivolta si veda rifiutata l'offerta di riduzione ad equità) l'accordo sarà risolto soltanto rispetto alla parte che avrebbe dovuto compiere la prestazione diventata eccessivamente onerosa, sempre che questa non sia necessaria ai fini del buon esito del piano di ristrutturazione.

¹²⁷ Sul punto si veda F. MICHELOTTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2005, n. 12, p. 21 e M. FERRO, *Art. 182 bis, La nuova ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 54.

¹²⁸ In tema cfr. ancora G. LO CASCIO, cit., p. 894; G. SCARSELLI, in *Le sistemazioni stragiudiziali (ovvero, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento delle esposizioni debitorie)*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 468, ritiene che gli accordi di ristrutturazione consistano in una "unica concertazione, ove tutti i creditori coinvolti prendono unitamente un accordo con l'imprenditore".

¹²⁹ Sostiene tale tesi C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131, il quale sottolinea la comunione di scopo consistente nella ristrutturazione dei debiti; ed inoltre G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 674; F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, cit., p. 925.

Analogamente a quanto detto con riferimento al collegamento negoziale, per riscontrare uno squilibrio contrattuale bisognerà osservare sia il costo delle prestazioni promesse da ciascun contraente, sia l'eventuale beneficio ricavato da ciascuna singola prestazione. Questa potrebbe bilanciare la maggiore onerosità sopravvenuta da una maggiore partecipazione all'utile complessivo, valutando il peso della prestazione eccessivamente onerosa nell'economia generale dell'assetto contrattuale.

In caso infatti di inadempimento di un creditore (come anche ovviamente dell'imprenditore in crisi), questi è contrattualmente responsabile nei confronti di tutti i contraenti, in quanto ciascuno ha assunto obblighi e acquistato diritti rispetto a tutti gli altri aderenti al contratto di salvataggio¹³⁰. La definizione delle posizioni dei creditori come reciprocamente interdipendenti nella convergenza al medesimo scopo ha infatti una notevole incidenza in relazione agli esorbitanti effetti a carico della parte che ha approvato il concordato.

Il creditore aderente – e dunque obbligato con tutti gli altri creditori che abbiano acconsentito al piano – qualora si riveli inadempiente, si rende infatti contrattualmente responsabile, a prescindere dalla ricorrenza del requisito dell'essenzialità, nei confronti non solo del debitore ma dell'intero ceto creditorio che ha partecipato all'accordo. Di conseguenza, egli verrebbe travolto da una serie di richieste risarcitorie che trarrebbero eventualmente origine dal fallimento sopraggiunto del debitore¹³¹.

5.3. Gli accordi come contratto bilaterale plurisoggettivo

Una ulteriore pronuncia, pur considerando gli accordi di ristrutturazione un unico contratto, gli riconosce una configurazione plurisoggettiva a causa unitaria ma bilaterale, che vede da un lato l'imprenditore in crisi, dall'altro un unitario centro di interessi comprendente l'insieme dei creditori aderenti al piano di salvataggio¹³². Infatti l'intervento di più soggetti nell'assetto contrattuale non implica necessariamente una pluralità di parti, giacché, come è noto, la parte di un contratto si identifica con un determinato centro di interessi¹³³.

¹³⁰ Si veda riguardo alle convenzioni stragiudiziali G. VILLA, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, cit., p. 803; Id., *Inadempimento e contratto plurilaterale*, cit., 221; P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Il Fall.*, 1997, p. 896.

¹³¹ Evidenza tale possibile effetto ancora G. VILLA, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, cit., 803.

¹³² In questo senso Trib. Milano, 11 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 138, con nota di R. PROIETTI; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Il Fall.*, 2007, p. 701, con nota adesiva di F. DIMUNDO; M. FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1427; L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis l. fall.*, cit., p. 401; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 374; G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., p. 44.

¹³³ Sulla nozione di parte come centro di interessi si veda G.B. FERRI, *Parte del negozio*

Nel caso degli accordi di ristrutturazione sarebbe possibile considerare i soggetti creditori non già come autonomi centri di interessi l'uno indipendente dall'altro, bensì unitariamente quali esponenti di un unico centro di interessi identificabile come unica parte del contratto. Conseguentemente il contratto è qualificato come bilaterale plurisoggettivo, affine a quella categoria di rapporti che presentano parti soggettivamente complesse¹³⁴.

Si osserverebbe infatti in tale fattispecie una pluralità di soggetti attivi o passivi, caratterizzati dall'*eadem causa obligandi* e dall'*eadem obligatio*, con la configurazione di un'ipotesi di contitolarità del credito o del debito. In tal caso l'interesse comune al risanamento dell'impresa attraverso la ristrutturazione dei suoi debiti rileverebbe giuridicamente a tal punto da non riconoscere la legittimazione del singolo concreditore ad esercitare *pro quota* le impugnative contrattuali in grado di influire sull'intero rapporto (come ad esempio per la risoluzione o il recesso). Si ammetterebbe quindi unicamente la legittimazione congiunta della collettività per l'esercizio di tali rimedi, ossia l'«accordo unanime di tutti i soggetti che, in concreto, compongano la parte»¹³⁵.

giuridico, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 904; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, I, t. 1, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1968, p. 211; A. BELVEDERE, *Atto collettivo, collegiale, complesso*, in A. BELVEDERE-R. GUASTINI-P. ZATTI-V. ZENO ZENCOVICH, *Glossario*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Tratt. di diritto privato*, Milano, 1994, p. 42. Si segnala tuttavia l'opinione contraria di F. CARRESI, *Gli atti plurisoggettivi*, in *Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, IV, Padova, 1958, pp. 231 e 237, il quale sostiene che più parti possono rappresentare un unico centro di interessi qualora gli interessi di cui sono portatrici risultano distinti e non in conflitto.

¹³⁴ Sul concetto di parte soggettivamente complessa e la sua differenziazione dai contratti plurilaterali si veda in particolare F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, pp. 122, 280, 338; V. CAREDDA, *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 455; G. DE FERRA, *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, Milano, 1967, p. 24.

¹³⁵ Si veda in merito F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, p. 224. In senso contrario rispetto alla tesi su esposta, G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 134, opina che la parte soggettivamente complessa si configuri quando fra i vari interessi coinvolti nella negoziazione riconducibili a soggetti diversi sia individuabile un collegamento «tale da qualificare ciascuno di essi come coessenziale rispetto ad altri», ossia allorché «gli interessi implicati nella contrattazione siano, nel loro complesso, condizionati reciprocamente ed essenziali l'uno all'altro». Se dunque ad ogni membro fa capo un rapporto giuridico la parte soggettivamente complessa «non può essere considerata nei rapporti esterni come un *unum*», e di conseguenza sussiste la possibilità «di impugnare l'intero contratto da parte di tutti i partecipanti, ma altresì riconoscere a ciascuno di essi il potere di impugnare il contratto viziato per quanto concerne la sua quota, senza e pure contro il parere degli altri partecipanti» non ammettendo però la legittimazione del singolo ad impugnare il contratto intero. In senso in parte aderente a tale ultima dottrina, benché con argomentazioni differenti, si veda S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa*, 2002, p. 139; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 28; e R. SACCO in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004, p. 77, secondo il quale «il membro della parte complessa potrà incorrere in responsabilità sue proprie e disporre di poteri suoi propri», giacché appare «ovvio che ad ogni membro fa capo un rapporto giuridico».

Tale struttura riflette meglio le concrete modalità di raccolta del consenso, laddove spesso l'imprenditore in crisi cerca di addivenire ad un'intesa con ogni singolo creditore il quale però tende a muoversi in parallelo agli altri creditori. Inoltre, la configurazione bilaterale plurisoggettiva abbandona la concezione che vuole ciascuna posizione contrattuale strumentale al conseguimento dello stesso scopo, evidenziando come in realtà i creditori si pongano in posizione antagonistica rispetto all'imprenditore in crisi ¹³⁶.

6. Osservazioni critiche tra fenomenologia e principio di conservazione

6.1. Il problema del mutamento dei creditori aderenti

Dopo aver analizzato le differenti soluzioni proposte dalla non ampia giurisprudenza che si è pronunciata in merito, risultano necessarie alcune osservazioni relative ai tentativi di identificazione categoriale della struttura degli accordi in questione, la quale difficilmente si iscrive in un paradigma predefinito.

Nel corso dell'esame è emerso che ai fini della configurazione strutturale dell'istituto di cui all'art. 182-bis l. fall., riveste notevole importanza che questa riesca a sopportare l'astratta variabilità e mutevolezza dei creditori che aderiscono all'accordo ¹³⁷. Può infatti accadere che uno o più creditori, ad esempio a causa di sopravvenienze di vario genere, non sia più in grado di concedere la ristrutturazione del debito ritirando dunque la propria adesione, ovvero che siano dichiarate invalide una o più manifestazioni di volontà compiute dalle parti pregiudicando l'esecuzione delle prestazioni.

L'interdipendenza che caratterizza le posizioni dei creditori, potrebbe infatti scatenare una sorta di "effetto domino", per cui venendo a mancare l'apporto di un certo creditore, altri non ritengono più il piano idoneo a evitare il fallimento; viceversa la prestazione che viene meno può risultare del tutto ininfluyente sulla persistenza della partecipazione degli altri creditori. La struttura degli accordi deve allora includere un canone discreitivo, che riverberi sul complesso degli accordi gli effetti del mutamento della compagine creditoria a seconda della valenza del singolo apporto che si ritrae.

¹³⁶ Riportano questa ipotesi sebbene in maniera dubitativa L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis l. fall.*, cit., p. 401; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 374; G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., p. 44.

¹³⁷ Il principio di conservazione del contratto, avente un carattere meramente descrittivo, si giustifica nella finalità di riconoscere valore ed efficacia alle iniziative delle parti che mantengano una validità pratico-giuridica per cui si veda in generale G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 410.

6.2. Il concetto di essenzialità della prestazione nel contratto plurilaterale

Il modello teorico al quale più si è tentato di ascrivere l'accordo di ristrutturazione è il contratto plurilaterale, il quale, oltre ad esporre una certa astrattezza categoriale¹³⁸, sconta la problematicità di contenere all'interno di una causa unitaria accordi di natura novativa, remissoria, transattiva. Tuttavia, in presenza di un numero ristretto di creditori, i quali tendono univocamente ad attuare lo scopo comune all'imprenditore in crisi, tale configurazione assicurerebbe una maggiore parità di trattamento sebbene l'assunzione reciproca degli obblighi comporti la possibilità che l'inadempimento di un creditore lo renda responsabile nei confronti di tutti gli altri.

In relazione al momento del perfezionamento, si è detto che ai sensi dell'art. 1326 c.c., l'accordo si conclude nel momento in cui l'ultima accettazione che consente il raggiungimento della soglia del sessanta per cento dei crediti giunge a conoscenza di tutte le altre parti¹³⁹.

Nondimeno, se si considera oramai assodata la natura negoziale dell'accordo di ristrutturazione quale fattispecie autonoma rispetto alla disciplina del concordato preventivo¹⁴⁰, risulterà necessario e sufficiente ai fini della sua conclusione l'unanimità del consenso delle parti contraenti, indipendentemente dalla percentuale del debito che essi esprimono, valevole nel caso in cui si applicasse il principio maggioritario. Nell'art. 182-*bis* l. fall. infatti non si rintraccia alcun elemento che possa far orientare nel senso di considerare i creditori come collettività, con la conseguente applicazione della regola di maggioranza, né che sia idoneo ad assicurare a tutti i creditori l'informazione necessaria per partecipare all'eventuale votazione¹⁴¹.

La soluzione dell'unanimità comporta dunque che l'acquisizione del sessanta per cento dei crediti non debba necessariamente sussistere prima dell'omologazione, e cioè già al momento del deposito e della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, in quanto rappresenta una condizione dell'omologazione e non un requisito per il perfezionamento dell'accor-

¹³⁸ Si vedano al riguardo le osservazioni di F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, cit.; ID., *La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale*, cit.; R. BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1947, p. 91; G. OSTI, *Contratto*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 65.

¹³⁹ In proposito, con riferimento al *project financing*, cfr. M. ROBLES, *Project financing "pubblico" e formazione del consenso negoziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, p. 792.

¹⁴⁰ In merito si veda *ex multis* E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 166; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, p. 352; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 346; A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 321; ed in giurisprudenza Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 169; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 669; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Il Fall.*, 2007, p. 701.

¹⁴¹ Come osserva in proposito G. PRESTI, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 25.

do, per cui una volta conseguito non sarebbero tollerabili revoche¹⁴².

Di conseguenza, sarà ammissibile, con un innegabile *favor* per l'imprenditore, che un creditore rappresentante di crediti determinanti per il conseguimento della percentuale minima, decida, persuaso dall'intervento di certi altri creditori, di aderire all'accordo successivamente al deposito e alla pubblicazione. L'accordo come contratto di diritto privato sarà perciò perfetto secondo le ordinarie regole civilistiche dello scambio di consensi, mentre, in caso di verifica di determinate condizioni, si collegherà la produzione degli effetti legali (il blocco temporaneo delle azioni esecutive e cautelari, il divieto temporaneo di acquisire titoli di prelazione se non concordati, l'esenzione da revocatoria) scaturenti dalla pubblicazione nel registro delle imprese e dall'omologa del giudice.

La sussunzione degli accordi di ristrutturazione entro la categoria dei contratti plurilaterali presenterebbe inoltre il pregio di fornire un criterio dotato di una certa elasticità per non rendere irragionevolmente rigido il rapporto di condizionamento reciproco individuabile tra le varie intese che altrimenti renderebbe inutilmente precario l'accordo. Infatti, è sufficiente la caducazione del rapporto con un solo creditore aderente il cui apporto non è determinante al buon esito del piano per pregiudicare irrimediabilmente l'intero contratto di salvataggio. La disciplina codicistica relativa ai contratti plurilaterali di cui agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c. richiede infatti che la prestazione, perché sia idonea ad incidere sull'intero contratto, sia qualificabile come essenziale.

Il concetto di essenzialità della prestazione è ricostruito facendo riferimento a criteri di natura soggettiva – tenendo conto della presumibile intenzione dei contraenti – ed oggettiva, attraverso la verifica dell'indipendenza funzionale tra le differenti prestazioni e l'eventuale turbamento che l'inesecuzione di una causerebbe all'attuazione del contratto. In altre parole, l'apporto di un singolo creditore si rivela essenziale qualora pregiudica

¹⁴² La tesi secondo cui l'accordo acquista efficacia dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese – considerando quindi l'ottenimento della percentuale minima come requisito che 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 sostenuta da G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 675; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1100; M. FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1428; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, p. 895; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 577; ed in giurisprudenza Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 669; App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 297; la posizione "civilistica" è invece appoggiata da C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, cit., p. 189; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, cit., p. 710; D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., p. 309; A. COPPOLA, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, su *FallimentoOnline.it*, 2006.

l'equilibrio originariamente concepito tra i vari creditori, i quali senza quella dilazione di pagamento o quella concessione di nuova finanza non sono più disposti ad aderire all'accordo, ovvero *a fortiori* se compromette lo scopo di salvataggio dell'impresa¹⁴³.

Non sempre risulta tuttavia indubbia la finalizzazione delle prestazioni ad un medesimo scopo, da cui dipenderebbe la soddisfazione di ciascuna parte, comune tra i vari creditori, e tra essi e l'imprenditore in crisi¹⁴⁴. È infatti palese ad esempio che gli interessi dei creditori istituiti di credito con riferimento alla realizzazione e successiva cessione di crediti c.d. *non performing*¹⁴⁵ siano differenti da quelli di altri creditori bancari che invece mirano alla conversione dei crediti in capitale di rischio, ovvero da quelli che da terzi intervengono erogando nuova finanza o ancora dagli interessi dei creditori imprenditori in relazione alla continuazione dei rapporti di fornitura¹⁴⁶.

L'accordo di ristrutturazione potrebbe dunque assumere la struttura di un contratto plurilaterale di scambio senza comunione di scopo, a cui la dottrina tradizionale nega l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1420¹⁴⁷. Nondimeno, anche tale categoria sconfiggerebbe una scarsa aderenza alle peculiarità dell'accordo di ristrutturazione, in quanto tra gli obblighi assunti

¹⁴³ Sul concetto di essenzialità della prestazione cfr. A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 133; L. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in F. GALGANO (a cura di), *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002, p. 178; F. DELFINI, *Il Codice Civile Commentato*, artt. 1463-1466, *dell'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2010, p. 168; ed in giurisprudenza fondamentalmente Cass., 17 aprile 1980, n. 2546, in *Giust. civ.*, 1980, p. 1111, e Cass., 29 maggio 1980, n. 3547, *ivi*, 1980, p. 1536.

¹⁴⁴ Evidenziano tale aspetto tra gli altri A. JORIO, in *Introduzione a Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in G. COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008, p. XI e V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 374.

¹⁴⁵ Si tratta di titoli di credito *in default*, che continuano ad essere scambiati perché si "scommette" sul c.d. *recovery value*.

¹⁴⁶ Si vedano in proposito le riflessioni di C. L. APPIO, *Sull'applicabilità agli accordi di ristrutturazione del debito dei rimedi in tema di risoluzione del contratto*, cit., p. 874. Contra E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., pp. 103, 121, 198, secondo la quale se si sostiene l'interdipendenza delle obbligazioni dei singoli contraenti, può configurarsi un contratto con comunione di scopo rispetto al quale le obbligazioni sarebbero tra loro legate. L'interesse comune delle parti sarebbe così rappresentato dall'eliminazione dello stato di crisi che si consegue solo giacché tutti manifestino il proprio consenso a ridurre o dilazionare le proprie pretese secondo le modalità concordate.

¹⁴⁷ Sui contratti plurilaterali di scambio e i rapporti con la disciplina codicistica di cui all'art. 1420 c.c. si vedano tra gli altri T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, cit., p. 731; G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, cit., p. 25; ; M. GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994, *passim*; V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. I*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 791; ID., *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. II*, *ivi*, 2008, p. 1167.

dai creditori e dall'imprenditore in crisi non è dato riscontrare un nesso di reciprocità, posto che ciascuna delle parti soddisfa l'interesse al profitto contrattuale soprattutto in via indiretta per effetto della realizzazione dell'intera operazione di salvataggio.

6.3. Il criterio di gravità o rilevanza nel collegamento contrattuale

Non minori difficoltà comporta la configurazione dell'accordo come collegamento negoziale. In relazione a tale categoria, tentando di circoscriverlo maggiormente e approfondendone l'analisi, si distingue l'ipotesi di contratti che, quantunque uniti da un nesso teleologico, si pongono "in legame di sequenza", e la configurazione degli stessi contratti collegati in rapporto "di concorso", assegnando solo alla seconda l'applicazione della tralatizia formula *simul stabunt simul cadent*¹⁴⁸. Quest'ultimo schema relazionale è adeguato alla descrizione dell'accordo di ristrutturazione come sintesi tra una pluralità di negozi diretti al raggiungimento dello stesso risultato, apparendo indifferente la contestuale o progressiva raccolta delle adesioni dei creditori¹⁴⁹.

È tuttavia opportuno osservare che la sussistenza di una connessione reciproca così stringente tra i negozi collegati tale da causarne la caducazione per il medesimo titolo, non risulta suscettibile di assumere valenza assoluta. Invero, è possibile ipotizzare un intero spettro di ripercussioni delle vicende relative ad uno dei contratti sugli altri, che comprenda dalla mera influenza interpretativa fino alla stretta interdipendenza patologica, determinabile per mezzo di un'indagine *in casibus*¹⁵⁰.

Di conseguenza, riportando l'analisi agli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall., al fine di valutare gli effetti della risoluzione o dell'invalidità di un singolo accordo tra l'imprenditore in crisi e il creditore sugli altri, è imprescindibile un'indagine in concreto senza predefinire gli ambiti di influenza delle varie intese.

Si rivela quindi tutt'altro che peregrina l'ipotesi della permanenza dell'ac-

¹⁴⁸ Tale tesi si rintraccia in E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 305; S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 16; P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 101; ripresa più recentemente da M. NUZZO, in *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, p. 44.

¹⁴⁹ Infatti come osserva G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 71 il fenomeno del collegamento contrattuale si verifica sia nel caso in cui i vari negozi del "fascio" siano stipulati contestualmente sia per stratificazione successiva.

¹⁵⁰ In proposito si veda C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., p. 293; R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in P. SCHELSINGER (diretto da), *Codice civile commentario*, Milano, 1991, p. 94; G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, cit., p. 127; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., p. 279.

cordo di salvataggio nonostante uno o più singoli contratti con i creditori siano risolti o invalidi, in quanto tali negozi non incidono sulla possibilità di ristrutturazione del debito concessa dagli altri creditori. Ovviamente in caso di risoluzione o invalidità riguardante solo uno o alcuni creditori, questi entreranno a far parte dei creditori non aderenti all'accordo ai quali dovrà essere assicurato il pagamento integrale del debito, ai fini dell'omologazione.

A prescindere inoltre dalla presenza o meno della relazione di collegamento tra i singoli negozi, è noto che il principio di relatività degli effetti del contratto risulta eroso dall'ormai affermato riconoscimento della sussistenza di un illecito aquiliano qualora un terzo provochi una lesione del credito¹⁵¹. Pertanto, nell'ipotesi in cui uno dei creditori aderenti si riveli, con dolo o colpa, inadempiente rispetto all'obbligazione assunta in forza di un accordo con l'imprenditore in crisi, potrebbe cagionare un pregiudizio anche agli altri creditori che hanno a vario titolo stipulato intese con l'imprenditore. Il creditore non *in bonis*, quindi, dovrà rispondere sia delle conseguenze immediate e dirette sulla situazione giuridica di quest'ultimo, suo contraente, sia delle ulteriori conseguenze indirette, quali il parziale inadempimento o il fallimento sopraggiunto del debitore, subite dagli altri aderenti all'accordo di ristrutturazione.

Non è affatto da escludere, tuttavia, che, il ceto creditorio abbia interessi omogenei in quanto composto pressoché interamente da banche, che subordinino la loro adesione all'assenso di tutte le altre o di una percentuale rilevante di esse in rapporto al credito rappresentato. In tal caso – e *a fortiori* qualora gli istituti di credito affidassero il compito di gestire, nel loro interesse comune, il negoziato con l'imprenditore in crisi ad un unico distinto soggetto¹⁵² – sarebbe più adatto considerare gli accordi di ristrutturazione

¹⁵¹ In tema non si può prescindere dal rinviare a F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, p. 53, laddove osserva che «una volta appurato che il profilo statico (interesse) è comune ai diritti di credito e ai diritti assoluti, non si vede in base a quale criterio chi ammetta, in ipotesi, l'esistenza e l'operatività giuridica di un generico dovere di *neminem laedere* (che troverebbe codificazione nell'art. 2043) possa, poi, restringere l'ambito di applicazione fino a farlo coincidere con un principio di tutela dei soli diritti assoluti». Successivamente la giurisprudenza ha recepito le indicazioni del formante dottrinario nel noto caso Meroni, in Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, p. 342, con note di A. C. JEMOLO e F.D. BUSNELLI. Si veda in merito inoltre D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 124; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Milano, 1999, p. 490; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, 1994, p. 601.

¹⁵² Questa proposta, avanzata da L. DE ANGELIS in *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, cit., p. 1462, individua nel mandato da parte delle banche ad un soggetto autorevole e indipendente, costituito in forma consortile e sotto l'egida dell'A.B.I., la possibile soluzione alle difficoltà date dalla mancanza di coordinamento e di sufficiente capacità di analisi del piano d'impresa, garantendo soprattutto un'effettiva parità di trattamento. In tal modo si infrapporrebbe nelle relazioni tra creditore e imprenditore in crisi un "utile schermo" che potrebbe comportare in concreto una maggiore efficienza nell'ambito della conduzione delle trattative e nell'esecuzione dell'operazione di ristrutturazione. Infatti

come un contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria¹⁵³.

Questa conformazione strutturale permetterebbe comunque all'accordo di conservarsi valido ed efficace anche qualora uno o più dei singoli creditori che compongono una parte del contratto dovesse ritirare la propria adesione.

Il ruolo che nell'ambito dei contratti plurilaterali è assorto dal concetto di essenzialità trova un corrispondente nel canone di gravità o rilevanza previsto dell'art. 1455 c.c., che impone di valutare l'inadempimento in base a tale indice, considerando l'assetto programmatico d'interessi posto in essere dalle parti.

Del resto, analoghi al parametro dell'essenzialità stabilito nell'art. 1420 c.c. sono i requisiti oggettivi e soggettivi sui quali si ricostruisce il concetto di gravità, reputandosi di norma grave l'inadempimento sulla base del quale, ad una valutazione prognostica imperniata sul principio di buona fede, possa ritenersi che chi lo subisce non avrebbe concluso il contratto qualora lo avesse previsto¹⁵⁴. Infatti, la Suprema Corte è ferma nel sostenere che ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento bisogna porre in essere una duplice indagine che investa da una parte l'incidenza sull'economia complessiva del rapporto, avendo riguardo sia al pregiudizio economico concretamente sopportato dalla parte *in bonis*, sia all'entità dell'inadempimento medesimo; dall'altra i comportamenti assunti dalle parti nelle more del rapporto contrattuale, valorizzando ad esempio una tempestiva riparazione¹⁵⁵.

benché il singolo creditore non avrebbe una cognizione diretta delle informazioni messe a disposizione dall'imprenditore in crisi, e allo steso tempo l'imprenditore non avrebbe una relazione diretta con i singoli creditori, tuttavia entrambi affiderebbero a consulenti qualificati l'attività di negoziazione e di verifica della fattibilità del piano, potendo inoltre monitorarne l'esecuzione. Del resto la creazione di strutture partecipative che permettano ai creditori di venire in possesso di informazioni più esaustive è stato storicamente utilizzato, nell'ambito dei concordati stragiudiziali, nei casi di crisi delle grandi aziende quali le vicende Belleli, Montedison, Ferruzzi sui quali si veda su tutti F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, cit., p. 488.

¹⁵³ Una forma di coordinamento si può individuare nell'accordo che ha evitato il fallimento della Fingruppo Holding s.p.a., omologato dal Trib. di Brescia, 13 ottobre 2008, ined., a cui hanno partecipato sette istituti di credito.

¹⁵⁴ In merito infatti il giudice «deve tener conto delle circostanze di fatto, nonché di altri concreti criteri di valutazione che certamente si contraddistinguono per un notevole margine di discrezionalità», come si osserva in L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino 1986, p. 866; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 537; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; nonché le osservazioni di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 367. Si veda inoltre G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, p. 6.

¹⁵⁵ Sul punto cfr. Cass., 18 febbraio 2008, n. 3954, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, p. 825, con nota di D. AMRAM. Del resto anche valutando il comportamento delle parti alla luce del generale principio di buona fede si giunge ad un esito analogo a quello prospettato dalla Suprema Corte. Su quest'ultimo punto cfr. *ex multis*, Cass., 1° luglio 2005, n.

Di conseguenza in caso di scioglimento dell'accordo conseguiranno gli effetti restitutori previsti dall'art. 1458 c.c., per cui gli eventuali pagamenti già avvenuti da parte dell'imprenditore ai creditori aderenti sarebbero riacquisiti alla massa utilizzando non la revocatoria fallimentare bensì la normativa codicistica generale.

Al fine di agevolare la conservazione dell'accordo ed evitare dunque incongrue ripercussioni su altre imprese, sulla situazione socio-economica che circonda l'ambito di influenza dell'impresa in crisi e sull'occupazione, non sarebbe sconveniente, che le parti, in quell'ottica di coordinamento accennata prima, nominassero con una specifica previsione un garante deputato al controllo dell'attuazione del piano di ristrutturazione ed inoltre alla valutazione dell'essenzialità o rilevanza della partecipazione cessata.

7. La soluzione dell'operazione economica unitaria

7.1. L'esigenza di una categoria unificante

Dalla disamina suddetta emerge quindi una notevole difficoltà nell'individuare una conformazione strutturale unica che si possa adattare alle "spigolosità" che presenta la figura degli accordi di ristrutturazione.

Lo sforzo è ulteriormente ostacolato dalla precarietà teorica delle due principali categorie esaminate: il contratto plurilaterale ed il collegamento negoziale, le quali risultano infine separate da un sottile crinale, atteso che il primo è accomunabile ad un fascio di contratti bilaterali paralleli¹⁵⁶, ed il secondo si risolve, da un punto di vista logico in un unico contratto¹⁵⁷. Di conseguenza – anche alla luce dell'affinità tra il canone dell'essenzialità e quello della rilevanza dell'adempimento – la questione teorica relativa alla configurazione come contratto unitario plurilaterale ovvero collegamento tra molteplici accordi rischia di rivelarsi una sorta di "disputa sugli universali", apparendo poco rilevante sotto il profilo pratico-applicativo¹⁵⁸.

14034, in *Foro it.*, Rep. 2005, *Contratto in genere*, p. 61; Cass., 7 settembre 2000, n. 11784, in *Foro it.*, Rep. 2000, *Contratto in genere*, p. 585; Cass., 6 giugno 1983, n. 3823, in *Foro it.*, Rep. 1983, *Contratto in genere*, p. 324; ed in dottrina F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 527; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 961.

¹⁵⁶ In proposito T. ASCARELLI, *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, cit., p. 267, riporta l'esempio della cointeressenza. Si veda inoltre S. MAIORCA, in *Contratto plurilaterale*, cit., p. 10.

¹⁵⁷ Si vedano in argomento G. DE NOVA, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 468; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 181 e F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 38.

¹⁵⁸ A sostegno si vedano S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2540 e R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 140.

Nella consapevolezza dell'impossibilità di una risposta unitaria risulta quindi necessario fuggire da qualificazioni rigide o formulazioni astratte le quali rischiano, al di là dei *nomina juris* adottati, di ridursi a puro nominalismo di sterile valore classificatorio. Occorre, invece, tentare di accertare l'architettura strutturale degli accordi in seguito ad un'analisi fenomenologica, in modo da risalire induttivamente alle molteplici ipotesi dal caso concreto¹⁵⁹.

Oltre ai modelli tipici del fascio di contratti collegati o dell'unico contratto plurilaterale o bilaterale plurisoggettivo, è possibile infatti che le esigenze delle parti e del singolo dissesto propendano per una combinazione di essi in ragione di gruppi differenti di creditori.

Le parti, infatti, possono utilizzare lo schema di un unico contratto plurilaterale per gli istituti di credito stipulando al contempo accordi separati con i creditori fornitori, o ancora plasmare una configurazione atipica multilivello, con l'accordo di ristrutturazione in stretto senso come contratto quadro e a valle i vari contratti attuativi con i singoli creditori¹⁶⁰. Ovviamente, in tale ultima ipotesi in sede di omologazione occorrerà verificare anche i contratti esecutivi dell'accordo, giacché la determinazione degli obblighi assunti si avrebbe solo al momento della stipula di tali negozi.

In presenza di una norma pragmatica ed ellittica¹⁶¹, quale quella dell'art. 182-bis l. fall., l'impostazione della riflessione teorica deve quindi, più che cadere in presunzioni generalizzanti, appurare gli eventuali elementi comuni alle varie fenomenologie.

Si è visto come non si può considerare come dato unificante la causa in

¹⁵⁹ Concordano sul punto M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, cit., p. 1237; U. DE CRESCIENZO-L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 67; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, cit., p. 114; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 295; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. FAUCEGLIA-L. PANZANI (a cura di), *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, III, p. 1827.

¹⁶⁰ Questa soluzione è avanzata da L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis l. fall.*, cit., p. 402; G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., p. 45; C.L. APPIO, *Sull'applicabilità agli accordi di ristrutturazione del debito dei rimedi in tema di risoluzione del contratto*, cit., p. 878. Analogamente R. TUCCILLO, *Accordi di ristrutturazione: elementi costitutivi, funzione e rimedi*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 522, propone una struttura a due livelli dove il primo è costituito dall'accordo base di ristrutturazione dei debiti, autosufficiente e idoneo a produrre gli effetti necessari per il compiuto sviluppo e perfezionamento dell'operazione programmata, e il secondo è costituito dagli atti con funzione esecutiva, diretti alla realizzazione del programma dell'accordo di ristrutturazione, che possono consistere in operazioni, più o meno articolate, anteriori o successive all'omologazione dell'accordo e, quindi, alla fase giudiziale.

¹⁶¹ Tace infatti su una possibile disciplina di riferimento per cui M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, cit., p. 265, in proposito parla di "norma sgusciante".

quanto, adottando la teoria della funzione economico individuale o dello scopo pratico, emerge una varietà di programmi contrattuali. Pertanto, è necessario estendere la prospettiva ermeneutica individuando l'elemento comune alle diverse configurazioni strutturali nell'operazione economica che consente di cogliere l'essenza dell'affare nella sua globalità.

Tuttavia, con la promozione della teoria della causa in concreto – la quale individua lo scopo pratico del negozio nella sintesi dei molteplici interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare – emerge come proprio tale pluralità travalichi i confini di un singolo contratto, ovvero del titolo giuridico sul quale si basa l'operazione, risultando necessaria una più ampia costruzione concettuale che contenga nell'unitarietà formale la complessità d'interessi¹⁶².

7.2. Utilità della categoria dell'operazione economica

Il concetto di operazione economica, delineato dalla scuola civilistica romana, ha il pregio di considerare l'atto di autonomia nel complesso, a prescindere dalla considerazione delle sue singole componenti strettamente negoziali, pur tra loro collegate o dipendenti, identificando una sequenza unitaria e composita che include in sé il regolamento, tutti i comportamenti che si collegano con esso per la realizzazione dei risultati previsti, e la situazione oggettiva entro la quale si situano l'insieme delle regole e delle condotte¹⁶³.

¹⁶² Si veda in merito E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 905; Id., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1044; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 27; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 808, il quale rileva che se la causa dei contratti tipici è sempre uguale a se stessa, ovvero preventivamente stabilita dal legislatore, coincide con il tipo ed è ad esso immanente al tipo. Al contrario quando il legislatore disciplina un contratto consegna agli operatori giuridici un mezzo non un fine, sicché la nozione di causa è fondamentale per valutare se il fine concreto che l'utilizzo di questo mezzo realizza sia lecito o meno. Di conseguenza tale elemento deve essere inteso in «ragione dell'affare, come giustificazione dei movimenti dei beni da un individuo all'altro, quale essa è desumibile dal concreto atteggiarsi degli interessi nel caso singolo, desumibili in concreto, se del caso, dalla più complessa operazione economica e non già, in astratto, dalla costruzione del tipo contrattuale configurato dal legislatore».

¹⁶³ Per tale definizione si veda E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 719; condivisa da G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 181; e C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in V. ROPPO (diretto da) *Trattato del contratto*, Milano, 2006, II, p. 119; D. FARACE, *Appunti sugli elementi costitutivi di un'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 597. Si veda in tema ancora E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, t. I, p. 31; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 251; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 222; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 78 ss.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonoma privata*, Milano, 1970, p. 136; Id., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 2. Sulla differenza tra contratto e operazione economica cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 27 e

Attraverso tale categoria concettuale si consente dunque un'analisi complessiva della ragione dell'affare, anche metagiuridica, comprensiva delle caratteristiche sia strutturali che funzionali, sia soggettive che oggettive, assegnando rilievo anche alle circostanze di fatto e di diritto che accompagnano lo svolgimento dell'affare. Questa indagine si ricava dal concreto atteggiarsi degli interessi, individuali e collettivi, nello specifico atto di autonomia, dal quale poi è possibile risalire alla complessiva operazione dell'attività economica¹⁶⁴. Di conseguenza, come ha osservato Roppo, «con il termine “contratto” non ci si riferisce tanto alle operazioni economiche concretamente realizzate nell'effettiva esperienza dei traffici, ma piuttosto a quella che potremmo chiamare la loro formalizzazione giuridica»¹⁶⁵.

Nel panorama polimorfico degli accordi di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi, il concetto di operazione economica rappresenterebbe uno strumento concettuale utile a cogliere l'assetto di interessi complessivo, costituendo un mezzo per comprendere concettualmente l'unità dell'affare¹⁶⁶. Infatti esso si rivela una categoria adeguata per esaminare il fenome-

V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, pp. 10-11, il quale afferma che «le situazioni, i rapporti, gli interessi che costituiscono la sostanza reale di ogni contratto si possono riassumere nell'idea di operazione economica».

¹⁶⁴ In termini di teoria generale si vedano in merito le approfondite osservazioni di P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 232, e A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, p. 489, il quale osserva che «la nuova disciplina del contratto è disciplina dell'attività economica» e che «la novità specifica del nuovo diritto contrattuale, di fonte comunitaria, sarebbe di assegnare un autonomo rilievo di diritto privato alla disciplina dell'attività destinata a sua volta ad incidere sulla regolamentazione del singolo contratto».

¹⁶⁵ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 2001, p. 73, il quale aggiunge che se «si può e si deve parlare del contratto-concetto giuridico come di cosa logicamente diversa e distinta dal contratto-operazione economica – e non identificabile puramente e semplicemente con quest'ultimo – è tuttavia altrettanto vero che quella formalizzazione giuridica viene pur sempre costruita (con i suoi specifici e peculiari caratteri) non mai come fine a sé stessa, ma in vista e in funzione della operazione economica, di cui rappresenta per così dire l'involucro o la veste esteriore, e prescindendo dalla quale risulterebbe vuota, astratta, e perciò incomprensibile: più precisamente, in vista e in funzione dell'assetto che si vuole dare alle operazioni economiche, degli interessi che, nell'ambito delle operazioni economiche, si vogliono tutelare e perseguire», pertanto «il contratto-concetto giuridico risulta strumentale al contratto-operazione economica».

¹⁶⁶ Per tali ragioni si preferisce applicare alla fattispecie il concetto di operazione economica più che quello di “sovra-contratto” (su cui si veda F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la «sovrapposizione» contrattuale*, in *Contratti*, 2004, 2, p. 118). In proposito, cfr. E. GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 299 e Id., *Accordi di ristrutturazione del debito e atipicità dell'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 1096, ove sottolinea come il legislatore avrebbe operato «mediante una disciplina, non più per singoli contratti, ma per attività, per operazioni economiche e, quindi, [ha abbandonato] lo schema del singolo atto per inserire il contratto all'interno di un'operazione economica». Pertanto, come evidenzia lo stesso autore, «in sede di disciplina concreta di tali accordi si deve avere riguardo non ai singoli segmenti che la compongono, ma all'operazione unitariamente

no in esame sul piano analitico, isolando i singoli rapporti creditore – imprenditore in crisi che lo compongono. Tale nozione riesce al contempo ad allargare l'obiettivo al piano sintetico, allo scopo di cogliere la complessità della fattispecie che, come visto, può essere il frutto di un unico contratto plurilaterale, di un collegamento tra singoli negozi ovvero di una pluralità di soggetti che si riunisce attorno a due distinti centri d'interesse, per poi individuare la relativa disciplina¹⁶⁷.

Un valido esempio di utilità della categoria dell'operazione economica è costituito dalla fattispecie, non prevista dalla disciplina legislativa, in cui la crisi interessi una o più società facenti parte di un medesimo gruppo, il quale non potrà restare immune dal risanamento di una sua componente essendo caratterizzato dall'unità del disegno economico¹⁶⁸. Tuttavia, posto che nell'ambito del gruppo di società ciascun soggetto conserva la propria autonomia come centro d'imputazione, ognuna dovrà predisporre un proprio accordo di ristrutturazione ovvero un altro strumento di composizione negoziale della crisi.

In proposito, un arresto di merito ha previsto che ciascuna società del gruppo debba presentare un autonomo ricorso *ex art. 182-bis l. fall.* per omologazione fondato su un autonomo piano ideato per la singola società, da cui dovrà emergere la capacità di quest'ultima di reperire le risorse per l'integrale pagamento dei creditori non aderenti¹⁶⁹. In tal caso, tuttavia, spetterà al giudice la scelta processuale di procedere o meno ad una trattazione unitaria delle diverse procedure redigendo un piano complessivo di risanamento del gruppo¹⁷⁰, in cui la società capogruppo può assumere una

considerata», così E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 741.

¹⁶⁷ Si veda in merito ancora E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 93.

¹⁶⁸ Cfr. in proposito U. MOLINARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e i gruppi di imprese*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI, IV, *Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, Torino, 2011, p. 699; M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione ed il risanamento del «Gruppo»*, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 343; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *IlCaso.it*, 2011.

¹⁶⁹ Il Trib. Monza, 11 maggio 2011, in *IlFallimentarista.it* afferma che conseguentemente, anche la relazione del professionista non potrà essere unitaria per tutte le imprese le quali dovranno predisporre separate relazioni; alle singole attestazioni bisognerà aggiungere una attestazione consolidata che manifesti l'eventuale interazione fra i piani delle singole società «rafforzando, se del caso, i contenuti e gli intendimenti espressi con riferimento ad ogni singola società». Si aggiunge inoltre che questa «attestazione di gruppo» non potrà sopperire alla mancanza dei requisiti per l'omologa. Tuttavia lo stesso giudice riconosce la facoltà del Tribunale di procedere alla riunione delle procedure «ai fini di una più proficua illustrazione delle potenzialità di ristrutturazione».

¹⁷⁰ Si veda in proposito Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Il Fall.*, 2010, p. 195, con

funzione “pivotal” e di coordinamento della strategia di risanamento¹⁷¹.

Infatti, specialmente quando si tratta di gruppi societari di notevoli dimensioni, semplificando la titolarità del debito, si individua nella società *holding* il soggetto debitore che si accolla i debiti delle società controllate e che riceve la c.d. nuova finanza. L'accordo potrebbe prevedere l'assunzione da parte della controllante dell'obbligo di far fronte ad alcune categorie di debiti della controllata o di pagare le spese di funzionamento.

Giova evidenziare come per mezzo degli accordi di ristrutturazione dei debiti che coinvolgono più società del gruppo, si possano realizzare operazioni societarie pregiudizievoli per le singole componenti del gruppo. Di conseguenza, l'interesse per una società parte del gruppo ad aderire all'operazione di salvataggio potrebbe essere motivata proprio dall'interesse di gruppo e non dallo scopo di regolare con gli altri creditori il proprio stato di crisi.

Come nel caso di contratto di salvataggio proposto da una singola impresa è possibile prevedere la cessione di un ramo d'azienda o di un'intera azienda, nella dimensione di gruppo il piano di ristrutturazione complessivo può spingersi fino a prevedere la cessione o la liquidazione di alcune società controllate. Per limitare tale sacrificio in nome del perseguimento del risanamento del gruppo i rapporti interni tra le società possono stabilire la previsione di vantaggi correlativi quale elemento di compensazione del pregiudizio potenziale che una società può subire¹⁷².

riferimento alla procedura di omologa di alcuni accordi di ristrutturazione dei debiti depositati da nove società proponenti, appartenenti al “gruppo Risanamento” e al “gruppo Zunino”, collegati tra loro e formato ognuno da decine di società; e Trib. Milano, 17 giugno 2009, in *IlCaso.it*. In tale fattispecie appare opportuno che nella relazione del professionista sia evidenziata la complessiva strategia di risanamento del gruppo, precisando i punti di condizionamento reciproco tra le società coinvolte, e considerando altresì i profili connessi alla ristrutturazione del gruppo nel suo complesso, con particolare riferimento alla situazione della *holding*, giacché il superamento della crisi della capogruppo potrebbe produrre quelle risorse necessarie al superamento della crisi delle società controllate.

¹⁷¹ È possibile infatti immaginare fideiussioni rilasciate da una società del gruppo a favore di altra società del medesimo gruppo, ovvero la cessione gratuita di crediti verso terzi da una società all'altra del medesimo gruppo.

¹⁷² L'influenza esercitata dalla società capogruppo su una società controllata può implicare il compimento di atti dannosi da parte della stessa controllata a proprio svantaggio. Come ha più volte ribadito la giurisprudenza già prima dell'introduzione della disciplina in materia di direzione e coordinamento (art. 2497 ss. c.c.), tuttavia, se tale pregiudizio è compensato da vantaggi correlativi non comporterà responsabilità in capo alla società controllante. Si veda in merito Cass., 17 aprile 2007, n. 9143, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 779; Cass., 21 gennaio 1999, n. 521, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1529, per la quale «in nome dell'interesse o della logica di gruppo non può essere sacrificato il patrimonio della singola società, ove questa non consegua, sia pure in via indiretta, un preciso vantaggio da un'altra operazione posta in essere secondo l'indirizzo economico unitario». Per escludere la responsabilità aquiliana da direzione unitaria abusiva, l'art. 2497 c.c. mentre prevede per la società controllata che agisca in tutela la semplice prova dell'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento, prescrive in capo alla società controllante e dei

Di conseguenza, in ipotesi di ristrutturazione del debito di società organizzate in gruppo, la sussistenza del “interesse di gruppo” sancito dall’art. 2497 c.c., dovrà essere provata verificando l’interesse sociale al risanamento, sia con riferimento alla singola operazione di ristrutturazione sia in relazione al complessivo quadro industriale ed economico del gruppo¹⁷³.

Qualora si accerti la non idoneità degli accordi di alcune società e le varie componenti non siano in una situazione di *simul stabunt simul cadent* è possibile procedere con l’omologa soltanto degli accordi che abbiano ricevuto una valutazione positiva, separando la sorte delle varie società in modo da sacrificare quelle non risanabili. In tal caso dunque l’omologazione giudiziale interesserà solo alcuni degli accordi originariamente presentati. Al contrario, nel caso in cui le singole società del gruppo sono in un rapporto di interconnessione forte – come ad esempio in presenza di fideiussioni infragruppo – l’inidoneità della ristrutturazione anche di una sola componente potrebbe pregiudicare operazione di risanamento dell’intero gruppo¹⁷⁴.

7.3. Operazione economica e “atto di autonomia privata plurilaterale”

Tentando di qualificare la configurazione strutturale degli accordi di ristrutturazione, giova osservare che in tali accordi ciascun creditore, cautelandosi da eventuali azioni da parte di altri creditori, nella negoziazione agisce non isolatamente ma con un grado di interdipendenza dagli altri creditori commisurato alla forza delle varie posizioni.

componenti del suo organo di gestione l’onere di attestare l’esistenza dei benefici compensativi indiretti, collegati al vantaggio complessivo del gruppo, unitamente all’idoneità di tali benefici a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell’operazione. Si veda in merito R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento della riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 675; G. CIAMPOLI, *I vantaggi compensativi nei gruppi di società*, in *Società*, 2005, p. 169; P. BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, 2009.

¹⁷³ Si vedano in proposito le osservazioni di M. GALARDO, “Interesse di Gruppo” e accordi di ristrutturazione (*Il Caso Gabetti*), in *Dir. fall.*, 2011, p. 40. Si osserva inoltre come negli accordi di ristrutturazione di gruppi di imprese sia opportuno utilizzare il c.d. *voting trust* connesso ad operazioni di conversione di credito in capitale. Infatti l’accordo di ristrutturazione si configura in tale ipotesi come un c.d. *voting trust agreement* in quanto stabilisce il trasferimento di azioni ad un *trustee* al fine di attribuirgli l’esercizio del diritto di voto in assemblea. L’utilità di tale strumento si apprezza in quanto esso permette di riunire la gestione delle imprese, con conseguenti benefici per l’operazione di ristrutturazione relativa all’intero gruppo. Sul punto si veda Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *Trusts e att. fid.*, 2003, p. 580; e P. LICCARDO, *Il Trust nelle procedure concorsuali*, in D. ZANCHI (a cura di), *Il Trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2009, p. 399.

¹⁷⁴ Ad esempio il Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Il Fall.*, 2010, p. 195, ha ritenuto la possibilità di procedere alla trattazione congiunta di una pluralità di ricorsi relativi ad accordi di ristrutturazione riguardanti le società di un medesimo gruppo, la cui efficacia era subordinata all’omologa di tutti gli accordi. Si veda in merito F. ROLFI, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, in *Il Fall.*, 2011, p. 109, e M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del gruppo*, cit., p. 343.

Tale interdipendenza all'interno del ceto creditorio e, ovviamente, tra esso e l'imprenditore in crisi, finalizzata alla rimozione del dissesto, si può riscontrare sia nel collegamento negoziale, attraverso il quale le parti perseguono appunto un risultato economico unitario e complesso¹⁷⁵, sia *a fortiori* in un unico contratto plurilaterale o bilaterale. Di conseguenza, l'elemento dell'interdipendenza unitamente al risultato di ristrutturazione perseguito compongono l'unità dell'affare la cui struttura sarà modulare, espressione dell'autoregolamentazione degli interessi privati, oggetto privilegiato dell'indagine dell'interprete¹⁷⁶.

È da valutare dunque positivamente la circostanza che la legge non ingabbi gli accordi di ristrutturazione dei debiti tipizzandoli in uno schema preconfzionato, ma si limiti a collegare a ciò che le parti hanno liberamente stabilito determinati effetti volti a rendere più efficace la soluzione negoziata.

Lo schema unificante si rintraccia, perciò, proprio nell'operazione economica che pervade i singoli contratti - in caso di collegamento negoziale - ovvero il contratto unico plurilaterale o bilaterale, qualificando in concreto la causa che sarà definibile come causa di ristrutturazione. Con tale espressione si intende la complessiva funzione di ricomporre, attraverso gli strumenti forniti dall'autonomia privata, il conflitto tra creditori e debitore e tra i creditori stessi, generato dall'incapienza del patrimonio dell'imprenditore in stato di crisi a soddisfare tutte le pretese del ceto creditorio.

Si tratta quindi di una causa mista ovvero composita che comprende l'integrale pagamento dei creditori estranei e la ristrutturazione dei debiti dei creditori aderenti realizzabile attraverso modalità anche atipiche, variabili *in casibus*.

A differenza della concezione civilistica dell'insolvenza, qualificata come un fattore esterno e irrecuperabile che presuppone la dimensione atomistica del rapporto obbligatorio, la crisi rappresenta invece una situazione che l'ordinamento con l'introduzione dell'art. 182-*bis* l. fall., permette di governare: pertanto, il suo superamento assume una valenza causale meritevole di tutela che si estende a tutti i singoli rapporti.

È alla gestione negoziale del conflitto e dunque all'attuazione di scelte di convenienza che sarà demandato il compito di stabilire la precedenza nella soddisfazione tra i creditori, ovvero la misura e le modalità delle autolimita-

¹⁷⁵ Cfr. da ultimo Cass., 10 ottobre 2014, n. 21417, in *Guida al dir.*, 2015, p. 62; Cass., 1 ottobre 2014, n. 20726, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., 10 luglio 2008, n. 18884, in *Riv. Notariato*, 2008, c. 617; Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Giur. it.*, 2008, p. 2461; Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, in *Mass. giur. it.*, 2005; Cass., 26 maggio 1999, n. 5122, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2289.

¹⁷⁶ Sul rapporto tra operazione economica e ricostruzione dell'interesse delle parti si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 430; il quale si muove nel solco tracciato da L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, p. 71 e G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 254.

zioni nella tutela del credito che contraddistinguono l'operazione di risanamento, permettendo in tal modo la valorizzazione o la liberazione delle risorse che i contraenti ritengono più opportuna¹⁷⁷. La causa di ristrutturazione caratterizzerà, pertanto, sia i rapporti tra imprenditore e creditori che sottoscrivono l'accordo sia i rapporti tra creditori aderenti, inevitabilmente connessi tra loro in relazione ai profili genetici e funzionali della causa¹⁷⁸.

In tal modo si riconosce una ragione giustificativa ai vari atti, i quali, singolarmente considerati potrebbero essere considerati pregiudizievoli, tuttavia, ricompresi all'interno di un'unità formale e funzionale, rivelano il loro carattere di meritevolezza in quanto diretti a ricomporre la crisi evitando l'insolvenza.

A tutti gli atti esaminati all'inizio del presente capitolo, idonei a costituire l'ipotetico contenuto dell'accordo, viene dunque riconosciuta una giustificazione causale che può rappresentare un elemento rilevante ai fini dell'apprezzamento della condotta dei creditori aderenti, sebbene possa ben accadere che sulla base di un'indagine di merito *in casibus*, emerga in concreto un'irragionevole non convenienza dell'atto nell'economia complessiva dell'accordo¹⁷⁹. I creditori, nel disporre i singoli atti di dilazione, rinuncia, conversione di crediti, tutti orientati al medesimo punto di fuga del salvataggio dell'impresa, perseguono con la riorganizzazione del debito lo scopo di realizzare una maggior certezza dell'adempimento¹⁸⁰.

La complessità e la duttilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che rendono questi una figura "a geometria variabile", suggeriscono dunque di non ambire a imbrigliare un fenomeno innegabilmente articolato per mezzo di forzature teoriche, rinchiudendolo in un unitario e astratto paradigma categoriale, ma di procedere induttivamente mediante un'indagine empirica che aderisca maggiormente alle peculiarità del singolo accordo, al fine di individuarne la morfologia in un terreno accidentato quale quello della crisi

¹⁷⁷ La liquidazione dei cespiti attivi dell'impresa in crisi può infatti avvenire secondo le modalità ritenute più conformi all'interesse degli aderenti all'accordo, scegliendo ad esempio di cedere *in solutum* agli stessi creditori, creando una *newco*, degli immobili che non sarebbe conveniente vendere all'asta in un determinato momento di crisi del settore.

¹⁷⁸ Ciò non toglie che nel caso di fallimento successivo dell'imprenditore che ha concluso l'accordo di ristrutturazione, gli atti posti in essere dai creditori aderenti siano valutati nel merito, a prescindere dalla causa complessiva di ristrutturazione.

¹⁷⁹ In tal caso si dovrebbe dimostrare in concreto che quel singolo atto sia incoerente ovvero ingiustificato all'interno dell'operazione complessiva di risanamento, provando altresì la valida alternativa che sarebbe invece potuto essere adottata.

¹⁸⁰ Benché gli atti compiuti dai creditori possono essere considerati definitivi, stante la sussistenza di una causa giustificatrice, è comunque possibile che sorgano contestazioni verso il creditore aderente rilevando il carattere pregiudizievole nei confronti degli altri creditori. Infatti, può ben accadere che il comportamento del creditore che ha sottoscritto l'accordo sia contestato a causa del fallimento sopravvenuto dell'imprenditore, o qualora si verificino le condizioni per l'esperimento dell'azione revocatoria, ovvero ancora nell'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 2497 c.c., venga fatta valere la responsabilità per direzione unitaria.

d'impresa. Infatti, per dirla con Santi Romano, «bisogna essere esatti e precisi, ma la esattezza e la precisione richiedono che non si irrigidisca ciò che è flessibile e non si solidifichi ciò che è fluido»¹⁸¹.

In linea generale, rifuggendo dalle secche normative delle tradizionali categorie, si potrebbe tentare al limite di rintracciare una qualificazione sufficientemente lasca da comprendere le esigenze delle parti e consentire al contempo un aggancio strutturale tramite il riferimento all'archetipo del negozio plurilaterale elaborato dal formante dottrinario. Tale paradigma strutturale, presentando – come argomentato in precedenza – pluralità di parti e diversità di scopo, si adatterebbe forse meglio all'accordo di ristrutturazione, in quanto pur essendo caratterizzato da prestazioni eterogenee queste si mantengono interdipendenti¹⁸².

Sarebbe tuttavia opportuno aggiornare tale categoria, risalente all'epoca anteriore al nostro codice civile, alle nuove tendenze di disintermediazione giudiziale, per cui risulterebbe forse più adatta la definizione di “atto di autonomia privata plurilaterale”, sottolineando in tal modo, oltre alla possibilità di attingere al patrimonio di regole della disciplina sul contratto in generale, l'emancipazione delle parti dal dirigismo del giudice¹⁸³.

¹⁸¹ Cfr. S. ROMANO, *Glissez, mortels, n'appuyez pas*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 117.

¹⁸² Tale figura è frutto dell'elaborazione critica di F. MESSINEO rintracciabile nelle opere *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927; *La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 75 ed in voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., p. 150.

¹⁸³ Sugli effetti del “*dirigisme jurisprudentiel*” rimangono valide e attuali le riflessioni di M.L. JOSSE-RAND, in *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, p. 1.

CAPITOLO IV

LE TRATTATIVE NEGOZIALI: BUONA FEDE, OBBLIGHI E TUTELE

SOMMARIO: 1. La fase delle trattative negoziali. – 2. L'informazione nella fase iniziale delle trattative. – 3. Il ruolo della buona fede. – 4. Dovere d'informazione negli accordi *ex art. 182-bis e 182-septies* l. fall. – 5. Il dovere di riservatezza. – 6. Individuazione dei rimedi nella fase delle negoziazioni. – 6.1. Soluzioni rimediali, abuso del diritto e contrarietà a buona fede. – 6.2. L'identificazione del rimedio funzionale. – 6.3. La responsabilità "relazionale" precontrattuale. – 7. La tutela della fase delle trattative dopo la novella del 2010. – 7.1. Le "falle" della protezione. – 7.2. Latitudine e *dies a quo* dell'effetto protettivo. – 7.3. Rapporti tra tutela anticipata e dichiarazione di fallimento. – 7.4. Le alterne "stagioni" dei rapporti tra domanda di concordato e istanza di fallimento. – 7.5. Contestuale pendenza dei procedimenti *ex art. 182-bis* l. fall. e per la dichiarazione di fallimento

1. *La fase delle trattative negoziali*

Nei capitoli precedenti si sono esaminati gli accordi di ristrutturazione su un piano essenzialmente "statico" identificandone la natura di contratto di diritto privato e investigandone l'architettura strutturale.

Si rivela ora opportuno procedere ad un'analisi "dinamica" che prenda in considerazione le trattative per la formazione di tale contratto e, nel capitolo successivo, i suoi effetti, verificando in tale indagine l'utilità delle categorie proprie del diritto privato.

Iniziando dall'esame della fase delle negoziazioni, giova sottolineare come tale momento sia particolarmente delicato e richieda, pertanto, l'individuazione, attraverso il principio di buona fede, di determinati obblighi nonché la precisazione di tutele fornite sia dalla stessa norma di cui all'art. 182-*bis* l. fall. sia dalla parte generale di diritto privato.

Infatti, specialmente nello stadio iniziale delle trattative, l'imprenditore in crisi è come il voltairiano uomo di lettere che somiglia al pesce volante: «se si innalza un poco, gli uccelli lo divorano; se si immerge, lo divorano i pesci»¹.

¹ Cfr. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, in *Œuvres complètes de Voltaire*, tome VIII, Parigi, 1836, p. 12: «*L'homme de lettres est sans secours, il ressemble aux poissons volants; s'il s'élève un peu, les oiseaux le dévorent; s'il plonge, les poissons le mangent*».

È infatti tenuto a muoversi su un sottile crinale, stretto tra l'esigenza di concedere ai creditori delle informazioni sullo stato della crisi al fine di tentare la strada del risanamento, da una parte, e la necessità di evitare che un creditore, venuto in possesso di tali informazioni esperisca azioni individuali esecutive o cautelari, cercando di anticipare i tentativi di soddisfacimento degli altri creditori, dall'altra ².

Perciò, in tale stadio embrionale delle trattative è preferibile fornire un'informazione minimale esternando una mera difficoltà di rispettare gli ordinari tempi di pagamento, in modo da evitare la "corsa" dei creditori all'acquisizione di posizioni di vantaggio, se non di privilegio, o, nel caso, tentare di raggiungere una convenzione di moratoria al fine di guadagnare tempo per acquisire le informazioni necessarie volte a proporre una più compiuta regolazione del credito.

Inoltre, occorre calibrare l'informazione sul destinatario specifico, a seconda che si tratti di un creditore fornitore o finanziario (quest'ultimo per ovvie ragioni tendenzialmente più disponibile ad accettare un'operazione di ristrutturazione), ponderando sia il contenuto dell'informazione che la forma della stessa, in modo da cercare di percepire la disponibilità del creditore all'operazione di ristrutturazione senza offrire il destro ad azioni aggressive ³.

²In proposito, si comprende come il codice di condotta A.B.I. prescriva agli istituti di credito associati, in caso di comunicazione ad uno di loro dell'intenzione di iniziare le trattative per la conclusione di accordi di ristrutturazione, di porre in essere comportamenti concertati senza profittare del maggior potere informativo per ottenere provvedimenti giudiziali sul patrimonio del debitore a discapito degli altri creditori. Più in particolare, all'art. 1 si impone di introdurre negli accordi di ristrutturazione «sia divieti circa trattative separate nonché patti di covendita per quanto concerne le azioni rivenienti dalla conversione di crediti in capitale, sia previsioni per l'assunzione di determinazioni secondo principi di maggioranza qualificata, dete rminazioni che, per motivi di urgenza, possono essere demandate ad un Comitato ristretto». Si veda in proposito S. BONFATTI-G. FALCONE, *La concertazione per la soluzione delle crisi di impresa: la "amministrazione bancaria" ed il nuovo codice di comportamento bancario sulla gestione delle crisi aziendali*, in *Dir. banc.*, 2001, I, p. 379; A. MUSURACA, *Convenzione bancaria A.B.I. e accordi di ristrutturazione dei debiti nella novellata riforma fallimentare: rischi connessi*, cit., p. 495; E. GRANATA, *Dall'Abi il via alla concertazione per aiutare le imprese in crisi*, cit., p. 12; P. PELLEGRINELLI, *Procedimento e controllo giurisdizionale nella soluzione negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 36.

³Giova richiamare in proposito le "Linee-Guida per il Finanziamento alle Imprese in Crisi", 2015, cit., le quali alla Raccomandazione n. 5 (Rapporti con i creditori professionali) affermano «Quando lo strumento di soluzione della crisi presuppone il consenso individuale dei creditori, sono tempestivamente fornite ai creditori con cui si conducono trattative informazioni adeguate e aggiornate sulla crisi e sulle possibili soluzioni, con indicazione delle eventuali prospettive di continuità aziendale. In particolare, quando si tratta di creditori professionali, tali informazioni, fin dalla fase di apertura delle trattative, hanno ad oggetto le cause della crisi, i dati aziendali di partenza e le soluzioni già allo studio, corredate dai dati patrimoniali, economici e finanziari prospettici».

2. L'informazione nella fase iniziale delle trattative

I creditori che accettano di partecipare a trattative sulla ristrutturazione dei debiti accolgono un'offerta di rinegoziazione che riguarda la fonte contrattuale dell'obbligazione e dunque conducono trattative al fine di addivenire alla stipulazione di un nuovo negozio.

Nel momento iniziale delle trattative in cui si tenta la rinegoziazione dell'esposizione debitoria dell'imprenditore in crisi, questi può, nell'esercizio dell'autonomia privata – limitata solo qualora usufruisca della transazione fiscale *ex art. 182-ter l. fall.* – individuare, senza alcun ossequio alla *par condicio*, le modalità di definizione delle proprie obbligazioni allo scopo di raggiungere un numero sufficiente di adesioni⁴.

In concreto, l'imprenditore comunica verbalmente o per iscritto, a uno o più creditori, la sussistenza di una situazione di crisi già in essere o la realistica prevedibilità di una situazione di crisi che può sopravvenire in un breve lasso di tempo, fornendo quindi ai creditori un'informazione minima sul proprio stato economico-finanziario.

Infatti, il corretto funzionamento della composizione negoziale della crisi esige un flusso informativo adeguato da un punto di vista tecnico e operativo, funzionale a favorire la formazione in capo ai creditori di un consenso consapevole⁵. Pertanto, l'informazione deve risultare veritiera e chiara, ossia intellegibile da parte dei creditori⁶.

In ogni caso sarebbe opportuno che il debitore prima delle negoziazioni invii ai creditori – tarando su ciascun creditore la “forma” e la “sostanza” delle informazioni – una generica lettera d'intenti con la quale li convochi

⁴Per tale ragione negli accordi di ristrutturazione non è presente una norma analoga all'art. 160, comma 1, lett. c riguardo alla facoltà del debitore di suddividere i creditori in classi nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

⁵Come opportunamente osserva M. SCIUTO, *I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 545, negli strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa, il “bene” primario che si intende assicurare è «proprio quello dell'informazione: della corretta e completa informazione del debitore ai creditori, e in certa misura al mercato in generale. Lo dimostra il fatto che anche a prescindere dalla meritevolezza del debitore o di qualsiasi apprezzamento morale sulla sua condotta, e anche prescindere, soprattutto, della obbiettiva convenienza della sua proposta, ogni rilevante vizio che affetti l'attendibilità dell'informazione su cui la proposta si basa – svelandola come incompleta o decettiva – è destinato a provocare l'interruzione della procedura. Ed anzi, persino in sede postuma, a omologazione oramai concessa, l'effetto di quest'ultima rischia di venire travolto per via dell'annullamento». Il valore dell'informazione come presupposto per l'esercizio del diritto di voto dei creditori è sottolineato da M. FABIANI, *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 571.

⁶Sul punto cfr. A. BLANDINI, *Sulla consapevolezza nel concordato preventivo (tra poteri del tribunale e autodeterminazione dei creditori)*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo-V. Meli-R. Pennisi, t. III, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, p. 1293 (in particolare p. 1300).

per poi esporre loro l'operazione di ristrutturazione che intende realizzare.

Questo piano, che dovrebbe costituire il contenuto del futuro accordo di ristrutturazione, è generalmente racchiuso in un documento, definito *informemorandum* o *termsheet*, che illustra le maggiori ragioni della crisi, l'esposizione debitoria, quali siano le prospettive dell'impresa, con quali modalità l'imprenditore intenda continuare l'attività e con quale cadenza temporale⁷. Tale comunicazione potrà eventualmente contenere un'informazione minima sulla situazione patrimoniale dell'imprenditore, ma comunque sufficiente a mantenere l'eventuale dialogo con il creditore.

Considerando la naturale gradualità dello stadio delle trattative sarebbe opportuno, specialmente allorché il ceto creditorio sia formato prevalentemente da istituti di credito, prevedere degli obblighi di comunicazione, a determinate scadenze temporali, di alcune informazioni quali, ad esempio, la situazione patrimoniale dell'imprenditore. In tal modo quest'ultimo manifesta la propria disponibilità a proseguire nelle trattative in maniera trasparente, seguendo un modello procedurale di gradimento per i creditori.

In tale fase, l'imprenditore potrebbe avvalersi di strumenti di allerta che, attraverso la previsione di misure premiali, inducano a far emergere la crisi in uno stadio ancora precoce.

Tuttavia, il legislatore, stante l'opposizione dell'imprenditoria italiana – timorosa di interventi esterni che obblighino a rendere pubbliche le difficoltà finanziarie – ha rifiutato di disciplinare istituti di allerta e prevenzione, adottati ad esempio nell'ordinamento francese, disattendendo le indicazioni già contenute nello schema di disegno di legge elaborato dalla Commissione Trevisanato in composizione ristretta⁸.

Gli istituti di allerta, tesi a favorire un approccio alla crisi nella fase embrionale di essa, sono stati riproposti nel disegno di legge delega per la riforma "delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza" che ricalca le conclusioni della Commissione Rordorf⁹, anche in seguito alla Raccoman-

⁷ Sul punto cfr. M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, cit., p. 1237, e M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 62.

⁸ Si tratta del documento elaborato dal gruppo ristretto della "Commissione Trevisanato", istituito con d.m. 27 febbraio 2004, e presentato agli uffici legislativi dei Ministeri della Giustizia e dell'Economia nel 2004. La persistente necessità di tali strumenti di prevenzione è testimoniata dalla circostanza che l'ultima, in ordine di tempo, Commissione per la riforma delle procedure concorsuali è chiamata, tra l'altro, «all'individuazione di misure idonee a incentivare l'emersione della crisi» (cfr. Ministero della Giustizia, decr. 28 gennaio 2015).

⁹ Cfr. art. 4 dello Schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016 poi contrassegnato dal n. 3671-bis – essendo stato stralciato l'art. 15 relativo all'amministrazione straordinaria – approvato dalla Camera il 1°

dazione della Commissione del 12 marzo 2014, n. 2014/135/UE “su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e dell’insolvenza”¹⁰, la quale nel 9° considerando esorta «a offrire servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, di consulenza per evitare i fallimenti e di sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi».

Il successo di tali misure dipenderà inevitabilmente dalla previsione di strumenti premiali per l’amministratore che si attiva tempestivamente reagendo alla crisi, superando la naturale ritrosia ad agire in maniera sollecita derivante anche dalla peculiare caratteristica dell’imprenditoria italiana di sovrapporre proprietà e *management*.

L’esperienza empirica dimostra infatti che nella maggior parte dei casi il fenomeno della crisi è affrontato quando già risulta che i segnali e gli indici che potevano essere assunti per l’individuazione dell’origine della decozione

febbraio 2017 e nelle more della stampa all’esame del Senato. L’attivazione di iniziative volte a costruire un sistema di regole che induca l’imprenditore a far emergere tempestivamente la crisi è stato sollecitato sia dalla Raccomandazione n. 135 della Commissione europea del 12 marzo 2014 sia dal Regolamento n. 848/2015 (di modifica del Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure transfrontaliere di insolvenza) il quale prescrive l’istituzione di procedure che «garantiscono ad imprese sane in difficoltà finanziaria l’accesso ad un quadro nazionale in materia d’insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l’insolvenza». Il modello di riferimento è la *procedure d’alerte* francese introdotta con la legge di riforma delle procedure concorsuali del 26 luglio 2005. Secondo lo schema di disegno di legge, la procedura si attiva in seguito alla segnalazione di «fatti di natura tale da compromettere la continuità aziendale», in presenza dei quali una pluralità di soggetti (i sindaci della società, i delegati sindacali del personale, gli azionisti di minoranza) possono segnalare la circostanza al Presidente del Tribunale competente. Con la segnalazione, il Giudice e gli amministratori interagiscono tra loro tentando di individuare possibili soluzioni; quindi, spesso su richiesta degli stessi amministratori, il Tribunale nomina un mandatario di giustizia con la delega di analizzare i problemi, individuare i rimedi e negoziare, sotto il controllo del tribunale, con i creditori/fornitori dell’impresa. Nella previsione dello schema del disegno di legge elaborato dalla Commissione Rordorf, lo sforzo di dare emersione tempestiva alla crisi si concretizzerebbe nell’attribuzione di specifica competenza non già al Tribunale ma ad una apposita sezione specializzata degli organismi di composizione della crisi, previsti dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3 (legge sul sovraindebitamento) e dal decreto ministeriale 24 settembre 2014, n. 202 (regolamento recante i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento). In tal modo si eviterebbe – oltre che di sovraccaricare i Tribunali – anche il rischio “psicologico” in capo all’imprenditore che potrebbe percepire l’intervento giudiziale come preludio ad una esecrata procedura concorsuale. L’intervento del giudice sarà quindi necessario esclusivamente qualora il debitore richieda misure protettive, al fine di impedire o paralizzare eventuali aggressioni dei creditori ai beni dell’impresa nell’arco temporale necessario per l’espletamento della procedura. L’esito naturale della procedura di allerta saranno pertanto le misure di riorganizzazione dell’impresa idonee a facilitare il superamento della situazione di crisi oppure il tempestivo ricorso agli strumenti di composizione negoziale della crisi (piani attestati, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo) già contemplati dalla legge fallimentare. Per un commento aggiornato alla luce dei lavori parlamentari cfr. M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Il Fall.*, 2016, p. 1032.

¹⁰ G.U.U.E. 14 marzo 2014, n. 74, Serie L. Si vedano in proposito le osservazioni di U. MACRÌ, *La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all’insolvenza*, cit., p. 393.

sono stati trascurati o sottovalutati. Ciò in quanto le piccole-medie imprese italiane sono incapaci di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce sia per fattori che ne limitano la competitività sia per lo “stigma” che ancora oggi nella classe imprenditoriale accompagna il ricorso a procedimenti di composizione della crisi.

È invece lapalissiano che la capacità del debitore e dei creditori di anticipare la soglia di emersione della crisi consentirebbe di ricorrere a strumenti con assente o comunque limitata ingerenza giudiziale, quali i piani attestati di risanamento o gli accordi di ristrutturazione, scongiurando che la difficoltà in cui versa l'impresa possa comportare ineluttabilmente l'inizio di una procedura concorsuale¹¹.

Del resto, la mancanza di meccanismi di prevenzione e di allerta comporta inevitabilmente una maggiore responsabilizzazione del debitore, in quanto gli amministratori sono tenuti non solo a reagire prontamente alla crisi ma anche ad attivarsi impiegando lo strumento di composizione negoziale più adeguato alla concreta situazione dell'impresa, dovendo rispondere di eventuali inadempimenti a tali doveri¹².

Nella perdurante assenza di tali fondamentali misure di allerta, qualora l'attività d'impresa sia esercitata in forma di società di capitale si potrebbe creare indirettamente un sistema di allerta e prevenzione della crisi mediante il rispetto, sul quale è chiamato a vigilare il collegio sindacale e gli organi di controllo in generale, del principio di corretta amministrazione – in particolare di adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società – e dell'obbligo derivante dall'art. 2381 c.c. di agire informati¹³.

¹¹ Si veda in merito G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Il Fall.*, 2009, p. 14. Si osserva del resto che nell'ordinamento francese, dove la procedura di *alerte* è strumentale a incoraggiare le parti a stipulare un *accord amiable*, l'impulso può anche essere officioso ai sensi dell'art. 611-2 *Cod. comm.* Si veda sul punto M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 256.

¹² Si vedano in proposito le osservazioni di G. GUERRIERI, *La responsabilità dell'amministratore nell'impresa in crisi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 571; R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Società*, 2013, p. 675; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 304; V. SALLORENZO, *Profili di responsabilità degli amministratori delle società di capitali nella gestione della crisi di impresa*, in *IlCaso.it*, 2015; G. LOMBARDI-D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 717; M. FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, cit., p. 965.

¹³ Si vedano sul punto le osservazioni di M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1100; M. IRREIRA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

3. Il ruolo della buona fede

È presente il pericolo che dal forte e ontologico squilibrio informativo tra debitore in crisi e creditori derivi una lesione degli obblighi di correttezza nel negoziato tra le parti¹⁴.

Tale asimmetria informativa è presente in maniera duplice.

Si manifesta in primo luogo tra tutti i creditori e l'imprenditore in crisi, che ha naturalmente la maggiore cognizione della propria situazione patrimoniale e finanziaria. Inoltre, è evidente la disparità di capacità informativa all'interno del ceto creditorio tra i "piccoli" creditori (si pensi ad es. ai commissari acquirenti di immobili abitativi o ai fornitori) e gli istituti bancari, i quali hanno accesso a strumenti quali le risultanze della Centrale Rischi della Banca d'Italia. Queste segnalazioni – sebbene non rilevino la sussistenza di iniziative giudiziarie di recupero crediti ovvero la revoca di affidamenti precedentemente concessi – offrono la possibilità agli istituti di credito di avere un quadro globale della situazione economica dell'impresa in crisi¹⁵.

L'attenuazione di tali asimmetrie informative che incidono su un'adeguata valutazione della convenienza dell'accordo in modo da ridurre le conseguenze pregiudizievoli, si rivela necessaria in ossequio sia al dovere pubblico di rimuovere gli ostacoli fattuali di ordine economico e sociale previsto dall'art. 3, comma 2, Cost.¹⁶ sia al principio di libertà e consapevolezza della scelta.

¹⁴ Posto che nella comunicazione è necessario distinguere il "messaggio", ossia il veicolo, dalla vera e propria "informazione", vale a dire la quantità additiva di conoscenza e consapevolezza di cui il messaggio si fa latore (cfr. U. Eco, *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, Milano, 1997, p. 96), è parimenti possibile cadere nel rischio opposto di una sovrainformazione decettiva, ossia nel pericolo che l'eccesso d'informazioni non fornisca un effettivo *surplus* informativo. In proposito, G. Rossi, *I diritti dei cittadini fra le crisi dell'impresa e della giustizia*, relazione in occasione della "Giornata europea della giustizia civile dedicata al rapporto tra giustizia e impresa", Milano, 25 ottobre 2013, disponibile in *Ca.Milano.Giustizia.it*, richiama «lo slogan famoso del Giudice Brandeis che la trasparenza è come la luce del sole, *sunshine*, il miglior disinfettante per le infezioni societarie, ma, come la luce del sole, la sua abbondanza – secondo la felice intuizione di Loss – può provocare il cancro della pelle, osservazione evidentemente dimenticata dal legislatore americano del 2013, che ha approvato il *Sunshine Act*, teso a rendere palesi (alla luce del sole) i rapporti contrattuali tra medici e case farmaceutiche».

¹⁵ Come osserva M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, cit., p. 62, i lavoratori assistiti dalle organizzazioni sindacali «potrebbero avere una percezione più immediata della difficoltà dell'impresa, in ragione di un mutato utilizzo dei fattori della produzione. I fornitori invece, percepiscono, in genere, in ritardo la situazione di crisi del proprio acquirente e ciò anche in considerazione della prassi dei tempi dilazionati per il pagamento dei debiti aziendali».

¹⁶ Sul dibattito relativo all'immediata precettività dell'art. 3, c.p.v., Cost., sugli atti di autonomia privata è imprescindibile il rinvio a S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966; A. GALOPPINI, *Osservazioni sul principio di parità di trattamento nel diritto privato*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, t. II, p. 7; P. PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, n. 3, p. 724.

Quest'ultimo, in particolare, è desumibile dal limite della libertà posto all'iniziativa privata dall'art. 41, comma 2, Cost.¹⁷, nonché dal canone di buona fede.

Proprio la clausola aperta e generale di cui all'art. 1175 c.c. – la quale attraversa orizzontalmente tutto il diritto contrattuale, dalla pendenza delle trattative fino all'esecuzione del negozio – è di fondamentale importanza nella gestione della crisi d'impresa. Non a caso, nel *Chapter XI* del *U.S. Bankruptcy Code* statunitense al § 1129 si prevede, tra i requisiti che il giudice è tenuto a valutare ai fini della conferma del piano, che «*the plan has been proposed in good faith*».

In particolare, la norma sull'interpretazione secondo buona fede di cui all'art. 1366 c.c. può fungere da cartesiana ghiandola pineale tra principi costituzionali e regole settoriali, unendo l'“anima” e il “corpo” dell'ordinamento, in modo da “misurare” alla luce dei diritti e delle libertà fondamentali dell'ordinamento le circostanze del caso concreto in contratti anche non aprioristicamente ascrivibili ad uno dei tipi previsti come schemi precostituiti¹⁸.

¹⁷ La Corte Cost. nella sentenza del 15 maggio 1990, n. 241, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2785, ha del resto precisato che «il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., [...] va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie». In merito alla rimozione degli ostacoli limitativi dell'uguaglianza si rinvia su tutti a G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 3; e A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, *ivi*, 1995, p. 5. La lettura dell'art. 41, c.p.v., Cost. come specificazione dell'art. 2 Cost. è approfondita da G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano 1990, p. 66; N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*, in *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 115. Per una differente prospettiva si vedano F. GALGANO, *Art. 41*, in F. GALGANO-S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 11; V. DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico. Appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, p. 335. In generale sulla problematica relativa alla tutela costituzionale dell'autonomia privata si rinvia a A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano, 1971, e L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 1.

¹⁸ Tale costruzione è prospettata da L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in P. SCHELSINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 1991, p. 208; *Id.*, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, 1988, p. 170; *Id.*, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, pp. 41 e 73, laddove afferma che la valutazione del regolamento contrattuale «potrà esaurirsi o in un giudizio di conformità del negozio al principio stesso, lasciando intatta la regolamentazione accertata *stricti iuris*, ovvero in un giudizio di non conformità, lasciando, allora, al giudice il compito di conferire al contratto quella particolare colorazione che la regola di buona fede è capace di attribuirgli e, perciò [...] l'unico significato che esso può assumere tenuto conto delle posizioni reciproche delle parti e delle circostanze in ordine alle e nelle quali il regolamento stesso è destinato ad operare, conformemente ai principi generali dell'ordinamento giuridico». In proposito, sia consentito rinviare alle riflessioni di I.L. NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1251; *Id.*, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, *ivi*, 2014, p. 1449.

Così le norme particolari che regolano gli accordi di ristrutturazione di cui agli artt. 182-bis e 182-septies l. fall. si connettono al sistema.

Nel contesto del rapporto obbligatorio la clausola generale di buona fede – non a caso definita “polmone del sistema”¹⁹ – arricchita di una *vis* normativa di derivazione costituzionale, diviene pertanto specificativa dei doveri inderogabili in funzione di garanzia degli opposti interessi delle parti. La buona fede è dunque chiamata a farsi interprete di una sensibilità che promuove la libertà contrattuale sostanziale inverando i principi di trasparenza e del consenso consapevole e informato, attraverso la previsione dei c.d. doveri di informazione²⁰.

Il contenuto del singolo rapporto obbligatorio è dunque arricchito, con l'estrapolazione di obblighi collaterali di cooperazione e di informazione, che consentono l'individuazione della *regula iuris* applicabile in concreto, in modo da tutelare l'equilibrio del regolamento di interessi che le parti si sono proposte.

È possibile individuare tale regola attraverso un doppio percorso, orizzontale e verticale, che giunge alla medesima meta: per analogia *legis* (art. 182-septies l. fall.) e per analogia *iuris* (principio di buona fede).

Come visto, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, il recente art. 182-septies l. fall. ha espressamente previsto in capo ai creditori bancari e finanziari un diritto di partecipazione informata alle trattative, imponendo quindi all'imprenditore in crisi di dare comunicazione ai creditori dell'avvio delle trattative e altresì di metterli in condizione di partecipare alle stesse «in buona fede», in modo che i creditori interessati possano partecipare attivamente alle negoziazioni in ordine alla ristrutturazione del debito. Al rispetto di tali doveri è subordinato il giudizio di omologa del Tribunale e la conseguente estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti.

Sebbene la lettera della norma non sia molto perspicua, deve logicamente intendersi che la buona fede sia riferibile innanzitutto al debitore, benché il dovere di correttezza si imponga, per evidenti ragioni sistematiche, anche ai creditori. L'imprenditore in crisi deve pertanto in buona fede, e dunque con correttezza, mettere in condizione i creditori di partecipare concreta-

¹⁹ Tale espressione è utilizzata da V. POLACCO, *La scuola del diritto civile nell'ora presente. Prolusione*, cit., p. 116.

²⁰ Sul tema della asimmetria informativa nel diritto contrattuale e l'equivalenza tra difesa del consumatore e tutela della sua libertà di preferenza si vedano le analisi M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 555; N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, p. 139; S. PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, in G. COMANDÉ (a cura di), *Diritto privato europeo e diritto fondamentali*, Torino, 2004, p. 149. Sull'idoneità di un'asimmetrica distribuzione delle informazioni di causare effetti anche di grave alterazione del mercato si veda il fondamentale apporto di G. AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics* (The MIT Press), vol. LXXXIV, 1970, p. 488.

mente alle trattative, rendendoli edotti della propria proposta e dando la possibilità di interloquire su di essa²¹.

Il debitore, pertanto, dovrà essere in grado di dimostrare di aver comunicato per iscritto ai creditori la sua intenzione di iniziare a negoziare la stipula di un accordo di ristrutturazione e di aver fornito loro gli elementi minimi necessari ad instaurare un primo incontro, senza latitare anche rispetto alle eventuali controproposte provenienti dai creditori.

Il rispetto del principio di buona fede non impedisce tuttavia all'imprenditore in crisi di avviare le trattative prima solo con alcuni creditori, per poi rivolgersi successivamente anche agli altri, purché offra a tutti uguali opportunità di negoziazione. Infatti, non è stabilito alcun principio di *par condicio* nella conduzione delle trattative che obbligherebbe l'imprenditore in crisi ad intraprenderle contestualmente con tutti i creditori²².

Nella pratica, peraltro, anche al fine di comprendere, sin dai primi passi, la possibilità di intraprendere il cammino della ristrutturazione, la prassi è quella di coinvolgere, preliminarmente, proprio i creditori istituzionali – banche e società di *leasing* – ed i fornitori c.d. “strategici” e, solo una volta ottenuto il loro assenso, anche solo di massima, al “piano”, ampliare il numero degli interlocutori agli altri creditori.

Benché il perimetro applicativo del diritto di partecipazione informata espressamente previsto dall'art. 182-*septies* l. fall. sia esplicitamente ristretto ai creditori bancari, ciò non autorizza a ritenere che nella tipologia “ordinaria” di accordo di cui all'art. 182-*bis* l. fall. non sia parimenti rintracciabile un dovere informativo in capo all'imprenditore in crisi in ossequio al generale dovere di comportamento secondo buona fede: questo infatti non può certo essere ritenuto regola speciale propria solo dell'art. 182-*septies* l. fall.

Vale precisare come non si tratti di determinare aprioristicamente nuovi doveri integrativi di protezione incidenti sulla statica del rapporto, indicando generici doveri di lealtà o di cooperazione reciproca, bensì di concretizzare ovvero attualizzare il principio di buona fede, nello svolgimento effettivo del rapporto *hinc et inde*²³.

Nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, appare evidente, infatti, come occorra, per il buon esito dell'operazione di risanamento, che i credi-

²¹ Cfr. sul punto F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: un primo commento, cit.

²² Si vedano in proposito le osservazioni di M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 529.

²³ Giova ricordare come L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, cit., p. 596, affermi che «ben possono ipotizzarsi “doveri di informazione” desunti dal criterio generale della correttezza, relativi a circostanze di fatto che pur non comportando invalidità del negozio, possono influire negativamente sull'assetto di interessi disciplinati dall'atto, pregiudicandone l'efficacia o mettendone comunque a repentaglio il conseguimento della funzione pratica».

tori pongano affidamento sulla correttezza delle informazioni loro fornite dall'imprenditore, in modo da consentire loro di assumersi il rischio dell'operazione di ristrutturazione: in tale contesto, l'affiancamento all'imprenditore – sin dall'inizio del “dialogo” con il ceto creditorio – di professionisti specializzati in materia concorsuale è elemento di sicurezza (e serietà) per i creditori.

Le informazioni – il cui contenuto dipende ovviamente dalle dimensioni e dalla tipologia dell'impresa – ove il creditore abbia manifestato un suo potenziale interesse a iniziare delle trattative per il risanamento dell'impresa, dovranno riguardare la ristrutturazione che dovrebbe interessare il loro credito. Infatti, affinché il creditore presti il proprio consenso ad una ristrutturazione della propria pretesa, occorre che sia messo in grado di considerare in maniera consapevole e informata le conseguenze dell'eventuale stipula dell'accordo sul proprio credito. In particolare, il creditore deve poter valutare le possibili alternative ovvero conoscere la situazione economica e patrimoniale del proprio debitore.

La rinegoziazione dell'originario rapporto obbligatorio deve essere conformata al principio di buona fede²⁴. Infatti, sebbene essa non costituisca né un'esecuzione in senso stretto del programma negoziale in quanto consiste in una modifica o in una estinzione diversa dall'adempimento – né un caso di integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c., giacché non si ravvisa alcun obbligo *ex lege* di completare il regolamento contrattuale – appare pacifico che allorché si modifichi l'originario contratto bisogna comunque eseguire tale attività secondo buona fede²⁵.

²⁴ Sugli intrecci tra rinegoziazione e buona fede giova ricordare la previsione, contenuta in alcuni testi paranormativi della rinegoziazione del contratto. Si fa riferimento ai Principi *Unidroit* (art. 6.2.3) e, maggiormente, al *Draft Common Frame of Reference* (§ III. – 1:110) dove in caso di sopravvenienze che modificano sostanzialmente la simmetria del negozio facendo gravare i rischi connessi agli eventi sopravvenuti solo in capo ad una parte, si stabilisce a favore di questa il diritto di richiedere che il contratto sia rinegoziato, precisando che nel caso di fallimento della trattativa ciascuno dei contraenti possa adire il giudice a fini della pronuncia di risoluzione o della modificazione del contratto in maniera da ricostituire l'originario equilibrio. Tale rimedio manutentivo volto ad assicurare l'adattamento del programma contrattuale squilibrato all'insegna della buona fede sotto il controllo procedurale del giudice, è diretto allo scopo di ottenere l'equilibrio in parità di condizioni, permettendo alla parte vittima della sproporzione o del grave approfittamento di meglio ponderare le modalità di esercizio dell'autonomia. Su tale tema si veda F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63, e P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, p. 539.

²⁵ Si veda in merito C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, Milano, 2002, p. 416; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 498.

4. *Dovere d'informazione negli accordi ex art. 182-bis e 182-septies l. fall.*

È inoltre assodato che ciascun creditore risulti inevitabilmente influenzato dalle scelte degli altri.

Di conseguenza, i sacrifici cui sono sottoposti gli ulteriori membri del ceto creditorio possono “addolcire la pillola” e facilitare l'accettazione della proposta da parte di un creditore inizialmente recalcitrante. Tuttavia, rendere tutti i creditori consapevoli delle rinunce e in generale delle ristrutturazioni del debito accettate dagli altri creditori può pregiudicare il tentativo di risanamento. Infatti, un creditore potrebbe dolersi e rifiutare la proposta, ritenendo di dover sottoscrivere l'accordo sopportando condizioni e clausole meno vantaggiose di quelle offerte e accettate da altri appartenenti al ceto creditorio della medesima operazione²⁶.

Posto che il debitore deve rendere noto a ciascun creditore destinatario della proposta i termini generali del piano di ristrutturazione, obbligarlo a rappresentargli anche i singoli trattamenti riservati a ciascun creditore nonché l'ammontare dei crediti dei non aderenti che dovranno essere pagati integralmente costituirebbe un onere eccessivo. Infatti, l'ordinamento non richiede in tal caso alcun rispetto del principio della *par condicio* e inoltre la *ratio* dell'istituto è quello di incentivare la soluzione negoziale della crisi anche con trattative condotte separatamente con ciascun creditore, giacché – come visto al capitolo III – è pienamente possibile la stipula di più accordi di ristrutturazione collegati tra loro.

In merito, ricordando quel sottile filo su cui è tenuto a muoversi l'imprenditore in crisi, è opportuno seguire il precetto scolastico *distingue frequenter*²⁷, differenziando tra “informazione completa” e “informazione rilevante”. Tale rilevanza, considerando il *favor* del legislatore per il tentativo di risanamento, dovrà essere valutata avendo principalmente riguardo all'interesse dell'imprenditore, il quale, dunque, dovrà sì rendere noti gli altri partecipanti al tentativo di ristrutturazione ma senza essere tenuto a comunicarne tutti i dettagli.

Il dovere di informare secondo buona fede, infatti, non impone di descrivere al creditore in maniera puntuale e integrale il sacrificio proposto o accettato dagli altri creditori, tanto meno di renderlo edotto del punto fino al quale l'imprenditore può spingersi nella trattativa, altrimenti è evidente come quest'ultimo apparirebbe totalmente disarmato davanti alle controparti

²⁶ In merito L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, cit., p. 172, il quale afferma che «di norma, infatti, il singolo creditore accetta il piano di salvataggio come “il minore dei mali”. Tuttavia, un elemento che, generalmente, incide sul giudizio di accettabilità del piano da parte del creditore è la condivisione del sacrificio economico con tutti o parte degli altri creditori».

²⁷ Ovvero l'ammonimento dantesco per cui «*quelli è tra li stolti bene a basso, che senza distinzione afferma e nega ne l'un così come ne l'altro passo*», *Paradiso*, XIII, 115-117.

creditorie. Un comportamento ossequioso dell'art. 1375 c.c. è quello del debitore che comunica al creditore le circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto con riferimento alla singola posizione²⁸.

Del resto, l'art. 182-bis l. fall. prescrive l'iscrizione nel registro delle imprese esclusivamente dell'accordo di ristrutturazione e non anche della relazione di attestazione del professionista o dei documenti che devono corredarlo. Di questi ultimi si prevede espressamente solo il deposito in cancelleria.

Inoltre, il già citato art. 182-septies, comma 4, l. fall., sulla tipologia di accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari – in cui si contempla la possibilità di estendere l'efficacia dell'accordo ai terzi – stabilisce esplicitamente che il debitore «oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti», deve notificare agli intermediari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo, «il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-bis», con termine per proporre opposizione decorrente da tale notificazione.

In più, l'estensione degli effetti ai creditori terzi è in tale fattispecie subordinato all'accertamento da parte del Tribunale in sede di omologa che questi «abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti»²⁹.

Pertanto, *a contrario*, nella tipologia di accordi “generale” di cui all'art. 182-bis l. fall. l'onere informativo a carico del debitore deve ritenersi circoscritto all'informazione veicolata dal registro delle imprese, ossia al solo accordo una volta concluso. I creditori informati avranno l'onere di legittimarsi presso la cancelleria del Tribunale, dimostrandone interesse, al fine di conoscere la documentazione a corredo dell'accordo.

In aggiunta, l'omologazione *ex art.* 182-bis l. fall. non è subordinata alla prova della comunicazione dell'accordo a tutti i creditori; né, ai fini dell'opposizione, il legislatore ha previsto il dovere di informare nominativamente ogni creditore, tramite modalità, quali ad esempio la pubblicazione dell'accordo su un quotidiano a diffusione locale o nazionale, tali da rendere edotti in maniera effettiva tutti i soggetti interessati.

Per di più, dalla lettera del comma 6 dell'art. 182-bis l. fall. – là dove si

²⁸ In tal senso esplicitamente C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 419.

²⁹ Dato l'ampio onere informativo a carico del debitore il quale deve fornire «complete ed aggiornate informazioni» anche sugli effetti dell'accordo, si deve ritenere che l'imprenditore in crisi debba comunicare ai creditori anche le garanzie reali o personali che assistono alcuni debiti. Come sostiene M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, cit., p. 542, «Si tratta, infatti, di circostanze aventi diretta incidenza sulla valutazione della posizione giuridica e dell'interesse economico di ciascun creditore e, di riflesso, sull'effettiva omogeneità delle varie categorie in cui verrebbero suddivisi. Insomma, il debitore dovrà rendere tutti i creditori edotti non solo di quanto ciascuno riceverà sulla base dall'accordo, ma anche di quanto ciascuno effettivamente perderà in conseguenza della crisi dell'impresa».

precisa l'onere, ai fini della protezione nella fase della negoziazione, di dichiarare che sulla proposta siano in corso trattative con i creditori in rappresentanza di almeno il sessanta per cento dei crediti – emerge come non sia necessario indicare i nominativi dei creditori con i quali siano pendenti le trattative.

Il riequilibrio delle asimmetrie informative tra i creditori deve quindi avvenire ad opera del ceto creditorio stesso, come dimostrano i codici di condotta predisposti dall'A.B.I. per gli istituti di credito³⁰, non sussistendo in capo al debitore alcun obbligo di rivelare le condizioni di ristrutturazione proposte a ciascun altro creditore³¹.

Del resto, emerge quale tratto evidente della riforma delle procedure concorsuali come sia rimessa a ciascun creditore la facoltà di disporre della difesa delle proprie ragioni in via di autotutela, potendo anche rinunciare alla propria posizione giuridica garantita dal principio di trattamento paritario³²: risulterebbe, quindi, singolare e dissonante la previsione del dovere a carico dell'imprenditore in crisi di rendere edotto il creditore delle proposte negoziali offerte a tutti gli altri creditori³³. Tanto meno sarebbe congruo

³⁰ Nelle direttrici del codice di condotta A.B.I. si prevede l'obbligo di «partecipare ad adeguato livello alla riunione sulla proposizione dell'iniziativa di concertazione; fornire una adeguata informazione scritta delle notizie in possesso; mantenere la riservatezza circa la convocazione dell'incontro; non utilizzare la notizia al fine di modificare la propria situazione in fatto o in diritto verso l'impresa coinvolta dal momento in cui è pervenuta la notizia stessa e fino alla comunicazione delle proprie decisioni». Aggiungendosi inoltre l'obbligo di «favorire la circolazione tra tutti i soggetti interessati delle informazioni di rilevanza ai fini della valutazione ed adesione al piano di risanamento». Si vedano in proposito ancora S. BONFATTI-G. FALCONE, *La concertazione per la soluzione delle crisi di impresa: la "amministrazione bancaria" ed il nuovo codice di comportamento bancario sulla gestione delle crisi aziendali*, in *Dir. banc.*, 2001, I, p. 379; E. GRANATA, *Dall'Abi il via alla concertazione per aiutare le imprese in crisi*, cit., p. 12; A. MUSURACA, *Convenzione bancaria A.B.I. e accordi di ristrutturazione dei debiti nella novellata riforma fallimentare: rischi connessi*, cit., p. 495; P. PELLEGRINELLI, *Procedimento e controllo giurisdizionale nella soluzione negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 36. Del resto, anche nel *London Approach* e nel *First Principle* contenuto nello *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-creditor Workouts* adottati dall'*INSOL Lenders Group*, disponibile al sito *Insol.org*, sebbene la regola sia la riservatezza, si prevede un periodo destinato a permettere a tutti i creditori di raccogliere le notizie disponibili sull'effettivo stato dell'impresa. Si veda in merito S. RONCO, *Soluzioni «contrattate» delle controversie societarie fra nuova disciplina e prospettive di riforma per la crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 383.

³¹ Si osserva come nel su citato *London Approach* la fase di analisi e di stabilizzazione sia riservata e confidenziale, mentre nella fase di vero e proprio risanamento viene garantita una informazione adeguata in particolare ai principali soggetti impegnati nell'operazione di ristrutturazione.

³² Con riferimento all'esercizio dell'azione revocatoria non è infatti stabilita alcuna potestà d'ufficio.

³³ Non a caso il *Chapter XI* del *U.S. Bankruptcy Code* al § 1125 (a) (1) definisce il significato di "adequate information" come «information of a kind, and in sufficient detail, as far as is reasonably practicable in light of the nature and history of the debtor and the condition of the debtor's books and records, that would enable a hypothetical reasonable investor typical of holders of claims or interests of the relevant class to make an informed judgment

obbligare il debitore a negoziare in maniera analoga con tutti i creditori aventi posizione giuridica omogenea, come invece stabilito dall'art. 182-septies l. fall.³⁴.

È acclarato in giurisprudenza come possa concretizzarsi ipotesi di dolo omissivo, con il conseguente annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c., esclusivamente nel caso in cui l'inerzia della parte si innesti nell'ambito di un comportamento diretto specificamente a ingannare con astuzia o malizia, con la necessaria presenza del carattere dell'intenzionalità³⁵. Di conseguenza, qualora il debitore taccia o si dimostri reticente, senza alterare la rappresentazione della realtà del creditore, non si integra un'ipotesi di dolo. In ogni caso si rivela necessaria un'analisi *in casibus* calibrando il principio di buona fede sulle particolarità della fattispecie concreta.

Ipotesi diversa è ovviamente quella in cui un creditore condizioni la propria partecipazione non solo alla partecipazione di un altro creditore, ma all'accettazione da parte di un determinato creditore di una particolare rinnegoziazione della propria posizione giuridica.

Non si deve in ogni caso trascurare che il creditore è comunque tutelato attraverso il deposito e la pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese, che gli consente di avere una piena cognizione dei sacrifici sofferti dagli aderenti, potendo comunque esperire, successivamente all'omologa, il rimedio dell'opposizione³⁶.

about the plan» precisando tuttavia che «adequate information need not include such information about any other possible or proposed plan».

³⁴ Sul punto infatti G. DE NOVA, *Gli interessi in conflitto e il contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 244, e V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 497, affermano il dovere del debitore obbligato da più contratti di analogo contenuto con una pluralità di controparti a trattarle in maniera omogenea senza disparità ingiustificate.

³⁵ Si vedano in merito Cass., 31 maggio 2010, n. 13231, in *Giust. civ.*, 2010, p. 1863; Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1454; Cass., 15 marzo 2005, n. 5549, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 647; Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, *Giur. it.*, 1995, I, p. 998. Del resto, in tema di assicurazione l'art. 1892 c.c. non reputa rilevante ai fini dell'annullabilità del contratto di assicurazione ogni falsità, inesattezza o omissione relativa al rischio riferibile all'assicurato, ma unicamente quella idonea a determinare il consenso dell'assicuratore a contrarre o a contrarre a certe condizioni. Inoltre assume rilevanza anche lo stato soggettivo dell'assicurato il quale deve avere agito con dolo o colpa grave, ovvero con consapevolezza dell'avvenuta reticenza, inesattezza o falsità, e altresì dell'importanza dell'informazione omessa, erronea o falsa. Sul punto cfr. Cass., 31 gennaio 1981, n. 730, in *Mass. Foro it.*, 1981. In dottrina si riscontra la posizione di coloro che affermano la sussistenza del dolo omissivo in presenza della violazione di un dovere di informazione specificamente previsto dalle norme o desumibile dalla regola dell'art. 1337 c.c., si veda sul punto F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, Padova, 2001, p. 89. Si veda inoltre M. FRANZONI, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 324, e C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 384.

³⁶ L'art. 182-bis, comma 2, l. fall. sancisce, come detto, la pubblicazione nel registro delle imprese, del solo accordo di ristrutturazione dei debiti, di conseguenza perché le informazioni rese in tal modo disponibili ai creditori possano reputarsi complete, occorre

La realizzazione di una *par condicio* informativa tra i creditori, derivante dal principio generale di buona fede, non deve quindi essere interpretata come l'obbligo del debitore di comunicare ad ogni singolo creditore ogni dato relativo all'operazione di ristrutturazione, bensì di consentire ad ogni creditore di valutare la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, al pari di quanto previsto dal *Chapter XI* statunitense³⁷.

Con riferimento all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, la novella ha individuato precisi oneri informativi necessari ad assicurare il diritto di partecipazione informata ai creditori e ad ottenere l'omologa giudiziale che determina l'estensione degli effetti esdebitatori nei confronti dei creditori non aderenti.

Infatti – come anticipato – il nuovo art. 182-*septies* l. fall. prevede tra i requisiti ai fini omologatori che «i creditori abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti»³⁸. Con discutibile coerenza, la norma accomuna informazioni che dovrebbero essere fornite durante le trattative – quelle sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore – con altre che *oborto collo* saranno disponibili solo una volta stipulato l'accordo.

Come osservato, in caso di accordi con intermediari finanziari *ex art. 182-septies* l. fall. l'imprenditore deve quindi, pena il diniego dell'omologa dell'accordo, aver preventivamente comunicato in buona fede a tutti i creditori l'avvio delle trattative, mettendoli in condizione di partecipare alle stesse, e ogni fatto idoneo a incidere sulla formazione del contratto (come ad esempio la presenza o meno di garanzie collaterali³⁹) e, una volta concluso l'accordo, notificare ai creditori non aderenti cui chiede l'estensione degli effetti il ricorso e la documentazione richiesta dall'art. 182-*bis* l. fall., dimostrando che tali creditori in base all'accordo otterranno una soddisfazione non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili⁴⁰.

che l'accordo di ristrutturazione recepisca al proprio interno, il “piano di ristrutturazione”, che potrà eventualmente articolarsi a sua volta in un “piano economico finanziario” e in un “piano industriale”.

³⁷ In tal senso dispone il *Chapter XI* del *U.S. Bankruptcy Code* al § 1126 (b) (2).

³⁸ In proposito alle informazioni da fornire alle banche, si vedano le “*Linee-Guida per il Finanziamento alle Imprese in Crisi*”, 2015, cit., disponibili in Unifi.it/nuovodirittofallimentare, Cndcec.it, Assonime.it.

³⁹ Cfr. Trib. Napoli, 30 novembre 2016, in *Il Fall.*, 2017, p. 841, in tema di convenzione di moratoria, secondo cui l'omessa indicazione dell'importo delle garanzie e di qualsiasi informazione sulla consistenza e capienza delle stesse si traduce in una violazione del precetto di buona fede nelle trattative.

⁴⁰ In merito, Trib. Milano, 11 febbraio 2016, in *IlCaso.it*, ha affermato che «Il tribunale ritiene necessario, perché possa riconoscersi la sussistenza di trattative in buona fede, come esplicitato dal quarto comma, lett. b) dell'art. 182-*septies* l. fall., che l'imprenditore proponente abbia fatto presente ai creditori bancari o intermediari finanziari che la proposta si inserisce nell'ambito di un accordo *ex art. 182 septies* l. fall., abbia riferito sullo

Mentre nella tipologia di cui all'art. 182-bis l. fall. l'esercizio dell'opposizione è consentita ai creditori entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari il *dies a quo* per il computo dei trenta giorni entro cui esperire lo stesso rimedio coincide con la notifica personale ai creditori non aderenti del ricorso, comprensivo della documentazione di cui al comma 1 dell'art. 182-bis, l. fall.

In tal modo si tutela maggiormente il diritto dei creditori a ricevere una completa e tempestiva informazione sull'operazione di ristrutturazione, giacché far decorrere il termine dei trenta giorni per proporre opposizione dalla notifica del ricorso, e non già dall'iscrizione nel registro delle imprese dell'accordo, rafforza innegabilmente la tutela del creditore bancario rimasto estraneo assicurandogli una effettiva conoscenza dell'accordo e della completa situazione patrimoniale del debitore.

La previsione di informare i creditori mediante la notifica piuttosto che con la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese si giustifica con l'esigenza di maggior cautela dato che i destinatari dell'informazione potranno subire gli effetti di un accordo cui non hanno aderito. Tuttavia, tale onere informativo maggiormente idoneo a garantire una conoscenza effettiva, dovrebbe essere *a fortiori* previsto nell'ambito dell'art. 182-bis l. fall. in cui l'accordo è stipulato con creditori anche non bancari e dunque certamente non adusi a monitorare i propri debitori, verificando il registro delle imprese.

5. Il dovere di riservatezza

Specularmente ai doveri d'informazione che gravano in capo all'imprenditore, dal principio di buona fede è possibile desumere la sussistenza di doveri di riservatezza a carico dei creditori che ricevono quelle informazioni⁴¹. Infatti, come si è detto, una notizia acquisita può essere adoperata da parte di un singolo creditore, profittando della stasi degli altri creditori impegnati nelle trattative per l'accordo, per tentare il recupero individuale del proprio credito da una posizione di indubbio vantaggio, giacché in ogni caso può sempre aderire successivamente all'accordo.

stato delle trattative con gli altri creditori; infatti, solo l'esplicita informazione durante le trattative circa il tipo di accordo proposto, se *ex art. 182 bis l. fall.* o *ex art. 182 septies l. fall.* e, quindi, sulle diverse ricadute di efficacia sui creditori non aderenti, oltre che sullo stato delle trattative con gli altri creditori bancari, consente al creditore di assumere una consapevole scelta in ordine alla proposta e alle eventuali scelte difensive (opposizione) da adottare». In senso analogo cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2016, in *IlCaso.it*.

⁴¹ Giova ricordare come l'obbligo di confidenzialità sia espressamente posto in capo ai creditori nell'ambito della *conciliation* francese dall'art. L. 611-15, sul quale si veda F. MACORIG-VENIER, *Entreprises en difficulté. Prévention et règlement amiable*, in *Rev. trim. dr. comm.*, p. 835.

La rilevanza della riservatezza è sottolineata in materia concordataria dall'art. 165 l. fall., come novellato dal d.l. n. 83 del 2015, secondo il quale il commissario giudiziale fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, «previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza», le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti e ogni altra informazione rilevante in suo possesso⁴².

In tal senso, si comprende la cautela consigliabile all'imprenditore nella fase embrionale delle trattative, il quale è opportuno che si limiti a rendere note informazioni generiche in relazione alla situazione finanziaria dell'azienda, verificando con i creditori se sussistono le condizioni per operare una ristrutturazione dei rapporti giuridici pendenti.

Il creditore, perciò, non può utilizzare liberamente le informazioni ricevute divulgandole a terzi, con possibili conseguenze pregiudizievoli per l'impresa in crisi, in quanto osta il rispetto del dovere di buona fede oggettiva specificata nella lealtà contrattuale e nell'obbligo di salvaguardia, interpretato come il dovere di non esporre la controparte a ingiustificati sacrifici⁴³.

Di conseguenza, il soggetto che riceve le informazioni dovrà sottostare all'obbligo di riservatezza e sarà tenuto a non diffondere le notizie riservate che ha appreso nel corso delle trattative dall'imprenditore in adempimento al dovere di comunicazione dei fatti rilevanti, sia nel caso in cui le negoziazioni siano sfociate nella stipula di un accordo sia qualora non abbiano avuto un esito positivo. Ciò, del resto, dovendo considerare che il medesimo soggetto potrà trattare i dati della controparte nei limiti della finalità di esecuzione del contratto nonché delle finalità paracontrattuali (eventuale comunicazione a soggetti terzi per finalità di recupero del credito), sottostando comunque a quanto prescritto dall'art. 23 del d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy).

Il creditore, tuttavia, ha ovviamente facoltà di adoperare le informazioni di cui è venuto a conoscenza nella fase esecutiva del contratto, potendo sospendere l'esecuzione della propria prestazione, agire chiedendo l'adempimento dell'obbligazione del debitore, ovvero spingersi fino a domandare la declaratoria di fallimento.

Generalmente nella prima comunicazione inviata ai creditori l'imprenditore, oltre a manifestare l'intento di ristrutturare i propri debiti, chiede lo-

⁴² In proposito, la relazione a tale d.l. precisa che «al fine di evitare che le manifestazioni di interesse possano essere presentate in via strumentale, con l'intento di acquisire informazioni utili alla successiva presentazione di una proposta di concordato fallimentare, si prevede che il creditore cui sia riconosciuta la possibilità di visionare la documentazione dell'impresa in crisi sia soggetto alle stesse limitazioni previste per la presentazione di una proposta di concordato fallimentare da parte del debitore o di un soggetto a esso legato ex articolo 124, primo comma. In sostanza, si evita così che il creditore possa avere un incentivo rilevante a non presentare la propria proposta al fine di farlo soltanto in un momento successivo, dopo l'avvenuto fallimento dell'impresa».

⁴³ Sul punto si veda *ex multis* C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 2000, p. 162 e F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 42.

ro di specificare l'importo del loro credito, invitandoli a non intralciare per un determinato periodo di tempo, con iniziative individuali, il tentativo di risanamento. È evidente che se il creditore risponde precisando l'ammontare del proprio credito, senza porre alcuna riserva, genera nell'imprenditore in crisi il legittimo affidamento sulla sussistenza di una disponibilità ad avviare, per lo meno, le trattative tese all'operazione di ristrutturazione.

Avendo riguardo al contesto concreto in cui si muovono le parti, l'accettazione tacita della richiesta di concessione di un lasso temporale senza azioni esecutive o cautelari, potrebbe integrare la conclusione di un *pactum de non petendo*⁴⁴. In tal caso, l'utilizzo da parte del creditore delle informazioni riservate, ottenute palesando l'intenzione di intavolare le trattative con l'imprenditore, per agire invece esecutivamente o financo allo scopo di domandarne il fallimento, risulterà maggiormente contrastante con il dovere di buona fede *in contrahendo*, con la conseguente, benché temporanea, inesigibilità del credito oggetto dell'azione creditoria. Quindi, sarà preclusa al creditore la possibilità di ottenere l'emissione di decreti ingiuntivi, l'azione di adempimento nella misura stabilita, e inoltre l'accertamento dell'insolvenza, mentre per l'imprenditore in crisi rimarrà immutata l'efficacia estintiva dell'eventuale adempimento spontaneo *ultra reductionem*⁴⁵.

6. Individuazione dei rimedi nella fase delle negoziazioni

6.1. Soluzioni rimediali, abuso del diritto e contrarietà a buona fede

Quid iuris nel caso in cui l'imprenditore in crisi non abbia ottemperato al suddetto obbligo informativo o abbia intrattenuto i creditori in una trattativa svolta a fini puramente dilatori, ovvero, dall'altra parte, nell'ipotesi in cui il creditore non abbia rispettato l'obbligo di riservatezza o abbia ritardato o impedito anche a danno di altri creditori una soluzione negoziata della crisi, violando dunque il principio di buona fede?

Occorre dunque individuare i rimedi, reali o obbligatori, cui può fare ricorso il creditore che dopo aver aderito al contratto di ristrutturazione, scopra che l'imprenditore in crisi abbia posto in essere comportamenti caratterizzati da una valenza decettiva e dunque capaci di pregiudicare l'espressione di un consenso informato. Ad esempio possono assumere tale rilevanza l'omissione da parte del debitore di determinate informazioni (relativa all'esistenza di parte dell'attivo) o la falsità di altre (quale l'aumento artificioso del passivo) idonee ad ingannare il creditore sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione o capaci di far apparire la proposta

⁴⁴ Prospetta tale ipotesi L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, cit., p. 178.

⁴⁵ Si vedano in merito le osservazioni di M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 352.

maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare.

Nell'armamentario classico del diritto civile le alternative si articolano in una tutela massima invalidatoria, utile a perseguire l'effettività dell'ordine pubblico economico, ed una tutela minima di tipo risarcitorio, volta a mantenere il trasferimento patrimoniale offrendo il ristoro del pregiudizio economico subito⁴⁶.

Abbandonata la prospettiva ordoliberalale che assegnava alle categorie tradizionali un valore logico, riconoscendole come finalizzate ad ottemperare ad una funzione ermeneutica più che deontologica del contratto – da cui deriva un angusto spazio interpretativo per il giudice ed uno scarso potere d'intervento nel contenuto contrattuale⁴⁷ – l'indirizzo antiformalistico affermatosi punta, invece, a ricostruire il sistema del diritto privato patrimoniale attraverso paradigmi assiologici, quali la proporzionalità, l'abuso o la giustizia del contratto, che in assenza di criteri concretizzanti rischiano di sublimare⁴⁸.

Innervata nella prassi sociale e raccolta dall'ordinamento nella forma di clausola generale, la buona fede costituisce lo *standard* valutativo delle condotte⁴⁹ ovvero il filtro di giudizio per discriminare nel caso concreto l'abuso

⁴⁶ Giova ricordare la dicotomia, elaborata dalla dottrina transalpina (G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Parigi, 1963, *passim*), tra ordine pubblico economico di direzione, relativo al corretto funzionamento del mercato, e ordine pubblico economico di protezione, afferente alla tutela della parte debole dall'imposizione di condizioni sperequate. Da tale distinzione si faceva derivare il rimedio della nullità assoluta in caso di contrarietà alle regole sulla libera circolazione dei beni, prevedendo invece la nullità relativa per la violazione della libertà contrattuale. Si vedano in merito L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, cit., p. 720.

⁴⁷ Per un approfondimento in merito a tale dibattito si rinvia a R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978; A. NEGRI, *Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 51; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21; Id., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 53.

⁴⁸ Nel nuovo diritto delle invalidità contrattuali al paradigma astratto e monolitico che tradizionalmente circoscrive la sua attenzione alla "fattispecie" contrattuale, si sono affiancate forme di nullità testuali di protezione, ipotesi catalogabili come nullità virtuali di protezione, ovvero fattispecie in cui la nullità opera anche in assenza di un'indicazione espressa. Rappresentano queste le c.d. "nullità di nuova specie" in cui oltre a prevedere la riserva di legittimazione solamente in capo al contraente protetto, si stabilisce la parzialità necessaria dell'invalidità. Si vedano in merito A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 152; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazione sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, *passim*.

⁴⁹ La buona fede è dunque criterio di valutazione della condotta di attuazione del vincolo obbligatorio ovvero di esecuzione del rapporto contrattuale. Si vedano in proposito U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pp. 17-27, 37-44; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 154; Id., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, cit., p. 71; Id., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 190; Id., *L'interpretazione del contratto*, in P. SCHELSINGER (a cura di),

del diritto⁵⁰. Questo, infatti, muovendo dal contrasto non con le regole ma con i principi di un dato sistema giuridico, consiste nell'esercizio concreto da parte del titolare del diritto volto ad appropriarsi di «utilità diverse ed ulteriori»⁵¹ rispetto a quelle che l'ordinamento pretende assegnargli in astratto, in modo da ledere un diritto altrui⁵².

Il medesimo abuso si riscontra nel comportamento del creditore che viola l'affidamento che ha prodotto nell'imprenditore sulla disponibilità a tentare un'operazione di risanamento del debito⁵³.

Commentario al codice civile, Milano, 1991, p. 208; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 85; ID., *Le obbligazioni*, cit., p. 361; ID., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato* 1997. III. *L'abuso del diritto*, Padova, 1997, p. 11; F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 179; ID., *Il danno non iure e l'abuso del diritto*, in *Diritto civile*, Trattato diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il diritto*, Milano, 2009, p. 263; V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, p. 300.

⁵⁰ L'abuso del diritto ha avuto tradizionalmente la funzione di "cavallo di Troia", la cui utilità è vista in funzione correttiva dell'ambito delle regole giuridiche permissive destinate al titolare di un determinato diritto soggettivo in quanto tale, nell'ipotesi in cui l'applicabilità delle norme si dilati fino a comprendere casi nei quali l'esito finale e concreto si riveli ingiustificato alla luce dei principi giuridici. Si veda in merito U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18. In numerose pronunce giurisprudenziali si afferma che l'abuso del diritto consiste nel contegno di colui che esercita il diritto per uno scopo diverso da quello che è preordinato dalla legge o dal contratto o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui, così *ex multis* Cass., 5 aprile 2016, n. 6561, in *DeJure.it*; Cass., 31 luglio 2015, n. 16213, *ivi*; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2009, n. 20106, in *Giur. comm.*, 2011, 2, II, p. 286, con nota di M. BARCELLONA. Invece la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede all'art. 54 che «nessuno può esercitare un diritto o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciute e può imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella Carta».

⁵¹ Sul punto si veda G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 19.

⁵² In proposito si rinvia all'analisi di M. ATIENZA-J. R. MANERO, *Illecito atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004. Si vedano, in merito, le relazioni tenute in occasione del dibattito svolto a Palermo sul precedente volume in ordine al quale sia consentito segnalare F.D. BUSNELLI, «*Illeciti atipici*» e il dibattito su regole e principi; C. CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico?*; CORSO, *Gli illeciti atipici tra regole e principi*, tutti in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 1019. Sulla possibile riconduzione della figura dell'abuso alla teoria dell'illecito cfr. F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 171; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 11; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 68; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, pp. 15 e 18 ove si colloca sistematicamente l'abuso nella clausola generale di ingiustizia del danno.

⁵³ Infatti, la correttezza è un fondamentale criterio di giudizio dei comportamenti, «ma non basta mai a far sorgere l'obbligazione risarcitoria, poiché occorre anche provare che la condotta scorretta abbia leso un affidamento, cioè uno specifico interesse giuridico proiettato verso la conclusione del contratto» (in tal senso, E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Dirit-*

L'abuso quindi non è più individuato nel profilo interno del contenuto del programma negoziale, bensì inquadrato nell'ampia prospettiva caratterizzata dall'«asimmetria di potere contrattuale»⁵⁴ che comprende le relazioni oggettive conseguenti agli sviluppi dell'iniziativa economica⁵⁵. Esso si svincola dal legame con il diritto soggettivo per presentarsi come abuso di potere economico-informativo.

Il giudizio di abusività tende dunque a tradursi in una articolata valutazione nel caso concreto dell'equilibrio fissato dall'autonomia privata, ovvero dei diritti e doveri che caratterizzano l'esercizio e la struttura dei poteri delle parti, in modo da preferire l'interesse giudicato *ex post* meritevole di tutela⁵⁶. L'indagine deve quindi essere svolta avendo riguardo non solo alla fattispecie contrattuale ma anche al profilo esterno, ovvero alle circostanze che partecipano in varia misura alla composizione dell'assetto di interessi, verificando in concreto la rispondenza delle condotte dei creditori e dell'imprenditore in crisi al modello astratto di riferimento.

In ambito domestico, le conseguenze del mancato rispetto del principio di buona fede hanno suscitato un ampio dibattito cui hanno preso parte – per riprendere la scansione dei fattori normativi proposta da illuminata dottrina – sia il formante dottrinario sia quello giurisprudenziale oltre a quello legislativo⁵⁷. Il *punctum pruriens* della questione è l'ipotetica configurazione della nullità per contrarietà a norme imperative in seguito alla violazione della buona fede quale nullità virtuale: si tratterebbe di un'invalidità scaturiente da una ricostruzione ermeneutica che collega il contratto con gli scopi

to civile, Trattato diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il diritto*, Milano, 2009, p. 224.

⁵⁴ Tale espressione sistematica è proposta da V. ROPPO, in *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 775.

⁵⁵ Per l'analisi del problema dell'abuso del diritto ed i suoi rapporti con la buona fede si rinvia su tutti a U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 5; F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., p. 179; ID., *Il danno non iure e l'abuso del diritto*, cit., p. 263; V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, cit., p. 300; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNIERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 281; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 26; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. Si vedano inoltre i recenti contributi F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 556; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto* (nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), in *Contratti*, 2010, p. 11.

⁵⁶ Si veda in merito D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 5; M. COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2444; G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 255, il quale parla di «processo di oggettivazione dell'abuso».

⁵⁷ Si veda in merito a tale terminologia R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (diretto da) *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1992, p. 43.

perseguiti dal precetto trasgredito, la quale come ogni attività interpretativa è soggetta ad inevitabili oscillazioni casistiche⁵⁸.

Tale tipologia rimediale travalica la tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: là dove la violazione delle prime, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, dà luogo ad una tutela obbligatoria e può esser causa di risoluzione del contratto, mentre la violazione delle seconde incide sulla genesi dell'atto negoziale, provocandone la nullità.

Il dibattito ha visto emergere posizioni che identificavano una clausola di buona fede "tricefala" che assumerebbe sia la valenza di norma imperativa ai fini della declaratoria di nullità, sia veste di criterio valutativo della condotta, sia, infine, il ruolo di parametro valutativo *a posteriori* del regolamento negoziale a cui far seguire al pari la nullità⁵⁹.

In dottrina, in particolare, si segnalano due autorevoli sforzi volti a oltrepassare la tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di condotta⁶⁰, la prima in maniera diretta, la seconda in via indiretta, agendo entrambi sul piano dei vizi del consenso.

È noto il tentativo, pur suggestivo, di allargare l'ambito rilevante dei vizi

⁵⁸ Già nella vigenza del precedente codice era presente la posizione secondo la quale l'accertamento della nullità del contratto potesse anche derivare, in assenza di esplicita previsione legislativa, dalla ricostruzione ermeneutica dell'interprete, superando l'antico principio *pas nullité sans texte*. Cfr. sul punto F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, p. 23.

⁵⁹ Sostengono la buona fede come metro capace di intaccare anche la legittimità dell'atto F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 670; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 27. Si veda sul tema in generale E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 1108; A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 435. A monte di tale tentativo di superamento delle tradizionali "colonne d'Ercole" della distinzione tra regole di condotta e regole di responsabilità si pone quel presunto "solidarismo contrattuale" che autorizzerebbe l'interprete a superare i limiti di rilevanza delle fattispecie invalidatorie e risarcitorie, dando la stura all'interventismo giudiziale sul contenuto del contratto, per cui si rinvia alle riflessioni di F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 543; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

⁶⁰ La discrasia tra regole di validità e di condotta non viene vulnerata dalla dimensione di *soft law* europea laddove, per citare il *Draft Common Frame of Reference*, la regolamentazione delle cause di invalidità del contratto non fa alcun cenno alla buona fede. Si concede inoltre ampia libertà di manovra al potere giudiziario laddove all'art. II. – 7:302 si riconosce al giudice facoltà di scelta, quando la norma imperativa non prescriva espressamente gli effetti di una violazione sulla validità dell'atto, tra dichiarare il contratto valido, annullarlo in tutto o in parte con effetti retroattivi, oppure modificare il negozio o i suoi effetti; precisando che la decisione pretoria deve comunque essere la risposta appropriata e proporzionale alla violazione, avuto riguardo a tutte le circostanze della fattispecie concreta.

del volere individuando nell'art. 1337 c.c. il principio generale cui fare riferimento per tutti i casi di scorrettezze a livello decisionale, in modo da colmare le lacune lasciate dal sistema delle regole d'invalidità⁶¹.

Tuttavia, l'opzione in favore delle regole procedimentali seguite nella contrattazione, e ispirate al primato ottocentesco della volontà, si scontra con la perdita della centralità di questa quale requisito rivelatore di un'anomalia del contratto e con la senescenza di una prospettiva astratta del soggetto di diritto, a vantaggio di un'attenzione al dato concreto e alle condizioni socio-materiali delle parti.

Tale soluzione trova ostacolo, inoltre, nel *numerus clausus* dei vizi del volere, impermeabili ad una valutazione *ex fide bona*⁶², stante anche l'eterogeneità delle discipline, laddove sovente la scorrettezza precontrattuale viene in rilievo indipendentemente dall'equilibrio contrattuale e viceversa (ad esempio, in caso di violenza da parte di un terzo all'insaputa della controparte), e sussiste a prescindere dalla presenza di un pregiudizio.

Del resto, mentre la disciplina dei vizi del consenso è principalmente diretta a colpire contratti con asimmetrie sul piano microeconomico, in cui rilevano disparità occasionali, la responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1337 c.c. si presta a coinvolgere anche contratti con squilibri strutturali. Di conseguenza, si ravviserebbe la necessità di individuare una tutela rimediale non rimessa alla disponibilità delle parti in quanto rivolta anche al mercato⁶³.

Una differente ipotesi, muovendo dall'art. 1440 c.c. esteso oltre il dolo incidente tramite la connessione sistematica con l'art. 1337 c.c., collega invece alla trasgressione della regola di correttezza precontrattuale il risarcimento per equivalente volto a correggere il regolamento contrattuale sul

⁶¹ La portata dell'art. 1337 c.c. permetterebbe infatti di utilizzare al contempo il criterio di preliminarizzare riprovazione della condotta nella fase delle precontrattuali in ossequio alle norme costituzionali e di regolamentazione eteronoma, e altresì di recepire, all'interno di quella cornice, le specifiche regole di condotta. Si veda in merito R. SACCO, *Il contratto*, II, Torino, 2004, p. 482; ID., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto Privato*, III, 1997, p. 217; ID., *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi e la regola unica preterlegale*, in L. CABELLA PISU-L. NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 257. La buona fede in tal caso opererebbe apparentemente come regola di condotta, ma poiché allo squilibrio si reagirebbe con il risarcimento in forma specifica da cui deriverebbe la caducazione del contratto o la sua correzione, si priverebbero surrettiziamente di operatività le regole di invalidità, in quanto per mezzo della tutela *ex art.* 2058 c.c. si otterrebbero gli stessi effetti dell'annullamento.

⁶² Sul punto si rinvia alle osservazioni di G. D'AMICO, «*Regole di validità*» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 56; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37.

⁶³ Per la rilevanza e l'utilità della distinzione tra tipologie di squilibri a livello macroeconomico e microeconomico si veda E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 418. In argomento si veda anche A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 456.

piano economico in modo da renderlo conforme alle condizioni che sarebbero state sussistenti in assenza di disparità⁶⁴.

In tale orientamento, tuttavia, si osserva come l'obbligo restitutorio compreso nell'annullamento, al pari della riconduzione ad equità e la rettifica, siano assorbiti nel risarcimento per equivalente, in quanto gli esiti pratici del risarcimento conducono in via mediata ai medesimi risultati dei rimedi suddetti tendenti a conseguire gli effetti del contratto qualora fosse stato concluso in condizioni di equilibrio⁶⁵.

Il formante giurisprudenziale ha giocato un ruolo di rilievo, dapprima con due pronunce in tema di voto espresso in mala fede da un socio di maggioranza e di *leasing* in relazione alla clausola di traslazione del rischio in capo all'utilizzatore⁶⁶. Tali decisioni hanno fornito una timida sponda a chi affermava la possibilità di far scaturire dalla mera violazione della regola di buona fede la nullità del contratto, la quale poteva ammantarsi di sostegni della giurisprudenza di legittimità⁶⁷.

Le Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 2007⁶⁸ hanno tuttavia affermato che la violazione dei doveri d'informazione e di corretta esecuzione delle pre-

⁶⁴ Si tratta della conosciuta tesi dei c.d. "vizi incompleti" elaborata da M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995. Si veda in proposito anche F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 5; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 700.

⁶⁵ Riscontra l'effettiva elusione da parte del suddetto indirizzo delle norme sulla validità G. D'AMICO, «*Regole di validità*» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., p. 248). Sulla sostanziale funzione correttiva della condanna al risarcimento si veda l'analisi di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 18.

⁶⁶ Si tratta rispettivamente della sentenza della Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329, che ha dichiarato nulla la delibera in cui l'art. 1375 assume una funzione integrativa della regola dell'invalidità dell'atto collegiale per contrarietà alla legge o allo statuto; e alla pronuncia in tema di *leasing* di cui alla Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3081 (confermata poi dalla Cass., 6 giugno 2002, n. 8222, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2003, I, p. 435, e da Cass., 28 giugno 2007, n. 20592, *ivi*, 2008, p. 358). In tale sentenza, dove esclusivamente la massima parla esplicitamente di nullità per contrarietà a buona fede, si osserva come quest'ultima sia utilizzata dal giudice non in funzione correttiva e modificativa del contratto, bensì repressiva e sanzionatoria attraverso lo strumento della nullità virtuale, collocandosi però all'interno di un piano di ripartizione dei rischi subalterno all'individuazione sia della struttura come operazione economica unitaria, sia della causa concreta nell'interesse dell'utilizzatore al godimento del bene. In proposito si vedano le osservazioni di G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 234, e M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 181.

⁶⁷ Il riferimento è qui a F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 418; E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 647; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 501.

⁶⁸ Cfr. alle Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 (che confermano la precedente Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 897) commentate *ex pluribus* da A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393.

stazioni, ove espressamente previsti dalla legge, può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, qualora tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Dalla medesima violazione, invece, può conseguire una responsabilità contrattuale, ed eventualmente la risoluzione dello stesso contratto, in presenza di violazioni riguardanti le operazioni compiute in esecuzione del contratto. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei doveri di informazione può però determinare la nullità del contratto o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.

Pertanto, secondo le Sezioni Unite, la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo sia in ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative, sia qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche qualora il contratto concluso sia pienamente valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto. In tal caso il risarcimento del danno dovrà essere parametrato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto in seguito al comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni collegati a detto comportamento da un rapporto consequenziale e diretto.

6.2. *L'identificazione del rimedio funzionale*

In assenza di esplicita previsione del legislatore – il quale si limita all'indicazione di un obbligo di comportamento – ai fini dell'individuazione del rimedio più coerente rispetto al sistema e più efficiente per la soluzione socio-economica, l'interprete deve analizzare la fattispecie indagando l'interesse in concreto perseguito dalla norma e la *ratio* dell'obbligo imposto, in modo da verificare la congruità tra il mezzo di tutela, le esigenze di protezione e la fattispecie nella sua dimensione funzionale⁶⁹.

Come emerge dalle cennate sentenze delle Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 2007, in diversi settori della frammentata legislazione speciale, tra norme di validità e norme di comportamento sempre più si assottigliano le distinzioni, che tendono addirittura a scomparire, osservandosi un fenomeno di «trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto». In accordo con una concezione che assegna alla buona fede la funzione del *corrigere*, presente già nel diritto pretorio romano⁷⁰, la

⁶⁹ In argomento si vedano le osservazioni di V. ROPPO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 89; G. VETTORI, *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obbl. e contr.*, 1, 2005, p. 11; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 43.

⁷⁰ Celebre la definizione di Papiniano dell'«*aequitas constituta*» che per il celebre giuri-

scelta del rimedio tra nullità (speciale) e risarcimento andrà operata secondo un criterio funzionale in modo da fornire la tutela più adeguata⁷¹: per fare ciò si dovrà raffrontare dinamicamente il risultato programmato dai contraenti e l'insieme delle condotte formative ed esecutive, con la finalità del precetto violato alla luce dell'interesse protetto⁷².

Sarebbe infatti sicuramente eccessiva la declaratoria di nullità nel caso in cui l'adulterazione del contratto per omessa o incompleta informazione non sia grave o non abbia comportato in concreto un pregiudizio (ad es. nell'art. 67-*septies decies*, comma 4, cod. consumo si parla di violazione idonea ad alterare "*in modo significativo*" la rappresentazione delle caratteristiche del contratto). Di conseguenza, la buona fede sarà altresì adatta a fungere da "filtro rimediale", misurando la significatività della inosservanza dell'obbligo al pari di quanto accade nella valutazione, ai sensi dell'art. 1455 c.c., di gravità dell'inadempimento.

Considerando il *favor* legislativo per il risanamento dell'impresa, nel caso in cui in un accordo di ristrutturazione l'imprenditore non rispettasse il dovere di informare i creditori, rendendoli edotti della propria situazione economico-finanziaria, risulterebbe certamente sproporzionato comminare la nullità. L'inadeguatezza del rimedio si paleserebbe specialmente nella fattispecie in cui il *quid* informativo sottaciuto non risulti grave o distorsivo, con la conseguenza che lo stesso creditore come gli altri creditori, in caso di collegamento negoziale o di contratto plurilaterale, sarebbero costretti a resti-

sta è «*quod pretore introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*», riportata da N. COVIELLO, in *Dell'equità né contratti (dagli Studi Napoletani del 15 e 31 dicembre 1865)*, Napoli, 1896, p. 5. Sulle funzioni della buona fede si veda F.D. BUSNELLI, in *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537 e F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

⁷¹ A tal proposito si nota che il rimedio risarcitorio, il quale ha funzione "sostitutiva" dell'annullamento come sostiene ancora G. D'AMICO, «*Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*», cit., p. 119, permette di adattare la tutela del contraente debole alla concreta dimensione del danno patito, potendo comprendere nella valutazione del pregiudizio anche l'eventuale concorso del comportamento colposo del danneggiato ovvero l'evitabilità del danno, come rimarcano A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107, e V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599.

⁷² Infatti, la Suprema Corte, nella decisione a Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26725, cit., ha osservato che l'area delle «norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto (art. 1418, comma 1, c.c.) è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo». In essa sono incluse anche «le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto». Aggiungendo che «pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista». Si veda in merito E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 260.

tuire la prestazione ricevuta o a rinunciare a quella promessa loro⁷³.

A *fortiori*, nell'ipotesi in cui il creditore dovesse divulgare le notizie riservate acquisite sullo stato patrimoniale dell'imprenditore, qualora si comminasse la nullità il rimedio risulterebbe chiaramente, come il re invocato dalle rane di Esopo, peggiore del male, con un deleterio "effetto boomerang" per lo stesso debitore⁷⁴.

Infatti, il mezzo di tutela dell'invalidità comprometterebbe, magari definitivamente, il tentativo di risanamento dell'impresa a fronte della divulgazione di una informazione non rilevante. Al contrario, si rivela rimedio più congruo all'assetto di interessi in gioco il risarcimento del danno.

In proposito, giova rammentare come in un rilevante arresto la Cassazione abbia ribadito la funzione della responsabilità precontrattuale in ordine ai doveri di informazione, affermando che l'obbligo risarcitorio per violazione della buona fede, a prescindere dalla conclusione e dalla validità stessa del contratto, fa parte oramai del diritto vivente in coerenza anche con «i principi attestati in ambito europeo» (art. 2.301, comma 2, dei PECL)⁷⁵.

Il soggetto danneggiato dalla violazione degli obblighi relativi al comportamento delle parti durante le trattative – dovere informativo dell'imprenditore ovvero dovere di riservatezza dei creditori – dovrà, pertanto, avere ristoro indipendentemente dalla validità dell'accordo. Risulta, infatti, oramai acclarata la compatibilità tra responsabilità precontrattuale e contratto valido⁷⁶, al pari del superamento dell'antica dicotomia tra attività attinenti alle

⁷³ In merito si rinvia alle considerazioni espresse da S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1041; S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 567; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

⁷⁴ Del resto, la legislazione nazionale in merito di tutela del contraente debole e le direttive comunitarie mirano sempre più a tutelare non tanto l'autenticità della scelta contrattuale, bensì l'interesse generale alla costituzione ed efficienza del mercato unico, il quale può essere pregiudicato da operazioni economiche riferibili a classi di contraenti in stato di inferiore *bargaining power* rispetto alla controparte. In tal modo si spiega la predilezione per rimedi manutentivi e correttivi quali le nullità parziali, l'inefficacia di singole clausole, l'integrazione del contenuto, l'imposizione di un contenuto essenziale, i quali al tradizionale carattere invalidante privilegiano il fine preventivo e conservativo del contratto, evitando "l'eterogenesi dei fini rimediale" per cui con le demolizioni assolute si rischia spesso di pregiudicare proprio l'interesse dello stesso soggetto debole che si voleva salvaguardare. Come afferma A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 200, in tale contesto l'annullabilità «si trasforma nel diritto di ripensamento, esercitabile nei termini temporali (del tutto convenzionali) in cui si può presumere che (il soggetto debole *n.d.a.*) abbia recuperato miglior capacità di giudizio». Si vedano in merito anche V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 202.

⁷⁵ Così, Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 6, p. 892.

⁷⁶ Esplicitamente sul punto si veda Cass., 23 marzo 2016, n. 5762, in *DeJure.it*, secondo la quale «la regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può

trattative, volte alla composizione del contenuto del contratto, e attività rinconducibili al perfezionamento dell'accordo inteso come fattispecie negoziale. Tale superamento appare ancora più evidente con riferimento alla figura degli accordi di ristrutturazione, che costituisce un contratto a formazione progressiva⁷⁷.

Del resto, numerosi interventi del formante legislativo, a partire dagli anni novanta, hanno visto il sindacato giudiziale alla luce della buona fede oggettiva pervadere il regolamento contrattuale. Le ipotesi di squilibri contrattuali in numerosi interventi settoriali prevedono un controllo giudiziale esteso alle condotte realizzate nella fase di formazione del contratto e successivamente cristallizzate in clausole contrarie a buona fede.

Si fa infatti riferimento all'abuso di posizione dominante in ambito *anti-trust* che si concretizza nell'imporre condizioni contrattuali "*ingiustificatamente gravose*" (art. 3, l. n. 287/1990), ovvero alla sindacabilità del "*significa-*

essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altro comportamento scorretto (v. Cass. n. 24795/2008). Sulla base di questo innovativo e condivisibile orientamento, questa Corte ha ritenuto che l'azione di risarcimento danni ex art. 2043 c.c. per la lesione della libertà negoziale sia esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali (v. Cass. n. 21255/2013). Pertanto, la circostanza che il contratto sia stato validamente concluso non è di per sé decisiva per escludere la responsabilità della parte, qualora a questa sia imputabile – all'esito di un accertamento di fatto che è rimesso al giudice di rinvio – l'omissione di informazioni rilevanti nel corso delle trattative, le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contenuto del contratto». Analogamente, cfr. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, I, p. 897, con nota di E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*. Si vedano in merito altresì le riflessioni di V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25; V. MONTANI, *Responsabilità precontrattuale e abbandono ingiustificato delle trattative: un rapporto da genus a species*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1103; e E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1108.

⁷⁷ Lo iato, la cui sussistenza era stata sostenuta da G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 2, tra trattative e formazione ovvero tra fase precontrattuale e fase contrattuale, è superato da molti lustri come si evince dalle analisi di G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 189; E. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 7; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1974, p. 41; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 566.

tivo *squilibrio dei diritti e degli obblighi*" nei contratti dei consumatori (art. 33, comma 1, cod. consumo). Tali indici, in caso di abuso dello stato di "*dipendenza economica*" di un'impresa su un'altra, mutano in "*eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*", che può consistere nell'imposizione di condizioni contrattuali "*ingiustificatamente gravose o discriminatorie*" (art. 9, comma 1 e 2, l. n. 192/1998)⁷⁸.

L'invalidità, vista come strumento di governo del regolamento contrattuale⁷⁹, dunque, non ha una efficacia sanante della condotta scorretta ma si presenta quale rimedio manutentivo volto a colpire quei casi in cui il contratto non combaci con il modello di perfezione funzionale e strutturale, ovvero risulti difforme con interessi ritenuti inderogabili dal legislatore⁸⁰.

Di conseguenza, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione la nullità virtuale opererebbe unicamente nel caso in cui ad essere antinomico con interessi considerati inderogabili dal legislatore sia una regola prevista dal contratto stipulato tra l'imprenditore ed il creditore, non una condotta tenu-

⁷⁸ Sull'interpretazione del concetto di abuso di dipendenza economica si rinvia alle osservazioni di G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 449, e L.C. NATALI, *La subfornitura*, in G. CASSANO (a cura di), *I nuovi contratti*, Milano, 2006, p. 207. Si ricorda inoltre il contratto usurario laddove si considerano i vantaggi o compensi *sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità* in presenza di *condizioni di difficoltà economica e finanziaria* (l'usurarietà è fatta derivare da un semplice calcolo aritmetico). Nella normativa in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali si commina la nullità del patto che, per una qualunque circostanza, risulti *gravemente iniquo* in danno del creditore (così l'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 231/2002, di attuazione della dir. 2000/35/CE).

⁷⁹ Si veda in merito V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, p. 498, il quale osserva che «la nullità europea si atteggia fondamentalmente come nullità *funzione*, come nullità cioè che è e sta in diretto e immediato rapporto di congruenza e di corrispondenza con un determinato assetto di interessi, in ragione della natura degli stessi, della specifica posizione delle parti, dei beni e servizi negoziati».

⁸⁰ Si ricorda in proposito la dimensione del diritto privato europeo, in particolare all'art. 3.10 dei Principi *Unidroit* e all'art. II – 7:207 del *Draft Common Frame of Reference*, laddove, come afferma U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: rimedi*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 241, si evidenzia «uno spostamento di attenzione dalle opzioni dogmatiche [...] al piano delle conseguenze in termini di modulazione dell'efficacia e dell'inefficacia contrattuale». Entrambi infatti contemplano come sanzione alla sproporzione l'invalidità del contratto o di sue singole clausole e, in alternativa, la correzione del contratto ad opera del giudice in modo da *renderlo conforme* ovvero *metterlo in armonia* con il principio di buona fede, prevedendo l'innovazione della bilateralità dell'iniziativa modificativa cui sono quindi legittimate entrambe le parti. Risultano palesi i vantaggi di tale costruzione laddove, omettendo il riferimento a rigidi presupposti soggettivi e oggettivi, si rende inefficace il contratto senza attendere la sentenza del giudice, il quale tuttavia interverrebbe su richiesta di un contraente adattando il regolamento secondo il parametro della correttezza. Le suddette disposizioni si dimostrano dunque innovative laddove, senza dichiarare la nullità per contrarietà all'ordine pubblico generale, si distaccano anche dalla tradizionale annullabilità per i vizi del consenso, optando per un rimedio funzionale in senso manutentivo del contratto non più sperequato, a difesa di un interesse ritenuto indisponibile.

ta precedentemente o in occasione dell'esecuzione contrattuale. Tale comportamento inadempiente sarebbe invece sanzionato con la nullità per contrarietà all'art. 1337 c.c. solamente se l'invalidità discendesse da una clausola negoziale⁸¹.

Si confermerebbe, quindi, la distinzione tra regole di validità e di comportamento quale espressione del principio di legalità che vieta di comminare giudizialmente la nullità del contratto in violazione di una clausola generale di comportamento⁸².

L'adozione di una prospettiva rimediale funzionale, che si modella anche sulla considerazione degli interessi particolari coinvolti, sia nella scelta del rimedio sia nell'operatività della tutela, apre dunque all'applicazione, anche nel nostro ordinamento, della formula transalpina *pas de nullité sans grief*. Di conseguenza, l'assenza di un danno economicamente apprezzabile alla parte del negozio la cui volontà sia stata inficiata farebbe venir meno il presupposto per la comminatoria di nullità⁸³.

Ovviamente, ipotesi differente è quella in cui il creditore che partecipa

⁸¹ Sul punto si invitano a leggere le illuminanti pagine di L. BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in AA.VV., *Scritti in onore di Barillaro*, Milano, 1982, p. 135. Si veda G. VETTORI, *Le asimmetrie formative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 246; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, cit., p. 522.

⁸² In argomento si veda ancora S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, cit., p. 1041; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, ivi, 2009, p. 737. Tale posizione è confermata dall'esame di alcune previsioni normative, apparentemente ritenute indizi del superamento della linea di demarcazione tra regole di validità e regole di comportamento, racchiudibili in due gruppi distinti. Da un lato si distinguono alcune sporadiche disposizioni, quali l'art. 2 d.lgs. n. 122/2005, ovvero l'art. 100-bis T.U.F., o ancora l'art. 67-septies decies, comma 4, cod. consumo, in cui si sanzionano con nullità testuali la violazione di regole di comportamento, quali gli obblighi di informazione, laddove dunque l'invalidità è rimessa ad una valutazione di buona fede effettuata a monte dallo stesso legislatore, che isola puntuali e specifiche condotte alla cui violazione connette una nullità anche qualora, in deroga ai primi due commi dell'art. 1418 c.c., si tuteli la libera formazione della volontà: è evidente che tali ipotesi siano riconducibili al comma 3 dell'art. 1418 c.c. Dall'altro si osservano invece le fattispecie di nullità previste come rimedio alle condotte abusive nelle ipotesi di asimmetria di potere negoziale a livello macroeconomico, laddove lo squilibrio emerge anche dal contenuto regolamentare del contratto, quali le già menzionate norme sull'abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 192/1998), in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali tra imprenditori (art. 7, d.lgs. n. 231/2002), in ipotesi di intese restrittive della concorrenza o abuso di posizione dominante (artt. 2 e 3, l. 287/1990) ovvero relative alle clausole vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 36 cod. consumo. Per una visione sistematica delle suddette ipotesi si rinvia su tutti all'analisi di G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 755.

⁸³ Sull'espressione di conio francese di origine processualistica si veda J. BAUCHARD, *Originalité et difficulté d'application de la théorie des nullités des actes de procédure dans le proces civil*, in M. BOUDOT-P. M. VECCHI (a cura di), *La théorie des nullités. Etudes réunies*, Parigi, 2008, p. 147. In relazione all'ordinamento italiano si vedano le osservazioni di A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 399.

alle trattative sia legato agli altri creditori da un vincolo, quale quello previsto dal codice di comportamento A.B.I., che lo obbliga a trasmettere anche agli altri le notizie rilevanti per la decisione se aderire o meno all'accordo di ristrutturazione⁸⁴. Posto che, in tal caso, si tratta di un obbligo di divulgare non ogni notizia in possesso del creditore, bensì solo quella determinante ai fini dell'accettazione o meno della proposta, qualora il creditore disattenda tale dovere, il rimedio conseguente dipenderà dalla configurazione strutturale del contratto.

Infatti, in presenza di un unico contratto plurilaterale il creditore inadempiente risponderà contrattualmente per violazione della buona fede *in contrahendo*, nei confronti degli altri paciscenti *in bonis*, i quali potranno anche chiedere la risoluzione del contratto trattandosi di un inadempimento grave *ex art.* 1455 c.c.; qualora invece si tratti di un fascio di contratti collegati sarà tenuto al risarcimento in via aquiliana e quindi secondo la disciplina e i presupposti di cui all'*art.* 2043 c.c., a meno che la patologia sia idonea a pregiudicare l'intero piano di ristrutturazione, e dunque a determinare la caducazione degli altri rapporti collegati, in quanto ne viene compromessa la causa in concreto.

La violazione del dovere di buona fede nella fase delle trattative comporta invece, per esplicita previsione dell'*art.* 182-*septies* l. fall., il diniego dell'omologa e dunque la mancata estensione degli effetti ai terzi.

Infatti, l'omologa dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari è espressamente subordinata, tra l'altro, all'accertamento che le trattative con tutti i creditori si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e infine siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative.

Al pari, nella convenzione di moratoria il Tribunale è chiamato a decidere sulle opposizioni dei creditori non aderenti verificando la sussistenza degli stessi riferiti presupposti.

È singolare notare come a differenza della tipologia di cui all'*art.* 182-*bis* l. fall., in cui chi agisce deve dimostrare la mala fede ovvero il comportamento scorretto della controparte, nella fattispecie degli accordi con intermediari finanziari, dato che la buona fede costituisce uno dei presupposti per l'omologa giudiziale, il debitore dovrà dare prova nel proprio ricorso di aver egli rispettato il principio di buona fede nella fase delle trattative.

⁸⁴ Nelle linee direttrici del codice di condotta A.B.I. si prevede l'obbligo di «favorire la circolazione tra tutti i soggetti interessati delle informazioni di rilevanza ai fini della valutazione ed adesione al piano di risanamento».

6.3. La responsabilità “relazionale” precontrattuale

Autorevole dottrina collega il principio normativo dell'affidamento oggettivo – inteso come bene protetto – all'art. 1338 c.c.⁸⁵, specificazione a sua volta della correttezza precontrattuale *ex* art. 1337 c.c. Invero, si osserva come quest'ultima disposizione rappresenti una norma-ponte che consente alla buona fede oggettiva di valicare «l'ambito circoscritto dell'obbligazione e del contratto» per irrompere nel «mondo più articolato delle relazioni interindividuali»⁸⁶.

Dal combinato disposto tra il principio di affidamento, quello di buona fede oggettiva e l'art. 2043 c.c. si deduce la responsabilità “relazionale” precontrattuale, che individua nell'art. 1337, e soprattutto nell'art. 1338 c.c., i criteri normativi che integrano l'ingiustizia del danno⁸⁷. È infatti evidente come nella fase delle trattative volte al perfezionamento degli accordi di ristrutturazione – i quali, vale ribadirlo, rappresentano un'ipotesi di contratto a formazione progressiva – si verifichi un'interferenza reciproca tra i creditori nonché tra i creditori e l'imprenditore in crisi, le cui sfere giuridiche interagiscono inevitabilmente, benché si versi in una situazione di assenza di rapporti giuridici in senso tecnico⁸⁸.

Certamente occorre procedere con estrema cautela al fine di evitare risultati aberranti che finirebbero per pregiudicare gli interessi dell'imprenditore in crisi e ledere lo sviluppo del mercato del credito.

Tuttavia, il creditore che in maniera abusiva viola l'affidamento che ave-

⁸⁵ In tal senso F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 350. Per una visuale comparata si veda ID., *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 440. Cfr. anche C. AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *Liber Amicorum per Francesco Busnelli*, I, *Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, p. 389.

⁸⁶ Così S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 96.

⁸⁷ Sulla “responsabilità civile da relazione” si vedano le approfondite riflessioni di D. POLETTI, *Regole risolutive di conflitti e tutela risarcitoria. Contributo allo studio della responsabilità aquiliana da contratto*, Pisa, 2003, p. 232. Vale ricordare come F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito», la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 539 rinvenga i criteri normativi che qualificano come ingiusto il danno da lesione dell'affidamento incolpevole nell'art. 1338 c.c. quale ipotesi particolare di una generale categoria di fatti illeciti fondati su una “dimensione relazionale” tra un soggetto qualificato e i terzi, in secondo luogo nell'art. 5, comma 1, d.p.r. n. 224/1988 in tema di responsabilità da prodotto, dove si enunciano le circostanze che valgono a circoscrivere i potenziali destinatari sia dei prodotti sia alle informazioni inesatte.

⁸⁸ Viene in rilievo il concetto del c.d. illecito da contatto, già conosciuto da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 108, il quale ravvisava una responsabilità extracontrattuale in una situazione di fatto «il cui tratto caratteristico è un fenomeno che chiameremo contatto sociale fra due sfere d'interessi contigue: contatto che ha reso possibile all'un consociato una ingerenza, invasione ed aggressione della sfera giuridica altrui».

va ingenerato in capo all'imprenditore in crisi sulla disponibilità a intraprendere il tentativo di ristrutturazione sarà responsabile per illecito precontrattuale, rispondendo in via aquiliana (a meno che non vi siano clausole che obblighino alla rinegoziazione in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore o di sopravvenuta insolvenza dello stesso)⁸⁹.

Parimenti, dovrà considerarsi abusiva la condotta del creditore che imotivatamente si rifiuti di trattare sulla proposta di ristrutturazione incorrendo in quell'ipotesi, qualificata da certa dottrina come *culpa in contrahendo*⁹⁰. Anzi, nella fattispecie dell'accordo di ristrutturazione sarebbe configurabile in capo al creditore un dovere di verificare l'effettiva attuabilità dell'operazione di salvataggio propostagli, visto che, come evidenziato da certa dottrina, ciascun contraente deve impiegare «i suoi poteri discrezionali in modo da salvaguardare l'utilità della medesima controparte compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse a tutela del quale il potere è stato conferito»⁹¹.

Di conseguenza, pur nell'ambito del principio di autonomia privata, ogni paciscente è tenuto ad accettare le modifiche del programma negoziale volte ad attuare una maggiore soddisfazione degli interessi della controparte senza danneggiare il proprio, realizzando dunque un equilibrio "Pareto efficiente"⁹².

Negli accordi di salvataggio, dunque, qualora l'imprenditore in crisi manifesti l'intento di esperire un tentativo di ristrutturazione del debito, il cre-

⁸⁹ Per la qualificazione della responsabilità precontrattuale come aquiliana si rinvia ancora alle approfondite riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito», la responsabilità da informazioni inesatte*, cit., p. 539. Per la posizione opposta che invece riconduce le ipotesi di "responsabilità da contatto" nell'ambito contrattuale configurando una "obbligazione senza prestazione" si veda C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto - Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 147, il quale rinviene «la soluzione a quest'area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale» in una diversa prospettiva che non individua la fonte dell'obbligazione risarcitoria nella violazione del principio del *neminem laedere* né nell'inadempimento della prestazione, ma nella lesione di obblighi di protezione «autonomi rispetto all'obbligo di prestazione, oltre che sul piano della struttura, su quello della fonte».

⁹⁰ Si veda in proposito F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 401.

⁹¹ Così C.M. BIANCA, *Eccezione di inadempimento e buona fede*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, Milano, 2002, p. 905. Sul punto si veda altresì A. D'ANGELO, *La buona fede*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, IV, Torino, 2004, p. 152.

⁹² Il codice di condotta degli istituti di credito predisposto dall'A.B.I., stabilisce all'art. 4 l'obbligo delle banche di partecipare alla prima riunione della procedura di concertazione e a parteciparvi con funzionari dotati di un adeguato potere decisionale, prevedendosi quindi il dovere a carico degli istituti di credito di partecipare alla prima fase della trattativa, finalizzata all'eventuale formulazione di un piano di risanamento dell'impresa. Si vedano in merito F. MAIMERI, *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d'impresa e codice di comportamento bancario*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 2000, p. 417; M. SANTARONI, *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, in *Giust. civ.* 2000, p. 45.

ditore deve rendersi disponibile quanto meno a partecipare alla fase iniziale delle trattative.

Infatti, sebbene sovente le modifiche proposte all'originaria obbligazione non risultano affatto minime, si ricorda che l'imprenditore è tenuto a garantire il pagamento integrale dei creditori non aderenti all'accordo. Questi, all'esito delle trattative, qualora decidano di non sottoscrivere l'accordo, potranno ottenere l'intera soddisfazione del proprio credito benché abbiano già sofferto il ritardo nell'adempimento. Occorrerà, dunque, valutare alla luce del canone di buona fede se tale ritardo abbia pregiudicato o meno l'interesse creditorio in maniera rilevante.

Giova sottolineare come, anche in questa sede, la clausola di buona fede assuma una funzione correttiva, tuttavia pur sempre operando, in accordo con i superiori interessi delle parti, una valutazione di secondo grado senza alcuna funzione integrativa volta a indagare la congruità dello scambio⁹³.

Si può individuare, quindi, sotto l'egida del principio di buona fede, non certo un obbligo a contrarre del creditore contro la tutela dei propri interessi, ma un dovere di non opporre un ingiustificato rifiuto, senza prima aver provveduto ad informarsi in relazione alla proposta di accordo di ristrutturazione avanzata dall'imprenditore in crisi. Non si tratta infatti di limitare la libertà contrattuale, obbligando il creditore ad aderire all'accordo rinegoziando il proprio credito, bensì, nel quadro del *favor* legislativo verso i tentativi di risanamento, di specificare dal principio di buona fede *in executivis* i doveri di ciascun paciscente, attraverso una diretta valutazione degli interessi meritevoli di tutela.

L'inosservanza di tali obblighi realizza la lesione di un interesse giuridicamente rilevante, integrando il requisito del *contra ius* necessario per configurare l'ingiustizia del danno, la cui tipologia di giudizio appare omogenea a quella effettuata alla stregua della buona fede, che infatti costituisce uno specifico criterio di interpretazione in concreto del principio del *neminem laedit*⁹⁴.

Di conseguenza, il creditore che ingiustificatamente rigetta ogni proposta di inizio di trattativa, rifiutandosi di informarsi sulle caratteristiche del

⁹³ In proposito cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 39. Si vedano, inoltre, le riflessioni di U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 13; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 170; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, Torino, 1989, p. 70.

⁹⁴ Si veda in merito ancora D. POLETTI, *Regole risolutive di conflitti e tutela risarcitoria. Contributo allo studio della responsabilità aquiliana da contratto*, cit., p. 226, e E. PELLECHIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli*, Milano, 2008, p. 503. In generale sulla regola di buona fede come limite oggettivo di liceità del comportamento, idoneo in caso di trasgressione a fondare un obbligo di risarcimento del danno si veda U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. proc. civ.*, 1971, p. 613.

piano di ristrutturazione, lede sia l'interesse tutelato dell'imprenditore al risanamento, sia il credito degli altri creditori intenzionati a concludere l'operazione di salvataggio dell'impresa. Questi ultimi, lamentando il danno inferto dalla violazione al diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale – nell'ambito del diritto di iniziativa economica operante attraverso il diritto di credito⁹⁵ – potranno ottenere ristoro qualora provino di non poter ottenere *aliunde* il medesimo vantaggio economico che avrebbero avuto dall'adesione di quel creditore che ha opposto un ingiustificato rifiuto⁹⁶.

Il *quantum* del risarcimento sarà, pertanto, determinato non considerando il risultato economico negativo subito, bensì il minor vantaggio o il maggior danno economico prodotto dalla condotta abusiva⁹⁷. La quantificazione del danno comprenderà il c.d. "interesse negativo", individuato avendo riguardo alle condizioni economiche alle quali il danneggiato avrebbe potuto aderire all'accordo qualora avesse avuto una corretta informazione.

Giova infatti ricordare che "interesse contrattuale negativo" rappresenta una formula di sintesi per identificare il danno conseguente alla violazione delle regole di correttezza nella fase precontrattuale. Tale pregiudizio corrisponde al danno da infruttuosa contrattazione patito a causa della condotta, contraria al principio di buona fede, che ha determinato la mancata stipula

⁹⁵ In proposito V. ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 2, afferma che l'art. 41 Cost. «garantisce una posizione individuale di vantaggio e, cioè, quel diritto di iniziativa economica che trova nel diritto di credito (nella conservazione e attuazione dei crediti acquisiti) una fondamentale condizione di operatività».

⁹⁶ Si veda sul punto L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, cit., p. 180. Sulla lesione del credito del terzo è indispensabile il riferimento a F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 12.

⁹⁷ In proposito si ricorda come la Cass., 10 giugno 2005, n.12313, in *Giur. it.*, 2006, p. 1389, ha stabilito che «in tema di responsabilità ex articolo 1337 del c.c., l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa, la quale, nel caso d'ingiustificato recesso dalle trattative, postula il coordinamento tra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e l'altro secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente. Pertanto, non essendo stato stipulato il contratto e non essendovi stata la lesione dei diritti che dallo stesso sarebbero nati, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale; mentre, essendosi verificata la lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute». Tale principio è stato successivamente confermato da Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 1227, con nota di C. CASTRONOVO e da Cass., 3 dicembre 2015, n. 24625, in *Guida al dir.*, 2016, 7, p. 55. In generale sul concetto di "interesse negativo" si veda A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XII, *Il contratto in generale*, Torino, 2000, p. 251; G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, in G. VISENTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, p. 798.

del contratto, ovvero il perfezionamento di un contratto in seguito invalidato. Se invece la violazione del dovere specifico di correttezza *in contrahendo* non ha comportato la rottura delle trattative, concependo comunque un contratto valido, l'interesse negativo consisterà nel danno prodotto dalla violazione dell'art. 1337 c.c. da cui deriva uno specifico dovere di condotta⁹⁸.

La tralatizia distinzione tra risarcimento commisurato all'interesse negativo e risarcimento commisurato all'interesse positivo conserva una propria utilità in quanto idonea a individuare il danno risarcibile secondo il criterio del nesso di causalità, sebbene dalla giurisprudenza emerga la tendenza radicata nel *modus operandi*, secondo la quale dietro un'apparente diversità qualitativa si cela una differenza, non giustificata giuridicamente, solo quantitativa⁹⁹.

È infatti necessario che il giudice specifichi i risultati cui si può pervenire attraverso l'applicazione di queste formule attraverso una maggiore valorizzazione del nesso di causalità giuridica, individuando la concreta misura del risarcimento dalle circostanze del caso concreto e dalle esigenze prospettate dalle singole fattispecie, con la possibilità dunque che l'ammontare del risarcimento dell'interesse negativo eguagli o financo superi quello dell'interesse positivo.

Benché nella normalità dei casi il danno risarcibile deve essere limitato all'interesse negativo della stessa parte, sussistono ipotesi eccezionali in cui è desiderabile commisurare il danno risarcibile all'interesse positivo della parte che agisce in giudizio¹⁰⁰. È invero ben possibile che nella fattispecie degli accordi di ristrutturazione dei debiti sia avviata una trattativa viziata dal mancato rispetto delle regole della correttezza (per violazione degli obblighi informativi dell'imprenditore ovvero degli obblighi di riservatezza del

⁹⁸ In merito al concetto di interesse negativo C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 307, sostiene che con tale formula convenzionale si intende «l'interesse ad un comportamento altrui conforme a correttezza essenzialmente individuabile nell'iter formativo del contratto, ma talora funzionalmente trasfuso nello schema e nella disciplina normativa del negozio (validamente ed efficacemente) concluso ed espressione del più generale interesse tutelato dal principio di buona fede (oggettiva) nell'intera vicenda del rapporto obbligatorio e contrattuale».

⁹⁹ Si vedano infatti, *ex multis*, Cass., 30 luglio 2004, n. 14539, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2005, I, p. 619 e Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, p. 189. In dottrina si veda in merito M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, p. 97; P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998, p. 470. Vale ricordare come R. JHERING, *culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangte Verträge*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, 1861, p. 1 collegasse alla responsabilità per *culpa in contrahendo* l'obbligo di risarcire il *negatives Vertragsinteresse*, nel senso che si tratterebbe dello *Interesse am Nichtabschluss des Contracts* (interesse a non concludere il contratto), come contrapposto al *positives Vertragsinteresse*, inteso come *Interesse an der Erfüllung des Contracts*.

¹⁰⁰ In proposito cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 494; G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, cit., p. 807.

creditore), al fine di ottenere un certo vantaggio patrimoniale in seguito al buon esito dell'operazione di risanamento, mentre *ex post* il possibile profitto ipotizzato dai contraenti si rivela comunque inferiore a quello sperato nelle more delle negoziazioni.

Del resto, non è peregrina l'ipotesi in cui l'imprenditore o il creditore che ha patito la rottura della trattativa o ha perfezionato un accordo invalido, abbia trascurato un affare più lucroso di quello da cui è derivato l'illecito. Si pensi, in proposito, alla banca creditrice di più imprenditori in crisi, o meglio di più società in dissesto appartenenti allo stesso gruppo, che, sulla base di informazioni scorrette, sceglie di preferire l'adesione ad un accordo di ristrutturazione piuttosto che ad un altro: in tal caso l'interesse negativo dovrà dunque includere anche il lucro cessante¹⁰¹.

7. La tutela della fase delle trattative dopo la novella del 2010

7.1. Le "falle" della protezione

La fase delle trattative costituisce indubbiamente uno stadio determinante per l'esito positivo dell'operazione, in quanto in essa si decide la possibilità di nascita e sopravvivenza dell'accordo. In tale periodo di gestazione, come detto, il debitore "scopre le sue carte", rivela le sue difficoltà finanziarie ai suoi creditori esponendosi inevitabilmente all'esperimento di azioni protettive da parte dei creditori, fino alla possibile dichiarazione di fallimento. L'imprenditore in crisi appare infatti sguarnito in balia dei suoi creditori, costretto a rendere nota parte della sua situazione economico-finanziaria, prestando il fianco a possibili azioni di soddisfacimento coattivo da parte dei creditori.

In questa prima fase il legislatore con la novella del 2010, introducendo il comma 6 all'art. 182-*bis* l. fall. ha previsto la possibilità di ottenere, per un termine non superiore a sessanta giorni, il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive nonché di acquisire titoli di prelazione se non concordati, deciso con decreto dal Tribunale nel corso di un'udienza alla quale sono chiamati a partecipare tutti gli appartenenti al ceto creditorio¹⁰².

¹⁰¹ Sebbene il caso sia infrequente, ammettono la comprensione del lucro cessante nel calcolo dell'interesse negativo R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario al cod. civ.*, Bologna-Roma, 1970, p. 213; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 338; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 636. Sul problema della quantificazione del lucro cessante si veda su tutti P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, cit., p. 480.

¹⁰² Si fa riferimento alle modifiche apportate dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, e convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122.

Tale effetto protettivo anticipato, nelle intenzioni del legislatore, si dovrebbe congiungere con quello successivo della durata di sessanta giorni, decorrente automaticamente dalla data di pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione sul registro delle imprese. Questa "saldatura" sarà definita dal successivo decreto di omologazione, che ratificherà *ex tunc* l'intero "ombrello protettivo".

In proposito, una delle prime decisioni pronunciate in merito, considerando il doppio periodo di sospensione previsto dall'art. 182-bis l. fall. esclusivamente funzionale alla successiva omologazione dell'accordo, ha dedotto, in caso di esito negativo del giudizio di omologazione, la caducazione con efficacia comunque retroattiva di entrambi gli effetti preclusivi¹⁰³.

Infatti, il divieto di cui all'art. 182-bis, comma 6, l. fall. opera dalla data della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese e si consolida con il decreto di omologazione che ratifica *ex tunc* l'effetto preclusivo. Invece, in ipotesi di mancata omologazione si avrà la caducazione retroattiva di tale "ombrello protettivo" senza possibilità, stante la previsione di un termine perentorio di 60 giorni, che tale termine possa essere prorogato.

Tuttavia, se si osserva la lettera della disposizione si nota come la sospensione segua al deposito dell'istanza nel registro delle imprese, senza alcun aggancio con l'omologa se non funzionale. La moratoria è infatti finalizzata a porre l'accordo in un "ambiente protetto", in modo da consentirgli di ottenere più facilmente il *placet* giudiziale. Del resto, appare alquanto difficile che l'omologa sopraggiunga nello stretto lasso di tempo in cui sussiste il divieto di azioni esecutive e cautelari: vi sarà, perciò, comunque un intervallo temporale in cui l'accordo sarà bersaglio delle azioni dei creditori in attesa dell'omologa.

Gli effetti protettivi, dunque, verranno meno con efficacia *ex tunc* solo se l'accordo non è depositato nei termini stabiliti dal Tribunale nel registro delle imprese; viceversa, qualora si rispetti l'onere di deposito, il divieto di esperire azioni caducherà senza efficacia retroattiva con lo spirare del termine di sessanta giorni dal deposito¹⁰⁴.

Del resto, qualora si optasse per una caducazione retroattiva dell'effetto sospensivo in ipotesi di omesso tempestivo deposito dell'accordo, tale interpretazione istigherebbe i creditori più accorti a non curarsi del divieto, iscrivendo ad esempio comunque un'ipoteca giudiziale, pregiudicando la *ratio* della stessa previsione normativa.

Tale soluzione consente all'imprenditore che non ha ottenuto l'omologa di meglio usufruire comunque di un contratto di ristrutturazione del debito

¹⁰³ In tal senso Trib. Novara, 1° febbraio 2011, *Il Fall.*, 2011, p. 703, e in seguito, analogamente, Trib. Novara, 2 maggio 2011, in *Diritto24.ILSole24Ore.com*.

¹⁰⁴ Si vedano in proposito le osservazioni di G.B. NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2011, p. 705.

con alcuni creditori, contratto valido ed efficace al pari di un qualsiasi negozio di diritto privato, benché esposto all'azione revocatoria.

Con la riforma del 2010, quindi, la disciplina italiana si è uniformata a quanto già previsto sia nell'ordinamento statunitense sia in quello francese. Infatti, la procedura di *Reorganization* regolata dal *Chapter XI* del *U.S. Bankruptcy Code*, fa operare il c.d. *automatic stay* immediatamente fin dalla presentazione della domanda di ammissione alla procedura, salvaguardando l'imprenditore dalle eventuali azioni esecutive e cautelari già nella fase della negoziazione dell'accordo¹⁰⁵.

Analogamente, nell'ordinamento transalpino si stabilisce che, qualora nel tentativo di *conciliation* il debitore sia destinatario di un'azione esecutiva, il giudice può – su istanza dell'imprenditore e dopo essere stato «*éclairé par le conciliateur*» – «*faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil*». In virtù di tale ultimo articolo, in particolare, «*compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues*»¹⁰⁶.

In precedenza, infatti, l'assenza di protezione dalle iniziative individuali dei creditori non costituiva ovviamente un viatico alla diffusione nella prassi degli accordi di ristrutturazione, disincentivandone l'utilizzo a favore dello strumento del piano di risanamento attestato *ex art.* 67, comma 3, lett. *d*, predisposto unilateralmente dall'imprenditore¹⁰⁷. L'accesso a tale istituto di gestione della crisi d'impresa, dalla fisionomia alquanto astratta, si caratterizza per la completa assenza di pubblicità e di verifica preventiva sia dei creditori sia da parte del Tribunale al quale potrà esserne rimesso un giudizio di ragionevolezza solo se, una volta dichiarato il fallimento, sia stata esperita l'azione revocatoria fallimentare delle garanzie, degli atti e dei pagamenti posti in essere in esecuzione del medesimo piano¹⁰⁸.

L'estensione della protezione introdotta con l'ultima novella si rivela inefficace se non del tutto illusoria.

La lettera della norma impone all'imprenditore in crisi di depositare una proposta di accordo, che come tale deve essere completa con tutti gli elementi essenziali in modo da costituire un'offerta precisa e particolareggiata di con-

¹⁰⁵ Sulla procedura di *Reorganization* si veda C.J. TABB, *The law of Bankruptcy*, cit., p. 146.

¹⁰⁶ In tal senso afferma la disciplina di cui agli artt. L611-4, *Code de Commerce*. Sul punto cfr. M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, cit., p. 265.

¹⁰⁷ Sui piani attestati di risanamento si rinvia a D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 1195; S. BONFATTI, *Le fattispecie di «esenzione» dalla azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 652; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, cit., p. 617; M. FERRO, *Piano attestato di risanamento*, cit., p. 545.

¹⁰⁸ Il debitore infatti non deve proporre alcuna domanda formale, né chiedere ai creditori una moratoria; inoltre non è richiesta una partecipazione minima dei creditori.

clusione di un determinato rapporto contrattuale¹⁰⁹. Che il comma 6 dell'art. 182-*bis* si riferisca ad una proposta idonea con l'accettazione a concludere l'accordo si desume a prescindere dall'interpretazione adottata in tema di conclusione di un contratto a formazione progressiva, ovvero sia nel caso in cui si abbia riguardo al profilo oggettivo e sociale dell'atto compiuto¹¹⁰ sia che si consideri determinante il concreto intento manifestato dalle parti¹¹¹.

Infatti, tale proposta deve essere corredata dalla dichiarazione del professionista sull'idoneità della proposta, ove accettata, ad assicurare il pagamento integrale dei creditori con i quali non sono pendenti delle trattative o che comunque non hanno espresso la propria disponibilità a negoziare l'accordo. È ben possibile che nel periodo intercorrente tra il deposito della proposta ed il perfezionamento dell'accordo, creditori precedentemente estranei alle trattative aderiscano al patto.

È ovvio che il professionista può effettuare la dichiarazione d'idoneità solo se la proposta si presenta nella sua versione definitiva, mancante solo dell'accettazione da parte dei creditori. Del resto, se il raggiungimento della soglia del sessanta per cento è condizione dell'omologazione, allora questa è sufficiente che sussista al momento dell'omologa, non dovendo invece essere integrata prima della relativa data.

¹⁰⁹ Si ricorda in merito che, come affermato da Cass., 5 maggio 2017, n. 11033, in *De-Jure.it* «con la sottoscrizione della cosiddetta minuta o "puntuazione" di contratto – la quale ha la sola funzione di documentare l'intesa raggiunta su alcuni punti del contratto da concludere quando si sarà successivamente raggiunto l'accordo anche sugli altri punti da trattare – le parti conservano la libertà di recesso dalle trattative la quale trova un limite soltanto nella responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1337 c.c. (Cass., 4 agosto 1990, n. 7871). Ciò che distingue essenzialmente la cosiddetta "*punctatio*" tanto dalla proposta contrattuale, quanto dal contratto preliminare è il fatto che essa, anziché contenere, sia pure in "nuce", tutti gli elementi o, quanto meno, quelli essenziali del contratto, contempli dati limitati o generici del contratto medesimo e, anziché documentare l'intesa raggiunta o essere diretta a provocare l'accettazione o la definizione dell'accordo, abbia carattere solo interlocutorio e preparatorio della stipulazione (Cass., 13 aprile 1995, n. 4265)». Per una approfondita disamina dei requisiti del contratto si veda E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto* (art. 1325), in *Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2013.

¹¹⁰ In tal senso cfr. F. REALMONTE, *Accordo contrattuale*, in *Il contratto in generale*, II, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, Torino, 2000, p. 15, sostiene che per distinguere puntuazione e conclusione del contratto non rilevi l'effettiva volontà del contraente ovvero la sua consapevolezza del contenuto e degli effetti dell'atto medesimo. Secondo tale tesi occorre infatti che la manifestazione di una volontà contraria alla nascita immediata del vincolo contrattuale sia oggettivata ed esteriorizzata mediante comportamenti che, in base ad una valutazione socialmente tipica, siano percepibili dall'altro contraente.

¹¹¹ Tale orientamento, prevalente in dottrina, reputa concluso un contratto se esso contiene tutti gli elementi essenziali, e inoltre le parti abbiano espresso una volontà effettiva immediatamente operativa. Si veda in proposito G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 220, P. VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *Foro pad.*, 1968, I, c. 481, A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966, p. 73, M. C. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 228; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 1999, p. 170.

Appare dunque alquanto ardua la valutazione del giudice, il quale è chiamato ad effettuare un controllo, valutando, con giudizio prognostico *ex ante*, «la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma» (art. 182-bis, comma 7, l. fall.), inoltre, che l'accordo sia sottoscritto da creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, e, infine, la possibilità del pagamento integrale dei creditori disinteressati o esclusi dalle trattative.

In realtà, per evitare un'ingiustificata duplicazione di un giudizio – che appare di contenuto sostanzialmente analogo a quello di omologazione¹¹², benché effettuato in una fase anteriore – sarebbe più opportuno un vaglio relativo alla serietà o attuabilità della proposta in considerazione della fase preparatoria all'accordo, non richiedendo l'adesione effettiva del sessanta per cento necessaria per l'omologa, tanto meno una valutazione di merito discrezionale. Viceversa, stando alla lettera della disposizione, appare evidente come l'apprezzamento giudiziale, fondandosi sulla sussistenza dei presupposti per pervenire all'accordo, richieda necessariamente che le trattative siano ultimate o prossime alla fine.

Quindi, l'"ombrello protettivo" nel corso delle trattative sarà concretamente ottenibile se il debitore versa in una fase delle negoziazioni con creditori rappresentanti il sessanta per cento dei crediti, nella quale la proposta possa considerarsi come definitiva. In altre parole, il debitore potrà beneficiare della moratoria solo nel caso in cui sia in grado di affermare, producendo una propria dichiarazione con valore di autocertificazione, la ragionevole attendibilità che le trattative si definiscano positivamente con l'adesione alla proposta dei creditori integranti la suddetta percentuale minima e con la relazione rilasciata dal professionista che attesti l'idoneità della stessa proposta a rimuovere lo stato di crisi con il pagamento integrale dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare¹¹³.

Il provvedimento che vieta di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive nonché di acquisire titoli di prelazione se non concordati giunge, perciò, sovente, in ritardo in quanto consta di uno *spatium temporis* necessario solo a raccogliere le adesioni dei vari creditori su una proposta già evidentemente frutto di negoziazioni, visto che, secondo un orientamento, nei sessanta giorni della moratoria non potrà più subire modifiche, pena la perdita del beneficio dell'effetto protettivo anticipato¹¹⁴.

¹¹² La valutazione del giudice non si limita infatti alla verifica della sussistenza dei presupposti cautelari, *fumus boni juris* e *periculum in mora*, per l'emissione del decreto di sospensione.

¹¹³ Si vedano, in merito, App. Ancona, 23 luglio 2012, in *Il Caso.it*; Trib. Udine, 27 aprile 2012, *ivi*. In dottrina cfr. R. GIORDANO, *Su alcuni profili processuali delle misure di protezione "anticipate" di cui all'art. 182-bis, comma 6, l. fall.*, cit.

¹¹⁴ Ciò non incide ovviamente sulla validità o efficacia dell'accordo, che potrà comun-

Tuttavia, considerando che la lettera della norma non pone esplicitamente alcun vincolo all'imprenditore in ordine al contenuto della proposta di accordo rispetto all'accordo definitivo, si potrebbe ritenere sufficiente ai fini della moratoria che le trattative siano sì in fase avanzata e dotate di un apprezzabile grado di serietà, ma senza escludere *a priori* l'eventualità di modifiche o integrazioni all'accordo¹¹⁵.

7.2. *Latitudine e dies a quo dell'effetto protettivo*

Ai commi 6 e 7 dell'art. 182-*bis* l. fall. si prevede quindi un sub-procedimento, diretto ad ottenere dall'autorità giudiziaria un decreto di sospensione di eventuali azioni cautelari ed esecutive in uno stadio essenziale per il positivo esito delle negoziazioni che sfociano con la formalizzazione dell'accordo di ristrutturazione¹¹⁶.

È opportuno soffermarsi sul *dies a quo* dell'effetto sospensivo.

Leggendo le disposizioni di cui ai commi 6 e 7 si nota una palese discrasia, sorta in sede di conversione del decreto per mezzo della l. n. 122/2010¹¹⁷. Invero, il comma 6 stabilisce che «l'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione se non concordati dalla pubblicazione». Il successivo comma 7 stabilisce invece che il giudice «dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari ed esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e

que eventualmente ottenere l'omologa giudiziale. Si veda in merito G.B. NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 705.

¹¹⁵ In tal senso, App. Milano, 8 febbraio 2013, in *Il Caso.it*. Tale pronuncia ha, del resto, affermato che la presenza di eventuali profili problematici contenuti della proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti non precludono l'accoglimento dell'istanza di inibitoria delle azioni cautelari o esecutive formulata ai sensi del comma 6, in quanto tali aspetti possono essere emendati con la presentazione dell'accordo definitivo.

¹¹⁶ In merito M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, cit., p. 903, evidenziando il carattere cautelare di tale procedimento sostiene l'applicazione delle regole proprie dei procedimenti cautelari come: la perdita dell'effetto provvisorio in ipotesi di rigetto della richiesta; la perdita di efficacia del decreto di inibitoria nel caso in cui entro sessanta giorni non sia depositato l'accordo; la facoltà di reclamo anche in ipotesi di decreto di rigetto; la non impugnabilità con ricorso per Cassazione della decisione emessa in sede di reclamo dalla corte d'appello.

¹¹⁷ Nella lettera originaria della norma era infatti prevista la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese connettendo l'effetto sospensivo unicamente al decreto del giudice. La legge di conversione ha inserito al comma 6 dell'art. 182-*bis*, le parole «pubblicata nel registro delle imprese» oltre a «e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione».

della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma».

Il momento in cui si determina la sospensione delle azioni esecutive e cautelari pare dunque alternativamente riferibile alla mera pubblicazione dell'istanza di sospensione nel registro delle imprese – avendo il decreto del giudice la funzione di confermare o revocare la sospensione – ovvero solo in seguito al provvedimento giudiziale.

Nel comma 6 dell'art. 182-*bis* l. fall. si prescrive all'imprenditore di depositare presso il Tribunale la documentazione di cui all'art. 161, comma 1 e 2, lett. *a*, *b*, *c* e *d* l. fall. e la proposta di accordo con l'autocertificazione relativa alle trattative, nonché di pubblicare nel registro delle imprese l'istanza di sospensione.

Vale osservare come la necessità, contemplata dal comma 7, di comunicare ai creditori la documentazione depositata dal debitore presenta delle concrete difficoltà, sia perché in caso di elevato numero di creditori è oggettivamente difficile individuarli tutti e provvedere alla comunicazione tempestiva ad ognuno di essi sia perché la disposizione non individua il soggetto su cui grava il relativo onere (se la Cancelleria del Tribunale oppure il debitore ricorrente).

Al pari di quanto accade con riferimento alla tutela in seguito alla pubblicazione dell'accordo, anche in questa sede per evitare abusi del divieto di azioni esecutive e cautelari, vale la successione temporale tra il previo deposito della domanda giudiziale e la successiva iscrizione nel registro delle imprese.

Nessuna indicazione offre la norma in merito alle conseguenze in caso di infrazione della moratoria delle azioni a tutela della fase delle trattative. Nel silenzio del legislatore si potrebbe escludere il rimedio della nullità applicando l'adagio *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit* con riferimento all'espressa previsione della sanzione della nullità previsto dall'art. 168 l. fall. in materia di concordato preventivo. Pare, dunque, più appropriato concludersi per la declaratoria di improcedibilità dell'esecuzione, nel caso in cui, in spregio al divieto, si inizi o si prosegua un'azione esecutiva iniziata prima del deposito dell'istanza di sospensione.

La stessa conseguenza potrebbe, tuttavia, risultare inadeguata qualora il creditore intraprenda un'azione esecutiva o cautelare successivamente al deposito della proposta, in quanto l'accertamento dell'assenza del diritto di procedere esecutivamente e la derivante cancellazione del pignoramento, comporterebbe conseguenze sproporzionate per il creditore che, spirato il periodo di sessanta giorni di divieto, perderebbe la trascrizione del pignoramento immobiliare.

Pertanto, parrebbe la soluzione più appropriata interpretare il provvedimento di improseguibilità e/o improcedibilità della procedura esecutiva quale ipotesi di sospensione della procedura, in modo da salvaguardare i diritti del creditore che, qualora la sospensione venga meno con efficacia *extunc*, potrà mantenere gli effetti prodotti in precedenza sul proprio diritto di

prelazione¹¹⁸. Analogamente, deve concludersi nell'ipotesi in cui il creditore acquisisca in violazione del divieto un diritto di prelazione non concordato: di conseguenza, questo sarà inopponibile agli altri creditori, in modo da non risultare invalidato al momento di cessazione dell'effetto protettivo¹¹⁹.

Il giudice dell'esecuzione quindi dovrà prendere atto di un fatto esterno al processo esecutivo che impedisce la prosecuzione dell'azione esecutiva, adottando un provvedimento con cui dichiara l'arresto temporaneo dell'esecuzione in corso, senza pregiudizio degli atti già compiuti.

Giova osservare come, a differenza della moratoria conseguente alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, in quella operante nella fase delle trattative il legislatore non ha previsto espressamente la sospensione del corso della prescrizione e della decadenza. Tuttavia, si potrebbe ovviare a tale incomprensibile lacuna applicando l'art. 2935 c.c., secondo il quale ai fini del decorso della prescrizione rileva la possibilità legale di esercizio del diritto e non invece quella di fatto: in questo caso il creditore è invero impossibilitato ad esercitare il proprio diritto per esplicita previsione normativa¹²⁰.

7.3. Rapporti tra tutela anticipata e dichiarazione di fallimento

Occorre chiedersi se la suddetta protezione dell'accordo di ristrutturazione si spinga fino ad impedire l'inizio o la prosecuzione di un procedimento per dichiarazione di fallimento, che comporta automaticamente lo spossessamento del fallito da tutti i suoi beni, con effetti assimilabili a quelli di un pignoramento universale.

Nella lettera dei commi 6 e 7 dell'art. 182-bis l. fall. che stabiliscono la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive non si fa alcuna menzione delle istanze per la dichiarazione di fallimento: nel silenzio del legislatore si ravvisa una discrasia tra parte della dottrina e giurisprudenza.

Quest'ultima ha infatti negato un'estensione pretoria della protezione facendo ricorso ad un argomento letterale e funzionale.

Secondo il tenore della norma è stato ritenuto arbitrario dilatare la locuzione "azioni esecutive" fino a comprendere anche le esecuzioni concorsuali. Inoltre, da un'interpretazione funzionale della disposizione, si può ritene-

¹¹⁸ Si vedano sul punto P. CASTORO, *Il processo di esecuzione*, Milano, 2013, p. 624 e, in giurisprudenza, Trib. Bari, 18 novembre 2013; Trib. Pesaro, 26 settembre 2013; Trib. Siracusa, 26 luglio 2013; Trib. Pesaro 16 marzo 2012; tutte pubblicate su *IlCaso.it*.

¹¹⁹ In tal senso si vedano le approfondite osservazioni di F. ROLFI, *L'anticipazione della c.d. protezione negli accordi di ristrutturazione: caratteri e criticità*, in *IlFallimentarista.it*, 2011. Si rinvia inoltre in proposito a B. INZITARI, *Nuova disciplina accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, in *IlCaso.it*, 2011; e G.B. NARDECCHIA, *Sub art. 182-bis l. fall.*, cit., p. 827.

¹²⁰ Sul punto cfr. G. DI LORENZO, *Accordo di ristrutturazione ed effetti inter partes*, cit., p. 555.

re sufficiente impedire che – nel tempo tecnico necessario a giungere all'omologazione ed ancor prima nel periodo occorrente affinché la proposta si possa concretizzare in un accordo vero e proprio – singoli creditori acquisiscano posizioni preferenziali sul patrimonio del debitore. Infatti, la disposizione effettua un contemperamento tra l'interesse privatistico dei creditori favorevoli all'accordo e quello opposto dei creditori che intendono ottenere una soddisfazione coattiva dei propri crediti, individuando il bilanciamento nel sacrificio di quest'ultimo interesse solo per un periodo temporale limitato.

La norma è finalizzata ad impedire che nelle more delle trattative anteriori al deposito dell'accordo singoli creditori - c.d. "*free riders*" - possano acquisire posizioni preferenziali sul patrimonio del debitore, paralizzando di fatto la possibilità di concludere e poi eseguire l'accordo, senza tuttavia incidere sul diverso interesse di natura pubblicistica che il debitore sia assoggettato a procedura fallimentare¹²¹.

Tale scelta operata dal legislatore conserverebbe quindi comunque la supremazia dell'interesse pubblico, della massa creditoria e del sistema economico, alla sottoposizione del debitore insolvente al fallimento accertandone lo stato di decozione¹²².

Del resto, la provvisoria sospensione delle procedure esecutive si giustifica sul presupposto che queste, al contrario delle procedure concorsuali, possono vincolare il patrimonio del debitore ad esclusivo vantaggio di solo alcuni creditori. Inoltre, l'istanza di fallimento presentata da un creditore o dal pubblico ministero introduce un tema decisionale estraneo alla singola procedura esecutiva o cautelare, ossia la verifica delle capacità del debitore di adempiere la generalità delle sue obbligazioni con mezzi normali ed alle scadenze previste¹²³.

Parte della dottrina ha tuttavia evidenziato come dal confronto tra la lettera dei commi 6 e 7 dell'art. 182-bis l. fall., e l'art. 51 l. fall. che inibisce ogni azione individuale esecutiva dal giorno della dichiarazione di fallimento, emerge come la disposizione sugli accordi di ristrutturazione, parlando in generale di "azioni esecutive", possa estendersi anche a quelle concorsuali. A ciò si aggiunge che un'interpretazione del divieto di agire come comprensivo dell'azione di dichiarare il fallimento frustrerebbe la stessa *ratio* della previsione, la quale vanificherebbe in tal modo la funzione protettiva cui mira, ammettendo il mezzo che più di ogni altra azione esecutiva o cautelare determinerebbe l'insuccesso del tentativo di ristrutturazione¹²⁴.

¹²¹ In proposito si veda la pronuncia del Trib. Udine, 30 marzo 2012, in *Unijuris.it*

¹²² Sul punto si veda *ex multis* Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Il Fall.*, 2010, p. 195. Ammette un rapporto di connessione e pregiudizialità, subordinando l'istruttoria prefallimentare alla conclusione dell'omologazione App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 297.

¹²³ Cfr. ancora Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Il Fall.*, 2010, p. 195.

¹²⁴ Si veda in merito tra gli altri N. NISIVOCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 125; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli*

Sotto il profilo processuale il procedimento per la dichiarazione di fallimento e il procedimento cautelare di cui ai comma 6 e 7 dell'art. 182-bis l. fall. non appaiono facilmente coordinabili in quanto manca un chiaro aggancio normativo che possa assegnare netta prevalenza al primo. La natura negoziale degli accordi di ristrutturazione imporrebbe una loro indifferenza rispetto al procedimento fallimentare, attenuata solo dalla possibilità di una valutazione *incidenter tantum* dal giudice del fallimento¹²⁵. Tuttavia, la previsione di un "ombrello protettivo" dalle azioni esecutive e cautelari distingue l'istituto *de quo* dai meri accordi stragiudiziali tradizionali esigendo un coordinamento con l'eventuale istanza di dichiarazione fallimentare.

La questione è stata espressamente oggetto di una pronuncia della Cassazione, secondo la quale l'"ombrello protettivo" previsto dall'art. 182-bis l. fall. non impedisce le istanze di fallimento in quanto il procedimento prefallimentare non ha natura esecutiva e cautelare, ma natura cognitiva piena e inoltre l'estensione della tutela sarebbe incoerente con il sistema, che non contempla la sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. della procedura prefallimentare a seguito della presentazione di una domanda di concordato preventivo¹²⁶.

In assenza di un'utile indicazione normativa, pur auspicabile – come si vedrà nel successivo paragrafo 7.5 – appare ragionevole una trattazione unitaria dell'istruttoria prefallimentare con il procedimento di sospensione previsto dalla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in quanto la proposta di accordo può influire sull'apprezzamento dallo stato d'insolvenza¹²⁷.

Precludere assolutamente la declaratoria d'insolvenza nella pendenza della misura di protezione comporterebbe evidenti problemi specialmente nel caso in cui l'istanza di fallimento fosse presentata nelle more tra il deposito della domanda di concessione della tutela anticipata e la relativa decisione

accordi di ristrutturazione dei debiti, cit., p. 456; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1821; A. CASTAGNOLA, *La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 172.

¹²⁵ In tal senso D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., p. 307, e S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2553.

¹²⁶ In tal senso, Cass., 6 novembre 2013, n. 24969, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013.

¹²⁷ Si vedano in merito le osservazioni di I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, in *Il Fall.*, 2013, p. 1075; F. ROLFI, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, in *Il Fall.*, 2011, p. 109; M. FABIANI, *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, in *Il Fall.*, 2010, p. 210; G. MINUTOLI, *Quali interferenze tra l'istanza di fallimento e la proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti?*, in *Il Fall.*, 2015, p. 538. In giurisprudenza affermano la necessità della riunione dei procedimenti sia in caso di pendenza contemporanea dei due giudizi, sia in ipotesi di presentazione del ricorso per il fallimento dopo il decorso del termine di sessanta giorni dal deposito dell'accordo: Trib. Milano 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 205; Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Il Fall.*, 2010, p. 92; Trib. Novara, 1° febbraio 2011, *ivi*, 2011, p. 703.

del Tribunale che ne rende retroattivamente definitivi gli effetti: in tal caso la dichiarazione di fallimento sarebbe inizialmente preclusa per poi essere ammessa in seguito al rigetto dell'istanza cautelare.

Vale dunque ribadirsi come l'effetto protettivo previsto dall'art. 182-bis, l. fall. precluda solo le iniziative individuali e non anche quelle concorsuali, essendo letteralmente circoscritto alle azioni cautelari o esecutive senza estendersi alle istanze di fallimento.

7.4. Le alterne "stagioni" dei rapporti tra domanda di concordato e istanza di fallimento

Con riferimento alla previsione, analoga a quella dell'art. 182-bis, dell'art. 168 l. fall., in materia di concordato preventivo, la problematica è stata oggetto di varie pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione. È utile dunque richiamare l'evoluzione del rapporto tra procedura pre-fallimentare e domanda di ammissione al concordato preventivo al fine di trarre utili indicazioni.

La ricerca di un "punto di equilibrio" in tale relazione – stretta tra la necessità di promuovere il concordato come strumento di gestione negoziale dell'insolvenza e il timore di evitare finalità meramente dilatorie, sfruttando gli effetti "protettivi" legati alla pubblicazione della domanda di concordato – ha vissuto negli ultimi lustri alterne vicende, schematicamente riassumibili in quattro diverse "stagioni": la stagione "della prevenzione" *id est* "della prevalenza"; la stagione "della pregiudizialità"; la stagione "del coordinamento"; la stagione "del coordinamento asimmetrico".

La stagione c.d. "della prevenzione" ossia "della prevalenza". Nella legge fallimentare del 1942 l'art 160 l. fall. stabiliva che l'imprenditore poteva proporre un concordato preventivo "*fino a che il suo fallimento non è dichiarato*". Quindi, l'eventuale istanza per la dichiarazione di fallimento era destinata alla declaratoria di improcedibilità ai sensi dell'art. 168 l. fall. se precedentemente era presentata una domanda di concordato preventivo¹²⁸. Tuttavia, tale disciplina contemplava la possibilità di dichiarare il fallimento *ex officio* sia nella fase di valutazione sull'ammissibilità del concordato sia nel corso della procedura in caso di ipotesi sanzionabili a norma dell'art. 173 l. fall. e in ipotesi di mancata omologa sia successivamente all'omologa del concordato (infatti, il commissario giudiziale era legittimato ad agire per la risoluzione del concordato cui seguiva automaticamente la dichiarazione di fallimento).

L'arresto dell'istruttoria prefallimentare in seguito alla presentazione del-

¹²⁸ Si vedano in tal senso le lucide riflessioni di F. LAMANNA, *La retromarcia delle SS.UU. sull'ipotizzata abrogazione del principio di prevenzione/prevalenza del concordato preventivo rispetto al fallimento: come non detto, il principio ancora esiste*, in *Il Fallimentarista.it*, 2015.

la domanda di concordato era controbilanciato dalla dichiarazione del fallimento d'ufficio e dalla possibilità di utilizzare nella procedura fallimentare i dati raccolti nella procedura concordataria. Pertanto, la riferita improcedibilità che colpiva l'istanza di fallimento in seguito alla presentazione di una domanda di concordato determinava una sorta di "sospensione" della procedura prefallimentare, la quale rimaneva in uno stato di quiescenza, in attesa dell'esito della procedura concordataria¹²⁹.

La stagione "della pregiudizialità". Tale "punto di equilibrio" veniva profondamente alterato dalle riforme che hanno interessato la disciplina fallimentare le quali hanno eliminato il potere di dichiarare il fallimento d'ufficio e differenziato i presupposti oggettivi delle due procedure con la previsione per il concordato dello "stato di crisi" che include l'insolvenza ai sensi dell'art. 160, comma 3, l. fall.

I caratteri del rapporto tra la domanda di fallimento e la domanda di concordato preventivo pendenti contestualmente venivano quindi ridefiniti dal riconosciuto *favor* verso la procedura concordataria, accentuato esponenzialmente in seguito all'introduzione (con il d.l. n. 83/2012) della facoltà di presentare una vera e propria domanda di concordato c.d. "in bianco" (art. 160, comma 6, l. fall.), produttiva degli stessi effetti propri di una ordinaria domanda di concordato "pieno", ossia la protezione dalle azioni esecutive e cautelari dei creditori.

Atteso tale indirizzo di favore impresso dal legislatore, un orientamento affermava che in caso di contestuale pendenza delle domande di concordato e di procedura prefallimentare, quest'ultima dovesse essere sospesa *ex art.* 295 c.p.c. fino alla definizione della domanda di concordato preventivo, ravvisando un rapporto di pregiudizialità tecnica¹³⁰. Tale soluzione destava più di una perplessità, non ravvisandosi i presupposti previsti dall'art. 295 c.p.c. (la sospensione dovrebbe escludersi sia per la diversità delle parti sia per la natura sommaria dei procedimenti e soprattutto in assenza di un rischio effettivo di contrasto di giudicati), infatti non vi sarebbe alcun specifico legame tra situazioni di diritto sostanziale, di talché il rapporto dedotto in giu-

¹²⁹ Cfr. Trib. Roma, 30 settembre 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 146; Trib. Trani, 9 maggio 1989, in *Giur. merito*, 1990, p. 738; Trib. Roma, 30 dicembre 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 559 che più opportunamente qualificano in termini di «sospensione» l'effetto derivante dalla proposta di concordato, riservando «l'improcedibilità» all'effetto che discende dall'approvazione della proposta da parte dei creditori. *Contra* Trib. Torino, 9 dicembre 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 286, che alla semplice proposizione della domanda di concordato preventivo ricollega l'improcedibilità secca della procedura prefallimentare.

¹³⁰ App. Milano, 29 giugno 2011, in *DeJure.it*, 2011; App. Torino, 17 luglio 2008, in *Il Fall.*, 2009, p. 53; e, se pur genericamente, Cass., 5 giugno 2009, n. 12986, *ivi*, 2010, p. 445 ss., con nota di P. GENOVIVA, *Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento*. In dottrina cfr. P. CELENTANO, *Il concordato preventivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. Celentano-E. Forgillo, Torino, 2008, p. 139; P. GENOVIVA, *Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale e transitorio*, in *Il Fall.*, 2009, 63.

dizio sia elemento costitutivo della fattispecie oggetto di altro giudizio¹³¹.

Un differente orientamento faceva invece riferimento ad una “sospensione impropria” della procedura prefallimentare¹³², in modo da dare corso al *favor* del legislatore per il concordato preventivo senza tuttavia piegare il disposto dell’art. 295 c.p.c.¹³³.

La stagione “del coordinamento”. In questo panorama irrompe la decisione delle Sezioni Unite n. 1521/2013¹³⁴ la quale sottolinea la discontinuità introdotta fra rigetto del concordato e dichiarazione di fallimento, nonché il differente presupposto oggettivo tra le due procedure. Siffatta pronuncia nega perciò valenza al criterio della pregiudizialità funzionale a qualsiasi ipotesi di sospensione dell’istruttoria prefallimentare, risolvendo il rapporto tra la contestuale pendenza delle due procedure nell’esigenza di coordinamento ad opera del giudice, il quale è tenuto a bilanciare le esigenze del debitore concordatario e quelle dei creditori che instano per la dichiarazione di fallimento¹³⁵.

Con tale provvedimento il Supremo Collegio ha affermato che la facoltà per il debitore di proporre una domanda di concordato non rappresenta un fatto impeditivo della relativa dichiarazione, ma una semplice esplicazione del diritto di difesa del convenuto nel giudizio *ex art.* 15 l. fall. Pertanto, spetta unicamente all’organo giudiziario adito statuire quale procedura debba avere la prevalenza, tra quella concordataria e quella fallimentare, valutando se la domanda di concordato appaia o meno tale da permettere di affron-

¹³¹ Non a caso, secondo quanto riportato in R. BELLÉ (a cura di), *Il ricorso per concordato preventivo*, diretto da M. Ferro-P. Bastia-G.M. Nonno, Milanofiori Assago, 2013, p. 41: dal rilevamento condotto tra il 2012 e il 2013 su un campione di ben 74 uffici giudiziari, solo il 4% dei 110 giudici intervistati ha fatto ricorso alla sospensione *ex art.* 295 c.p.c. La reciproca alternatività tra procedura concordataria e procedura fallimentare per escludere la configurazione di un rapporto di pregiudizialità è sottolineata da Cass., 24 ottobre 2012, n. 18190, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1534; Cass., 8 febbraio 2011, n. 3059, in *DeJure.it*; App. Torino, 9 luglio 2013, in *Giur. it.*, 2014, p. 895, con nota di L. BOGGIO; ed, in dottrina da M. FABIANI, *Rapporti fra fallimento e concordato*, cit., p. 649; Farina, *Il deposito dell’istanza di concordato preventivo non dà luogo a sospensione dell’istruttoria prefallimentare*, cit., p. 459.

¹³² In tal caso la “sospensione impropria” non è di tutta evidenza relativa alla tradizionale ipotesi in cui un processo prosegua davanti ad altro giudice al quale è riservato il potere decisorio su una specifica questione e per il tempo necessario a definirla.

¹³³ Cfr. Cass., 11 giugno 2013, n. 14684, in *Giur. it.*, 2013, p. 2522, con nota di L. BOGGIO. Secondo il rilevamento riportato da R. BELLÉ (a cura di), *Il ricorso per concordato preventivo*, cit., il 12% dei magistrati dispone la sospensione della procedura prefallimentare senza fondarla sulla pregiudizialità prevista dall’art. 295 c.p.c.

¹³⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *IlCaso.it*.

¹³⁵ Si vedano Cass., 24 ottobre 2012, n. 18190, in *Foro it.*, 2013, I, 1534; Cass., 8 febbraio 2011, n. 3059, in *DeJure.it*; Cass., 4 settembre 2009, n. 19214, in *Il Fall.*, 2010, p. 427 ss., con nota di F. DE SANTIS, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero*; App. Bologna, 24 giugno 2014, in *Giuraemilia.it*, 2015; App. Torino, 9 luglio 2013, in *Giur. it.*, 2014, p. 895, con nota di L. BOGGIO. In dottrina cfr. M. FERRO, *sub art.* 162, in *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro, Milanofiori Assago, 2014.

tare lo stato di crisi, considerando gli elementi di giudizio forniti dal debitore che ha presentato il ricorso, nonché dai creditori che hanno inoltrato istanza di fallimento¹³⁶. Secondo questa pronuncia quindi tra concordato e fallimento non ricorre un'ipotesi di pregiudizialità necessaria, ma un «fenomeno di consequenzialità (eventuale del fallimento, all'esito negativo della procedura di concordato) e di assorbimento (dei vizi del provvedimento di rigetto in motivi di impugnazione del successivo fallimento), che determina una mera esigenza di coordinamento fra i due procedimenti».

Tuttavia, tali assunti sono stati messi in discussione da una successiva ordinanza interlocutoria¹³⁷ che, rimettendo la questione alle Sezioni Unite, ha osservato come la perdurante vigenza del principio di prevenzione sia desumibile dal sistema, il quale riconosce un *favor* al concordato e gli attribuisce la funzione di prevenire il fallimento attraverso una soluzione alternativa che si fonda su un accordo tra il debitore e la maggioranza dei creditori.

La stagione “del coordinamento asimmetrico”. Una successiva pronuncia delle Sezioni Unite¹³⁸ ha quindi evidenziato che, data la funzione generale di prevenire il fallimento attraverso una soluzione della crisi alternativa al fallimento, tale finalità risulterebbe frustrata se fosse possibile dichiarare il fallimento in pendenza di una procedura concordataria. Di conseguenza, pur risultando superato il principio di prevenzione, quando sia pendente una procedura concordataria è possibile dichiarare il fallimento solo allorché il concordato sia stato definito con esito negativo, in seguito al verificarsi di uno degli eventi di cui agli artt. 162, 173, 179 e 180, l. fall.¹³⁹

Pertanto, il debitore in crisi può sempre presentare una domanda di concordato, ma ciò non sospende né rende improcedibile la procedura prefallimentare eventualmente già instaurata, la quale prosegue nella sua istruttoria, in quanto si può concludere con una pronuncia di rigetto. Invece, non si può concludere con la dichiarazione di fallimento, se non quando la domanda di concordato sia stata decisa in senso negativo (inammissibilità, revoca dell'ammissione, rigetto, mancata omologazione)¹⁴⁰.

¹³⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *IlCaso.it*, I, 8401; 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.

¹³⁷ Cfr. Cass., 30 aprile 2014, n. 9476, in *Foro it.*, 2014, 6, I, p. 1746.

¹³⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *IlCaso.it*.

¹³⁹ Tale principio è stato recentemente confermato dalla Cass., Sez. Un., 10 aprile 2017, n. 9146, in *IlCaso.it*, la quale ha precisato che la pendenza di una domanda di concordato preventivo impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l. fall., ma non rende improcedibile il procedimento fallimentare iniziato su istanza del creditore o su richiesta del P.M., né ne consente la sospensione.

¹⁴⁰ Le Sez. Un. 15 maggio 2015, n. 9935 precisano che non sussistendo un rapporto di pregiudizialità tecnico-giuridica tra le procedure, la dichiarazione di fallimento non è esclusa durante le eventuali fasi di impugnazione dell'esito negativo del concordato preventivo.

Pertanto, prendendo a prestito una formula utilizzata in ben altro contesto, gli effetti della proposizione di una domanda concordataria sul procedimento prefallimentare possono icasticamente definirsi alla stregua di “né aderire né sabotare”: invero, la domanda di concordato non permette al tribunale di dichiarare il fallimento ma, al contempo, non sospende la procedura prefallimentare¹⁴¹. Quest’ultima infatti prosegue potendo anche chiudersi col rigetto dell’istanza di fallimento, ma giammai con la dichiarazione di fallimento finché il procedimento concordatario è ancora in corso (tranne nel caso in cui si sia verificato uno degli eventi di cui agli artt. 162, 173, 179 e 180, l. fall.), con la precisazione che la dichiarazione di fallimento non è impedita dall’impugnazione autonoma – ove consentita – del provvedimento di diniego del concordato preventivo.

In conclusione, come affermano le Sezioni Unite, «non solo è necessario un coordinamento tra le procedure, ma è anche necessario che tale coordinamento avvenga assicurando il previo esaurimento della procedura di concordato preventivo».

Tra la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo ed il ricorso di fallimento non si ravvisa dunque un rapporto di pregiudizialità tecnico-giuridica, ma di continenza, dato che si tratta di iniziative tra loro incompatibili e volte a regolare la stessa situazione di crisi. Tuttavia, la decisione sul concordato costituisce un *prius* logico rispetto alla dichiarazione di fallimento. È necessario, quindi, un previo esame della domanda di concordato preventivo, per cui sarà possibile dichiarare il fallimento solo dopo l’esaurimento con esito negativo della procedura concordataria.

Tale impostazione anticipa una delle direttrici del disegno di legge per la riforma “delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza” elaborato dalla Commissione Rordorf, la quale tratteggia un procedimento di pre-insolvenza giudiziale unitario di tutte le iniziative di carattere giudiziale che può trovare il suo sbocco nella liquidazione coattiva o nella ristrutturazione¹⁴².

¹⁴¹ Si vedano in proposito le lucide riflessioni di M. FABIANI, *Rapporti fra fallimento e concordato preventivo – un chiarimento sui rapporti fra procedimento per dichiarazione di fallimento e per l’ammissione al concordato*, in *Riv. es. forz.*, 2014, p. 768; D. TURRONI, *Il concorso a “progressione asimmetrica” tra concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 265.

¹⁴² Lo schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l’11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d’impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l’11 marzo 2016 tradotto nel d.d.l. n. 3671 poi contrassegnato dal n. 3671-bis approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all’esame del Senato, prevede una *reductio ad unum* della fase iniziale delle varie procedure, con la creazione di un unico procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell’insolvenza, contemplando all’art. 2, tra i criteri direttivi, di «adottare un unico modello processuale per l’accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, ispirato al vigente articolo 15 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, caratterizzato da particolare celerità anche in fase di reclamo, introducendo la legittimazione ad agire anche dei soggetti con funzioni di con-

7.5. Contestuale pendenza dei procedimenti ex art. 182-bis l. fall. e per la dichiarazione di fallimento

Trasportando tali principi con riferimento ai rapporti tra accordo di ristrutturazione e fallimento, sul piano strettamente processuale, il Tribunale dovrà quindi valutare in un unico contesto l'uno e l'altro tipo di procedimento, nell'ambito di una procedura articolata in entrambi i casi in senso camerale, comunque nel rispetto del rapporto di "pregiudizialità funzionale" del tentativo di accordo rispetto alla soluzione giudiziale¹⁴³. Infatti, l'esigenza anche pubblicistica di accertare l'eventuale stato di insolvenza del debitore assume carattere preminente sull'interesse particolare del debitore, ma la procedura prefallimentare sarà subordinata al giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione¹⁴⁴.

In particolare, qualora l'azione per la declaratoria d'insolvenza sia esperita nella fase delle trattative ai sensi dell'art. 182-bis, comma 6, l. fall., il Tribunale, potrà procedere all'istruttoria prefallimentare¹⁴⁵, tuttavia non può dichiarare il fallimento ma deve previamente attendere il mancato deposito dell'accordo di ristrutturazione e – se l'accordo venga depositato – l'esito del successivo procedimento di omologa, senza poter dunque neppure emettere i provvedimenti d'urgenza previsti dall'art. 15 l. fall., in quanto questi comportano un certo grado di spossessamento dell'imprenditore, incompatibile con l'accordo di ristrutturazione.

In una sede processuale unitaria e con gli strumenti di cognizione propri dell'istruttoria prefallimentare il Tribunale dovrà appurare se lo stato delle trattative e la concreta articolazione degli accordi siano idonei a rimuovere

trollo sull'impresa, ammettendo l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza, specificando la disciplina delle misure cautelari, con attribuzione della relativa competenza anche alla corte d'appello ed armonizzando il regime delle impugnazioni, con particolare riguardo all'efficacia delle pronunce rese avverso i provvedimenti di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, ovvero di omologa del concordato» e di «dare priorità di trattazione, salvi casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche per il tramite di un diverso imprenditore, e riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non venga proposta una soluzione alternativa adeguata».

¹⁴³ Si vedano in proposito P. BARONTINI, *I rapporti tra accordi di ristrutturazione e dichiarazione di fallimento: sospensione dell'azione esecutiva o pregiudizialità tra procedure concorsuali*, cit., p. 199; A. PALUCHOWSKI, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del Tribunale nel giudizio di omologazione*, in *Il Fall.*, 2011, p. 99.

¹⁴⁴ In proposito, I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Il Fall.*, 2014, p. 1090, osserva infatti che «parlare di incompatibilità e di pregiudizialità significa semplicemente considerare che la situazione concreta che si verrebbe a determinare ove il piano si rivelasse davvero adeguato al superamento della crisi rappresenta l'antecedente logico del giudizio richiesto al tribunale con la presentazione del ricorso per fallimento. Pregiudiziale, dunque, non è l'esame dell'omologa, ma l'attuabilità del piano, che esclude l'insolvenza».

¹⁴⁵ Cfr. Cass., 4 luglio 2014, n. 15347 in *Il Fall.*, 2015, p. 537.

l'insolvenza, escludendo allo stato dunque la legittimità di una dichiarazione di fallimento.

La presentazione della proposta di ristrutturazione dovrà dunque essere considerata, insieme agli altri elementi, allo scopo di appurare la sussistenza dello stato di crisi della società e la sua gravità in termini di irreversibilità o meno, in maniera da optare per l'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall. o per l'apertura di una procedura fallimentare¹⁴⁶.

Di conseguenza, la natura della situazione di crisi sarà esaminata in un unico momento decisionale, attraverso la riunione del giudizio di omologazione e dell'istruttoria prefallimentare, verificando prioritariamente se siano omologabili gli accordi, e – unicamente in caso di risposta negativa a tale quesito – se risultano sussistenti i presupposti per la dichiarazione di fallimento¹⁴⁷.

L'imprenditore in stato di crisi dovrà depositare la documentazione presso il Tribunale competente ai sensi dell'art. 9 l. fall., ovvero quello del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa, quindi iscrivere l'istanza nel registro delle imprese¹⁴⁸. Tale richiamo implica però evidenti pro-

¹⁴⁶ Sul punto, App. Milano, 21 giugno 2011, in *Il Caso.it*, ha affermato che «La presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti non impedisce l'inizio o la prosecuzione di un procedimento per dichiarazione di fallimento», aggiungendo che «nell'ipotesi di contemporanea pendenza dei procedimenti di ristrutturazione dei debiti e per dichiarazione di fallimento, si potrà far luogo alla dichiarazione di fallimento solo qualora la crisi in cui versa il debitore sia irreversibile, dovendosi altrimenti dar corso alla prima procedura». In senso analogo, cfr. altresì Trib. Gorizia 9 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, n. 5, p. 1535.

¹⁴⁷ In proposito, vale osservare come Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, p. 701, rilevasse che nella disciplina anteriore alla riforma fallimentare del 2007 non fosse presente una norma che comportasse dalla presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti la sospensione della procedura per la dichiarazione di fallimento, in attesa del giudice sull'omologazione ovvero sull'eventuale opposizione dei creditori. Di conseguenza, l'omologazione degli accordi di ristrutturazione e il procedimento per la declaratoria d'insolvenza erano reciprocamente indifferenti, ben potendo, nelle more dell'omologazione, i creditori non aderenti avanzare domanda di fallimento nei confronti dell'imprenditore in crisi. Al pari quest'ultimo, in pendenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento, poteva depositare presso la cancelleria del Tribunale un accordo di ristrutturazione per ottenerne l'omologazione. Tuttavia il Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Il Fall.*, 2010, p. 195, ha rimarcato l'«evidente rapporto di connessione e di pregiudizialità tra la richiesta di omologa degli accordi di ristrutturazione e l'istanza di fallimento del P.M. Quest'ultima, infatti, potrebbe essere accolta – nel ricorso, beninteso, dei relativi presupposti oggettivi e soggettivi – solo quando non sussistessero le condizioni per procedere all'omologa degli accordi di ristrutturazione, visto che, invece, sussistendo tali condizioni, ne risulterebbe per ciò stesso dimostrato il superamento di quello stato di crisi».

¹⁴⁸ Cfr. per approfondimenti S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, cit., p. 641. Mentre la prassi dei Tribunali è di fatto divisa sul deposito dell'accordo presso il registro delle imprese e dopo al Tribunale, ovvero presso la cancelleria del Tribunale e successivamente al registro delle imprese (cfr. M. FERRO-A. RUGGIERO-A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristruttu-*

blemi di coordinamento con il procedimento di omologa dell'accordo, per il quale è stato ritenuto competente, in assenza di esplicite indicazioni legislative, il Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede legale, visto che l'accordo deve in ogni caso essere pubblicato proprio nel registro delle imprese del luogo in cui l'impresa ha la sede legale¹⁴⁹.

Tuttavia, la trattazione unitaria dell'istruttoria prefallimentare congiuntamente al procedimento di sospensione previsto dalla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, farebbe propendere per individuare la competenza in capo al giudice della sede principale dell'impresa¹⁵⁰. Questo, infatti, costituisce foro competente sia per la dichiarazione di fallimento, sia per l'istanza di moratoria delle azioni: si estende dunque agli accordi di ristrutturazione la regola della *perpetuatio jurisdictionis*¹⁵¹.

Giova evidenziare come la conclusione dell'accordo comporti una modifica *in pejus* rispetto al contenuto dell'obbligazione originaria. Poiché l'eventuale declaratoria di fallimento del debitore dopo l'omologa dell'accordo consentirebbe al creditore di chiedere l'ammissione al passivo solo per l'importo del credito risultante dall'obbligazione ristrutturata contenuta nel contratto di salvataggio, il creditore sarà restio ad aderire o sarà portato a negoziare condizioni che quanto meno evitino una riduzione del *quantum* dell'obbligazione, rendendo difficile il raggiungimento della soglia minima di adesione dei creditori.

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui il fallimento sopraggiunga all'omologa dell'accordo sarebbe opportuno prevedere il ripristino dell'obbligazione originaria in favore dei creditori aderenti.

zione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine, cit., p. 436), la dottrina maggioritaria ritiene che l'accordo possa pubblicarsi unicamente dopo che la domanda di omologazione sia stata depositata in Tribunale, come afferma G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 674; A. COPPOLA, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis l. fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, su *FallimentoOnLine.it*, 2006; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 581.

¹⁴⁹ In merito si era posto il problema dell'individuazione del Tribunale competente per l'omologazione dell'accordo, e cioè se questo dovesse essere quello della sede legale dell'impresa o invece quello della sede principale di cui all'art 9 l. fall. che individua la competenza per la dichiarazione di fallimento. Sul punto si registra come la netta maggioranza dei tribunali abbia ritenuto individuare la competenza nel luogo in cui si trova la sede principale dell'impresa, in considerazione dell'esplicito richiamo al comma 1 dell'art. 182-bis l. fall. dell'art. 161 l. fall., come si evince ancora da M. FERRO-A. RUGGIERO-A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, cit., p. 436.

¹⁵⁰ Il Tribunale giudica in composizione collegiale secondo quanto disposto dall'art. 50-bis, comma 2, c.p.c.

¹⁵¹ Già in tal senso G. RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 665. Cfr. inoltre S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, cit., p. 641.

CAPITOLO V

ANALISI EFFETTUALE DEGLI ACCORDI

SOMMARIO: 1. L'efficacia dell'accordo. – 2. L'efficacia sottoposta alla condizione della mancata omologazione. – 2.1. La prassi nel codice di commercio del 1882. – 2.2. La condizione risolutiva del fallimento nei concordati stragiudiziali. – 2.3. L'efficacia dell'accordo subordinata alla sua omologazione. – 3. Funzione della pubblicazione. – 4. Rilevanza dell'accordo nell'ambito effettuale. – 4.1. Definizione dei creditori aderenti. – 4.2. Effetti sull'accordo in relazione all'omologa. – 5. Effetti dell'accordo sui terzi non aderenti: specificità civilistiche. – 5.1. Le soluzioni deliberative e l'abuso nella formazione delle classi concordatarie. – 5.2. Le soluzioni contrattuali. – 5.3. Pagamento in favore dei creditori non aderenti. – 5.4. Gli effetti dell'accordo nei confronti dei terzi. – 5.5. L'opposizione all'omologa. – 5.6. L'esenzione dalla revocatoria nel *trade off* tra efficacia ed efficienza. – 6. L'efficacia verso i terzi negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. – 6.1. Art. 182-septies l. fall., principio di relatività e contratto a favore di terzi. – 6.2. L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari come contratto a favore di terzi. – 6.3. Il rifiuto del terzo e la valutazione dell'abuso del diritto. – 6.4. Il rifiuto di contrarre come fattispecie di abuso. – 6.5. Le categorie dei creditori e l'estensione degli accordi ai non aderenti. – 6.6. La sorte delle ipoteche giudiziali. – 6.7. Estensione degli effetti e raccolta delle adesioni. – 6.8. Il giudizio di omologa del Tribunale. – 6.9. La soddisfazione in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

1. *L'efficacia dell'accordo*

Dopo aver compiuto l'analisi della complessa fase delle trattative che portano alla conclusione degli accordi di ristrutturazione, risulta imprescindibile far convergere la lente investigativa del civilista sugli effetti collegati a tali accordi: effetti legali ed effetti negoziali sui creditori aderenti e su quelli che scelgono di rimanerne estranei. Particolare attenzione sarà rivolta agli effetti dell'accordo sui creditori non aderenti e – nel capitolo successivo – alle patologie (e ai possibili rimedi) che possono colpire l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

È di peculiare momento osservare come l'indagine relativa agli effetti e alle patologie dell'accordo sia intrinsecamente legata alla precedente analisi circa la natura contrattuale dell'istituto e alla sua possibile configurazione strutturale, costituendone il diretto esito.

Si procederà, dunque, ad un esame degli effetti dell'accordo di ristruttu-

razione, considerato come operazione economica unitaria, non solo quale struttura emergente *ex post*, ma anche come fenomeno giuridico in divenire, quale atto di autonomia che contempla una composita sequenza comprendente il regolamento negoziale, le condotte ad esso connesse al fine della realizzazione dei risultati previsti, nonché la situazione oggettiva complessiva, osservata dunque nel suo dinamismo.

A tal proposito, occorre ricordare che ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma 2, l. fall. l'accordo di ristrutturazione dei debiti è pubblicato nel registro delle imprese¹. La pubblicazione presso il registro delle imprese. Tale pubblicazione, a pena di inammissibilità del ricorso, dovrà riguardare l'accordo già concluso e recante le sottoscrizioni dei creditori aderenti e non già una mera proposta di accordo².

La data della pubblicazione assume importanza decisiva giacché essa segna l'efficacia legale dell'accordo. Inoltre, costituisce il *dies a quo* sia per il computo dei trenta giorni entro i quali i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione, sia per il calcolo del periodo di sessanta giorni in cui – quale “ombrello protettivo” ulteriore a quello relativo alla revocatoria – è inibito ai creditori per titolo e causa anteriore iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, stabilendo altresì la sospensione del decorso dei termini che porterebbero a maturazione di eventuali prescrizioni e decadenze in corso.

La produzione degli effetti negoziali può essere tuttavia anticipata ovvero ritardata rispetto alla data della pubblicazione che segna la produzione degli effetti legali. Infatti, come detto, l'accordo si conclude ai sensi dell'art. 1326 c.c., al pari degli altri contratti consensuali, nel momento in cui l'accettazione dell'ultimo creditore giunge a conoscenza di tutte le altre parti, in

¹ Il legislatore non specifica di quale luogo ma appare ovvio che intende riferirsi a quello in cui l'impresa ha la propria sede principale.

² In tal senso, si veda Trib. Vicenza, 21 dicembre 2009, in *IlCaso.it*. Sul punto giova evidenziare come possa rivelarsi opportuno sottoporre ai creditori, attraverso la pubblicazione nel registro delle imprese, oltre all'accordo di ristrutturazione dei debiti, anche la relazione dell'esperto e degli eventuali piani finanziari e industriali sulla cui attendibilità si basa la concessione di finanziamenti o l'acquisizione di un ramo d'azienda, nel caso in cui i dati risultanti da tali piani non siano stati recepiti nell'accordo. A tali documenti si potranno aggiungere eventualmente anche la transazione fiscale, le planimetrie dei beni immobili da vendere o da offrire in garanzia. Inoltre, nell'ipotesi in cui la ristrutturazione coinvolga più società operanti nella forma di gruppo, è opportuno allegare anche un piano di risanamento che manifesti la strategia complessiva di ristrutturazione relativa all'intero gruppo. Infatti, in proposito il Trib. di Roma, 5 novembre 2009, in *IlCaso.it*, osserva che «qualora l'accordo *ex art. 182-bis* legge fall. costituisca un elemento essenziale di un più ampio piano di ristrutturazione del gruppo di imprese del quale fa parte la proponente, anche quest'ultimo documento dovrà essere depositato presso il registro delle imprese, specialmente nel caso in cui l'accordo di ristrutturazione acquisti pienezza di significato solo nell'ambito del più generale piano aziendale. Al fine di verificare che l'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* legge fall. assicuri il pagamento dei creditori estranei, il Tribunale ha facoltà di richiedere all'imprenditore la documentazione che consenta di esprimere la valutazione in questione».

ipotesi di contratto plurilaterale, ovvero con lo scambio dei consensi tra l'imprenditore e ciascun creditore in caso di fascio di contratti collegati.

L'effetto della ristrutturazione e del superamento dello stato di crisi si potrebbe, quindi, verificare in modo istantaneo, per effetto degli atti abdicativi dei creditori aderenti, con la firma dell'accordo o con il suo deposito, analogamente ai tradizionali e meno articolati *pacta ut minus solvatur* realizzati tra debitore e creditore³. Grazie a tali contratti, che assumono la medesima funzione degli accordi di ristrutturazione, il creditore, pur di ottenere una soddisfazione parziale della sua pretesa pregiudicata dalla situazione di crisi del debitore, accetta una riduzione del proprio credito o una sua dilazione.

La discrasia tra effetti negoziali – realizzati fin dalla stipula – ed effetti legali collegabili all'omologazione – che conseguono dalla pubblicazione nel registro delle imprese – comporta che vi potranno essere: accordi non espressamente finalizzati a realizzare gli effetti previsti dalla norma fallimentare; accordi genericamente volti al superamento dello stato di crisi ma senza l'esplicito intento di perseguire gli effetti ricollegabili all'art. 182-*bis* l. fall.; e, infine, accordi in cui le parti apertamente condizionano l'efficacia dell'accordo all'esito favorevole dell'omologazione.

Qualora i paciscenti decidano di stipulare un accordo dal quale, pur senza specificare la volontà di perseguire gli effetti della legge fallimentare, si possa desumere il non precisato obiettivo di rimuovere la situazione di crisi, occorrerà accertare la sussistenza o meno di una condizione implicita della sua destinazione al deposito e alla conseguente homologazione.

Tuttavia, nella prassi si tende a preferire all'efficacia istantanea dell'accordo di ristrutturazione, la produzione di effetti subordinata all'omologa giudiziale, a partire dal quale i paciscenti possono godere del beneficio dell'esenzione dall'azione revocatoria.

Giova ricordare come la stipula di un accordo di ristrutturazione non comporti alcuno spossessamento in quanto il debitore, dopo la stipulazione di tale contratto conserva l'amministrazione e la titolarità dei suoi beni, né i rapporti giuridici preesistenti subiscono modificazioni in conseguenza del perfezionamento di un accordo di ristrutturazione, eccetto la possibilità di risolvere il contratto di lavoro invocando l'*exceptio inadimplenti*⁴.

³ Giova sottolineare che l'origine romanistica del *pactum ut minus solvatur*, sovente utilizzato tra il chiamato all'eredità onerata dai debiti ed i creditori del *de cuius*, presenta molti elementi di affinità rispetto al concordato benché costituisca unicamente una modalità a beneficio dei creditori per vedere soddisfatto il proprio credito senza incorrere nell'istituto dell'eredità giacente, mentre il chiamato all'eredità riceverà una parte dell'attivo ereditario in valuta reale. Tuttavia tale *pactum* non comporta la remissione diretta di un debito in quanto solo con l'accettazione i creditori del *de cuius* diventano creditori del chiamato all'eredità.

⁴ Ovvero di rassegnare le dimissioni per giusta causa, con richiesta di pagamento dell'indennità sostitutiva di preavviso. Si applica in tal caso l'art. 2119, c.p.v., c.c. che pre-

2. L'efficacia sottoposta alla condizione della mancata omologazione

Come argomentato in precedenza, la finalizzazione del contratto all'omologa non è necessariamente riscontrabile, posto che l'accordo risulta valido ed efficace già prima dell'omologazione e a prescindere da essa; infatti è ben possibile che i contraenti vogliano in ogni caso vincolarsi al regolamento negoziale. Nulla osta, inoltre, a che i creditori siano del tutto esclusi dall'iniziativa della richiesta di pubblicazione e di omologazione del contratto, rimanendo estranei, se non inconsapevoli, all'istanza del debitore, unico ad avere la legittimazione processuale a proporre la domanda.

È al contempo ammissibile, del resto, che l'efficacia dell'accordo non sia stata subordinata dalle parti al perfezionamento del procedimento di cui all'art. 182-bis l. fall., sebbene i contraenti abbiano rispettato i requisiti normativamente previsti⁵.

Nella prassi, tuttavia, si osserva che i contraenti sottopongono l'efficacia dell'accordo ad una condizione risolutiva espressa, indicando quale evento condizionante la mancata omologazione, e quindi la non produzione dei relativi effetti legali, con la conseguente dichiarazione di fallimento⁶.

scrive la regola della continuazione del rapporto lavorativo con riferimento alla procedura di fallimento e di liquidazione coatta amministrativa. Tale disposizione, applicandosi a procedure a carattere liquidatorio, risulta a fortiori applicabile anche agli accordi di ristrutturazione che perseguono una finalità conservativa. Si veda in merito A. CAIAFA, *Sorte del rapporto di lavoro nelle procedure in crisi*, in A. CAIAFA-R. COSIO (a cura di), *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, Milano, 2008, p. 266.

⁵ Si vedano in merito V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 370; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1098; V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, cit., p. 498; G. DI LORENZO, *Accordo di ristrutturazione ed effetti inter partes*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 555. *Contra* cfr. App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 297, con nota di D. MANENTE.

⁶ Sulla qualificazione di tale condizione come sospensiva ovvero risolutiva non vi registrano posizioni univoche in dottrina. Infatti mentre per M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 342, e G. VERNA, in *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 942, si tratta di una condizione sospensiva, E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 121, e F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, cit., 938, sostengono l'ipotesi di una condizione risolutiva. In merito alla qualificazione della condizione la Cassazione ha affermato che «ai fini della distinzione tra condizione sospensiva e risolutiva, occorre aver riguardo più che alla qualifica che le attribuiscono le parti, alle modalità da esse stabilite per il regolamento del rapporto nello stadio di pendenza della condizione. Tale accertamento costituisce un'indagine di fatto, riservata al giudice di merito, che può essere censurata in sede di legittimità soltanto per vizi di motivazione» (così Cass., 17 agosto 2000, n. 10921, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 1812). Ora, premettendo che la condizione sospensiva negativa si può trasformare in una condizione risolutiva positiva, nella prassi sarà molto più frequente che si subordini la risoluzione del contratto all'eventualità che si dichiarino il fallimento del debitore ovvero che si condizioni l'efficacia dell'accordo alla sua omologazione, più che si

2.1. La prassi nel codice di commercio del 1882

La descritta pratica era già presente nell'imperio del codice di commercio, laddove certa dottrina riteneva implicita nel concordato amichevole la condizione risolutiva che non fosse dichiarato il fallimento; altrimenti si riteneva che in ipotesi di sopravvenuta decozione si sarebbero effettuati pagamenti in pregiudizio della massa fallimentare⁷. L'accordo era dunque efficace fino a che non fosse sopravvenuta la dichiarazione d'insolvenza su istanza di terzi o di un creditore, in quanto il fallimento era considerato l'unico evento idoneo a produrre la risoluzione del concordato. Questo era ritenuto un c.d. "contratto unilaterale" ai sensi dell'allora art. 1100 c.c., secondo il quale assumevano tale configurazione i contratti in cui le parti si obbligano nei confronti di altre, senza che queste assumessero obbligazioni.

La tesi che sosteneva la presenza di una condizione risolutiva tacita insita nel concordato già al momento della sua formazione, era tuttavia avversata da quanti⁸ – a ragione a parere di chi scrive – osservavano che il fallimento costituisse invece una causa di risoluzione di un contratto ai sensi dell'allora imperante art. 1165 c.c. Tale norma, recependo il modello dell'art. 1184 *code civil*, prevedeva che in tutti i contratti sinallagmatici l'inadempimento dell'obbligazione di una parte costituisse la tacita condizione risolutiva dell'obbligazione corrispettiva.

Gli effetti della condizione risolutiva erano tuttavia subordinati alla domanda di risoluzione del contratto della parte *in bonis* al giudice, il quale aveva la facoltà di concedere al contraente inadempiente un termine di grazia. Accanto a tale tipologia di risoluzione le parti potevano tuttavia risolvere in via convenzionale il contratto per mezzo di un patto che costituiva, in varie modalità, una condizione risolutiva espressa e dunque una fattispecie risolutoria automatica alternativa a quella giudiziale⁹.

deduca sotto condizione sospensiva l'evento della mancata dichiarazione d'insolvenza. Ai fini della qualificazione della condizione bisognerà dunque indagare se le parti abbiano dato immediata esecuzione alla realizzazione del programma contrattuale senza attendere l'omologa (in tal caso l'eventuale condizione sarà risolutiva) o se viceversa attendano l'*imprimatur* giudiziale per rendere efficace l'accordo di ristrutturazione.

⁷Tale posizione appoggiata da autorevoli commentatori quali U. RAMELLA, *Trattato del fallimento*, II, Milano, 1915, p. 370; A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare*, Roma, 1932, p. 611; L. ROCCHI, *Sul concordato amichevole e stragiudiziale*, in *Foro it.*, 1934, I, p. 867; G. BONELLI, in *Del fallimento*, cit., 1939, pp. 42 e 50, e successivamente da G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., p. 479, trovava conforto in giurisprudenza da Cass., 11 aprile 1931, in *Mass. Giur. it.*, 1931, p. 282 e App. Milano, 19 giugno 1934, in *Dir. fall.*, 1935, p. 340.

⁸Sul punto, si veda su tutti A. NATI, *Del concordato con speciale riguardo al concordato stragiudiziale*, Roma, 1936, p. 237.

⁹In proposito, si rinvia a M. RUBINO, *Della clausola risolutiva nei contratti di mutuo fondiario*, in *Dir. e giur.*, 1917, II, p. 406. Sulla condizione risolutiva espressa e al suo rapporto con la clausola risolutiva si rinvia all'analisi di U. NATOLI, *Condizione risolutiva espressa e rapporto enfiteutico*, in *Foro it.*, I, pp. 1944-46, 570. La deduzione come condizione risolutiva del contratto dell'inadempimento (o come condizione sospensiva del-

Altri, invece, opinavano che si dovesse separare la risoluzione del concordato amichevole dal successivo fallimento, mantenendo distinta l'eventuale sussistenza della condizione risolutiva tacita dal motivo determinante della volontà, posto che non era sempre vero che ogni partecipante al concordato stragiudiziale subordinasse la propria adesione alla mancata dichiarazione d'insolvenza¹⁰.

2.2. La condizione risolutiva del fallimento nei concordati stragiudiziali

Nel vigore della normativa del 1942, a chi constataba in punto di diritto che un elemento accidentale dovesse essere espressamente previsto dalle parti¹¹, ha fatto riscontro la prassi contrattuale di subordinare l'efficacia dei concordati stragiudiziali alla condizione risolutiva espressa che il debitore fosse dichiarato fallito. Tale pratica perseguiva il chiaro duplice scopo di evitare che, in caso di apertura della procedura di insolvenza, i creditori si trovasse vincolati nelle loro pretese alle limitazioni quantitative e temporali previste dall'accordo, e rimanessero sotto il giogo dell'eccezione del *pactum de non petendo*, il quale costituisce un'ipotesi atipica di rinuncia all'esercizio del diritto¹². La questione della sussistenza della relazione tra dichiarazione di fallimento, inadempimento e risoluzione del concordato stragiudiziale rimaneva dunque confinata ai casi in cui le parti non avessero espressamente previsto alcuna clausola condizionante.

La più volte menzionata pronuncia della Cassazione, che tratta in maniera analitica l'istituto dei concordati stragiudiziali¹³, aveva individuato nell'interesse a rimuovere lo stato d'insolvenza del debitore il motivo che spinge ciascun contraente ad aderire all'accordo. Tale motivo secondo gli ermellini assurgerebbe a condizione implicita di ciascun singolo negozio che compone il concordato¹⁴, condizione che è stata in maniera imprecisa accomunata

l'adempimento) è ritenuta a tutt'oggi ammissibile, rifuggendo i dubbi sulla possibile natura meramente potestativa di tale condizione. Si veda in merito G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996; R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela – L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996; E. GIACOBBE, *La deducibilità in condizione dell'adempimento della prestazione, tra libertà contrattuale e mera potestatività*, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 937, e in giurisprudenza *ex multis* Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Riv. not.*, 2007, p. 1208.

¹⁰ Si veda in merito A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 258.

¹¹ Così C. PETRUCCI, voce *Concordato stragiudiziale*, cit., p. 523, G. MONTESANO, in *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 497; A. CASTANA, in *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, cit., p. 111.

¹² In tema cfr. L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 167.

¹³ Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951.

¹⁴ La suddetta pronuncia fa riferimento all'ipotesi di un fascio di accordi collegati, ma il riferimento all'interesse ad evitare il fallimento quale motivo o presupposizione può anche essere applicato in caso di contratto plurilaterale.

alla presupposizione¹⁵. Si sposava, quindi, la posizione che considerava l'evento della dichiarazione di fallimento, con riferimento ad uno stato di insolvenza anteriore alla stipulazione degli accordi stessi, dedotto in condizione risolutiva.

In tal modo, tuttavia, si confondeva oltremodo il quadro, assimilando un elemento accidentale, quale appunto la condizione, al motivo e alla presupposizione¹⁶. A tale tesi si opponeva la dottrina che qualificava l'intento di evitare il fallimento come causa dell'accordo stragiudiziale e non come suo motivo, facendo derivare, quindi, dalla sopravvenuta dichiarazione d'insolvenza l'inefficacia del concordato stragiudiziale¹⁷.

Questo orientamento era censurato sia nel suo fondamento – in quanto l'idoneità a sottrarre l'imprenditore al fallimento è un mero effetto del nego-

¹⁵ Si esprimono qualificando come presupposizione dell'accordo stragiudiziale l'interesse ad evitare il fallimento G. VILLA, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, cit., p. 803 e G. MONTESANO, in *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 496, e con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti F. FERRO LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore «estraneo ... ma non troppo»*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 828.

¹⁶ La differenziazione tra motivo e presupposizione, tracciata dalla già richiamata pronuncia della Cassazione laddove si è affermata la presupposizione quale specifico presupposto oggettivo distinto sia dai cosiddetti presupposti causali che dai cosiddetti risultati dovuti (Cass., 25 giugno 2007, n. 12235, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, p. 1177), era già chiara nell'imperio del precedente codice. La Suprema Corte ha osservato, infatti, che la ricerca del motivo non fosse ammissibile, quando esso sia rimasto nella sfera interna dell'autore della dichiarazione della volontà senza tradursi in un apparente e concreto contenuto volitivo, noto alla parte cui la dichiarazione era diretta (Cass., 15 febbraio 1932, n. 531, in *Rep. Foro it.*, 1932); successivamente aggiungendo che il motivo soggettivo ove non sia desumibile dalla dichiarazione negoziale non possa considerarsi parte del contenuto del negozio e quindi deve essere ritenuto giuridicamente irrilevante (Cass., 20 giugno 1958, n. 2148, in *Giur. it.*, 1959, I, p. 330). Coerentemente, si è sostenuto che «il presunto dogma della irrilevanza dei motivi discenda dalla costruzione del fenomeno del negozio giuridico quale espressione della volontà del soggetto che lo pone in essere. Inoltre, l'inesistenza con cui la dottrina ha affermato l'egemonia della volontà nella costruzione del negozio giuridico ha portato a considerare che il motivo, per poter acquistare rilevanza contrattuale, deve essere stato propriamente inserito nella convenzione contrattuale, in quanto solo in tal modo esso può entrare a far parte della struttura del negozio in funzione di specifica, anche se non necessariamente esplicita, condizione del rapporto» (Cass., 2 agosto 1977, n. 3384, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 92). Allo stesso modo, la presupposizione va distinta dalla condizione, in quanto il fatto presupposto, oltre ad essere stata assunto come certa nella rappresentazione delle parti, rileva solo dopo che è stata appurata la mancata regolamentazione di esso nel contratto, visto che la presupposizione è diretta a completare la disciplina negoziale, evidenziando le basi reali dell'accordo e la completa volontà delle parti, di modo che non può tradursi in una deroga o in uno sconvolgimento dell'assetto di interessi espressamente voluto dalle parti (si veda in merito Cass., 14 gennaio 1998, n. 295, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 340). In dottrina si rinvia nuovamente a A. BELFIORE, *La presupposizione*, cit.; N. BERTOTTO, *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, cit., p. 309; S. MEZZANOTTE, *L'istituto della "presupposizione" tra teoria ed applicazione pratica*, cit., p. 2207.

¹⁷ Sul punto si vedano R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2762, e Cass., 23 giugno 1943, n. 1578, in *Dir. fall.*, 1943, II, p. 57.

zio e non causa¹⁸ – sia nei suoi corollari, laddove la mancanza di causa dovrebbe provocare non l'inefficacia bensì l'invalidità del concordato. Quest'ultima, tuttavia, sarebbe conseguenza di un elemento sopraggiunto al perfezionamento del contratto, che potrebbe, fra l'altro, essere derivante da fattori esterni alle parti contraenti¹⁹.

Più correttamente, altra dottrina qualificava il fallimento successivo alla stipulazione di un concordato stragiudiziale quale evento idoneo a provocare la risoluzione dell'accordo, data l'impossibilità sopravvenuta di eseguire la prestazione. Infatti, il debitore in conseguenza della dichiarazione d'insolvenza non godrebbe più della facoltà di disporre e amministrare i propri beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 42 l. fall., e, conseguentemente, cadrebbe nelle secche dell'impossibilità di adempiere. D'altro canto, i creditori ben potrebbero invocare l'eccezione d'inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c., liberandosi quindi dal vincolo sottoscritto nel concordato²⁰.

Tuttavia, la proponibilità del rimedio della risoluzione in caso di sopraggiunto fallimento non spiegherebbe come l'accordo stragiudiziale, pur essendo di per sé solo idoneo ad evitare la decozione e adempiuto regolarmente, debba caducare sotto la scure della risoluzione anche in seguito a situazioni o eventi estranei a quelli dedotti nel regolamento contrattuale che, tuttavia, non pregiudicano l'adempimento del concordato stesso.

A tal proposito, si è tentato di applicare alla fattispecie in oggetto il rimedio dello scioglimento²¹ (previsto nel codice civile espressamente in materia di contratto di mezzadria all'art. 2159 c.c.), il quale viene ricondotto in dottrina alla funzione del diritto di recesso che permette appunto di sciogliere il vincolo contrattuale qualora si verificano fatti tali da rendere inefficiente la prosecuzione del rapporto. Si tratta di fatti sopravvenuti che alterano, o risultano in grado di alterare, l'economia del contratto e/o gli obiettivi che le parti si siano proposte di raggiungere al momento della conclusione dello stesso²².

¹⁸ Si veda tra gli altri sulla funzione della causa del concordato stragiudiziale già G. BONELLI, in *Del fallimento*, cit., 1923, p. 126, e più recentemente D. PERRONE, *Insolvenza*, pactum de non petendo e creditori pretermessi, cit., p. 661.

¹⁹ *Ex multis* si veda A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, cit., p. 612.

²⁰ Cfr. tra gli altri F. ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, cit., p. 374

²¹ Proponeva tale singolare soluzione G. RAGUSA MAGGIORE, in *Diritto fallimentare*, cit., p. 1081.

²² In tal modo quindi si evitano le situazioni di adempimento inefficiente. Si veda in merito A. GALLARATI, *Il diritto di ritirare la «parola data» tra formule e regole: un'indagine di analisi economica del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 343, il quale inquadra in tale ipotesi di recesso per adempimento inefficiente il diritto riconosciuto a) al contraente adempiente in caso di impossibilità parziale della prestazione di controparte (art. 1464 c.c.); b) al committente qualora giudichi inefficiente la prosecuzione dell'opera (art. 1671 c.c. e art. 2227 c.c.); c) al comodante in caso di "urgente e impreveduto bisogno" (art. 1809 c.c.); d)

Le suddette differenti teorie rinvencono, tuttavia, un comun denominatore nell'effetto prodotto, tanto nel caso in cui il sopravvenuto fallimento sia considerato quale condizione risolutiva tacita, quanto nell'ipotesi di risoluzione ovvero di scioglimento dell'accordo stragiudiziale. Infatti in ogni caso in seguito alla caducazione del concordato le parti sono riportate al loro *status quo ante*, secondo l'effetto retroattivo stabilito dagli artt. 1458, 1360 e 2159 c.c. Anche qualora si considerasse l'originaria impossibilità di rimuovere l'insolvenza quale difetto genetico di causa, alla nullità conseguirebbe sul piano del rapporto l'inefficacia assoluta dell'accordo²³.

2.3. L'efficacia dell'accordo subordinata alla sua omologazione

Nell'ipotesi degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis* l. fall., l'evento dedotto in condizione è, di norma, l'omologa del giudice, per cui in caso di rigetto dell'istanza di omologazione l'accordo sarà risolto.

Inoltre, il d.lgs. n. 5/2006, novellando l'art. 72 l. fall. ha stabilito, al comma 6, l'inefficacia delle «clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento», pertanto, sarebbe inammissibile condizionare risolutivamente l'efficacia dell'accordo di ristrutturazione al successivo ipotetico fallimento.

Del resto, nell'ipotesi in cui si tratti di accordi di ristrutturazione votati a realizzare gli effetti di cui all'art. 182-*bis* l. fall., vale evidenziare come risulti

al cliente qualora non ritenga più efficiente l'azione del prestatore d'opera intellettuale (art. 2237 c.c.); e) all'appaltatore qualora l'importo delle variazioni necessarie superi il sesto del prezzo complessivo convenuto (art. 1660 c.c.); al committente qualora le suddette variazioni siano di notevole entità (art. 1660 c.c.); f) al mandante (per giusta causa art. 1723 c.c.) ed al mandatario (art. 1722 c.c.); g) al mittente nei confronti dello spedizioniere (art. 1685 c.c.); h) al committente nei confronti del commissionario (art. 1734 c.c.); i) agli eredi dell'inquilino (art. 1614 c.c.), dell'affittuario (art. 1627), delle parti di un contratto di conto corrente (art. 1833 c.c.) e del cliente della banca (art. 1845 c.c.), per evitare che su di essi gravi un aumento di costi indesiderato; j) all'assicuratore entro due mesi dal giorno in cui il proprio cliente gli comunichi mutamenti che abbiano prodotto una diminuzione del rischio tale che, se fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe portato alla stipulazione di un premio minore (art. 1987 c.c.); k) alle parti del contratto di mezzadria (art. 2159 c.c.) e di soccida (art. 2180 c.c.) qualora si verifichino «fatti tali da non consentire la prosecuzione del rapporto»; l) all'acquirente di un pacchetto turistico «tutto compreso» (artt. 11 e 12, d.lgs. n. 111/1995).

²³ In seguito alla nullità del concordato stragiudiziale dovuta alla dichiarazione di fallimento, sposando la tesi di R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2762, risulterà possibile esperire l'azione di ripetizione in relazione agli importi pagati in esecuzione dell'accordo. In merito si ricorda che invece l'azione revocatoria fallimentare sarebbe un'arma spuntata in quanto non sarebbe esercitabile nei confronti di un atto nullo posto che l'inefficacia sarebbe assorbita dalla nullità. Sui rapporti tra nullità e inefficacia si rinvia alla lucida analisi di V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 205; ID., *Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, p. 448.

impossibile dedurre in condizione la dichiarazione di fallimento. Infatti, proprio dal fallimento discende, in forza dell'art. 67 l. fall., l'effetto dell'esenzione dall'azione revocatoria dell'accordo di ristrutturazione, pertanto, i creditori aderenti potranno insinuarsi al passivo esclusivamente per il credito che risulta dall'accordo²⁴.

Giova precisare che la clausola con cui si subordina l'efficacia dell'accordo alla sua omologazione dovrà sempre essere qualificata come condizione in quanto ha ad oggetto un fatto futuro ed incerto attinente alla realizzazione del contratto o alla sua efficacia, non potendo in alcun caso essere configurata come clausola risolutiva espressa che attiene invece all'adempimento delle prestazioni corrispettive²⁵. Nella fattispecie, l'omologazione dell'accordo costituisce un evento esterno al piano delle obbligazioni presenti nel contratto ed estraneo alla sfera volitiva delle parti, risultando bensì subalterno a svariate vicende procedurali e ai requisiti previsti dal comma 1 dell'art. 182-bis l. fall.

In ogni caso appare chiaro che l'efficacia dell'accordo è rimessa all'autonomia negoziale delle parti che potranno sottoporre il contratto, già perfetto, a condizione sospensiva rendendolo inefficace sino all'avvenuta omologazione del giudice, ovvero a condizione risolutiva privandolo di efficacia in ipotesi di mancata omologazione.

3. Funzione della pubblicazione

Particolare significato assume quindi la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 182-bis l. fall. che condiziona l'efficacia dell'accordo alla pubblicazione nel registro delle imprese, permettendo a chiunque di prenderne visione. Tale disposizione rappresenta una sorta di "punto di collisione" tra l'essenza contrattualistica dell'accordo ed il suo inserimento nel contesto procedurale. Infatti se la gestione privatistica della crisi scarica sul negoziato fra una parte dei creditori e il debitore, la ricerca della miglior composizione dell'insolvenza tramite la stipulazione di un contratto di diritto civile, allora questo, ubbidiente alla disciplina di diritto comune, produrrà i suoi effetti negoziali senza il rispetto di alcun requisito pubblicitario²⁶.

²⁴ Si vedano, in tal senso, le osservazioni di E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 320, e di A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., p. 69.

²⁵ Con riferimento alla funzione della clausola risolutiva espressa in generale si rinvia alle osservazioni di F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 196. Si veda inoltre Cass., 31 agosto 2009, n. 18920, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 239, con nota di I.L. NOCERA.

²⁶ Del resto nella plurisecolare tradizione degli accordi stragiudiziali tra imprenditore e creditori non si era mai subordinata l'efficacia ad un onere pubblicitario. Si veda in me-

L'argomento storico²⁷, oltre che quello funzionale, fanno propendere per una lettura che rifiuta di considerare la pubblicizzazione nel registro delle imprese quale elemento formativo dell'atto²⁸, assegnandole invece il ruolo di adempimento necessario al fine di conseguire gli effetti legali. Infatti, la pubblicazione produce *in primis* l'inibitoria degli atti esecutivi, conservativi e cautelativi (non concordati), la possibilità di invocare l'applicazione delle speciali disposizioni di cui agli artt. 182-*quinquies* e 182-*sexies* l. fall.²⁹. Gli effetti menzionati dal comma 2 dell'art. 182-*bis* l. fall. saranno dunque soltanto quelli legali, operando l'omologazione come *condicio iuris*³⁰.

Appare degno di interesse tuttavia, iniziando l'indagine dalla fase genetica dell'accordo, esaminare in concreto il significato della pubblicazione e più in generale dell'elemento formale dell'accordo di ristrutturazione.

Si è già anticipato in precedenza che, in assenza della previsione di una particolare forma legale, il formante giurisprudenziale e dottrinario avevano sottolineato la necessità della forma scritta ai fini di poter depositare l'accordo presso il registro delle imprese e provarne l'esistenza al giudice dell'omologazione³¹. Del resto, nell'originaria formulazione del 2005 l'art. 182-*bis* esordiva in maniera sibillina con l'inciso «il debitore può depositare [...] un accordo di ristrutturazione», suggerendo quindi – oltre il deposito di una pattuizione cartolarizzata in un documento – una previsione implicita di forma *ad probationem*, motivata dall'esigenza di aver certezza del contenuto delle dichiarazioni negoziali delle parti. Ciò alla duplice ragione di far cono-

rito A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., *passim*; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 9; ID., *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 208; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 278; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.; F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, cit., p. 488; L. PANZANI, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, cit., p. 553; R. SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, cit., p. 609.

²⁷ Si veda quanto detto precedentemente riguardo l'evoluzione storica dei concordati stragiudiziali.

²⁸ Cfr. sulla pubblicazione in generale A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Tratt. dir. comm.*, I, 4, Torino, 2001, p. 102; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Codice civile, Commentario*, Milano, 2002, p. 86.

²⁹ Si osserva che l'effetto esentativo dalla revocatoria retroagisce al momento dell'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese, con la conseguenza che l'esenzione può riguardare anche atti posti in essere prima dell'omologazione, ma dopo la pubblicazione nel registro delle imprese.

³⁰ Si veda in merito M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 342.

³¹ Così Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 169; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 669; si veda in dottrina A. COPPOLA, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, cit.; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 674; L. JEANTET, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 219.

scere le stesse ai terzi per mezzo dello strumento pubblicitario e di eliminare ogni possibile ambiguità in relazione al contenuto di quanto omologato dal giudice, data la necessità di appurare – in ipotesi di eventuali azioni revocatorie – che l'atto sia “in esecuzione dell'accordo omologato”.

Con la riforma del 2007 e la novella della disposizione in parola, il dettato legale viene modificato riguardo alla previsione di deposito, statuendo che «l'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione», con l'eliminazione quindi della previsione espressa di deposito dell'accordo presso il giudice dell'omologazione.

La soppressione del suddetto inciso non comporta però il corollario della mancata necessità della forma scritta ai fini dell'omologazione, la quale quindi deve ancora ritenersi dovuta ai fini probatori, posto che persistono intatte le esigenze presenti nel vigore della precedente formulazione. Interpretando letteralmente il nuovo disposto si potrebbe, al massimo, giungere a concludere a favore di una validità di un accordo verbale di ristrutturazione del debito, il quale, tuttavia, non sarebbe efficace ai fini dell'ottenimento dell'omologazione.

Nondimeno alcune pronunce giurisprudenziali – la cui tesi è stata successivamente avvalorata in dottrina – hanno ritenuto non sufficiente la forma scritta, richiedendo anche che l'accordo sia corredato dalle sottoscrizioni autenticate di tutti gli aderenti³². In tal modo, si valorizzerebbe la genuinità della manifestazione della volontà dei creditori unitamente al momento della successiva pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, sull'implicito presupposto che l'accordo sia oggetto di iscrizione e, dunque, debba

³² La prevalente giurisprudenza è concorde nel non ritenere sufficienti semplici lettere d'intento ovvero mere dichiarazioni con firma non autenticata da notaio, risultando invece indispensabile che il debitore alleggi alla domanda le dichiarazioni autenticate notarili delle intese raggiunte con i creditori (in merito cfr. Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, p. 701), e ciò al fine di assicurare validità all'accordo stesso, valorizzando la genuinità della manifestazione di volontà del ceto creditorio e rendendo possibile la successiva pubblicazione del medesimo nel registro delle imprese (si veda in tal senso Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 169, e più in particolare Trib. Roma, 7 luglio 2005, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, p. 47, secondo la quale le adesioni dei creditori devono essere depositate in forma tale da rendere certa l'espressione del consenso, fornendo nondimeno la prova che la proposta formulata dal debitore è stata comunicata a tutto il ceto creditorio. Tuttavia il Trib. Rimini, 20 marzo 2009, in *Il Caso.it* ha ritenuto non necessario che le adesioni all'accordo fossero depositate in copia autentica. In seguito lo stesso Tribunale ha affermato che in considerazione della natura negoziale dell'accordo ed al fine di garantire a tutti i creditori che lo stesso si formi sulla base del medesimo testo, è opportuno il deposito del testo definitivo presso un pubblico ufficiale e che le sottoscrizioni della proposta e delle accettazioni siano dallo stesso autenticate in modo da verificare l'identità e i poteri dei sottoscrittori (Trib. Rimini, 23 settembre 2013, in *Il Caso.it*). In dottrina si veda in merito G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 674; G. PRESTI, *L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Il Fall.*, 2006, p. 174; P. P. MARANO, *Sub art. 182-bis*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, p. 774.

trovare applicazione il disposto dell'art. 11, comma 4, d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581. Questa norma stabilisce che l'atto da iscrivere sia depositato in originale, con sottoscrizione autenticata, se trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio, mentre negli altri casi dovrà essere depositato in copia autentica³³. Facendo leva su tale disposizione, alcuni arresti giurisprudenziali hanno affermato che l'autenticazione della firma costituisce un requisito di ammissibilità dell'accordo³⁴, non certo di validità, trattandosi di una irregolarità sanabile.

Si ricorda, in proposito, che generalmente, qualora si preveda che l'atto sia solamente depositato, non si ravvisa la necessità dell'autenticazione, in quanto in tal caso la pubblicazione dell'atto rileva con riferimento alla situazione di fatto prodotta. L'atto è infatti inteso quale mero fatto storico a prescindere dal suo concreto contenuto dispositivo, ovvero senza assumere la funzione di incidere in senso costitutivo di diritti o poteri la cui fonte non è l'atto oggetto di pubblicazione.

L'attestazione di autenticità della sottoscrizione è invece pretesa in relazione a quegli atti per i quali la pubblicazione assume la funzione di attribuire alla disposizione volitiva dell'autore effetti ulteriori rispetto a quelli propri dell'atto non iscritto, sia in ipotesi di effetti diversi da quelli eventualmente derivanti dalla semplice stipulazione dell'atto, sia in caso di mera estensione di uno o più effetti originari nei confronti di ulteriori soggetti.

Tale divisione non è tuttavia sempre rispettata visto che nel nostro ordinamento si riscontrano numerose ipotesi nelle quali dal deposito sorgono o si estinguono diritti che non trovano la loro giustificazione nell'atto pubblicato. Tra queste si richiama il decorso del termine per l'impugnativa da parte dei soci del bilancio finale di liquidazione (art. 2492, comma 3, c.c.) e da parte della Consob del bilancio di esercizio di s.p.a. quotate sottoposto a giudizio di società di revisione (art. 157, comma 2, t.u.f.); si ravvisa una fattispecie analoga con riferimento al termine per l'esercizio del diritto di opzione spettante in caso di aumento di capitale (art. 2441, comma 2, c.c.) e per ottenere la conversione delle obbligazioni di s.p.a. convertibili in azioni (art. 2420-bis c.c.)³⁵.

³³ In tal senso A. NIGRO, *Imprese commerciali ed imprese soggette a registrazione*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, I, 2, Torino, 2001, p. 685; A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 23.

³⁴ Si fa riferimento a Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Il Fall.*, 2010, p. 92, e Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Il Caso.it*. Addirittura la pronuncia romana si spinge fino a subordinare l'omologazione degli accordi alla dichiarazione notarile di autenticità delle sottoscrizioni.

³⁵ Le fattispecie suddette individuano un comune denominatore nel fatto che il perfezionamento dell'atto *ex se* fa decorrere in capo a terzi il termine per l'esercizio di diritti di pretendere prestazioni *aliunde* previste o di impugnazione dell'atto stesso senza che le dichiarazioni contenute nell'atto determinino effetti ulteriori rispetto a quelli attribuitigli dal diritto civile e, quindi, neppure quello dell'opponibilità tipico dell'iscrizione nel registro delle

Sussistono però vari argomenti a favore della non necessità dell'autenticazione delle sottoscrizioni degli aderenti. Oltre al rispetto del generale principio di libertà delle forme degli atti di autonomia privata, si riscontra la mancanza di un appiglio normativo. Invero, stando alla lettera della disposizione, non si fa alcuna menzione della forma autentica, dato che il legislatore si limita a prescrivere il deposito della documentazione³⁶ e la pubblicazione, termine atecnico utilizzato in maniera spesso ambigua³⁷.

In concreto, inoltre, l'autenticazione di ogni sottoscrizione all'accordo potrebbe rappresentare un'arma a doppio taglio nella realtà concreta della negoziazione precedente l'accordo di ristrutturazione. Se infatti da un lato assicura la certezza della provenienza della sottoscrizione, con la conseguente affidabilità di quanto oggetto di pubblicazione del registro delle imprese, dall'altro potrebbe costituire un notevole intralcio all'omologazione dell'accordo, posto che l'autenticazione si rivela notevolmente onerosa, specialmente in ipotesi di un numero elevato di creditori e nel caso in cui essi si trovino in località lontane tra loro³⁸.

Nel particolare contesto di relazioni tra creditori e imprenditore in crisi è immaginabile che non tutti siano disponibili a farsi carico del costo dell'adempimento, specialmente se l'impresa in crisi ha dimensioni ridotte e scarsa liquidità³⁹.

imprese. L'utilizzo della pubblicità del registro delle imprese anche nell'ambito del rapporto tra soci e società è spiegata con la particolare posizione – quasi da “terzo” – che assume il socio verso l'organizzazione sociale ormai disgregata. Si veda in merito G. MARASÀ-C. IBBA, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, p. 166; G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, Artt. 2492-2493, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, III, Napoli, 2004, p. 1814. Si veda in merito agli accordi di ristrutturazione L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo “tagliando” a tre anni dal “decreto competitività”*, cit., p. 46.

³⁶ Diversamente dall'iscrizione, il deposito di un atto non è condizionato all'autenticazione della sottoscrizione, dal momento che l'art. 14, d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, non contiene una disposizione analoga a quella dell'art. 11, comma 4.

³⁷ A mo' d'esempio si ricorda come l'art. 2448 c.c. designi con il termine “pubblicazione” sia l'iscrizione sia il deposito nel registro delle imprese, si veda in merito L. SALAMONE, Art. 2448, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, II, Napoli, 2004, p. 1287; C. IBBA, *Il “sistema” della pubblicità d'impresa, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 587. Non pare più perspicuo l'art. 2435 c.c. laddove stabilisce che la pubblicazione sia compiuta per mezzo di deposito della copia del bilancio approvato, per poi affermare al capoverso successivo che la stessa pubblicazione sia realizzata mediante “deposito per l'iscrizione” dell'elenco dei soci e dei titolari di diritti su azioni; sul punto cfr. G.E. COLOMBO, *La formazione del bilancio*, in G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, 7, Torino, 1994, p. 476; D. CORRADO, *Il procedimento di formazione e approvazione del bilancio*, in L.A. BIANCHI (a cura di), *La disciplina giuridica del bilancio di esercizio*, Milano, 2001, p. 1075.

³⁸ Cfr. L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo “tagliando” a tre anni dal “decreto competitività”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, p. 46; ID., *Firma autentica, «pubblicazione» nel registro delle imprese e sindacato del giudice dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 479.

³⁹ Pone l'attenzione su tale *argumentum ab inconvenienti* S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 170.

Ora, nella fattispecie dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ciò che rileva per il terzo estraneo è l'esistenza in sé di un accordo diretto a superare il dissesto e le relative disposizioni patrimoniali contenute nello stesso. Ciò in quanto, si ribadisce, l'accordo può essere omologato unicamente in presenza del consenso dei creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento del passivo e della documentazione indicata dall'art. 161 l. fall., nonché della relazione di attuabilità dell'accordo redatta da un professionista con particolare riferimento all'idoneità ad assicurare l'integrale (non più il regolare) pagamento dei creditori estranei, requisiti che non modificano quindi il rapporto tra creditore e imprenditore in crisi.

L'accordo è perfetto già prima della pubblicazione, derivando da essa effetti non neutrali sui diritti, quali l'immediato blocco delle azioni esecutive e cautelari, la maturazione dei termini prescrizionali e decadenziali e l'esenzione dall'azione revocatoria degli atti compiuti successivamente in esecuzione del piano (effetto subordinato all'omologazione dell'accordo e ovviamente alla successiva dichiarazione di fallimento)⁴⁰. La produzione di effetti negoziali, in seguito alla pubblicazione, dipenderà quindi solo da una scelta "a monte" dell'autonomia negoziale.

Se dunque potrebbe apparire pleonastico rispetto alle esigenze concrete dei soggetti interessati – ivi compresi i creditori estranei all'accordo – la necessità di autenticazione delle sottoscrizioni⁴¹, si ritiene di interpretare la formula "pubblicazione nel registro delle imprese" come "iscrizione", giustificando l'assenza di tale menzione con la superficialità del legislatore, in particolare come iscrizione avente natura costitutiva in relazione agli effetti legali prodotti, ai sensi del comma 2 dell'art. 182-bis l. fall.⁴².

⁴⁰ In proposito, il Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in *IlCaso.it*, ha affermato che «in assenza di un'esatta indicazione normativa, deve ritenersi irrilevante la circostanza che l'accordo sia stato prima depositato in tribunale o pubblicato nel registro delle imprese, posto che gli effetti dell'accordo – sia la protezione del patrimonio del debitore per il periodo di sessanta giorni decorrenti dal deposito del ricorso di sospensione relativo, sia il dies a quo per la proposizione delle opposizioni – si producono solo dalla pubblicazione nel registro delle imprese e risultando peraltro evidente che il debitore ha tutto l'interesse ad effettuare i due adempimenti o contestualmente o a breve distanza, avendo specifico interesse a che l'omologa dell'accordo intervenga prima che decada il termine di sospensione del divieto di proporre azioni esecutive sul proprio patrimonio da parte dei creditori rimasti estranei».

⁴¹ In merito si richiama il provvedimento del Trib. Rimini, 20 marzo 2009, in *IlCaso.it*, dalla quale si evince come il registro delle imprese abbia proceduto alla pubblicazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base della sola dichiarazione di conformità del documento ex art. 19 D.P.R. n. 445/2000, senza richiedere i consensi alla proposta in forma autenticata. Più recentemente, il Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in *IlCaso.it*, ha esplicitamente affermato che «in assenza di riferimenti normativi non è necessario che la sottoscrizione degli aderenti all'accordo sia autenticata da un pubblico ufficiale fidejacentente».

⁴² Non si esclude comunque che, in concreto, il conservatore del registro delle imprese, allorché dubiti dell'esistenza dell'accordo, sospenda il procedimento e richieda a chi

L'esigenza di contemperare gli interessi in gioco, considerando altresì il principio generale di libertà delle forme e di semplificazione amministrativa, spiega dunque un'interpretazione nel senso di non esigere l'autenticazione delle sottoscrizioni degli aderenti.

4. Rilevanza dell'accordo nell'ambito effettuale

4.1. Definizione dei creditori aderenti

L'acquisizione della percentuale del sessanta per cento non deve necessariamente sussistere prima dell'omologazione, in quanto rappresenta una condizione dell'omologazione e non un requisito per il perfezionamento dell'accordo⁴³, il quale si realizzerà con l'incontro delle volontà delle due parti in caso di struttura bilaterale, o con l'accettazione dell'ultimo creditore in ipotesi di contratto plurilaterale. Il raggiungimento della percentuale minima va calcolata sul totale dei crediti, includendo dunque i creditori muniti di privilegio⁴⁴.

Presenta peculiari problemi la determinazione della percentuale di adesione all'accordo qualora la ristrutturazione veda all'interno dello stesso gruppo societario, alcune società in veste di proponenti l'accordo ed altre in qualità di creditori aderenti. In tal caso, ai fini del computo della percentua-

ha presentato la domanda di deposito di dimostrarla, anche mediante produzione dell'originale con firme autenticate. Sebbene all'ufficio del registro delle imprese non sia richiesto l'accertamento della validità ed efficacia dell'atto, esso deve comunque verificare la sua esistenza. Si veda in merito G. RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, cit., p. 94, e G. MARASÀ-C. IBBA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 166.

⁴³ In tal senso si vedano C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, cit., p. 189; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, cit., p. 710; D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., p. 309; A. COPPOLA, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, cit. In giurisprudenza si veda Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 136, e la pronuncia del Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in *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., p. 675; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1100; M. FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1428; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 895; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 577; ed in giurisprudenza Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 669; App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 297; Trib. Modena, 19 novembre 2014, *IlCaso.it*. Più recentemente, secondo il Trib. Modena, 19 novembre 2014, in *IlCaso.it*, deve ritenersi necessario che le adesioni pari a tale percentuale siano presenti alla data di deposito del ricorso ex art. 182-bis l. fall.

⁴⁴ In tal senso cfr. ancora Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 669, con nota di G.B. NARDECCHIA.

le minima del sessanta per cento dei crediti, non è possibile applicare in via analogica l'art. 127, comma 6, l. fall., in tema di concordato fallimentare escludendo quindi dal calcolo delle maggioranze i crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo. Infatti, la connotazione autonoma e privatistica dell'istituto degli accordi di ristrutturazione impedisce tale interpretazione debitoria dei concordati giudiziali, dove il voto concorre al perfezionamento di una fattispecie articolata in senso procedimentale⁴⁵.

Tuttavia è possibile comprendere nel computo anche le adesioni che discendono da società controllate, collegate e controllanti. Tale inclusione deriva dal fatto che l'art. 182-bis l. fall. non fissa alcuna limitazione soggettiva relativa al calcolo dei consensi.

Inoltre, la domanda *ex art. 182-bis l. fall.* può essere diretta ad ottenere l'omologazione di una pluralità di accordi di ristrutturazione dei debiti stipulati dal debitore con i creditori che, complessivamente, rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti⁴⁶.

La percentuale del sessanta per cento deve essere calcolata, indipendentemente dalla natura dei crediti, sul passivo complessivo del debitore e, quindi, sul totale dei creditori, inclusi quindi non solo i dissenzienti, ma anche quelli titolari di legittime cause di prelazione e gli eventuali creditori estranei o non avvisati dal debitore proponente⁴⁷. Infatti, non sarebbe am-

⁴⁵ Si veda in particolare Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Il Fall.*, 2010, p. 195.

⁴⁶ In merito, cfr. Trib. Avellino, 12 novembre 2014, in *Il Caso.it*.

⁴⁷ Il raggiungimento della percentuale minima va calcolata sul totale dei crediti, essendo tuttavia ben possibile che tale quota sia raggiunta anche mediante l'adesione di un solo creditore (cfr. Trib. Ancona 12 novembre 2008, in *Il Caso.it*). Presenta peculiari problemi la determinazione delle percentuali di adesione all'accordo qualora la ristrutturazione veda all'interno dello stesso gruppo societario alcune società in veste di proponenti l'accordo e altre in qualità di creditori aderenti. In tal caso, ai fini del computo della percentuale minima del sessanta per cento dei crediti, non è possibile applicare in via analogica l'art. 127, comma 6, l. fall., in tema di concordato fallimentare escludendo quindi dal calcolo delle maggioranze i crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo. Infatti, la connotazione autonoma e privatistica dell'istituto degli accordi di ristrutturazione impedisce tale interpretazione debitoria dei concordati giudiziali, dove il voto concorre al perfezionamento di una fattispecie articolata in senso procedimentale (Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Il Fall.*, 2010, 195). Appare quindi opportuno sottolineare in proposito come sia necessario comprendere nel computo anche le adesioni che discendono da società controllate, collegate e controllanti. Tale inclusione deriva dal fatto che l'art. 182-bis l. fall. non fissa alcuna limitazione soggettiva relativa al calcolo dei consensi. Peraltro, a vantaggio delle società controllate, collegate e controllanti non si può sollecitare una preventiva compensazione legale fra partite infragruppo, al fine di attribuire un peso reale a ogni adesione delle società dello stesso gruppo societario. La soglia del sessanta per cento rappresenta un indicatore della serietà dell'accordo su base presuntiva, al di sotto del quale non appare efficiente coinvolgere risorse pubbliche e dare origine ad affidamenti illusori sull'esito positivo dell'operazione di salvataggio. È infatti evidente come non possa predeterminarsi un livello di adesioni minimo che garantisca il successo dell'accordo. Tuttavia, è palese come sia necessaria la partecipazione di un numero sufficiente in maniera da permettere il superamento della crisi dell'impre-

missibile circoscrivere l'accordo ai creditori muniti di titolo esecutivo⁴⁸.

Dal computo della soglia bisogna escludere i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione (per espressa previsione dell'art. 182-*quater*, comma 2, l. fall.) nonché i crediti contestati, in quanto altrimenti si rimetterebbe alla semplice iniziativa di terzi che vantano posizioni creditorie incerte nell'*an* e nel *quantum* l'acquisizione del valore minimo per accedere allo strumento di composizione della crisi. In tal caso, il tentativo di ristrutturazione potrebbe essere potenzialmente inibito da aspettative di credito che si potrebbero rivelare, in sede di accertamento pieno, infondate⁴⁹.

Stante l'evidente favore del legislatore per la composizione dell'insolvenza, in presenza di contestazioni su crediti, si ritiene che il vaglio del giudice in sede di omologa dell'accordo si debba concentrare sull'esame dell'attuabilità concreta del piano di ristrutturazione, verificando – con una sorta di valutazione del rischio – in che modo l'incerta posizione del creditore, qualora divenisse esigibile, possa avere conseguenze sul buon esito del tentativo

sa. La menzionata percentuale del sessanta per cento deve essere calcolata, indipendentemente dalla natura dei crediti, sul passivo complessivo del debitore e, quindi, sul totale dei creditori – inclusi quindi non solo i dissenzienti, ma anche quelli titolari di legittime cause di prelazione e gli eventuali creditori estranei o non avvisati dal debitore proponente (cfr. Trib. Ancona, 12 novembre 2008, in *IlCaso.it*; Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in *Unijuris.it*; Trib. Udine, 21 settembre 2007, *ivi*; Trib. Roma, 7 luglio 2005, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, p. 47). Infatti, non sarebbe ammissibile circoscrivere l'accordo ai creditori muniti di titolo esecutivo (Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187), né discriminare a seconda si tratti di creditori aderenti ovvero estranei (Trib. Novara, 2 ottobre 2012, in *IlCaso.it*), chirografari ovvero privilegiati (Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *IlCaso.it*; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 669). Occorre inoltre computare altresì i crediti prededucibili (Trib. Reggio Calabria, 24 gennaio 2013, in *IlCaso.it*).

⁴⁸ Si veda in quest'ultimo senso, Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187.

⁴⁹ In tal senso, cfr. Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *IlCaso.it*. In proposito tuttavia M. FERRO-A. RUGGIERO-A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, cit., p. 469, rileva come nella maggioranza dei Tribunali interpellati dall'indagine statistica i crediti contestati siano calcolati ai fini del calcolo della maggioranza. Il debitore sarà comunque prudenzialmente onerato a costituire un fondo rischi apposito o a dare conto delle ragioni per le quali non abbia costituito tale fondo nella nota integrativa di bilancio o nelle note esplicative nella situazione contabile aggiornata. Si veda in proposito G. VERNA, *Salvataggio delle imprese in crisi: le nuove regole*, Milano, 2012, p. 72. Diversa problematica riguarda se ai creditori non aderenti vada assicurato l'integrale pagamento anche qualora il loro credito risulti contestato: in proposito, Trib. Vicenza, 17 maggio 2013, in *IlCaso.it* ha affermato che nell'accordo di ristrutturazione (sia nella fase cautelare che in quella dell'omologazione) non deve essere disposto accantonamento per il credito contestato (che non va conteggiato nelle percentuali di legge), in quanto tale credito, se ed in quanto verrà accertato, dovrà essere pagato al 100% al di fuori dello stesso accordo, il quale non è destinato a perdere efficacia per questo solo motivo. *Contra*, Trib. Salerno, 21 maggio 2014, ined. secondo il quale nell'accordo di ristrutturazione sussiste l'obbligo del debitore di prevedere l'integrale pagamento anche dei crediti contestati, dovendo questi essere qualificati come crediti di creditori non aderenti.

di risanamento nel rispetto dei diritti di tutti i creditori di essere soddisfatti integralmente.

La soglia del sessanta per cento rappresenta un indicatore della serietà dell'accordo su base presuntiva, al di sotto del quale non appare efficiente coinvolgere risorse pubbliche e dare origine ad affidamenti illusori sull'esito positivo dell'operazione di salvataggio⁵⁰. È infatti evidente come non possa *a priori* predeterminarsi un livello di adesioni minimo che garantisca il successo dell'accordo.

Giova rammentare come il disegno di legge per la riforma “delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza” gemmato dai lavori della Commissione Rordorf⁵¹, preveda l'eliminazione o la riduzione di tale limite del sessanta per cento nel caso in cui il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, di cui al primo comma del'art. 182-bis l. fall., né richieda le misure protettive previste nel sesto comma della stessa norma.

A prescindere dalla configurazione strutturale, è certo che l'accordo vada concluso all'unanimità giacché il raggiungimento della soglia del sessanta per cento dei crediti deve essere raggiunta non “a” maggioranza, come nella logica propria della differente ipotesi di concordato preventivo, ma “con” la maggioranza⁵².

Di conseguenza, nel caso in cui si preveda un trattamento differenziato tra i singoli creditori aderenti, quantunque tale differenziazione creditoria possa comportare delle discriminazioni, l'accordo di ristrutturazione non risulterebbe intrinsecamente viziato, né si potrebbero per ciò solo proporre opposizioni alla sua omologazione: rientrerebbe infatti nel pieno dell'autonomia privata dei contraenti il disporre consapevolmente del proprio diritto di credito, rinunciandone in tutto o in parte⁵³.

Del resto, il declino della *par condicio* si osserva anche nella procedura concordataria. La stagione delle riforme ha invero consegnato un concordato preventivo inserito in una cornice di autonomia del proponente, là dove

⁵⁰ Sul punto si veda G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 22.

⁵¹ Cfr. lo schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016 tradotto nel d.d.l. n. 3671 poi contrassegnato dal n. 3671-bis approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all'esame del Senato.

⁵² Così in L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 348, e ancora G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 22.

⁵³ Si vedano in merito P. MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Il Fall.*, 2006, p. 101; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1093; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2533; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, cit., p. 347; G. FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 782; e ancora L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 346, e G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 32.

si dispone all'art. 160 l. fall. la possibilità di suddividere i creditori in classi, prevedendo trattamenti diversificati anche in relazione ai creditori prelatizi, con il limite del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

Inoltre, al comma 2 del suddetto articolo, il legislatore allinea il concordato preventivo al sistema, ammettendo la soddisfazione non integrale del creditore privilegiato come regola generale comune a tutte le ipotesi di liquidazione concorsuale dei beni, a condizione, tuttavia, che il piano assicuri comunque la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione. Si dovrà quindi operare un confronto con la soddisfazione sul ricavato ottenibile dal creditore dissenziente in ipotesi di liquidazione, in ragione della collocazione preferenziale, avendo riguardo al valore di mercato riferibile ai beni o diritti sui quali insiste la garanzia attestato da una relazione giurata di un professionista qualificato ai ex art. 67, comma 3, lett. d⁵⁴.

A differenza del c.d. *cram down* contemplato nel concordato preventivo, l'obiettivo del sessanta per cento dei crediti stabilito dall'art. 182-bis l. fall. non prevede una maggioranza in grado di imporre ad una eventuale minoranza dissenziente l'assetto contrattuale che è stato conseguito, confermando la natura privatistica dell'istituto⁵⁵. All'opposto del concordato, quindi,

⁵⁴ Nel caso in cui la proposta comporti la creazione di un plusvalore rispetto alla liquidazione sarà possibile sebbene non obbligatorio distribuire tale plusvalore tra le classi creditorie. In merito si veda G. FERRI, *La suddivisione dei creditori in classi*, in *Il Fall.*, 2006, p. 1026; P.F. CENSONI, *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritti di prelazione*, in *Il Fall.*, 2007, p. 435; F. MARELLI, *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2007, p. 669.

⁵⁵ Il termine *cram down* derivante dalla procedura statunitense, dove il concordato preventivo è in funzione di ristrutturazione aziendale, designa il potere da parte della *Bankruptcy Court* di – *verbatim* – “far ingoiare” ai creditori dissenzienti il *reorganization plan*. Ciò nel caso in cui almeno una delle classi dei creditori abbia votato a favore e se la classe dissenziente non riceva un trattamento iniquo (*fair and equitable standard*). Quest'ultimo requisito è interpretato nel senso del rispetto della duplice condizione che il singolo creditore non possa essere soddisfatto in misura minore rispetto a quanto potrebbe ricevere in sede di liquidazione (c.d. *best interest of creditors test*) e nel senso che una classe di creditori di grado inferiore non possa essere soddisfatta, se non a condizione che i crediti di grado superiore non vengano prima integralmente soddisfatti (c.d. *absolute priority rule*). Vale tuttavia sottolineare come vi siano rilevanti differenze tra la disciplina statunitense e quella italiana. Infatti nel nostro ordinamento la regola del *cram down* opera solo in seguito a istanza di parte, ovvero su domanda del creditore dissenziente della classe dissenziente; inoltre la valutazione giudiziale deve considerare ogni alternativa concretamente percorribile; infine il concordato preventivo non può alterare negozialmente l'ordine delle cause di prelazione. La valutazione di convenienza è circoscritta, dopo il decreto correttivo del 2007, all'ipotesi di opposizione avanzata da un creditore dissenziente, esponente di una classe dissenziente, non decisiva per l'approvazione del concordato. La netta differenza tra approvazione da parte dei creditori e omologazione da parte del Tribunale del concordato, quale fissata dal decreto correttivo, pur risolvendo ogni confusione concettuale, ha abrogato di fatto il *cram down*. Mentre infatti nel *Chapter XI* invece (§ 1129(b)) l'eventuale gruppo di creditori dissenzienti è sempre necessario per l'appro-

come detto, gli accordi di ristrutturazione (nella tipologia generale *ex art. 182-bis l. fall.*), affinché possano beneficiare del regime di favore, devono contemplare la soddisfazione per intero dei creditori non aderenti.

Qualora invece l'imprenditore non riesca a raccogliere le adesioni rappresentanti la suddetta percentuale minima di crediti vedrà rigettata la sua domanda di omologa giudiziale. Tuttavia, non dovrebbe abbandonare le speranze di ottenere l'effetto esentativo dell'azione revocatoria fallimentare. Egli potrebbe infatti puntare ad attribuire al contratto concluso con i creditori, inizialmente in previsione di ottenere il provvedimento di cui all'*art. 182-bis l. fall.*, la diversa valenza di piano di risanamento attestato, nel rispetto ovviamente delle differenze in tema di pubblicità e di procedura di eventuale interpello⁵⁶. Tale istituto di composizione negoziale della crisi permette l'esenzione del piano *ex art. 67, comma 3, lett. d, l. fall.* dall'azione revocatoria se idoneo a permettere il risanamento dell'esposizione debitoria e a garantire il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa.

Si osserva che la novella del 2010, con riferimento al computo della percentuale del sessanta per cento dei crediti, prevede all'ultimo comma dell'*art. 182-quater l. fall.*, che i crediti – anche se di titolarità dei soci – derivanti dai finanziamenti erogati in funzione della presentazione di una domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti previsti dall'accordo stesso (*art. 182-quater, comma 2, l. fall.*) siano esclusi dal calcolo della percentuale del sessanta per cento dei crediti, richiesta sia ai fini dell'omologazione dell'accordo, sia per l'istanza di sospensione depositata nel corso delle negoziazioni.

vazione del piano e viene fatto entrare forzatamente solo facendo riferimento alla convenienza della proposta concordataria per tutti i creditori appartenenti al gruppo dissenziente. Nel concordato preventivo italiano è anzitutto consentita l'approvazione del concordato con la semplice maggioranza numerica delle classi, si è rimosso il *cram down* dall'alveo della fase di approvazione e lo si è spostato in sede di omologa trasformandolo in un *singular cram down*, riferibile al solo creditore che, appartenendo a classe dissenziente, si opponga all'omologa del concordato perché considera più conveniente il fallimento; inoltre il controllo di convenienza avviene su domanda di creditore che deve promuovere opposizione e non più d'ufficio; infine la valutazione di convenienza è demandata al Tribunale soltanto se il concordato sia organizzato in classi. Si veda in merito L. PANZANI, *Creditori privilegiati, creditori chirografari e classi nel concordato preventivo*, in F. DI MARZIO (a cura di), *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, p. 343; A. MATTII, *Omologazione ed esecuzione del concordato preventivo. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. VILLANACCI (a cura di), *Il concordato preventivo*, Milano, 2010, p. 213; V. LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2010, p. 208.

⁵⁶ Ipotizzano la possibilità di tale conversione G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella l. n. 80/2005*, cit., p. 1451; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., p. 305; D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, cit., p. 1212. Si oppone alla possibilità di tale riconfigurazione S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 178.

4.2. Effetti sull'accordo in relazione all'omologa

Si è già specificato come sia necessario operare una distinzione netta tra il piano degli effetti negoziali determinati dal contratto di diritto privato e quello degli effetti legali stabiliti dagli artt. 67, comma 3, lett. *e* e 182-bis l. fall.⁵⁷ Il provvedimento di omologa in particolare assume un ruolo centrale non solo per gli effetti prodotti (esenzione da revocatoria in caso di successiva dichiarazione di fallimento e sottrazione allo spettro penale delle condotte poste in essere in esecuzione dell'accordo), ma soprattutto per la sua valenza sanante. Infatti tale provvedimento rappresenta una sorta di lavacro, generando i suoi tipici effetti legali anche nel caso in cui l'omologa sia concessa erroneamente o irregolarmente a favore di un accordo sprovvisto dei requisiti normativamente previsti⁵⁸.

Pertanto, dopo l'omologa, spirati i termini per proporre reclamo, non vi è spazio per alcuna rivalutazione, ai fini di una successiva revocatoria, della realizzabilità del piano e dell'idoneità dell'attestazione del professionista⁵⁹.

In tale aspetto si palesa una vistosa differenza concreta tra gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento dell'impresa attestati *ex art.* 67, comma 3, lett. *d*, l. fall., i quali – pur garantendo maggiore riservatezza e senza esigere il consenso dei creditori – difettano di una verifica preliminare e scontano quindi una notevole precarietà degli effetti provocati.

Infatti, nel caso in cui il piano di risanamento dovesse, in seguito ad una verifica da parte del giudice, rivelarsi *ex ante* effettivamente inidoneo a conseguire l'obiettivo del recupero finanziario dell'impresa, esso sarà considerato invalido con conseguente mancata produzione degli effetti legali ad esso connessi, in particolar modo l'esenzione dell'azione revocatoria, i quali verrebbero inevitabilmente travolti dall'annullamento del piano⁶⁰.

L'esenzione dalla revocatoria quale effetto degli accordi di ristrutturazione risulta invece immune da ogni azione invalidatoria dopo che gli accordi hanno superato il vaglio giudiziale, ciò in quanto il giudizio omologa-

⁵⁷ Sul punto si vedano le osservazioni di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 425 e V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, cit., p. 483.

⁵⁸ Concorde in tema S. BONFATTI, in S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 474.

⁵⁹ Tuttavia M. FABIANI, *Diritto fallimentare, un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 341, nota 33, ritiene che la protezione degli atti esecutivi di un piano dovrebbe «arrestarsi là dove l'atto esecutivo venga compiuto in un momento in cui il piano non è più realizzabile» giacché «in questo caso le regole della liquidazione dovrebbero prevalere sulle regole della conservazione»; e G. BUCCARELLA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013, nota 44 (richiamando M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, cit.) afferma che «pare condivisibile la tesi secondo la quale l'esenzione dalla revocatoria cessa al verificarsi di fatti sopravvenuti che determinano, secondo un criterio di diligenza professionale, la condizione che il piano sia fallito».

⁶⁰ In merito si rimanda alle osservazioni di V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., p. 306.

torio è diretto a verificare la conformità di un atto al modello legale per cui è l'omologa stessa a generare l'effetto legale esentativo⁶¹. Prima dell'omologa i creditori – salvi gli “ombrelli protettivi” durante le trattative e dopo l'iscrizione nel registro delle imprese in cui è inibita anche la proposizione della domanda di fallimento⁶² – possono esercitare contro il debitore azioni cautelari ed esecutive.

L'omologa quindi rappresenta il *dies a quo* per l'esenzione dalla revocatoria di atti, pagamenti e garanzie compiuti in esecuzione dell'accordo. Tuttavia, considerando che – come più volte sottolineato – l'interesse al risanamento dell'impresa è giudicato meritevole di tutela da parte del legislatore, sarebbe opportuno interpretare l'esenzione di cui alla lett. e del comma 3, dell'art. 67 l. fall. non in senso strettamente letterale ma come comprendente altresì gli atti, i pagamenti e le garanzie previsti in un accordo di ristrutturazione dei debiti ancora in attesa di omologa, effettuati prima della pronuncia del giudice ma sottoposti alla condizione che tale omologa sia poi pronunciata⁶³. Altrimenti l'interesse al risanamento rischierebbe di essere pregiudicato a causa dei tempi non sempre rapidi della giustizia.

Del resto, con tale interpretazione si fornirebbe anche agli atti e alle garanzie una tutela “anticipata” condizionata all'omologa in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti considerando che i pagamenti di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi hanno già un'espressa esenzione. Infatti, tali pagamenti (e non gli atti e le garanzie), ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 182-*quinquies* l. fall. non sono soggetti all'azione revocatoria, giusta autorizzazione del Tribunale e in presenza di un'attestazione che la richiesta ha per oggetto prestazioni essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori⁶⁴.

⁶¹ Sul punto cfr. A. JORIO, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, p. 105 e G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 474.

⁶² Viceversa sarebbe frustata la *ratio* della norma che parla genericamente di sospensione di azioni esecutive al fine di permettere all'accordo di giungere all'omologazione senza cadere sotto i colpi delle azioni dei creditori estranei alla contrattazione. Su tale estensione della norma si registrano tuttavia le opinioni contrarie di D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., p. 307 e F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, cit., p. 937.

⁶³ Concordano con tale interpretazione M. FABIANI, *Diritto fallimentare, un profilo organico*, cit., p. 341, nota 33; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, p. 325, nota 39; L. PANZANI-G. TARZIA, *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, cit., p. 1075.

⁶⁴ Di tale tutela potrebbero beneficiare i pagamenti che non sarebbero esentati dall'art. 67, comma 3, l. fall. come il pagamento del prezzo di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa non nei termini d'uso, ovvero i pagamenti effettuati in esecuzione

Nell'inausta ipotesi in cui l'accordo di ristrutturazione non ottenga l'omologa, sul piano degli effetti possono aprirsi due possibili scenari. Se le parti hanno subordinato la produzione degli effetti negoziali all'accoglimento della domanda di omologa, l'accordo non produrrà alcun effetto. Altrimenti il contratto, nonostante il mancato superamento del controllo giudiziale sui requisiti previsti dalla norma fallimentare, manterrà la sua efficacia negoziale⁶⁵.

Ad ogni modo, il dato certo sarà l'assoggettabilità all'azione revocatoria fallimentare degli atti, pagamenti e garanzie concesse dal debitore in esecuzione del piano, sebbene questo sia stato pubblicato, *rectius* iscritto, nel registro delle imprese. Infatti, l'efficacia legale collegata alla pubblicazione dal suddetto comma 2 dell'art. 182-*bis* l. fall. è di per sé idonea solo a sospendere le azioni cautelari ed esecutive.

Occorre ora indagare quale sia il rapporto tra efficacia dell'accordo e raggiungimento dello scopo di evitare la dichiarazione fallimentare.

Si è già accennato alle posizioni contrastanti fatte registrare in merito dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione ai concordati stragiudiziali⁶⁶. All'iniziale posizione di chiusura sostenuta da decisioni di merito, che escludeva in maniera netta l'ammissibilità di un accordo stragiudiziale al di fuori delle procedure concorsuali di stampo pubblicistico⁶⁷, hanno fatto seguito numerose pronunce della Cassazione che hanno riconosciuto cittadinanza nel nostro ordinamento ai concordati privatistici stipulati anche soltanto con una parte dei creditori, a condizione che i non aderenti potessero essere comunque soddisfatti e purché l'imprenditore potesse comunque fornire la prova della cessazione dell'insolvenza⁶⁸.

Un differente indirizzo ha invece diversificato la fattispecie a seconda che all'accordo aderisca l'intero ceto creditorio o solo una parte di esso, ri-

di un piano poi non omologato: in tali ipotesi il provvedimento di autorizzazione preventiva del tribunale sostituirebbe la condizione della futura omologa quale fonte dell'effetto stabilizzante. Cfr. in proposito G. BUCCARELLA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

⁶⁵ Si vedano in merito le osservazioni di E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 188.

⁶⁶ Cfr. paragrafo 3.3 del capitolo I.

⁶⁷ Cfr. Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 306, con nota di M. MENGHI; Trib. Roma, 1° aprile 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 646, con nota di M. SARAILE; App. Roma, 1° luglio 1985, in *Il Fall.*, 1986, p. 971; Trib. Roma, 6 dicembre 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 533; Trib. Napoli, 17 luglio 1987, in *Dir. e giur.*, 1987, p. 552; Trib. Torino, 7 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, c. 655.

⁶⁸ Su tale posizione si vedano Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366; Cass., 9 maggio 1992, n. 5525, in *Il Fall.*, 1992, p. 811; Cass., 26 giugno 1992, n. 8012, in *Il Fall.*, 1992, p. 1026; Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951, e in dottrina D. PERRONE, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, cit., p. 661; A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, cit., p. 905; A. BONSIGNORI, *I procedimenti concorsuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 354.

conoscendo solo alla prima ipotesi l'efficacia di conseguire lo scopo di evitare la decozione e attribuendo alla seconda la semplice idoneità ad incidere indirettamente sull'adempimento, senza però poter rimuovere l'insolvenza⁶⁹.

Un'ulteriore posizione ha, piuttosto, considerato decisivo al fine di evitare il fallimento il consenso al concordato stragiudiziale di tutti i creditori, reputando rilevante soltanto l'oggettiva sussistenza dell'insolvenza e non l'inadempimento di altri soggetti diversi dal debitore quali cause che hanno determinato il dissesto. Tuttavia, in caso di mancata unanimità, il debitore è gravato dall'onere di dimostrare l'esistenza di mezzi propri sufficienti a soddisfare con regolarità i creditori non aderenti⁷⁰.

In ogni caso, appare chiaro che l'obiettivo della cessazione dello stato d'insolvenza si realizzerebbe al momento della conclusione dell'accordo in cui si prevede il pagamento dei creditori, senza che sia necessario attendere l'adempimento delle prestazioni. Infatti, le obbligazioni cessano di essere esigibili già al perfezionamento del contratto, in cui si prevede ad esempio una riduzione del credito ovvero una dilazione di pagamento, con la conseguente rimozione dello stato di decozione ovviamente connessa con la concreta incidenza del credito sul patrimonio dell'imprenditore.

Qualora invece l'imprenditore ed i creditori abbiano subordinato l'efficacia negoziale del contratto all'ottenimento del provvedimento di omologazione, incastonando dunque il concordato stragiudiziale nel procedimento previsto dall'art. 182-bis l. fall., l'eliminazione del dissesto dipenderà anche dai requisiti di legge stabiliti dalla suddetta norma. Pertanto, al diniego dell'omologa seguirà verosimilmente l'apertura di una procedura di concordato preventivo o di fallimento, mentre l'accoglimento della domanda di omologazione dimostrerebbe di per sé il superamento del rischio di dichiarazione fallimentare, salvo aggravamenti delle condizioni economiche iniziali o una mancata esecuzione dell'accordo.

Infatti, i creditori non aderenti dovrebbero avere l'assicurazione di un integrale pagamento dei loro crediti, attestato dalla relazione del professionista. Quindi, non potendosi riscontrare alcun *periculum in mora*, né tanto meno avere una prova di un'insolvenza imminente, i creditori sarebbero inibiti dall'esperire azioni cautelari, dal chiedere il fallimento dell'imprenditore e dall'esigere il proprio credito, lamentando scadenze anticipate del proprio credito *ex art.* 1186 c.c.⁷¹.

Qualora dopo la pubblicazione o, *a fortiori*, dopo l'omologa giudiziale

⁶⁹ Sostengono tale orientamento Cass., 11 aprile 1992, n. 4463, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1027, con nota di G. ROMANO; Cass., 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Il Fall.*, 1993, p. 352; Trib. Torino, 6 ottobre 1992, in *Il Fall.*, 1993, p. 543.

⁷⁰ Così Cass., 19 novembre 1992, n. 12383, in *Il Fall.*, 1993, p. 310.

⁷¹ Concordano sul punto M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 357; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 346; ed E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 250.

dovessero rendersi necessarie modifiche al piano di ristrutturazione sarà necessario rinnovare il procedimento, effettuando una nuova relazione del professionista, fatti salvi tuttavia gli atti compiuti in precedenza. Ovviamente, non ogni cambiamento rende indispensabile la ripetizione, in quanto dovranno considerarsi compresi in un ragionevole margine di tolleranza gli scostamenti minimali, tali da non inficiare la coerenza complessiva dell'intero piano di salvataggio.

5. Effetti dell'accordo sui terzi non aderenti: specificità civilistiche

Il principio di diritto romano *alteri stipulari nemo potest*⁷² imporrebbe che gli effetti di un contratto riguardino soltanto i contraenti, escludendo, quindi, la possibilità di attribuire direttamente a terzi diritti ed obblighi⁷³. Tuttavia, il rigore di tale principio – messo in discussione già dai naturalisti olandesi⁷⁴ anche se perdurante fino all'ABGB del 1811⁷⁵ – risulta temperato dal codice civile sia ammettendo eccezioni al principio della relatività del contratto sia prevedendo una stipulazione in favore del terzo⁷⁶.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti riverberano effetti sui creditori non aderenti, cui l'accordo omologato dovrebbe assicurare l'integrale (non più il regolare) pagamento dei crediti. Questi, pur essendo formalmente ter-

⁷² Cfr. Dig. 45, 1, 38, 17.

⁷³ Per un'ampia panoramica si veda I. FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005, *passim*; G. GANDOLFI, *Il contratto a favore di terzi nel "codice europeo dei contratti"*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, p. 993.

⁷⁴ In particolare, Ugo Grozio aveva evidenziato la conformità al diritto naturale del contratto a favore di terzo, cfr. H. GROTIJ, *De jure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam, 1701, p. 360 (lib. II, cap. 11, § 18, n. 1): «*Si mihi facta est promissio, omitta inspectione an mea privatim intersit, quam introduxit jus Romanum, naturaliter videtur mihi acceptanti jus dari efficeindi, ut ad alterum jus perveniat, si et acceptet: ita ut medio tempore a promissore promissio revocari non possit; sed evo, cui facta est promissio, eam possim remittere. Nam is sensus juri naturae non repugnat, et verbis talis promissoris maxime congruit; neque nihil mea interest si per me alter beneficium acquirat*».

⁷⁵ Il § 881 dell'ABGB nella traduzione per il Lombardo-Veneto prevedeva che «Eccettuati i casi determinati dalla legge, niuno può fare od accettare per altri una promessa. Se però alcuno ha promesso di adoperarsi presso un terzo, od ha persino garantito la riuscita, dovrà soddisfare all'obbligazione a misura della sua promessa». In tale codice, i «casi previsti dalla legge» erano circoscritti unicamente alla rappresentanza e all'assicurazione sulla vita.

⁷⁶ Secondo A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in L. VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV Congresso Internazionale ARISTEC, Roma 13-16 settembre 1999, Torino, 2001, «il principio della relatività degli effetti del contratto, inteso nel senso rigoroso in cui è stato codificato dal legislatore napoleonico, è stretto da questa contraddizione: da un lato non può evitare di soffrire eccezioni, pena la paralisi del traffico giuridico, ma dall'altro non offre alcun appiglio per ordinare in forma ragionevolmente coerente le eccezioni di cui è contornato».

zi rispetto al patto, ne subiscono inevitabilmente gli effetti *ex lege* “di riflesso”: l'improcedibilità per sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo delle azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore e il divieto di acquisire titoli di prelazione se non concordati; l'inesigibilità per centoventi giorni (dall'omologa o dalla scadenza) del pagamento dei creditori estranei; la sottrazione all'azione revocatoria fallimentare di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo; la prededuzione nell'eventuale successivo fallimento dei finanziamenti erogati in esecuzione e/o in funzione dell'accordo omologato ai sensi degli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.⁷⁷.

Nella categoria dei creditori estranei – a differenza di quella dei crediti di massa che nascono nella procedura di fallimento e sono funzionali allo svolgimento della stessa – sono compresi sia i creditori preesistenti, sia quelli successivi all'accordo.

Giova rammentare come il problema dell'ambito di efficacia dell'accordo rispetto alla totalità dei creditori anche dissenzienti fosse avvertito come la maggiore questione con cui si confrontavano già gli statuti delle città medievali ovvero gli statuti delle arti di mercatura, dove erano comunque presenti norme volte a promuovere un accordo tra fallito e creditori volto ad evitare l'esecuzione e la vendita forzata.

I glossatori e i commentatori di diritto comune si concentravano infatti sul problema della relatività dell'accordo laddove, tra gli altri, Odofredo individuava la funzione dell'eccezione alla ordinaria efficacia *inter partes* nella circostanza che altrimenti l'opposizione di pochi creditori avrebbe potuto pregiudicare l'interesse della maggioranza⁷⁸.

In seguito, analogamente, Bartolo da Sassoferrato affermava che nelle situazioni comuni a più individui ciò che è deciso dalla maggioranza danneggia l'autonomia degli altri cointeressati unicamente *favore liberationis*⁷⁹. Il maggiore esponente della scuola dei commentatori, poneva quale presupposto dell'eccezione al principio di relatività, che il *pactum concordiae* fosse

⁷⁷ Esplicitamente sul punto cfr. C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, cit., p. 193, e D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., p. 306; F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore "estraneo ... ma non troppo"*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 825; A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 633; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 339; G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis l. fall.)*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 9; M.P. PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 283.

⁷⁸ Cfr. ODOFREDO, *Super primam Digesti veteris partem, ad l. Hodie tamen, tit. de pactis*, r.a. Bologna, 1967, fol. 78, c. 2.

⁷⁹ Cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria in primam Digesti veteris partem*, Venezia, 1570, ad l. *Hodie tamen, tit. de pactis*, fol. 82.

stipulato dai creditori *simul et semel*, ovvero fisicamente nello stesso luogo, in modo da ottenere un unico consenso: si realizzava così la costituzione di un'*universitas* tra i creditori, fondamento della concorsualità della procedura e condizione per l'estensione dell'efficacia del *pactum* anche nei confronti dei dissenzienti⁸⁰.

Occorre dunque sottoporre ad esame l'efficacia degli accordi di ristrutturazione dei debiti sui creditori non aderenti.

A monte della questione degli effetti sui creditori non aderenti vi è la questione "anagrafica" già affrontata nel capitolo II, ovvero l'individuazione della natura dell'istituto di cui all'182-*bis* l. fall., come mera *species* del concordato preventivo ovvero come figura negoziale autonoma. L'opzione per una delle due alternative è di importanza capitale giacché, fra le altre cose, da essa discende il diverso atteggiarsi degli effetti sul ceto creditorio in genere.

5.1. *Le soluzioni deliberative e l'abuso nella formazione delle classi concordatarie*

Caratteristica peculiare delle procedure concorsuali è l'attrazione di tutti i soggetti interessati in una stessa collettività, improntata al principio del concorso. I creditori da gruppo disordinato vengono organizzati all'interno di un quadro di regole che consentono di risolvere i conflitti in ordine alla riallocazione dei diritti sul patrimonio del debitore.

Invero, i creditori sono una collettività formata da soggetti disomogenei in una situazione di interdipendenza, sebbene accomunati dal medesimo interesse alla massima valorizzazione del patrimonio del debitore. Di conseguenza, le decisioni tra essi nelle procedure volontarie concordatarie non possono che essere improntate alla regola della maggioranza, al fine di accettare i trattamenti differenziati. Altrimenti, come intuitivo, vi è il concreto rischio che l'adozione di una determinata scelta, benché efficiente, sia impedita dalla posizione ostruzionistica o comunque dal potere di veto dei soggetti meno interessati dai suoi effetti⁸¹.

Nelle procedure concorsuali deliberative è comunque presente una com-

⁸⁰ Ugualmente BALDO DEGLI UBALDI, *Lectura super Digesto Veteri*, Venezia, 1577, ad l. *Hodie tamen, tit. de pactis*, fol. 138, r. col. 1., osservava: «*Et non habet dubitationem in actu collegio rum, licet consensus debet ibi praestari in forma collegii, non in forma singulorum, dum tamen videtur ubicumque statur iudicio maioris partis, licet non siti ibi dictum, ut hic*». Si vedano in merito gli approfonditi studi di U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 48, e R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 125.

⁸¹ Si veda, in generale con riferimento alla necessità di non far prevalere la volontà dei singoli e all'esigenza della regola di maggioranza in generale, F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, p. 59.

ponente negoziale in quanto il creditore dispone del proprio credito al momento del voto. Tuttavia, perché la deliberazione possa spiegare effetti nei confronti di terzi è necessario che all'atto di autonomia privata segua una pronuncia giurisdizionale di omologazione. In altre parole, l'impossibilità di una preventiva accettazione della regola della maggioranza da parte di tutti i creditori esige che l'imposizione della scelta maggioritaria avvenga attraverso l'intervento del giudice che, senza esprimere alcuna valutazione in merito alla convenienza del concordato, suggelli la correttezza del procedimento e la sussistenza della competenza della maggioranza⁸².

Infatti, al fine di completare il procedimento di approvazione della domanda concordataria occorre non solo raggiungere la maggioranza dei crediti, ma è al pari necessario il consenso della maggioranza delle classi⁸³.

Per mezzo dell'intervento giudiziale si permette quindi alle varie classi di creditori, formate su basi omogenee tenendo conto della posizione giuridica e dell'interesse economico, di superare il voto negativo di altre classi di creditori se questi ultimi non sono pregiudicati dall'approvazione del concordato, in quanto non possono ottenere altrimenti una soddisfazione maggiore. In questa maniera si rende la decisione della maggioranza efficace per tutti, rispettando la correlazione tra potere decisionale e rischio⁸⁴.

Tale meccanismo si rintraccia nelle procedure volontarie del concordato preventivo e fallimentare, dove i creditori privilegiati sono ammessi al voto

⁸² In proposito, la pronuncia della Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, p. 105, (confermata dalla successiva decisione della Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2095) ha affermato che «se il Tribunale in sede di omologazione del concordato non può procedere d'ufficio a valutazioni di convenienza del concordato, dato il determinante rilievo attribuito al consenso dei creditori, non può fondatamente ritenersi, in mancanza di espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al Tribunale, in sede di giudizio di ammissibilità, il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano, vale a dire poteri maggiori di quelli attribuiti al Tribunale in sede di omologazione, privando, quando non ritenga fattibile il piano, i creditori della possibilità di esaminare la proposta, valutarne la congruità e convenienza». Sul punto si richiama la procedura di *Reorganization* statunitense (§ 1129 (a), *Chapter XI* del *U.S. Bankruptcy Code*), che attribuisce alla Corte il potere sia di sindacare la proposizione del piano, sia di invalidarne l'accettazione o il rifiuto, nel caso in cui non siano stati realizzati *"in good faith"*. Inoltre tale disposizione permette al giudice di neutralizzare l'eventuale posizione contraria delle minoranze interne alle classi, per mezzo del *best interests of creditors test*, consentendo inoltre di convalidare il piano se esso *"does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under [...] the plan"*. Si veda in merito S. C. GILSON, *Creating value through corporate restructuring*, New York-Toronto, 2001, p. 226.

⁸³ Si veda sul punto P.G. DEMARCHI, *L'approvazione del concordato*, in S. AMBROSINI-P.G. DEMARCHI-M. VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, p. 157.

⁸⁴ Come osserva infatti L. STANGHELLINI, in *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 222, è infatti facile ipotizzare l'opposizione pretestuosa di un creditore che vanta una pretesa minima attraverso fenomeni di *free riding* o di ostruzionismo, imponendo ai creditori più interessati a comprare il suo credito a un prezzo maggiorato rispetto al suo valore.

insieme ai chirografari solo nel caso in cui rinunzino ad ottenere un'integrale soddisfazione dei loro crediti (artt. 127 e 177 l. fall.).

L'eterogeneità degli interessi economici richiede che la decisione maturi attraverso la formazione di categorie omogenee di creditori, all'interno delle quali operi la regola maggioritaria⁸⁵.

Si giustifica, dunque, il dubbio relativo all'estensione del perimetro della valutazione giudiziale sulla formazione delle classi, nel senso di limitarsi alla mera verifica della presenza del carattere dell'omogeneità ovvero di estendersi anche a censurare il criterio scelto dal debitore nella suddivisione delle classi. Non apparirebbe certamente consono allo spirito liberale della norma l'ammissibilità di un sindacato giudiziale che si tradurrebbe in un'ingerenza sulla valutazione nel merito delle scelte operate dal debitore nella soddisfazione dei creditori.

Dall'autonomia riconosciuta all'imprenditore nella formazione delle classi si comprende appunto il potere del Tribunale di esercitare quel controllo sulla correttezza della formazione delle classi stesse, finalizzato, nel quadro della composizione dell'insolvenza, a permettere la tenuta del canone di omogeneità tra i creditori appartenenti alla stessa classe. Tuttavia, il Tribunale, nel suo ruolo di supervisore, è chiamato ad un controllo di legittimità finalizzato ad una tutela sostanziale del ceto dei chirografari contro possibili abusi del debitore o di altri creditori al fine di forzare il raggiungimento della maggioranza.

Il principio della forza vincolante della maggioranza e quindi dell'estensione del concordato anche ai non aderenti all'accordo presuppone il fatto che tale maggioranza si formi in maniera corretta. Venuto meno il sindacato di convenienza del Tribunale, il quale interviene solo in caso di opposizione proposta da creditore appartenente ad una classe dissenziente, i creditori di minoranza risultano tutelati, in primo luogo, in sede di formazione del consenso, là dove deve essere assicurata la validità del procedimento, e dunque la corretta suddivisione dei creditori in classi. La difficoltà di determinare in concreto criteri di omogeneità della posizione giuridica e degli interessi dei creditori non impedisce, quindi, di individuare le disomogeneità che incidono sull'espressione di voto rendendolo abusivo⁸⁶.

⁸⁵ La latitudine dell'autonomia dell'imprenditore proponente nella divisione in classi dei creditori deve comunque garantire, al di là della difformità di trattamento economico, un'uguaglianza di trattamento del creditore e di possibilità di libera formazione del proprio convincimento. Tale uguaglianza tuttavia non può fare a meno dalla rilevanza del creditore, connessa alle dimensioni economiche della sua insoddisfazione. Si veda in merito la decisione del Trib. Piacenza, 1° settembre 2011, in *ILCaso.it*.

⁸⁶ Per posizione giuridica può farsi riferimento, innanzi tutto, al rango di protezione del credito distinguendo secondo il grado del privilegio e quindi anche dell'aspettativa economica (cfr. Trib. Pavia, 8 ottobre 2008, in *ILCaso.it*; Trib. Mantova, 30 ottobre 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 66), ma altresì a seconda che siano accertati in forza di un provvedimento giudiziale definitivo ovvero muniti di titolo esecutivo, riconosciuti, illiquidi, eventuali o condizionali, contestati. Quanto agli interessi economici, l'omogeneità degli stessi può avere

Viene qui nuovamente in rilievo la formula dell'abuso del diritto che esige un'analisi "prismatica" dell'esercizio della situazione soggettiva di vantaggio, traducendosi in una articolata valutazione nel caso concreto, ovvero dei diritti e dei doveri che caratterizzano l'esercizio e la struttura dei poteri delle parti⁸⁷.

Si apprezza, quindi, l'utilità della categoria dell'abuso di cui si ravvisano tutti gli elementi, in quanto il proponente è titolare del diritto soggettivo di formare classi, secondo una pluralità di modalità non rigidamente predefinite se non con i suddetti parametri dell'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici. In concreto, l'esercizio di tale facoltà riconosciuta dall'ordinamento, può però – pur svolgendosi nell'ambito della cornice attributiva – determinare una ingiustificata sproporzione tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui sono soggette le controparti.

Qualora le effettive modalità di formazione delle classi risultino inequivocabilmente dirette al perseguimento di un obiettivo *contra ius*, alterando lo schema formale del diritto, si realizzerà un abuso in quanto, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al proponente ed il suo atto di esercizio, la funzione obiettiva dell'atto risulterà distonica rispetto al potere che lo contempla⁸⁸.

riguardo all'esistenza o meno di aspettative di soddisfazione in forza di garanzie di terzi (Trib. Milano, 4 dicembre 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 332), ovvero alla prospettiva di prosecuzione dei rapporti o all'entità del credito, ovvero alla qualità dei creditori o all'antichità o meno del credito, all'oggetto della prestazione resa (si veda in proposito per tutte tali ulteriori ipotesi, cfr. G. BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi*, nota a Trib. Milano, 4 dicembre 2008, in *Il Fall.*, 2009, p. 426). Secondo una delle poche pronunce di legittimità in materia – Cass., 26 luglio 2012, n. 13284, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, p. 970 (richiamata da App. Roma, 15 dicembre 2014, in *IlFallimentarista.it*) – il canone dell'omogeneità delle posizioni giuridiche «consente la articolazione dei livelli, delle modalità e dei tempi di soddisfo in ragione della qualità delle pretese creditorie, chirografarie; privilegiate – quest'ultime eventualmente distinte in ragione della specifica causa di prelazione, correlata ai beni presenti nella massa attiva del concordato e dunque conformate al principio della parità di trattamento in relazione alla possibilità di realizzo dei beni soggetti a prelazione; pretese creditorie contestate, nella misura o nella qualità; pretese assistite da garanzie esterne alla massa attiva; pretese sostenute da titolo esecutivo provvisorio, ecc.; criterio volto a garantire sul piano formale le posizioni più o meno avanzate delle aspettative di soddisfo»; mentre il canone della omogeneità degli interessi economici, fa riferimento «alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito (banche, fornitori, lavoratori dipendenti, ecc.), criterio volto a garantire sul piano sostanziale la par condicio». Per ulteriori approfondimenti in merito si rinvia a G. BOZZA, *Formazione delle classi e alterabilità delle gradazioni legislative*, cit., p. 423; S. PACCHI-L. D'ORAZIO-A. COPPOLA, *Il concordato preventivo*, cit., p. 1785; G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, cit., p. 385; Id., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2015, p. 177; G. MINUTOLI, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente "classamento" dei creditori: il punto nelle prassi e in dottrina*, cit., p. 43; P.F. CENSONI, *Sull'ammissibilità di classi con unico creditore nel concordato fallimentare e preventivo*, cit., p. 326. Si vedano inoltre la giurisprudenza e la dottrina citata al Capitolo II, nota 10.

⁸⁷ Si rinvia a quanto espresso al capitolo IV paragrafo 6.1.

⁸⁸ Sul punto si veda Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Il Fall.*, 2011, p. 403, laddove

È tuttavia opportuno precisare come nella fattispecie concordataria non si configuri lo schema usuale di abuso del diritto che prevede un esercizio esorbitante rispetto ai fini previsti dall'ordinamento.

Infatti, nel concordato preventivo, come si è detto, il debitore ha ampia autonomia nella formazione delle classi e inevitabilmente persegue lo scopo di raccogliere il consenso adeguato all'approvazione della proposta⁸⁹. Tale finalità è dunque certamente lecita, ma può essere raggiunta mediante comportamenti compiuti *per occasionem iuris contra naturalem aequitatem*, ledendo dunque il principio di correttezza che rappresenta una traduzione normativa del divieto di abuso del diritto⁹⁰. Di conseguenza, l'obiettivo dell'autorità giudiziaria dovrà focalizzarsi sulla causa in concreto che regge la creazione di una classe.

Infatti, tramite l'adozione di una prospettiva euristica che consideri il complesso assetto d'interessi, tenendo conto della causa concreta e dell'intera operazione economica, il giudice deve verificare che ciascuna classe sia sorretta da una ragionevole giustificazione tecnica, senza arrestare la propria indagine alla verifica della sussistenza di caratteristiche astrattamente idonee a rendere una classe omogenea e differente dalle altre.

Il giudice dovrà quindi intervenire imponendo la creazione di nuove classi o la modifica di quelle costituite in autonomia, qualora, considerando la complessiva economia dell'operazione, ritenga che il debitore – in spregio al principio generale di buona fede applicabile anche nel diritto della crisi d'impresa – strumentalizzi l'autonomia riconosciutagli dalla legge pregiudicando i creditori mediante la formazione di un maggiore o minore numero di classi all'esclusivo fine di manipolare il consenso, deformando il diritto al dissenso di una o più di esse⁹¹.

afferma che «l'abuso del diritto altro non è se non una particolare esplicazione del principio della buona fede, inteso non solo quale parametro di comportamento ma anche quale limite all'esercizio dei diritti».

⁸⁹ Si vedano in proposito le riflessioni di M. AIELLO, *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del liquidatore giudiziale all'esperimento dell'azione di responsabilità*, in *IlFallimentarista.it*, 2011 e di S. PACCHI, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 789.

⁹⁰ Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente il vizio dell'abuso della maggioranza si basa sulla violazione dei principi di buona fede e di correttezza nell'esecuzione del contratto: Cass., 7 novembre 2008, n. 26842, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 256; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro it.*, 2006, p. 3467; Cass., 11 giugno 2003, n. 9353, in *Società*, 2004, p. 188; Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 332; Cass., 5 maggio 1995, n. 4923, in *Società*, 1995, p. 1548.

⁹¹ Come ha infatti osservato il Trib. Milano, 19 luglio 2011, in *Dir. fall.*, 2012, p. 387 (e analogamente il Trib. Piacenza, 1° settembre 2011, in *IlCaso.it*) «la valutazione della correttezza delle classi va operata in concreto, posto che la verifica del rispetto del limite finalistico individuato dalla dottrina in modo così in equivoco (limite in sostanza riconducibile alla figura dell'abuso del diritto), non può che compiersi, quanto meno quando una siffatta patologia sia espressamente prospettata come oggetto di un motivo di opposizione all'omologa, esaminando l'atto nel contesto in cui è stato posto in essere, e valutando

Non è peregrino infatti il caso in cui il proponente “diluiscia” i creditori in una massa di votanti in modo da ridurne l’influenza. Del resto, se si ritenesse sufficiente, ai fini della divisione delle classi, una minima differenziazione di trattamento priva di una plausibile rilevanza economica, non si comprenderebbe il significato dell’art. 160, comma 1, lett. c, l. fall. il quale prescrive, quale criterio di articolazione delle classi la suddivisione del ceto creditorio in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, in quanto il debitore potrebbe costituire in maniera del tutto arbitraria le classi dei creditori determinando quindi l’esito del voto.

Ugualmente dovrebbe essere sanzionata l’ipotesi in cui il debitore crei artificialmente l’omogeneità di una classe di creditori consenzienti, al mero fine di aumentare il “peso specifico” dei suoi componenti nell’ambito del voto: in tal caso il procedimento decisionale risulterebbe viziato da una fittizia proliferazione di classi finalizzata unicamente ad ottenere la maggioranza dei voti, senza che vi sia un’effettiva diversità nel livello di soddisfacimento⁹². Si realizzerebbe in tal caso un abuso dello strumento concordatario in quanto si avrebbe la creazione di una classe come *escamotage* volto alla precostituzione di un gruppo di creditori *a priori* assenziente.

Dal potere di controllo sulla correttezza delle classi assegnato al Tribunale ai sensi dell’art. 162 l. fall. deriva l’obbligo a carico del proponente di precisare le ragioni poste a fondamento dell’inclusione dei creditori in ciascuna classe. Infatti, benché non sia prescritta – a differenza dell’art. 124 l. fall. per il concordato fallimentare – la necessaria indicazione delle ragioni dei trattamenti differenziati, il piano deve essere tale da offrire una chiave di comprensione dei criteri adottati⁹³.

La corretta costituzione delle classi secondo posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei costituisce infatti l’unica garanzia per i creditori non integralmente soddisfatti e dissenzienti, posto che solo la presenza di una classe dissenziente consente in sede di omologazione al creditore ap-

in particolare, secondo il normale procedimento logico presuntivo, se dall’insieme delle circostanze evidenziate come sintomatiche della deviazione abusiva possa effettivamente desumersi l’operare di una scelta artificiosa di formazione di una classe, in quanto volta solamente a propiziare artificialmente il raggiungimento delle prescritte maggioranze». Si vedano in proposito inoltre le osservazioni di E. BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici «giudici» della fattibilità della proposta ... con il limite dell’abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 615.

⁹² L’esito della votazione può e deve essere accettato solo se scaturisce da una decisione trasparente e incondizionata, per cui il Tribunale, nell’effettuare un controllo sulle modalità di svolgimento del voto, dovrà verificare, senza ovviamente poterle contestare, le motivazioni di voto, effettuando un’analisi in concreto. Si veda l’analisi di M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un’analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 594.

⁹³ Si vedano in proposito Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, p. 571, e in dottrina le osservazioni di L. ABETE, *Tipicità delle cause di prelazione e strumenti di formazione dei privilegi fattuali*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1007, e G. LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1134.

partenente alla stessa classe di denunciare la convenienza della proposta concordataria⁹⁴.

Come argomentato in precedenza, nelle procedure volontarie concordatarie al Tribunale è dunque riconosciuto il potere di rendere efficace la proposta anche per i creditori dissenzienti, qualora si accerti che questi non subiscano le conseguenze della decisione, non avendo possibilità concrete di ottenere una soddisfazione maggiore attraverso alternative ragionevolmente attuabili⁹⁵. La riduzione della tutela dei creditori non aderenti esige, oltre ad un'adeguata informazione e ad una loro preventiva consultazione, l'imprescindibile duplice ruolo del giudice quale supervisore generale alla procedura e autorità che imprime alla volontà della maggioranza l'efficacia *erga omnes*.

5.2. Le soluzioni contrattuali

Nella differente ipotesi in cui la situazione patrimoniale dell'impresa si componga in un contratto tra alcuni interessati riguardante la ristrutturazione dei debiti, quale il concordato stragiudiziale, la situazione sarà ovviamente ordinata dai generali principi di diritto civile. In tal caso, quantunque le pretese di tutti i creditori siano in concorrenza sullo stesso patrimonio, non si riscontrerà un formale concorso né la formazione di alcuna collettività.

Come evidenziato, lo strumento degli accordi di ristrutturazione costituisce una situazione che presenta i tratti del tradizionale concordato stragiudiziale, ovvero di un negozio di diritto privato, che la legge fallimentare tutela collegando determinati effetti legali sul piano fallimentare al rispetto di certi requisiti⁹⁶.

Cominciando l'analisi della problematica dai dati inequivoci, è acclarato che il consenso alla ristrutturazione non si forma all'interno di un procedi-

⁹⁴ Occorre parimenti evidenziare come il principio generale di buona fede debba essere osservato anche dai creditori i quali possono realizzare condotte abusive a detrimento di altri, per cui «il creditore viola il parametro del comportamento corretto (art. 1175 cod. civ.) se è a conoscenza di essere collocato in una classe rispetto alla quale difetta l'omogeneità, ovvero se non dichiara che la sua posizione è significativamente diversa da quella di tutti gli altri creditori» (così M. FABIANI, *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, cit., p. 576). Si vedano in proposito le osservazioni di F. GUERRERA, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, p. 527.

⁹⁵ Sulla scorta della disciplina statunitense del *cram down* (§ 1129 (b), *Chapter XI* del *U.S. Bankruptcy Code*) e di quella tedesca (art. 245 *Insolvenzordnung*), sia l'art. 180, comma 4, l. fall. in tema di concordato preventivo, sia l'art. 129, comma 5, l. fall. in materia di concordato fallimentare subordinano infatti l'intervento giudiziale alla condizione che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti «possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

⁹⁶ Come sostengono L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, p. 345; e D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., p. 302, l'istituto degli accordi di ristrutturazione rappresenta una situazione a metà strada tra contratto e procedura, e quindi conteso tra le due aree regolamentari del negozio civilistico o del concordato preventivo.

mento giacché non è prevista alcuna adunanza o votazione⁹⁷ tra tutti gli attori interessati, ma origina nell'ambito di un negoziato che coinvolge solo alcuni creditori. Tutti gli altri creditori saranno dunque formalmente terzi, a prescindere dal titolo del loro credito, al pari dei fideiussori, dei coobbligati e degli obbligati in via di regresso con l'imprenditore in crisi.

In relazione a questi ultimi, qualora si considerassero gli accordi di ristrutturazione come procedura concorsuale – consistente in un'operazione unitaria caratterizzata causalmente dalla ristrutturazione dei debiti al fine di rendere possibile il funzionamento dell'impresa attraverso il finanziamento della sua attività – sarebbe possibile applicare analogicamente l'art. 184 l. fall. in tema di concordato preventivo. Di conseguenza, l'accordo omologato risulterebbe obbligatorio per tutti i creditori anteriori, sebbene essi mantengano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore, gli obbligati in via di regresso e gli stessi soci illimitatamente responsabili della società debitrice⁹⁸.

Tuttavia, come si è visto, dall'esito positivo del giudizio di omologazione, è previsto *ex lege* che gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore, effettuati agli aderenti in forza dell'accordo e funzionalmente necessari alla ristrutturazione del debito, siano esentati dall'azione revocatoria. Quindi, i creditori non aderenti all'accordo saranno privati di tale strumento legale di conservazione della garanzia patrimoniale vedendo inevitabilmente e irrimediabilmente ridotta la massa patrimoniale su cui possono fare affidamento per la soddisfazione dei loro crediti. Sorge quindi la questione se tale robusta diminuzione di tutela riveli o meno una vincolatività dell'accordo di ristrutturazione anche per i terzi estranei alla sua formazione⁹⁹.

⁹⁷ Sebbene non sia da escludere che l'intero ceto creditorio abbia interessi omogenei in quanto composto assai sovente pressoché interamente da banche per cui possano affidare il compito di gestire, nel loro interesse comune, il negoziato con l'imprenditore in crisi ad un unico soggetto distinto. Si vedano sul punto R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 138; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 12; S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 280; e D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., p. 305.

⁹⁸ L'*eadem ratio* è riconosciuta da G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 879; G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2006, p. 1107; G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, cit., p. 747. Sullo stesso punto con riferimento al concordato preventivo cfr. Cass., Sez. Un., 18 febbraio 1997, n. 1482, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 655. Di opinione contraria all'applicazione analogica, ammettendo che i suddetti soggetti possano beneficiare della ristrutturazione dei debiti realizzata tramite ad esempio dilazioni, remissioni o *pactum de non petendo*, E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 229; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, cit., *passim*, e S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2552; ID., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 168, che cita la Cass., 15 ottobre 2005, n. 28774 in *Il Fall.*, 2006, p. 1285.

⁹⁹ In caso di risposta positiva al quesito circa la vincolatività per i terzi dell'accordo

Applicando i principi civilistici, l'accordo, in quanto *res inter alios acta*, non potrebbe spiegare effetti negativi in capo a soggetti che non hanno contribuito alla sua formazione avendo deciso di non sottoscriverlo¹⁰⁰. Tuttavia, ciò si scontrerebbe con il tratto distintivo dell'istituto di cui all'art. 182-bis l. fall. rispetto al vecchio e fragile concordato stragiudiziale consistente nell'"ammantare di tutele" l'accordo in modo da favorire una gestione negoziale della crisi, la quale esige perciò una ricostruzione sistematica delle incidenze dell'accordo sui terzi.

5.3. Pagamento in favore dei creditori non aderenti

L'imprenditore in crisi nel gestire negozialmente la crisi d'impresa incrocia inevitabilmente le situazioni giuridiche di altri soggetti, ed è tenuto ad evitare una sorta di eterogenesi dei fini dell'autonomia contrattuale.

Infatti, delegando all'autonomia il governo della ristrutturazione dell'impresa in crisi occorre individuare assetti capaci di non limitare ingiustificatamente l'autonomia contrattuale degli altri contraenti¹⁰¹. La questione riguarda la comprensione o meno dei terzi nell'accordo di ristrutturazione ovvero la latitudine di questo, con conseguente applicazione dell'effetto esentativo, anche a coloro i quali non hanno aderito al contratto.

Come si è già osservato al paragrafo 5.2 del capitolo II, della presente analisi, l'estensione della ristrutturazione dei debiti ai creditori estranei, oltre all'indebita assimilazione degli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall. al concordato preventivo, si infrangerebbe, secondo alcuni, contro il principio di intangibilità della sfera del terzo da parte di un contratto stabilito dall'art. 1372 c.c.¹⁰².

stipulato tra l'imprenditore in crisi e i creditori, si osserverebbe tuttavia che alla riduzione della massa patrimoniale a disposizione dei creditori estranei al patto per effetto dell'esenzione da revocatoria dei pagamenti dei crediti ristrutturati corrisponderebbe anche i crediti di cui sono titolari questi ultimi. Così A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 633.

¹⁰⁰ Come sostiene C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1812, qualora il credito dei creditori non aderenti ne subisse gli effetti si assisterebbe ad una «vera e propria espropriazione dei crediti a carico degli estranei all'accordo».

¹⁰¹ Si conferma quindi una dimensione dialettica del concetto di autonomia privata, che evidenzia per dirla con P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, p. 6, «una limitazione che la legge pone a se stessa». È importante evidenziare del resto come nell'ordinamento argentino, uno dei pochi che ha dettato una disciplina speciale per gli accordi di ristrutturazione, ha previsto uno istituto quale quello dell'*acuerdo preventivo extrajudicial*, costituito da una convenzione di fonte esclusivamente privatistica ma suscettibile di ottenere l'omologazione da parte del giudice. Tale accordo in seguito all'omologazione giudiziale vincola anche i creditori rimasti estranei, che non potranno più esperire le ordinarie azioni esecutive. Si veda in merito C.A. MOLINA SANDOVAL, *Acuerdo preventivo extrajudicial*, Buenos Aires, 2003, p. 80.

¹⁰² Sul punto cfr. ancora R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 143; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*, cit. p. 708; e A. GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decre-*

Giova ribadire in merito come il nostro ordinamento, derogando al suddetto principio, ammetta nello stesso art. 1372 c.c. che il contratto produca effetti rispetto ai terzi nei casi previsti dalla legge. Invero, in giurisprudenza si sostiene che «poiché gli accordi integrano un “momento” negoziale, qualificato da un procedimento inteso a garantire all'autonomia contrattuale di debitore e creditori aderenti determinati effetti, ne consegue la completa inefficacia degli stessi rispetto a tutti i soggetti estranei, in conformità al principio generale per cui il contratto vincola soltanto le sue parti, salvo le eccezioni previste dalla legge (art. 1372, comma 2 c.c.)»¹⁰³.

Come anticipato, l'accordo di ristrutturazione produce alcuni effetti che si proiettano nella sfera giuridica di creditori che non hanno scelto di aderire al contratto.

In particolare il debitore ha facoltà di pagare i creditori estranei entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data, ed entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione. Si è già osservato come la cennata novella non debba intendersi come l'introduzione di una ipotesi di sostituzione *ex lege* del termine di scadenza originario dei crediti, bensì come una loro temporanea inesigibilità¹⁰⁴.

Come anticipato, tale effetto nella sfera giuridica dei terzi – al pari degli altri su enunciati – può pienamente integrare una di quelle deroghe al principio della relatività degli effetti del contratto previste dallo stesso art. 1372 c.c., ritenendo meritevole di maggiore tutela per l'ordinamento l'interesse ad agevolare la soluzione alternativa alla crisi d'impresa rispetto all'adempimento tempestivo del debitore nei confronti dei creditori.

Tuttavia, è possibile tentare di individuare ulteriori percorsi interpretativi che possano fugare ogni dubbio rispetto a tale effetto stabilito dal primo comma dell'art. 182-bis l. fall., accusato di realizzare, di fatto, un «esproprio del credito senza indennizzo»¹⁰⁵.

to correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali, cit., p. 628.

¹⁰³ Così, App. Napoli, 1° dicembre 2014, in *Il Caso.it*. Analogamente, cfr. Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 2275.

¹⁰⁴ In proposito, cfr. M.P. PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, cit., p. 587 afferma che «se si ammette la natura negoziale dell'accordo in esame deve ritenersi che l'art. 182-bis l. fall., così come riformato, rappresenterebbe uno dei casi in cui la legge prevede, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1372 c.c., che il contratto possa produrre effetti anche nei confronti dei terzi. Così ragionando l'articolo in esame non costituirebbe una deroga all'art. 1372 c.c., ma al contrario spiegherebbe la sua stessa logica in quanto lo stesso, pur precludendo al contratto di produrre effetti nella sfera giuridica dei terzi, fa salvi i casi previsti dalla legge». Pertanto, «la soluzione che pare preferibile nel tentativo di coniugare l'autonomia privata, la tutela dei terzi e il superamento della crisi d'impresa sembra quella di ravvisare nel termine di 120 giorni un limite massimo entro il quale i creditori estranei devono essere pagati, o secondo una diversa prospettiva, lo spazio temporale al cui interno può muoversi l'autonomia privata».

¹⁰⁵ In tal senso, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il «Decreto sviluppo»*, in *Il Civilista*, n. 7, 2013, p. 76.

Nulla vieta, infatti, di interpretare la suddetta previsione come una condizione legale di ammissibilità dell'accordo, senza che abbia alcuna influenza, pertanto, sulla posizione dei creditori estranei. Tale lettura consentirebbe di collocare la fattispecie nell'ambito della regola generale dell'efficacia *inter partes* del contratto e non tra le sue deroghe, pur previste dall'art. 1372 c.c.

La temporanea esigibilità del credito e gli ulteriori effetti sui terzi non sono infatti effetti prodotti dal contratto stipulato tra le parti ma dalla legge, in quanto è questa e non certo l'accordo tra il debitore e i creditori ad essere direttamente fonte e radice causale degli effetti sui terzi, collegati pertanto non all'accordo di ristrutturazione in sé come negozio di diritto privato, bensì al provvedimento di omologazione giudiziale.

Dati quindi gli effetti legali sui terzi connessi all'omologa o alla pubblicazione nel registro delle imprese, l'efficacia del vincolo contrattuale rimarrà circoscritta alle parti: solo i paciscenti saranno assoggettati a quanto previsto dall'accordo mentre gli ulteriori effetti sui terzi deriveranno non già dal contratto ma si produrranno comunque per espressa previsione di legge.

Si può dunque omologare un accordo in cui l'imprenditore in crisi assicuri ai creditori terzi non aderenti il pagamento tardivo ma integrale, nei centoventi giorni successivi alla scadenza originaria: in tal caso tale effetto anche se previsto nel contratto corrisponderà a quello comunque di fonte legale. In questa ipotesi, ovviamente, spirato il termine originario di scadenza, il creditore non aderente all'accordo potrà mettere in mora il debitore ed agire a tutela del proprio credito.

Tale concorso di regole di fonte convenzionale e di fonte legale deriva dalla circostanza che – come osservato più volte – l'accordo di ristrutturazione è un contratto di diritto privato attorno al quale l'ordinamento ha costruito una fattispecie procedimentale¹⁰⁶.

Pertanto, l'accordo di ristrutturazione anche dopo l'introduzione al comma 1 dell'art. 182-bis l. fall. della c.d. "moratoria" per i creditori terzi, resta una *res inter alios acta*, coerentemente con l'assunto – affermato dal "clamoroso revirement" costituito dalla sentenza Meroni¹⁰⁷ – per cui il principio dell'art. 1372 c.c. non riguarda «gli effetti riflessi che il contratto, per il solo fatto della sua esistenza, può produrre anche fuori della sfera giuridica dei contraenti»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Sul punto si vedano F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 135; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., p. 73; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 343; S. DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 559; L. FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Il Fall.*, 2015, p. 1164.

¹⁰⁷ L'espressione tra virgolette evoca il titolo della nota di F.D. BUSNELLI, *Un clamoroso "revirement" della Cassazione: dalla "questione di Superga" al "caso Meroni"*, in *Foro it.*, 1971, I, p. 1284.

¹⁰⁸ In tal senso cfr. Cass., Sez. Un., 16 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, p. 142.

In aggiunta alla chiave di lettura su esposta, è possibile fare ricorso allo schema del contratto a favore di terzi in cui uno stipulante, conformemente ad un apprezzabile interesse, attribuisce ad un terzo beneficiario un diritto nei confronti della controparte promittente.

Secondo certa dottrina si potrebbe, infatti, ascrivere la fattispecie degli accordi di ristrutturazione nell'ambito della *figura iuris* del contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.)¹⁰⁹, ritenendo l'accordo come un negozio che alcuni creditori concludono con il loro debitore anche allo scopo di garantire l'integrale pagamento dei creditori estranei, in un contesto in cui tale pagamento sarebbe alquanto in pericolo¹¹⁰. In questo caso, l'accordo di ristrutturazione dovrebbe recare la menzione espressa dei creditori estranei quali beneficiari della prestazione del pagamento integrale da parte dell'imprenditore. Il contratto a favore di terzi vedrebbe così la propria causa nel potenziare un credito precedente¹¹¹.

Inoltre, il creditore inizialmente estraneo potrebbe successivamente aderire all'accordo quando esso è stato già omologato, dichiarando di volerne profittare, in modo tale da acquistare un diritto immediato nei confronti del debitore.

Nulla esclude infatti che il creditore beneficiario possa, ad esempio, escutere nuove garanzie prestate a suo favore da altre parti del contratto oppure acquisire un privilegio rispetto agli altri creditori stipulanti. Di conseguenza, il creditore inizialmente estraneo ai fini dell'omologa, sarebbe di fatto inglobato nell'operazione economica; quindi se il piano è attuato regolarmente, in ossequio al tralatizio divieto di *venire contra factum proprium*, egli non potrebbe agire domandando ad esempio il fallimento del debitore¹¹².

Nella stessa decisione si legge che l'art. 1372 c.c. «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».

¹⁰⁹ Su tale figura si rinvia alle osservazioni e ai riferimenti dottrinari e giurisprudenziali del paragrafo 6.1 del presente capitolo.

¹¹⁰ Coerentemente si esprimono V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 370; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 349; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 323.

¹¹¹ Si veda in merito al contratto a favore di terzi in generale V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 372; S. NARDI, *Sul contratto a favore di terzi*, in *Studium iuris*, 2009, p. 134; P. TRIMARCHI, *Il contratto a favore del terzo*, in *Notariato*, 2000, p. 576.

¹¹² Sul punto di vedano le osservazioni di M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 349. Si richiama in tema la possibilità, approfondita al capitolo seguente, che l'istituto del *trust* possa svolgere un ruolo positivo proprio nel quadro degli accordi di ristrutturazione quale strumento di tutela del "terzo be-

A tale costruzione si potrebbe, tuttavia, obiettare osservando la difficoltà di qualificare il debitore come promittente nell'ambito di un contratto a favore di terzi, in quanto la sua obbligazione di eseguire il pagamento integrale nei confronti del creditore estraneo non deriverebbe dalla stipula dell'accordo di ristrutturazione, ma sarebbe ad esso anteriore e troverebbe fonte nel titolo originario, al di fuori dello schema del contratto di cui all'art. 1411 c.c.¹¹³.

Nondimeno il debitore potrebbe, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, garantire i creditori non aderenti offrendo loro, ad esempio, una garanzia personale per il soddisfacimento delle loro pretese. In questa eventualità, l'accordo potrebbe configurare un contratto a favore di terzi in quanto a vantaggio di questi sorgerebbero nuovi diritti.

Tale prestazione potrebbe essere considerata non un effetto indiretto dell'accordo ma quale elemento integrante la sua causa negoziale. Infatti, i terzi assumerebbero una veste giuridicamente rilevante all'interno dell'accordo, in quanto il loro beneficio si realizzerebbe sul piano della garanzia patrimoniale generica che assiste il creditore estraneo, con l'incremento del valore di ricavo del suo credito, prescindendo dal rapporto obbligatorio che lo vincola all'imprenditore¹¹⁴.

Nella configurazione degli accordi di ristrutturazione in cui si prevede per i creditori non aderenti unicamente la loro soddisfazione integrale, apparirebbe tuttavia assai arduo individuare l'elemento causale degli accordi nel rafforzamento del credito dei creditori terzi, visto che il loro pagamento – si ripete – costituisce non un effetto contrattuale bensì un requisito legale necessario per l'ottenimento dell'omologazione¹¹⁵.

5.4. Gli effetti dell'accordo nei confronti dei terzi

L'accordo di ristrutturazione produce effetti che si riverberano nella sfera giuridica di creditori che hanno scelto di non consentire al contratto, quali il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive, l'inesigibilità per centoventi giorni del pagamento, l'esenzone dall'azione revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato, la prededuzio-

neficiario", ovvero del creditore estraneo. Si vedano in merito *ex multis* L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, cit., p. 398; D. ZANCHI, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall.*, in *Trust e att. fid.*, 2008, p. 155.

¹¹³ Sul punto si rinvia alle osservazioni di F. FERRO LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore «estraneo ... ma non troppo»*, cit., p. 830; e M.P. PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, cit., p. 583.

¹¹⁴ Così ancora M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 349.

¹¹⁵ Sulla causa degli accordi di ristrutturazione si veda il capitolo III.

ne dei finanziamenti erogati in esecuzione e/o in funzione dell'accordo omologato.

Dati tali effetti, la fattispecie degli accordi di ristrutturazione si collocherebbe tra quelle in cui si potrebbe ravvisare la produzione di effetti sfavorevoli per i terzi, caratteristica in presenza della quale non si potrebbe derogare al principio di forza di legge del contratto solo tra le parti.

Appare però ovvio che accanto ai suddetti esiti "naturalmente sfavorevoli" per i non aderenti all'accordo sussiste l'effetto favorevole di non subire la ristrutturazione del proprio credito.

Ora, il principio di intangibilità del terzo può ammettere la produzione di effetti sfavorevoli finalizzati o consequenziali ad effetti sostanziali favorevoli: ne sono un esempio l'apposizione di un *modus* o le clausole vessatorie nel contratto per adesione, ovvero ancora la fattispecie di assicurazione a favore di un terzo¹¹⁶.

Il creditore che si domanda se aderire o rimanere estraneo all'accordo di ristrutturazione è posto di fronte ad un amletico dubbio: appare infatti diviso tra la scelta di conservare il credito immutato benché non esigibile per quattro mesi e sottoposto al pericolo dell'azione revocatoria (come meglio si vedrà nel paragrafo seguente), da un lato; e quella di ottenere un pagamento ristrutturato, magari ridimensionato, ma al riparo della declaratoria d'inefficacia in caso di fallimento, dall'altro. Ovviamente la valutazione spetterà solo al singolo creditore il quale, "scommettendo" sull'esito dell'operazione di salvataggio, opererà in concreto un'analisi costi – benefici, visto che non si può ravvisare una soluzione oggettivamente preferibile tra una soddisfazione integrale ma insicura e una ridotta ma certa.

Qualunque sia la decisione assunta dal creditore, appare chiaro come non si possa però parlare di effetti *tout court* sfavorevoli, visto che in ogni caso può godere di vantaggi relativamente alla soddisfazione del suo credito: se non aderisce ha l'assicurazione del pagamento integrale del suo credito, qualora invece sottoscriva l'accordo beneficerà dell'esenzione legale dalla revocatoria.

Inoltre, per quanto attiene all'esclusione dell'esigibilità di crediti per cento-

¹¹⁶In caso di contratto a favore di terzi, il tema della accollabilità al terzo di oneri ed obblighi è particolarmente dibattuto. Attenta dottrina da una parte esclude che possano essere imposti al terzo veri e propri obblighi, dall'altra ammette che possano essere previsti limiti al contenuto del diritto ed in particolare oneri (intesi come doveri dalla cui inosservanza non può derivare a carico del terzo altra conseguenza che quella del mancato acquisto o della perdita del diritto). Cfr. L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, p. 2. Sul punto si vedano anche A. MANIACI, *Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli per il terzo?*, in *I Contratti*, 2006, p. 1151; L. VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV Congresso Internazionale ARISTEC, Roma 13-16 settembre 1999, Torino, 2001; G. ALPA-A. FUSARO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 568.

venti giorni introdotta nel comma 1 dell'art. 182-*bis* l. fall., occorre precisare che tale effetto è stato disciplinato principalmente in vista del possibile risultato utile dell'accordo per i creditori estranei, impedendo nella fase più spinosa, l'azione dei c.d. *free riders*¹¹⁷. Del resto, in una situazione di crisi del rapporto obbligatorio, una temporanea inesigibilità del credito può rappresentare un effetto sì immediatamente sfavorevole ma strumentale all'acquisizione di un rilevante effetto favorevole costituito dal pagamento integrale.

In aggiunta, giova ricordare come i creditori entro trenta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese possano opporsi denunciando l'inattuabilità o l'inammissibilità dell'accordo per mancanza dei suoi presupposti, con conseguente inutilità della sospensione.

Ad ogni modo, se il creditore in autonomia ritiene di potere in ultimo ricevere maggiore soddisfazione dalla scelta di rimanere terzo rispetto all'accordo, è perché egli reputa la ristrutturazione complessivamente sfavorevole rispetto alle alternative: l'applicazione degli effetti della ristrutturazione al creditore non aderente si porrebbe dunque al di fuori dello schema del contratto di terzo violando il principio di intangibilità della sfera giuridica del terzo¹¹⁸.

Nell'ambito dell'art. 182-*bis* l. fall., a differenza della tipologia degli accordi con intermediari finanziari di cui all'art. 182-*septies* l. fall. (come si vedrà in seguito), non vi è un'onere a carico del debitore di suddividere i creditori in categorie omogenee né una specifica norma che consenta al giudice di ritenere, operando un sindacato sul profilo della convenienza, che la scelta di consentire all'accordo costituisca quella più opportuna rispetto ad alternative concretamente praticabili e, dunque, più produttiva di effetti prevalentemente favorevoli per le ragioni di quel singolo creditore.

Qualora, in assenza di una esplicita disposizione di c.d. *cram down* (quale l'art. 180 l. fall. per il concordato preventivo), si prevedesse l'efficacia della ristrutturazione anche nei confronti di coloro che non sottoscrivendo l'accordo non hanno prestato il loro consenso alla modifica della loro obbligazione, vi sarebbe un'evidente lesione del principio di tutela della proprietà privata di cui all'art. 42 Cost., dell'art. 24 Cost., nella misura in cui impedisce ai creditori di agire in giudizio per la piena tutela e attuazione del credito, oltre che del principio, ai sensi dell'art. 1372 c.c., che limita la cogenza del contratto alle parti¹¹⁹.

¹¹⁷ Si vedano, in proposito, le osservazioni del Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Il-Caso.it*.

¹¹⁸ Infatti, come afferma A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, cit., p. 633, «il creditore che sceglie di non aderire evidentemente pensa che essa non dia "soddisfazione in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili"» usando la formula che nel concordato preventivo costituisce il requisito per imporre ai creditori dissenzienti il piano approvato dalla maggioranza.

¹¹⁹ In tal senso cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, 2007, p. 879; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2549; D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristruttu-*

Si comprende quindi, quale presupposto per l'omologa l'idoneità dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei secondo il titolo costitutivo originario del credito, sia o meno assistito da cause di prelazione. In considerazione dello stato di crisi in cui verserebbe l'imprenditore si potrebbe tuttavia ammettere il pagamento anche con mezzi anormali quali la cessione di crediti o di cespiti aziendali ¹²⁰.

I creditori estranei quindi, poiché conservano la piena titolarità dei loro diritti sia dal punto di vista sostanziale che processuale, devono essere soddisfatti entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione o entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data, con previsione di interessi e, se dovuta, della rivalutazione monetaria per i crediti già scaduti ¹²¹.

Non sarebbe dunque neppure ammissibile la previsione di pagamenti integrali ma dilazionati indefinitamente nel tempo, soggetti alla realizzazione dei cespiti attivi, senza rispetto dei termini pattuiti convenzionalmente o per legge ¹²².

In concreto gli accordi potranno prevedere alternativamente la separazione di una determinata somma riservata ai creditori non aderenti, oppure l'assunzione dell'obbligo da parte dell'imprenditore di soddisfare prioritariamente gli estranei con le risorse che man mano si liberano nel corso dell'esecuzione dell'operazione di risanamento dell'impresa, attraverso la continuazione dell'attività o con la liquidazione di alcuni cespiti ¹²³.

razione, cit., p. 1195; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*, cit. p. 708; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 300.

¹²⁰ In questo senso L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 345; L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, cit., p. 398; M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, cit., p. 263; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2549; A. COPPOLA, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 281.

¹²¹ Così anche i primi commentatori all'istituto tra cui *ex multis* G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto*, cit., p. 1156; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in S. BONFATTI-G. FALCONE (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 236; M. FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim.*, in *Foro it.*, 2006, 9, p. 2564; G. LO CASCIO, *La Nuova Legge fallim.: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, cit., p. 362. Si vedano in merito anche G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 707, e A. GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, cit., p. 630; e più recentemente V. ROPPO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa e categorie civilistiche*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 2181.

¹²² Sul punto cfr. Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, p. 701.

¹²³ In proposito è possibile che nella proposta di accordo, al fine di consentire ai creditori aderenti di avere contezza della convenienza della loro accettazione, siano contenute

5.5. L'opposizione all'omologa

I creditori non aderenti possono opporsi all'omologa, ai sensi dell'art. 182-bis, comma 4, l. fall., potendo eccepire la mancanza della previsione di soddisfare i propri crediti integralmente ed alla scadenza ovvero l'inaffidabilità, per insufficienza, incoerenza o inattendibilità delle risorse¹²⁴. In particolare, possono far valere il fatto che dall'accordo non emerge una copertura finanziaria idonea al pagamento integrale dei loro crediti oppure che pur sussistendo non si presenti dimostrata o attendibile¹²⁵. Il termine di decadenza per avanzare l'opposizione è di soli trenta giorni dalla pubblicazione sul registro delle imprese, sufficiente solo per il soggetto che sia già sufficientemente informato delle conseguenze dell'accordo sui propri interessi.

Legittimati ad esperire l'azione di opposizione saranno evidentemente solo i titolari di un diritto di credito certo, determinato e attuale, idoneo ad influire sull'accordo di ristrutturazione¹²⁶. I creditori titolari di crediti contestati, non determinati e non accertati potranno richiedere un sequestro conservativo.

Analoghi vincoli presiedono alla legittimazione all'opposizione in capo ai terzi interessati, ovvero a coloro che sono portatori di un interesse giuridi-

delle previsioni relative all'incidenza della portata prevedibile del fabbisogno dei creditori estranei, come anche una scansione temporale dei tempi di esecuzione.

¹²⁴ Il Tribunale decide le opposizioni con procedimento in camera di consiglio, applicando gli artt. 737 ss. c.p.c., per cui il procedimento è introdotto con ricorso da depositarsi presso la cancelleria, e il Tribunale, assunte sommarie informazioni decide con decreto dopo aver instaurato il contraddittorio tra le parti. Il procedimento conserva comunque la sua natura unitaria, infatti dalle eventuali opposizioni non deriva una fase decisoria autonoma, in quanto le medesime opposizioni rappresentano l'antecedente logico della decisione finale. Al giudizio di omologa opera il principio generale sancito dall'art. 82, comma 3, c.p.c. sulla necessità della rappresentanza tecnica per i procedimenti innanzi al Tribunale.

¹²⁵ In merito da un punto di vista meramente processuale si registra come la giurisprudenza sia divisa. Un orientamento reputa che l'allegazione delle dichiarazioni di rinuncia dei creditori all'esercizio del diritto di opposizione permetta di procedere all'omologazione dell'accordo senza dover attendere il decorso dei trenta giorni, a fortiori qualora non vi siano soggetti che abbiano un qualche interesse a contestare la validità o la convenienza dell'accordo stipulato (in tal senso Trib. Lamezia Terme, 23 giugno 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 224). Un differente indirizzo ritiene invece che l'accordo non possa essere omologato prima del decorso del termine per la pubblicazione anche nell'ipotesi in cui sia stato sottoscritto dalla totalità dei creditori. Infatti non solo i creditori aderenti ma altresì terzi interessati, come ad esempio i fideiussori del debitore che continuano ad essere obbligati, potrebbero domandare la risoluzione ovvero l'annullamento del accordo medesimo (così Trib. Enna, 27 settembre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 195).

¹²⁶ Non sarebbe infatti accettabile sospendere il giudizio di opposizione in attesa dell'accertamento del credito contestato e della sua eventuale definitività, per cui il Tribunale nel suddetto giudizio dovrà verificare che il credito non sia contestato in via giudiziale o stragiudiziale in maniera che siano possibili e certe l'esistenza, l'esigibilità attuale, e l'ammontare.

camente tutelabile e dunque in grado, in caso di accoglimento dell'opposizione, di conseguire un vantaggio¹²⁷.

Infatti, l'art. 182-bis l. fall., al comma 4, ritiene proponibili le opposizioni dai «creditori e ogni altro interessato», per cui occorre verificare di volta in volta la sussistenza di un interesse attuale ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c. Per essi sarà quindi necessario che il Tribunale dell'opposizione effettui una valutazione della sussistenza di un *fumus* del diritto di credito del terzo, verificando inoltre l'attualità del danno che questi dovrebbe patire dall'atto dispositivo previsto nell'accordo¹²⁸.

La latitudine dei legittimati – la norma parla infatti di «ogni altro interessato» – porta a ritenere che possano essere proposte opposizioni, anche in caso di incapacità, ai sensi dell'art. 1425 c.c., o vizi del consenso ex art. 1427 c.c., o nullità ai sensi dell'art. 1421 c.c., non solo dai creditori estranei all'accordo, ma anche dai soci illimitatamente responsabili, dai fideiussori e da ogni altro soggetto nei confronti del quale l'accordo è anche indirettamente efficace.

In ogni caso, giova ricordare come l'azione di opposizione sia rigorosamente finalizzata a tutelare i creditori non aderenti e i terzi in relazione al pregiudizio subito in caso di depauperamento del patrimonio del debitore, o segnatamente al mancato rispetto dei requisiti previsti dall'art. 182-bis l. fall.

I creditori estranei quindi potrebbero risentire un pregiudizio anche nelle ipotesi in cui sia previsto il loro pagamento integrale, se le previsioni contenute nel piano o nell'accordo non risultassero adeguate a consentire la soddisfazione dei loro crediti.

Non sarà però possibile un utilizzo del mezzo di opposizione *ad usum creditoris* per contestare il contenuto dell'accordo – che costituisce una *res inter alios acta* – stipulato tra l'imprenditore in crisi e alcuni creditori, né per lamentare una disparità di trattamento tra i creditori, indebitamente as-

¹²⁷ Si veda in merito L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, p. 133; G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in C. PUNZI-E. F. RICCI (a cura di), *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, p. 220; Sub art. 182 bis, in L. NIGRO-M. SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Napoli, 2006, p. 1099. Secondo C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 134, considerata l'ampiezza della formula «ogni altro interessato» presente all'art. 182-bis, comma 4, l. fall., sono legittimati a proporre opposizione anche i creditori aderenti. È ipotizzabile infatti che, poiché tutti i documenti da allegare al ricorso per omologa sono depositati in Tribunale e pubblicati nel registro delle imprese quando l'accordo è già stato perfezionato, sulla base di tali notizie il creditore possa avere interesse ad opporsi all'omologa.

¹²⁸ In particolare occorre che il creditore terzo dimostri di vantare un diritto di credito idoneo ad essere fatto valere nei confronti del debitore e suscettibile di essere leso dagli atti di disposizione derivanti dall'accordo, dall'esenzione dalla revocatoria o dai reati fallimentari in ipotesi di successiva dichiarazione di fallimento. Si vedano in merito le osservazioni di B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit.

segnando all'opposizione la medesima funzione redistributiva riconosciuta all'azione revocatoria fallimentare¹²⁹.

Allo stesso modo, qualora – come spesso accade – il contenuto dell'accordo comporti solo previsioni dilatorie della scadenza dei crediti o remissioni o postergazioni che interessano solo i creditori aderenti, senza contenere atti dispositivi, i creditori estranei non potranno lamentare alcun pregiudizio e saranno quindi esclusi dalla legittimazione sostanziale alla contestazione dell'accordo per mancanza di interesse¹³⁰.

Così delineata la portata dell'azione appare evidente come, fatte salve le ipotesi di assenza dei requisiti legali con particolare riguardo all'assicurazione del pagamento integrale dei creditori estranei, raramente questi ultimi godranno della legittimazione sostanziale ad esperire l'opposizione, in quanto di norma l'accordo *ex art. 182-bis* non contiene atti dispositivi del patrimonio del debitore.

5.6. L'esenzione dalla revocatoria nel trade off tra efficacia ed efficienza

Chiarito il riferimento al pagamento dei creditori non aderenti, occorre verificare se nei loro confronti si riscontri o meno un'"apatia" in relazione

¹²⁹ Vale qui solo accennare all'atavica disputa in merito al problema del danno nell'azione revocatoria fallimentare tra i sostenitori della tesi indennitaria e quelli della tesi antiindennitaria in relazione al presupposto oggettivo dell'azione revocatoria. In particolare tra i sostenitori della tesi indennitaria si vedano F. FERRARA JR., *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 423; G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 200; e in giurisprudenza Cass., 16 ottobre 1997, n. 7649, in *Il Fall.*, 1998, p. 29; Cass., 28 ottobre 1988, n. 5857, in *Il Fall.*, 1989, p. 288. Tra i fautori della posizione distributiva o antiindennitaria si vedano su tutti G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 1997, p. 342; A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, p. 151; e le pronunce: Cass., 12 gennaio 2001, n. 403, in *Il Fall.*, 2001, p. 1324; Cass., 14 novembre 2003, n. 17189, in *Il Fall.*, 2004, p. 450. La concezione antiindennitaria prescinde dall'effettivo pregiudizio cagionato al patrimonio del debitore dall'atto contestato, considerando unicamente la "funzione redistributiva" della revocatoria, ovvero la ripartizione delle perdite tra coloro che hanno intrattenuto rapporti con il fallito. L'azione dunque assume le vesti di una semplice sanzione di inefficacia di atti posti in essere in un determinato arco temporale dal fallito, travolgendo anche i c.d. atti normali di gestione. Siffatto orientamento considera quindi la revocatoria fallimentare fondata su un'esigenza di restituzione e non risarcitoria. Al contrario la teoria indennitaria sostiene che il presupposto oggettivo della revocatoria fallimentare consista nella lesione al patrimonio del debitore provocata dagli atti soggetti a revoca e nella frode perpetrata a pregiudizio dei creditori. Tale dibattito, dopo una prima prevalenza della tesi indennitaria, ha registrato un'inversione di tendenza a favore della tesi redistributiva culminata con Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Il Fall.*, 2006, p. 1133, con nota di A. PATTI, la quale ha individuato il presupposto oggettivo della revocatoria nel danno ravvisabile nella lesione della *par condicio creditorum*. Tuttavia è opportuno segnalare come la difesa ad opera delle Sezioni Unite del principio della parità di condizioni mal si sposa con la tendenza, accentuata dalla stagione delle riforme fallimentari, alla sopravvivenza delle imprese, là dove, come si è accennato si prevede la possibilità di suddividere i creditori in classi con trattamento differenziato, rendendo dunque difficile configurare una comunità unitaria di creditori cui riferire il concetto di *par condicio*.

¹³⁰ Cfr. in tal senso App. Napoli, 1° dicembre 2014, in *IlCaso.it*.

all'effetto dell'esenzione dall'azione revocatoria per gli atti, pagamenti e garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo.

Parte della dottrina sostiene che i pagamenti dei creditori estranei diventino irrevocabili come i pagamenti eseguiti ai creditori aderenti, usufruendo anch'essi del beneficio *ex lege* dell'esenzione da revocatoria derivante dall'omologazione dell'accordo¹³¹. Alla base di tale convincimento si pone l'esegesi dell'art. 182-bis l. fall. che esige quale requisito per l'omologa una relazione redatta da un esperto attestante l'idoneità del piano di ristrutturazione ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei: sarebbe dunque implicito che tale pagamento sia «posto in essere in esecuzione dell'accordo», con la conseguente esenzione dall'azione revocatoria ai sensi dell'art. 67, lett. e, l. fall.

Qualora si adottasse tale ricostruzione, l'accordo integrerebbe un contratto a favore di terzi. Tuttavia tale configurazione contrasta con la circostanza che i pagamenti eseguiti ai creditori non aderenti sono atti esecutivi degli originari titoli costitutivi e non già dell'accordo. Invero, anche nel caso in cui il termine per il pagamento dei creditori estranei entro centoventi giorni dall'omologa o dalla scadenza sia previsto nell'accordo, questo influirebbe solo indirettamente, attraverso la mediazione della legge e del provvedimento di homologazione.

L'esenzione dall'azione revocatoria prevista dall'art. 67, lett. e, l. fall. rappresenta, di tutta evidenza, una misura di carattere eccezionale, volta ad incentivare l'adesione all'accordo, e quindi non suscettibile di essere estesa con riferimento agli atti non di esecuzione dell'accordo stesso.

In aggiunta, assumendo il su descritto orientamento il creditore non sarebbe certo incentivato ad aderire all'accordo, in quanto è facile constatare come qualora consentisse alla ristrutturazione beneficerebbe certo della protezione dall'azione revocatoria pagando tuttavia il fio dell'effetto novativo sul proprio credito. Decidendo di non aderire, invece, il creditore conseguirebbe ugualmente l'esenzione dalla revocatoria senza però veder ridimensionata la propria pretesa, subendo unicamente la provvisoria mancata esigibilità del proprio credito¹³².

¹³¹ Si vedano *ex multis* R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 143; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*, cit., p. 708; P. MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, cit., p. 103.

¹³² Secondo F. DIMUNDO, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*, cit., p. 708, l'originaria interpretazione secondo cui l'accordo ristrutturava anche i crediti dei non aderenti non era corretta ma rendeva più appetibile un istituto altrimenti destinato all'insuccesso. Per A. GIRONE, in *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, cit., p. 628, l'attuale disciplina (in cui è interpretativamente presupposta l'irrevocabilità dei pagamenti ai non aderenti) rende gli accordi di ristrutturazione "poco attraenti". Mentre D. MANENTE, in *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e proce-*

Appare evidente come una siffatta ricostruzione si ponga in netta contraddizione innanzitutto con la *ratio legis* dell'istituto, la quale sarebbe frustrata qualora fosse più conveniente non partecipare all'accordo, scaricando sugli aderenti il fardello della ristrutturazione. Al pari, tale esegesi collide, sia con l'intenzione del legislatore che ha previsto uno strumento alternativo al fallimento, volto a superare la crisi mediante la promozione di un oculato uso dell'autonomia negoziale; sia con il canone che impone di interpretare una norma secondo il principio di ragionevolezza in modo tale che acquisti un senso¹³³.

Una soluzione certamente efficiente che salvaguardi la coerenza dell'istituto *de quo*, senza provocare "esternalità negative" dei creditori terzi sugli aderenti, vorrebbe invece un'equa ripartizione di vantaggi e svantaggi in capo alle diverse alternative. È su questo punto che si manifesta l'utilità e la necessità dello scrutinio giudiziale, funzionale ad evitare condotte abusive poste in essere dai creditori che sottoscrivono l'accordo su coloro che decidono di rimanere terzi e viceversa.

Astrattamente, in caso di esenzione "onnicomprensiva" dalla revocatoria, gli aderenti al contratto di salvataggio potrebbero infatti profittare dell'immunità dall'azione revocatoria per spartirsi le scarse sostanze dell'imprenditore in crisi a discapito dei creditori estranei all'accordo¹³⁴. Per scongiurare ciò soccorre esplicitamente la disciplina di cui all'art. 182-*bis* l. fall. che condiziona l'omologazione allo specifico controllo di merito da parte del Tribunale sull'idoneità del piano all'integrale pagamento dei creditori rimasti estranei all'accordo, seguendo le modalità previste in ciascun titolo costitutivo dell'obbligazione in attuazione del quale quel pagamento è eseguito¹³⁵.

dimento per dichiarazione di fallimento del debitore, cit., p. 304, osserva che, per contro, l'eccezionale effetto della esenzione da revocatoria avrebbe uno scopo di incentivazione ad aderire all'accordo, attraverso un trattamento "preferenziale".

¹³³ Cfr. in merito le riflessioni di M.P. PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, cit., p. 592. Sul principio di ragionevolezza cfr. L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 899.

¹³⁴ Sul punto ancora A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, cit., p. 633 rileva che qualora i creditori aderenti «potessero spartirsi le grame risorse del debitore lasciando troppo poco agli altri senza rischiare le revocatorie, sarebbe innegabile che *res inter alios acta tertio nocet*».

¹³⁵ In giurisprudenza Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 136, afferma che nella fase dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il controllo del Tribunale non può limitarsi alla semplice verifica dell'avvenuta approvazione del piano secondo la maggioranza richiesta dalla legge, della regolarità del ricorso e della documentazione allegata, della sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi e del rispetto delle regole processuali, ma deve estendersi anche al merito del ricorso, «soffermandosi con attenzione sulla concreta attuabilità del piano intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole grado di monetizzazione, con particolare riguardo alla posizione dei creditori estranei». Per una differente opinione si vedano in dottrina F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*, cit., p. 708; A. GI-

Come bisogna tutelare i soggetti terzi, allo stesso modo occorre evitare abusi a danno degli aderenti proprio da parte dei creditori terzi, i quali devono essere consapevoli di non poter allocare il rischio della ristrutturazione interamente su coloro che sottoscrivono l'accordo stando al riparo dall'azione revocatoria.

Infatti, in caso di esito negativo dell'operazione di salvataggio, non beneficiando dell'esenzione, i creditori rimasti estranei saranno destinati a sottostare alle regole del concorso, subendo l'eventuale falcidia dei loro crediti con il rischio dell'inefficacia di quel pagamento integrale, condizione per l'omologa giudiziale dell'accordo.

La soluzione che consenta una distribuzione dei rischi equa e al contempo efficace comporta, quindi, che l'istituto sia interpretato in modo tale da fornire al creditore che scelga di rimanere estraneo all'accordo l'assicurazione di una soddisfazione integrale secondo il titolo costitutivo ma sottoposta alla spada di Damocle della revocatoria, prevedendo invece solo per il creditore aderente che accetta il ridimensionamento delle proprie pretese il beneficio dell'esenzione.

Tuttavia, in concreto occorre osservare che, nella tempistica esecutiva di un accordo di ristrutturazione, se i creditori estranei sono pagati tempestivamente, è ragionevole ritenere che nel momento in cui si apra il fallimento, il periodo sospetto ai sensi dell'art. 67 l. fall. sia già trascorso. Pertanto, non sarà possibile agire in revocatoria per la declaratoria di inefficacia dei pagamenti a favore dei creditori non aderenti. Questi saranno parimenti esclusi dal perimetro dell'azione revocatoria ordinaria, che consente una maggiore "gittata temporale" stante il termine quinquennale di prescrizione, atteso che l'art. 2901, comma 3, c.c. esclude l'assoggettabilità ad azione revocatoria dell'adempimento di un debito scaduto quale quello nei confronti dei creditori non aderenti.

Ad ogni modo, appurato che il pagamento «posto in essere in esecuzione dell'accordo», ammesso a godere della protezione dalla revocatoria, vada inteso con esclusivo riferimento al pagamento ristrutturato dei creditori aderenti, l'eventuale previsione contenuta nell'accordo dell'integrale soddisfazione dei terzi non costituirebbe una prescrizione del contratto bensì – si ribadisce – una semplice condizione prevista *ex lege* affinché l'accordo possa superare il vaglio giudiziale. Di conseguenza, la "rassicurazione", contenuta nel contratto di salvataggio, della disponibilità di risorse necessarie a pagare i creditori estranei all'accordo non può assurgere a fonte, neppure concorrente, della soddisfazione dei non aderenti¹³⁶.

RONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, cit., p. 635; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, cit., p. 951; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 138; G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, cit., p. 1055.

¹³⁶ Valga in proposito riportare le lucide osservazioni di A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione*.

Come già accennato, l'accordo può contemplare il pagamento dei creditori terzi con mezzi anormali, senza che ciò possa ostacolare l'ottenimento dell'omologa, giacché se è ammesso per il concordato preventivo «il pagamento in qualsiasi forma» (art. 160, comma 1, lett. a, l. fall.), *a fortiori* tale facoltà è consentita nell'istituto degli accordi di ristrutturazione connotato da una maggiore incidenza dell'autonomia negoziale¹³⁷.

In tale ipotesi la modifica dell'originario titolo del credito in relazione al mezzo di pagamento potrebbe esigere il consenso dei creditori interessati. In tal caso, l'accordo sarà fonte concorrente per l'esecuzione di tali pagamenti e dunque tali creditori non saranno più estranei all'accordo, avendo comunque accettato un effetto novativo sul loro credito. Di conseguenza acquisiranno il beneficio dell'esenzione dalla revocatoria ai sensi della lett. e dell'art. 67 l. fall.

Si conferma quindi, in relazione agli effetti per i creditori non aderenti, la divaricazione della disciplina dell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* l. fall. da quella del concordato. Il primo, infatti, è retto dal principio di relatività ai sensi dell'art. 1372 c.c. e produce effetti legali *ultra vires* solo sul piano oggettivo, essendo l'esenzione dall'azione revocatoria limitata ai creditori aderenti; al contrario, il concordato consiste in un procedimento basato sul principio del concorso di tutti gli interessati, nel quale le ristrutturazioni approvate dalla maggioranza si possono imporre dopo l'omologazione anche ai creditori dissenzienti¹³⁸.

turazione e tutela dei terzi, cit., p. 633 laddove afferma: «del resto, a che scopo prescrivere quanto già prescritto? e che forza "prescrittiva" sarebbe mai quella di un accordo che non può e non deve modificare di una virgola quanto già prescritto, perché altrimenti non può e non deve essere omologato? Prescrivere significa fabbricare la regola cui ci si terrà. Ma qui l'accordo non fabbrica proprio nessuna regola. Si limita a chiarire che il fatto del pagamento dei crediti ristrutturati non interferirà con il fatto del pagamento regolare (cioè secondo i loro titoli) dei crediti dei non aderenti».

¹³⁷ Si vedano in merito A. GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, cit., p. 630; e D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., p. 315.

¹³⁸ Il che implica, non solo che l'imprenditore non deve richiedere al Tribunale un provvedimento di apertura della procedura, né quest'ultimo è tenuto a dar vita ad alcuna istruttoria per l'ammissione al procedimento (cfr. Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, p. 169), ma anche e soprattutto che – eccezion fatta per l'art. 183 l. fall. e l'art. 168, comma 2, l. fall. ora espressamente richiamato dal comma 3 del corretto art. 182-bis l. fall. – le norme in tema di concordato preventivo non sono destinate a trovare applicazione in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti (cfr. Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, cit., p. 608), dal momento che le medesime, essendo dettate da una legge speciale, possono estendere la loro efficacia esclusivamente nell'ambito dell'«alveo normativo che le ha disegnate» come afferma la decisione di cui al Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 136. Sulla differenziazione tra accordi di ristrutturazione e concordato con riferimento agli effetti per i terzi estranei si vedano le osservazioni di A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, cit., p. 633; D. MANENTE, *Non omologabilità degli ac-*

Nell'inausta ipotesi in cui dopo la conclusione dell'accordo e l'ottenimento dell'omologa giudiziale, circostanze sopravvenute comportino il tracollo del piano di ristrutturazione, ovvero l'impossibilità di eseguirlo, si ritiene preferibile che gli atti esecutivi del piano sebbene realizzati quando già risulti l'impossibilità di eseguire il piano siano comunque al riparo dall'azione revocatoria¹³⁹.

Qualora infatti gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del piano poi inoperante fossero esposti nuovamente al fuoco dell'azione revocatoria, ciò comporterebbe un disincentivo ad aderire inizialmente all'accordo, stante la precarietà che caratterizzerebbe gli atti dei creditori intranei come dei terzi che apportano nuova finanza; quella stessa precarietà che contrassegnava gli accordi stragiudiziali, prima che fossero favoriti proprio attraverso l'esenzione dal rischio di revocatoria ai sensi dell'art. 182-bis l. fall.

Di conseguenza, sarebbe opportuno riconoscere ai creditori aderenti e ai creditori successivi all'omologazione per i crediti sorti in seguito alle operazioni che l'impresa compie (ad esempio allo scopo di procurarsi la provvista per adempiere all'accordo), anche a prescindere da quanto previsto dall'art. 182-*quinquies* l. fall., comunque il beneficio dell'esenzione dalla revocatoria. Da tale beneficio saranno esclusi i creditori in mala fede ovvero consapevoli che il piano non avesse oggettivamente possibilità di essere più operante. Il dolo o la colpa grave di questi ultimi integrerebbe dunque la *scientia decotionis* ai fini dell'utile esperimento della revocatoria fallimentare.

Si dovrà quindi verificare la sussistenza di un nesso funzionale tra atto esecutivo e accordo di ristrutturazione, prescindendo dalla verifica che l'atto fosse stato puntualmente indicato nel piano.

Inoltre, dal tenore dell'art. 67, comma 3, lett. e, l. fall. emerge altresì che le operazioni poste in essere tra la stipulazione del contratto e la sua omologazione non sono coperte dal beneficio dell'esenzione dalla revocatoria. Tuttavia, assumendo un'interpretazione letterale i creditori aderenti all'accordo sarebbero scoraggiati dal compiere operazioni in tale fase, pregiudicando l'impresa che ha necessità di nuovo credito, o comunque di compiere tempestivamente gli atti di ristrutturazione.

Onde evitare tale fase di stasi in attesa dell'omologazione giudiziale che offrirebbe la certezza dell'esenzione, sarebbe dunque opportuno modificare la norma in senso funzionale, considerando l'interesse del legislatore ad una rapida emersione della crisi e al buon esito dell'operazione di risanamento dell'impresa.

cordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore, cit., p. 307; e L. GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, cit., p. 624.

¹³⁹ *Contra* cfr. L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, cit., p. 269, e C. D'AMBROSIO, in A. JORIO-M. FABIANI (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, I, p. 994.

La protezione dall'azione revocatoria dovrebbe infatti trovare applicazione sin dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese o anche già a partire dalla sua stipula, concedendo al creditore la presunzione *iuris tantum* che l'atto compiuto sia in esecuzione dell'accordo¹⁴⁰. Del resto, nei piani attestati l'esenzione dalla revocatoria opera in difetto di un controllo giudiziale, in presenza di una relazione dell'esperto.

6. L'efficacia verso i terzi negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari

6.1. Art. 182-septies l. fall., principio di relatività e contratto a favore di terzi

L'art. 182-septies l. fall. introdotto dal d.l. n. 83/2015, convertito con la l. n. 132/2015, ha previsto – come anticipato al paragrafo 7 del capitolo I – l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria.

In entrambi – applicabili esclusivamente nei confronti di creditori bancari o intermediari finanziari – si prevede l'estensione dell'efficacia di quanto stabilito tra il debitore e i creditori ai terzi non aderenti «in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile», ossia alle norme generali che segnano i limiti di efficacia soggettiva del contratto.

Prima facie parrebbe evidente la funzione di tale deroga: escludere la limitazione degli effetti dell'accordo o della moratoria ai soli aderenti, consentendo l'estensione ai terzi di effetti diretti ad escludere l'applicazione della disciplina generale del contratto a favore di terzi¹⁴¹.

A ben vedere, tuttavia, la disposizione di cui all'art. 182-septies l. fall. non si pone in deroga alle norme generali degli artt. 1372 e 1411 c.c. bensì nel loro solco.

¹⁴⁰ In merito si vedano le riflessioni di P. PELLEGRINELLI, *Procedimento e controllo giurisdizionale nella soluzione negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 317.

¹⁴¹ In proposito L. VAROTTI, *Art. 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria* (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare – II parte), cit., p. 3, dubita che il richiamo a tali norme codicistiche fosse corretto e necessario giacché «nell'accordo di ristrutturazione con banche non vi è alcuna deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, poiché non si tratta di estendere gli effetti del contratto o di concludere un accordo a favore del creditore non aderente, ma si tratta invece di una applicazione del principio di maggioranza, che il legislatore ben può introdurre laddove vi sia un gruppo di soggetti aventi un comune interesse (solitamente nella gestione di un bene comune): in questo caso è del tutto coerente con i principi dell'ordinamento la previsione che la volontà dei più debba prevalere a fronte della volontà della minoranza». Tuttavia, tale Autore conclude osservando che «Il richiamo agli articoli 1372 e 1411 codice civile potrebbe invece avere ragion d'essere qualora si ritenesse che, mancando una vera e propria assemblea o adunanza dei creditori, non sia nemmeno applicabile il principio maggioritario».

Si è più volte osservato come l'art. 182-*bis* l. fall. “vesta” un negozio di diritto privato, applicando norme di fonte legale a norme di fonte convenzionale: gli effetti nei confronti dei creditori terzi (su tutti l'inesigibilità per centoventi giorni del pagamento) derivano dalle previsioni di legge e dunque non dall'accordo. Di talché rimane certamente salvo il principio per cui il contratto ha effetto solo tra le parti e tanto meno si potrebbe in tal caso configurare un contratto a favore di terzi, atteso che, come osservato al paragrafo 5, i terzi subiscono effetti legali e non negoziali ¹⁴².

Nella *species* degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, invece, si prevede a favore del debitore la facoltà di chiedere l'estensione dell'efficacia ai creditori non aderenti – e dunque terzi – di quanto stabilito nell'accordo: qui dunque gli effetti verso i creditori terzi che si produrranno in seguito all'omologa giudiziale hanno certamente fonte convenzionale.

È di tutta evidenza come nella fattispecie gli effetti si riverberano nella sfera giuridica di creditori che non hanno partecipato al contratto, integrando uno di quei casi previsti dalla legge che il legislatore, all'art. 1372, secondo comma, c.c. pone come eccezione al principio *alteri stipulari nemo potest*. Invero, lo stesso art. 1372 c.c. al secondo comma stabilisce che «nei casi previsti dalla legge» il contratto possa produrre effetti rispetto ai terzi.

L'estensione di effetti nella sfera giuridica del terzo non è per nulla eccentrica rispetto all'ordinamento ¹⁴³. Certa dottrina si è spinta financo a sviluppare una nozione generale di «negozi sul patrimonio altrui», caratterizzati dalla «mancanza di identità tra il soggetto del negozio e il soggetto sul cui patrimonio se ne devono verificare gli effetti (giuridici)» ¹⁴⁴.

¹⁴² Come infatti affermato dalla Cass., 12 maggio 2014, n. 10272, in *DeJure.it*, la figura del contratto a favore di terzo «non ricorre né allorquando il diritto attribuito al terzo sorga per legge, né ove il terzo sia destinatario degli effetti economici vantaggiosi della prestazione ma non acquisti il diritto a pretenderla, salvo il diverso diritto, eventualmente desumibile dal contratto, a che la prestazione ove effettuata sia eseguita in maniera diligente al fine di evitargli un danno (nel qual caso è corretta, piuttosto, la configurazione di contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo)».

¹⁴³ Per un approfondita analisi del tema si rinvia a M. GIORGIANNI, *La partecipazione del terzo al rapporto obbligatorio, Parte I, “Principio di relatività e partecipazione del terzo”*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 1062.

¹⁴⁴ L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936, il quale distingue fra «facoltà di disposizione sul patrimonio altrui», ossia facoltà di alienazione spettante al creditore pignoratizio, rappresentanza diretta e indiretta, *negotiorum gestio*, e «potere di disposizione sul patrimonio altrui», vale a dire vendita di cosa altrui, pagamento e dazione in pagamento su cosa altrui, mutuo di cosa altrui, donazione di cosa altrui, ipoteca e pegno su cosa altrui, e negozi dispositivi in senso stretto come il pagamento al non creditore e il pagamento del non debitore, nonché negozi obbligatori – deposito di cosa altrui, comodato di cosa altrui, promessa di vendita relativa alla cosa altrui, locazione di cosa altrui –, e infine negozi destinati ad attribuire diritti, obbligazioni ad un altro soggetto – testamento, contratto a favore di terzo). In proposito cfr. l'analisi critica di F. FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*

Tradizionalmente, le previsioni riconducibili a tale deroga al principio di relatività del contratto sono: l'art. 1239, comma 1, c.c. che prevede la liberazione dei fideiussori a seguito della remissione accordata al debitore; l'art. 1300, comma 2, c.c., il quale dispone che la remissione convenuta tra il debitore ed uno dei creditori in solido ha effetto verso gli altri creditori solidali per la parte del primo; l'art. 1301, comma 1, c.c. secondo cui la remissione a favore di uno dei debitori solidali ha effetti liberatori anche nei confronti degli altri debitori.

Si nota come in tutte le riferite fattispecie gli effetti prodotti verso i terzi siano certamente favorevoli. L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari (al pari della convenzione di moratoria) invece non solo ha efficacia nei confronti dei creditori non aderenti, ma tali effetti parrebbero di primo acchito sfavorevoli, comportando la ristrutturazione del credito: si comprenderebbe così l'espressa deroga contenuta nell'art. 182-*septies* l. fall. all'art. 1411 c.c. sul contratto a favore di terzi¹⁴⁵.

Infatti, giova osservare come il codice riconosca validità alla produzione di effetti sui terzi individuando due presupposti essenziali: che la stipulazione sia a favore del terzo e che sussista un interesse dello stipulante alla contrattazione¹⁴⁶.

Le previsioni contenute nei commi 2 e 3 del 1411 c.c. – rispettivamente in tema di acquisto del diritto da parte del terzo e revoca della stipulazione o rifiuto del terzo – sono entrambe espressamente derogabili dalle parti. Del resto, il contratto a favore di terzo rappresenta una *figura iuris* estremamente malleabile in quanto non configura una fattispecie tipica, dotata di pro-

(a proposito di una recente pubblicazione), in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, p. 179, e le relative osservazioni di L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui (a proposito di un recente studio)*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, p. 383.

¹⁴⁵ In proposito, M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1022, ha invece proposto di qualificare tale negozio come contratto, più che a "sfavore di" con "prestazione al" terzo, «dato che i creditori non sono veri terzi (in quanto estranei all'accordo di ristrutturazione dei debiti, ma non al rapporto obbligatorio) e che secondo la Cassazione la fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. non ricorre qualora il diritto attribuito al terzo sorga per legge».

¹⁴⁶ Come è stato opportunamente sottolineato, «la soluzione innovativa introdotta dal legislatore del 1942 è quindi molteplice: innanzitutto, essa conclude un processo evolutivo iniziato nel codice napoleonico, generalizzando la possibilità, per l'autonomia privata, di produrre, con lo strumento contrattuale, effetti favorevoli diretti nella sfera giuridica di soggetti diversi dalle parti. Nello stesso tempo la stessa norma innovativa ribadisce e conferma l'immanenza su tutto il sistema del diritto dei contratti, e quindi anche sulla nuova figura generale del contratto a favore di terzi, del c.d. principio causalistico. In terzo luogo essa ridimensiona la portata, rispetto al nuova figura, di tale principio, espressamente consentendo che la giustificazione causale della attribuzione patrimoniale a favore del terzo possa risiedere anche in una posizione individuale di interesse di una sola delle parti del contratto – lo stipulante – restando in tal guisa estranea alla struttura della fattispecie e di conseguente al rapporto fra stipulante e promittente» (così L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2012, p. 7).

pria autonomia causale, ma una clausola accessoria ad un contratto principale volta a prevedere effetti negoziali a favore di un terzo¹⁴⁷.

Nell'accordo *ex art. 182-septies l. fall.* può essere ravvisabile un contratto a favore di terzi là dove il promittente, ossia il soggetto dal quale il terzo acquista il diritto, è l'imprenditore in crisi, e lo stipulante è il creditore aderente.

È palese che nella fattispecie il creditore aderente abbia un indubbio interesse a che il creditore non aderente sia destinatario degli effetti contrattuali: non tanto perché intende far acquisire al terzo la prestazione dovuta-gli dall'impresa in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione, ma in quanto dal buon esito dell'operazione di ristrutturazione il creditore aderente stesso potrà ottenere l'adempimento della propria prestazione.

Ciò non inficia tuttavia la configurazione della fattispecie in esame quale contratto ai sensi dell'art. 1411 c.c. in quanto l'interesse dello stipulante – locuzione definita “sibillina”¹⁴⁸ – è espressione generica che non v'è ragione di interpretare restrittivamente intendendola come limitata all'interesse di far acquisire al terzo la prestazione¹⁴⁹.

Dalla lettera della norma codicistica, infatti, l'interesse dello stipulante

¹⁴⁷ Come infatti ha affermato G. GORLA, *Contratto a favore di terzo e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 589, il contratto a favore del terzo ha la causa del contratto c.d. principale cui accede, in quanto «non è una figura a sé, un tipo di contratto che si giustifichi di per sé agli occhi della legge; ma non è altro che un contratto, uno dei soliti contratti, in cui la prestazione, in tutto o in parte, è stipulata a favore del terzo», quindi «affinché dal contratto a favore di terzo nasca un diritto per il terzo questo contratto deve essere anzitutto un contratto (valido) tra le parti». Sulla stessa scia, utilizzando la distinzione tra fattispecie e contratto tipico, è stata ribadita la non configurabilità del contratto a favore di terzo quale contratto tipico osservandosi che «il contratto a favore di terzo è una fattispecie tipica, proprio in quanto esso è esplicitamente regolato dal diritto; altrettanto sicuro è però che la figura in esame non può essere considerata un contratto autonomo e diverso rispetto a quello cui accede il patto tendente a deviare gli effetti contrattuali a favore del terzo. Quest'ultimo patto è, infatti, inidoneo ad alterare la funzione tipica del negozio in cui è inserito, essendo la sua finalità quella di individuare il soggetto che dovrà beneficiare della prestazione. Il contratto a favore di terzo si caratterizza quindi, in quanto nel contenuto del negozio viene dalle parti inserita una clausola accessoria, diretta a deviare gli effetti negoziali a favore di un soggetto che non è parte» (così O.T. SCOZZAFAVA, voce «Contratto a favore di terzi», in *Enc. giur. Treccani*, III, ed. *Enc. it.*, 1988, p. 1). Secondo A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXII, Milano, 1956, p. 56, la causa del contratto a favore altrui «si esaurisce nell'attribuzione del diritto al terzo».

¹⁴⁸ Così R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto a favore di terzo*, in *Tratt. Rescigno*, X, *Obbligazioni e contratti*, 2, Torino, 1995, p. 456.

¹⁴⁹ L'interpretazione della disposizione è stata dibattuta in dottrina, a fronte tuttavia di un utilizzo quasi esclusivamente declamatorio della formula da parte della giurisprudenza. Come è stato opportunamente osservato da L. BOZZI, *Del contratto a favore di terzi*, in E. NAVARRETTA-A. ORISTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, artt. 1387-1424, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, 2012, p. 310, «non si intende negare che (la volontà del)l'attribuzione al terzo deve essere giustificata e che l'operazione negoziale nel suo complesso deve corrispondere ad un criterio di razionalità, ma solo dubitare dell'“efficienza” dell'interesse dello stipulante – che si identifica, in ultima analisi, con la volontà stessa di stipulare in favore del terzo – a costituire (unico o principale) strumento in tal senso».

non rappresenta né la ragione sostanziale né la giustificazione causale dell'attribuzione del diritto al terzo, ma si dissolve nella volontà di trasferire il diritto al terzo comprovata dalla stessa stipulazione. Come osservato dalla Cassazione, l'esistenza di un interesse dello stipulante è dimostrata dal mero fatto della stipulazione, essendo superflua ogni indagine volta a rintracciare un più specifico interesse¹⁵⁰.

Nella figura di cui all'art. 182-*septies* l. fall. l'interesse dello stipulante deve ritenersi quindi realizzato dallo scambio del consenso direttamente attributivo del diritto al terzo.

È possibile identificare inoltre un'attribuzione diretta del diritto come elemento del sinallagma, in quanto il debitore e i creditori aderenti nella qualità di contraenti, pur negoziando in nome proprio, intendono far acquistare al terzo creditore non aderente il diritto ad una prestazione. Giova ricordare che nel contratto a favore di terzi l'attribuzione del diritto al terzo si produce in conseguenza di una clausola accessoria apposta al contratto, che non interferisce sulla dinamica causale di quest'ultimo. L'art. 1411 c.c. non disciplina un contratto tipico ma una figura di carattere generale che può trovare collocazione nell'ambito di un contratto di più ampio respiro, in cui sia collocata la stipulazione a favore del terzo quale determinazione accessoria, che non snatura quindi la causa del contratto cui accede.

Pertanto, nella fattispecie dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, l'elemento causale del contratto tra debitore e creditori rimane invariato e la propalazione al terzo degli effetti trova la propria giustificazione al di fuori della struttura dell'accordo dotato di una propria causa autonoma, che non viene inficiata dal meccanismo di deviazione degli effetti contrattuali verso i terzi.

Non osta alla configurazione dell'accordo con intermediari finanziari come contratto a favore di terzi la circostanza che al momento del perfezionamento dell'accordo tra il debitore e uno o più creditori bancari non siano ancora individuati i creditori che non aderiranno e che saranno tuttavia destinatari degli effetti in caso di omologa giudiziale. Infatti, perché un contratto ai sensi dell'art. 1411 c.c. sia valido non occorre che al momento del suo perfezionamento i terzi siano già determinati, essendo sufficiente che siano determinabili, individuando quanto meno il criterio per identificarli allorché l'obbligazione dovrà essere adempiuta¹⁵¹.

¹⁵⁰ Così, Cass., 9 aprile 2014, n. 8272, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, p. 978. Nello stesso senso cfr. le osservazioni su tale profilo di F. ANGELONI, *Contratto a favore di terzo*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2004, *sub* art. 1411 cod. civ., p. 86; O.T. SCOZZAFAVA, voce «*Contratto a favore di terzi*», cit., p. 6.

¹⁵¹ Ne costituisce un esempio l'assicurazione per conto di chi spetta, contemplata dall'art. 1891 c.c. in cui il beneficiario è indeterminato al momento della stipula della polizza. Del resto, la giurisprudenza ha espressamente riconosciuto che nel nostro ordinamento «è pienamente ammissibile il contratto a favore di terzo nel quale il beneficiario non sia ancora venuto ad esistenza, come soggetto giuridico, al momento della stipula».

In tale eventualità, si integra una fattispecie di contratto ad obbligazioni alternative, caratterizzata dal fatto che l'alternatività non riguarda le prestazioni sulle quali poi effettuare la scelta, ma i soggetti¹⁵². Quindi, ove i beneficiari della stipulazione – ossia i creditori non aderenti – non siano ancora individuati al momento del perfezionamento del vincolo contrattuale tra debitore e creditore in quanto non si sono ancora concluse le trattative con tutti i creditori, la concentrazione dell'alternativa soggettiva si realizzerà successivamente in seguito alla proposizione del ricorso con cui il debitore chiede al Tribunale di omologare l'accordo estendendone gli effetti ai non aderenti.

6.2. *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari come contratto a favore di terzi*

La possibile configurazione dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari come contratto a favore di terzi parrebbe scontrarsi con un ostacolo evidente: il "favore" verso il terzo, ossia il creditore bancario non aderente, sembrerebbe nella specie totalmente mancante. Invero, il creditore terzo viene vincolato ad un patto di ristrutturazione che incide sul proprio diritto di credito, in astratta violazione dei principi di cui agli artt. 24 e 41 Cost., nella misura in cui si impedirebbe ai creditori di agire in giudizio per la piena tutela e attuazione del proprio credito.

È noto che l'ordinamento conosce casi di eterodeterminazione della volontà contrattuale per mezzo dell'inserzione automatica di clausole di cui all'art. 1339 c.c. o mediante la sostituzione automatica di clausole nulle ai sensi degli artt. 1419 c.c., ovvero ipotesi per cui travolta una clausola sperequativa il giudice è legittimato ad attivare l'equità ex art. 1374 c.c.¹⁵³; in tali fattispecie si riconosce validità all'amputazione di regole contrattuali e alla loro sostituzione con regole di fonte non pattizia al fine di ripristinare e mantenere l'equilibrio negoziale altrimenti alterato¹⁵⁴.

zione» (così, Cass., 17 dicembre 1975, n. 4143, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 967; e in senso analogo Cass., 21 novembre 2008, n. 27624, in *Corr. trib.*, 2009, p. 337).

¹⁵² Si vedano, in tal senso, le osservazioni di P. CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1994, p. 69, e M. TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, Torino, 2000, p. 371.

¹⁵³ In proposito si vedano tra gli altri le riflessioni di C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010.

¹⁵⁴ Nella fattispecie dell'art. 1339 c.c. vi è il rischio di un eccessivo interventismo del giudice in quanto, in seguito alla *pars destruens* della caducazione della clausola iniqua, egli si ingerisce nel sinallagma contrattuale potendone determinare direttamente o indirettamente anche il prezzo. Più in generale sul tema valga ricordare come la giurisprudenza comunitaria si sia più volte espressa riconoscendo, con importanti precisazioni, un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione (cfr. Corte di Giustizia, 3 giugno 2010, C-484/08, in *Giust. civ.*, 2011, p.

Nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari l'eterodeterminazione del contratto con la propagazione degli effetti sui terzi è volta ad evitare che il creditore non aderente pregiudichi ostruzionisticamente – e dunque senza ragionevole e reale motivazione – il tentativo di salvataggio dell'impresa che versi in uno stato di crisi caratterizzato da una rilevante esposizione debitoria verso il ceto bancario.

Certamente il meccanismo *ex art. 182-septies* l. fall. che permette l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti rappresenta sì una limitazione all'autonomia privata, la quale tuttavia: (i) è comunque sostanzialmente circoscritta alla ristrutturazione del debito esistente (riscadenziamenti, modifiche ai tassi di interesse o riduzioni)¹⁵⁵; (ii) è fondata sotto il profilo giuridico-economico data l'omogeneità assicurata dalle categorie; (iii) è giustificata sul piano economico-quantitativo dal derivare dall'accordo con creditori che rappresentano e dunque rischiano almeno il settantacinque per cento dei crediti della categoria; (iv) soprattutto è suggellata da un controllo del Tribunale teso, in ultima analisi, ad appurare, con un controllo nel merito, l'ingiustificato o abusivo rifiuto di aderire all'accordo.

Infatti, come anticipato, il Tribunale è tenuto ad accertare quali requisiti

1107) o ammettendo che il giudice nazionale possa rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale con l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva (Corte di Giustizia, 30 aprile 2014, C-26/13 in *DeJure.it*). In proposito, Cass., 30 luglio 2009, n. 17746, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 7-8, p. 1166, ha affermato che «l'inserzione automatica di clausole, prevista dall'art. 1339 c.c., costituisce una restrizione significativa del diritto di libertà economica consacrato dall'art. 41 Cost. di cui è espressione l'autonomia privata, e deve quindi trovare il suo fondamento in una legge formale o in un altro atto avente valore di legge in senso sostanziale o da esso richiamato tramite rinvio integrativo». Giova inoltre ricordare il potere di ridurre *ex officio* la clausola penale manifestamente eccessiva «fondato sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata riducendolo nei limiti in cui opera il riconoscimento di essa, mediante l'esercizio di un potere equitativo che ristabilisca un congruo contemperamento degli interessi contrapposti» (così Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Giur. it.*, 2006, 12, p. 2279). Non è trascurabile il pericolo che il giudice nella sua discrezionalità imponga, tramite la sostituzione delle clausole, un regolamento contrattuale differente o addirittura «sostanzialmente scritto dal giudice» (così U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 294). Analogamente, A. D'ADDA, *Nullità parziale ed integrazione del contratto con regole dispositive*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 135, ha sottolineato il rischio di imporre alle parti «il rispetto di un regolamento non solo diverso da quello da esse ricostruito ma nemmeno definibile *a priori*». Per un'ampia riflessione in tema si veda G. D'AMICO, *L'integrazione cogente del contratto mediante diritto dispositivo*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, p. 230 e sia consentito rinviare a I.L. NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1251; ID., *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, *ivi*, 2014, p. 1449.

¹⁵⁵ Si ricorda infatti che l'art. 182-septies, comma 7, l. fall. esclude che per effetto degli accordi possano essere imposti ai creditori non aderenti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti.

di omologabilità dell'accordo: «che le trattative si siano svolte in buona fede» e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: «a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; b) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

Pertanto, se gli effetti estesi ai creditori non aderenti – informati adeguatamente e messi in condizione di partecipare alle trattative, con i quali il debitore ha svolto trattative in buona fede e aventi posizione giuridica e interesse economici omogenei ai creditori aderenti – esprimono una soluzione non inferiore alle alternative concretamente praticabili, risultano superabili gli ostacoli alla possibilità di inquadrare l'accordo *ex art. 182-septies l. fall.* nella fattispecie di contratto a favore di terzi.

Invero, se dall'accordo di ristrutturazione stipulato tra il debitore e i creditori aderenti si prevede per i non aderenti un trattamento uguale o peggiorato a quello concretamente conseguibile in assenza di accordo (applicandosi il criterio “*no creditor worse off*”), tale accordo potrebbe essere assimilabile al contratto a favore di terzi ai sensi dell'art. 1411 c.c., il quale rappresenta la norma che esplicitamente prevede la possibilità di intaccare la sfera giuridica altrui.

Si ravvisano infatti gli elementi essenziali di tale *figura iuris*, ossia il vantaggio economico indiretto in capo al terzo derivante dal contratto intervenuto tra altri soggetti e l'interesse ad attribuire direttamente al terzo tale vantaggio¹⁵⁶.

A differenza della tipologia “ordinaria” di accordo di ristrutturazione prevista dall'art. 182-bis l. fall. – in cui, come osservato, gli effetti sui creditori terzi sono di esclusiva fonte legale – negli accordi con intermediari finanziari gli effetti sono di fonte convenzionale e devono assicurare il livello maggiore di soddisfazione rispetto a soluzioni alternative.

È pur vero che gli effetti sui terzi si producono non già con la conclusione dell'accordo, ma solo con l'omologa giudiziale. Tuttavia, è possibile ipotizzare che il debitore e i creditori aderenti condizionino sospensivamente l'efficacia del contratto all'omologazione, senza che ciò possa contrastare con lo schema dell'art. 1411 c.c. dato che tale norma prevede sì che il terzo

¹⁵⁶ Sul punto, Cass., 19 agosto 1997, n. 7693, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1445, sostiene infatti che «per la configurabilità di un contratto a favore di terzi non è sufficiente che il terzo riceva un vantaggio economico indiretto dal contratto intervenuto tra altri soggetti, ma è necessario che questi ultimi abbiano inteso direttamente attribuirglielo, nel senso che i soggetti stessi, nella qualità di contraenti, abbiano previsto e voluto una prestazione a favore di un terzo estraneo al contratto, come elemento del sinallagma (Cass. 4.10.1994 n. 1188; 11.6.1983 n. 4012)».

acquisti il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione, ma contempla altresì espressamente la possibilità di un patto contrario¹⁵⁷.

In tal caso, quindi, qualora il Tribunale non omologhi l'accordo di ristrutturazione, non si realizzerà né l'espansione soggettiva degli effetti verso i non aderenti né l'efficacia verso i creditori aderenti.

Giova ricordare che al fine dell'efficacia dell'acquisto del diritto in capo al terzo ai sensi dell'art. 1411 c.c., l'ordinamento non esige né l'accettazione, né la conoscenza da parte di questi dell'operazione contrattuale¹⁵⁸. Il terzo infatti – a differenza di quanto accade nel contratto per persona da nominare – non è qualificabile come parte del contratto stipulato in suo favore, né in senso sostanziale, né in senso formale, posto che non agisce in nome altrui¹⁵⁹. Si

¹⁵⁷ La locuzione «salvo patto contrario» di cui al secondo comma dell'art. 1411 c.c. può essere interpretata nel senso che l'acquisto del diritto da parte del terzo può essere differito allo scadere di un termine o subordinato al verificarsi di una condizione, come sostengono U. MAJELLO, voce *Contratto a favore di terzo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. IV, 1989, p. 241; M. TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo*, cit., p. 387; L. BOZZI, *Del contratto a favore di terzi*, cit., p. 317.

¹⁵⁸ Come affermato da Cass., 19 settembre 2011, n. 18956, in *Foro it.*, 2011, 11, I, p. 2971, infatti «il contratto a favore di terzo, è una figura contrattuale che ricorre quando le parti attribuiscono una potestà o comunque un vantaggio giuridicamente apprezzabile al terzo, che lo acquista, pur senza aver partecipato direttamente o indirettamente alla stipulazione, in forza del contratto intercorso tra altri e non in virtù della sua accettazione, la quale ha l'unico effetto, anche se resa in forma tacita, di rendere definitiva l'obbligazione». Nello stesso senso, Cass., 20 gennaio 2005, n. 1150, in *Giust. civ.*, 2006, 10, I, p. 2161, «Il terzo deve limitarsi a ricevere gli effetti di un rapporto già validamente costituito ed operante». Al pari, Cass., 18 giugno 1998, n. 6062, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1347, osserva che «l'adesione del terzo non è necessaria perché possa ipotizzarsi un contratto a favore di terzo e che l'adesione adempie esclusivamente alla funzione di attribuire al terzo definitivamente la titolarità del diritto in quanto il diritto stesso è già stato acquistato per effetto della stipulazione del contratto. E se così è non si vede come possa parlarsi di adesione del terzo come “condicio iuris” sospensiva “tout court” dell'acquisizione del diritto e di ignoranza come condizione di efficacia per l'operatività della fattispecie legale. Il diritto è già entrato nel patrimonio del terzo e l'ignoranza della sua esistenza costituisce unicamente un impedimento di fatto al suo esercizio».

¹⁵⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 904, in cui la Corte, nel qualificare la polizza fideiussoria come contratto a favore di terzo, riconoscendo l'estraneità del terzo beneficiario al contratto, statuisce che questi «non è parte, né in senso sostanziale né in senso formale, del rapporto, e si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante». Sottolinea la differenza tra il contratto a favore di terzo e il contratto per persona da nominare Cass., 17 marzo 1995, n. 3115, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 2025 (confermata da Cass., 16 aprile 2014, n. 8868, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014), secondo la quale «il tratto peculiare del contratto per persona da nominare è dato dal subentrare nel contratto di un terzo – per effetto della nomina e della sua contestuale accettazione – che, prendendo il posto del contraente originario (lo stipulante), acquista i diritti ed assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l'altro contraente (promittente) determinando, inoltre, la contemporanea fuoriuscita dal contratto dello stipulante, con effetto retroattivo, per cui il terzo si considera fin dall'origine unica parte contraente contrapposta al promittente e a questa legata dal rapporto costituito dall'originario stipulante; nel contratto a favore di terzo, invece, gli effetti si producono a favore sia dello stipulante che del terzo, il quale ultimo non acquista mai veste di parte contrattuale, né in senso formale né in senso sostanziale».

limita quindi a ricevere gli effetti che promanano dal contratto, i quali nascono *statim* nel proprio patrimonio¹⁶⁰.

6.3. Il rifiuto del terzo e la valutazione dell'abuso del diritto

Nello schema del contratto a favore di terzo, questi, come si evince dall'art. 1411, comma 3, c.c., può rifiutare l'attribuzione in suo favore in ossequio al principio *invito beneficium non datur*¹⁶¹.

La facoltà di rifiuto rappresenta un elemento fondamentale di tale contratto che lo rende compatibile con il principio di relatività degli effetti, facendo salvo il principio di autonomia delle sfere dei privati¹⁶².

Si potrebbe eccepire che nella fattispecie degli accordi con intermediari finanziari il terzo non possa rifiutare di voler profittare dell'accordo concluso tra il debitore e i creditori aderenti.

Tuttavia, tale obiezione si infrange sulla considerazione che nella figura di cui all'art. 182-septies l. fall. la volontà del creditore, cui in seguito all'omologa saranno estesi gli effetti dell'accordo, non è per nulla trascurata.

Il creditore terzo infatti deve necessariamente essere in qualche guisa reso partecipe del complesso congegno negoziale in suo favore, prefigurandosi espressamente un diritto di partecipazione informata alle trattative alla cui salvaguardia è poi improntato il controllo omologatorio del Tribunale¹⁶³. Infatti, al fine della propagazione degli effetti ai creditori non aderenti è espressamente richiesto dall'art. 182-septies l. fall. che questi «siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede», «che le trattative si siano svolte in buona fede» e, soprattutto, «che abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti».

Appare quindi arduo qualificare la situazione giuridica soggettiva dell'imprenditore ricorrente in termini di diritto potestativo quale titolare del potere di modificare unilateralmente il rapporto giuridico con alcuni propri creditori. Infatti, ciò imporrebbe – nell'ambito del c.d. rapporto giuridico

¹⁶⁰ In proposito, sottolineano l'immediata deviazione degli effetti sostanziali del contratto in capo al terzo P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 244 e M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 64.

¹⁶¹ In tal senso cfr. U. MAJELLO, voce *Contratto a favore di terzo*, p. 241; M. TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo*, cit., p. 382.

¹⁶² Si veda in proposito, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 218.

¹⁶³ Rappresenterebbe in tal senso una *best practice* un contenuto informativo che comprenda oltre alla situazione patrimoniale aggiornata; anche un'informativa aggiornata sul *current trading*; il piano di risanamento; la manovra finanziaria; il piano di tesoreria; la bozza dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e rappresentazione dei suoi effetti; la convenienza dell'accordo medesimo rispetto alle alternative concretamente praticabili.

potestativo¹⁶⁴ – di ritenere specularmente i creditori non aderenti cui vengono estesi gli effetti in posizione di soggezione. Tale situazione giuridica è propria di chi subisce la modificazione della propria sfera giuridica ad opera dell'atto unilaterale di un altro soggetto, senza poter agire perché tali effetti si producano né per evitare che si realizzino.

Nell'accordo con intermediari finanziari, invece, non è riscontrabile una posizione di mera inerzia in quanto i creditori terzi subiranno gli effetti di quanto stipulato dalle parti del contratto – fatta salva l'imposizione di nuove prestazioni ai sensi dell'art. 182-septies, comma 7, l. fall. – solo se, dopo essere stati adeguatamente informati e coinvolti nelle trattative, decideranno di non accettare un trattamento sebbene questo rappresenti comunque un'ipotesi di soddisfazione non peggiore rispetto alle concrete alternative¹⁶⁵.

Pertanto, il terzo può sempre rifiutare non aderendo all'accordo, ma il suo rifiuto è sottoposto ad uno scrutinio del Tribunale volto ad appurarne il carattere abusivo o meno.

L'esercizio del diritto dei creditori terzi di profittare dell'accordo stipulato in loro favore non può quindi trascinare in abuso del diritto, il quale costituisce peculiare esplicazione del principio di buona fede¹⁶⁶.

Non si pretende certo dal creditore una condotta necessariamente tesa a salvaguardare gli interessi del debitore al buon esito dell'operazione di ristrutturazione, con un'adesione incondizionata all'accordo, potendo egli pur sempre tutelare il proprio diritto di credito con mezzi legittimi e dunque anche con il rifiuto di una proposta di ristrutturazione. Nondimeno, sarà precluso al creditore l'esercizio della propria facoltà di rifiuto in maniera arbitraria, provocando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio in capo al debitore e agli altri creditori aderenti.

¹⁶⁴ Ossia quella relazione giuridica specifica che intercorre tra un soggetto titolare del potere e un altro destinato a subire gli effetti del suo esercizio. In proposito, si vedano L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, 1967, p. 71; A. LENER, *Potere (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 629.

¹⁶⁵ Non vi è dunque alcun «obbligo di rinegoziazione o di adesione coatta/forzosa dei creditori bancari recalcitranti» come invece affermato da M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, cit., p. 1025. Giova peraltro rammentare come secondo C.M. BIANCA, *Eccezione di inadempimento e buona fede*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, Milano, 2002, p. 905, ciascuna parte sia tenuta a tollerare quelle modifiche del programma contrattuale che meglio realizzino l'interesse della controparte senza pregiudicare il proprio e ad esercitare i suoi poteri discrezionali «in modo da salvaguardare l'utilità della medesima controparte, compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse a tutela del quale il potere è stato conferito».

¹⁶⁶ Per una diversa ricostruzione dei rapporti tra divieto di abuso e canone della buona fede, cfr. G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 646; ID., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11, secondo il quale mentre il divieto di abuso esprimerebbe un sindacato causale sull'esercizio del diritto (verificando il perseguimento dello scopo oggettivo dell'attribuzione), invece la buona fede consentirebbe un controllo sulle modalità di esercizio del diritto.

6.4. Il rifiuto di contrarre come fattispecie di abuso

La figura dell'abuso – ritenuta da alcuni «eversiva del positivismo»¹⁶⁷ –, opera sebbene emerga positivamente in vari settori del diritto privato¹⁶⁸ –, opera come strumento atto a reprimere su un piano funzionale, in forza della *ratio* sottesa alla regola, ciò che sarebbe consentito secondo un profilo formale e strutturale¹⁶⁹. Il divieto di abuso oramai riconosciuto immanente al nostro ordinamento¹⁷⁰ non è più ristretto al classico profilo dell'azione ma si espande anche pervadendo il profilo della relazione (quale l'esercizio della libertà contrattuale)¹⁷¹, a conferma che l'attribuzione di una prerogativa non preclude un controllo del suo esercizio¹⁷².

Pertanto, il creditore in piena autonomia esprime una propria valutazione d'opportunità economica e può dunque certamente rifiutare di voler profittare degli effetti dell'accordo opponendosi a questo; tuttavia tale rifiuto

¹⁶⁷ Così, A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 321. Giova tuttavia osservare come N. BOBBIO, in voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig.*, XIII, Torino 1966, p. 895, affermi l'esistenza di principi che non possono essere desunti da norme espresse dal sistema, ma ricavati da «idee e convinzioni morali affioranti nella società (che è in continua evoluzione), non ancora accolte dal diritto positivo», assumendo ad esempio tipico proprio «il controverso principio del divieto di abuso del diritto, che emerge non tanto da questa o quella norma del sistema, e neppure dallo spirito del sistema nel suo complesso, quanto dalla auscultazione, cui il giurista è chiamato, di esigenze etico-politiche manifestatesi in una determinata società, in contrasto con convinzioni che vanno declinando».

¹⁶⁸ Basti pensare alle clausole abusive nei contratti del consumatore, all'abuso di dipendenza economica e all'abuso di posizione dominante, ma anche al filone giurisprudenziale sulla c.d. revoca abusiva dell'affidamento bancario (cfr. su tutte, Cass., 13 aprile 2006, n. 8711, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratti bancari*, n. 58).

¹⁶⁹ A tal proposito giova fare riferimento all'analisi di R. DWORKIN, *Una risposta ai miei critici*, in *Id.*, *I diritti presi sul serio* (trad. it.), Bologna, 2010, p. 425 in merito al dibattito nella giurisprudenza statunitense del XIX secolo circa l'affermazione in astratto del diritto di proprietà e le limitazioni di esercizio a tutela dei diritti altrui (immissioni) con una costante critica del concreto esercizio del diritto reale pur riconosciuto formalmente.

¹⁷⁰ Il divieto di abuso nel nostro ordinamento è pacifico in giurisprudenza, secondo la quale «nel nostro sistema legislativo è implicita una norma che reprime ogni forma di abuso del diritto, sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo, reale o di credito» (così Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1845).

¹⁷¹ In questi termini si veda la lucida riflessione di F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 491.

¹⁷² Attraverso i canoni generali di valutazione quali la buona fede e il bilanciamento degli interessi in conflitto si pongono le condizioni «del funzionamento ordinato del luogo in cui si esprimono e si compongono i conflitti economici, ossia il mercato. [...] L'equilibrio e la composizione tra i valori umani e sociali, da un lato, e la libertà dell'agire, formalizzata o meno nello schema del diritto soggettivo, dall'altro, trovano nella funzione delle clausole generali il canale d'accesso nell'ambito dei rapporti *sub specie iuris*. Tali clausole comportamentali favoriscono, per la loro natura e idoneità alla mediazione interpretativa, la duttilità del sistema, già costruito secondo schemi che sono connotati da una rigidità formale» (così, D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, p. 9).

sfocia in abuso qualora non risponda a criteri di ragionevolezza valutabili alla luce della richiesta omogeneità di posizione giuridica e interessi economici con i creditori della stessa categoria e dell'assenza di concrete alternative peggiori.

Il giudice quindi, utilizzando il canone della buona fede, impone al terzo di essere destinatario degli effetti dell'accordo, sanzionando il suo rifiuto se abusivo, al pari di quanto accade in altri luoghi dell'ordinamento.

La valutazione del rifiuto di contrarre quale possibile fattispecie di abuso del diritto non costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento.

Nel primo libro del codice è infatti disciplinata dall'art. 181 c.c. l'ipotesi del "rifiuto del consenso" di uno dei coniugi alla stipulazione di un atto di straordinaria amministrazione, in cui il giudice è tenuto a valutare la corrispondenza della conclusione dell'atto all'interesse della famiglia o dell'azienda e, in caso di vaglio positivo, ad autorizzare la stipula. In aggiunta, ai sensi dell'art. 395 c.c., qualora un minore emancipato intenda compiere un atto di straordinaria amministrazione, il rifiuto del consenso del curatore, se reputato ingiustificato dal giudice tutelare, può essere superato con la nomina di un curatore speciale¹⁷³.

Numerose sono inoltre le ipotesi in materia di diritto dell'impresa.

Invero, proprio il rifiuto di contrarre è inquadrato tra le possibili fattispecie di abuso, per espressa previsione di legge, dalla normativa sulla subfornitura all'art. 9 della l. n. 192/1998 (al cui comma 2 si legge che «l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare»)¹⁷⁴.

¹⁷³ Fuori dai casi di rifiuto a contrarre, inoltre, nell'adozione di persone maggiorenni (art. 297 c.c.), il tribunale è chiamato a valutare se il rifiuto del coniuge o dei genitori sia «ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando» pronunciando, in tali ipotesi, ugualmente l'adozione.

¹⁷⁴ Il c.d. "rifiuto di contrarre" o "di contrattare" (in inglese, "*refusal to deal*" o "*refusal to supply*") rientra tra le fattispecie sia di abuso di dipendenza economica che di posizione dominante. Nella giurisprudenza nazionale, si osserva che «la valutazione della sussistenza della dipendenza economica comporta l'esame dell'esistenza di alternative di mercato all'impresa dominante (art. 9, comma 1, ultimo periodo). Pur non costituendo il parametro esclusivo, l'esistenza di alternative di mercato assume notevolissima rilevanza per valutare la dipendenza economica, in quanto tale condizione appare imm modificabile se l'impresa dipendente non ha una concreta possibilità di emanciparsi instaurando diversi rapporti commerciali. Le forme attraverso le quali può realizzarsi l'abuso della dipendenza economica sono quelle del rifiuto di contrarre (di vendita o acquisto, precedute o meno da pregressi rapporti contrattuali tra le parti) e dell'imposizione di clausole negoziali ingiustificatamente gravose o discriminatorie (art. 9, comma 2). Tali comportamenti si sostanziano, in forme specifiche di responsabilità precontrattuale (rifiuto di contrarre) o di imposizione di clausole contrattuale, entrambe riferibili all'obbligo di buona fede gravante sulle parti contrattuali in tutte le fasi di svolgimento della relazione contrattuale, dalle trattative (art. 1337 c.c.), alla esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)» (così, Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 11, p. 2900). In dottrina, cfr. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. e dir. priv.*, fasc. 2, 2011, p. 365; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra la disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 121.

Come nella valutazione del rifiuto del creditore ad aderire all'accordo di ristrutturazione il Tribunale in sede di omologa deve appurare che il soddisfacimento del terzo «non sia inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili», anche nella disciplina della subfornitura si prevede un giudizio comparativo, giacché la dipendenza economica è apprezzata tenendo conto anche «della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti» (art. 9, comma 1, l. n. 192/1998).

Al pari, il rifiuto di contrarre può configurare un abuso di posizione dominante sanzionato dalla disciplina *antitrust* ai sensi dell'art. 102 TFUE e – in ambito nazionale – ai sensi dell'art. 3 della l. n. 287/1990. In particolare, la giurisprudenza comunitaria sulle c.d. *essential facilities* stabilisce una sorta di obbligo di contrarre in capo alle imprese che godono di una posizione dominante garantita dalla possibilità di utilizzare determinate infrastrutture o diritti di privativa, censurando proprio il rifiuto abusivo di contrarre¹⁷⁵.

Tali particolari obblighi di contrarre, a differenza dell'obbligo del monopolista legale di cui all'art. 2597 c.c., si riferiscono a fattispecie in cui l'accesso al servizio non avviene in modo automatico, in quanto la gestione delle c.d. *essential facilities* presenta un ambito di discrezionalità all'interno del quale è legittimo il rifiuto di contrarre. Tuttavia, al fine di commercia-

¹⁷⁵ La giurisprudenza della Corte di Giustizia fin dai casi Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione delle Comunità Europee, sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6-7/73, in *Racc.*, 1974, p. 223, ha ritenuto che «il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime che, nell'intento di riservare tali materie prime alla propria produzione di prodotti finiti, rifiuti di fornire un proprio cliente, anche esso fabbricante di prodotti finiti, con il rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente, ai sensi dell'art. 86 [ora 102, n.d.a.] sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante». Analogamente, nella decisione della Commissione, 18 luglio 1988, Napier Brown/British Sugar, caso IV/30178 par. 64, in G.U. L 284 del 19 ottobre 1988, p. 41, quest'ultima società è stata sanzionata per aver «abusato della propria posizione dominante rifiutando di fornire lo zucchero industriale a NB [Napier Brown, n.d.a.] senza necessità obiettiva, con l'intento o la conseguenza prevedibile di accelerare il ritiro di NB dal mercato britannico dello zucchero destinato al dettaglio, riducendo in tal modo la concorrenza su tale mercato». In senso analogo, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 1988, causa 238/87, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Comunità europee*, n. 340; Corte di Giustizia, sentenza 6 aprile 1995, causa 241/91, in *Riv. dir. ind.*, 1996, II, p. 115; Corte di Giustizia, sentenza 26 novembre 1998, causa 7/97, in *Racc.*, 1998, I-7791; Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, causa 418/01, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 455. Per l'esperienza italiana in materia di *essential facilities* si veda il provvedimento dell'AGCM, 25 febbraio 1999, A 221 – Snam/Tariffe di vettoriamiento, in *Boll.* n. 8, 1999. In senso analogo cfr. AGCM, 4 marzo 1992, 3C *Communications*, in *Boll.*, 1992, p. 5; AGCM, 11 febbraio 1994, A.I.S. / A.T.I. / *Italkali*, in *Boll.*, 1994., p. 6; AGCM, 27 aprile 1995, *Sign / Stet – Sip*, in *Boll.*, 1995, p. 17; AGCM, 11 aprile 1996, *Compagnia portuale di Brindisi*, in *Boll.*, 1996, p. 28. In dottrina si vedano inoltre le riflessioni di V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, p. 79; C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in *Contratto e antitrust*, a cura di A. ZOPPINI-G. OLIVIERI, Roma-Bari, 2008, p. 26; ID., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004.

lizzare determinati servizi o beni anche immateriali e preservare il regime di concorrenza si sanziona in tal caso proprio il rifiuto di contrarre solo qualora sia espressione di abuso di posizione dominante.

Valga inoltre ricordare l'orientamento, sebbene isolato, che applica la teoria del c.d. "monopolio riflesso" definito come quello che «non è effetto diretto di una previsione normativa *ad hoc* ma è conseguenza del concorrere di leggi o provvedimenti amministrativi rivolti a finalità diverse (rispetto all'istituzione del monopolio) che però in concreto determinano la situazione di privativa»¹⁷⁶. Si accoglie così «una lettura estensiva della nozione di monopolio legale offerta dall'art. 2597 c.c., così da ricomprendervi anche il monopolio riflesso», sanzionando «il rifiuto di contrarre, da ricomprendere nella lett. b) dell'art. 3 della l. n. 287/1990» ossia nell'abuso di posizione dominante¹⁷⁷.

Si tratta certamente di forme di compressione dell'autonomia privata che esigono un'attenta ponderazione, precipuamente finalizzata ad instaurare un mercato il più possibile razionale.

Analoga ponderazione si rintraccia, nell'ambito della crisi d'impresa, là dove nell'art. 182-*septies* l. fall. non è previsto uno specifico obbligo di contrarre, ma si sanziona l'abuso del rifiuto di contrarre da parte del creditore finanziario coinvolto in un accordo di ristrutturazione, al ricorrere di determinati presupposti precisati dal quarto comma della stessa norma.

Sarà invero abusiva la condotta del creditore il quale, dopo aver ricevuto corrette informazioni ed essere stato messo in condizione di partecipare alle trattative svolte in buona fede, decida di non aderire all'accordo sebbene questo preveda a suo favore un soddisfacimento uguale o superiore alle alternative concretamente praticabili e benché sia stato accettato da creditori aventi posizione giuridica e interessi economici omogenei rappresentanti il settantacinque per cento dei crediti.

Occorre applicare quindi il parametro di rilevanza costituzionale della ragionevolezza¹⁷⁸ – «bussola interpretativa di orientamento per qualsiasi operazione applicativa»¹⁷⁹ – che presiede la valutazione di abusività delle azioni, anche di quelle astrattamente legittimate dalla titolarità di una situazione di vantaggio. Non a caso il canone valutativo della buona fede – come quello del bilanciamento degli interessi in conflitto – costituisce una specifica manifestazione del più generale criterio di ragionevolezza, che in

¹⁷⁶ Così Trib. Catania, sez. dist. di Mascalucia, 14 marzo 2002, in *Diritto.it*.

¹⁷⁷ *Ivi*.

¹⁷⁸ Si veda in proposito F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 9; S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 497, e sul principio di ragionevolezza come parametro costituzionale cfr. L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, cit., p. 899.

¹⁷⁹ Così, N. LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *Contratti*, 2010, p. 706.

un determinato contesto consente di misurare la coerenza dell'esercizio di un diritto con una determinata finalità oggettiva.

Giova rammentare come il principio di ragionevolezza – affine alla buona fede *in executivis*¹⁸⁰ – sia espressamente richiamato in alcune disposizioni codicistiche¹⁸¹ quale metro di valutazione dei comportamenti sotto il profilo della adeguatezza e dell'opportunità degli stessi, in modo da verificare se, date le circostanze concrete, la condotta posta in essere dalle parti sia adeguata al soddisfacimento dell'interesse della controparte e conforme alla *ratio* dell'obbligo stesso¹⁸². Invero, «la ragionevolezza è canone dotato di portata oggettiva e di efficienza sconosciuta alla precedente [regola]»¹⁸³.

Il divieto di abuso del diritto quale “formalizzazione” della clausola generale di buona fede in funzione valutativa¹⁸⁴, richiamata ben tre volte nell'art. 182-*septies* l. fall., è logicamente connesso all'attività di verifica del giudice in relazione al contenuto, alle circostanze concrete, oltre che alla natura e scopo del negozio inteso come operazione economica, evitando irragionevoli arbitri¹⁸⁵.

¹⁸⁰ In tal senso, cfr. L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi – Annuario di ermeneutica giuridica*, 2002, p. 373. Sulla ragionevolezza si veda l'approfondito lavoro di S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati – Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, 2008; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010.

¹⁸¹ Nel codice civile il richiamo alla ragionevolezza è presente in numerose norme: in materia di assenza l'art. 49 c.c., si attribuisce la legittimazione a domandare la dichiarazione di assenza a chiunque «ragionevolmente creda di avere sui beni dello scomparso diritti dipendenti dalla morte di lui»; tra le regole che presiedono all'ermeneutica contrattuale l'art. 1365 c.c. prevede che «quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto»; nella disciplina del mandato l'art. 1711 c.c. riconosce al mandatario la possibilità di discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante, «qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essere comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione»; infine nel contratto di deposito in albergo l'art. 1783 c.c., la ragionevolezza è assunta quale criterio di determinazione dell'arco temporale all'interno del quale l'albergatore e i suoi familiari sono responsabili per il deterioramento, la perdita o la sottrazione delle cose portate dal cliente.

¹⁸² La ragionevolezza oltre che come criterio di valutazione di una condotta può inoltre assumere il significato di tecnica di decisione che impone un bilanciamento tra interessi tendenzialmente equiordinati, sancendo la prevalenza dell'uno o dell'altro dopo aver soppesato tutte le circostanze del caso. Tale accezione è presente nel diritto *antitrust* e corrisponde alla c.d. *rule of reason* adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, a partire dalla sentenza *Standard Oil v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1910), secondo la quale solamente le intese dirette a restringere il commercio “irragionevolmente” dovrebbero essere proibite, ponendosi dunque come obiettivo quello di garantire il massimo benessere sociale mediante la valutazione degli effetti benefici della concorrenza.

¹⁸³ Così, L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, Milano, 1994, p. 130.

¹⁸⁴ Sulla buona fede come standard valutativo delle condotte si vedano U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 26 e A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro attuazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1.

¹⁸⁵ In tema di operazione economica si richiamano inoltre in proposito le lucide rifles-

Il vaglio giudiziale è dunque naturalmente finalizzato a valorizzare l'autonomia sostanziale dei contraenti, concretizzata in quello specifico programma negoziale, in ossequio all'esigenza ritenuta meritevole di tutela di consentire il superamento della crisi: il principio di buona fede è dunque il "grimaldello" che permette al Tribunale di intervenire per reprimere l'abuso del diritto¹⁸⁶.

Del resto, la Cassazione ha più volte riconosciuto alla buona fede la valenza di strumento di controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale, al fine di assicurare un contemperamento degli opposti interessi¹⁸⁷.

Nell'ambito degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, il Tribunale persegue l'interesse del contraente debole che nella fattispecie non è predeterminato. A seconda delle circostanze, può essere incarnato dall'imprenditore in crisi che si vede opposto un ingiustificato e opportunistico rifiuto da parte della banca ad accettare la ristrutturazione del credito sebbene non vi siano soluzioni "alternative concretamente praticabili" migliori, o dal creditore finanziario che senza essere stato adeguatamente informato né coinvolto nelle trattative si vede imporre una modifica del proprio diritto di credito. La clausola dell'abuso del diritto è invero volta a sindacare l'esercizio di prerogative attribuite dall'ordinamento per evitare che esso «possa essere immorale o irragionevole o anormale o asociale o contrario alla verità»¹⁸⁸.

Il rifiuto ingiustificato del creditore si ascrive, dunque, nello schema dell'abuso del diritto che si rinviene «quando il comportamento assunto da un soggetto in apparente conformità al contenuto del suo diritto si esaurisca

sioni di E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 905; *Id.*, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1044; *Id.*, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 719.

¹⁸⁶ Giova osservare come nella disciplina statunitense – ritenuta modello ispiratore delle riforme che hanno interessato la legge fallimentare negli ultimi lustri – si rintracciano numerosi richiami alla buona fede dei vari soggetti coinvolti e alla ragionevolezza equitativa delle soluzioni adottate. Infatti, nel *Chapter XI* del *Bankruptcy Code* si prevede che il piano possa essere approvato solo se sia stato proposto in buona fede e possa essere confermato dalla Corte unicamente se regolamenta in modo equo i diritti dei creditori (si veda in particolare § 1129). Analogamente, l'*Insolvenzordnung* tedesco prevede sia il divieto di ostruzionismo delle minoranze in pregiudizio della maggioranza sia la tutela delle minoranze da abusi a loro danno.

¹⁸⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, 5, I, p. 1514, secondo la quale «il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi (cfr., in particolare, Cass. nn. 3775/94 e 10511/99), a maggior ragione deve ora riconoscersi che un siffatto originario equilibrio del rapporto obbligatorio, in coerenza a quel principio, debba essere mantenuto fermo in ogni successiva fase, anche giudiziale, dello stesso (cfr. Cass. n. 13345/06) e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore». Si veda altresì Cass., Sez. Un., 26 giugno 2009, n. 20106, in *Giur. comm.*, 2011, 2, II, p. 286.

¹⁸⁸ Così P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 43.

in un danno per un altro soggetto, senza, peraltro, essere sostenuto da una apprezzabile ragione, che possa comunque giustificarlo»¹⁸⁹.

Pertanto, anche negli accordi *ex art. 182-septies l. fall.*, la clausola generale della buona fede oggettiva – più volte espressamente citata nella norma – si conferma filtro di giudizio per individuare nel caso concreto la sussistenza di condotte abusive¹⁹⁰. Proprio la formula dell'abuso del diritto, che implica un'analisi "prismatica" dell'esercizio della situazione giuridica soggettiva, riemerge quindi con riferimento alla posizione del creditore che è posto di fronte all'alternativa di aderire o meno all'accordo di ristrutturazione e che in caso di rifiuto irragionevole *rectius* abusivo sarà, sebbene terzo, destinatario degli effetti del contratto.

L'abusività dell'esercizio della prerogativa del rifiuto si coglie quindi sia con riferimento all'interesse dei soggetti pregiudicati sia con riguardo all'efficienza del mercato, considerando le ragioni del rifiuto come ragioni di affermazione di una pretesa immersa nel contesto relazionale in cui essa si esercita in conflitto con le pretese antagoniste.

Il principio di relatività degli effetti contrattuali e lo schema del contratto a favore di terzi si rinnovano così nel nuovo diritto della crisi d'impresa, là dove si consente all'imprenditore in crisi di estendere l'efficacia dell'accordo di ristrutturazione anche al creditore «*che per viltade fece il gran rifiuto*»¹⁹¹.

6.5. Le categorie dei creditori e l'estensione degli accordi ai non aderenti

Il debitore che intende beneficiare dell'estensione degli effetti ai creditori non aderenti è tenuto (come anticipato, è da ritenersi un onere e non una facoltà) a individuare una o più categorie tra i creditori bancari o intermediari finanziari che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei¹⁹², analogamente a quanto stabilito per le classi concordata-

¹⁸⁹ Così, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 71.

¹⁹⁰ Per un quadro generale sull'argomento variamente dibattuto in dottrina, si rinvia alle approfondite analisi di U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1997, p. 11; F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 171; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 19; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 15; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 297; F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 491; *Id.*, *Abuso contrattuale*, in *Enc. giur.*, 2007, I, p. 1; C. SALVI, *Abuso del diritto, I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. I, t. I, Roma, 1988, p. 5; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 75.

¹⁹¹ Cfr. DANTE, *La Divina Commedia – Inferno*: C. III, v. 60.

¹⁹² In proposito, il Trib. Napoli, 30 novembre 2016, in *Il Fall.*, 2017, p. 841, in tema di convenzione di moratoria, ha affermato che nell'ambito del sindacato sull'omogeneità, dabbba tenersi conto, oltre che delle garanzie eventualmente concesse dall'imprenditore, anche di quelle in ipotesi offerte da terzi, ponendosi in continuità con uno dei primi provvedimenti sul nuovo istituto ritiene che si debba «intendere per posizione giuridica la tipolo-

rie, a cui potrebbe farsi riferimento in merito al modo in cui individuare e definire tali posizioni e tali interessi¹⁹³.

Tuttavia, come evidenziato al paragrafo 6 del Capitolo II, giova osservare che, a differenza del concordato preventivo, stante la natura negoziale degli accordi *ex art. 182-septies l.fall.*¹⁹⁴, non valgono qui le regole di graduazione dei crediti in ragione dell'eventuale causa di prelazione (art. 160 l. fall.). Pertanto, il criterio della posizione giuridica è in realtà sostanzialmente "disponibile" da parte dei creditori, in quanto subordinato a quello dell'interesse economico, atteso che rileverà ai fini dell'omogeneità della categoria unicamente se ha conseguenze sugli interessi economici.

gia dell'operazione creditizia da cui il debito trae origine e per interesse economico la tipologia della garanzia di soddisfazione per il creditore, con la conseguente necessità di tenere conto di eventuali garanzie collaterali detenute da alcuni creditori facenti parte della categoria» (cfr. Trib. Forlì, 5 maggio 2016, in *IlCaso.it*). Una successiva pronuncia ha affermato che «l'omogeneità delle posizioni di cui alla citata disposizione può essere individuata nella natura chirografaria delle banche aderenti e nell'identità di trattamento proposto a tutti gli aderenti» (così, Trib. Padova, 31 dicembre 2016, in *IlCaso.it*).

¹⁹³ Secondo una delle poche pronunce di legittimità in materia – Cass., 26 luglio 2012, n. 13284, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, p. 970 (richiamata da App. Roma, 15 dicembre 2014, in *IlFallimentarista.it*) – il canone dell'omogeneità delle posizioni giuridiche «consente la articolazione dei livelli, delle modalità e dei tempi di soddisfo in ragione della qualità delle pretese creditorie, chirografarie; privilegiate – quest'ultime eventualmente distinte in ragione della specifica causa di prelazione, correlata ai beni presenti nella massa attiva del concordato e dunque conformate al principio della parità di trattamento in relazione alla possibilità di realizzo dei beni soggetti a prelazione; pretese creditorie contestate, nella misura o nella qualità; pretese assistite da garanzie esterne alla massa attiva; pretese sostenute da titolo esecutivo provvisorio, ecc.; criterio volto a garantire sul piano formale le posizioni più o meno avanzate delle aspettative di soddisfo»; mentre il canone della omogeneità degli interessi economici, fa riferimento «alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito (banche, fornitori, lavoratori dipendenti, ecc.), criterio volto a garantire sul piano sostanziale la *par condicio*». Pertanto, possono certamente ritenersi validi criteri, in via esemplificativa, la presenza di garanzia e il tipo della stessa (pegno, ipoteca, fideiussioni cessione crediti), la qualità della controparte, la forma tecnica (anticipazioni s.b.f., *leasing*, *factoring*, mutuo). Per ulteriori approfondimenti in merito si rinvia a G. BOZZA, *Formazione delle classi e alterabilità delle gradazioni legislative*, in *Il Fall.*, 2009, p. 423; S. PACCHI-L. D'ORAZIO-A. COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Milano, 2009, p. 1785; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2015, p. 177; ID., *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2010, p. 385; G. MINUTOLI, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente "classamento" dei creditori: il punto nelle prassi e in dottrina*, in *Il Fall.*, 2010, p. 43; P.F. CENSONI, *Sull'ammissibilità di classi con unico creditore nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Il Fall.*, 2010, p. 326. Come sottolineato da F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità" e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: un primo commento, cit., «Il rischio è che la scelta collocativa sia influenzata da altre finalità, e magari imposta al debitore dalle banche più grandi e più forti (di solito portatrici di crediti proporzionalmente maggiori, sì da rappresentare, da sole o riunite, la stragrande maggioranza delle passività finanziarie e da poter manovrare quindi il procedimento dall'esterno) a scapito di quelle più piccole (spesso di carattere localistico). Il controllo del Tribunale dovrà quindi essere particolarmente occhiuto quanto ai criteri di formazione delle categorie».

¹⁹⁴ Si veda il paragrafo 6 del capitolo II.

In assenza di regole di graduazione dei crediti, l'omogeneità è rimessa alla volontà dei singoli creditori¹⁹⁵, i quali possono accettare un trattamento uniforme ad altri pur di grado diverso ovvero un trattamento differenziato ad altri dello stesso grado.

Pertanto, è possibile prevedere trattamenti differenziati anche all'interno della categoria, a condizione che al non aderente sia esteso il trattamento migliore¹⁹⁶. Inoltre, è ammissibile una categoria che comprenda creditori privilegiati e chirografari, qualora la prospettiva di realizzo per ciascuno non sia deteriore all'alternativa¹⁹⁷. Sarà dunque comunque omogenea una categoria "mista", se gli ipotecari consentano ad essere trattati, ai soli fini del "voto" e del trattamento offerto, come i chirografari, e a questi ultimi sia offerto almeno quanto offerto agli ipotecari medesimi e non meno di quanto otterrebbero nelle alternative concretamente praticabili.

Il debitore potrà quindi domandare che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria, a condizione che i crediti di cui sono complessivamente titolari le banche aderenti all'interno della categoria rappresentino almeno il settantacinque per cento dei crediti della categoria medesima.

Come già osservato, a differenza del concordato preventivo – dove la divisione dei creditori in classi è facoltativa¹⁹⁸ – nella fattispecie la previsione

¹⁹⁵ In proposito, il documento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Accordo di ristrutturazione dei debiti e convenzione di moratoria*, novembre 2016, disponibile al sito *Cndcec.it* osserva che «Il solo fatto che creditori con posizioni giuridiche e interessi economici apparentemente dissimili abbiano accettato un trattamento uniforme comporta che essi si debbano considerare tra loro omogenei ai fini delle categorie di cui all'art. 182-septies l. fall. e i creditori non aderenti che presentino posizione giuridica e interessi economici simili a taluni di essi debbono considerarsi omogenei all'intera categoria che ha accettato il trattamento uniforme».

¹⁹⁶ Giova osservare che il Trib. Milano, 11 febbraio 2016, in *Il Caso.it*, ha omologato un accordo ex art. 182-septies l. fall. in cui era stata formata una categoria composta da tre creditori (di cui due aderenti e uno non aderente) dove ai due creditori aderenti erano offerte percentuali di soddisfazione diverse, estendendosi al creditore non aderente il trattamento a lui più favorevole.

¹⁹⁷ In merito si vedano le riflessioni di P. BENAZZO, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari. Le trattative: l'informazione sul loro avvio e la possibilità di parteciparvi in "buona fede"*, in S. AMBROSINI (diretta da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e nuova disciplina in materia bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, Bologna, 2017, p. 779; A. ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182-septies legge fallim.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, cit., p. 425; Id., *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: da eccezione a regola in un mercato in evoluzione*, in *Il Fall.*, 2017, p. 765.

¹⁹⁸ In proposito, sebbene in tema di concordato fallimentare, la Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. comm.*, 2012, 2, II, p. 276, ha sostenuto che «l'utilizzazione delle classi non è in alcun modo prevista come obbligatoria, bensì come ipotesi meramente alternativa a quella della classica suddivisione dei creditori secondo il rango, privilegiato o chirografario, del credito». Cfr. analogamente App. Torino, 27 gennaio 2010, in *Foro pad.*, 2011, 3, I, p. 434 e Trib. Perugia, 22 giugno 2012, in *Il Fall.*, 2013, p. 882.

delle categorie appare un onere ineludibile qualora si voglia ottenere la propagazione degli effetti anche ai creditori non aderenti.

Il raggruppamento dei creditori in categorie omogenee è unicamente volto a stabilire il procedimento e le modalità con le quali può essere consentita l'estensione dell'accordo ai creditori non aderenti: infatti il debitore forma le categorie solo se e quando, dovendo stipulare l'accordo e poi omologarlo, si rende conto dell'esigenza di estendere gli effetti ai creditori bancari terzi.

Tale estensione avviene – come anticipato – sul presupposto che i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria e che tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati «messi in condizione di parteciparvi in buona fede»¹⁹⁹.

Inoltre, occorre anche che il passivo dell'impresa sia formato per almeno la metà da debiti verso banche ed intermediari finanziari.

A tal proposito, si reputa opportuno rammentare che, essendo l'accordo *ex art. 182-septies l. fall.* una *species* dell'accordo di carattere generale di cui all'*art. 182-bis l. fall.*, per entrambi i crediti prededucibili erogati in funzione della presentazione della domanda di omologazione ai sensi dell'*art. 182-quater, comma 2*, non devono essere conteggiati nel computo della percentuale dei crediti. Pertanto, qualora l'indebitamento dell'impresa nei confronti delle banche sia inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, per poter accedere all'*art. 182-septies l. fall.* il debitore potrà tentare le seguenti soluzioni: persuadere uno o più creditori finanziari ad aumentare la loro esposizione senza poter concedere in cambio la prededucibilità del credito; soddisfare i creditori non finanziari nella misura necessaria a far aumentare la quota di indebitamento verso i creditori finanziari fino al cinquanta per cento (senza tuttavia poter beneficiare dell'autorizzazione prevista dall'*art. 182-quinquies l. fall.* in quanto certamente pagamenti non funzionali alla continuità aziendale); ovvero dedurre nell'accordo un patto, sospensivamente condizionato all'omologazione, in base al quale uno o più creditori non finanziari cedono ai creditori finanziari una parte dei loro crediti nei confronti del debitore²⁰⁰.

¹⁹⁹ Per il computo di un creditore bancario o finanziario in una autonoma categoria formata considerando quale posizione omogenea quella relativa a crediti bancari assistiti da ipoteca giudiziale non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. Si veda in tal senso, F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: un primo commento, cit.

²⁰⁰ Ciò sul presupposto che la soglia dell'esposizione debitoria integra una condizione per l'omologazione, per cui può essere conseguita anche successivamente alla stipula dell'accordo, come sostiene G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1054. Sul

Atteso che l'art. 182-septies l. fall. non contempla il metodo del silenzio-assenso – espressamente stabilito dall'art. 178 l. fall. prima della sua abrogazione ad opera della riforma del 2015 – al fine di calcolare la maggioranza dei creditori non possono dunque computarsi coloro che non hanno esplicitamente manifestato consenso alla proposta, in coerenza con la natura contrattuale dell'istituto. Tali creditori si considereranno quindi al pari di coloro che hanno espressamente negato la propria adesione all'accordo e subiranno in presenza dei riferiti presupposti, l'estensione degli effetti previsti dall'accordo per i creditori aderenti appartenenti alla stessa categoria.

Il mancato consenso di un creditore finanziario costituisce perciò il risultato della fase di formazione del contratto. Pertanto, non è possibile ipotizzare una categoria di non aderenti in quanto il rifiuto di stipulare l'accordo non influisce sulle peculiarità del credito o degli interessi economici che possono caratterizzare le diverse posizioni creditorie²⁰¹.

Di conseguenza, qualora non sia possibile comprendere in una categoria una banca dissenziente, non potendosi individuare alcuna omogeneità ad altre, non si realizzerà la propagazione degli effetti a tale creditore e questi conserverà il diritto all'integrale pagamento dei crediti come previsto dall'art. 182-bis l. fall.

Coerentemente con quanto osservato nel paragrafo 5.6 del presente capitolo, nell'accordo ex art. 182-septies l. fall., i pagamenti effettuati ai creditori non aderenti in forza dell'estensione degli effetti dell'accordo con gli aderenti nell'ambito della medesima categoria saranno al riparo dall'eventuale revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e, l. fall. Infatti, a differenza dei creditori estranei all'accordo pagati integralmente, i creditori che subiscono il meccanismo della propalazione degli effetti riceveranno una prestazione in forza di quanto stabilito nell'accordo e non certo in forza dell'originario titolo costitutivo.

Al fine di propalare gli effetti ai creditori non aderenti, il debitore avrà l'onere di costruire le categorie in maniera omogenea e di articolare conseguentemente l'accordo – o la convenzione di moratoria – in modo tale da poter assegnare a ciascuna categoria una “modalità di” trattamento di contenuto omogeneo”, compatibile con tutti i creditori appartenenti ad essa²⁰².

tema della percentuale minima di indebitamento verso i creditori finanziari cfr. A. ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182-septies legge fallim.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, cit., p. 414.

²⁰¹ In tal senso cfr. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 817.

²⁰² Nella convenzione di moratoria la disciplina non fa menzione della suddivisione in categorie. Tuttavia non paiono sussistere ragioni ostative ad una sua previsione in via facoltativa con modalità di dilazione diversificate, considerando anche l'autonomia privata che informa la fattispecie che è qualificata esplicitamente come una “convenzione” e dunque un negozio di diritto privato. Pertanto, il debitore potrà stipulare più convenzioni

Altrimenti, qualora si raggiungesse l'adesione di intermediari finanziari in rappresentanza del settantacinque per cento dei crediti della categoria su una proposta di contenuto eterogeneo che preveda ad esempio per un creditore una certa concessione di garanzia, per un altro una determinata dilazione, per un altro ancora una riduzione del debito con conversione in strumenti finanziari partecipativi (anche nell'ottica di ristabilire il minimo legale del capitale sociale), non si comprenderebbe quali di tali effetti dell'accordo debba essere esteso ai creditori non aderenti.

Inoltre, come riconosciuto da una sentenza di merito²⁰³, è possibile all'interno di una stessa categoria prevedere trattamenti differenziati, a condizione che al creditore non aderente sia esteso il trattamento migliore.

Altrimenti sarebbe evidente il rischio di "eterogenesi dei fini" in quanto, dovendo congegnare le categorie in maniera omogenea e proporre effetti parimenti "omogenei" sui crediti, capaci di raccogliere l'elevata percentuale del settantacinque per cento di adesioni, il debitore sarebbe costretto ad un "compromesso al ribasso", ossia a calibrare la propria proposta per l'intera categoria sul livello dei creditori meno disponibili a concedere ristrutturazioni per i propri crediti.

Qualora, ad esempio, nell'ambito di una stessa categoria, una banca sia disposta ad accettare una dilazione di quindici mesi e un'altra di soli sei mesi, il debitore si vedrebbe costretto a rinunciare alla dilazione più lunga per proporre quella di sei mesi in quanto questa rappresenta il "minimo comune denominatore" per quella determinata categoria, non potendo creare una categoria *ad hoc* per il creditore "più indulgente", in quanto altrimenti costituirebbe due diverse categorie con creditori aventi posizioni e interessi omogenei.

L'assenza di *par condicio* e della regola di graduazione dei crediti consente invece ampia autonomia, differenziando nell'ambito della stessa categoria i trattamenti per i creditori, con l'unico vincolo della miglior tutela dei creditori non aderenti e, ovviamente, dell'assenza di alternative concretamente praticabili non inferiori.

Inoltre, è sempre in agguato il rischio – sopra evidenziato al punto 5.1. a proposito delle classi concordatarie – di un abuso nella formazione delle categorie. Il proponente potrebbe infatti "diluire" i creditori poco esposti, dilatando oltremodo il carattere dell'omogeneità di una categoria in modo da ridurre l'influenza e assoggettarli all'efficacia di quanto stabilito dall'accordo con i creditori aderenti.

di moratorie o una convenzione con più classi creditorie. Ovviamente, in tali ipotesi, in ciascuna convenzione o in ciascuna classe dovrà osservarsi il requisito quantitativo degli aderenti in rappresentanza del settantacinque per cento dei crediti. Cfr. in proposito I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1101.

²⁰³ Cfr. Trib. Milano, 11 febbraio 2016, in *Il Caso.it*.

Pertanto, l'art. 182-septies, comma 4, l. fall. riconosce al Tribunale – ricorrendo all'occorrenza anche alla nomina di un ausiliario – il compito di verificare la correttezza del procedimento di formazione delle categorie, accertando che gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle altre banche aderenti che fanno parte della stessa categoria. In altre parole, il Tribunale è tenuto a verificare la ragionevolezza dei motivi di formazione delle categorie in modo da evitare che l'inserimento o meno di un creditore in una determinata categoria abbia l'effetto di manipolare ingiustificabilmente l'esito della votazione, e di pregiudicare il creditore non aderente.

6.6. *La sorte delle ipoteche giudiziali*

L'art. 182-septies l. fall. precisa al comma 3 che nel caso in cui il debitore abbia richiesto che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti, «non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese».

Atteso che negli accordi di ristrutturazione dei debiti non assumono alcuna rilevanza le cause di prelazione o i privilegi, né l'anteriorità o meno del credito rispetto alla presentazione dell'accordo (a differenza del concordato preventivo in cui infatti l'art. 168, comma 3, l. fall. stabilisce l'inefficacia delle ipoteche rispetto ai creditori anteriori al concordato), la norma deve interpretarsi nel senso dell'irrelevanza di tali garanzie ai fini della formazione delle categorie. Dunque, la circostanza che i crediti siano assistiti da ipoteca giudiziale iscritta nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso non può giustificare l'inserimento del creditore che ha proceduto a tale iscrizione nel riferito termine in una categoria caratterizzata unicamente dal comprendere crediti garantiti da tali ipoteche giudiziali²⁰⁴.

Pertanto, il creditore che ha iscritto ipoteca giudiziale nei novanta giorni che precedono la pubblicazione del ricorso potrà essere inserito in una categoria di creditori chirografari e, qualora aderiscano all'accordo creditori in rappresentanza del settantacinque per cento dei crediti della categoria, sopporterà lo stesso trattamento previsto dall'accordo per le banche chirografarie, a prescindere dunque dalla garanzia della ipoteca giudiziale. In altre parole, ai fini dell'individuazione delle categorie necessarie per l'operatività del meccanismo di estensione degli effetti ai terzi non aderenti, l'ipo-

²⁰⁴ Si vedano in proposito B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 817, e F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: un primo commento, cit.

teca giudiziale iscritta dalle banche nei novanta giorni precedenti alla data di pubblicazione del ricorso è *tamquam non esset*, con conseguenti benefici in termini di più agevole adempimento del debitore e di maggiore possibilità di soddisfazione per gli altri creditori²⁰⁵.

6.7. Estensione degli effetti e raccolta delle adesioni

Nella fattispecie dell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-septies* l. fall., il riferito pericolo di abuso sarebbe stato ancora più rilevante qualora in sede di conversione del d.l. n. 83/2015 fosse stata mantenuta la formulazione originaria. Questa stabiliva che i creditori non aderenti all'accordo, con riferimento ai quali veniva richiesta l'estensione degli effetti esdebitatori, sarebbero dovuti essere considerati aderenti all'accordo stesso ai fini del raggiungimento della soglia del sessanta per cento prevista dall'*art. 182-bis*, comma 1, l. fall. In altre parole, il creditore bancario non aderente – incluso in una certa categoria – qualora in essa si fosse raggiunto il consenso all'accordo di aderenti in rappresentanza della maggioranza qualificata del settantacinque per cento dei crediti, non solo avrebbe subito l'estensione degli effetti dell'accordo ma sarebbe stato altresì *ex lege* annoverato tra i creditori aderenti all'accordo al fine di raggiungere la soglia del sessanta per cento dei crediti presupposto per l'omologa ai sensi dell'*art. 182-bis* l. fall.

Tale meccanismo avrebbe alterato sensibilmente la soglia di crediti necessaria ad ottenere l'omologa dell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* l. fall. contenente un accordo con intermediari finanziari. Si sarebbe infatti realizzato un evidente trattamento di favore ai fini dell'accesso agli accordi di ristrutturazione dei debiti per il debitore con un rilevante indebitamento bancario, il quale avrebbe potuto beneficiare di una sorta di “premio di maggioranza” nel raggiungimento del monte crediti necessario per l'omologa²⁰⁶.

²⁰⁵ Come è stato opportunamente osservato da B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 817, inoltre, qualora un creditore bancario assistito da ipoteca giudiziale iscritta nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione nel ricorso promuova un'opposizione ai sensi del quarto comma dell'*art. 182-septies* l. fall., asserendo che in base all'accordo riceverebbe una soddisfazione inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili, dovrà considerare che l'ipoteca di cui è titolare è inefficace nel concordato e revocabile nel fallimento; pertanto, per dimostrare la sussistenza di un'alternativa concretamente praticabile da cui ricevere una soddisfazione superiore a quella prevista dall'accordo, non dovrà tenere conto della qualità prelatizia ipotecaria del credito, ma sarà costretto a fornire la prova dell'esistenza di migliori possibilità di soddisfazione quale creditore chirografario.

²⁰⁶ Infatti, come è stato acutamente osservato da F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: *un primo commento*, cit., posto che presupposto per l'applicazione della disciplina di cui all'*art. 182-septies* l. fall. è la presenza di debiti verso banche e intermediari finanziari in

Questo vantaggio avrebbe potuto giustificarsi nell'ottica di un *favor* verso il "debitore bancario", agevolando l'imprenditore in crisi che ha un elevato indebitamento nei confronti di istituti di credito. Questi infatti, a differenza di altre tipologie creditorie, sono dotati di un'organizzazione di mezzi in grado di verificare l'effettiva sussistenza degli elementi indicatori di insolvibilità del debitore, sono in grado di adottare misure di autotutela quali la revoca delle aperture di credito e sono sovente assistiti da garanzie reali.

Tuttavia, l'esperienza pratica dimostra come il debitore abbia maggiori difficoltà a raccogliere l'adesione dei piccoli e medi creditori, quali i fornitori e i dipendenti, o dei creditori c.d. "involontari", ossia istituti previdenziali e terzi danneggiati. In particolare, i fornitori non sono in grado di procurarsi adeguate informazioni a costi ridotti, né di ottenere garanzie supplementari o di possedere gli strumenti per la copertura del rischio, né semplicemente di farsi assistere da un *legal advisor*. Tali creditori sono spesso di numero elevato e ontologicamente poco restii al coordinamento, in quanto portatori di diversi interessi particolari non necessariamente convergenti tra loro²⁰⁷. Per tutto ciò, è evidente l'elevata complessità per l'imprenditore in crisi di negoziare la ristrutturazione dei debiti più nei loro confronti che verso creditori bancari.

Pertanto, ferma la comunque felice eliminazione dell'inciso in sede di conversione²⁰⁸, sarebbe forse stata più ragionevole – in una prospettiva di

misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la percentuale del sessanta per cento prevista dall'art. 182-bis l. fall. sarebbe stata in tal caso costituita per almeno metà da crediti bancari. Pertanto, almeno il trenta per cento dei debiti totali dell'imprenditore in crisi che intende omologare un accordo di ristrutturazione sarebbe verso creditori finanziari. Affinché tale trenta per cento dei crediti fosse considerato ai fini dell'omologa dell'accordo, sarebbe stato in realtà sufficiente che, in media, il settantacinque per cento di tale percentuale – eventualmente collocati all'interno di una o più categorie omogenee – fosse nella titolarità di banche e intermediari finanziari aderenti. Dunque, sarebbe bastato in media il settantacinque per cento del trenta per cento, ossia il ventidue e mezzo per cento dell'indebitamento complessivo perché anche i creditori non aderenti all'interno di ciascuna categoria fossero conteggiati tra i creditori aderenti all'accordo per il raggiungimento della soglia del sessanta per cento, richiesta ai fini dell'omologa. Di conseguenza, nel caso un imprenditore in crisi avesse voluto omologare un accordo di ristrutturazione e avesse avuto debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, avrebbe goduto di un rilevante vantaggio per quanto attiene al presupposto quantitativo costituito dal consenso dei creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti. Infatti, tale soglia sarebbe stata in effetti ridotta a cinquantadue e mezzo, visto che per ottenere il trenta per cento basta raggiungere il ventidue e mezzo per cento $[60 - (30 - 22,5) = 52,5]$.

²⁰⁷ Si vedano in proposito le osservazioni di L. GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, P. PAJARDI, *La ristrutturazione del debito*, in *Gestione della crisi aziendale dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, a cura di A. Danovi-A. Quagli, Milano, 2008, p. 252; T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, cit., p. 13.

²⁰⁸ In proposito, F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: un primo commento, cit., aveva sottolineato il rischio di incostituzionalità di tale previsione, osservando che «la trasfor-

maggiore attenzione alle esigenze pratiche – procedere nella soluzione opposta a quella inizialmente adottata con il d.l. n. 83/2015: ossia prevedere, ai fini dell’ottenimento dell’omologa, una percentuale inferiore nell’ipotesi in cui i debiti fossero per lo più nei confronti di piccoli e medi creditori e non verso intermediari finanziari.

Giova osservare come la circostanza che la norma parli di estendere gli effetti «dell’accordo» non debba indurre a escludere che, al pari della tipologia “generale” di cui all’art. 182-*bis* l. fall., si possa configurare in una pluralità di accordi collegati. Invero, atteso che, come osservato sopra, in caso di eterogeneità di trattamento non sarebbe possibile individuare quali effetti estendere ai creditori non aderenti, la pur necessaria omogeneità di contenuto non impedisce al debitore di concludere all’interno di ciascuna categoria separati accordi, tra loro collegati e di contenuto analogo, con ciascun creditore²⁰⁹.

Lo studio del profilo dell’efficacia verso terzi assume ancora più rilevanza atteso che il recente disegno di legge di riforma delle crisi d’impresa e dell’insolvenza (basato sulle conclusioni della Commissione Rordorf)²¹⁰ ipotizza – come anticipato – che il meccanismo di estensione degli effetti ai terzi ora previsto dall’art. 182-*septies* l. fall. sia applicato anche all’accordo di ristrutturazione non liquidatorio ovvero alla convenzione di moratoria stipulati con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il settantacinque per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee.

Tale incentivo si rivela quanto mai opportuno attesa la maggiore difficoltà per il debitore di raccogliere l’adesione dei piccoli e medi creditori, quali i fornitori e i dipendenti, o dei creditori c.d. “involontari”, ossia istituti previdenziali e terzi danneggiati.

6.8. Il giudizio di omologa del Tribunale

La propalazione dell’efficacia dello stesso regolamento contrattuale pattuito con gli intermediari finanziari aderenti dell’accordo di ristrutturazione avviene dunque per mezzo dell’omologa che funge da “lanterna magica” che proietta quanto stipulato dai contraenti sui creditori terzi della medesima categoria.

mazione del dissenso in assenso ai fini del raggiungimento della soglia presupposto del 60% appare francamente un’inammissibile forzatura, che finisce per sovvertire la stessa base logica dell’accordo e la sua giustificazione economica e razionale».

²⁰⁹ Sul punto, invece, ritiene che all’interno di ciascuna categoria sia necessario raggiungere con i creditori un unico accordo L. VAROTTI, *Art. 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare – II parte)*, cit., p. 7.

²¹⁰ Cfr. le analisi di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d’impresa*, cit., p. 253; G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Il Fall.*, 2016, p. 385; C. TRENTINI, *Accordi di ristrutturazione e piano attestato, le soluzioni alternative al declino del concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2016, p. 1095.

Considerando l'oggetto del controllo giudiziale in sede di omologa ai sensi del comma 4 dell'art. 182-*septies* l. fall. – comprendente la verifica della correttezza delle trattative, della completezza informativa, dell'omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici di ciascuna categoria di creditori e, soprattutto, della possibilità che i non aderenti possano essere soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili – la cognizione del Tribunale in tale tipologia, a differenza di quella generale di cui all'art. 182-*bis* l. fall., investe innegabilmente il merito dell'accordo, realizzando un giudizio sulla convenienza della proposta formulata dal debitore.

In altre parole, il Tribunale è tenuto ad appurare l'utilità dell'accordo proposto sia rispetto al trattamento offerto ai creditori non aderenti affini per interessi economici e posizione giuridica – ossia l'omogeneità della categoria creditoria – sia rispetto alle alternative praticabili, in linea con quanto contenuto nella Raccomandazione della Commissione UE 12 marzo 2014 n. 2014/135/UE²¹¹. Questa infatti al terzo punto lett. *c* espressamente prevede che le condizioni di omologazione del piano di ristrutturazione dovrebbero comportare che il piano di ristrutturazione non limiti «i diritti dei creditori dissenzienti in misura superiore rispetto a quanto questi potrebbero ragionevolmente prevedere in assenza di ristrutturazione, se l'impresa del debitore fosse liquidata o venduta in regime di continuità aziendale, a seconda del caso».

È espressamente stabilito che il Tribunale possa avvalersi di un ausiliario, la cui relazione dovrà essere trasmessa al P.M. ai sensi dell'art. 161, comma 5, l. fall. È singolare come il legislatore non si premuri di stabilire i requisiti soggettivi che dovrebbe rivestire tale ausiliario, a differenza del professionista attestatore nella convenzione di moratoria, il quale deve essere «in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)», sebbene entrambe le figure siano investite dello stesso compito di accertare l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici. Probabilmente tale differenza è dovuta alla circostanza che il professionista attestatore è normalmente nominato dal debitore (come espressamente affermato dall'art. 182-*bis*, comma 1, l. fall. per il professionista chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo), mentre l'ausiliario è nominato dall'autorità giudiziaria, la quale rimane il soggetto formalmente titolare di siffatto controllo²¹².

²¹¹ Cfr. Raccomandazione della Commissione UE 12 marzo 2014 n. 2014/135/UE, la quale al diciannovesimo Considerando prevede che il giudice effettui una valutazione di convenienza comparativa in seguito alla quale debba «respingere il piano di ristrutturazione se è probabile che il tentativo di ristrutturazione limiti i diritti dei creditori dissenzienti in misura superiore rispetto a quanto questi potrebbero ragionevolmente prevedere in assenza di ristrutturazione dell'impresa del debitore».

²¹² Tuttavia, come affermato da Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *IlCaso.it*,

6.9. La soddisfazione in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili

Giova soffermarsi, in particolare, sulla previsione che impone al Tribunale l'accertamento – avendo riguardo alle singole classi di creditori bancari – che i creditori finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti, in base all'accordo medesimo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili²¹³.

Una valutazione comparativa nei termini di un “*best interest test*” non è un'ipotesi isolata nella disciplina fallimentare.

I, 8401, «pur non essendo un consulente del giudice – come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo –, il professionista attestatore ha le caratteristiche di indipendenza (ulteriormente indirettamente rafforzate dalle sanzioni penali previste dalla L.F., articolo 236 bis, introdotto con il Decreto L. n. 83 del 2012) e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo. Deve dunque – ritenersi che egli svolga funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice, come pure si desume dal significativo ruolo rivestito in tema di finanziamento e di continuità aziendale (L.F., articolo 182 *quinquies*, di cui al Decreto L. n. 83 del 2012), circostanza questa che esclude che destinatari naturali della funzione attestatrice siano soltanto i creditori e viceversa comporta che il giudicante ben possa discostarsi dal relativo giudizio, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario». Non a caso L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria*, cit., p. 22, considera l'ausiliario sostanzialmente un “sostituto” del professionista previsto nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari.

²¹³ Riecheggia il modello statunitense là dove il *Bankruptcy Code*, tit. 11, Chapter XI, § 1129 (7) prevede che: «*With respect to each impaired class of claims or interests – (A) each holder of a claim or interest of such class – (i) has accepted the plan; or (ii) will receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under chapter 7 of this title on such date*». Ciò può avvenire se il piano non discrimini ingiustificatamente le classi danneggiate (*unfair discrimination*), e lo stesso sia giusto ed equo (*fair and equitable*). In tal caso si realizza un *individual veto*, secondo il principio coniato nel caso in *Re Case v. Los Angeles Lumber Prods. Co.*, 308 U.S. 106 (1939). Analogamente, la disciplina tedesca dell'*Insolvenzordnung* (di ispirazione statunitense), nell'ambito della divisione dei creditori in gruppi (§§ 222 e 243), l'*Obstruktionsverbot* consente al Tribunale di superare il voto contrario espresso all'interno di un gruppo (il § 244 esige il voto favorevole della maggioranza dei votanti che rappresenti più della metà dei crediti in ogni gruppo) qualora la situazione dei creditori che vi fanno parte, in assenza del piano, non possa essere migliore ed i creditori sono chiamati a partecipare in giusta misura ai vantaggi del piano (§ 245). In particolare, nel § 245 *InsO* si stabilisce che per l'omologazione del concordato è necessario che alle classi dissenzienti sia comunque assicurata una partecipazione al plusvalore complessiva del piano anche attraverso la previsione di un'apposita compensazione del pregiudizio ragionevolmente lamentato dal singolo creditore: «*die Glaubiger dieser Gruppe angemessen an dem wirtschaftlichen Wert beteiligt werden*»; «*Eine angemessene Beteiligung [...] liegt vor wenn nach dem Plan [...] kein Glaubiger, der ohne einen Plan gleichrangig mit den Gläubigern der Gruppe zu befriedigen wäre, besser gestellt wird als diese Gläubiger*». Anche l'opposizione del debitore non preclude l'approvazione del piano nel caso in cui, rispetto alla liquidazione concorsuale, la sua situazione non risulta peggiore (§ 247). I singoli creditori possono comunque proporre opposizione all'omologa del piano qualora questo riservi loro un trattamento peggiore rispetto a quello che loro spetterebbe in assenza del piano (§ 251).

Infatti, l'art. 129, comma 5, l. fall. afferma che qualora «un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesti la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato fallimentare qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili». Inoltre, in materia di concordato preventivo, l'art. 160, comma 2, l. fall. consente che la proposta possa prevedere che i creditori muniti di diritto di privilegio, pegno o ipoteca, non siano soddisfatti integralmente «purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione». In aggiunta, l'art. 180, comma 4, l. fall. stabilisce che in caso di concordato con classi, «se un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il Tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili»²¹⁴.

Tuttavia, a differenza della fattispecie concordataria, nel giudizio nell'ambito degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-septies l. fall. l'indagine di merito involge tutti i creditori non aderenti e non solo i creditori privilegiati (art. 160 l. fall.) o quelli appartenenti alle classi dissenzienti (art. 180 l. fall.). Tale difformità è giustificata dalla natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, dove – si ribadisce – non vige il principio maggioritario: si comprende perciò un controllo di merito in modo da rendere conforme al principio consensualistico *ex* art. 1372 c.c. l'esigenza del debitore di reagire al dissenso irragionevole dei creditori che rappresentano fino al venticinque per cento dei crediti di una categoria²¹⁵. Inoltre, negli accordi *ex* art. 182-septies l. fall. a differenza della fattispecie *ex* art. 180 l. fall. la valutazione del Tribunale prescinde dalla circostanza che sia stata proposta o meno opposizione da parte dei creditori non aderenti cui sarebbe esteso l'accordo.

È palese che si tratti di un giudizio notevolmente complesso, dato che la valutazione comparativa cui è chiamato il Tribunale deve tenere conto di svariati fattori relativi a tutte le alternative concretamente praticabili, esaminan-

²¹⁴ In aggiunta, giova rammentare che dal d.l. n. 35/2005 e fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 169/2007, l'art. 177, comma 2, l. fall. disponeva: «Il Tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

²¹⁵ Si vedano in proposito le osservazioni di C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, cit.

do la documentazione a corredo del ricorso ai sensi degli artt. 182-*bis* l. fall.

Certamente, occorrerà far riferimento alle alternative per i creditori derivanti da una diversa suddivisione in categorie²¹⁶.

Inoltre, le “alternative concretamente praticabili” includono indubbiamente la procedura fallimentare, tanto più allorché sia già pendente un’istanza di fallimento. Il debitore ricorrente, pertanto, dovrà dimostrare che dalla ripartizione dell’attivo fallimentare i creditori non aderenti possano risultare soddisfatti in maniera uguale o inferiore rispetto all’accordo di ristrutturazione, avendo riguardo sia al *quantum* sia al *quando debeatur*²¹⁷.

Una indubbia difficoltà è rappresentata dalla circostanza che negli accordi di ristrutturazione non vi sia alcun obbligo di rispettare la *par condicio* tra i creditori e il trattamento dei singoli creditori ben possa avvenire in alterazione delle cause legittime di prelazione, senza alcuna gradazione dei crediti. Al contrario, nell’alternativa rappresentata nella procedura fallimentare, in relazione all’attivo disponibile, ogni creditore otterrebbe un importo a soddisfacimento delle proprie ragioni nel rispetto della *par condicio creditorum* e dei rispettivi diritti di prelazione.

Il Tribunale dovrà confrontare il trattamento che in base all’accordo riceverebbero i creditori non aderenti, con la soddisfazione degli stessi creditori in caso di mancato raggiungimento dell’accordo nelle situazioni concretamente ipotizzabili, quali ad esempio la temporanea continuità aziendale in vista di una cessione.

Poiché l’art. 182-*septies* l. fall. impone che il giudizio comparativo abbia ad oggetto non qualsiasi pur astratta alternativa, ma solo quelle “concretamente praticabili”, la valutazione non dovrà contemplare il confronto con un ipotetico concordato preventivo, con astratte condizioni, visto che non può proporsi contestualmente ad un accordo di ristrutturazione²¹⁸.

Il raffronto con le alternative concrete dovrà invece comprendere le procedure espropriative singolari allorché queste siano già state avviate dai creditori non aderenti all’accordo o se questi siano già intervenuti in una procedura avviata da altri o se non siano ancora decorsi i termini per intervenire. Data la peculiarità dell’espropriazione singolare, la quale coinvolge singoli beni e non l’intero patrimonio, è manifesta la problematicità di siffatto confronto.

²¹⁶ Analogamente a quanto sostenuto, con riferimento all’art. 177 l. fall. come introdotto dalla riforma del 2005, da P.G. DEMARCHI, *Sub art. 177*, in S. AMBROSINI-P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 118.

²¹⁷ Cfr. Trib. Padova, 31 dicembre 2016, in *IlCaso.it*.

²¹⁸ In tal senso cfr. F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: un primo commento, cit. *Contra* cfr. A. ZORZI, *L’accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182-*septies* legge fallim.): le categorie di creditori e l’efficacia nei confronti dei non aderenti*, cit., p. 431.

L'accertamento che i creditori non aderenti «possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili» si rivela palesemente inconciliabile con la moratoria la quale è intrinsecamente temporanea e volta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi: la convenzione di moratoria incide infatti essenzialmente sul profilo temporale delle prestazioni dedotte nelle obbligazioni e non sul soddisfacimento del credito²¹⁹.

Qualora si interpretasse letteralmente il menzionato inciso, il tribunale dovrebbe accogliere l'opposizione formulata da un creditore non aderente qualora questi rivendicasse il diritto ad un pagamento immediato, essendo tale alternativa sicuramente sempre poizore rispetto all'effetto meramente dilatorio cui tale creditore terzo sarebbe obbligato in forza dell'estensione del vincolo negoziale²²⁰.

Occorre invece rammentare il principio generale del nostro ordinamento – riconosciuto esplicitamente anche dalla giurisprudenza costituzionale²²¹ – che impone di evitare, per quanto possibile, nella lettura di una norma la c.d. *interpretatio abrogans*, assegnando alle espressioni linguistiche impiegate dal legislatore un significato utile piuttosto che un significato inutile. Assume dunque rilevanza, in seno al procedimento ermeneutico, l'intento del legislatore.

Con riferimento alla convenzione di moratoria, occorre dunque interpretare teleologicamente la suddetta norma che impone una valutazione comparativa, al di là del mero dato letterale, considerando la *ratio* di tale presupposto per l'estensione dell'efficacia verso i terzi, rintracciabile nell'esigenza che i creditori non aderenti non siano pregiudicati dalla convenzione più di quanto lo sarebbero qualora si adottassero soluzioni alternative concretamente praticabili²²².

²¹⁹ Cfr. sul punto L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 17 e G. FALCONE, *La nuova disciplina delle «convenzioni di moratoria» e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 567.

²²⁰ In proposito, G. FALCONE, *La nuova disciplina delle «convenzioni di moratoria» e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 567 ritiene che «il contenuto del richiamo [alla predetta disposizione: n.d.r.] parrebbe essere privo di senso» e, in ogni caso, «parrebbe lecito porsi un serio interrogativo circa l'effettiva utilità della previsione normativa della convenzione di moratoria».

²²¹ Si veda in argomento, *ex multis*, Cass., 24 giugno 2010, n. 226, in *Foro it.*, 2010, 10, I, p. 2587.

²²² Giova infatti ricordare come in tema di interpretazione della norma giuridica la Cass., 26 gennaio 2012, n. 1111, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1, p. 77, abbia affermato che «Secondo la giurisprudenza di questa Corte è fondamentale canone di ermeneutica, sancito dall'art. 12 preleggi, che la norma giuridica deve essere interpretata, innanzi tutto e principalmente, dal punto di vista letterale, non potendosi al testo "attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", pertanto, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa

Pertanto, il tribunale dovrà accertare, valutando le caratteristiche della concreta fattispecie, che il sacrificio – per definizione temporaneo – imposto al creditore non aderente ma destinatario degli effetti sia ricompensato da una concreta e ragionevole prospettiva di poter conseguire, allorché sarà elaborato da parte del debitore un definitivo piano di ristrutturazione, un trattamento uguale o migliore di quello che otterrebbe in assenza di moratoria²²³.

È di tutta evidenza come la riferita verifica giudiziale esiga una valutazione certamente quantitativa e qualitativa, tenendo conto della situazione concreta di ciascun creditore, che è assai arduo pretendere dal Tribunale senza un ausiliario, la cui presenza (sebbene «eventuale») è infatti espressamente prevista dalla norma.

portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercé l'esame complessivo del testo, della *mens legis*, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore; soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, cosicché il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare». La norma quindi non può essere sempre il risultato di un'esegesi puramente letterale, essendo imprescindibile l'individuazione della sua giustificazione funzionale, assiologica e sistematica nell'ambito dell'intero ordinamento. Non a caso, la migliore dottrina ritiene che l'interpretazione sistematica e assiologica rappresenti il superamento storico e culturale dell'interpretazione letterale di cui all'art. 12 delle preleggi (in tal senso, *ex multis*, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 583).

²²³ Sul punto, M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1277, ritiene che «l'accordo di moratoria può produrre i suoi effetti verso i terzi in quanto negozio vantaggioso per quei terzi che non vi hanno aderito. Il tribunale, di fronte alla sollecitazione che gli proviene dal terzo, deve indagare sulla convenienza dell'accordo rispetto a tutti e, dunque, deve verificare che il sacrificio provvisorio imposto al creditore estraneo è compensato dalle maggiori utilità che proprio dall'esecuzione dell'accordo possono derivare. In questo modo si rispetta appieno l'art. 1372 c.c.». Analogamente, M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 35 osserva che «si rende necessario adottare una interpretazione in chiave logico-sistematica, la quale tenga conto, da un lato, dell'impossibilità – anche per le già esaminate ragioni di rispetto del dettato costituzionale – di allocare ingiusti sacrifici sul creditore non aderente; dall'altro, che l'imposizione sul terzo di un (temporaneo) onere non è vietata quando essa sia compensata da un (successivo e stabile) beneficio, il medesimo – a ben vedere – cui mirano i creditori che abbiano sottoscritto il patto. Essi, infatti, tollerano la momentanea compressione dei propri diritti (acconsentendo ad astenersi dall'azionarli per un determinato lasso di tempo), non già per spirito di liberalità verso il debitore, bensì solo in virtù della ragionevole aspettativa di poter fruire, a valle dell'elaborazione del piano da parte del debitore e della negoziazione dell'accordo definitivo, di un trattamento migliore». Infine, giova sottolineare la lucida osservazione di M. SPOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, cit., p. 1023, secondo la quale l'art. 182-septies l. fall. «consente la propagazione di effetti pur sempre favorevoli (dato il c.d. principio del “no creditor worse off”), ma non percepiti come tali e dunque “nonostante il rifiuto del terzo”».

Invero, è innegabile come il confronto con le alternative concretamente praticabili imponga l'utilizzo di metodi tutt'altro che agevoli, che rende sostanzialmente inevitabile l'utilizzo di un consulente, altrimenti vi è il rischio che il vaglio imposto dalla norma abbia scarsa percorribilità concreta o si risolva in una superficiale, burocratica e pressoché esornativa valutazione.

È infatti singolare come, considerato il livello di difficoltà, la suddetta gravosa verifica sia esclusivamente rimessa all'autorità giudiziale, senza che sia prevista l'obbligatoria attestazione di un professionista sulla omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori appartenenti alla medesima categoria e sulle alternative concretamente praticabili.

Un'attestazione sull'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati è invece contemplata come requisito al fine di estendere ai terzi gli effetti della convenzione di moratoria, essendo in tale fattispecie l'intervento del Tribunale meramente eventuale e subordinato all'esperimento di opposizioni. In questo caso, dunque, l'intervento dell'attestatore è sostitutivo di quello dell'autorità giudiziaria.

Qualora il Tribunale non dovesse ritenere sussistente anche uno solo dei presupposti previsti dal quarto comma dell'art. 182-septies l. fall. sarà esclusa la vincolatività degli effetti nei confronti dei creditori non aderenti. Tuttavia, ove ricorrano i presupposti enunciati dall'art. 182-bis l. fall. per la tipologia "generale" di accordo di ristrutturazione – e dunque il consenso dei creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti e la relazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo – il Tribunale potrà comunque omologare l'accordo, senza tuttavia alcuna estensione dell'efficacia ai non aderenti²²⁴. Infatti, la fattispecie di cui all'art. 182-septies l. fall. resta una *species* della tipologia prevista dall'art. 182-bis l. fall.

Al pari, nel caso in cui il Tribunale dovesse ravvisare la sussistenza dei riferiti presupposti con riferimento solo ad alcune categorie di creditori e non ad altre, come richiesto dal debitore, nulla osta, qualora il debitore ne abbia interesse, a che il Tribunale possa procedere ad una omologazione "parziale" dell'accordo. Pertanto, il meccanismo di estensione degli effetti ai creditori non aderenti si realizzerà solamente con riferimento a quelle categorie determinate.

Il quarto comma dell'art. 182-septies l. fall. dispone l'obbligo di notifica non già a tutti i creditori finanziari, ma solo «alle banche e agli intermediari

²²⁴ Si vedano in tal senso, S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella l. n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, cit., e C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, cit.; contra F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie*, n. 83/2015: un primo commento, cit.

finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo». Pertanto, non essendo del resto sussistente alcun obbligo di *par condicio*, è ben ammissibile che la riferita estensione possa essere richiesta dal debitore solo nei confronti di alcuni creditori non aderenti, lasciando che i non aderenti per i quali non si chieda l'estensione siano assoggettati – in quanto creditori estranei – alle regole generali di cui all'art. 182-*bis*, primo comma, lett. a) e b), l. fall.

CAPITOLO VI

LA FASE ESECUTIVA DEGLI ACCORDI: PATOLOGIE E RIMEDI

SOMMARIO: 1. L'esecuzione dell'accordo. – 2. Nullità e annullabilità. – 3. Risoluzione per inadempimento. – 4. Eccezione d'inadempimento. – 5. Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. – 6. Rescissione. – 7. Rimedi di autotutela privata *ex artt. 1186 e 1461 c.c.* – 8. Risarcimento del danno per abuso nella concessione del credito. – 9. Responsabilità del professionista attestatore.

1. *L'esecuzione dell'accordo*

Nei capitoli precedenti si è tentato di esaminare l'istituto degli accordi di ristrutturazione analizzandone i profili fisiologici. Occorre ora concentrare l'attenzione su quelli patologici che si possono verificare nella fase dell'esecuzione dell'operazione di risanamento: «*medicinae tempus est quam querelae*»¹.

La fase attuativo-esecutiva dell'accordo di ristrutturazione non è disciplinata dall'art. 182-*bis* l. fall. e dunque, a differenza di quanto previsto in tema di concordato preventivo, non è contemplato alcun ruolo giudiziale né una figura di vigilanza, né si rintracciano disposizioni in ordine all'eventuale annullamento o risoluzione dell'accordo².

Data la natura essenzialmente negoziale dell'istituto, occorrerà applicare le regole che presidiano il diritto comune dei contratti.

Opera dunque il principio di buona fede per cui nel caso in cui le parti non

¹ BOEZIO, *De consolatione philosophiae*, Libro I, prosa 2.1 in "Patrologia latina", 63, p. 598.

² Si veda in proposito Trib. Terni, 4 luglio 2011, in *IlCaso.it*. In dottrina cfr. le importanti analisi di S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 69; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 295; A. GUIOTTO, *Gli scostamenti dal piano*, in M. FABIANI-A. GUIOTTO (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012, p. 105; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 345; A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, p. 213; M. FABIANI, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fall.*, 2013, p. 769.

abbiano fissato termini precisi – ad esempio, per la liquidazione di un cespite e la conseguente soddisfazione del creditore prelatizio speciale con il ricavato – il tempo dell'adempimento non può essere lasciato all'arbitrio del debitore. Pertanto, le attività previste quali controprestazioni delle rinunce dei creditori dovranno esaurirsi nell'arco di un periodo di tempo determinato³.

L'autonomia negoziale consente in tale fase di contemplare clausole che permettano di anticipare le eventuali situazioni capaci di pregiudicare l'adempimento dell'accordo nei termini previsti, in modo da implementare il monitoraggio sull'esecuzione al fine di appurare eventuali scostamenti rispetto a quanto originariamente stabilito e consentire "aggiustamenti" *in itinere* (basti pensare all'ipotesi in cui la cessione dei cespiti immobiliari subisca rallentamenti)⁴.

In particolare, lo stesso piano potrebbe prevedere clausole di informativa e di allarme, nonché essere dotato di un certo grado di flessibilità individuando *a priori* più scenari alternativi considerati nell'attestazione del professionista e conseguenti meccanismi di adeguamento automatico del piano (c.d. clausole di *self-adjusting*)⁵.

Qualora invece si verificassero circostanze e scenari non ipotizzati dall'attestazione o nel caso in cui non possano operare le clausole di adeguamento automatico si pone il problema se sottoporre il "nuovo" accordo ad una nuova asseverazione e ad una nuova omologazione.

A tal proposito occorre effettuare una distinzione.

Se si ravvisa un significativo scostamento in termini di modalità, condizioni economiche e/o tempi di esecuzione incompatibili rispetto all'accordo omologato, con la necessità, per evitare l'inadempimento, di inserire nuove parti o diverse prestazioni economiche, o comunque se si verifica una divaricazione tale da incidere sull'attuabilità dell'accordo originario e sulla sua idoneità ad assicurare il pagamento integrale dei creditori non aderenti o dei creditori sorti successivamente nel corso dell'esecuzione, in tali ipotesi si tratterà di un nuovo accordo che dovrà ottenere un nuovo controllo giudi-

³ Cfr., in tal senso, App. Venezia, 23 novembre 2015, in *IlCaso.it*.

⁴ Posto che la prosecuzione nell'esecuzione di un accordo non più idoneo a perseguire l'obiettivo del risanamento può essere comunque fonte di responsabilità della società, degli amministratori e dei sindaci nei confronti dei terzi, in caso di particolare complessità del piano si potrebbe pensare di affidare a professionisti di fiducia dell'impresa e dei creditori la verifica periodica dell'attuazione, assicurando una costante informazione ai creditori interessati.

⁵ Per una dettagliata disamina di possibili modelli di comportamento si vedano U. MOLINARI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f.: i casi Gabetti Property Solutions spa e Risanamento spa*, in *Crisi di Imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, Milano, 2011, pp. 1 e 47; M. ARATO, *Modifiche all'accordo di ristrutturazione dei debiti e nuovo controllo giudiziario*, in *Il Fall.*, 2012, p. 206. Per le clausole di *self-adjusting* cfr. G. MELECCHI, *La rilevanza giuridica del piano economico finanziario (Business Plan)*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 272.

ziario, e quindi una nuova attestazione del professionista⁶.

È chiaro che sia l'esenzione dall'azione revocatoria *ex art. 67 l. fall.* sia l'esimente da una serie di fattispecie criminosi *ex 217-bis l. fall.* operano con riferimento agli atti compiuti in esecuzione di un determinato accordo munito di attestazione del professionista⁷. Pertanto, affinché gli atti non previsti nell'originario accordo e resi necessari in seguito a successivi "mutamenti di scenario" siano parimenti "coperti" da tali previsioni di favore occorrerà che siano realizzati in esecuzione di un nuovo accordo omologato. È infatti assai arduo ipotizzare che gli atti posti in essere nel "limbo" tra il vecchio accordo e il nuovo possano essere esentati solo in forza di un'esplicita clausola di retroattività di effetti prevista pattiziamente nel nuovo piano.

Nell'ipotesi in cui, invece, sia possibile reagire ai disallineamenti tramite specifici meccanismi di aggiustamento o la previsione già "a monte" di ipotesi alternative, ovvero apportando delle modifiche ai singoli rapporti con gli originari creditori aderenti che, sulla base di una relazione integrativa dell'attestatore, non incidono né sull'attuabilità dell'accordo omologato, né – soprattutto – sull'integrale pagamento dei creditori estranei, non sarà necessario un ulteriore giudizio omologatorio e una nuova asseverazione.

2. Nullità e annullabilità

Bisogna adesso concentrare l'attenzione sulle ipotesi in cui successivamente all'omologazione, l'efficacia dell'accordo sia affetta da patologie dipendenti da vizi funzionali, ovvero da ragioni emerse nel corso dell'esecuzione dell'accordo che ne pregiudichino la regolare attuazione, ovvero comportino che la sua realizzazione non risulti più in grado di garantire il pagamento integrale dei creditori non aderenti.

Come anticipato, la normativa fallimentare non contempla alcun intervento da parte del giudice nella fase di esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti successivamente all'omologazione, tanto meno regolamenta le ipotesi di un eventuale annullamento o risoluzione.

Essendo un contratto di diritto privato non potranno trovare applicazione le disposizioni previste in materia di annullamento e di risoluzione del

⁶Cfr. Trib. Milano, 30 novembre 2010 e 17 giugno 2009 relative alla vicenda Gabetti, pubblicate in appendice in *Crisi di Imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, Milano, 2011, pp. 962 e 1079. Si veda in proposito l'interessante analisi di G. FALCONE, *Modifica e revisione dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione*, in S. BONFATTI-G. FALCONE (a cura di), *Soluzioni negoziali e istituti "preconcorsuali", nella gestione della crisi*, Milano, 2013, p. 157.

⁷Secondo Trib. Terni, 4 luglio 2011, in *IlCaso.it*, se la modifica interessa il *quantum* della prestazione – ossia l'oggetto dell'accordo – sarà necessaria una nuova omologa giudiziale.

concordato preventivo (art. 186 l. fall., che richiama le norme sul concordato fallimentare di cui agli artt. 137 e 138 l. fall.), ma si dovrà far ricorso ai rimedi di diritto comune⁸.

È infatti assente una norma analoga a quella prevista nella l. n. 3/2012 in tema di sovraindebitamento all'art. 14, dove si afferma che l'accordo può essere annullato dal Tribunale su istanza di ogni creditore, in contraddittorio con il debitore, esclusivamente nel caso in cui sia stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti⁹.

Le disfunzioni dell'accordo di ristrutturazione potrebbero derivare da ragioni legate al contenuto stesso della convenzione o da vizi genetici connessi alle modalità con cui essa è stata negoziata. Tuttavia, i rimedi classici devono scontrarsi con la peculiarità dell'istituto *de quo*.

Nell'ambito rimediale l'efficacia dell'accordo e le differenti opzioni strutturali – esaminate nel capitolo III – rivelano tutta la loro importanza applicativa.

Invero, si è già detto come sia possibile individuare uno schema unificante degli accordi di ristrutturazione proprio nell'operazione economica che pervade i singoli contratti, in caso di collegamento negoziale, ovvero il contratto unico plurilaterale o bilaterale, qualificando in concreto la causa, la quale sarà definibile, in senso composito, come causa di ristrutturazione.

Tra i casi più frequenti, si riscontra quello di un accordo di ristrutturazione stipulato al mero fine di consolidare, col tempo, una garanzia sottraendola all'azione revocatoria esperita in un fallimento che già si prevede come certo e inevitabile: in tal caso, il motivo illecito comporterà la nullità della convenzione. Nell'ipotesi in cui invece l'accordo è concluso allo scopo di porre in essere un trattamento preferenziale, sapendo già, ad esempio che

⁸ Si veda in merito esplicitamente l'arresto del Trib. Terni, 4 luglio 2011, in *IlCaso.it*. In proposito dalla già citata analisi di M. FERRO-A. RUGGIERO-A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, cit., p. 482, emerge come la stragrande maggioranza dei tribunali applichi al caso di inadempimento o di vizi di validità dell'accordo i comuni rimedi di diritto civile. Mentre solo il 26,8% ritiene l'applicabilità in via analogica delle norme previste in tema di risoluzione e di annullamento del concordato preventivo, configurando gli accordi di ristrutturazione come una procedura concorsuale. E. FRASCAROLI SANTI, ne *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 174, adottando l'orientamento "concorsuale", ritiene astrattamente applicabili i rimedi previsti dall'art. 186 l. fall., denunciandone, tuttavia, la loro inutilità pratica.

⁹ Tale norma riecheggia l'art. 1986 c.c. in tema di cessione dei beni ai creditori per cui la condotta del debitore che nasconde una parte cospicua dei propri beni o, all'opposto, giunge a simulare un passivo di misura superiore a quella reale, viene per lo più qualificata quale dolo negoziale concretizzandosi nell'induzione in errore dei creditori, i quali si sono indotti a perfezionare la cessione.

il piano è inidoneo ad assicurare il pagamento dei creditori estranei, ovvero allorché si voglia approfittare dei benefici di un eventuale accordo in assenza di una vera e propria situazione di crisi, ovvero ancora, qualora si celino ad alcuni creditori le effettive condizioni economiche in cui versa l'imprenditore, ebbene, il contratto di salvataggio sarebbe colpito dall'annullamento per dolo¹⁰.

Al momento della sottoscrizione dell'accordo una o più manifestazioni di volontà potrebbero rivelarsi invalide.

In tal caso, ricordando il già visto rapporto di condizionamento reciproco che caratterizza sovente il ceto creditorio nell'ambito della ristrutturazione d'impresa¹¹, la struttura di più contratti tra loro collegati comporterà che l'invalidità di un'adesione, idonea ad annullare il relativo singolo contratto, potrebbe rendere non più sicure le prestazioni promesse da altri creditori.

In astratto, la connessione che caratterizza i singoli negozi, determina, nel caso in cui uno sia affetto da una patologia, che anche l'altro contratto, compreso nel collegamento, risulti inficiato dalla medesima vicenda, con l'applicazione del principio *simul stabunt, simul cadent*, indipendentemente dall'accertamento della volontà delle parti.

Tuttavia, in ossequio al principio di conservazione, i negozi collegati al contratto annullato caducheranno per difetto dell'elemento causale concreto solo se l'annullamento impedisca irrimediabilmente l'esecuzione di una prestazione necessaria al buon esito dell'operazione risanatoria, senza dunque alcun automatismo¹².

A tal proposito, non pare condividersi l'impostazione data da alcune decisioni di legittimità in tema di concordato stragiudiziale¹³, la quale sostiene che la nullità di un contratto si comunicherebbe a quelli collegati in forza dell'art. 1419 c.c., il quale tuttavia fa riferimento ad un unico contratto composto da più clausole e non a più negozi tra loro funzionalmente collegati, quale invece sarebbe l'accordo di ristrutturazione costituito da un fascio di contratti, connessi ma distinti secondo la volontà delle parti¹⁴.

Nella differente morfologia di unico contratto plurilaterale l'estensione dell'invalidità sarà subordinata all'essenzialità rispetto al salvataggio dell'im-

¹⁰ In proposito, E. GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Una introduzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 559, evidenzia la necessità di evitare che l'esaltazione delle potenzialità dell'autonomia privata nell'ambito delle procedure concorsuali possa divenire uno schermo protettivo per costruzioni di ingegneria concorsuale che possano celare operazioni illecite o fraudolente.

¹¹ Cfr. paragrafo 3.1 del capitolo III.

¹² Si veda sul punto G. FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., p. 1916. Analogamente cfr. C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., p. 279.

¹³ Così la più volte citata Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951, e Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Giust. civ.*, 1996, p. 2649.

¹⁴ In merito si rinvia alle osservazioni di G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 197, e A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, cit., p. 53.

presa del contributo del contraente la cui partecipazione viene meno. La conservazione dell'operazione economica complessiva risulterà tuttavia tutelata dagli artt. 1419 e 1446 c.c., per cui qualora si ravvisi il mantenimento delle condizioni economiche e finanziarie idonee a permettere il raggiungimento dell'obiettivo di evitare l'insolvenza, si dovrà presumere che le parti avrebbero comunque concluso il contratto pur conoscendo l'invalidità della singola manifestazione di volontà ¹⁵.

In merito agli effetti della nullità originaria dell'accordo, qualora questo si riveli radicalmente inidoneo a conseguire l'obiettivo risanatorio, si potrebbe sostenere l'invalidità derivata di tutti gli atti posti in essere in esecuzione del piano. In tal modo si perseguirebbe l'obiettivo di un intervento che colpisce la pattuizione, sanzionando quelle pratiche contrattuali che costituiscono la concretizzazione di quel comportamento che il legislatore ha stabilito di vietare colpendolo con l'invalidità.

Tuttavia, il rapporto tra l'accordo di ristrutturazione e gli atti esecutivi stipulati "a valle" non sempre si esaurisce nella mera recezione in questi ultimi di contenuti predisposti attraverso la conclusione dell'accordo. Inoltre, sul piano strettamente formale, la categoria dell'invalidità derivata – elaborata dalla dogmatica nello studio del fenomeno del collegamento negoziale – assume un valore prevalentemente descrittivo. Infatti, indica l'influenza generica che, in presenza di un collegamento tra più contratti per l'attuazione di un disegno unitario, l'invalidità di un contratto rivolge sulla possibilità di realizzare il risultato in funzione del quale il suddetto collegamento è programmato ¹⁶.

Se si considera, quale condizione precipua perché possa parlarsi di invalidità derivata, che la causa di invalidità colpisca quell'atto che rappresenta il presupposto dell'intera sequenza, di modo che anche gli altri vengano travolti, in quanto essi si giustificano funzionalmente solo in ragione dell'esistenza del contratto invalido, si osserva come nella fattispecie di cui all'art. 182-bis non sussiste un collegamento funzionale del tipo descritto tra gli accordi di ristrutturazione "a monte" ed i contratti esecutivi, che conservano la funzione pratica caratteristica del tipo posto in essere.

Da quanto detto è possibile quindi sostenere che, una volta riconosciuto nullo il negozio "a monte", ogni altro contratto che dipende da esso o ad esso è collegato non diviene invalido bensì "inutile" ¹⁷, a meno che ovviamente

¹⁵ Sul punto si vedano V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 870 e E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 274.

¹⁶ La nozione di "invalidità derivata" non trova in realtà riscontro in alcuna figura reale, e designa in maniera generica l'influenza che l'invalidità di un contratto può avere su una fattispecie collegata. Tale influsso si risolve esclusivamente o in una sua autonoma invalidità per un vizio ad essa intrinseco, oppure in una incidenza sugli effetti del contratto connesso. Sul punto si rinvia alle approfondite riflessioni di R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Scritti giuridici*, I, 1996, p. 198.

¹⁷ In tal senso R. TOMMASINI, voce *Invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, p. 584.

anche il contratto esecutivo sia anch'esso viziato nel proprio oggetto o nella propria causa. Infatti, l'invalidità implicando un giudizio di valore non è suscettibile di comunicarsi da un atto all'altro, atteso che tale giudizio può riferirsi solamente o a ciascun atto singolarmente considerato ovvero alla sequenza di atti nel suo complesso. Nella fattispecie, l'invalidità dell'accordo di ristrutturazione comporterà quale effetto legale il venir meno dell'esenzione dall'azione revocatoria, senza "contagiare" gli atti esecutivi.

3. Risoluzione per inadempimento

In caso di inadempimento del negozio o di impossibilità sopravvenuta di garantire il pagamento integrale dei creditori estranei appare congruo e legittimo riconoscere il diritto ad agire per la risoluzione del medesimo accordo¹⁸.

Stante la già vista diversità di causa tra l'accordo di ristrutturazione e il contratto di transazione, in presenza di una clausola con cui si conviene la novazione delle obbligazioni originarie, non pare applicabile analogicamente il limite sancito dall'art. 1976 c.c. che esclude la risoluzione della transazione per inadempimento qualora il rapporto preesistente sia stato estinto per novazione, a meno che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente previsto.

La struttura dell'accordo gioca un ruolo fondamentale laddove, nel caso in cui il contratto si configuri quale plurilaterale, la reciprocità dei diritti e degli obblighi di ciascun contraente verso tutti gli altri comporta che il totale o parziale inadempimento di uno determini un pregiudizio per l'altro, con la conseguente responsabilità contrattuale dell'inadempiente verso tutti gli altri¹⁹. Se inoltre la prestazione dell'inadempiente sia valutata come essenziale secondo le circostanze, ai sensi dell'art. 1459 c.c., ovvero nei casi in cui in seguito al difetto dell'apporto di quel contraente si determini la mancanza delle condizioni necessarie a permettere il raggiungimento dello scopo del risanamento dell'impresa, non essendo stata offerta una prestazione sostitutiva, sarà possibile agire giudizialmente per risolvere l'intero accordo²⁰.

¹⁸ Si veda in merito L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 353, e G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., 2007, p. 923; E. STAUNOVO POLACCO-F. ROLFI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Autonomia negoziale e concorsualità*, Milano, 2013, p. 168. In generale sulla risoluzione del contratto si veda M. PALADINI, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Il diritto. Enc. giur. del Sole 24 Ore*, XIII, Milano, 2008, p. 688; ID., *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013.

¹⁹ Sul punto cfr. C.L. APPIO, *Sull'applicabilità agli accordi di ristrutturazione del debito dei rimedi in tema di risoluzione del contratto*, cit., *passim*; G. VILLA, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, cit., p. 799; P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, cit., p. 896; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2766.

²⁰ In tal caso si verificherebbe un parallelismo tra la disciplina degli accordi di ristrutturazione e quella delle società, si veda in tema E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 271, ID., *Effetti della composizione stragiudiziale*, cit., p. 271.

Qualora invece si ascriva l'accordo di ristrutturazione allo schema del collegamento negoziale in ipotesi di domanda esperita da un creditore di risoluzione per inadempimento del singolo negozio di cui è parte, si ricorda come un terzo possa essere chiamato a rispondere per illecito civile nel caso la sua condotta comporti l'inadempimento dell'obbligazione in capo ad un altro soggetto²¹.

È il caso di un debitore dell'imprenditore in crisi che ha stipulato un accordo di risanamento dei debiti con i propri creditori, il quale con dolo o colpa non adempie all'obbligazione cui era vincolato con l'imprenditore, procurando un danno al creditore che ha aderito all'accordo di ristrutturazione. In tale ipotesi, la responsabilità del debitore dell'imprenditore in crisi nel causare un pregiudizio al creditore integra infatti una fattispecie di lesione del credito del terzo cioè del creditore parte dell'accordo.

Ovviamente, oltre al risarcimento del danno il contraente *in bonis* potrebbe chiedere la risoluzione del singolo negozio in cui si è prodotto l'effetto dell'inadempimento. La risoluzione avrà conseguenze anche sugli altri ac-

diziale dell'insolvenza, cit., p. 81. In ossequio al generale dovere di buona fede e del principio di conservazione del contratto si ritiene che nell'ipotesi in cui intervenga ad esempio un altro creditore, il quale si offrisse di subentrare nella medesima posizione contrattuale dell'inadempimento, gli altri creditori non sarebbero legittimati a domandare la risoluzione del contratto, in quanto non trattandosi teoricamente di contratto *intuitu personae*, lo scopo prefissato del risanamento dell'impresa potrebbe essere in ogni caso raggiunto, sebbene debba comunque tenere conto dell'importanza che possa avere la persona del creditore, la cui autorevolezza o capacità può giocare un ruolo determinante nel coinvolgere e incidere sulla partecipazione e sulle prestazioni degli altri creditori. In ordine al principio di conservazione in caso di inadempimento parziale giova inoltre richiamare quanto affermato da A. GNANI, *Il contratto divisibile. Frazionabilità del sinallagma e risoluzione del contratto*, Napoli, 2012, p. 24: «L'unità della causa non impedisce che, dinanzi a inadempimento parziale, il sinallagma sia valutato come divisibile e la risoluzione sia parziale. (...) Il contratto nasceva con una certa causa e rispondeva in quel modo – il miglior modo – agli interessi delle parti. Ma una volta verificatosi l'inadempimento parziale, il piano degli interessi deve essere riconsiderato: sfumato il risultato atteso, di fronte all'alternativa della risoluzione totale, può essere più soddisfacente conservare quel minor risultato consentito dalla parte di sinallagma non affetta da inadempimento». Sul dovere dei creditori di accettare le modificazioni o le integrazioni al contratto si rinvia a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoiazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 321. In proposito M. FERRO-A. RUGGIERO-A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, cit., p. 482, riporta l'indagine secondo la quale pressoché la metà dei Tribunali interpellati ritiene che dallo scioglimento di un singolo accordo per inadempimento deriva lo scioglimento dell'intero accordo di ristrutturazione in ogni caso, l'altra metà (52,2%) invece unicamente qualora viene meno una parte essenziale dell'accordo stesso.

²¹ In generale sull'illecito aquiliano integrato dal terzo che determina l'altrui inadempimento di un'obbligazione si veda F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, cit., *passim*; M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in F. GALGANO (a cura di), *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 219; D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, cit., p. 124; C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana il punto della giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 669.

cordi laddove risulti inevitabilmente compromessa l'operazione di salvataggio²². In tal caso, invero, l'idoneità della patologia a pregiudicare l'intero piano di ristrutturazione, determina la caducazione degli altri rapporti collegati, in quanto ne viene compromessa la causa in concreto, seppur da un elemento esterno al contratto ma modificativo del quadro in cui tale contratto si inserisce.

L'impatto sugli altri contratti diviene naturalmente maggiore qualora l'inadempimento alla base della risoluzione sia imputabile all'imprenditore in crisi, ciò in quanto, nella "ragnatela" dei rapporti tra il debitore ed i vari creditori, il primo è tenuto ad adempiere esattamente non solo alla semplice prestazione nell'ambito del rapporto con il singolo creditore, bensì anche a tutte le altre, posto che il grave inadempimento anche di una sola potrebbe comportare l'inutilità della prestazione relativa ad un singolo contratto e dunque, come in un castello di carte, la caducazione dell'intera operazione economica.

4. Eccezione d'inadempimento

Risulta astrattamente possibile che una delle parti si limiti, più che ad agire con l'azione di risoluzione, ad opporre un'eccezione d'inadempimento²³.

²² Sull'applicazione di tale formula ai contratti collegati si rinvia capitolo III, nota 116.

²³ A tal proposito si ricorda la questione relativa alla possibilità di ricondurre nel concetto di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c. l'ipotesi del mancato adempimento, inteso quale inesecuzione non imputabile della prestazione stessa perché provocata da un errore scusabile o da un'omissione involontaria del creditore – debitore. La risposta positiva, secondo L. BIGLIAZZI GERI, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, 1991, ristampa 2001, p. 339, andrebbe tratta dalla funzione assoluta dall'*exceptio*: quel che dalla norma non risulta è invece che cosa essa intenda con il suo alludere all'inadempimento: se alla sola inesecuzione dolosa o colposa della prestazione – secondo il concetto di inadempimento in senso tecnico che, come accennato, dovrebbe scaturire dalla previsione dell'art. 1218 in relazione all'art. 1176 c.c. – o anche al mancato adempimento, quale inesecuzione non imputabile della prestazione stessa perché provocata da un errore scusabile o da un'omissione involontaria del creditore – debitore. Il quesito trova risposta nella funzione stessa cui l'*exceptio* assolve. Destinata a conservare un equilibrio di interessi già tradottisi nella complessa posizione (di creditore e di debitore insieme) rivestita dalle parti, essa trova infatti nell'obiettiva inattuazione del rapporto a *latere debitoris* (unita alla altrui necessità di adempiere) l'evento lesivo necessario e sufficiente a fondarla. In tale prospettiva, il fatto che l'inesecuzione della prestazione sia o meno culpata è, di regola, circostanza irrilevante: ciò che conta è che, in un modo o nell'altro, tale equilibrio risulti alterato e dunque leso, *ex uno latere*, l'interesse che le parti vantano alla conservazione dello *status quo*. Che è quanto inevitabilmente si verifica nel momento in cui il diritto di una di esse – sulla quale, in quanto contemporaneamente debitrice, incombe l'attuale necessità di adempiere – non ottenga contestuale soddisfazione. Inoltre bisogna precisare che la regola della buona fede richiamata dall'art. 1460, comma 2, c.c. si caratterizza come il criterio che consente al giudice di procedere rispetto ad ogni singola vicenda ad una valutazione comparativa tra l'interesse del debitore – creditore a non adempiere stante l'atteggiamento negativo dell'altra parte e, perciò, a mantenere inaltera-

Nella configurazione a carattere plurilaterale occorre riconoscere la facoltà di eccepire l'inadempimento alla parte *in bonis* nei confronti del contraente inadempiente ma anche verso tutti gli altri paciscenti, nel caso in cui si riscontri un inadempimento di gravità tale da pregiudicare l'intero contratto, permettendo la risoluzione del negozio nel suo complesso.

Al pari della rescissione, anche in relazione all'eccezione d'inadempimento parte della dottrina ha manifestato dubbi sull'applicabilità ai contratti plurilaterali, derivanti, oltre che dal difetto di un'esplicita previsione, dalla mancanza di un meccanismo di reciprocità delle prestazioni nei contratti plurilaterali con comunione di scopo²⁴. Tuttavia, appare maggioritaria la posizione che riconosce l'operatività dell'*exceptio* nei contratti plurilaterali, opinando in forza della strumentalità dell'eccezione a sollecitare l'adempimento e della sua rispondenza al principio di economicità, laddove previene il sorgere della necessità delle restituzioni derivanti dalla risoluzione, a prescindere dall'imputabilità della risoluzione stessa al contraente cui si oppone l'eccezione²⁵.

Quindi, in ipotesi di accordo di ristrutturazione a struttura plurilaterale, la parte *in bonis* potrà sollevare l'*exceptio*, rifiutandosi di adempiere, non solo al contraente inadempiente – verosimilmente l'imprenditore in crisi – ma anche a tutti gli altri se l'inadempimento è di una gravità tale da permettere la risoluzione dell'intero accordo, minando l'obiettivo di rimuovere lo stato di crisi.

Esiti analoghi si riscontrano in caso di configurazione dell'accordo quale

to un equilibrio che si traduce nella conservazione dello *status quo*, e quello del debitore – creditore ad ottenere nonostante l'inadempimento o la mancata offerta della prestazione l'esecuzione di quella a lui dovuta. Finalizzata ad accertare quale di tali interessi debba realmente prevalere, quale venire invece sacrificato, tale valutazione si ritiene che debba essere condotta tenendo conto di tutte «le circostanze anche sopravvenute del caso concreto e nel concorso di tutti gli elementi (soggettivi ed oggettivi) rilevanti». All'esito della quale, se il comportamento dell'*excipiens* risulti illegittimo, perché abusivo, quest'ultimo dovrebbe essere considerato a tutti gli effetti inadempiente. Sul punto si vedano L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1988, Roma, p. 31; e M. ZANA, *La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 1378. È opportuno quindi precisare che nella fattispecie *de qua*, laddove l'interesse perseguito si rivela essere quello di evitare la dichiarazione di fallimento rimuovendo lo stato di crisi, più che quello dello mero scambio di prestazioni in sé, è molto più probabile che non siano i singoli inadempimenti ad integrare l'oggetto di contestazione, quanto la mancanza della possibilità di realizzare lo scopo dell'operazione economica complessiva, da cui la richiesta di risoluzione dell'accordo.

²⁴ Sostengono tale posizione F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 633; A. CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, 1967, p. 245; A. PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive: bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, p. 167.

²⁵ In merito si rinvia per la prima obiezione a F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Torino, 1965, p. 238 e A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1969, p. 356; e per la seconda a G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, cit., p. 186, e M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dei contratti*, II, Torino, 1999, p. 1532.

collegamento tra più contratti. In questa fattispecie il contraente non inadempimente avrà la facoltà di opporre l'eccezione d'inadempimento allorché sia messo a repentaglio lo scopo di salvataggio. Tale rimedio si potrà esperire anche qualora l'inadempimento riguardi l'obbligazione prevista da un contratto rispetto al quale il contraente *in bonis* sia terzo, benché tale negozio sia connesso funzionalmente a quello in cui è parte chi eccepisce, tanto da pregiudicarne l'esecuzione²⁶.

Infatti, contrariamente all'indirizzo che reputa non opponibile ai contratti collegati l'*exceptio inadimpleti contractus* ai sensi e per gli effetti dell'art. 1460 c.c., per mancanza del requisito dell'unicità della fonte da cui traggono origine le diverse obbligazioni²⁷, deve ritenersi ammessa anche la possibilità di opporre tale eccezione, risultando tuttavia necessario accertare il vincolo di corrispettività tra tutte le prestazioni caratterizzanti l'operazione economica unitaria. Infatti, le reciproche inadempienze, pur riferibili a contratti distinti, sono reciprocamente condizionate ad una valutazione unitaria o complessiva dell'operazione economica finale²⁸.

In questo modo un contraente può evitare che dopo aver eseguito la propria prestazione non possa conseguire la controprestazione in seguito alla risoluzione dell'accordo.

5. Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

Non è peregrina l'ipotesi in cui l'esecuzione dell'accordo di ristrutturazione si riveli successivamente più onerosa rispetto a quanto le parti avevano inizialmente preventivato, in quanto ad esempio il programma di salvataggio si dimostri *a posteriori* insufficiente a raggiungere l'agognato traguardo del risanamento dell'impresa attraverso il superamento della crisi, necessitando dunque l'assunzione di ulteriori impegni. Tale alea costituisce un connotato intrinseco ai piani di salvataggio, ed influisce sul risultato comune a tutti i contraenti precludendo a ciascuno di ricavare l'utilità prevista dall'adesione all'accordo.

²⁶ In tal senso G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 199; G.P. CIRILLO, *Negozi collegati ed eccezione di inadempimento*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 380. Si veda inoltre la decisione di cui alla Cass., 23 marzo 1996, n. 2558, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2821.

²⁷ Cfr. G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, 128; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, cit., p. 438; e in giurisprudenza, tra le altre, Cass., 1° dicembre 1962, n. 3250, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1475.

²⁸ In tal senso cfr. M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., p. 350; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., p. 297; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, cit., p. 71; A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 725 e, in giurisprudenza, Cass., 28 maggio 2003, n. 8467, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in genere», n. 578; Cass., 19 dicembre 2003, n. 19556, in *Foro it.*, 2004, I, c. 718, con nota di G. FAELLA; Cass., 17 marzo 2006, n. 5938, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3.

Appare dunque ipotizzabile una qualificazione dell'accordo di ristrutturazione come contratto aleatorio con la conseguente inibizione ad utilizzare il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta²⁹.

In merito, tuttavia, è necessario rammentare la disomogeneità della dottrina. Un orientamento infatti nega l'utilità di qualificare come aleatori i contratti plurilaterali con comunione di scopo, in quanto la comunione di scopo escluderebbe la necessaria reciprocità dell'alea³⁰. Un differente indirizzo, invece, riconosce la natura necessariamente aleatoria di tutti i contratti plurilaterali con comunione di scopo poiché caratterizzati da uno scopo futuro ed incerto³¹.

Tale seconda posizione appare maggiormente condivisibile, avendo il pregio di evidenziare la necessità di adattare il giudizio di valutazione del rischio assunto dalle parti alla struttura dei singoli contratti. Si sottolinea in particolare che nel contratto con comunione di scopo tale valutazione deve essere effettuata con riferimento non solo agli impoverimenti determinati dagli apporti dei singoli contraenti, ma anche all'utilità ricavabile dalla realizzazione dello scopo comune³².

Nondimeno, nell'istituto che ci occupa la mera sussistenza del rischio che non sia raggiunto l'obiettivo del salvataggio dell'impresa in crisi non integra una condizione sufficiente ad assegnare agli accordi di ristrutturazione dei debiti la qualifica di contratto aleatorio. Risulta infatti necessario che le parti abbiano previsto ed accettato che dall'esecuzione dell'accordo, a causa della sopravvenienza di eventi incerti una o più parti possano ricevere anche un minore vantaggio di quello ragionevolmente prevedibile³³.

Per inibire, ai sensi dell'art. 1469 c.c., l'azionabilità della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, il rischio deve avere ad oggetto la presta-

²⁹ Sui contratti aleatori si veda in generale G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, p. 69; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, p. 124; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997, p. 22, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 496.

³⁰ Tale opinione è supportata *ex multis* da G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 127.

³¹ In questi termini cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964, p. 302.

³² Infatti, autorevolissima dottrina (G. DE NOVA, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 478) ha osservato come con la stipulazione del contratto ciascuna parte intende percepire una determinata quota dei risultati prodotti dall'esecuzione del contratto, per cui la valutazione della rilevanza del perturbamento dell'equilibrio di interessi originario possa e debba essere realizzata con riferimento al sacrificio patito e alla quota del profitto riportato. L'assetto originariamente predisposto dalle parti deve quindi essere individuato considerando sia gli oneri derivanti dalle obbligazioni assunte, sia l'utilità che ciascuno dovrà trarre dalla realizzazione dello scopo comune.

³³ Si ricorda che il rischio che qui rileva è inteso in senso giuridico e non meramente economico. Cfr. C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Codice civile, Commentario*, Milano, 1995, p. 167.

zione promessa da uno dei contraenti, eventualità di norma non presente nella fattispecie *de qua*³⁴. Tale rimedio si ricorda, è invero diretto ad eliminare gli imprevisti squilibri sopraggiunti dopo il perfezionamento del contratto, derivanti da un mutamento dell'onere connaturale alla prestazione o all'attitudine di questa a produrre il suo naturale profitto.

In concreto, anche per l'applicabilità di questo strumento di tutela bisogna guardare alla configurazione strutturale degli accordi di ristrutturazione dei debiti. In caso infatti di collegamento negoziale sia l'equilibrio contrattuale sia la causa del singolo contratto dovranno essere valutati avendo riguardo al risultato prodotto rispetto allo scopo (e alla sua realizzabilità) dell'intera operazione economica, in una dimensione dunque che coinvolge il complesso programma contrattuale³⁵.

L'insieme di singoli negozi collegati risultano invero strumentali al conseguimento dello scopo comune. Quindi il giudizio sull'influenza della sopravvenienza sull'equilibrio contrattuale dovrà tenere conto sia del costo delle prestazioni promesse da ciascuna parte, sia del vantaggio derivante dall'attività a cui è diretta la prestazione. Infatti, l'incidenza dell'evento sopravvenuto sulle prestazioni promesse potrebbe essere bilanciata da una maggiore partecipazione all'utile contrattuale.

Coerentemente, in caso di risoluzione di un singolo contratto ai sensi dell'art. 1467 c.c., conseguirà la risoluzione degli altri contratti collegati per difetto sopravvenuto di causa se, in seguito al venir meno di quel negozio, si constaterà la mancanza di una parte essenziale dell'operazione globale ai fini del perseguimento dello scopo del salvataggio dell'impresa.

Analoghe valutazioni dovranno essere utilizzate per i contratti plurilaterali con comunione di scopo. Qualora si ravvisasse una tale struttura, si potrà agire sperando il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta qualora la maggiore onerosità incida in modo diversificato su una parte delle prestazioni promesse, in modo da produrre uno squilibrio rispetto all'assetto contrattuale previsto originariamente dalle parti³⁶.

Nell'ipotesi in cui non sia accettata un'eventuale offerta di modificazione secondo equità, la risoluzione colpirà unicamente la parte che avrebbe dovuto eseguire la prestazione divenuta oltremodo onerosa, solo se questa prestazione non risulti essenziale, sempre nell'orizzonte dell'assetto complessivo, ai fini del raggiungimento dell'obiettivo del risanamento dell'im-

³⁴ Cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 16; F. GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001, p. 61; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 127.

³⁵ Si veda in merito G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, cit., p. 127; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit., *passim*; AA.VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, cit., *passim*.

³⁶ Cfr. in proposito *ex multis* V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1033.

presa; viceversa sarà l'intero contratto ad essere risolto.

In ogni caso, l'azione di risoluzione potrà essere esperita solo dai creditori partecipanti alla convenzione e unicamente dopo la verifica che l'accordo non abbia trovato una regolare esecuzione; prima di tale momento il divieto di *venire contra factum proprium* inibisce i paciscenti di agire non solo dal chiedere la risoluzione ma anche dal proporre un'istanza di fallimento³⁷.

Qualora se ne rinvergano i presupposti, sussiste una reciproca indifferenza giuridica tra azione di risoluzione e azione per la dichiarazione di insolvenza³⁸, come non vi è sovrapposizione tra la possibilità di avvalersi dei rimedi civilistici e il rimedio fallimentare dell'opposizione all'omologa. Infatti, le azioni di diritto comune di risoluzione, nullità e annullabilità si fondano su presupposti differenti rispetto all'azione di opposizione prevista dall'art. 182-bis, comma 4, l. fall. utilizzabile dai creditori e da ogni interessato.

È noto, invero, che per ottenere la risoluzione del contratto è necessario che la prestazione non eseguita ovvero eseguita in modo inesatto abbia grave importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra, mentre al fine della dichiarazione di fallimento l'inadempimento deve articolarsi nello stato di insolvenza ai sensi dell'art. 5 l. fall. (oltre che integrarsi i requisiti di cui all'art. 1 l. fall.)³⁹.

Come anticipato, in caso di risoluzione o invalidità inerente solo uno o alcuni creditori, questi entreranno a far parte dei creditori non aderenti all'accordo ai quali questo, se ancora efficace, dovrà assicurare il pagamento integrale del debito, ai fini dell'omologazione.

6. Rescissione

Data la situazione personale e patrimoniale che frequentemente si manifesta allorché un imprenditore in crisi propone ai suoi creditori, spesso istituti di credito, di aderire ad un accordo di ristrutturazione dei debiti della propria impresa, non è peregrino che si integri una situazione di grave difficoltà tale

³⁷ Sul punto si veda G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., 2007, p. 922; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 59; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, cit., p. 313; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2553. *Contra* cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 ottobre 2013, in *Il Fallimentarista.it*.

³⁸ Si veda in merito Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, p. 701.

³⁹ È interessante notare che nel *Code de Commerce* francese si prevede esplicitamente che l'apertura di una procedura concorsuale «*met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué*» (art. L. 611-12), di conseguenza i creditori avranno diritto di conseguire quanto previsto anteriormente alla stipulazione dell'accordo.

da poter configurare lo stato di bisogno, inteso quale mancanza di liquidità, presupposto per un'azione di rescissione.

Tuttavia, meno sovente lo stesso stato di bisogno può evidenziarsi anche in capo ai creditori che risultano non solo esposti al pericolo di una forte diminuzione dei loro crediti, ma altresì al rischio di essere sottoposti alle azioni revocatorie e ancor di più alla minaccia di dover rispondere di reati fallimentari (bancarotta fraudolenta o ricorso abusivo al credito), per cui potrebbero essere indotti ad accettare un accordo di ristrutturazione anche particolarmente penalizzante.

In linea di principio nulla osta, inoltre, alla prospettazione del presupposto dell'approfitamento.

Come già affermato riguardo alla risoluzione per eccessiva onerosità, nella figura *de qua* l'alea investe il risultato voluto dalle parti e non la prestazione dedotta nel contratto da uno degli aderenti⁴⁰, conseguentemente non paiono ostacoli all'applicabilità del rimedio rescissorio, pur con differenti modalità a seconda della struttura negoziale.

Superando le perplessità del passato, la dottrina ora ammette la possibilità di utilizzo della rescissione nell'ambito dei contratti plurilaterali⁴¹. In proposito, acquisisce rilevanza fondamentale la valutazione della sussistenza della lesione *ultra dimidium*, la quale deve avere riguardo sia alle prestazioni dovute dalle altre parti, sia alla misura di partecipazione al risultato utile dell'accordo.

Qualora la partecipazione del contraente leso risulterà essenziale al raggiungimento dello scopo di salvataggio dell'impresa, l'effetto della rescissione riguarderà l'intero contratto, altrimenti toccherà solamente la parte lesa in difetto di offerta di riconduzione ad equità.

In ipotesi di collegamento contrattuale, invece, la verifica della sussistenza del presupposto della lesione avrà ad oggetto anche la quota di partecipazione al risultato utile dell'operazione, salva sempre l'offerta di riconduzione ad equità. I negozi collegati al singolo contratto rescisso caducheranno per difetto sopravvenuto della causa in concreto, qualora in seguito al venir meno del negozio affetto da patologia si ravvisi la perdita di elementi

⁴⁰ Sebbene valga precisare che non si possa comunque escludere che le parti prevedano all'interno dell'accordo una prestazione giuridicamente a rischio. In proposito autorevole dottrina ha osservato che la preclusione opererebbe tuttavia nei limiti in cui «la lesione non risulti *ex ante*, come sproporzione tra la misura della prestazione a carico del contraente in stato di bisogno e la misura del rischio dedotto in contratto» (cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 897).

⁴¹ Constatando l'assenza di una esplicita norma positiva disciplinante tale fattispecie L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 302, e F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale*, cit., p. 159, manifestavano dubbi sull'applicabilità della rescissione ai contratti plurilaterali; più recente dottrina ha invece riconosciuto la possibilità di esperire tale tutela anche in ambito plurilaterale: cfr. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1999, p. 16; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 897; P. VITUCCI, *La rescissione*, in *Trattato del contratto Roppo*, IV, *Rimedi*, 1, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 442.

essenziali ai fini della realizzazione del risanamento dell'impresa⁴².

Non paiono, dunque, esserci ostacoli all'operabilità del rimedio in presenza dei suoi presupposti. Non si ritiene, infatti, di potere negarne l'applicazione in forza di un'asserita analogia con l'art. 1970 c.c. che esclude l'applicazione della rescissione per lesione alla transazione sulla base della riconducibilità dell'eventuale sproporzione al rischio di norma connesso ad un accordo compositivo⁴³. L'oggetto variegato degli accordi, quanto detto sopra con riferimento alla difficoltà di ravvisare negli accordi di ristrutturazione l'elemento delle reciproche concessioni e della *res dubia* caratterizzante il contratto di transazione, oltre al pericolo di escludere un significativo rimedio come la rescissione in una fase delicata quale la crisi d'impresa, inducono ad ampliare i mezzi di tutela dei contraenti.

7. Rimedi di autotutela privata ex artt. 1186 e 1461 c.c.

In presenza di un'aggravamento dello stato di crisi giova inoltre verificare se sussista la facoltà dei singoli creditori di avvalersi dei rimedi di autotutela privata, ovvero della decadenza del debitore dal beneficio del termine e dell'eccezione di sospensione della prestazione, previsti rispettivamente per le obbligazioni in generale e per i contratti a prestazione corrispettive⁴⁴.

Si ricorda che il primo consente al creditore, ai sensi dell'art. 1186 c.c., di domandare l'adempimento anticipato del debitore, senza attendere la decorrenza del termine originario di favore; mentre l'art. 1461 c.c. riconosce alla parte tenuta ad adempiere per prima, fatta salva l'ipotesi in cui sia prestata idonea garanzia, il diritto di sospendere l'esecuzione della propria prestazione qualora le condizioni patrimoniali della controparte pongano in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione⁴⁵.

⁴² Il rimedio della rescissione, considerato come una valutazione negativa dell'assetto di interessi posto in essere al momento della stipulazione del contratto, è analizzato nella sua possibile evoluzione da G. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, Napoli, 2009; F. PAGLIUSO, *Disciplina dell'usura e rescissione del contratto*, Catanzaro, 2003; G. BIANCHI, *Rescissione e risoluzione dei contratti. Con riferimenti al diritto civile del XXI secolo*, Padova, 2003. Sugli elementi essenziali del contratto si veda l'analisi di E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto (art. 1325)*, cit., 2013.

⁴³ Ipotizza l'applicazione in via analogica dell'art. 1970 c.c. E. CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 196, secondo il quale «l'eventuale sproporzione è, infatti, anche nel caso degli accordi, così come nella transazione, riconducibile al rischio normalmente connesso a un accordo compositivo e all'impossibilità di stabilire esattamente l'entità delle attribuzioni in ragione dell'incertezza sulle pretese dei contraenti».

⁴⁴ In ambito contrattuale e non soltanto obbligatorio sono previsti rimedi analoghi aventi natura liberatoria per la parte *in bonis* e non dilatoria, quali l'art. 1822 c.c. a favore del mutuante, l'art. 1956 c.c. a favore del fideiussore, l'art. 1959 c.c. a favore del mandataro, come anche l'art. 1845 c.c. a favore della banca che, nell'ambito dell'apertura di credito, ha la facoltà di recedere dal contratto per giusta causa.

⁴⁵ Sull'autotutela privata e sulla riconducibilità degli artt. 1186 e 1461 c.c. all'autotute-

Giova precisare, con riferimento ai presupposti oggettivi relativi ai rimedi suddetti, come il mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente che legittimano l'altro ad avvalersi dell'eccezione di sospensione della prestazione, integri una modifica del patrimonio più modesta rispetto a quella che configura l'insolvenza civile di cui all'art. 1186 c.c. Infatti, per potersi giovare del diritto ad autosospendere l'esecuzione della prestazione dovuta, è sufficiente una variazione meramente qualitativa della consistenza patrimoniale tale da rendere più arduo il conseguimento della controprestazione.

Tuttavia, secondo la Corte di Cassazione, non basta un mero timore del debitore – causato ad esempio dalla diffusione di articoli giornalistici sullo stato di crisi aziendale della controparte – dovendosi invece trattare di un rischio serio ed oggettivo di inadempimento della controprestazione⁴⁶.

L'interesse giuridicamente rilevante alla cui tutela sono diretti i suddetti rimedi è ritenuto unico, a dispetto della diversità dei presupposti oggettivi, degli ambiti applicativi e degli effetti giuridici: di natura satisfattiva quelli prodotti dall'art. 1186 c.c., di natura sospensiva quelli derivanti dall'art.

la privata, si rinvia agli studi di L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1974, II, p. 93; Id., voce *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 2. Si vedano inoltre, più recentemente, le riflessioni di F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto. Rimedi 2*, Milano, 2006, V, p. 465. Con riferimento al rimedio di cui all'art. 1461 c.c. è opportuno precisare come la giurisprudenza abbia provveduto ad un ampliamento del presupposto oggettivo ai fini dell'operabilità del rimedio, in quanto, oltre al sopravvenuto mutamento *in pejus* delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, si ritiene azionabile tale strumento anche in presenza di un dissesto patrimoniale anteriore alla nascita del rapporto giuridico, ma incolpevolmente ignorato dal contraente obbligato ad adempiere per primo: si vedano in tal senso, *ex multis*, Cass., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1259, e Cass., 15 maggio 2002, n. 7060, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, p. 88.

⁴⁶ In tal senso, si veda Cass., 3 dicembre 1993, n. 12011, in *Vita not.*, 1994, p. 758. Sul tema, vale riportare la riflessione di L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, cit., p. 93, là dove osserva che «mentre il mutamento che dà luogo alla decadenza (ex art. 1186) – traducendosi in una situazione generale di sbilancio economico, sia quello a seguito del verificarsi del quale la garanzia generica del credito sia divenuta obbiettivamente inadeguata per il singolo creditore, sì da rendere possibile – ad evitare una inutile attesa – l'immediata attuazione del rapporto con tutte le conseguenze che dalla (eventualità della) sua non attuazione possono derivare; per il mutamento, cui si ricollega la sospensione ex art. 1461, sia sufficiente una minore gravità del fatto e, cioè, il sopravvenire di circostanze (incidenti anche sulla sostanza e, quindi sulla qualità, e non solo sulla consistenza quantitativa del patrimonio del debitore), tali da rendere soltanto più problematico e perciò più incerto il conseguimento della controprestazione o, in prospettiva, l'utile esperimento dell'eventuale procedura esecutiva ai fini del soddisfacimento dell'interesse del creditore per equivalente». Si veda in merito altresì U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, cit., p. 129; A. DI MAJO, *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 219; F. MACARIO-M. LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 11. Per la posizione che sostiene l'identità della nozione di insolvenza civile enunciata dall'art. 1186 c.c. con il presupposto del mutamento *in pejus* alla base dell'eccezione di sospensione dell'esecuzione della prestazione, si veda su tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 354.

1461 c.c.⁴⁷. In entrambi i rimedi infatti si riscontra l'interesse del creditore a non proseguire nella regolare esecuzione di un rapporto obbligatorio, in quanto inidoneo a soddisfare l'interesse inizialmente perseguito⁴⁸. In ogni caso, è possibile tuttavia ricorrere all'eccezione di sospensione dell'esecuzione della prestazione e successivamente al rimedio della decadenza dal beneficio del termine, se la variazione *in pejus* della controparte dovesse poi integrare un'insolvenza⁴⁹.

Un ostacolo alla possibilità di applicare l'art. 1461 c.c. agli accordi di ristrutturazione non può essere costituito dalla configurazione di contratto plurilaterale assunta dall'operazione di risanamento, in quanto è ormai prevalente la posizione che considera applicabile tale rimedio a questa tipologia strutturale⁵⁰. Occorre, tuttavia, concentrare l'attenzione sulle specificità strut-

⁴⁷ In particolare, il rimedio di cui all'art. 1186 c.c. persegue l'interesse di ogni creditore a che la garanzia generica patrimoniale del debitore si conservi integra, in modo da potersi rivalere in seguito al definitivo inadempimento, di conseguenza una volta ridotta la consistenza patrimoniale che ha giustificato la concessione del termine a favore del debitore, non vi è più ragione per costringere il creditore ad attendere inerte la decorrenza dello stesso termine al fine di soddisfare la sua pretesa. Si veda in merito V. CALANDRA BUONAURO, *Il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, p. 593. Lo strumento offerto dall'art. 1461 c.c., completando gli strumenti cautelari e provvisori tendenzialmente rivolti alla conservazione del rapporto, si basa nel rapporto di sinallagma tra le prestazioni contrattuali, che legittima la parte *in bonis* a sospendere l'esecuzione della propria prestazione, mantenendo così intatto l'equilibrio degli interessi. In merito si rinvia alle riflessioni di L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 38.

⁴⁸ Infatti L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. III. L'attuazione*, Milano, 1964, p. 280, li accomunava nell'uguale definizione di "istituti di tutela generale contro l'insolvenza". Giova in proposito riportare inoltre le osservazioni di G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 32, il quale, a proposito dei rimedi di cui agli artt. 1461, 1822, 1956 e 1959 c.c., rileva che «la legge, nel caso di insolvenza di un contraente, consente alla controparte il potere di rifiutarsi di eseguire, ovvero di sospendere, la propria prestazione, anche se il termine previsto a favore della controparte non è ancora scaduto: finendo, con ciò, per concedere alla parte non insolvente, pur in presenza di "termini diversi per l'adempimento", il potere di opporre un'eccezione analoga a quella (c.d. di inadempimento) prevista dall'art. 1460 c.c. e, dunque, anche in tal caso, per operare una sorta di decadenza dal beneficio del termine, per certi versi analoga a quella di cui all'art. 1186 c.c.».

⁴⁹ In particolare, nell'ipotesi in cui si ravvisi un peggioramento delle condizioni patrimoniali della controparte in modo da ostacolare o rendere più difficile il conseguimento della prestazione, la parte tenuta ad adempiere per prima può avvalersi dell'eccezione di sospensione della prestazione. Se invece dovesse riscontrarsi l'insolvenza civile, tale parte potrà domandare l'altrui prestazione in anticipo rispetto al termine convenuto, a condizione di offrire di adempiere alla propria prestazione.

⁵⁰ Tradizionalmente la dottrina negava l'applicabilità delle eccezioni dilatorie al contratto plurilaterale con comunione di scopo, contrapponendolo al contratto di scambio, in ragione dell'assenza di corrispettività tra prestazioni: si veda in merito F. MESSINEO, *La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale*, cit., p. 65; Id., voce *Contratto plurilaterale*, cit., p. 158. Considerando invece che l'incidenza assunta dalla patologia di un singolo rapporto nell'assetto complessivo del contratto plurilaterale, determinandone la validità o l'esecuzione, è subordinata all'idoneità di quel rapporto a pregiudicare il raggiungimento

turali e funzionali dell'accordo di ristrutturazione e sugli effetti giuridici che producono, la cui stabilità verrebbe pregiudicata dai rimedi di autotutela creando inoltre ingiuste discriminazioni *ex latere creditorum*.

Non paiono infatti compatibili strumenti, quale quello offerto dall'art. 1186 c.c. o dall'art. 1461 c.c., di natura prettamente individuale, previsti per operare nell'ambito di un singolo rapporto obbligatorio bilaterale e nell'interesse del singolo creditore, con l'istituto degli accordi di ristrutturazione che è – come detto – caratterizzato da una prospettiva diametralmente opposta a quella statica e atomistica: a prescindere dalla configurazione strutturale assunta, negli accordi *ex art. 182-bis l. fall.* vi è una stretta interdipendenza tra debitore e creditori, e tra gli stessi creditori.

Come osservato al capitolo III, allorché si è analizzata la struttura di tale contratto, la stretta correlazione tra le varie posizioni giuridiche nella convergenza al medesimo scopo comporta un reciproco condizionamento, inconciliabile con un rimedio di natura individuale. Infatti, lo scopo di risanamento impone agli stessi creditori di posporre la visione statica del riferimento ai propri singoli rapporti obbligatori con l'imprenditore in crisi, alla composizione negoziale della crisi che interessa il patrimonio del debitore complessivamente inteso in senso dinamico, in quanto legato all'attività dell'impresa operante nel mercato.

In caso di ulteriore aggravamento della crisi dell'impresa, l'esercizio da parte di un creditore della facoltà della decadenza dal beneficio del nuovo termine concesso con l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il conseguente ottenimento della restituzione anticipata della somma eventualmente erogata a titolo di mutuo, implica la necessità dell'imprenditore in crisi di utilizzare a tal fine altre somme ottenute da altri creditori, magari a titolo di nuova finanza per la ristrutturazione, per soddisfare la pretesa del creditore che agisce *ex art. 1186 c.c.*

In tal modo, si comprometterebbe ovviamente il tentativo di risanamento, che costituisce l'obiettivo perseguito dalle parti con la stipula dell'accordo, trasgredendo al dovere di buona fede *ex art. 1375 c.c.* tra le parti coinvolte. Invero, in spregio all'auspicata cooperazione tra creditori, solo il creditore più tempestivo che si avvale dei rimedi di tutela preventiva si gioverebbe opportunisticamente del tentativo di composizione negoziale della crisi, pregiudicando l'operazione complessiva e dunque gli altri creditori.

dello scopo comune, parte della dottrina ha ritenuto sussistente la legittimazione ad agire in autotutela anche per la parte di un contratto plurilaterale, nel caso in cui l'obbligazione inadempita o l'obbligazione della parte le cui condizioni economiche siano diventate critiche risultassero essenziali ai fini del perseguimento dello scopo comune. Si veda in merito cfr. A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, cit., p. 359; T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, cit., 133, G. AULETTA, *Risoluzione del rapporto sociale per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 523; G. VILLA, *Pluralità di contraenti e inadempimento*, cit., p. 202. In senso contrario S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, cit., p. 7, ritiene esercitabili le eccezioni dilatorie solo collettivamente dai soggetti che intendono garantirsi dall'inadempimento di una delle parti.

Si integrerebbe, così, un esercizio abusivo degli strumenti di autotutela giacché, sebbene il creditore agisce entro il perimetro della liceità formale, in concreto pone in essere una condotta scorretta che gli consente di ottenere un vantaggio immediato a danno della controparte debitrice e degli altri creditori contraenti: dal confronto con gli interessi con cui il diritto alla tutela del creditore interagisce in concreto si riscontrerebbe un abuso del diritto⁵¹.

Si individua, quindi, una divaricazione netta tra l'insolvenza civile, richiamata dall'art. 1186 c.c., e l'insolvenza commerciale inclusa, per espressa previsione dell'art. 160, comma 3, l. fall., nella nozione di "stato di crisi" che costituisce il presupposto previsto dall'art. 182-bis l. fall. per domandare l'omologa dell'accordo di ristrutturazione. Infatti, sotto il profilo rimediale, mentre nell'insolvenza civile l'esigenza di tutelare il creditore *uti singulos* è appagata implementando le sue facoltà individuali nell'ambito del singolare rapporto obbligatorio, nell'insolvenza commerciale la prospettiva è quella di una tutela collettiva del credito che impone di salvaguardare primariamente l'esigenza di superare la crisi dell'impresa⁵².

I mezzi di tutela di diritto comune – segnatamente quelli di cui agli art. 1186 e 1461 c.c. – si rivelano essenzialmente discordanti con l'elemento causale degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero con le peculiarità di tale istituto intrinsecamente connesso con il profilo dinamico dell'attività d'impresa, la cui crisi intende ricomporre⁵³.

In conclusione è utile fare cenno alle conseguenze della caducazione dell'accordo sulle prestazioni già eseguite, in particolar modo agli eventuali obblighi di restituzione o all'efficacia delle rinunzie alle prestazioni altrui. Tale tema esula dalla stretta analisi di diritto civile giacché normalmente il venir

⁵¹ Si ricorda infatti che l'abuso del diritto differisce dall'eccesso del diritto in quanto mentre quest'ultimo implica un superamento dei limiti determinati *a priori* e in astratto, l'abuso del diritto esige una vaglio della legittimità delle modalità di esercizio del diritto in concreto e *a posteriori*. Si veda in merito all'abuso del diritto F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 11; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 68; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 15.

⁵² In merito alla differenza tra insolvenza civile e insolvenza concorsuale – rimandando a quanto già osservato nell'introduzione al presente lavoro – si vedano le riflessioni di E. PELLECCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1; F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 102; G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, cit.; M. BOCCHIOLA, *La nozione di «insolvenza» nell'art. 1186 c.c.*, cit., p. 205; G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, cit., p. 35; e, in particolare, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 127.

⁵³ In proposito ancora F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, cit., p. 112, osserva come «il nuovo concetto decisivo ossia la situazione di crisi d'impresa vale senz'altro a giustificare il salvataggio, grazie al ruolo rivalutativo dell'autonomia privata, venendosi in tal modo a definire i contorni di quella sorta di limbo fra insolvenza civilistica e insolvenza concorsuale, a vantaggio dell'unitarietà del sistema».

meno dell'accordo comporterà la dichiarazione di fallimento o l'accesso ad una procedura concorsuale minore. Vi è, tuttavia, il remoto caso in cui l'imprenditore abbia proposto un accordo versando ancora in una situazione di difficoltà pre-crisi, in questa ipotesi la disciplina degli effetti sarà ancora governata dal diritto civile.

Qualora l'accordo di ristrutturazione sia dichiarato nullo, annullato o rescisso gli atti posti in essere in esecuzione di esso ne seguiranno la sorte, con l'obbligo, derivante dagli artt. 2033 ss. c.c., di indennizzare o restituire le prestazioni ricevute, tranne in caso di annullamento per incapacità di un contraente, là dove la prestazione sarà restituita solo nella misura in cui abbia prodotto un vantaggio per l'acquirente.

La risoluzione dell'accordo richiede invece di differenziare a seconda delle prestazioni dovute dalle parti. È palese infatti come, dato il contenuto polimorfo degli accordi di ristrutturazione, sia impossibile prevedere una soluzione univoca, essendo ben possibile che il contratto di salvataggio stabilisca l'esecuzione di prestazioni a carattere continuato, istantaneo e periodico, ovvero di obbligazioni di *dare, facere o non facere*.

8. Risarcimento del danno per abuso nella concessione del credito

In aggiunta ai suddetti strumenti rimediali, i creditori estranei sono legittimati a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'istituto bancario per concessione abusiva di credito⁵⁴.

Giova rammentare i tratti salienti di questa ipotesi di responsabilità.

La banca, concedendo credito necessario al buon esito dell'operazione di

⁵⁴ Giova ricordare in proposito che l'illecito di concessione abusiva di credito si configura qualora sussista al momento dell'erogazione del finanziamento una situazione di insolvenza dell'impresa potenzialmente non superabile con la diligenza del *bonus argentiarius*, unitamente all'apparenza artificiale di solvibilità suscitato sul mercato dall'erogazione del credito, ovvero l'affidamento ingenerato all'esterno. Inoltre è necessario l'elemento soggettivo integrato dal comportamento doloso o colposo della banca finanziatrice in relazione alla conoscenza della situazione di decozione dell'impresa e la presenza di un nesso eziologico tra tale condotta e l'evento dannoso. Si vedano in particolare L. BALESTRA, *Responsabilità per abusiva concessione del credito e legittimazione del curatore*, in L. BALESTRA (a cura di) *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano 2016, p. 191; ID., *Crisi dell'impresa e abusiva concessione di credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 109; F. DI MARZIO, *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 314; ID., *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 386; ID., *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, in part. p. 200; B. MONICA, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 258; A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 305, e inoltre S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2009 (All.), p. 65; F. ALLEGRETTI, *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 563.

salvataggio, può danneggiare gli altri creditori che interpretano il finanziamento concesso da tale soggetto professionale quale indice rivelatore di solidità economica. I terzi creditori potrebbero infatti ragionevolmente e in maniera incolpevole fare affidamento nell'apparente solvibilità dell'impresa finanziata, confidando nella verifica del merito creditizio, e per l'effetto essere indotti a non esperire nessuna azione per il recupero del proprio credito ovvero a concedere ulteriori prestiti al debitore⁵⁵.

Il finanziamento ad un'impresa in crisi potrebbe invero non condurre al superamento della stessa, comportando invece un ulteriore indebitamento, con effetti negativi sia per l'imprenditore che per i creditori, i quali potrebbero subire una riduzione della massa attiva su cui fare valere le proprie ragioni.

Tuttavia, occorre nella fattispecie bilanciare l'interesse generale al risanamento e alla salvaguardia dell'efficienza dell'impresa in crisi con l'interesse privato degli istituti di credito che finanziano l'impresa.

Il creditore ha l'onere di dimostrare una lesione della propria autonomia negoziale a causa di una condotta necessariamente decettiva della banca che ha concesso un finanziamento all'imprenditore o ha mantenuto il sostegno economico nonostante il progressivo peggioramento delle condizioni patrimoniali, verificando con negligenza il merito creditizio del debitore, in sprezzo ai principi di sana e prudente gestione dell'attività. L'istituto di credito, pur disattendendo i criteri prudenziali, otterrebbe in tal caso il consolidamento di ipoteche accordate e potrebbe inoltre evitare le azioni revocatorie, sui precedenti crediti accordati, facendo decorrere il periodo sospetto.

La qualificazione della responsabilità della banca per "concessione abusiva" di credito in termini di responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043*

⁵⁵ Un recente provvedimento di merito (Trib. Lucca, 10 marzo 2017, in *IlCaso.it*) ha infatti affermato che non è ravvisabile in capo alla banca «mutuante una posizione di garanzia in forza della quale la stessa sia investita di un potere-dovere di salvaguardia degli interessi economici del cliente-mutuatario di fronte al rischio che questi usi male il capitale ricevuto, né degli interessi dei terzi che siano entrati o che entrino in rapporto con il cliente e che, quali operatori economici, sono capaci di informarsi e sono tenuti a informarsi della solvibilità del cliente, una responsabilità potendosi solo ipotizzare, sotto il profilo del dovere di non creare nei terzi falsi affidamenti, laddove [...] vi siano concrete, comprovate circostanze dalle quali emerga la complicità tra il cliente e (i funzionari) della banca per non fare emergere la vera situazione del primo (in questo caso la condotta dolosa di cooperazione integra un presupposto autonomo di responsabilità verso i terzi e, ove il cliente sia un soggetto collettivo, in ipotesi anche verso il cliente stesso danneggiato dalla condotta del soggetto che per esso abbia contratto con l'istituto bancario)». Per contro, la giurisprudenza francese ha riconosciuto la responsabilità della banca nei confronti del cliente e degli stessi creditori i quali, «per effetto della continuazione dell'attività d'impresa resa possibile dal finanziamento abusivo», vedono ridotte se non compromesse le possibilità di soddisfare i loro crediti (in tal senso *Cour de Cassation*, 28 giugno 2005, in *Dalloz*, 2005, *jur.*, p. 621). Si afferma così oltralpe la responsabilità del banchiere nelle ipotesi di finanziamento di un'impresa in situazione di crisi irreversibile in cui la concessione del credito ha come effetto di aumentare la rilevanza del passivo e di ritardare l'apertura di una procedura concorsuale.

c.c. presuppone in primo luogo la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo alla banca. Si ritiene che il dolo o la colpa sussistano, rispettivamente, nei casi in cui l'istituto di credito, nel momento in cui ha concesso (o mantenuto o prorogato) il finanziamento, conoscesse lo stato di insolvenza dell'impresa finanziata, ovvero dovesse e potesse conoscere tale situazione usando la diligenza professionale qualificata, tipica del "*bonus argentarius*", anche in osservanza delle disposizioni che disciplinano l'attività bancaria⁵⁶. Assume tuttavia rilevanza cardinale l'abuso nel concedere il finanziamento, il quale esige la decettività della condotta dell'istituto di credito, ossia l'idoneità ad alterare il contesto relazionale del mercato creando l'illusione della solvibilità del soggetto finanziato. Pertanto, la concessione abusiva del credito non si realizza automaticamente ogni qual volta l'istituto bancario eroghi o mantenga credito in violazione del principio di sana e prudente gestione e delle regole giuridiche che presiedono al merito creditizio, essendo appunto necessaria la sussistenza dell'abuso, consistente nella capacità di ingenerare un legittimo affidamento incolpevole nell'osservatore: se questi è invece consapevole dello stato d'insolvenza del debitore finanziato *imputet sibi*.

La valutazione dell'ingiustizia del danno è finalizzata a dare soluzione ai contrapposti interessi del danneggiante e del danneggiato, attraverso una comparazione che si fonda non già su valutazioni aprioristiche o astratte, bensì su un esame *a posteriori* dell'interesse leso del danneggiato, da un lato, e di quello perseguito dal danneggiante con la sua condotta, dall'altro.

È indubbio che gli istituti di credito, in presenza di una situazione di crisi dell'impresa finanziata, debbano operare scelte ponderate che sovente suggeriscono l'opportunità di non interrompere bruscamente l'affidamento concesso e, in altri casi, di evitare di proseguire nel rapporto già instaurato. Non è raro, invero, che la banca, in presenza di uno stato d'insolvenza di un'impresa, sia indotta a rientrare degli affidamenti concessi, oppure che tenti di ottenere il rafforzamento delle garanzie prestate, o ancora che continui ad erogare il credito nella previsione che si tratti di una situazione di difficoltà momentanea, verosimilmente superabile con l'apporto di ulteriore credito.

La fattispecie della concessione abusiva di credito, affinché integri un danno *contra ius*, esige che si realizzi un "danno informativo": proprio in virtù del suo ruolo cardine nel mercato finanziario, una banca che concede un fido ad un'impresa insolvente genererà una falsa apparenza di solvenza, a danno sia dei creditori precedenti, che confideranno nella bontà del proprio credito, persuasi della solvibilità del debitore, sia dei creditori successivi, indotti a contrattare con un'impresa che credono sana⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. Trib. Pescara 31 luglio 2014, in *Dejure.it*; App. Milano, 11 maggio 2004, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 645; Trib. Foggia, 7 maggio 2002 e Trib. Monza, 14 febbraio 2002, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 343.

⁵⁷ Giova osservare come la Cass., 12 maggio 2017, n. 11798, in *DeJure.it*, ha dichiarato l'insussistenza del diritto del fallimento ad agire nei confronti di banche alle quali ve-

Più nello specifico, come affermato da autorevole dottrina, occorre che i terzi danneggiati abbiano posto in essere un comportamento incauto o inerziale cui sono stati indotti in seguito all'errata percezione della condizione dell'imprenditore finanziato⁵⁸.

Del resto, non si può negare che gli operatori economici siano soggetti ad un dovere di auto responsabilità. Pertanto, l'intervento della banca concorre a causare il danno ingiusto subito dai terzi che sono stati danneggiati in seguito ad una propria azione (intraprendere relazioni contrattuali con l'insolvente) od omissione (mancata autotutela dei propri crediti) solo fintanto che le determinazioni prese dai terzi non potevano essere scongiurate da una loro diligente osservazione del mercato, compatibile con i costi d'informazione supportabili dal creditore e con la sua professionalità⁵⁹.

niva imputata l'abusiva concessione di credito avente l'effetto di conservare, in capo alla società poi fallita, un'apparenza di solidità economica decettiva per i creditori che hanno legittimamente prestato affidamento nel debitore perdendo poi i propri crediti in seguito al fallimento. Ciò in quanto, secondo tale pronuncia, l'azione ex art. 2043 c.c. non rientra tra quelle "di massa" volte a ricostruire il patrimonio del debitore e aventi carattere indistinto quanto ai beneficiari del loro esito positivo. Tale sentenza si pone nel solco della Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7029, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 1147, con nota di M. ROBLES, la quale aveva parimenti escluso la legittimazione attiva della curatela sostenendo che l'azione diretta ad ottenere il risarcimento del danno, per effetto dell'abusiva concessione bancaria di credito a favore di società fallita, in quanto repressiva di un illecito di natura concorrenziale, non rientrasse fra quelle "di massa", esercitabili in nome e per conto del ceto creditorio da parte del curatore fallimentare. Invece, la Cass., 1° giugno 2010, n. 13413, in *Foro it.*, 2011, 3, I, p. 856, aveva accordato la legittimazione in capo al curatore fallimentare ad agire, ai sensi dell'art. 146 l. fall. in correlazione con l'art. 2393 c.c., nei confronti della banca, quale terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della stessa società, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione contro l'amministratore infedele, atteso che, ai sensi dell'art. 2055 c.c., se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, sotto il profilo dell'efficienza causale delle singole condotte, sorge a carico delle stesse un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per l'intero, anche ad un solo responsabile. Secondo tale pronuncia quindi la responsabilità dell'istituto di credito poteva costituire una estensione in solido della responsabilità dell'amministratore ex artt. 146 l. fall. e 2393 c.c. In continuità con quest'ultima pronuncia, la Cass., 20 aprile 2017 n. 9983, in *DeJure.it*, nell'ambito di un fallimento con concessione abusiva del credito da parte della banca all'impresa già in stato di insolvenza, ha riconosciuto in capo al curatore la legittimazione a chiedere alla banca i danni subiti dalla massa, affermando che l'istituto di credito risponde in solido per i risarcimenti se, malgrado la *mala gestio* degli amministratori e la perdita di capitale, abbia concesso cospicui finanziamenti danneggiando la società. Secondo la Suprema Corte, l'abusiva concessione del credito «integra un danno per la società in sé, oltre che per i creditori anteriori, e determina – siccome consequenziale al concorso di entrambi i comportamenti – l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria in via solidale, giacché gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità sono correlabili alla *mala gestio* degli amministratori di cui le banche si siano rese compartecipi per il tramite dell'erogazione di quei medesimi finanziamenti, nonostante una condizione economica tale da non giustificarli».

⁵⁸ Cfr. F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, cit., p. 392; Id., *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contr. e impr.*, 2015, 314.

⁵⁹ Si veda in proposito Trib. Pescara, 31 luglio 2014, in *DeJure.it*, secondo la quale

Considerando la rilevanza che assume l'elemento dell'affidamento, è possibile qualificare tale fattispecie in termini di responsabilità da "contatto sociale" (su cui si ritornerà più approfonditamente nelle pagine seguenti con riferimento alla responsabilità del professionista attestatore) sia nei confronti di chi ha in buona fede partecipato all'accordo sia nei confronti dei creditori estranei, i quali sono in qualche modo "contemplati" dal piano medesimo e, pertanto, destinatari degli obblighi di protezione in capo all'istituto bancario.

Allo scopo di evitare una ingiustificata estensione della responsabilità alla banca, sarà necessario accertare se, in base alle informazioni disponibili al momento della concessione del credito, l'operazione rispondesse ai criteri normalmente seguiti nella prassi bancaria. In assenza di una norma specifica che esoneri dalla responsabilità civile la banca finanziatrice risulta difficile stabilire un confine netto tra lecito e illecito, non rimanendo che affidarsi alle linee guida, le quali suggeriscono che la nuova finanza sia effettuata appunto nell'ambito di un accordo di ristrutturazione⁶⁰.

In seguito all'introduzione degli istituti di composizione negoziale della crisi, pertanto, occorre escludere che l'insolvenza possa assurgere a elemento costitutivo di tale fattispecie di responsabilità.

Di conseguenza, posto che per configurarsi una responsabilità per abusiva concessione di credito è decisiva la condotta decettiva, ossia l'indurre a fare affidamento su un risanamento o una ristrutturazione che trovi fondamento in un piano dolosamente o colposamente inattendibile, è evidente come nell'ipotesi in cui il finanziamento è inserito nell'ambito di un accordo di ristrutturazione il vaglio di inattendibilità sia alquanto arduo e problematico, tanto più in quanto l'accordo è asseverato da un professionista che ne attesta l'attuabilità e la veridicità.

«L'idoneità eziologica di quella concessione (ovvero di quel mantenimento) del credito bancario ad ingenerare in capo alla [società attrice] una tale errata percezione della reale situazione economica della [società finanziata] (con i conseguenti richiamati effetti patrimoniali dannosi che la prima ha denunziato di avere subito) deve per contro nella specie escludersi, in applicazione dei principi generali in materia di causalità giuridica e del generale principio cd. di "autoresponsabilità", essendo emerso che [la società attrice] conosceva (ovvero, quanto meno, avrebbe dovuto conoscere), nel momento in cui decideva di finanziare e di rifornire di merci detta società e nel momento successivo in cui decideva di non agire in via di autotutela nei confronti della propria debitrice, divenuta morosa, lo stato di decozione in cui la stessa versava e, ciò nonostante, nel libero esercizio della propria autonomia negoziale, decise di continuare la "partnership commerciale" con un tale soggetto economico».

⁶⁰ Le "Linee-Guida per il Finanziamento alle Imprese in Crisi", 2015, cit., disponibili in Unifi.it/nuovodirittofallimentare, Cndcec.it, Assonime.it, prevedono alla Raccomandazione n. 1 (Operazioni durante lo stato di crisi, contesto del risanamento e percorsi protetti) che «in una situazione di crisi d'impresa, è opportuno che l'erogazione di nuovi finanziamenti, la concessione di garanzie e in genere il compimento di atti potenzialmente revocabili e/o atti che possono dar luogo a responsabilità penale o civile siano effettuati nell'ambito di un piano attestato, di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un concordato preventivo».

Nondimeno, l'introduzione dell'art. 182-*quater* l. fall. – che ha sancito la prededucibilità dei crediti erogati in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dall'accordo di ristrutturazione e purché l'accordo sia omologato – e l'art. 182-*quinquies* l. fall. – che consente al debitore a determinate condizioni di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prima dell'omologa – paiono suggerire in tal caso l'esclusione di responsabilità civile stante il principio di coerenza dell'ordinamento, restringendola ad ipotesi marginali di falsità o frode.

Qualora infatti si usufruisca dello strumento dell'accordo di ristrutturazione per effettivamente tentare il salvataggio di un'impresa in crisi, senza piegarlo ad abusi, le regole autorizzative introdotte che ammettono la prededucibilità dei finanziamenti erogati in esecuzione o in funzione dell'omologazione dell'accordo, assicurano l'istituto di credito anche sotto il profilo della responsabilità aquiliana. Pertanto, la necessaria pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione nel registro delle imprese unitamente al deposito della documentazione prescritta dall'art. 161 l. fall. nel caso già nelle fase delle trattative ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma 6, l. fall. e alla valutazione prognostica dell'esperto e del Tribunale, esclude che il terzo possa avere un'errata percezione della situazione del debitore scongiurando la falsa apparenza di solvenza del debitore in seguito alla condotta del finanziatore⁶¹.

9. Responsabilità del professionista attestatore

Occorre rammentare anche la possibilità di agire nei confronti dell'esperto attestatore che – giova ribadirlo – è chiamato a redigere una relazione sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.

In proposito, giova focalizzare l'attenzione su cosa si debba intendere per "veridicità dei dati aziendali"⁶².

Vale richiamare quanto disposto dall'art. 2423, comma 4, c.c., in applicazione dell'art. 2, par. 5, della IV Direttiva CEE. Secondo la suddetta previsione codicistica, con riferimento alla sezione in materia di bilancio, «se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione degli articoli seguenti è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, la disposizione non deve es-

⁶¹ Si veda in merito S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., p. 65.

⁶² Sia consentito in proposito rinviare sul punto a I.L. NOCERA, *L'attestazione del professionista e la veridicità dei dati aziendali*, in *Il Fall.*, 2013, p. 1464 e F. SIRIANNI, *La veridicità dei dati aziendali come presupposto per il giudizio di fattività del piano di concordato*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 408.

sere applicata». Il concetto di “veridicità” dei dati aziendali oggetto di attestazione da parte del professionista deve essere ricondotto proprio a quello di “rappresentazione veritiera e corretta” previsto dal suddetto art. 2423 c.c., e deve, quindi, essere interpretato nel senso di “corrispondenza al vero”. Tuttavia, questo non equivale ad assicurare ai destinatari della medesima relazione una verità oggettiva, concretamente non conseguibile mediante stime che inevitabilmente contraddistinguono la relazione del professionista.

Di conseguenza, l'esperto attestatore deve vagliare e riscontrare i singoli elementi contabili ed extracontabili su cui si basa l'accordo di ristrutturazione, ossia tutti i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica che rilevano ai fini dell'attuabilità del piano.

In particolar modo, il professionista deve rivolgere particolare attenzione alle componenti del capitale circolante che producono flussi di cassa, agli elementi con profili di rischio elevato ai fini dell'attestazione, quali ad esempio fondi di rischio ed oneri, nonché agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi.

Inoltre, l'esperto attestatore dovrà precisare quali verifiche abbia svolto al fine di accertare la fondatezza e corrispondenza ai principi contabili dei dati messi a sua disposizione, quali accertamenti abbia compiuto in ordine all'esistenza ed all'ammontare dei debiti e a fondamento della valutazione di esigibilità dei crediti. In particolare, con specifico riguardo ai crediti, il professionista dovrà specificare i criteri di valutazione degli stessi e le ragioni che consiglino di non svalutarli. Dovrà, altresì, accertare se siano stati emessi dei protesti nei confronti delle società creditrici, quali siano le date di anzianità dei crediti, le condizioni finanziarie patrimoniali, se i creditori siano soggetti in difficoltà o in procedura concorsuale, se vi siano stati tentativi di recupero e se i crediti siano contestati.

Il professionista attestatore non è un ausiliare di giustizia in quanto espressione della volontà del debitore che lo remunera. Di conseguenza, non risponde quale perito infedele ai sensi dell'art. 64 c.p.c. e non è dunque assoggettato alle norme penali sulla responsabilità dei consulenti tecnici né per dolo né per colpa. Si può, al limite, supporre una sua responsabilità penale in concorso con il debitore nell'eventuale reato di bancarotta preferenziale contestato al fallito per l'operazione di ristrutturazione impiegata per avvantaggiare solo alcuni creditori a pregiudizio degli altri, oltre alla sua responsabilità *ex art. 236-bis l. fall.* nel caso esponga informazioni false ovvero ometta di riferire informazioni rilevanti.

Il contenuto della relazione dell'esperto è la manifestazione della funzione di controllo sull'idoneità dell'accordo al perseguimento della finalità di superare la crisi, costituendo dunque una garanzia nei confronti sia dell'imprenditore sia dei terzi.

Qualora l'attestazione rilasciata dal professionista possa essere censurata sotto il profilo del dolo o della colpa, a prescindere dall'apertura di un suc-

cessivo fallimento, l'esperto può essere chiamato a risarcire i danni collegati da un nesso di causalità diretto con la sua condotta. Egli dovrà rispondere in via contrattuale e secondo il parametro di diligenza previsto dall'art. 1176 c.c. nei confronti dell'imprenditore ovvero – in ipotesi di successivo fallimento – del curatore come gestore del patrimonio e sostituto dell'impresa, usufruendo eventualmente di una diminuzione di responsabilità nel caso in cui sia ravvisabile un concorso colposo dell'imprenditore, o in presenza di clausole di esonero di responsabilità ai sensi dell'art. 1229 c.c.

Se la sua nomina deriva da un contratto d'opera intellettuale è possibile fare inoltre applicazione dell'art. 2236 c.c.: di conseguenza la sua responsabilità sarà esclusa solo qualora si accerti un mero errore valutativo, non in presenza di dolo o colpa grave⁶³. Tuttavia spetterà al giudice appurare se, nel caso concreto, vi siano gli estremi per applicare tale norma, rifuggendo da aprioristiche considerazioni circa la natura intrinseca della prestazione⁶⁴.

Qualora invece la fonte del rapporto imprenditore-professionista sia individuata in un contratto di mandato, l'attestatore potrà rispondere per inadempimento verso l'imprenditore, ai sensi dell'art. 1710 c.c., ovvero nei confronti dei creditori in caso di mandato collettivo *ex art.* 1726 c.c. Sarà, quindi, doveroso accertare se la diligenza con cui il professionista ha svolto la sua attività sia stata adeguata alle circostanze del caso concreto.

L'attestatore sarà inoltre responsabile verso i creditori che hanno prestato il proprio consenso all'accordo e hanno visto lesa il loro diritto alla corretta informazione, nonché verso i creditori non aderenti che sono stati persuasi a non negoziare o a non intraprendere azioni a tutela della loro posizione (in base a quanto affermato dall'attestazione), ovvero che comunque hanno patito un pregiudizio in seguito all'impossibilità, in caso di successivo fallimento, di esperire le azioni revocatorie, precluse dall'art. 67, lett. e, l. fall.

La responsabilità del professionista verso la generalità dei creditori o dei terzi interessati può considerarsi un tipico caso di responsabilità c.d. da contatto⁶⁵, il cui dato caratterizzante «è, oltre all'assenza di un contratto tra

⁶³ Si vedano sul punto le lucide riflessioni di A. GALLO CARRABBA, *La relazione del professionista negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 603.

⁶⁴ Si ricorda che l'art. 2236 c.c. individua il criterio con cui valutare il comportamento del medesimo «fissando il *quantum* di diligenza richiesto a uno specialista» (cfr. Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, p. 45), più che limitare la responsabilità del professionista.

⁶⁵ Si vedano in merito le riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito», la responsabilità da informazioni inesatte*, cit., p. 539; P. RESCIGNO, *Il «contatto sociale» e i rapporti contrattuali di fatto*, in M. BESSONE (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, V, 1993, p. 1; S. FILLACE, *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da «contatto sociale»*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 252; V. MONTANI, *Tra responsabilità civile e contrattuale: il contatto sociale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, p. 172. La giurisprudenza ha affrontato solo in *obiter* la questione della natura della responsabilità del professionista nei confronti dei creditori e dei terzi. Affermano che tale

presunto danneggiante e danneggiato, la particolare “qualità dell’attività” svolta dal possibile danneggiante»⁶⁶, vale a dire «l’esercizio di una professione cosiddetta protetta, per aver bisogno di una speciale abilitazione all’esercizio, con obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in contatto con lui»⁶⁷.

Quindi, ciò che rileva ai fini della sussistenza di una responsabilità da errate o comunque inesatte informazioni in assenza di contratto è l’identificazione di quel preciso rapporto che fa nascere l’obbligo di protezione, il quale si individua utilizzando il criterio dello *status* professionale del soggetto che rilascia le informazioni⁶⁸.

responsabilità sia di natura contrattuale nei confronti del debitore che propone l’accordo e di natura extracontrattuale nei confronti della generalità dei creditori o dei terzi interessati, il provvedimento del Trib. Roma, 13 marzo 2012, in *Unijuris.it* e Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Il Fall.*, 2010, p. 92. In proposito cfr. L. PANZANI, *L’insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, p. 227; A. MAFFEI ALBERTI, sub art. 182-bis, in *Comm. breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, p. 1071. Ritiene invece che si configuri in capo al professionista attestatore una responsabilità di tipo extracontrattuale per lesione del diritto alla corretta informazione E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., p. 146.

⁶⁶ Così, Cass., 21 luglio 2011, n. 15992, in *Foro it.*, 2011, 10, I, c. 2636.

⁶⁷ *Ivi*. Analogamente cfr. Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 7-8, p. 1089.

⁶⁸ Giova evidenziare che la responsabilità da contatto sociale – inizialmente utilizzata con riferimento alla responsabilità del medico ospedaliero e dell’insegnante – ha oramai pacificamente assunto un’applicazione generale a tutti i casi in cui, in assenza di formale contratto, venga leso il principio dell’affidamento incolpevole. Infatti, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affermato che «in un quadro sistematico peraltro connotato da un graduale avvicinamento dei due tradizionali tipi di responsabilità, anche la giurisprudenza ha in più occasioni mostrato di aderire a siffatta concezione della responsabilità contrattuale, ritenendo che essa possa discendere anche dalla violazione di obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l’ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento» (così, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Foro it.*, 2008, 10, I, c. 2968). Quindi, le stesse Sezioni Unite hanno statuito che «La responsabilità della banca negoziatrice per avere consentito, in violazione dell’art. 43, l. ass. (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736), l’incasso di un assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo, ha – nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno – natura contrattuale, avendo la banca un obbligo professionale di protezione (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto), operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l’incasso» (così, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit.). Ancora recentemente, la Suprema Corte (Cass., 9 maggio 2016, n. 9320, in *Foro it.*, 2016, 9, I, p. 2801) ha ritenuto il notaio che abbia negligenemente compiuto le visure ipocatastali, richiestegli dall’aspirante alla concessione di un finanziamento ipotecario, responsabile dei danni conseguentemente subiti dall’istituto di credito mutuante, anche se quest’ultimo non gli aveva conferito l’incarico, ravvisando nella specie proprio una responsabilità da contatto sociale «fondata sull’affidamento che la banca mutuante ripone nel notaio, in quanto esercente una professione protetta, ed avente perciò lo stesso contenuto di un’obbligazione contrattuale (cfr. Cass. 23 ottobre 2002, n. 14934), e ciò in-

Nel caso del professionista attestatore negli accordi di ristrutturazione, sussiste senza dubbio la particolare funzione svolta dal professionista qualificato sottoposto a requisiti formali e abilitativi. Invero, l'esperto deve possedere un'elevata qualificazione ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall.

Pertanto, egli svolge un ruolo idoneo a determinare un particolare affidamento nei confronti non solo dell'imprenditore in crisi ma altresì dei creditori. Tanto più che la sua attività professionale è naturalmente rivolta non certo all'astratta generalità dei soggetti ma ai creditori dell'impresa in crisi, dovendo attestare la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento all'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei. Di conseguenza, è individuabile un obbligo di comportamento in capo al professionista chiaramente a tutela dell'affidamento in lui riposto dai creditori, quale detentore qualificato di informazioni tecniche.

La possibilità di tale tutela risarcitoria – a vantaggio dei singoli creditori o della massa creditoria rappresentata dal curatore – è confermata dall'art. 236-bis l. fall. introdotto dal d.l. n. 83/2012 che, sanzionando penalmente il professionista che esponga informazioni false ovvero ometta di riferire informazioni rilevanti nelle relazioni o attestazioni previste sia nella procedura di concordato, sia nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, sia nei piani di risanamento, prevede la circostanza aggravante del danno per i creditori quale conseguenza della condotta dell'esperto.

Ovviamente saranno maggiormente danneggiati i creditori, in particolare i chirografari, che in concreto soffriranno una minore possibilità di recupero per la diminuzione dell'attivo in conseguenza dell'uscita di beni altrimenti liquidabili in sede fallimentare e per i pagamenti conseguiti da altri creditori, o per l'aggravarsi del passivo in seguito alla prestazione di garanzie altrimenti revocabili.

Valga sottolineare che la responsabilità del professionista non sussisterà o vi sarà per lo meno il concorso colposo del creditore ai sensi dell'art. 1227 c.c. qualora il terzo fosse comunque in condizioni di rendersi conto dell'inattuabilità dell'accordo o della sua inidoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei, ovvero quando si fossero verificati eventi successivi al perfezionamento dell'accordo, conosciuti al terzo, tali da privare di contenuto lo stesso accordo e l'attestazione dell'esperto.

Al pari, vi sarà un concorso del fatto colposo con riduzione proporzionale del risarcimento *ex art.* 1227 c.c. qualora l'imprenditore in crisi – ovvero gli amministratori o i dipendenti dell'impresa committente in forza del principio di immedesimazione organica – abbia tenuto un comportamento

dipendentemente dalla formale assunzione della qualità di committente nel contratto di opera professionale. Il danno causato al mutuante per l'inesatta o incompleta informazione contenuta nella relazione notarile preliminare sarà quindi da parametrare sulla colposa induzione dell'istituto di credito ad accettare in ipoteca, con riguardo al finanziamento, un bene non idoneo a garantire la restituzione del credito erogato».

omissivo nei confronti del professionista, ad esempio occultando fatti rilevanti o fornendo dati falsi o incompleti⁶⁹.

Il nesso eziologico tra il comportamento del professionista attraverso l'attestazione e il danno subito dai creditori potrebbe essere interrotto dalla successiva omologa del giudice. La rilevanza del giudizio omologatorio sul nesso causale ai fini della responsabilità dell'esperto dipende dal perimetro di sindacato che è riconosciuto al Tribunale. Tuttavia, se si assegna prevalenza all'opinione secondo la quale la latitudine del vaglio del Tribunale deve limitarsi ai profili di completezza, logicità e coerenza della relazione – come affermato al paragrafo 4.2 del capitolo I – allora il nesso di causalità tra la attestazione del professionista e il danno prodotto si manterrebbe intatto, in quanto l'esperto, bilanciando un arretramento del potere valutativo del giudice, assolverà a un ruolo di certificazione per i terzi e non di mero ausilio alla parte.

Nel caso in cui l'imprenditore in crisi sia una società, l'organo di gestione o l'organo deputato al controllo, come anche la società *holding* (in caso di società facente parte di un gruppo) potrebbero essere chiamati a risarcire il danno in caso di insuccesso dell'operazione di ristrutturazione, anche se l'accordo era stato omologato⁷⁰. In proposito, in assenza di esplicita deroga legislativa, si deve ritenere operante l'art. 2497 c.c. in materia di responsabilità a carico delle società che hanno esercitato un'attività di direzione e coordinamento nelle more dell'esecuzione dell'accordo, al pari dei terzi che hanno consapevolmente tratto vantaggio dal fatto lesivo dell'esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento⁷¹.

Non vale infatti a escludere la responsabilità dei suddetti soggetti l'omologa del giudice che non è tenuto a valutare la sussistenza dell'eventuale pregiudizio derivante dall'accordo a carico dei soci di minoranza delle società coinvolte e dei relativi creditori. Né si potrebbe negare a questi l'esercizio dell'azione di risarcimento sulla base del mancato esperimento del mezzo di opposizione all'accordo, previsto dall'art. 182-bis, comma 4, l. fall.⁷²

⁶⁹ Si veda in proposito S. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 2009, p. 894.

⁷⁰ Opina in senso contrario A. COPPOLA, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, su *FallimentoOnline.it*, 2006, ritenendo che l'omologa giudiziale costituisca una garanzia sufficiente sulla corretta gestione societaria.

⁷¹ Si vedano le osservazioni di R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali*, cit., p. 675; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., p. 304; G. LOMBARDI-D. BELTRAMI, *I criteri diselezionamento della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, cit., p. 717; M. FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, cit., p. 965.

⁷² In proposito si veda S. BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare*, in *Judicium.it*, 4, 2005.

CAPITOLO VII

IL *TRUST* NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: *trust* e accordi di ristrutturazione. – 2. Ascesa di una tutela “dinamica” e declino del principio di *par condicio*. – 2.1. Compatibilità del *trust* con il diritto interno. – 2.2. Ipotesi ricostruttive per ricondurre il *trust* nell’alveo dell’ordinamento. – 2.3. Brevi cenni sul riconoscimento del *trust* nel diritto interno. – 3. Efficienza e possibili utilità del *trust* negli accordi di ristrutturazione. – 4. Riconoscibilità del *trust* nella crisi d’impresa. – 5. Segregazione patrimoniale ed elusione della disciplina concorsuale. – 6. Superamento della rilevanza dell’insolvenza e ascesa della causa in concreto. – 7. Elementi esogeni ed endogeni rivelatori del *trust* c.d. anticoncorsuale. – 8. Il *trust* autodichiarato a tutela degli accordi di ristrutturazione. – 9. *Trust* “di scopo” e *trust* “con beneficiari”. – 10. Tutela dei creditori aderenti nel quadro dell’interesse al risanamento. – 11. Il *trust* come mezzo per ampliare la protezione dell’accordo prima dell’omologa. – 11.1. Legittimità di una tutela privatistica alternativa. – 11.2. Virtù del *trust* come protezione supplente e difetti della tutela legale. – 11.3. Il *trust* come mezzo cautelare e conservativo. – 12. Il *trust* come strumento di gestione ordinata della crisi. – 12.1. La funzione di controllo dell’attuazione sull’accordo di ristrutturazione. – 12.2. Il *trust* come alternativa alla costituzione di una *newco*. – 12.3. *Trust* e “nuova finanza”. – 13. L’esperibilità dell’azione revocatoria e degli altri rimedi. – 14. Onerosità o gratuità del *trust*. – 15. Il *trust* in caso di sopravvenuto fallimento. – 16. *Trust* e accordi di ristrutturazione nel prisma della *par condicio*.

1. Premessa: *trust* e accordi di ristrutturazione

Nei capitoli precedenti si è visto come gli accordi di ristrutturazione rappresentino uno strumento in cui all’autonomia privata è concesso ampio spazio di manovra.

Tale autonomia negoziale si riverbera nell’architettura strutturale degli accordi, posto che nell’ambito di una medesima operazione economica le parti possono predisporre singoli contratti collegati tra loro ovvero un unico contratto plurilaterale. Al pari, si riflette anche nel contenuto, là dove il debitore può scegliere di utilizzare strumenti eterogenei adattandosi alle concrete esigenze dei creditori aderenti, in modo da porre in essere la complessiva operazione di ristrutturazione.

I creditori non aderenti – come evidenziato – conservano la piena pretesa dell’integrale pagamento non in base all’accordo di ristrutturazione ma in forza dell’originario titolo costitutivo, sottoponendosi tuttavia al rischio del-

la revocatoria. Tali creditori estranei all'accordo non sono tuttavia gli unici "stakeholders" terzi rispetto all'accordo. Infatti, nelle more dello stato di crisi è chiaramente auspicabile che – al fine di una migliore fattibilità del piano di ristrutturazione – soggetti terzi mettano a disposizione beni ovvero nuova finanza a titolo di garanzia per l'adempimento dell'accordo. In questo modo, si agevola il soddisfacimento dei creditori aderenti attraverso il c.d. finanziamento-ponte oltre a garantire i capitali necessari per procedere alla ristrutturazione dell'impresa e quindi proseguire l'attività.

Da tale quadro variegato di "interessati" – che comprende i creditori finanziari, i creditori postergati, i fornitori, i lavoratori dipendenti, ovvero sia gli interessati alla prosecuzione dell'attività d'impresa, sia quelli interessati meramente ad attutire le perdite e massimizzare il ricavo – emerge in maniera palese come l'irruzione nell'ambito dell'insolvenza dell'autonomia privata abbia comportato uno stravolgimento della tradizionale divisione del ceto creditorio.

Infatti, a differenza del consueto ordine caratterizzante le procedure liquidatorie – ovvero creditori prededucibili, privilegiati e chirografari – l'adozione degli strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa comporta una ripartizione poliedrica che organizza il ceto creditorio prevalentemente in ragione degli interessi economici di cui sono portatori, e soprattutto a seconda del ruolo che essi assumono nell'ambito della gestione della insolvenza¹.

In un panorama sì complesso, un auspicabile approccio virtuoso nella cornice del governo privato della crisi può individuare nel *trust* un utile strumento inevitabilmente inscritto in un articolato di principi e regole in tema di insolvenza, modificazioni delle condizioni patrimoniali del debitore, garanzia patrimoniale e mezzi di conservazione a tutela del creditore.

Giova ricordare che l'istituto del *trust*, nato nel contesto di *common law* e in particolare nell'ambito della giurisdizione equitativa, prima del 1989, an-

¹ Del resto, il fenomeno della frantumazione del ceto creditorio ha invaso anche il concordato preventivo laddove, in una cornice di larga autonomia del proponente – sulla spinta dell'influenza dei paesi di *common law*, (cfr. D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, e L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1055) –, dopo l'abrogazione del riferimento alla percentuale minima del quaranta per cento dei crediti chirografari, si dispone all'art. 160 l. fall. la possibilità di suddividere i creditori in classi, prevedendo trattamenti diversificati anche in relazione ai creditori prelatizi, con il limite del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione. Dalla stessa norma, paradigma dello spirito liberista della stagione delle riforme, emerge infatti in maniera patente come il legislatore abbia inteso preferire l'esercizio dell'autonomia privata e la contrattazione tra debitore e creditori, ad un intervento autoritativo giudiziale perseguendo il duplice obiettivo di evitare la liquidazione e conservare l'impresa. Si veda in merito M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fall.*, 2011, p. 172; ID., *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 711; G. LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, cit., p. 1129.

no della stipulazione della XV Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 (ratificata dall'Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992), era considerato un corpo estraneo nel nostro ordinamento e non mancavano pronunce giurisprudenziali che ne sostenevano la nullità per contrarietà alle norme sulla proprietà ed a quelle dettate in materia di ordine pubblico².

Adesso, invece, è pacifico come esso si inserisca «nell'ambito della più vasta categoria dei negozi fiduciari, e nel quale quindi un soggetto viene incaricato di svolgere una data attività per conto e nell'interesse di un altro, secondo un prestabilito programma ed in misura più continuativa e complessa rispetto al mandato»³.

Tale programma assume rilevanza cardinale, giacché – come osservato in giurisprudenza – «la causa del negozio istitutivo di *trust* è il programma della segregazione di una o più posizioni soggettive o di un complesso di posizioni soggettive unitariamente considerato (beni in *trust*) affidate al *trustee* per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela (scopo del *trust*)»⁴.

Il programma perseguito dal *trust* si attua concretamente mediante il trasferimento da parte del disponente (*settlor*) – con atto *inter vivos* o *mortis causa*, volontario e redatto in forma scritta *ad probationem* – di uno o più beni (*assets*) in favore di un altro soggetto (*trustee*), nominato dal disponente stesso, che assume il compito di gestirli ed amministrarli secondo le regole dell'atto istitutivo del *trust* medesimo, a vantaggio di determinati beneficiari o per uno scopo indicato⁵.

² In proposito, valga citare la decisione del Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1019, in cui il giudice di merito sostiene che il *trust* «crea uno sdoppiamento del diritto di proprietà tra due soggetti» affermando la spettanza al *trustee* della «c.d. proprietà formale o nominale e in definitiva soltanto apparente» in quanto contraddistinta dalla temporaneità del diritto, dall'impossibilità di servirsi dei beni o di trarne vantaggio. Il beneficiario sarebbe invece titolare della proprietà «sostanziale e reale» caratterizzata dai poteri di godere e disporre delle *res*. È interessante notare come, pur incidentalmente, il Tribunale sardo, con una certa preveggenza profetizza che «l'inserzione di istituti giuridici stranieri come il *trust* produrrebbe nella coscienza e nella opinione pubblica e nell'economia italiana un grave turbamento» soprattutto in riferimento all'asserita tipicità dei diritti reali.

³ In tal senso, Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, in *Riv. Notariato*, 2014, 2, p. 335.

⁴ Così, Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011, in *Trusts e att. fid.*, 2012, p. 61.

⁵ Giova precisare infatti che l'atto istitutivo del *trust* si distingue logicamente dal negozio di trasferimento dei beni in *trust*. Il trasferimento della titolarità dei beni al *trustee* non deve pertanto essere contestuale all'istituzione del *trust*, in quanto potrebbe avvenire anche successivamente all'atto istitutivo vero e proprio. La differenza concettuale tra atto istitutivo del *trust* e atto di trasferimento si palesa anche dalla Convenzione giacché questa stabilisce che, mentre l'atto istitutivo è soggetto alla legge regolatrice scelta dal costituente (artt. 6 e 8), gli atti di trasferimento saranno soggetti alla *lex fori* (art. 4), cioè alla legge dello Stato in cui essi vengono posti in essere. Se, pertanto, vi è un trasferimento di beni immobili situati in Italia, dovrà essere osservata la forma scritta a pena di nullità.

Il disponente può tuttavia riservare a sé alcuni poteri di controllo sull'operato del *trustee* oppure nominare un soggetto terzo, detto "guardiano" del *trust*. A tale figura (definita anche *protector* o *enforcer*) – meramente eventuale – possono essere attribuiti poteri di controllo, incluso quello di veto su qualsiasi operazione o azione del *trustee* ovvero il potere di revocare il *trustee* e di nominarne uno nuovo, sempre nell'interesse del perseguimento degli scopi del *trust*. Appare palese che gli atti genetici del rapporto, ovvero il negozio istitutivo ed il negozio di trasferimento dei beni, costituiscono presupposti indispensabili ai fini della validità ed efficacia dell'intera operazione.

Nelle riflessioni che seguono si darà per presupposta la rilevanza concreta di tale istituto nel nostro ordinamento e la sua ammissibilità, rimandando ad altre sedi il debito approfondimento di tali questioni, oggetto di una letteratura tutt'altro che uniforme⁶.

Nel presente capitolo si concentrerà dunque l'analisi sull'utilizzabilità del *trust* quale mezzo per agevolare e implementare gli accordi di ristrutturazione, verificandone l'efficienza come strumento di gestione della crisi d'impresa e le possibilità di assolvere a una funzione di tutela dei creditori oltre che dello stesso debitore.

2. Ascesa di una tutela "dinamica" e declino del principio di par condicio

2.1. Compatibilità del trust con il diritto interno

Preliminarmente, vale in questa sede solo accennare alla questione della compatibilità del *trust* con il nostro ordinamento.

Nell'ordinamento anglosassone il *trust* si riferisce a un concetto di proprietà caratterizzato da una *dual ownership*, ovvero una "doppia proprietà", l'una in capo al *trustee* (c.d. *legal ownership*) ai fini dell'amministrazione, e l'altra in capo al beneficiario (c.d. *beneficial or equitable ownership*) ai fini del godimento; sdoppiamento al quale corrisponde la dicotomia tra proprietà e controllo, o meglio una dissociazione tra la piena titolarità del diritto di proprietà e l'esercizio di tale diritto invece vincolato al perseguimento degli scopi indicati nell'atto istitutivo.

⁶Senza pretese di esaustività si rinvia a C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 1326; A. GAMBARO, *Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 257; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. dir. not.*, 2001, p. 11; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e sulle altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1247; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, p. 1107; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto del trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 333; ID., *Lettera ad un notaio conoscitore del trust*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1159; ID., *I trust nel diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, p. 605.

Tale “dissociazione” della proprietà come prodotto del *trust* rappresenterebbe nel nostro ordinamento un diritto atipico incompatibile con il principio della tipicità dei diritti reali, ma coerente con una configurazione della tutela del beneficiario propria del diritto anglosassone, come avente natura reale in quanto reipersecutoria nei confronti di chi ha acquistato illegittimamente beni del *trust*.

Tuttavia, senza accogliere la logica della “doppia proprietà”, è possibile individuare nel *trustee* il titolare di un diritto reale non nell’interesse proprio ma funzionalizzato al raggiungimento dello scopo del *trust*. Al pari, è possibile identificare il beneficiario quale titolare di un diritto reale atipico che gli conferisce una legittimazione reipersecutoria o – al fine di superare l’ostacolo del *numerus clausus* dei diritti reali – quale titolare di un diritto personale o di credito a pretendere che il *trustee* adempia le sue obbligazioni trasferendogli alla fine la proprietà del bene⁷.

Come ha puntualizzato la Cassazione, «il *trust* non è un soggetto giuridico dotato di una propria personalità ed il *trustee* è l’unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi, non quale “legale rappresentante” di un soggetto (che non esiste), ma come soggetto che dispone del diritto. L’effetto proprio del *trust* validamente costituito è dunque quello non di dar vita ad un nuovo soggetto, ma unicamente di istituire un patrimonio destinato al fine prestabilito»⁸.

⁷ Si veda in merito la pronuncia del Trib. Venezia, 4 gennaio 2005, in *Trusts e att. fid.*, 2005, p. 245, laddove invece si afferma che «il *trustee* è titolare di un diritto reale senza [...] esserne proprietario [...]. Il *trustee* è titolare di un diritto reale non nell’interesse proprio, ma nell’interesse altrui [...]. Non vi è la nascita di un nuovo diritto reale, né uno sdoppiamento del diritto di proprietà, ma il semplice trasferimento di un diritto reale da un soggetto ad un altro che accetta detto trasferimento come collegato – e questo è essenziale – ad un obbligo di amministrazione e di gestione». Tale inquadramento è adottato anche dalla Corte di Giustizia della Comunità europea che il 17 maggio 1994 (sentenza n. C-294/92 Webb v. Webb) ha affermato la natura personale dell’azione esperita dal beneficiario contro il *trustee*. È inoltre interessante ricordare come una pronuncia della Cassazione tedesca (in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1984, 2762) che non potendo qualificare il *beneficiary* come titolare di un *beschränktes dingliches Recht* (ossia di un diritto reale limitato) ma di un mero diritto obbligatorio verso il *trustee*, considera quest’ultimo come un vero e proprio proprietario.

⁸ Così, Cass., 19 maggio 2017 n. 12718, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; e nello stesso senso Cass., 20 febbraio 2015, n. 3456, in *IlCaso.it*, secondo la quale «Il *trust* non è un ente dotato di personalità giuridica, ma un insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato e formalmente intestati al *trustee*, che è l’unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi non quale legale rappresentante, ma come colui che dispone del diritto». Al pari, il Trib. Reggio Emilia, 10 giugno 2013, in *IlCaso.it*, ha osservato che «Se è vero che i beni in *trust* non sono più del disponente (*settlor*), non è tuttavia corretto definire il *trust-fund* come un patrimonio privo di riferibilità ad un determinato soggetto, posto che la titolarità dei detti beni appartiene al *trustee*. Il fatto che per effetto della istituzione di un *trust* alcuni beni risultino separati dal patrimonio personale del soggetto cui questi beni sono intestati, non implica che il *trust* costituisca un centro autonomo di diritti e di obblighi. È infatti possibile affermare che il fenomeno della separazione patrimoniale non determina la creazione di un nuovo soggetto di diritto ma richiede soltanto la riferibilità del patrimonio separato ad un

A differenza degli ordinamenti di *common law* – nei quali l'effetto limitativo della responsabilità patrimoniale nasce laddove il patrimonio si trovi nella disponibilità di un soggetto diverso dal suo vero titolare o dal soggetto beneficiario – nel nostro ordinamento questa conseguenza potrebbe *prima facie* apparire in contrasto con i principi generali di ordine pubblico quali la responsabilità patrimoniale universale, la tassatività delle forme di separazione patrimoniale previsti dall'art. 2740 c.c., la *par condicio* dei creditori ex art. 2741 c.c. nonché la tipicità degli atti soggetti a trascrizione⁹.

Invero, peculiarità dell'istituto *de quo* è l'inaggredibilità dei beni destinati al *trust* da parte dei creditori personali del *trustee* e del disponente se non previo esperimento di un'azione finalizzata a rendere inefficace l'atto di conferimento (revocatoria ordinaria o simulazione)¹⁰.

Risulta tuttavia possibile ritenere – mediante un'analisi sistematica – il *trust* compatibile con il nostro ordinamento, senza stravolgere o imporre nozioni e costruzioni giuridiche "aliene". Il legislatore ha invero previsto, con numerosi interventi, fattispecie di separazione o segregazione di beni, per il soddisfacimento di particolari interessi di soggetti terzi, in deroga al principio di unicità del patrimonio¹¹.

È quindi oramai acclarato come l'art. 2740 c.c. non sia espressione di un

soggetto quale può essere il *trustee*». Si vedano a commento le analisi di F. FIMMANÒ, *La Cassazione "ripudia" il trust concorsuale*, in *Il Fall.*, 2014, p. 1156; F. DI MAIO, *Riconoscimento e disconoscimento del trust interno liquidatorio nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 606; B. ARMELI, *La prima pronuncia della Cassazione in tema di trust liquidatorio e procedure concorsuali*, in *IlFallimentarista.it*; S. LEUZZI, *Trusts liquidatori e disciplina concorsuale dell'insolvenza (alla luce della pronuncia della Cassazione n. 10105)*, *ivi*.

⁹ In merito alla trascrizione il Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 425, ha affermato che il diritto del *trustee* a chiederne la trascrizione, a proprio nome, deriva dall'art. 12 Convenzione de L'Aja e dalla circostanza che egli è pieno e legittimo proprietario dei beni in *trust*. Come tale ha diritto, al pari di chiunque altro, di trascrivere a proprio nome tali beni. Altrimenti non potrebbe trovare attuazione la segregazione patrimoniale, elemento fondamentale dell'istituto, in quanto, in mancanza di pubblicità, non si potrebbe opporre ai terzi l'esistenza di un patrimonio separato. Cfr. inoltre Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in *Trusts e att. fid.*, 2006, p. 83; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Not.*, 2002, p. 383.

¹⁰ Giova evidenziare che la separazione patrimoniale è biunivoca in quanto i creditori personali del *settlor* non possono aggredire il bene segregato ma al contempo i creditori del *trust* non possono aggredire gli altri beni del disponente. La Cassazione ha in proposito affermato che «lo scopo caratteristico del *trust*, che ha identificato con quello di costituire una separazione patrimoniale in vista del soddisfacimento di un interesse del beneficiario o del perseguimento di un fine dato, è conseguito mediante la separazione dei beni dal restante patrimonio del disponente e la loro intestazione ad altro soggetto, parimenti in modo separato dal patrimonio di quest'ultimo» (in tal senso Cass., 25 febbraio 2015, n. 3886, in *IlCaso.it*; e analogamente Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, *cit.*, p. 335).

¹¹ È ormai diffuso in dottrina e in giurisprudenza l'uso del termine "segregazione" al fine di meglio evidenziare, rispetto a "separazione", l'affrancamento del patrimonio dalle pretese dei creditori del disponente e l'insensibilità verso quelle dei creditori del fiduciario. Per un'approfondita analisi terminologica cfr. F. DI MAIO, *Riconoscimento e disconoscimento del trust interno liquidatorio nel fallimento*, *cit.*, p. 610, n. 10.

principio d'ordine pubblico economico¹². Del resto, risulterebbe irragionevole, al di là della Convenzione, concepire una contrarietà del *trust* al principio di responsabilità patrimoniale. Infatti, l'enunciazione di universalità della garanzia generica contempla espressamente la previsione di eccezioni, nel cui solco si impone una innovativa tendenza alla specializzazione della responsabilità patrimoniale¹³.

Sono infatti numerose le "spine" nel fianco del principio di garanzia patrimoniale rappresentate da una serie di istituti, presenti nel nostro ordinamento già nel codice del 1942¹⁴ o introdotti successivamente (il *project financing* per le opere pubbliche introdotti dalla l. n. 415/1998, la cartolarizzazione dei crediti di cui alla l. n. 130/1999, i patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex artt.* 2447-*bis* ss. c.c., senza trascurare il dibattito seguito all'introduzione dell'art. 2645-*ter* c.c., e la previsione del fondo patrimoniale per il contratto di rete di cui alla l. n. 99/2009).

La varietà e la rilevanza di tali istituti rende opportuno valutarli non come ulteriori deroghe ai principi *ex artt.* 2740 e 2741 c.c., bensì quali espressioni di una sorta di "rivoluzione copernicana" all'interno del diritto civile, la quale però, diversamente da quella in senso kantiano, procederebbe da una connotazione soggettiva ad una oggettiva-patrimoniale¹⁵.

¹² Con la tendenza ad abbandonare la visione antropocentrica ed in seguito alla rapida proliferazione di nuove attività di tipo commerciale, rispetto alle quali il mantenimento della regola della responsabilità patrimoniale generale del debitore raffigurerebbe un ostacolo insormontabile, si assiste alla creazione di classi creditorie distinte in capo allo stesso soggetto. Si veda *ex multis* R. PARTISANI, *Trust interno e responsabilità civile del disponente*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 543, e in giurisprudenza Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, *ivi*, 2005, p. 83; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1295.

¹³ In proposito cfr. *ex multis* L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER (artt. 2740-2744 c.c.), Milano, 1991, p. 34; M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 359; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XIX, Torino, 1997, p. 485; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, *passim*.

¹⁴ Si fa riferimento all'art. 167 c.c. per il fondo patrimoniale, all'art. 1707 c.c. in tema di mandato, all'art. 1881 c.c. in tema di rendita vitalizia, all'art. 1923 c.c. in tema di assicurazione sulla vita, all'art. 490 c.c. sull'eredità beneficiata. In particolare si ricorda che nel caso in cui l'erede accettante con beneficio d'inventario sia a sua volta creditore del *de cuius*, il vincolo obbligatorio rimane come rapporto unisoggettivo, per cui il suo credito risulterà rafforzato da un vincolo reale su cosa propria, in concorso con gli altri creditori ereditari. Se, invece, non ci sarà estinzione per confusione questo diritto persisterà sul bene ereditario come diritto su cosa propria. Analogamente l'art. 1203, n. 4, stabilisce la surrogazione reale per l'erede beneficiario che paghi con denaro proprio debiti ereditari, con l'effetto che, se il creditore aveva ipoteca, l'erede beneficiario avrà diritto di ipoteca su cosa propria.

¹⁵ La concezione classica della responsabilità patrimoniale basata sull'assunto per cui il ricorso al credito è agevolato se il creditore è garantito da tutto il patrimonio del debitore, ove riportata al mercato del credito, determina una palese disparità in termini di rischio. Il soggetto infatti che sceglie di ricorrere al mercato del credito, oltre a conoscere il costo unitario dell'operazione, è consapevole dell'incidenza delle obbligazioni assunte sul proprio pa-

In particolare, nel diritto societario si dispiega già il più avanzato mezzo di separazione patrimoniale costituito dall'istituto dei patrimoni destinati che già impedisce ai creditori della società di agire esecutivamente sul patrimonio per crediti estranei alla gestione del patrimonio stesso¹⁶. In merito, la riforma fallimentare ha introdotto gli artt. 155 e 156 l. fall. realizzando, in caso di fallimento della c.d. "società madre" una gestione extraconcorsuale dei beni segregati, affidata comunque al curatore, mantenendo l'effetto segregativo.

2.2. Ipotesi ricostruttive per ricondurre il trust nell'alveo dell'ordinamento

Rinviando l'approfondimento del dibattito ad altri studi, in questa sede ci si limiterà a richiamare la possibilità di una ricostruzione alternativa dello schema del *trust*.

trimonio e quindi del margine residuo di solvibilità in futuro. Chi invece eroga il credito ha solo una parziale visione dell'incidenza assoluta del credito erogato e del connaturato obbligo del debitore, il quale in futuro potrà ovviamente assumere successivi debiti. Laddove invece vi fosse un sistema di imputazione ad un patrimonio, l'obbligazione sarebbe connessa al patrimonio relativo in via esclusiva, creando un rapporto biunivoco tra i due elementi a salvaguardia del creditore. Questi quindi riceve maggiore tutela non dalla garanzia generica, quanto dall'affare isolato che intende finanziare e dalla destinazione dei proventi ad esso, giacché può realizzare una più efficace valutazione del rischio.

¹⁶ La regola di separazione comporta che i creditori sociali non potranno agire aggredendo il patrimonio particolare e la società risponderà, di regola, nei limiti del patrimonio destinato per i debiti sorti per la sua realizzazione. Tale separazione tuttavia presenta numerosi punti critici i quali emergono in maniera più vistosa se si confronta la disciplina italiana con quella delle leggi statunitensi sulle *protected cell companies*. Le *protected cell companies* prevedono la separazione della responsabilità tra il patrimonio della società – madre e quello della cellula senza alcuna possibilità di deroga, mentre l'analoga disciplina italiana dei patrimoni destinati stabilisce alcune ipotesi in cui la separazione viene meno. *In primis* si osserva che qualora faccia difetto quell'indice esterno di riferibilità dell'atto al patrimonio destinato rappresentato dalla menzione del vincolo di destinazione (previsto dall'art. 2447-*quinques*, comma 4, c.c.) la normativa dispone che il patrimonio residuo della società si faccia carico delle conseguenze relative al compimento dell'atto. Inoltre, a differenza delle *protected cell companies*, mette in crisi la bilateralità della separazione anche il caso, pur remoto, in cui si imposti una «valvola di connessione unidirezionale» tra il patrimonio sociale ed il patrimonio destinato prevedendo *apertis verbis* nella delibera di costituzione del patrimonio destinato, una qualsiasi responsabilità del patrimonio sociale per le obbligazioni contratte con riferimento allo specifico affare, estendendo la propria responsabilità patrimoniale a vantaggio dei creditori particolari. Un'ulteriore deroga alla bilateralità della separazione, sconosciuta alle leggi sulle *protected cell companies*, è rappresentata dalla responsabilità del patrimonio residuo della società per gli illeciti aquiliani commessi nella gestione dello specifico affare, come afferma il comma 3 dell'art. 2447-*quinques*. La separazione patrimoniale nei patrimoni destinati sarebbe quindi "a geometria variabile" o "a scomparsa" in quanto qualora l'illecito commesso non sia inerente ad attività incluse nello specifico affare i creditori *ex delictu* non potranno mai agire contro il patrimonio destinato, confermandosi quindi la segregazione patrimoniale, la quale verrebbe rinnegata nel caso opposto in cui i danneggiati per fatti connessi all'affare specifico potranno aggredire sia il patrimonio particolare che quello sociale. In proposito sia consentito il rinvio a I.L. NOCERA, *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, in *Società*, 2009, p. 1090; R. ARLT, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 23.

È infatti possibile sostenere l'applicabilità nel nostro ordinamento di tale istituto, al di là di considerazioni giusliberiste che giustificerebbero comunque l'ingresso del *trust* nel sistema di diritto continentale, quale istituto sempre più spesso rispondente a concrete istanze del singolo caso.

Invero – come anticipato – non risulta oltremodo eversivo reputare il *trust* non più come fonte di un diritto reale con contenuto atipico, ma di un'obbligazione non contrattuale derivante da un atto unilaterale, gravante sul titolare di un diritto, avente per oggetto il godimento ed il finale trasferimento del diritto a terzi, tutelata nell'ambito di un ordinamento differente da quello continentale, ma non antitetico ad esso.

Non è difficile, invero, immaginare con riferimento al *trust* “amorfo” (ossia il modello generale ed astratto) di cui agli artt. 2 e 11 della Convenzione, una titolarità formale del diritto disgiunta da quella sostanziale, affine all'effetto di mera “proprietà formale” prodotto dall'art. 1707 c.c. in capo al mandatario senza rappresentanza¹⁷.

Inoltre, l'ostacolo costituito dal *numerus clausus* dei diritti reali è facilmente superabile se si pone mente alla circostanza che la definizione di *trust* prevista dalla Convenzione non richiede necessariamente la configurazione di un diritto reale del *trustee* sui beni e che non sussiste nessun rapporto, né reale né obbligatorio, fra i beneficiari ed i beni in *trust*¹⁸.

Del resto, in ossequio alla medesima Convenzione, l'istituto *de quo* è destinato ad essere disciplinato da una legge straniera, richiamata al momento della sua costituzione, che prevede tale strumento¹⁹.

Sarà tuttavia necessaria l'effettiva segregazione patrimoniale, associata al vincolo di scopo sul patrimonio separato sia per quanto concerne l'inalienabilità dei beni (salvo che per il perseguimento della finalità prevista) sia in relazione alla funzionalizzazione dei poteri di amministrazione del *trustee* al compimento del medesimo fine.

Il rilievo secondo il quale non sarebbe ammissibile la trascrizione di un atto unilaterale atipico destinato a produrre effetti traslativi, sarebbe inoltre

¹⁷ La locuzione “trust amorfo”, oggi parte del vocabolario di ogni giurista, è di Maurizio Lupoi: cfr. M. LUPOI, *Il trust amorfo*, in *Vita not.*, 1995, p. 51.

¹⁸ Nella Relazione alla Convenzione è riconosciuto che la definizione adottata rappresenta un concetto-base, capace di includere “*des institutions autres que le trust de common Law*”, che tuttavia presentano “*des analogies structurales avec le trust*”, individuabile nel c.d. trust “amorfo” o “*shapeless*”.

¹⁹ In tal senso si vedano le riflessioni di L. PANZANI, *Trust e procedure concorsuali*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, p. 1003. Cfr. inoltre AA.VV., *La giurisprudenza italiana sul trust (dal 1989 al 2005)*, in *Trusts e att. fid.*, Quaderni n. 4, Milano, 2005; M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, cit., p. 966. Si veda inoltre R. LENZI, *Operatività dei trusts in Italia*, in *Riv. not.*, 1995, p. 1379; M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, cit., p. 966; ID., *Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country – Effetti della Convenzione dell'Aja in un Paese civilista*, cit., p. 19; ID., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, cit., p. 1159; ID., *Trusts*, Milano, 2001.

superabile in base al combinato disposto degli artt. 2645-ter, 1322 e 1324 c.c. a patto che gli interessi siano meritevoli di tutela, fatta salva la facoltà per i beneficiari di rifiutare l'attribuzione²⁰.

La trascrivibilità del *trust* e la conseguente opponibilità *erga omnes* del vincolo di destinazione sarebbe nondimeno ottenibile anche a prescindere dall'aggancio con l'art. 2645-ter c.c.²¹. Il *trustee*, infatti, in quanto "formalmente proprietario", può legittimamente richiedere, al pari di ogni altro proprietario, la trascrizione a proprio nome. Infatti, l'art. 12 della Convenzione – norma di diritto materiale uniforme – dispone esplicitamente nel senso della trascrivibilità²².

Del resto, dopo gli slanci iniziali, la dottrina maggioritaria attualmente ritiene che l'art. 2645-ter non possa introdurre un nuovo tipo di atto ad effetti reali, ovvero una sorta di "*trust* all'italiana", limitandosi a prevedere, a certe condizioni, un vincolo di destinazione, accessorio agli effetti di un negozio²³.

Inoltre, l'art. 11 della legge di ratifica della Convenzione – disposizione successiva e speciale rispetto alla regola del codice – relativo al riconoscimento dell'effetto segregativo del *trust*, ben può rappresentare l'eccezione legislativa prevista dallo stesso art. 2740, comma 2, c.c., ponendosi dunque in posizione non eversiva rispetto al sistema codicistico di responsabilità patrimoniale. Viceversa, si dovrebbe ammettere l'antinomia costituita dalla

²⁰ In merito, cfr. Trib. Forlì, 5 febbraio 2015, in *IlCaso.it*, nonché App. Venezia, 10 luglio 2014, *ivi*, hanno affermato che «l'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano dell'articolo 2645-ter c.c., il quale, mediante il richiamo all'articolo 1322, comma 2, c.c., consente anche ad atti atipici ed a determinate condizioni (trascrizione, durata, forma) di rendere opponibile *erga omnes* un vincolo di destinazione impresso su certi beni immobili o mobili registrati ha definitivamente aperto la porta dell'ordinamento ai più disparati atti di destinazione scaturiti dall'autonomia privata (Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011)». Inoltre, l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., secondo certa dottrina, avrebbe determinato il superamento del dubbio di trascrivibilità dell'atto unilaterale di costituzione del *trust*. Si veda in merito F. DI CIOMMO, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale del trust interno*, in nota a Trib. Parma, 21 ottobre 2003, e Trib. Bologna 18 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1295. Sull'art. 2645-ter c.c. si veda *ex multis* AA.VV., *Atti di destinazione e trust* (Art. 2645 ter del codice civile), in G. VETTORI (a cura di), Padova, 2008; e più recentemente M. CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, p. 358.

²¹ A proposito della trascrizione dell'atto di destinazione pare doversi individuare un carattere di obbligatorietà in quanto altrimenti non vi sarebbe separazione patrimoniale venendo meno la stessa fattispecie di cui all'art. 2645-ter c.c., come osserva su tutti G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), *La proprietà e il possesso, Diritto civile, II, Successioni, Donazioni, Beni*, Milano, 2009, p. 401.

²² Si veda in merito Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *Trusts e att. fid.*, 2003, p. 409; Trib. Bologna, 28 aprile 2000, *ivi*, 2000, p. 15.

²³ In tal senso, cfr. *ex multis* M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento in trust*, in *Trusts e att. fid.*, 2006, p. 172; M. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 26. Infatti la disposizione, a differenza del *trust*, non contiene alcun riferimento all'affidamento gestorio M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1177.

compresenza dell'obbligo, derivante dalla ratifica della Convenzione, a riconoscere l'effetto di separazione patrimoniale del *trust* e del contemporaneo vincolo di diritto interno costituito dal principio di responsabilità patrimoniale.

Pertanto, come affermato una sentenza di merito, non si può riconoscere all'art. 2740 c.c. natura di norma inderogabile e l'effetto segregativo tipico del *trust* non si pone in contrasto con la riserva di legge prevista in detta norma, «in quanto la legge 9 ottobre 1989, n. 364 ha dato attuazione alla Convenzione de L'Aja elevandola a normativa di rango primario, così che la non applicabilità dell'articolo 2740 emerge direttamente dagli articoli 2 e 11 Conv., i quali identificano in modo esclusivo la fonte della segregazione nella "proprietà qualificata" del *trust* e forniscono una nuova lettura del concetto di "patrimonio"»²⁴.

Del resto, se l'ordinamento permette a coloro che diano corso a un *trust* di ricorrere ad una legge straniera per la sua disciplina, è manifesto un apprezzamento in termini giuridici dell'obiettivo che il disponente si prefigge con il programma negoziale che deve attuare interessi altrimenti non conseguibili con gli strumenti previsti dal diritto interno.

Il riconoscimento di cittadinanza dell'istituto in discorso nel nostro ordinamento continentale non arresta, tuttavia, la necessità di un "controllo di dogana" con riferimento alla violazione di norme inderogabili dell'ordinamento e alle circostanze fattuali che integrano la causa concreta del negozio istitutivo, ovvero alla meritevolezza degli interessi del rapporto alla base del *trust*, in modo da evitare la lesione dei diritti dei terzi e il rischio di un abuso del diritto sotto il profilo dell'elusione *in fraudem legis* o dell'evasione fiscale²⁵. A tal fine sarà necessario verificare la sussistenza effettiva della segregazione patrimoniale, manifestata dall'assenza in capo al *trustee* della facoltà di disposizione su beni, se non come vincolata al perseguimento degli scopi del *trust*, nonché alla mancanza di potere gestionale del *settlor*²⁶.

²⁴ Così, Trib. Forlì, 5 febbraio 2015, in *IlCaso.it*.

²⁵ Infatti, attraverso il conferimento in *trust* di immobili, o in generale di tutte attività fallimentari di non immediata liquidazione, la procedura concorsuale potrebbe essere condotta di fatto al di fuori delle regole imperative senza il dovuto controllo degli organi giudiziari. Si vedano in proposito le riflessioni di A. TONELLI, *La nuova strada della non riconoscibilità per i trust "ripugnanti"*, in *IlCaso.it*.

²⁶ Nel caso in cui non si riscontrino le peculiarità essenziali della costituzione di un *trust* sarebbe possibile riconoscere in capo ai creditori o al curatore la legittimazione a esperire l'azione di simulazione, per poi applicare al negozio dissimulato la propria disciplina, probabilmente più favorevole alle ragioni dei creditori. L'azione simulatoria non potrebbe viceversa essere esercitata nella fisiologia del *trust*, il quale realizzerebbe un caso di interposizione reale e non fittizia. In tal senso si vedano le riflessioni di L. PANZANI, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 1003. Vale ricordare in merito come il *trust* richiami di tipo romanistico, c.d. fiducia dinamica, contraddistinta da un trasferimento la cui portata è limitata da un patto obbligatorio. Questo tipo di fiducia si contrappone a quella "statica", che si presenta in una delle forme più note come una fattispecie che prevede il

2.3. Brevi cenni sul riconoscimento del trust nel diritto interno

È opportuno ora soffermarsi, pur per brevi cenni, sul problema dell'uso del *trust* in materia concorsuale, verificando in particolare la validità del negozio unilaterale col quale il disponente-debitore affida al controllo del *trustee* parte del proprio patrimonio²⁷.

In proposito, occorre precisare che il giudizio deve tenere conto dell'idoneità dell'atto a trasferire con efficacia *erga omnes* un diritto reale gravato da oneri ed obblighi a carico del *trustee*, dando vita, inoltre, ad un patrimonio segregato²⁸.

Il giudice quindi dovrà valutare se il *trust* produca effetti contrastanti con norme inderogabili o di applicazione necessaria della *lex fori* o con principi di ordine pubblico; in seguito dovrà accertare, dall'esame dello "specifico programma" predisposto dal disponente, che la separazione patrimoniale non sia espressione di un intento in frode alla legge in senso elusivo rispetto alle pretese dei creditori o, comunque, in contrasto con l'ordinamento interno alla luce dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja relativa alla legge applicabile ai *trust*.

Tale disposizione, relativa al riconoscimento stesso del *trust*, assurge a "norma di chiusura" della Convenzione, ovvero a ultimo strumento di tutela generale dal possibile perseguimento da parte del *trust* di fini abusivi o di elusione *in fraudem legis*. Ciò avviene in caso di c.d. *sham trust*, vale a dire nell'ipotesi in cui sussiste un'intenzione simulatoria comune del disponente e del *trustee* al fine di ingannare terzi²⁹.

trasferimento di un diritto condizionato risolutivamente, talché l'eventuale esercizio del diritto da parte del fiduciario in contrasto con lo scopo convenuto comporta l'operatività della condizione e il conseguente automatico riacquisto del diritto da parte del fiduciante. Si differenzia anche dalla fiducia c.d. germanistica, laddove al fiduciario viene attribuita solo la legittimazione all'esercizio del diritto, mentre la titolarità dello stesso resta al fiduciante. Nella fiducia romanistica dunque vi è una interposizione reale, mentre in quella germanistica una scissione tra proprietà e legittimazione. Sul punto cfr. *ex multis* S. GATTI, *Interposizione reale e interposizione fittizia (Una distinzione ancora valida)*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 217; M. NUZZO, *Negozio fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 647.

²⁷ Come rilevato dal Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 533, l'istituto del *trust* ha avuto «una entusiastica applicazione» in sede concorsuale.

²⁸ Sulla spinosa questione relativa al profilo della validità del dell'atto di trasferimento, cfr. Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Trusts e att. fid.*, 2003, p. 255, il quale ha comminato la declaratoria di nullità per mancanza di causa alla dichiarazione unilaterale non ritenendo integrabile la causa la funzione «di gestione-amministrazione cui il *trustee* è tenuto in favore dei beneficiari»; al contrario il Trib. Bologna, 18 ottobre 2003, in *Trusts e att. fid.*, 2004, p. 67, ha riconosciuto la validità dell'atto di conferimento quale negozio astratto di trasferimento, individuando inoltre la causa del trasferimento nel negozio collegato, meritevole di tutela ai sensi della Convenzione, con il quale si istituisce il *trust*. Su entrambe le decisioni si vedano le osservazioni di V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, cit., p. 57.

²⁹ Infatti, come ha affermato la Cass. pen., 7 novembre 2014, n. 46137, in *CED Cassa-*

L'art. 13, dunque, permette al giudice di non riconoscere il *trust* regolato da legge straniera nel caso in cui – pur non trovando applicazione le norme di salvaguardia previste agli artt. 15, 16, 18 della Convenzione stessa – il giudice reputi comunque il *trust* non meritevole di riconoscimento in quanto integrante un abuso di diritto o utilizzato in frode alla legge, o perché realizza effetti valutati ripugnanti all'ordinamento in cui dovrebbe essere riconosciuto³⁰.

Pertanto, l'indagine sulla riconoscibilità o meno di un *trust* deve essere effettuata in concreto, verificandone *in casibus* gli effettivi obbiettivi.

Coerentemente, l'art. 15 impedisce che il *trust* sia impiegato per aggirare o eludere disposizioni imperative in determinate materie specificamente elencate, prevenendo un possibile carattere abusivo.

Tale norma prevede inoltre al comma 2 un'ipotesi di conservazione del negozio, con un principio di *favor trust*. Si stabilisce, infatti, che qualora norme imperative impediscano di dare effetto alla legge applicabile al *trust* il giudice sia tenuto, non a invalidare il negozio, bensì a cercare di «realizzare gli obiettivi del *trust* con altri mezzi giuridici», così da fargli conseguire gli effetti minimi della segregazione patrimoniale dei beni in *trust* rispetto al patrimonio del *trustee*.

Tra le materie che, non essendo derogabili con una manifestazione di volontà, non possono essere ostacolate dalla Convenzione nell'applicazione delle rispettive disposizioni di legge, lo stesso art. 15 prevede la protezione di creditori in caso di insolvenza³¹. Pertanto, il *trust* non può essere volto

zione penale, 2015, «Presupposto coesenziale alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli sulla base delle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio». Analogamente, il Trib. Monza, 13 maggio 2015, in *IlCaso.it*, osserva che «Il *trust* nel quale il disponente non perda il controllo sui beni in esso conferiti e che dipende esclusivamente dall'effetto segregativo degli stessi, rivela l'assenza di una causa propria del negozio costitutivo del *trust* e l'impiego abusivo dello strumento negoziale rispetto alla funzione sua propria e, per il fatto di porsi quale strumento diretto a ledere l'interesse dei creditori alla conservazione della responsabilità patrimoniale del debitore, si contrappone alle norme inderogabili interne dell'ordinamento italiano e si configura quale negozio, prima ancora che nullo, "non riconoscibile" ai sensi dell'articolo 15 della convenzione de L'Aja».

³⁰ Si veda in merito L. ROVELLI, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, cit., 513; G. LA TORRE, *Il riconoscimento dei trust interni da parte del Tribunale di Firenze*, in *Trusts e att. fid.*, 2006, p. 203. In merito, alcune decisioni hanno sostenuto che attraverso l'art. 13 della Convenzione il giudice potrebbe non riconoscere il *trust* c.d. ripugnante rispetto all'ordinamento nazionale (cfr. *ex multis* Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, n. 4185, in *Trusts e att. fid.*, 2005, p. 83; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, *ivi*, 2003, p. 580).

³¹ Come osserva il Trib. Milano, 29 ottobre 2010, in *IlCaso.it*, «la materia fallimentare, assistita anche da norme di carattere penale, è improntata prioritariamente alla tutela di interessi pubblici, nei quali la protezione degli interessi della massa creditoria è in realtà finalizzata alla tutela dei traffici commerciali e ciò non solo nell'ordinamento italiano. Si spiega perciò il limite posto dall'art. 15 Conv. all'operatività del *trust* nel caso di sovrapp-

alla sottrazione dei beni sociali alla finalità di regolazione dei debiti, impedendo così le pretese creditorie, ovvero per dirla con la giurisprudenza anglosassone «*to set up a screen to shield his resources from other claims*»³².

Di conseguenza, in ipotesi di conflitto con la tutela del ceto creditorio il giudice dovrà – come esplicitamente afferma la suddetta norma – non dichiarare nullo il *trust*, bensì tentare, mediante altri strumenti giuridici, di raggiungere comunque le finalità cui è diretto il negozio, appurando la presenza di uno spazio di operatività del *trust* qualora esso sia parzialmente compatibile con le singole materie enumerate nell'art. 15 Conv.³³.

In ogni caso – come si vedrà meglio nel prosieguo – il creditore può azionare gli strumenti rimediali previsti dall'ordinamento, come in presenza di qualsiasi atto dispositivo posto in essere dal debitore.

Nei confronti del disponente si potrà infatti esperire l'azione revocatoria ordinaria o, nel caso, fallimentare. Inoltre, qualora il beneficiario creditore rimanga inerte non attivando l'adempimento da parte del *trustee* delle obbligazioni in proprio favore, i creditori potranno agire in surrogatoria *ex art.* 2900 c.c.

I creditori personali del *trustee*, invece, avranno una posizione analoga a quella dei creditori del mandatario senza rappresentanza: non possono dunque considerare come finale l'acquisto del loro debitore in quanto, in ossequio al brocardo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, l'oggetto dell'espropriazione forzata non può essere più esteso del diritto del debitore sul quale essi mirano a soddisfare i loro crediti.

3. Efficienza e possibili utilità del trust negli accordi di ristrutturazione

Si è detto che il *trust*, per essere riconoscibile dall'ordinamento giuridico italiano, deve superare il primo giudizio di compatibilità con la Convenzio-

posizione fra la disciplina di questo e la gestione legale della insolvenza, cioè in materia fallimentare. La norma nella sostanza esclude che la disciplina della separazione patrimoniale e del vincolo di destinazione dei beni possa sopravvivere al fallimento del conferente o del trustee, per cui i beni di costoro, anche se oggetto del *trust* saranno assoggettati alla disciplina del fallimento».

³² Cfr. sentenza del 3 dicembre 2004 della *High Court of Justice of England and Wales, Family Division* (Minwalla vs. Minwalla, in *Trusts*, 2006, p. 273).

³³ Vale tuttavia ricordare che il Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 171, ha affermato che l'art. 15, lett. e, Convenzione de L'Aja abbia una portata limitata, conseguentemente «per effetto di tale disposizione, un *trust* istituito in violazione di norme inderogabili non sarà tuttavia di per sé nullo, ma solo soggetto a quanto diversamente previsto dalla legge del foro. (...) La tutela dei terzi creditori sarà quella ad essi ordinariamente riconosciuta dalla legge italiana in rapporti agli atti lesivi dei loro diritti, codificata nell'azione revocatoria». Aggiungendo che «qualora l'istituzione del *trust* comporti la violazione di norme inderogabili previste dalla *lex fori*, in base al secondo comma dell'art. 15 della convenzione de L'Aja, il giudice dovrà comunque cercare di attuarne gli scopi in modo alternativo».

ne per poi successivamente essere esaminato e confrontato con i precetti generali della legge applicabile prescelta, nonché con le norme imperative italiane, appurando – mediante un attento vaglio della causa concreta – che sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, nel rispetto dei limiti imposti dalla legge, quali quelli sottesi alle procedure concorsuali³⁴.

Funzionalmente queste ultime e il *trust* apparirebbero antitetici, fondate le prime sul principio della *par condicio creditorum*, il secondo sulla separazione della garanzia patrimoniale. Del resto, se *trust* vuol dire letteralmente “fiducia”, anche da un punto di vista terminologico-concettuale emergerebbe a prima vista una dissonanza o, per lo meno, un’ardua compatibilità rispetto al fenomeno dell’insolvenza che invece esprime la lacerazione del rapporto fiduciario e giuridico tra debitore e creditore³⁵.

Tuttavia – come si è in parte avuto già modo di accennare – nella tempeste contemporanea caratterizzata da una sorta di “pensiero debole” giuridico, in quanto segnata dalla fine del dogma di indisponibilità dell’insolvenza, della responsabilità patrimoniale generale e della parità di condizioni tra i creditori³⁶, il *trust* può coniugarsi con la spinta alla “disintermediazione giudiziaria” della crisi³⁷ e all’espansione della tendenza innovativa al salvataggio dell’impresa.

È conosciuto l’uso del *trust* nell’ambito del c.d. diritto negoziale della crisi d’impresa³⁸, ambito che comprende sia un istituto tradizionale – quale il

³⁴ Cfr. E. D’AMICO, *Trasferimento dei crediti fiscali a trustee: il punto di vista di un Giudice Delegato*, in *Trusts e att. fid.*, 2004, p. 333; V. GRECO, *La funzione del trust nel fallimento*, *ivi*, 2004, p. 336; ID., *Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d’impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 212; G. FAUCEGLIA, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2004, p. 102; G. SEMINO, *Trust e segregazione dei crediti (fiscali) dal fallimento esigibili dopo la chiusura della procedura*, in *Trusts e att. fid.*, 2004, p. 343; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, p. 245; S. BARTOLI, *La chiusura anticipata a mezzo trust delle procedure fallimentari titolari di credito di imposta*, in *Trusts e att. fid.*, 2004, p. 542; L. PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2005, p. 555.

³⁵ Del resto, nel diritto come nella musica, sovente «*harmonia est discordia concors*» (cfr. F. GAFFURIO, *Angelicum ac divinum opus musicae*, 1508, frontespizio, Bologna, ed. 1971).

³⁶ Il problema della *par condicio creditorum* consiste appunto nel temperamento tra l’applicazione del criterio della parità di trattamento dei creditori e la necessità di assicurare tutela giuridica ad interessi che variamente ad esso si contrappongono (cfr. G. D’ANGELO, *Appunti sulla par condicio creditorum*, in *Dir. fall.*, 1991, p. 726; G. TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 9), «rimodellando la *par condicio* in una regola secondo la quale ogni credito (secondo la causa che lo ha determinato o secondo la qualità del creditore) è diversamente tutelato dall’ordinamento in base ad una speciale graduazione dei valori» (in tal senso S. CICCARELLO, *Privilegio (dir. priv.)*, voce in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p.723).

³⁷ Tale espressione, come detto, si rintraccia in V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio*” (o di ristrutturazione dei debiti d’impresa), *cit.*, p. 369.

³⁸ Tale locuzione è suggerita da DI MARZIO, *Diritto negoziale e crisi della grande impresa*, in *IlFallimentarista.it*, secondo il quale «l’aggettivo ‘negoziale’ descrive uno specifico set-

concordato preventivo – sia quelli di più recente introduzione – ossia il piano attestato, gli accordi di ristrutturazione e la convenzione di moratoria³⁹. In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto il conferimento in *trust* di beni di terzi, previsto nella proposta di ammissione al concordato preventivo, a garanzia dell'esecuzione e del buon esito del concordato⁴⁰. Inoltre, è stato ritenuto ammissibile un *trust* volto al superamento dello stato di crisi attraverso la predisposizione di un piano ai sensi dell'art. 67 lett. *d*, l. fall.⁴¹ ovvero di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.*⁴².

Infatti, proprio la composizione negoziale della crisi esige il tentativo di ripristino – di ristrutturazione appunto – del rapporto obbligatorio e dunque dell'affidamento tra debitore e creditori. Occorre tuttavia verificare fino a che punto è possibile ritenere compatibili *trust* e crisi d'impresa, valutando la sostenibilità di tale mezzo di segregazione patrimoniale come strumento attuativo di istituti volti alla gestione della crisi d'impresa.

In particolar modo, negli accordi di ristrutturazione – come detto – è l'imprenditore in crisi che sceglie con quali creditori stipulare l'accordo nel rispetto della misura percentuale dei crediti prevista dalla legge, essendo assolutamente irrilevante l'eventuale rango privilegiato di coloro i quali vantano pretese creditorie.

Con riferimento agli accordi *ex art. 182-bis l. fall.*, l'istituto di origine anglosassone può spiegare la sua utilità ed efficacia fungendo da strumento virtuoso regolatore della crisi d'impresa, tutelando le ragioni della ristrutturazione.

tore del diritto rilevante: discriminato non solo in positivo (per l'aggregazione dei fattori negoziali costituiti da accordi e concordati), ma anche in negativo (per esservi estranea la procedura di fallimento)». Più diffusamente, cfr. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011.

³⁹ Si veda su tutti L. PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2005, p. 555; E. RAGAGLIA, *Trust e procedure fallimentari*, in <http://appinter.csm.it>; U. APICE, *Il Trust e le procedure concorsuali*, in *Il-Trust-inItalia.it*, 2006; G. SCHIANO DI PEPE, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, in *Trusts e att. fid.*, 2004, p. 215; V. GRECO, *La funzione del trust nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 708; ID., *Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 212; ID., *Il trust nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 761; G. LO CASCIO, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Il Fall.*, 2009, p. 336; F. DI MAIO, *Il trust e la disciplina fallimentare, eccesso di consenso*, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 498; F. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, p. 511; A. BUSANI-C. FANARA-G. O. MANNELLA, *Trust e crisi d'impresa*, Milano, 2013; P. SPOLAORE, *Il trust nelle soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, Milano, 2014.

⁴⁰ Cfr., *ex multis*, App. Palermo, 17 ottobre 2016, in *Leggitalia.it*; Trib. Forlì, 5 febbraio 2015, in *IlCaso.it*; Trib. Pescara, 29 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Pescara, 11 ottobre 2011, *ivi*; Trib. Napoli, 19 novembre 2008, in *Il Fall.*, 2009, p. 325; Trib. Mondovì, 16 settembre 2005, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 182; Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Il Fall.*, 2005, p. 553.

⁴¹ Cfr. Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 171.

⁴² Si vedano, *ex multis*, Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011, *ivi*, 2012, p. 61; Trib. Reggio Emilia, 6 marzo 2010, *ivi*, 2010, 274; Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 425.

L'imprenditore in crisi, invero, può avvalersi dell'effetto segregativo prodotto dal *trust* per proteggere i beni dalle azioni esecutive dei creditori, in modo tale che egli stesso o il *trustee* possano negoziare "in ambiente protetto" la ristrutturazione del debito e proteggere l'accordo eventualmente raggiunto in attesa dell'omologa. I creditori interessati all'operazione di ristrutturazione sarebbero infatti al riparo sia dello stesso debitore che in seguito alla segregazione patrimoniale non sarebbe più nel possesso dei propri beni sia da azioni disgregative degli altri creditori estranei all'operazione. È pur vero che i creditori non aderenti all'accordo sono già salvaguardati dalla disciplina dell'art. 182-bis l. fall., che prevede la loro integrale soddisfazione, tuttavia questi, per svariati motivi o per semplice diffidenza, possono non voler attendere l'esecuzione dell'accordo né esperire lo strumento dell'opposizione, preferendo agire "come schegge incontrollate" all'assalto del patrimonio imprenditoriale, con conseguente pregiudizio per la massimizzazione dell'interesse collettivo⁴³.

L'istituto di origine anglosassone può inoltre rappresentare un utile ausilio per rafforzare le garanzie che accompagnano il tentativo di composizione della crisi⁴⁴. In particolare, la proposta può prevedere un piano in cui un terzo si accolla le obbligazioni previste dall'accordo, rendendosi cessionario di tutte le attività del patrimonio del debitore, e a garanzia degli adempimenti assunti vengano conferiti in *trust* gli immobili della società debitrice e dell'assunto-re⁴⁵. Allo scopo di assicurare che il *trustee* non disponga del patrimonio segregato se non per la finalità di devolvere il ricavato della loro vendita ai creditori, il disponente in costanza di procedura può "concordare" informalmente con il Tribunale che ad assumere questa veste sia lo stesso commissario giudiziale, ovvero la persona che il Tribunale già prima della sentenza di omologazione abbia in ipotesi individuato come futuro liquidatore dei beni⁴⁶.

Il *trust*, inoltre, può costituire un mezzo adeguato per favorire il coordinamento dei creditori aderenti all'accordo nel porre in essere una liquidazione controllata dei cespiti del debitore, risolvendo i problemi connessi all'azione collettiva. Infatti, favorisce certamente gli obiettivi primari del diritto delle imprese in crisi di ostacolare l'aggressione dei beni dell'imprenditore e soprattutto di ottenere la migliore valorizzazione dell'attivo: la separazione patrimoniale, invero, come detto, rende possibile porre gli *asset* al riparo di iniziative espropriative e cautelari dei singoli creditori nonché con-

⁴³ Si veda in merito l'analisi di D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., p. 17; e L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 52.

⁴⁴ In proposito si vedano le lucide riflessioni di S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da F. Vassalli-F.P. Luiso-E. Gabrielli, IV, Torino, 2014, p. 101 e ss.

⁴⁵ Cfr. Trib. Napoli, 19 novembre 2008, in *Il Fall.*, 2009, p. 325; Trib. Parma, 3 marzo 2005, *ivi*, 2005, p. 553.

⁴⁶ Un precedente di designazione *pro futuro* della persona del liquidatore già nel provvedimento di ammissione al concordato si rintraccia in Trib. Mondovì, 6 maggio 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2007.

sente di affidare gli interessi dell'intero ceto creditorio al *trustee*, soggetto potenzialmente indipendente e imparziale⁴⁷.

In aggiunta, nella distribuzione delle risorse tra i creditori partecipanti, l'istituto del *trust* – pur senza elidere in radice l'ingiustizia che può derivare dall'“*impar condicio*” fra creditori – può quanto meno attenuare le principali conseguenze che l'esecuzione dell'accordo può produrre sul piano delle asimmetrie distributive e informative. Infatti, l'adozione di tale figura può implementare il livello di trasparenza dell'operazione di ristrutturazione in quanto il *trustee* – se dotato di particolari requisiti di professionalità oltre che di indipendenza – può svolgere compiti di amministrazione o liquidazione particolarmente gravosi, provvedendo comunque alla redazione di un rendiconto periodico sul proprio operato. In tal modo si potrebbe mitigare il rischio, sempre latente, che i creditori aderenti meglio strutturati collidano con il debitore, orientando sostanzialmente l'operazione di ristrutturazione, con inevitabile pregiudizio dei creditori meno dotati di “potenza informativa” ovvero dei creditori che rimangono estranei all'accordo⁴⁸.

Nella fase esecutiva dell'accordo quindi il *trust* può costituire un più affidabile momento di controllo sui modi e sui tempi di esecuzione, oltre che sulla sua stessa conformità alla funzione dell'accordo⁴⁹. Atteso che nell'ambito degli accordi di ristrutturazione possono altresì svolgersi attività liquidative⁵⁰ il *trust* può consentire l'attribuzione ad un soggetto professionalizzato del compito di liquidare beni difficilmente monetizzabili, coinvolgendo i creditori nella gestione di partecipazioni critiche in cui, ad esempio, si realizza una conversione dei crediti in capitale⁵¹.

Il *trust* può dunque fungere da mezzo di tutela a favore delle parti deboli dell'accordo o di coloro i quali pur non aderendo alla convenzione sono tuttavia indicati dall'accordo stesso alla stregua di “terzi beneficiari”.

Tali “virtù” del *trust* negli accordi di ristrutturazione non esimono tutta-

⁴⁷ Tale aspetto è particolarmente sottolineato da ampia letteratura anglosassone tra cui si veda *ex multis* P. AGHION, *Bankruptcy and its reform*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Londra, I, p. 145; T.H. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy law*, Harvard University Press, Washington, 2001, *passim*.

⁴⁸ Questo profilo è analizzato da un punto di vista economico da M. BELCREDI, *Crisi d'impresa e ristrutturazione finanziaria*, Milano, 1995, pp. 19 e 50.

⁴⁹ Si veda in merito L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, cit., p. 398.

⁵⁰ Sul punto si vedano G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 16; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 129.

⁵¹ Questa esigenza emerge in maniera particolarmente rilevante nell'ipotesi tutt'altro che peregrina in cui oggetto della crisi sia una società partecipe di un gruppo a sua volta esposto verso le banche, laddove gli istituti di credito sono interessati sia all'andamento della società partecipata sia al mantenimento del valore della partecipazione, per cui risulterà necessario assicurare tempestività e coerenza tra attività di liquidazione e consolidamento del debito.

via da un'indagine in concreto sulla funzione economico-individuale della singola operazione negoziale.

Nella stagione della c.d. "privatizzazione" della disciplina fallimentare, il giudizio di meritevolezza degli interessi sottesi al rapporto negoziale che dà fondamento al *trust* è infatti chiamato a valutare la causa in concreto dello stesso con riferimento al suo utilizzo nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, misurando così l'utilità dello strumento di segregazione patrimoniale nel quadro della tutela dei creditori.

Invero, il *trust* si pone all'interno di una più ampia e complessa operazione negoziale volta alla composizione della crisi. Di conseguenza, si rende necessario, al fine di sottrarsi alle conseguenze di un'eventuale elusione di norme inderogabili o di principi di ordine pubblico, che sia rispettata la congruenza di tale mezzo di separazione patrimoniale con lo stato di dissesto dell'impresa e la sua disciplina. Il *trust* infatti deve essere parametrato sulla natura e sulla dimensione della crisi gestita dall'accordo di ristrutturazione.

Astrattamente sarà valido e meritevole di tutela il *trust* volto a eliminare l'insolvenza, ovvero che consenta mediante l'esecuzione dell'accordo la prosecuzione dell'attività d'impresa. In tal caso si riattiverebbe la capacità finanziaria del debitore, in modo da poter dunque ristabilire la sua solvibilità ai fini del soddisfacimento delle ragioni dei creditori. Inoltre, non inficerebbe di per sé il giudizio di meritevolezza l'utilizzo del *trust* nell'ambito di un accordo di ristrutturazione da cui derivi un significativo vantaggio individuale per i creditori aderenti, purché in ogni modo i creditori dissenzienti non subiscano un trattamento peggiore rispetto a quello di una liquidazione fallimentare degli *assets*⁵².

Tuttavia – come anticipato – solo dopo avere accertato la corrispondenza alle norme imperative e verificato la causa concreta del *trust* nell'ambito del singolo accordo di ristrutturazione, ossia il programma concreto risultante sulla base del singolo regolamento d'interessi attuato, è possibile reputare il negozio meritevole o meno di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.

4. Riconoscibilità del trust nella crisi d'impresa

Si è appena evidenziato come sia necessario accertare se la causa concreta del *trust* risulti o meno comunque meritevole di tutela, in quanto diretta a rimuovere l'insolvenza senza espropriare le ragioni dei creditori, attraverso strumenti che, pur alternativi a quelli previsti dalla legge falli-

⁵² Concordano con tale posizione G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 16 e D. GALLETTI, *Sull'utilizzo del trust nelle procedure concorsuali*, Relazione al Convegno "Trust: novità della giurisprudenza e della prassi nel diritto commerciale, successorio, tributario e internazionale privato", Piacenza 15 giugno 2009, disponibile in Assotrusts.it/trust.piacenza2009.pdf; Id., *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 895.

mentare, si muovano nel rispetto dei principi dell'ordinamento⁵³.

In proposito, è illuminante una pronuncia della Suprema Corte secondo la quale «ove il *trust* intervenga con finalità di liquidazione del patrimonio sociale segregato, in astratto [sono *n.d.a.*] tre le situazioni che possono configurarsi: a) il *trust* viene concluso per sostituire *in toto* la procedura liquidatoria, al fine di realizzare con altri mezzi il risultato equivalente di recuperare l'attivo, pagare il passivo, ripartire il residuo e cancellare la società; b) il *trust* è concluso quale alternativa alle misure concordate di risoluzione della crisi d'impresa (c.d. *trust* endo-concorsuale); c) il *trust* viene a sostituirsi alla procedura fallimentare ed impedisce lo spossessamento dell'imprenditore insolvente (c.d. *trust* anti-concorsuale). Nel primo caso, potrebbe dirsi lo strumento vietato, qualora si esiga che esso, per essere riconosciuto nel nostro ordinamento, assicuri un *quid pluris* rispetto a quelli già a disposizione dell'autonomia privata nel diritto interno. Non sembra però che l'ordinamento imponga questo limite, alla luce del sistema rinnovato dalle riforme attuate negli ultimi anni, che ammettono la gestione concordata delle stesse crisi d'impresa. Nelle altre due fattispecie, poi, la causa concreta va sottoposta ad un vaglio particolarmente attento e, in caso di esito negativo, il *trust* sarà non riconoscibile, non potendo l'ordinamento fornire tutela ad un regolamento di interessi che, pur veicolato da un negozio in astratto riconoscibile in forza di convenzione internazionale, in concreto contrasti con i fini di cui siano espressione norme imperative interne»⁵⁴.

⁵³ Il Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 533 ha evidenziato la rilevanza del giudizio di meritevolezza degli interessi con riferimento alla causa concreta. Esplicitamente il Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011, in *IlCaso.it*, ha sottolineato che «non ogni *trust* è valido ed efficace in quanto tale, è indispensabile perciò esaminare l'atto costitutivo di *trust* per comprendere il programma negoziale che si è prefisso il disponente e valutare la meritevolezza degli interessi sottesi a tale atto, oltre che l'eventuale possibilità di raggiungere i medesimi obiettivi con istituti di diritto interno», aggiungendo che «nell'ipotesi di un *trust* liquidatorio avente lo scopo di realizzare uno "strumento liquidatorio, al fine di operare la liquidazione in modo più ordinato ed efficace, realizzando e garantendo la conservazione del valore dell'impresa, in funzione del miglior realizzo, nell'interesse dei creditori sociali e dei soci", che non si accompagna a nessuna iniziativa di salvataggio di impresa in crisi, è necessario valutare quale sia il valore aggiunto di un *trust* siffatto rispetto alle ordinarie attività di liquidazione».

⁵⁴ In tal senso, Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit., p. 335. Si veda in proposito l'acuta analisi di F. DI MAIO, *Riconoscimento e disriconoscimento del trust interno liquidatorio nel fallimento*, cit., p. 606. Si evidenzia come la Suprema Corte colleghi la non riconoscibilità all'art. 15, lett. e, Conv. e non all'art. 13 Conv., reputando tale ultima norma come rivolta allo Stato, a differenza della prima rivolta direttamente al giudice. Tuttavia, è l'art. 13 Conv. ad assegnare al giudice del foro il potere di non riconoscere quello specifico *trust* che, applicando una legge straniera ad un rapporto i cui elementi importanti tranne la scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee* siano connessi ad uno Stato che non preveda il *trust*, di fatto produca abusi di diritto. È quindi l'art. 13 Conv., quale norma residuale, che conferisce al giudice il potere di non riconoscere il *trust* che, pur non essendo sanzionabile con gli strumenti interni in quanto non viola norme interne, determini effetti aberranti. L'art. 15 Conv., invece, asse-

Occorre evidenziare, in primo luogo, come la Suprema Corte non ritenga il requisito della residualità quale elemento indispensabile per il riconoscimento del *trust* interno, distaccandosi in ciò da quanto affermato da alcune decisioni di merito⁵⁵. Sarà quindi riconoscibile il *trust* liquidatorio che risulta lecito e meritevole di tutela, anche qualora non offra un apporto giuridico maggiore rispetto agli istituti già presenti nel nostro ordinamento.

La Cassazione, invero, sottolinea l'importanza di uno scrupoloso vaglio giudiziale della causa concreta, al fine di analizzare gli esiti concreti, ossia gli effettivi risultati derivanti dall'utilizzo di un determinato *trust* nell'ambito di una specifica crisi d'impresa⁵⁶.

Infatti, afferma che «è preliminarmente la formulazione di un giudizio di riconoscibilità del *trust* nel nostro ordinamento, nel raffronto con le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali. E poiché il *trust* – secondo gli accertamenti di merito della sentenza impugnata, che ha ravvisato come esso fu costituito in una situazione di insolvenza – si palesa oggettivamente incompatibile con queste, lo strumento, ponendosi in deroga alle medesime, sarà “non riconoscibile” ai sensi dell'art. 15 della Convenzione». Appare quindi determinante unicamente verificare l'incompatibilità «con le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali» più che la semplice circostanza della sussistenza dello stato d'insolvenza del disponente.

5. Segregazione patrimoniale ed elusione della disciplina concorsuale

Nonostante il valore – più volte sottolineato – assegnato all'analisi in concreto dell'elemento causale, la Corte, senza renderne ragione, aggiunge poi

gna al giudice il potere di disapplicare, avvalendosi degli strumenti sanzionatori interni, il *trust* contrario a norme imperative, senza però cogliere il profilo dell'abuso.

⁵⁵ Cfr. Trib. Trieste, 22 gennaio 2014, in *IlCaso.it* e Trib. Bologna, 9 gennaio 2014, *ivi*, là dove si afferma che «è richiesta invece la oggettiva presenza di un valore aggiunto apportato dal *trust*, da valutarsi in chiave squisitamente giuridica, che deve risultare di immediata evidenza. E ciò per una ragione evidente quanto ineludibile dovendosi considerare che i rapporti fra cittadini italiani, destinati a spiegare i loro effetti nel territorio della nostra Repubblica, (come nel caso di specie) sono soggetti alla sola legge italiana senza alcuna possibilità, ancor più negozialmente convenuta, di sottrarsi». Si vedano nello stesso senso Trib. Monza, 15 febbraio 2012, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 425.

⁵⁶ In proposito, sia pure in campo penale, la Cassazione ha affermato che «La funzione destinataria, invero, deve costituire la legittima espressione dell'esercizio di un potere dispositivo di cui il c.d. negozio di destinazione costituisce l'atto programmatico iniziale, con la conseguenza che siffatto potere ordinante, nel conformare l'uso del bene, non si esaurisce nel solo momento programmatico, ma si articola attraverso un procedimento attuativo che, pur diversamente graduabile a seconda delle concrete vicende negoziali, deve comunque rendere effettiva e rilevante la destinazione anche nei confronti dei terzi. La destinazione, infatti, quale indice essenziale del collegamento fra patrimonio ed attività, costituisce, in generale, una tecnica di funzionalizzazione dei beni ed acquista oggettività quando è attuata in fatto, ossia attraverso la manifestazione di una concreta attività che ne realizzi il vincolo» (Cass. pen., 27 maggio 2014, n. 21621, in *Cass. pen.*, 2014, 12, p. 4150).

che, ove la causa «sia quella di segregare tutti i beni dell'impresa a scapito di forme pubblicistiche quale il fallimento, che detta dettagliate procedure e requisiti a tutela dei creditori del disponente, l'ordinamento non può accordarvi tutela. Il *trust*, sottraendo il patrimonio o l'azienda al suo titolare ed impedendo una liquidazione vigilata – in quanto rimette per intero la liquidazione dell'attivo alla discrezionalità del *trustee* – determina l'effetto, non accettabile per il nostro ordinamento, di sottrarre il patrimonio del debitore ai procedimenti pubblicistici di gestione delle crisi d'impresa ed all'attivo fallimentare della società *settlor* il patrimonio stesso».

È evidente la duplice paradossale contraddizione in cui incorre la Suprema Corte.

Infatti, la mera segregazione dei beni e la conseguente sottrazione del patrimonio al suo titolare per essere affidato al *trustee* costituisce – come affermato dalla stessa sentenza – non la causa concreta, bensì «lo schema generale (se si vuole, la causa astratta) di segregazione patrimoniale propria dello strumento in esame, che si inserisce nell'ambito della più vasta categoria dei negozi fiduciari, e nel quale quindi un soggetto viene incaricato di svolgere una data attività per conto e nell'interesse di un altro, secondo un prestabilito programma ed in misura più continuativa e complessa rispetto al mandato; di conseguenza, ne sono sovente oggetto non solo singoli beni, ma anche un complesso di situazioni soggettive unitariamente considerato, come l'azienda, che viene intestata ad altri». L'astratta meritevolezza di tale causa è già stata riconosciuta dal legislatore con la legge di ratifica della Convenzione de L'Aja.

Pertanto, oggetto di vaglio deve essere il programma concreto: «occorre perciò esaminare, al fine di valutarne la liceità, le circostanze del caso di specie, da cui desumere la causa concreta dell'operazione». Tale «programma concreto non può che risultare sulla base del singolo regolamento d'interessi attuato, la causa concreta del negozio».

Di conseguenza, la circostanza che oggetto di conferimento in *trust* sia l'intero patrimonio aziendale è inconferente rispetto alla meritevolezza della causa, la quale non può essere inficiata da un dato meramente quantitativo.

Inoltre, non si comprende come la Cassazione possa assegnare disvalore al *trust* che «determina l'effetto, non accettabile per il nostro ordinamento, di sottrarre il patrimonio del debitore ai procedimenti pubblicistici di gestione delle crisi d'impresa». Infatti, la disciplina fallimentare con gli istituti negoziali degli accordi di ristrutturazione e del piano attestato di risanamento, cui si è recentemente unita la convenzione di moratoria di cui all'art. 182-septies l. fall., consente una gestione dell'insolvenza alternativa a quella pubblicistica concorsuale⁵⁷.

⁵⁷ Come affermato dal Trib. Catania, 19 luglio 2016, in *IlCaso.it* «Il fatto, quindi, che l'imprenditore sia già insolvente al momento dell'istituzione del *trust*, non può determinarne de plano l'abusività, poiché il ricorso a tale strumento – al pari delle altre soluzioni

Il divieto di eludere le norme inderogabili ai sensi dell'art. 15 Conv., non impedisce certo che il singolo *trust* possa evitare la liquidazione fallimentare istituendo un regime liquidatorio-negoziale alternativo a quello fallimentare, anche qualora l'impresa sia già in stato d'insolvenza. Ovviamente, in tale eventualità occorrerà prevedere opportuni meccanismi di vigilanza nonché evidenziare nell'atto istitutivo del *trust*, con particolare puntualità, le ragioni che giustificano il ricorso a tale strumento rispetto alle ordinarie procedure liquidatorie, specificando come questo istituto sia funzionale ad una liquidazione efficace e ad assicurare la conservazione del valore dell'impresa senza pregiudicare l'interesse complessivo dei creditori sociali.

Invero la stessa Suprema Corte afferma che «la ricerca di soluzioni alternative, che riescano a scongiurare il fallimento, è vista con favore dal legislatore degli ultimi due lustri, svolgendosi del resto pur sempre tali iniziative negoziate sotto il controllo del ceto creditorio o del giudice». Coerentemente, sottolinea l'illiceità di strumenti che non «contemplano alcun potere di amministrazione o controllo da parte del ceto creditorio o di un organo pubblico neutrale».

Pertanto, dovrebbe avere positivo accoglimento un *trust* in cui l'operato del *trustee* sia soggetto alla vigilanza se non all'espreso consenso del guardiano, il cui ufficio può essere assunto direttamente dal comitato dei creditori *ex art. 40 ss. l. fall.* o da un soggetto da questi designato.

È quindi da interpretare nell'ottica della necessità di prevedere effettive garanzie per i creditori l'affermazione in cui la Suprema Corte ritiene elusiva «un'operazione – come il trasferimento in *trust* dell'azienda sociale – elusiva del procedimento concorsuale e degli interessi più generali alla cui soddisfazione esso è preposto: operazione che, sotto le vesti di attribuire ai creditori la posizione di beneficiari, non permetta loro la condivisione del governo del patrimonio insolvente, in una situazione per essi priva di utilità in ragione dell'insindacabile amministrazione del fondo in *trust*». Infatti – come anticipato – di per sé il trasferimento in *trust* dell'azienda non può costituire un presupposto necessario e sufficiente per ritenere elusiva l'operazione.

Di conseguenza, è evidente che la Cassazione quando parla di elusione del procedimento concorsuale non si riferisca alla derogabilità della disciplina della crisi d'impresa – espressamente ammessa dal sistema, come ricordato dalla stessa Corte – bensì alla lesione in concreto degli interessi tutelati dalla normativa concorsuale. Infatti, il *trust* liquidatorio deve essere

contemplate dalle legge fallimentare – sarebbe evidentemente finalizzato a evitare il fallimento, che bandirebbe il soggetto in grave stato di dissesto economico dal mercato. Il punto è allora che l'interprete, nell'analizzare il singolo negozio, al fine di poter valutare la liceità e meritevolezza della sua causa, deve verificare se l'interesse concretamente perseguito corrisponda all'interesse tipizzato nello schema in astratto e tener conto di tutti gli interessi concreti che si vogliono obiettivamente realizzare, anche se estranei allo schema tipologico astrattamente prefigurato dalla norma».

disconosciuto allorché «finisce per eludere artificiosamente le disposizioni concorsuali sottraendo al curatore la disponibilità dell'attivo societario», dove l'avverbio "artificiosamente" fissa il confine tra *trust* lecito e illecito e testimonia come la Cassazione sia ben consapevole della possibilità riconosciuta dalla legge di eludere "lecitamente" la procedura fallimentare tramite il ricorso agli strumenti di gestione negoziale della crisi.

Il disvalore deriva quindi non dalla mera "elusione" della procedura concorsuale, bensì dall'elusione "artificiosa". L'artificio sarebbe costituito dal contemplare nel programma di segregazione meccanismi che non «prevedono trattative vigilate con i creditori al fine della soluzione concordata della crisi, né contemplano alcun potere di amministrazione o controllo da parte del ceto creditorio o di un organo pubblico neutrale», realizzando un'operazione che «non permetta loro la condivisione del governo del patrimonio insolvente, in una situazione per essi priva di utilità in ragione dell'insindacabile amministrazione del fondo in *trust*».

Perciò, in ultimo, il disconoscimento del *trust* è subordinato alla verifica che la modalità con cui si intende perseguire il risultato astrattamente lecito di segregazione patrimoniale pregiudichi in concreto i creditori del disponente, violando l'art. 15 Conv. in tema di protezione dei creditori in caso di decozione.

6. *Superamento della rilevanza dell'insolvenza e ascesa della causa in concreto*

La Suprema Corte pare tuttavia incorrere in una ulteriore contraddizione.

Infatti, da un lato rifugge da affermazioni astratte e aprioristiche, assegnando in più punti assoluta rilevanza alla disamina della causa concreta del negozio, dall'altro afferma che «il *trust* deve essere disconosciuto dal giudice del merito, ogni volta che sia dichiarato il fallimento per essere accertata l'insolvenza del soggetto, ove l'insolvenza preesistesse all'atto istitutivo», marcando automaticamente come non riconoscibile il *trust* istituito in presenza di uno stato di decozione. Tale stato – come evidente – è un elemento esterno al contenuto del contratto e, pertanto, non può identificarsi con la funzione economico-individuale del negozio, non afferendo alla causa concreta, in quanto è privo dell'elemento soggettivo-teleologico che la contraddistingue. La condizione di insolvenza può al massimo costituire uno degli indici esteriori da cui presumere che il *trust* sia orientato verso uno scopo artificiosamente elusivo delle procedure concorsuali.

Del resto, collegare il riconoscimento del *trust* al mero riscontro della sussistenza o meno dello stato d'insolvenza in capo al disponente al momento della sua costituzione presenta vari profili di criticità.

In primo luogo è palese la difficoltà dell'accertamento postumo, ora per allora, della sussistenza della decozione al momento della costituzione del

trust, considerando l'intrinseca relatività, "soggettivizzazione" e quindi indeterminazione del concetto di insolvenza.

Infatti, la nozione di insolvenza *ex art. 5 l. fall.* ha natura essenzialmente finanziaria, posto che fa riferimento unicamente allo squilibrio fra flussi finanziari in entrata e in uscita, da cui deriva un'incapacità dell'impresa a far fronte in modo regolare ai pagamenti. Pertanto, si assegna agli operatori economici – ed in particolar modo agli istituti di credito – la valutazione di convenienza in ordine al ritiro o meno del fido che provoca il c.d. deficit di cassa: l'insolvenza, dunque, si manifesta solo quando l'operatore bancario (di norma) valuta l'imprenditore incapace di permanere nel circuito economico e quindi non più idoneo a conservare le linee di credito già concesse. In brutale sintesi: un soggetto è insolvente quando non gode più della fiducia del mercato, ossia non è ritenuto dagli operatori bancari o in generale dai potenziali finanziatori meritevole di ricevere credito, a prescindere dall'incidenza del patrimonio netto⁵⁸.

È dunque condivisibile la riflessione secondo la quale «l'insolvenza è nozione che sfugge ad una definizione identificabile in termini oggettivi, e l'accostamento è ad una delle massime acquisizioni della fisica teorica, a quel principio di indeterminazione (elaborato da Werner Heisenberg), per cui certi elementi della materia non sono suscettibili di percezione oggettiva, perché la stessa presenza attiva dell'osservatore (che pure è necessaria per acquisire la conoscenza) altera l'oggetto, rendendolo inconoscibile, nella stessa misura in cui l'osservazione, finalizzata alla conoscenza, lo rende altro da sé»⁵⁹.

⁵⁸ È infatti possibile che un imprenditore sia insolvente pur avendo un totale delle voci dell'attivo di entità superiore a quello del passivo, in quanto la maggior parte dei beni non è facilmente liquidabili o i crediti non possono essere riscossi in tempo utile a fronte di pagamenti previsti a breve scadenza; al pari è verosimile che un imprenditore non sia insolvente sebbene il passivo sia notevolmente superiore all'attivo, giacché riesce comunque ad accedere al mercato del credito o fa ricorso a risorse personali per ripianare il deficit patrimoniale. Si vedano in proposito la lucida analisi di L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., *passim*.

⁵⁹ In tal senso L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, cit., p. 399). In proposito, cfr. Cass., 27 febbraio 2008, n. 5215, in *Il Caso.it*, secondo la quale «è fuor di dubbio che l'accertamento dell'insolvenza, come sopra intesa, non s'identifica in modo necessario ed automatico con il mero dato contabile fornito dal raffronto tra l'attivo ed il passivo patrimoniale dell'impresa: sia perché anche in presenza di un eventuale sbilancio negativo è possibile che l'imprenditore continui a godere di credito e sia di fatto in condizione di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, configurandosi l'eventuale difficoltà in cui egli versa come meramente transitoria; sia perché, all'opposto, ove l'eccedenza di attivo dipenda dal valore di beni patrimoniali non agevolmente liquidabili, o la cui liquidazione risulterebbe incompatibile con la permanenza dell'impresa sul mercato e con il puntuale adempimento di obbligazioni già contratte, il presupposto dell'insolvenza ben può ugualmente esser riscontrato. Resta vero, nondimeno, che l'eventuale eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale costituisce, pur sempre, nella maggior parte dei casi, uno dei tipici "fatti esteriori" che dimostrano l'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni (cfr., in tal senso, Cass., 1° dicembre 2005, n. 26217). Ed, in ogni caso, anche a prescinde-

Infatti, lo stato d'insolvenza esige la non transitorietà degli inadempimenti ma non la loro irreversibilità⁶⁰. Pertanto, lo stato di insolvenza può ben essere reversibile nel caso in cui l'imprenditore possa recuperare la capacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni in un lasso di tempo ragionevole⁶¹.

Oltre a ciò, giova evidenziare come il nostro ordinamento già contempli la possibilità che un imprenditore insolvente possa evitare le procedure concorsuali attraverso istituti squisitamente privatistici: attraverso la *cessio bonorum* di cui all'art. 1977 c.c. i creditori dell'impresa decotta potrebbero infatti vincolarsi contrattualmente a soddisfarsi sul patrimonio oggetto della cessione.

In aggiunta, la stessa domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione può essere presentata da un imprenditore in stato d'insolvenza, visto che il presupposto dello "stato di crisi" di cui all'art. 182-bis l. fall. pacificamente include lo stato d'insolvenza (come affermato dal comma 3 dell'art. 160 l. fall.).

Di conseguenza, posto che – come sostiene la Corte – «è preliminare la formulazione di un giudizio di riconoscibilità del *trust* nel nostro ordinamento, nel raffronto con le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali», da tale confronto non emerge l'illiceità del *trust* per il solo fatto che sia stato istituito in situazione di decozione: l'ordinamento invero ammette il ricorso a strumenti di gestione negoziale alternativi al fallimento, anche qualora l'imprenditore versi già in stato di insolvenza.

Quindi, là dove la Cassazione, con riferimento alla fattispecie concretamente affrontata, ne afferma la non riconoscibilità *ex art. 15 Conv.* «poiché il *trust* – secondo gli accertamenti di merito della sentenza impugnata, che ha ravvisato come esso fu costituito in una situazione di insolvenza – si palesa oggettivamente incompatibile con queste [ossia le norme inderogabili e

re dal semplice risultato della somma algebrica tra poste attive e passive della situazione patrimoniale, è evidente che pur sempre dai dati di contabilità dell'impresa è bene muovere, ove possibile, per poter vagliare, nella concretezza di ciascuna singola fattispecie, se il debitore disponga di risorse idonee a fronteggiare in modo regolare le proprie obbligazioni, avendo riguardo alla scadenza di queste ed alla natura e composizione dei cespiti dai quali sia eventualmente prospettabile ricavare l'occorrente per farvi fronte».

⁶⁰ Cfr. in proposito G. FERRI, *Insolvenza e temporanea difficoltà*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 448.

⁶¹ Sulla distinzione tra non transitorietà e irreversibilità dell'insolvenza si vedano le riflessioni di M.F. CAMPAGNA, *Insolvenza e crisi nella vigente legge fallimentare*, in NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 399; M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 80; P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pp. 96-97; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., pp. 151-152, il quale definisce lo stato di insolvenza «una nozione orientata a breve termine» che «non sembra incorporare un giudizio circa la definitiva incapacità di adempiere del debitore».

di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali *n.d.a.*]], occorre mettere l'accento sugli accertamenti di merito: altrimenti – banalmente – non si comprenderebbe il rilievo assegnato nella stessa pronuncia al vaglio della causa concreta del *trust*, dovendosi il giudice limitare al mero riscontro della preesistenza della decozione.

Pertanto, l'accertamento postumo della circostanza che al momento dell'istituzione del *trust* l'imprenditore fosse o meno insolvente dovrebbe perdere rilevanza a vantaggio dell'indagine sull'effettiva articolazione dinamica degli interessi sottesi allo specifico impiego del *trust* al fine di appurarne la riconoscibilità o meno nel nostro ordinamento.

Tale assunto trova conferma nell'analisi di una sentenza di merito del Tribunale di Milano⁶², successiva alla pronuncia della Cassazione n. 10105/2014. Infatti, il giudice meneghino – pur incorrendo nelle stesse già analizzate contraddizioni della Suprema Corte – nega il riconoscimento al *trust* che, al di là delle mere affermazioni di principio, non permette di fatto ai creditori la condivisione del governo del patrimonio trasferito al *trustee*, e che non ha realizzato un effettivo affidamento intersoggettivo dei beni, posto che il fiduciario è un socio della stessa società rispondente. In tale provvedimento, pur affermandosi che il *trust* sia stato istituito in una situazione d'insolvenza, si assegna rilievo determinante alla causa concreta dell'operazione, nella specie incompatibile con le norme di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali⁶³.

Di conseguenza, applicando la teoria della causa in concreto richiamata dalla Suprema Corte, qualora si accerti che il *trust* sia volto non già a eludere artificiosamente la disciplina fallimentare ma, ad esempio, ad agevolare la conclusione e l'esecuzione di un accordo di ristrutturazione – in cui la liquidazione è nella disponibilità delle parti – è possibile individuare spazi di liceità in cui tale strumento di separazione patrimoniale possa dispiegare la sua utilità quale regime liquidatorio-negoziale alternativo, idoneo a scongiurare il fallimento⁶⁴.

⁶² Cfr. Trib. Milano, 17 gennaio 2015, n. 818, in *Trusts e att. fid.*, 2015, p. 288.

⁶³ Del resto la Cass., 30 settembre 2015, n. 2015, n. 19559, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, p. 137, ha osservato che «i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente ed alla liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti (Cass. 19 giugno 2009 n. 14343): in tal senso dovendosi ormai intendere la nozione di ordinamento giuridico, cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati, attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informativi o fondanti dell'ordinamento stesso».

⁶⁴ La necessità di un'analisi del concreto programma del *trust* e quindi, per converso, l'assenza di un aprioristico divieto dell'uso del *trust* nell'ambito della crisi d'impresa è ribadita nel seguente passaggio della menzionata decisione della Suprema Corte n. 10105/2014: «l'alternatività degli strumenti lecitamente utilizzabili va esclusa, qualora – come nel caso

7. Elementi esogeni ed endogeni rivelatori del trust c.d. anticoncorsuale

Per tutto quanto osservato, parrebbe più coerente – anche alla luce di una lettura sistematica della sentenza della Corte – considerare dirimente ai fini del riconoscimento del *trust*, più che la preesistenza o meno dell'insolvenza all'atto costitutivo⁶⁵, la valutazione del concreto programma predi-

sub c) [(c.d. *trust* anti-concorsuale) n.d.a.] – non due istituti privatistici si comparino, ma strumenti di cui l'uno, quale il *trust*, ancorato a regole ed interessi comunque privati del disponente, e l'altro di natura schiettamente pubblicistica, qual è la procedura concorsuale, destinata a sopravvenire nel caso di insolvenza a tutela della *par condicio creditorum* e che non è surrogabile da strumenti che (ove pure siano trasferiti al *trustee* anche i rapporti passivi) né garantiscono tale parità, né escludono procedure individuali, né prevedono trattative vigilate con i creditori al fine della soluzione concordata della crisi, né contemplano alcun potere di amministrazione o controllo da parte del ceto creditorio o di un organo pubblico neutrale. Del pari, altro è rispetto alle soluzioni negoziali delle crisi d'impresa il realizzare un'operazione – come il trasferimento in *trust* dell'azienda sociale – elusiva del procedimento concorsuale e degli interessi più generali alla cui soddisfazione esso è preposto: operazione che, sotto le vesti di attribuire ai creditori la posizione di beneficiari, non permetta loro la condivisione del governo del patrimonio insolvente, in una situazione per essi priva di utilità in ragione dell'insindacabile amministrazione del fondo in *trust*».

⁶⁵ Numerosi provvedimenti di merito hanno ritenuto nullo il *trust* liquidatorio istituito da società insolvente per contrasto con le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale: Trib. Napoli, 3 marzo 2014, in *IlCaso.it*; Trib. Bolzano, 8 aprile 2013, in *Trusts e att. fid.*, 2014, p. 49; App. Milano, 29 ottobre 2009, *ivi*, 2010, p. 271; Trib. Milano, 22 ottobre 2009, *ivi*, 2010, p. 77; Trib. Milano, 30 luglio 2009, *ivi*, 2010, p. 80; Trib. Milano, 17 luglio 2009, in *Trusts*, 2009, p. 628; Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 533; *contra*, il Trib. Catania, 19 luglio 2016, in *IlCaso.it* ha osservato che «Il *discrimen* tra *trust* liquidatorio valido o invalido non può essere individuato nell'esistenza o non dell'insolvenza del disponente, al momento della sua costituzione. Il fatto, quindi, che l'imprenditore sia già insolvente al momento dell'istituzione del *trust*, non può determinarne de plano l'abusività, poiché il ricorso a tale strumento – al pari delle altre soluzioni contemplate dalla legge fallimentare – sarebbe evidentemente finalizzato a evitare il fallimento, che bandirebbe il soggetto in grave stato di dissesto economico dal mercato. L'interprete, nell'analizzare il singolo negozio, al fine di poter valutare la liceità e meritevolezza della sua causa, deve, quindi, verificare se l'interesse concretamente perseguito corrisponda all'interesse tipizzato nello schema in astratto e tener conto di tutti gli interessi concreti che si vogliono obiettivamente realizzare, anche se estranei allo schema tipologico astrattamente prefigurato dalla norma». Tale provvedimento, sottolineando la necessità di un'indagine non già su un piano dogmatico-teorico bensì su un piano concreto, attraverso il giudizio complessivo di liceità della causa concreta del programma negoziale del *trust* e di meritevolezza degli interessi sottesi al medesimo, aggiunge che «Non è dunque sufficiente che lo scopo negoziale che le parti prima facie intendono perseguire – dichiarandolo nell'atto istitutivo – superi in prima battuta il vaglio di liceità, perché conforme ai principi generali dell'ordinamento. Né bisogna a priori ritenere l'istituto valido o invalido, sulla base di fattori quali lo stato d'insolvenza o meno della società disponente al momento della costituzione. Piuttosto, è necessario verificare se lo scopo effettivo perseguito dal disponente sia in contrasto con i suddetti principi». Analogamente, il Trib. Cremona, 8 ottobre 2013, in *IlCaso.it*, ha evidenziato che «il *trust* liquidatorio costituito quando l'impresa si trovi in stato di dissesto non è *ab origine* nullo o inefficace ai sensi dell'articolo 13 della convenzione de L'Aja per contrasto con le norme di diritto pubblico che prevedono la liquidazione concorsuale; in detta ipotesi, infatti, la disciplina applicabile sarà quella prevista dall'atto istitutivo del *trust* o, in mancanza, dalla legge regolatrice prescelta, per il caso di impossibilità del *trust* di raggiungimento dello scopo»; nello stesso senso cfr. Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2012, in *IlCaso.it*.

sposto dal disponente. Questo deve essere coerente con gli obbiettivi ultimi ed effettivi che questi si è prefisso di raggiungere, nonché la mancanza di contrasto dello stesso programma con le norme imperative del nostro ordinamento e la meritevolezza degli interessi perseguiti, effettuando altresì un giudizio comparativo con gli interessi del ceto creditorio che possono essere pregiudicati dalla costituzione del *trust*⁶⁶.

A tale scopo, è possibile individuare indici esterni e interni al *trust*, sintomatici del concreto pericolo che l'istituto sia utilizzato al solo fine di eludere artificiosamente la disciplina imperativa concorsuale, ponendosi in conflitto con il nostro ordinamento, con il conseguente disconoscimento del negozio⁶⁷.

Gli indicatori esogeni, in via esemplificativa, sono identificabili nell'entità del debito; nel ridotto attivo; negli infruttuosi tentativi di pignoramento; nell'immediata cancellazione della società dal registro delle imprese a seguito dell'istituzione del *trust*; nella mancata pubblicità dell'atto di costituzione del *trust*, effettuato per scrittura privata registrata e non per forma pubblica; nella circostanza che il *trustee* si limiti a mantenere occultato il patrimonio del disponente ai suoi creditori; nel mancato deposito del libro degli eventi del *trust* e del rendiconto; nella mancata informazione ai creditori sull'attuazione del programma negoziale; nel mancato riversamento di alcun beneficio a favore dei creditori; nel mancato compimento di qualsiasi attività di liquidazione da parte del *trustee*.

Invece, gli elementi endogeni sintomatici del pericolo che il *trust* sia simulato ovvero orientato verso una finalità artificiosamente elusiva possono essere individuati, anche qui in via esemplificativa, nella clausola che consente la modificazione *ad nutum* dell'atto istitutivo di *trust* da parte del disponente (con variazione delle finalità originarie e rideterminazione dell'assetto dei beni in *trust*); nella mancata designazione a *trustee* di un c.d. "*trustee* professionale" indipendente; nella designazione a beneficiario o a guardiano dello stesso disponente; nella previsione di guardiani del *trust* coincidenti

⁶⁶ In proposito, cfr. Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011, in *Trusts e att. fid.*, 2012, p. 61, secondo la quale «L'effetto segregativo realizzato col *trust* (e a questo coesenziale), difatti, non è il fine ma il mezzo (*melius*, uno dei mezzi) attraverso il quale raggiungere diversi e più pregnanti obiettivi corrispondenti ad altrettante esigenze (la segregazione patrimoniale è mero corollario di un *trust* validamente istituito e l'analisi della validità non può, dunque, avere inizio da questa e/o dagli effetti per i creditori ma dagli scopi del programma negoziale)».

⁶⁷ Secondo la stessa Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit., p. 335, compete al giudice disconoscere *ex officio* il *trust* istituito da una società italiana qualora dalla disamina della causa concreta risulti che il *trust* contrasti con i fini di cui siano espressione norme imperative interne a protezione dei creditori, in ossequio alla previsione di cui all'art. 15 della Convenzione. Infatti, posto che in tale situazione tale norma impone all'autorità giudiziaria di attuare gli scopi del *trust* in altro modo, il giudice fallimentare, nel corso del procedimento per la dichiarazione di fallimento, dovrà provvedere *incidenter tantum* al disconoscimento del *trust* liquidatorio elusivo delle disposizioni concorsuali, attuandone quindi la finalità liquidatoria in modo compatibile con l'ordinamento interno attraverso l'avvio della procedura fallimentare.

con soggetti riconducibili alla compagine societaria della società disponente; nell'effettiva assenza in capo al guardiano di prerogative di esercizio concreto di controllo sull'operato del *trustee*; nella sussistenza di vincoli di parentela tra il *trustee* e il disponente; nella pretermissione degli interessi di alcuni beneficiari⁶⁸. Giova sottolineare quindi la rilevanza di prevedere la clausola di irrevocabilità che privi esplicitamente il disponente della possibilità di revocare l'attribuzione patrimoniale al *trustee* ovvero clausole che limitino l'operatività del *trustee* in caso di insolvenza, stabilendo in particolare la restituzione dei beni segregati al curatore⁶⁹.

La sussistenza dei suddetti indici, come detto, è sintomatica del concreto pericolo che il *trust* non sia meritevole di tutela; la loro assenza, per contro, potrà dare maggiore garanzia ai creditori, inducendoli ad accettare la soluzione del *trust* rispetto alla ordinaria liquidazione.

Il principale profilo di criticità del *trust* che porta la Suprema Corte n. 10105/2014 a rifiutare in talune ipotesi la compatibilità di tale istituto rispetto alla crisi d'impresa è costituito dalla mancanza di garanzie pubblicistiche ovvero di un controllo da parte di un "organo neutrale", a differenza degli altri strumenti di composizione della crisi d'impresa previsti dall'ordinamento⁷⁰.

Posto che – come detto – l'ufficio di guardiano può essere ricoperto direttamente dal comitato dei creditori ex art. 40 ss. l. fall. o da un soggetto da questi designato, qualora il *trust* sia incorporato in uno dei tipici strumenti di composizione negoziale della crisi in cui sono previste garanzie pubblicistiche di controllo, le possibilità che il *trust* sia riconosciuto saranno maggiori quanto più il programma di segregazione agevoli effettivamente il ricorso allo strumento di gestione negoziale della crisi o la sua attuazione senza "eludere artificiosamente" la disciplina⁷¹.

⁶⁸ Si veda in proposito, Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, in *IlCaso.it*.

⁶⁹ Come afferma M. ATZORI, *Riflessioni finali sui trust liquidatori*, in AA.VV., *Moderni sviluppi sul trust*, Padova, 2011, p. 549, «dunque tutte le volte che il *trust* liquidatorio contenga nelle sue regole e nel suo programma una pretesa di sopravvivenza rispetto all'apertura della procedura concorsuale i vizi dell'atto istitutivo sarebbero originari e non sopravvenuti, con riverbero su tutti gli atti di disposizione del disponente ed anche su quelli *medio tempore* compiuti dal *trustee*. Naturalmente anche tale rigorosa impostazione non esclude che il curatore agendo nell'interesse della massa ben potrebbe decidersi, attraverso un percorso transattivo, di approfittare del *trust*, ove più conveniente dell'esperimento delle azioni giudiziarie, laddove l'opzione fosse condivisa dai creditori concorrenti».

⁷⁰ Infatti, sia nel concordato preventivo sia nell'accordo di ristrutturazione (quale che sia l'ampiezza del sindacato riconosciuto al giudice in sede di omologazione dell'accordo) è presente un controllo giudiziale, mentre nel piano attestato ex art. 67, comma 3, lett. d e nella convenzione di moratoria ex art. 182-septies l. fall. vi è comunque un controllo preventivo da parte del professionista indipendente.

⁷¹ Diffusamente sul *trust* c.d. endo-concorsuale, cfr. F. GALLUZZO, *Validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 531. In proposito, V. GRECO, in *Il trust ordinato dal Tribunale per conservare l'impresa e/o i suoi*

Nell'ipotesi in cui, tuttavia, in seguito ad un'indagine sul piano operativo, si accerti in concreto che il *trust*, pur nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, sia in realtà diretto alla sottrazione del patrimonio rispetto al suo impiego e alla finalità di regolazione dei debiti, senza alcuna utilità per i creditori o anzi in pregiudizio alle loro ragioni, esso si porrà in conflitto con il nostro ordinamento e dunque non sarà riconoscibile.

8. Il trust autodichiarato a tutela degli accordi di ristrutturazione

Dopo aver esposto la rilevanza della disamina della causa concreta del *trust* al fine di valutarne la compatibilità con il nostro ordinamento e con gli strumenti di composizione negoziale dell'insolvenza, appare ora opportuno stabilire se, nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, il *trust* costituito dall'imprenditore segregando i propri beni personali e nominandosi *trustee* nell'interesse dei creditori sociali quali beneficiari, possa ottenere una valutazione positiva dal giudice una volta attuato. Tale verifica deve ovviamente essere effettuata in ossequio al duplice limite della frode alla legge sostanziale e "materiale"⁷², e della meritevolezza della causa concreta del programma di segregazione sotteso al rapporto negoziale che dà fondamento al *trust*, superando dunque il giudizio imposto dal già visto art. 13 della Convenzione de L'Aja⁷³.

Data la coincidenza in capo allo stesso soggetto della figura del disponente e del fiduciario, si tratterebbe in tal caso di un'ipotesi – assai diffusa – di *trust* autodichiarato, ovvero di una fattispecie che potrebbe presentare problemi di ammissibilità: tale sovrapposizione di ruoli rappresenta infatti un indizio di possibile *trust* simulato ovvero di *trust* il cui obiettivo concreto è eludere la disciplina fallimentare.

Tale coincidenza è però ammessa dalla Convenzione, rientrando nell'ampia definizione tratteggiata dall'art. 2. Infatti, la nozione di *trust* contenuta in tale norma non richiede la distinzione della figura del disponente da quella del *trustee*, né il trasferimento dei beni dal disponente al *trustee*. È invece sufficiente che il patrimonio costituito in *trust* sia posto sotto il controllo di quest'ultimo, soggetto passivo di un'obbligazione della quale sono creditori i beneficiari del *trust*⁷⁴. Del resto, l'art. 2645-ter c.c. permette l'apposizione

valori, in *Dir. fall.*, 2010, p. 555, ha qualificato tale tipologia di *trust* come "*trust* risanatore" o "*trust* di ristrutturazione o ancora "*trust* di salvataggio".

⁷² In tema si veda U. MORELLO, *Frode alla legge*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 501.

⁷³ Sul punto cfr. Trib. Trieste, 23 Settembre 2005, in *Trusts e att. fid.*, 2006, p. 83, e Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1295.

⁷⁴ Si vedano in merito Trib. Forlì, 5 febbraio 2015, in *IlCaso.it*; Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011, in *Trusts e att. fid.*, 2012, p. 61; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 425.

del vincolo con atto unilaterale, sebbene è solo attraverso la cessione dei beni a un *trustee* che i creditori possono esercitare un potere di controllo sulla massa separata.

Se si pone mente alla caratteristica precipua del *trust* – ossia l'effetto segregativo – si deduce che nonostante la coincidenza soggettiva tra *settlor* e *trustee* si realizza comunque in capo a questi un mutamento del titolo di proprietà, precludendo l'azione esecutiva sui beni trasferiti da parte di entrambe le categorie di creditori⁷⁵.

Ai fini del riconoscimento del *trust*, in mancanza di un esplicito divieto, risultano quindi inconferenti la coincidenza soggettiva di disponente e fiduciario come anche l'assenza formale di trasferimento dei beni da un sogget-

⁷⁵ A proposito del *trust* autodichiarato la Cassazione ha dapprima sancito che «presupposto coesenziale alla stessa natura dell'istituto è che il disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio» (così Cass., 25 febbraio 2015, n. 3886, in *DeJure.it*; e analogamente Cass., 24 febbraio 2015, n. 3735). Successivamente la Cassazione ha invece riconosciuto che «Come invero già evidenziato da questa Corte il tipo di *trust* "autodichiarato" pervenuto all'esame costituisce una forma di donazione indiretta, nel senso che per suo mezzo il disponente provvederà a beneficiare i suoi discendenti non direttamente e bensì a mezzo del *trustee* in esecuzione di un diverso programma negoziale. Ed invero la costituzione del *trust* – come è normale che avvenga per "i vincoli di destinazione" – produce soltanto efficacia "segregante" i beni eventualmente in esso conferiti e questo sia perché degli stessi il *trustee* non è proprietario bensì amministratore e sia perché i ridetti beni non possono che essere trasferiti ai beneficiari in esecuzione del programma negoziale stabilito per la donazione indiretta (artt. 2 e 11 Convenzione de L'Aja del 1 luglio 1985, recepita in L. 16 ottobre 1989, n. 364)» (così, Cass., 26 ottobre 2016, n. 21614, in *DeJure.it*). Pertanto, quest'ultima sentenza ha affermato il principio di diritto per cui l'istituzione di un *trust* cosiddetto "autodichiarato", con conferimento di immobili e partecipazioni sociali, con durata predeterminata o fino alla morte del disponente-*trustee*, con beneficiari i discendenti di quest'ultimo, si inquadra in una donazione indiretta cui è funzionale la "segregazione" quale effetto naturale del vincolo di destinazione, una "segregazione" da cui non deriva quindi alcun reale trasferimento di beni e arricchimento di persone, trasferimento e arricchimento che dovrà invece realizzarsi a favore dei beneficiari, i quali saranno perciò nel caso successivamente tenuti al pagamento dell'imposta in misura proporzionale. Pare tuttavia che le diverse soluzioni prospettate risentano delle caratteristiche della fattispecie concreta di volta in volta sottoposta all'esame, confermando come in ultimo non si possa prescindere dall'indagine sulla meritevolezza dell'interesse di volta in volta perseguito e dunque dall'analisi della causa in concreto (si veda in proposito App. Milano, 30 gennaio 2017, in *Leggitalia.it*. Fino al decennio scorso si registravano invece poche pronunce di merito in cui si affrontava il tema dell'ammissibilità del *trust* autodichiarato tra le quali si ricordano ancora la suddetta Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, cit., p. 425 e Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, in *Giur. merito*, 2004, p. 74, in quanto il formante giurisprudenziale si è maggiormente concentrato sulla questione dell'eventuale trascrivibilità, considerando acquisita l'applicabilità della Convenzione de L'Aja al *trust* autodichiarato (cfr. Trib. Milano, 8-29 ottobre 2002, in *Riv. not.*, 2003, p. 253, e Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *Trusts e att. fid.*, 2003, p. 409). Vale ricordare che il Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Not.*, 2002, p. 383, si limita ad affermare che l'applicabilità della Convenzione anche a questa tipologia di *trust* è un fatto «di immediata percezione e pacifico, quindi da accennare soltanto».

to all'altro, visto che l'art. 2 Conv. si limita ad affermare che i beni siano posti «sotto il controllo di un *trustee*», con la conseguente funzionalizzazione del diritto in favore del beneficiario.

È evidente come tale tipologia di *trust* possa più facilmente celare finalità elusive, prestandosi a possibili abusi dell'autonomia privata in danno di creditori e fisco: esige perciò uno scrupoloso esame della causa in concreto, di per sé non è illecita⁷⁶.

Infatti, una rilevante decisione ha affermato che «in tema di *trust*, fatta salva la condizione di liceità e compatibilità prevista dall'ultima parte dell'articolo 12 della Convenzione de L'Aja, non vi sono disposizioni espresse nei principi del nostro ordinamento che, ponendosi come limiti interni all'applicabilità dell'articolo 12 stesso, configurino un divieto di trascrizione del *trust*, anche nella forma del *trust* interno autodichiarato, che non comporti effetti traslativi dei beni e per la cui ammissibilità, ad eccezione del divieto dell'illiceità, deve considerarsi richiesto il solo rispetto delle condizioni stabilite dalla Convenzione, e cioè: l'esistenza di un atto tra vivi o *mortis causa* (articolo 2, comma 1), che attui il trasferimento, o la disponibilità e controllo, dei beni al *trustee* nell'interesse del beneficiario o per un fine specifico (articolo 2, comma 1); la segregazione dei beni rispetto al patrimonio del *trustee* (art. 2) e la loro intestazione ad esso (articolo 2, lett. b); l'indicazione dei poteri di amministrazione, gestione disposizione in capo a quest'ultimo (articolo 2, lett. c); la risultanza del *trust* da atto scritto ed il carattere volontario della sua costituzione (articolo 3); la sottoposizione della regolamentazione del *trust* ad una legge che ne contempra l'istituzione (articolo 6)»⁷⁷.

⁷⁶ Sul punto si veda *ex multis* Trib. Massa, 12 aprile 2016, in *Contratti*, 2016, p. 861; Trib. Velletri, 3 aprile 2015, in *IlCaso.it*; Trib. Milano, 3 maggio 2013, in *Mpotrustee.it*; Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *IlCaso.it*; in cui pur reputando in astratto ammissibile il *trust* autodichiarato, si è ritenuto illegittimo quello in cui il disponente ricopriva, oltre al ruolo di *trustee*, altresì quello di beneficiario; inoltre, non era prevista la figura del guardiano; né l'atto di *trust* indicava o disciplinava alcuna obbligazione in capo al *trustee*. In dottrina cfr. M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, p. 605; E. CORAPI, *Sul trust interno autodichiarato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 6, 2010, p. 801; S. BARTOLI, *Il trust autodichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trusts*, in *Trusts e att. fid.*, 2005, p. 355; L. FUMAGALLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ.*, 1993, p. 1238; N. LIPARI, *Fiducia statica e trust*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 483; G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale*, Milano, 2001, p. 76; G. GALLIZIA, *Trattamento tributario dell'atto dispoistivo in un trust di beni immobili*, in *Trusts e att. fid.*, 2001, p. 74. Giova in particolare segnalare la singolare posizione di A. DE DONATO-V. DE DONATO-M. D'ERRICO, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, p. 191, che ammette il *trust* autodichiarato in seguito all'assegnazione della soggettività giuridica all'istituto, per cui sarebbe irrilevante la coincidenza delle figure del disponente e del *trustee* posto che in ogni caso avverrebbe un trasferimento del bene dal *settlor* all'ente *trust*.

⁷⁷ Così, App. Venezia, 10 luglio 2014, in *IlCaso.it*, la quale precisa che, dopo l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., «è ora possibile nel nostro ordinamento attribuire rilevanza e efficacia ai più disparati vincoli i estinazione impressi ddall'autonomia privata, senza pretendere che gli interessi sottesi siano già selezionati come meritevoli di riconoscimento da

Paradigmatico in proposito è la articolata ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia nel 2007⁷⁸, imperniata su una fattispecie sostanzialmente semplice e tuttavia gravida di rilevanti implicazioni. Si trattava infatti del caso di un *trust* regolato dalla legge di Jersey istituito dall'amministratore e socio accomandatario di una s.a.s. posta in liquidazione, in cui questi segregava i propri beni personali, autonominandosi *trustee*, nell'interesse dei creditori della società. Infatti era espressamente finalizzato alla pianificazione di un corretto ed efficiente pagamento dell'intero ceto creditorio.

In particolar modo, il *settlor* indicava nell'atto istitutivo del *trust* – identificato come un *trust* di scopo non caritatevole (*non-charitable purpose trust*) – di perseguire l'obiettivo di «favorire la liquidazione armonica della società, prevenendo azioni giudiziarie e procedure concorsuali».

In seguito la stessa s.a.s. elaborava un accordo di ristrutturazione che otteneva l'omologazione giudiziale. Tra la pubblicazione dell'accordo e il *placet* del giudice un creditore della società estraneo all'accordo, munito di titolo esecutivo, iscriveva un'ipoteca sui beni immobili del socio accomandatario, precedentemente costituiti in *trust*, di cui questi come detto risultava sia *settlor* che *trustee*, aggredendo dunque il compendio con pignoramento immobiliare. Il giudice dell'esecuzione accoglieva la sospensione del processo esecutivo richiesto dal socio titolare dei cespiti.

Rinviando le considerazioni particolari sull'operato del giudice dell'esecuzione ai commenti alla decisione, in questa sede si ritiene opportuno prendere spunto da tale provvedimento quale caso paradigmatico di utilizzo del *trust* autodichiarato negli accordi di ristrutturazione⁷⁹.

Concentrando l'attenzione sulla tipologia del *trust* in specie, risulta opportuno sottolineare come tale strumento giuridico, sebbene espressamente qualificato come "*trust* di scopo", sia in realtà definibile come "*beneficiary trust*" a favore dei creditori della società posta in liquidazione. Infatti, la disciplina dell'isola di Jersey – la cui legge è stata prescelta dal disponente quale regolatrice del *trust* in questione – intende per beneficiario un soggetto che ha diritto di ottenere dei vantaggi in forza dell'istituto, oppure nei cui confronti possa essere esercitato il potere discrezionale di una attribuzione di beni in *trust*⁸⁰.

una norma positiva, e, comunque, anche in assenza di atti traslativi dei beni stessi». Sulla trascribilità del *trust* autodichiarato cfr. Trib. Torino, 18 marzo 2014, in *Dirittocivilecontemporaneo.com*. Contra App. Trieste, 30 luglio 2014, in *Dirittocivilecontemporaneo.com*. Sull'ammissibilità del c.d. *trust* interno cfr. Trib. Udine, 28 febbraio 2015, in *IlCaso.it*.

⁷⁸ Si tratta della più volte richiamata decisione del Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, pubblicata, oltre che in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 425, in *Contratti*, 2008, p. 15, con nota di A. REALI; in *Guida al dir.*, 2007, 26, p. 50, con nota di G. FINOCCHIARO; in *Il civilista*, 2007, 3, p. 53, con nota di M.G. MONEGAT; in *Giur. merito*, 2008, p. 707 con nota di F. CATARCI.

⁷⁹ Si veda, in particolare, l'attenta disamina di A. REALI, *Il trust tra tutela e frode ai creditori*, in *Contratti*, 2008, p. 23.

⁸⁰ L'art. 1 della *Trusts Jersey Law* del 1984 afferma in merito che «*In this Law, unless*

Nella fattispecie, il socio disponente esplicitamente affermava di intendere facilitare la liquidazione dell'*asset* patrimoniale in modo da evitare la rischiosa soluzione delle procedure concorsuali. Egli dunque avrebbe gestito i beni nell'interesse del ceto creditorio, con la residuale possibilità di soddisfare i creditori eventualmente inappagati al momento della liquidazione della società per mezzo della vendita degli stessi beni segregati.

Nel *trust* utilizzato – che la legge di Jersey denomina *Trust Gresmalt*, il quale non richiede la nomina di un guardiano – sono perciò rintracciabili quali beneficiari i soggetti creditori della società. Questi, benché non esplicitamente qualificati come tali dall'atto istitutivo, risultano muniti di poteri e prerogative che costituiscono il fondamento proprietario della posizione dei beneficiari: quali il diritto di informazione, il diritto di rendiconto verso il *trustee* e il diritto di accesso ai documenti del *trust*.

9. Trust “di scopo” e trust “con beneficiari”

L'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia offre del resto l'occasione di esaminare due tipologie di *trust* – il “*trust* di scopo” e il “*beneficiary trust*” – che possono fornire utili apporti nell'ambito di un accordo di ristrutturazione.

Vale rammentare, come siano definibili “di scopo” quei *trusts* caratterizzati dal perseguire un fine determinato senza che sia designato o sia previsto designare alcun beneficiario. Infatti, non sono diretti a favorire uno o più soggetti identificati o identificabili: pertanto non vi è alcun soggetto legittimato ad agire contro il *trustee* per tutelare un interesse proprio, ma è presente un *enforcer* o guardiano, ovvero un soggetto terzo ed indipendente rispetto al *trustee*⁸¹. Infatti, nel modello internazionale l'ammissibilità dei *trust* di scopo è ammessa in via generale alla duplice condizione che l'atto istitutivo preveda la presenza di un soggetto (guardiano) legittimato ad agire contro il *trustee* e che lo scopo sia lecito⁸². Pertanto, l'ufficio di guardiano

the context otherwise requires – «beneficiary» means a person entitled to benefit under a trust or in whose favour a discretion to distribute property held on trust may be exercised». Si veda in merito E. BARLA DE GUGLIELMI-P. PANICO-F. PIGHI, *Trusts (Jersey) Law 1984 – La legge di Jersey sui trust nel testo vigente*, in *Quaderni Trust in Italia*, 2007, I, pp. 10-11.

⁸¹ Si evidenzia che l'art. 12 della *Trusts Jersey Law* del 1984 considera valido un *non-charitable purpose trust* anche se non è nominato un *enforcer* «*if the terms of the trust provide for the appointment of an enforcer in relation to its non-charitable purposes, and for the appointment of a new enforcer at any time when there is none*». Si veda sul punto E. BARLA DE GUGLIELMI-P. PANICO-F. PIGHI, *Trusts (Jersey) Law 1984 – La legge di Jersey sui trust nel testo vigente*, cit., pp. 26-29. Per un'analisi puntuale si veda P. MATTHEWS, *Trusting On Purpose: The Trusts (Amendment no:3) (Jersey) Law 1996*, cit.

⁸² Sul *trust* di scopo si vedano le riflessioni di D. WATERS, *Reaching for the sky: taking trust law to the limit. Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, L'Aja-Londra-New York, 2002, p. 249 e di P. MANES, *I trust di scopo nel modello interna-*

non può mai rimanere vacante durante la vigenza del *trust* a pena di nullità.

La nomina del guardiano risponde all'esigenza di sorvegliare il *trustee* e, al contempo, di supportarlo nelle scelte operative, creando così un raccordo tra il disponente ed il *trustee*.

La scelta di un *trust* "di scopo" o "con beneficiari" dipende dalla complessità della crisi dell'impresa e produce ovviamente effetti differenti⁸³. In particolare, nel *trust* "con beneficiari" il patrimonio segregato deve esser utilizzato, con i limiti della legge regolatrice, nel loro interesse. Si spiega, pertanto, la correlata titolarità in capo a tali beneficiari – in assenza di un guardiano – di effettivi poteri di controllo sull'operato del *trustee*, quali il diritto di rendiconto ed informazione, o mediante la partecipazione ad un comitato chiamato ad esprimere pareri vincolanti rispetto a specifici atti del *trustee*.

Viceversa, nel *trust* "di scopo" la finalità deve esser adempiuta dal *trustee* con diligenza, indipendentemente dai soggetti che ne trarrebbero vantaggio, in quanto comunque questi non hanno alcuna possibilità di intervento diretto dei confronti del *trustee*.

Quest'ultima tipologia di *trust* potrebbe rivelarsi strumento efficiente per individuare una soluzione a favore dei casi in cui l'individuazione della posizione beneficiaria – ossia dei creditori – potrebbe di fatto frenare l'operatività dell'operazione. Pertanto, la scelta del *trust* "di scopo" si rivela particolarmente utile in ipotesi di speciale complessità nella gestione del patrimonio segregato ovvero di elevata conflittualità tra i creditori.

Infatti, in caso di notevole pluralità di classi di creditori o comunque di molteplicità di interessi confliggenti, tale tipologia faciliterebbe l'operato del *trustee* in quanto questi non sarebbe obbligato a fornire eccessive informazioni la cui divulgazione, soprattutto ai creditori-beneficiari dissenzienti, potrebbe in qualche modo compromettere l'operazione di risanamento.

Occorre precisare che i beneficiari hanno comunque diritto di ottenere informazioni sulla gestione del fondo in *trust* con riferimento sia al dato numerico del valore e della composizione del fondo in sé, sia in relazione alle modalità della gestione. Il *trustee* è dunque tenuto a fornire un rendiconto della propria attività.

Inoltre, utilizzando il *trust* di scopo, il *trustee* sarebbe affiancato da un guardiano, il quale, come detto, è tenuto ad operare in maniera imparziale per il miglior perseguimento della finalità del *trust*.

zionale, in *Atti del terzo Congresso Nazionale "Il trust in Italia"*, Roma, 21-23 ottobre 2005, in E. BARLA DE GUGLIELMI (a cura di), *Trust: opinioni a confronto*, Trusts, Quaderni, n. 6, Milano, 2006, p. 350.

⁸³ Sul punto si rinvia per i necessari approfondimenti a M. LUPOI, *Due parole tecniche sull'atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi*, cit., p. 211, e I. VALAS, *Trust di scopo o trust con beneficiari: una scelta dipendente dalla procedura*, Relazione tenuta al V Congresso nazionale dell'associazione Il trust in Italia, Sestri Levante, 12-14 maggio 2011, e disponibile al sito *Il-trust-in-Italia.it*.

In aggiunta, il *trust* di scopo può concorrere positivamente a garantire i creditori circa l'effettiva destinazione della c.d. "finanza esterna" promessa da soggetti terzi al fine di consentire un più sicuro soddisfacimento dei creditori, impedendo così possibili azioni esecutive su tali apporti⁸⁴. Si pensi ad esempio al *trust* autodichiarato in cui un soggetto terzo conferisce della c.d. nuova finanza o beni immobili funzionali al buon esito dell'operazione di risanamento, con vincolo di destinazione in favore dei creditori del debitore, ponendo al contempo al riparo detti beni dell'aggressione dei propri creditori⁸⁵. Sarebbe più che opportuno – al fine di superare il giudizio di meritevolezza della causa concreta – subordinare gli effetti dell'atto costitutivo del *trust* alla condizione risolutiva della mancata omologa dell'accordo di ristrutturazione entro un determinato termine.

Vale sottolineare, tuttavia, che al fine di evitare l'abuso dello strumento in questione o un'esecuzione in frode alla legge, risulta necessario effettuare un'analisi "prismatica", ovvero una valutazione in concreto che possa evitare il pregiudizio di alcune categorie di creditori, in particolare dei creditori rimasti estranei all'accordo di ristrutturazione che, come detto, devono essere pagati integralmente.

A tal proposito, è opportuno ampliare l'oggetto di indagine all'intero programma predisposto dal *settlor*, senza contenere l'analisi al mero scopo espresso nell'atto istitutivo.

Ritorna dunque utile il concetto di operazione economica già incontrato nel capitolo III a proposito dell'esame del profilo strutturale degli accordi di ristrutturazione. Infatti, l'adozione di una prospettiva euristica che consideri il complesso assetto d'interessi negoziale, tenendo conto della causa concreta e dell'intera operazione economica, consentirebbe che sia reso palese e dunque controllabile il sostrato su cui si fonda l'atto, attraverso una ricognizione ermeneutica del regolamento negoziale.

10. Tutela dei creditori aderenti nel quadro dell'interesse al risanamento

In un caso quale quello esaminato dal giudice emiliano – precedente alle riforme del 2007 e del 2010 che hanno ampliato l'"ombrello protettivo", tutelando rispettivamente la fase successiva alla pubblicazione e quella delle trattative – era evidente come il *trust* potesse spiegare la sua efficacia. Infatti, prima della riforma del 2007 la pubblicazione nel registro delle imprese

⁸⁴ Cfr. Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, in *IlCaso.it*.

⁸⁵ In tema di concordato preventivo il Trib. Pescara, 20 marzo 2015, in *IlCaso.it*, ha affermato che «l'apporto di finanza esterna costituito da beni immobili posti a disposizione dal terzo può essere realizzato mediante conferimento di detti beni in *trust* liquidatorio autodichiarato, con designazione del terzo quale *trustee*, del Commissario giudiziale quale *protector* e della massa dei creditori del concordato quale beneficiario».

faceva emergere, rendendole conoscibili a chiunque, situazioni fino ad allora circoscritte all'ambito dei rapporti fra banche e imprenditore in crisi.

Di conseguenza, quest'ultimo appariva totalmente vulnerabile alle iniziative individuali di coloro, per lo più piccoli creditori, che non avendo alcuna certezza sull'omologazione dell'accordo miravano a ottenere la liquidazione immediata dei loro crediti, compromettendo l'esito positivo dell'accordo se non addirittura spingendo l'imprenditore verso il baratro del fallimento. Il conferimento in *trust* dei beni diretti a garantire il soddisfacimento in percentuale dei creditori aderenti e quello integrale dei non aderenti – tutti compresi tra i beneficiari – permette quindi all'imprenditore di difendere la riuscita dell'accordo sottraendo quei beni alle iniziative individuali dei creditori⁸⁶.

La causa concreta di un *trust* siffatto può integrare certamente un interesse meritevole di tutela salvaguardando l'operatività e la funzione stessa dell'accordo di ristrutturazione.

Infatti, in primo luogo proprio i creditori risultano espressamente quali beneficiari del negozio di separazione, comprendendo sia coloro che hanno aderito all'accordo che coloro che ne sono rimasti estranei. Il *trust* eviterebbe quindi che proprio questi ultimi – c.d. *free-riders* – agiscano *in executivis* sui cespiti ovvero costituiscano diritti di prelazione, determinando l'insuccesso dell'operazione di salvataggio.

L'imprenditore, invero, dovendo adempiere all'onere della pubblicazione ai fini dell'omologa è costretto a ostentare la propria situazione economico-finanziaria, con la conseguente esposizione alle iniziative di coloro che, paventando un'evoluzione negativa della crisi, sono interessati a conservare le proprie pretese in caso di esito infausto della procedura, con il rischio di pregiudicare l'accordo già raggiunto con i creditori rappresentanti la maggioranza assoluta dell'esposizione debitoria.

L'obiettivo è dunque quello di tutelare la distribuzione di benefici e rischi stabilita dalla legge che, proteggendo i creditori aderenti con l'esenzione dall'azione revocatoria e la tutela del patrimonio del debitore da azioni cautelari o esecutive, prevede per i creditori estranei l'integrale pagamento in esecuzione dei rispettivi titoli costitutivi. Mediante la segregazione patrimoniale infatti si scongiurerebbe l'"assalto alla diligenza" da parte dei creditori e il rispetto della distribuzione del rischio tra gli stessi. Invero, come osservato nel V capitolo, i creditori se stipulano l'accordo subiscono il ridimensionamento delle proprie pretese pur guadagnando in certezza del proprio credi-

⁸⁶ Non è infrequente l'apposizione di una clausola per la quale l'accettazione della proposta da parte dei creditori ad assumere la qualifica di beneficiari del *trust* valga da quietanza liberatoria delle rispettive posizioni creditorie vantate nei confronti del debitore, con conseguente immediata tacitazione di qualsiasi pretesa e diritto di credito esistente tra la parte debitrice e tutti i creditori in quanto appunto soggetti destinatari del *trust*. In merito cfr. D. ZANCHI, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall.*, cit., p. 155.

to, mentre qualora non aderiscono conservano integre le loro pretese esponendole tuttavia al rischio della revocatoria.

Secondariamente, non va trascurato che il conferimento in *trust* del patrimonio del debitore munisce l'intero ceto creditorio – in qualità di beneficiario – della possibilità di vigilare sull'operato del *trustee* (che in caso di *trust* autodichiarato è lo stesso imprenditore), il quale non potrà disperdere, sottrarre o occultare i beni costituenti la loro garanzia patrimoniale. Infatti, una volta emanato il decreto di omologa l'autorità giudiziale non ha più possibilità di intervenire sull'accordo, il quale proseguirà la propria vita al pari di un qualsiasi contratto di durata «la cui esecuzione resta interamente affidata all'autonomia privata, senza che sia esercitato alcun controllo esterno per tutta la fase dell'esecuzione», il cui corretto svolgimento «è essenziale per la riuscita dell'operazione di ristrutturazione»⁸⁷.

Il *trust* dunque, attraverso la conservazione dinamica della massa patrimoniale, risolverebbe i problemi connessi all'azione collettiva. Infatti, favorirebbe il coordinamento dell'agire dei creditori, permettendo a coloro i quali intendano superare lo stato di crisi, anche tramite una liquidazione “controllata” degli *assets*, di agire “in ambiente protetto”, vanificando le iniziative esecutive e disgregative dei singoli creditori contrari all'obiettivo di salvataggio. Del resto, anche i creditori non aderenti all'accordo godrebbero di maggior tutela rispetto al “modello legale” previsto dall'art. 182-bis l. fall., in quanto acquisterebbero così maggiori certezze circa il loro integrale pagamento, posto che la garanzia patrimoniale del debitore è indenne da iniziative individuali.

La separazione patrimoniale ottenuta tramite il *trust* è tuttavia destinata a venir meno qualora il giudizio di omologazione dell'accordo non abbia un esito positivo, in quanto l'efficacia del *trust* è sovente subordinata ad una condizione risolutiva il cui evento consiste appunto nel mancato ottenimento dell'omologa da parte del Tribunale⁸⁸.

Pertanto, in caso di pronunciamento favorevole del giudice i beni con-

⁸⁷ Per tali citazioni cfr. L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, cit., p. 398.

⁸⁸ Una clausola analoga è apposta anche nell'atto istitutivo del *trust* finalizzato a realizzare un concordato misto omologato dal Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Trusts e att. fid.*, 2005, p. 409. Si trattava di un concordato misto – ossia costituito da una cessione dei beni e dall'impegno al pagamento di una percentuale aggiuntiva rispetto al risultato della liquidazione rinveniente dalla cessione dei beni di un terzo, necessari al realizzo della percentuale concordataria – di una società in liquidazione. In particolare nell'atto di destinazione era previsto il trasferimento al commissario giudiziale, nominato *trustee*, dei beni da utilizzare per il pagamento dei creditori. Il giudice parmense osservava infatti che «l'utilizzo del *trust* assicura alla procedura margini di certezza maggiori (potendosi applicare gli artt. 167 e 168 Legge Fallimentare solo per la conservazione del patrimonio concordatario), consente di superare incertezze interpretative sul concordato misto e sulle sue modalità di attuazione e, soprattutto, di trascrizione, assicurando la meritevole composizione degli interessi coinvolti nella procedura concordataria».

feriti in *trust* saranno al riparo dalle iniziative dei creditori: infatti, in caso di successivo fallimento il *trust* in quanto atto posto in essere in esecuzione dell'accordo omologato sarebbe esente dall'azione revocatoria. Invece, nell'ipotesi in cui l'accordo non ottenga il *placet* giudiziale opererà la condizione risolutiva eliminando con efficacia retroattiva la separazione patrimoniale.

Vale segnalare, tuttavia, che l'apposizione della clausola risolutiva appare necessaria maggiormente a salvaguardia dell'imprenditore in crisi.

Infatti, in assenza della clausola, qualora non sopraggiunga l'omologa verrebbe a mancare l'interesse dell'imprenditore a mantenere segregati i beni conferiti, visto che la separazione patrimoniale finalizzata al soddisfacimento dei creditori non gli permetterebbe di utilizzare in qualsiasi modo tale patrimonio per tutta la durata del *trust*. Atteso che questa è normalmente legata al decorso di un periodo o all'adempimento dell'incarico ricevuto dal *trustee* di vendere i cespiti e distribuire il ricavato ad alcuni creditori, in mancanza di clausola risolutiva l'imprenditore si vedrebbe imbrigliato nel meccanismo della separazione patrimoniale. In ogni caso, come si è detto, l'atto istitutivo del *trust* sarebbe facile bersaglio dell'azione revocatoria, dato che l'art. 67, comma 3, lett. e, l. fall. esenta solo gli atti posti in essere in esecuzione di un accordo omologato.

In ogni caso, spetterà ovviamente alla cognizione del giudice valutare gli elementi concreti del negozio istitutivo, verificando i requisiti di meritevolezza degli interessi tutelati, la corrispondenza ai principi inderogabili posti dalla Convenzione de L'Aja oltre al mancato perseguimento di un obiettivo "ripugnante" per l'ordinamento *ex art. 13 Conv.* con il conseguente non riconoscimento del *trust*.

11. *Il trust come mezzo per ampliare la protezione dell'accordo prima dell'omologa*

11.1. *Legittimità di una tutela privatistica alternativa*

Nella suddetta decisione del Tribunale di Reggio Emilia del 2007 il mezzo di separazione patrimoniale era finalizzato a porre "sotto una campana di vetro" le delicate fasi funzionali al perfezionamento di un accordo di ristrutturazione dei debiti, dato che, secondo la legge applicabile *ratione temporis*, fino alla sua pubblicazione l'accordo era totalmente esposto alle iniziative dei creditori.

Il ragionamento del giudice emiliano forniva dunque una soluzione all'imprenditore in crisi, lasciato privo di tutela dal legislatore contro le azioni esecutive dei creditori nelle fasi decisive dell'accordo di ristrutturazione, ovvero nel periodo antecedente e in quello successivo all'omologa dell'accordo. Oggi, dopo le novelle del 2007, del 2010 e del 2012 l'utilizzo del *trust* non

apparirebbe più necessario in quanto l'ordinamento prevede ora meccanismi di tutela della fase anteriore all'omologa.

Come anticipato nel I capitolo, il legislatore con il d.lgs. n. 169/2007 ha dapprima introdotto il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari per sessanta giorni dalla data della pubblicazione dell'accordo, per poi estendere l'"ombrello protettivo", attraverso la riforma di cui al d.l. n. 78/2010, anche alla fase delle trattative, dietro deposito di una proposta di accordo e di una autocertificazione dell'imprenditore attestante la avviata fase della negoziazione con creditori in rappresentanza di almeno il sessanta per cento dei crediti.

Inoltre, la riforma della legge fallimentare di cui al d.l. n. 83/2012 ha introdotto il c.d. concordato "in bianco" che consente di ottenere in via automatica la protezione dalle azioni esecutive e cautelari già al momento della pubblicazione del solo ricorso nel registro delle imprese, con riserva di depositare la proposta concordataria ovvero un accordo di ristrutturazione entro un termine fissato dal giudice e compreso fra sessanta e centoventi giorni (prorogabile, in presenza di giustificati motivi, per non oltre sessanta giorni).

Di conseguenza, *prima facie* sembrerebbe più agevole ricorrere temporaneamente allo strumento del concordato preventivo, nelle forme della domanda prevista dall'art. 161, comma 6, l. fall. per poi depositare una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ai sensi del primo comma dell'art. 182-*bis*, al fine di beneficiare del divieto di azioni esecutive e cautelari⁸⁹.

Tuttavia, il meccanismo previsto dagli art. 182-*bis*, commi 6 e 7, l. fall. produce effetti meno invasivi di quelli prodotti dalla domanda di concordato, sul piano della limitazione dei poteri di disposizione dell'imprenditore. Invero, il mero deposito della domanda di preconcordato *ex* art. 161, comma 6, l. fall. comporta che gli atti di straordinaria amministrazione possono essere compiuti solo se urgenti e se autorizzati dal Tribunale. Inoltre, quali effetti svantaggiosi per il debitore si ricorda che con il preconcordato i debiti vengono a scadenza per effetto dell'art. 55 l. fall. (richiamato dall'art. 169 l. fall.) e opera il vincolo di segregazione patrimoniale impresso dall'applicazione della regola di cui all'art. 45 l. fall., evocata dall'art. 169 l. fall.

In aggiunta, come anticipato, al fine di reagire all'abuso del ricorso al preconcordato, la riforma del d.l. n. 83/2015, ha integrato la disciplina dell'art. 161 l. fall. imponendo in ogni caso l'indicazione, al momento della presentazione del ricorso, dell'«utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun cre-

⁸⁹ In questo caso, secondo M. FABIANI, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, cit., p. 1269, è possibile quindi congiungere i circa novanta giorni di cui il debitore si può giovare con il deposito dell'istanza di sospensione, con il periodo fino a centottanta giorni della c.d. domanda in bianco, in modo da giungere fino a duecentosettanta giorni.

ditore». Pertanto, atteso che la percentuale di soddisfacimento dei creditori menzionata dal debitore nel ricorso di preconcordato dovrà costituire oggetto di un preciso impegno, la maggiore appetibilità di tale strumento rispetto alla tutela offerta dall'art. 182-*bis*, comma 6, l. fall. viene ora revocata in dubbio.

Infatti, i dati empirici mostrano che nel 2016 la maggior parte (59,3%) dei ricorsi per l'omologa di un accordo di ristrutturazione è stato presentato senza essere preceduto da un concordato c.d. "in bianco"⁹⁰.

Tale quadro normativo potrebbe rendere non solo ultroneo ma anche illegittimo l'utilizzo del *trust*. Pletorico in quanto sussiste già una protezione *ex lege* – sia nell'ambito della stessa disciplina degli accordi di ristrutturazione sia tramite la più semplice procedura del concordato "in bianco" – che rende vana la funzione del *trust* di realizzare un effetto analogo all'*automatic stay*; contrario alla legge giacché, qualora si qualificassero le disposizioni novellate quali norme inderogabili della *lex fori*, suscettibili di applicazione necessaria *ex art. 15* della Conv., il *trust* di protezione patrimoniale che dilati gli effetti delle disposizioni di cui all'art. 182-*bis* risulterebbe elusivo di tali norme imperative.

Del resto, la dottrina che maggiormente accetta l'ingresso di tale istituto nel nostro ordinamento per mezzo della Convenzione de L'Aja ha affermato che ha senso avvalersi del *trust* unicamente quando l'ordinamento nazionale non prevede uno strumento che permetta di ottenere lo stesso risultato, a condizione che la causa concreta del negozio istitutivo sia lecita, superando il vaglio di meritevolezza degli interessi⁹¹.

Nella fattispecie, potrebbe infatti concretizzarsi una modifica della disciplina fallimentare, inserendo una sospensione prolungata delle azioni esecutive individuali, quando invece il legislatore della riforma ha stabilito una protezione di durata limitata nel tempo e comunque non automatica⁹².

Infatti, riguardo alla fase delle trattative il divieto di azioni è subordinato a precisi adempimenti documentali che attestino il rispetto di requisiti minimi di sussistenza delle trattative e di idoneità della proposta di accordo⁹³.

⁹⁰ Si veda in proposito A. TRON, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall. i risultati di un'analisi empirica svolta dall'oci nel 2016*, in Osservatorio-oci.org, 2017.

⁹¹ In tal senso M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 546; M. DOGLIOTTI-A. BRAUN, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, 2003; secondo cui la legittimità del *trust* si sarebbe conseguita tutte le volte in cui il fine perseguito dal disponente, non sarebbe stato perseguibile con i negozi di diritto civile.

⁹² Si veda in merito F. FIMMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 26; L. PANZANI, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 1003; L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, cit., p. 1038.

⁹³ Infatti, una volta che l'imprenditore ha presentato l'istanza di anticipazione degli effetti protettivi il Tribunale, già prima della fissazione dell'udienza entro trenta giorni dal deposito della domanda, è tenuto ad accertare la completezza della documentazione congiuntamente depositata. Nell'ipotesi in cui alla verifica consegua un esito negativo vi sarà

Inoltre, si presenta il rischio effettivo che la separazione, apparentemente diretta a salvaguardare i creditori, realizzi in realtà una forma di liquidazione atipica volta a sottrarre i beni sociali dalla loro destinazione concorsuale. In tal modo, si configurerebbe un atto in frode alla legge, con evidente lesione dell'art. 15 Conv. che fa salva solo la disciplina in tema d'insolvenza dettata dalla *lex fori*⁹⁴.

In proposito, vale ricordare come certa giurisprudenza abbia affermato, in forza di tale norma, la nullità in quanto atto in frode alla legge – poiché incompatibile con la clausola di salvaguardia di cui all'art. 15, lett. e, Conv. – di un *trust* liquidatorio costituito da imprenditore già in stato d'insolvenza volto a segregare tutto il patrimonio aziendale, in modo da costituire una procedura liquidatoria privatistica alternativa alla ordinaria procedura concorsuale⁹⁵. Tale invalidità è stata giustificata in base all'assunto per cui

dunque la declaratoria d'inammissibilità dell'istanza con inefficacia *ex tunc* degli effetti preliminari originati dalla pubblicazione. In tal senso, sebbene ammetta anche la possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 162, comma 1, l. fall., con la concessione di un termine per integrare la documentazione, M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, cit., p. 903.

⁹⁴ In proposito infatti si è presentata alla Corte d'Appello di Milano (App. Milano, 29 ottobre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 271) la fattispecie di un *trustee*, dichiarato insolvente in proprio e coincidente con il legale rappresentante della società disponente dichiarata anch'essa fallita, il quale dopo due anni dall'istituzione del *trust* non aveva presentato alcun programma di liquidazione attendibile, né aveva effettuato alcun pagamento nei confronti dei creditori sociali, che al contrario erano stati estromessi da qualsiasi coinvolgimento effettivo. In tal caso il giudice meneghino ha affermato che «non vale ad escludere lo stato di insolvenza della società disponente l'aver, prima dell'apertura del concorso, costituito un *trust* avente ad oggetto l'intero patrimonio societario, quando tale operazione si sia rivelata solo formalmente finalizzata a tutelare i creditori, ed abbia piuttosto dato luogo ad una liquidazione atipica diretta in realtà alla sottrazione – distrazione dei beni sociali rispetto al loro impiego e finalità di regolazione dei debiti».

⁹⁵ Si veda in proposito su tutte Trib. Napoli, 3 marzo 2014, in *IlCaso.it*, secondo cui «Il *trust* liquidatorio istituito da un'impresa *in bonis* in condizioni di dissesto economico (tale da doverla indurre a presentare un'istanza di fallimento in proprio), in quanto elusivo della disciplina fallimentare ed in particolare delle norme inderogabili che presiedono alla liquidazione concorsuale, deve essere considerato nullo sin dall'origine». Cfr. nello stesso senso, App. Milano, 29 ottobre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 271; Trib. Milano, 22 ottobre 2009, *ivi*, 2010, p. 77; Trib. Milano, 30 luglio 2009, *ivi*, 2010, p. 80; Trib. Milano, 27 luglio 2009, in *IlCaso.it*. Trib. Milano, 17 luglio 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 628; Trib. Milano, 16 giugno 2009, *ivi*, 2009, p. 533, con nota di E. RAGANELLA-M. REGNI, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*. Il Trib. Mantova, 25 marzo/18 aprile 2011, in *Trust*, 2011, p. 529 ha richiamato altresì l'art. 18 della Convenzione, il quale esclude l'osservanza delle disposizioni in essa contenute, qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico. Tuttavia, il Trib. Catania, 19 luglio 2016, in *IlCaso.it* ha affermato che «Il *discrimen* tra *trust* liquidatorio valido o invalido non può essere individuato nell'esistenza o non dell'insolvenza del disponente, al momento della sua costituzione. Il fatto, quindi, che l'imprenditore sia già insolvente al momento dell'istituzione del *trust*, non può determinarne de plano l'abusività, poiché il ricorso a tale strumento – al pari delle altre soluzioni contemplate dalla legge fallimentare – sarebbe evidentemente finalizzato a evitare il fallimento, che bandirebbe il soggetto in grave stato di dissesto economico dal mercato».

l'imprenditore insolvente è obbligato a ricorrere agli istituti concorsuali, senza poter utilizzare il *trust* per surrogare o precludere la liquidazione fallimentare, sottraendo agli organi della procedura la liquidazione dei beni.

Tuttavia – sebbene l'utilizzo di tale strumento al fine di ottenere una protezione sovrapposta a quella legale finirebbe con l'introdurre nell'ordinamento una disciplina convenzionale che il legislatore ha voluto collegare unicamente all'ammissione alla procedura di concordato preventivo – non si prospettano impedimenti all'istituzione di un *trust* che garantisca una tutela patrimoniale più estesa e di maggior durata.

Fermo quanto affermato nei paragrafi precedenti con riferimento alla rilevanza della causa in concreto, in primo luogo, vale ribadire che – come detto all'inizio della presente analisi – il nuovo diritto della crisi d'impresa rifugge dal dogma dell'indisponibilità dell'insolvenza. Pertanto, come è possibile evitare le procedure concorsuali giudiziali avvalendosi dei piani attestati *ex artt.* 67, lett. *d*, degli stessi accordi di ristrutturazione, nonché dei concordati stragiudiziali idonei a superare lo stato di decozione, al pari non può riconoscersi un crisma di inderogabilità ai meccanismi di tutela previsti *ex lege* nell'ambito dell'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall.⁹⁶

Infatti, la Suprema Corte ha affermato che «l'alternatività degli strumenti lecitamente utilizzabili va esclusa, qualora non due istituti privatistici si comparino, ma strumenti di cui l'uno, quale il *trust*, ancorato a regole ed interessi comunque privati del disponente, e l'altro di natura schiettamente pubblicistica, qual è la procedura concorsuale»⁹⁷. Pertanto, posto che – come più volte osservato – gli accordi di ristrutturazione hanno natura prettamente privatistica senza costituire una procedura concorsuale, è legittimo l'uso del *trust* come alternativa ai meccanismi di protezione previsti dall'art. 182-*bis* l. fall. Infatti, la costituzione di un *trust* nell'ambito di un accordo di ristrutturazione non può astrattamente integrare «un'operazione elusiva del procedimento concorsuale»⁹⁸.

Come anticipato, la Cassazione ha invero evidenziato come la residualità del *trust* non sia più un elemento necessario ai fini del riconoscimento, giacché, alla luce delle riforme che ammettono la gestione concordata della crisi,

⁹⁶ Espressamente sul punto la Suprema Corte, nella richiamata sentenza di cui alla Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit., p. 335, ha affermato che «La ricerca di soluzioni alternative, che riescano a scongiurare il fallimento, è vista con favore dal legislatore degli ultimi due lustri, svolgendosi peraltro pur sempre tali iniziative negoziate sotto il controllo del ceto creditorio o del giudice». Si veda in merito altresì Trib. Catania, 19 luglio 2016, in *IlCaso.it* e Trib. Cremona, 8 ottobre 2013, in *IlCaso.it*, e in dottrina, L. PANZANI, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 1012; F. DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, cit., p. 13; D. GALLETI, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, cit., p. 895; F. TEDIOLI, *Trust con funzione liquidatoria e successivo fallimento dell'impresa*, cit., p. 494.

⁹⁷ Così, ancora, Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit., p. 335.

⁹⁸ *Ibidem*.

non occorre che lo strumento del *trust* «assicuri un *quid pluris* rispetto a quelli già a disposizione dell'autonomia privata nel diritto interno»⁹⁹. Si prescinde pertanto dall'accertamento di una utilità del *trust* interno, facendo sì che tale valutazione sia rimessa a colui il quale intenda avvalersi di tale strumento, fermo restando il vaglio della meritevolezza della causa concreta.

Del resto, il codice civile conosce da tempo il contratto di autotutela privata a scopo satisfattorio rappresentato dalla *cessio bonorum* ex artt. 1977 ss. c.c., il quale, in caso di adesione della totalità dei creditori, permette di evitare le procedure concorsuali¹⁰⁰.

Analogamente al *trust*, la cessione dei beni, salvo patto contrario, è effettuata *pro solvendo*, per cui l'istituente ha il diritto di trattenere per sé quanto eventualmente residui al pagamento dei creditori, cui corrisponde il diritto di questi ultimi di pretendere l'integrale soddisfazione ove il risultato della liquidazione si rivelasse insufficiente. Inoltre, vale osservare – quali ulteriori similitudini – che l'istituto codicistico prevede, tra l'altro, l'attribuzione ai creditori cessionari del potere di gestire e liquidare i beni senza divenirne proprietari. Al pari, sancisce l'inefficacia rispetto ai creditori delle trascrizioni o iscrizioni di diritti eseguite dopo la trascrizione della cessione dei beni¹⁰¹.

Di conseguenza – posto che, come ricordato, la Cassazione in caso di contrarietà all'art. 15 Conv. ha stabilito la differente sanzione del non riconoscimento in luogo dell'invalidità – si rivelerebbe comunque fallace il richiamo a tale norma della Convenzione per sostenere la nullità del *trust* volto a implementare la tutela dell'accordo di ristrutturazione prima dell'omologa, giacché proprio quest'articolo afferma la superiorità della *lex fori* sulla Convenzione solo quando non si possa derogare alla legge nazionale con un atto volontario¹⁰².

L'interpretazione sistematica della norma infatti conduce a valorizzare la *ratio* della protezione del patrimonio del debitore.

Del resto, dopo la citata introduzione del c.d. preconcordato ad opera del

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Cfr. E. BETTI, *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 314.

¹⁰¹ Si veda in proposito la lucida analisi di G. FANTICINI, *Il trust liquidatorio e il conflitto con il fallimento: confronto sui pro e i contro*, Relazione tenuta al V Congresso nazionale dell'associazione Il trust in Italia, Sestri Levante, 12-14 maggio 2011, e disponibile al sito *Il-trust-in-Italia.it*. Giova ricordare che, a differenza della *cessio bonorum*, il *trust* ha natura contrattuale, e quindi per essere perfezionato non necessita del consenso dei creditori.

¹⁰² In proposito cfr. Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2012, in *IlCaso.it*, secondo il quale «La circostanza che un imprenditore insolvente possa gestire la crisi attraverso la *cessio bonorum* prevista dagli articoli 1977 seguenti c.c., e quindi attraverso un contratto tipico previsto dall'ordinamento, il quale altro non è che mera esplicazione dell'autonomia contrattuale, consente di escludere che la disciplina dell'insolvenza dettata dalla legge fallimentare debba considerarsi inderogabile. Da ciò consegue l'inapplicabilità al *trust* istituito per la gestione dell'insolvenza dell'articolo 15 della Convenzione de L'Aja».

d.l. n. 83/2012 l'imprenditore in crisi può depositare a mezzo ricorso una domanda di concordato che gli consente una pressoché immediata protezione per un periodo fissato dal Tribunale compreso tra i sessanta e i centottanta giorni dalla data del ricorso. Allo spirare di tale periodo l'imprenditore ha la facoltà di depositare alternativamente un piano concordatario o un accordo di ristrutturazione dei debiti, ampliando in questa ultima ipotesi il su descritto "ombrello protettivo" con la tutela del patrimonio prevista dall'art. 182-*bis* l. fall. per il periodo relativo ai sessanta giorni successivi al deposito dell'accordo

Inoltre, la possibilità di estendere temporalmente la protezione dalle azioni esecutive e cautelari appare legittima anche a prescindere dalla considerazione relativa all'inderogabilità o meno della disciplina dell'art. 182-*bis* l. fall., il cui accertamento appare dunque inconferente a questo fine, e comunque non desumibile da alcuna disposizione.

È infatti incontestata la legittimazione del *trust* in funzione ampliativa rispetto alla tutela offerta dall'istituto del fondo patrimoniale, la cui disciplina è ritenuta pacificamente inderogabile. Numerose risultano, invero, le fattispecie in cui ci si avvale del mezzo di separazione al fine di prolungare il vincolo di destinazione oltre il raggiungimento della maggiore età dei figli o anche successivamente al divorzio, in deroga a quanto previsto dall'art. 171 c.c., oppure allo scopo di riservare ai bisogni della famiglia beni quali il denaro liquido che l'art. 167 c.c. vieta di costituire in un fondo patrimoniale¹⁰³.

Invero, è nota la tendenza dell'autonomia privata a dilatarsi oltre i propri tratteggi ambiti, superando financo il diritto nazionale, in ossequio al principio di libertà per cui sono leciti tutti i comportamenti non espressamente vietati da altre norme, per collegarsi ad una nuova *lex mercatoria* frutto del fenomeno del c.d. *forum shopping* del diritto¹⁰⁴. Pare potersi riproporre in questa sede quanto sostenuto da autorevole dottrina riguardo ai c.d. contratti innominati, con il riconoscimento di un "potere normativo" delle parti private, le quali danno origine «non tanto a una modificazione, sia pur profonda, di uno schema tipico legale, ma alla creazione di uno schema nuovo e diverso dai già esistenti e noti»¹⁰⁵.

A ciò si aggiunga che la derogabilità a mezzo del *trust* è sicuramente modificativa *in melius* del meccanismo di protezione offerto dalla disciplina legale, posto che fornisce un innegabile plusvalore in termini di tutela anche del ceto creditorio, collocandosi nel solco della finalità di recupero delle capacità produttive dell'impresa che caratterizza il nuovo regime fallimentare. Pertanto, un *trust* che realizzi l'effetto protettivo per tutto il tempo necessa-

¹⁰³ Cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 7 giugno 2006, in *Trust e att. fid.*, 2006, p. 575; Trib. Padova, 2 settembre 2008, in *Trusts*, 2008, p. 628.

¹⁰⁴ Si vedano sul punto le acute riflessioni di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*.

¹⁰⁵ Così F. MESSINEO, voce "Contratto innominato", in *Enc. dir.*, Milano, X, 1962, p. 95.

rio ad ottenere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione non può essere per ciò solo ritenuto nullo, non riconosciuto o comunque *contra legem*.

Pertanto, la circostanza che sia prevista una tutela *ex lege* non vale di per sé a colorare di illiceità il *trust*.

11.2. *Virtù del trust come protezione supplente e difetti della tutela legale*

Appurata la legittimità del *trust* istituito in funzione di tutela dell'accordo di ristrutturazione nella fase anteriore all'omologa, occorre ora verificarne la sua utilità dopo le ultime riforme che hanno ampliato la protezione dell'accordo di cui all'art. 182-bis l. fall.

Il *trust* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione può tutt'ora svolgere una proficua funzione coerentemente con la finalità di risanamento dell'impresa, senza porsi – come esposto – in una posizione eversiva rispetto ai principi dell'ordinamento, bensì sopperendo alle lacune del legislatore¹⁰⁶.

Infatti, la durata del periodo di temporanea improcedibilità delle azioni esecutive e cautelari a decorrere dalla pubblicazione dell'accordo si rivela oggettivamente poco congruo, lasciando l'imprenditore allo scadere dei sessanta giorni – o del termine compreso fra sessanta e centoventi giorni in ipotesi di concordato “con riserva” – alla mercé dei creditori che hanno già visionato la documentazione patrimoniale e finanziaria allegata alla pubblicazione.

Inoltre, come anticipato, l'art. 182-bis l. fall. impone al debitore di accantonare risorse sufficienti all'integrale pagamento dei creditori non aderenti all'accordo, senza però considerare che l'azione esecutiva può ben essere promossa, a cautela delle spese processuali e degli accessori maturandi, su beni di valore pari all'importo del credito precettato aumentato della metà, analogamente a quanto prescritto dall'art. 546 c.p.c.

Di conseguenza, nell'infausta ipotesi in cui uno dei creditori estranei aggredisca esecutivamente il patrimonio dell'imprenditore proponente, è probabile che non residuino risorse tali da consentire l'attuazione dell'accordo, pregiudicando irreparabilmente il tentativo di salvataggio.

Come detto precedentemente, l'imprenditore nelle more delle trattative volte al perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione conserva una piena capacità negoziale, potendo quindi comunque vincolare il patrimonio a favore di taluni creditori mediante un *trust* finalizzato ad una maggiore e duratura tutela patrimoniale.

Lo strumento del *trust* potrebbe quindi essere utilizzato coprendo l'intero arco che va dalle trattative all'esecuzione dell'accordo, senza soluzioni di continuità tra lo “scudo protettivo” operante durante le trattative e quello successivo alla pubblicazione dell'accordo.

¹⁰⁶ Prospetta l'utilizzo del *trust* anche dopo le riforme del 2007 e del 2010 il provvedimento del Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *IlCaso.it*.

Come visto nel IV capitolo di tale trattazione, infatti, considerando i presupposti per l'operabilità della protezione prevista dal comma 6 dell'art. 182-bis l. fall., questo non può certamente coprire la fase delle trattative effettive, ovvero quelle in cui il debitore elabora o tenta di costruire la proposta sul quale ottenere l'adesione dei creditori.

Invero, ai fini dell'ottenimento della sospensione è esplicitamente richiesto il deposito di una dichiarazione autocertificativa attestante la sussistenza di trattative già avviate con creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti. Il debitore è tenuto ad allegare non solo la prova della pendenza delle trattative e gli altri documenti richiesti dalla norma, ma anche la "proposta di accordo" che intende sottoporre ai creditori, e dunque, di fatto, l'accordo di ristrutturazione dei debiti completo, corredato dalla sua autocertificazione e dalla relazione del professionista, dovendo in tale fase mancare solamente la formalizzazione dell'accordo con i creditori¹⁰⁷.

L'imprenditore, dunque, per poter avanzare domanda di sospensione deve trovarsi in una fase matura della negoziazione ovvero prossima alla fine.

Ad ulteriore conferma, vale osservare che, a dispetto della fisiologica mutevolezza della proposta nelle fasi delle negoziazioni¹⁰⁸, l'inibizione delle azioni cautelari ed esecutive richiede poi, secondo la dottrina maggioritaria, che il contenuto dell'accordo definitivo al momento del deposito per l'omologa corrisponda a quello della proposta di accordo precedentemente depositata ai fini della protezione durante le trattative, sulla quale si è formata la valutazione del Tribunale e dei creditori¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Si vedano in tal senso Trib. Udine, 27 aprile 2012, in *IlCaso.it* e Trib. Udine, 30 marzo 2012, in *Unijuris.it*. A ciò occorre aggiungere, per quanto pertiene alla procedura più in particolare, che in seguito alla presentazione della domanda di sospensione il Tribunale è tenuto entro trenta giorni a fissare l'udienza disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione medesima che accompagna l'istanza dell'imprenditore. Tale comunicazione deve essere rivolta indiscriminatamente a tutti gli appartenenti al ceto creditorio, a prescindere dalla loro eventuale adesione. Questi, in vista di un eventuale reclamo alla Corte d'Appello, hanno il diritto di partecipare all'udienza al fine di poter manifestare le proprie osservazioni sulla documentazione loro comunicata, sulla proposta, e sulle dichiarazioni del debitore e del professionista.

¹⁰⁸ Come sostiene B. INZITARI, *Nuova disciplina accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, in *IlCaso.it*, 2011, p. 24 «si tratta infatti di fasi prenegoziali nelle quali il testo ed il contenuto della proposta subiscono continue modifiche ed aggiustamenti di forma e di sostanza affidati per lo più alla elaborazione e discussione dei diversi *mark up*, che costituiscono ormai il più diffuso strumento di costruzione contrattuale utilizzato nella prassi».

¹⁰⁹ Infatti, «il carattere della documentazione complessivamente richiesta ed il tenore delle dichiarazioni portano a ritenere che la proposta, che viene depositata dal debitore, deve essere quella definitiva sulla quale viene richiesta la adesione dei creditori e che, una volta accettata dai creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti, costituirà l'accordo definitivo, il quale sarà depositato e sottoposto all'esame del tribunale per l'omologa. La dichiarazione del debitore è diretta, infatti, a certificare che egli sta trattando con i creditori per ottenere la loro adesione a quella proposta con quel contenuto e non certo ad altra proposta con diverso o altro contenuto, come pure la di-

La tutela legale lascia quindi privo di tutela lo stadio iniziale delle trattative, dove avviene il disvelamento della situazione patrimoniale e finanziaria dell'imprenditore al fine di convincere i creditori; fase delicata in quanto è proprio qui che i creditori "viste le carte in mano al debitore" possono decidere di agire in via esecutiva ¹¹⁰.

Del resto, l'ostensione della crisi con il deposito presso il Tribunale di un ricorso di preconcordato o di una proposta di accordo *ex art. 182-bis*, comma 6, l. fall. hanno inevitabili riflessi sulla classificazione per qualità del credito delle esposizioni, giacché gli istituti di credito, di fronte ad un rapporto corrente rispetto al quale il debitore richiede una protezione giudiziale, devono allocare quel credito quanto meno tra quelle "da ristrutturare" ¹¹¹.

A tale *deficit* di tutela non supplisce l'introduzione della convenzione di moratoria di cui all'art. 182-septies, comma 5, l. fall. ad opera del d.l. n. 83/2015, in quanto, come detto al paragrafo 7.2. del capitolo I: (i) è limitata

chiarazione del professionista è diretta a fornire un elemento di valutazione tanto importante quanto univoco e cioè che quella proposta, e non altra, è idonea ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei» (così, B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit., p. 27).

¹¹⁰ Nell'ipotesi inoltre in cui il divieto disposto dal Tribunale risulti ingiustificato e dunque inefficace il patrimonio del debitore diviene nuovamente contendibile tra i vari creditori, con la conseguente reviviscenza delle azioni che erano state proposte nelle more del divieto, le quali potranno essere proseguite a partire dalla data di cessazione del divieto senza essere riproposte nuovamente. Allo stesso modo gli atti posti in essere nel periodo del divieto diverranno efficaci a partire dal giorno di cessazione.

¹¹¹ In proposito, la Comunicazione della Banca d'Italia del 7 febbraio 2014, richiamata esplicitamente da Trib. Monza, 22 dicembre 2014, in *IlCaso.it*, afferma che «In base alle vigenti disposizioni segnaletiche devono essere ricondotte tra le "sofferenze" le esposizioni nei confronti di un soggetto in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) o in situazioni sostanzialmente equiparabili; devono invece essere classificate fra le "partite incagliate" le esposizioni nei confronti di soggetti in temporanea situazione di obiettiva difficoltà che sia prevedibile possa essere rimossa in un congruo periodo di tempo. Relativamente alla possibilità di presentazione della domanda di concordato preventivo "in bianco" rilevano, da un lato, l'oggettiva situazione di crisi del debitore, dall'altro, l'incertezza sulle modalità di risoluzione, indotta dall'attenuata trasparenza informativa sino al momento del deposito dell'ulteriore documentazione prevista dall'articolo 161 della L.F.. In considerazione di ciò, e anche al fine di evitare il rischio di frapporre ostacoli al processo di risanamento del debitore, le esposizioni in questione vanno classificate nell'ambito delle partite incagliate dalla data di presentazione della domanda e sino a quando non sia nota l'evoluzione dell'istanza. Resta comunque fermo che le esposizioni in questione vanno classificate tra le sofferenze: a) qualora ricorrano elementi obiettivi nuovi che inducano gli intermediari, nella loro responsabile autonomia, a classificare il debitore in tale categoria; b) le esposizioni erano già in sofferenza al momento della presentazione della domanda. Con riferimento alle esposizioni in esame, si richiama l'esigenza che le valutazioni di bilancio riflettano la tipicità di queste ultime e le concrete possibilità di buon esito del concordato e che sia fornita in bilancio un'informativa adeguata alle dimensioni e all'evoluzione di tali esposizioni. Ove la domanda di concordato si trasformi in Accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis della L.F., le esposizioni vanno ricondotte tra quelle ristrutturate. Anche in tal caso, continuano a essere classificate tra le sofferenze le esposizioni già precedentemente segnalate in tale categoria».

ai creditori bancari, pertanto non pone al riparo il patrimonio del debitore dalle azioni di altri creditori, *in primis* i fornitori; (ii) inoltre, è per espressa previsione normativa “provvisoria”; (iii) infine, essendo un contratto, richiede il consenso dei creditori.

In secondo luogo, le novelle legislative (del 2007 e del 2010) non proteggono il patrimonio rappresentato dai finanziamenti di un soggetto diverso dal debitore (il garante o il socio illimitatamente responsabile) che ha concluso l'accordo. Infatti, i creditori personali del terzo “finanziatore” potrebbero agire a tutela dei loro crediti, vanificando di fatto la messa a disposizione dei beni a favore dell'operazione di risanamento.

Il *trust*, come già accade nel concordato preventivo¹¹², potrebbe costituire invece – come anticipato – un utile strumento per segregare gli apporti dei terzi a garanzia della corretta e tempestiva esecuzione dell'accordo. Tale nuova finanza rappresenta, infatti, una sorta di “linfa vitale” per l'imprenditore in crisi, a favore della quale è stato riconosciuto, dalla riforma del 2010, il beneficio della prededuzione.

I terzi finanziatori possono essere legati a quest'ultimo in qualità di soggetti giuridicamente responsabili dei suoi debiti in quanto soci illimitatamente responsabili ovvero garanti di crediti rilevanti. In alternativa, la concessione potrebbe derivare dalla responsabilità, benché non formale, in capo ai terzi degli effetti dell'insolvenza, scaturente dalla loro imputabilità della gestione o degli atti di gestione. Inoltre, essi potrebbero essere interessati alla sorte dell'imprenditore in crisi in quanto destinatari di azioni revocatorie, in caso di fallimento, o di azioni recuperatorie di beni o di utilità indebitamente recepiti dal debitore.

Infine, è possibile considerare il termine rigido di sessanta giorni abbastanza limitato, in considerazione degli attuali tempi della giustizia e della non peregrina ipotesi di ritardi nel procedimento di omologazione derivanti dalla presenza di opposizioni con finalità meramente dilatorie o dalla necessità di attività istruttorie particolarmente articolate.

In caso poi di mancato deposito dell'accordo di ristrutturazione e della

¹¹² Si veda in merito la pronuncia del Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, in *IlCaso.it*, secondo la quale «sia l'istituto del *trust* di scopo che il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. possono concorrere positivamente a garantire i creditori concordatari circa l'effettiva destinazione della c.d. “finanza esterna” promessa da soggetti terzi al fine di consentire un soddisfacimento non irrisorio dei creditori chirografari e la fattibilità del concordato». In dottrina cfr., *ex multis*, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Il Fall.*, 2007, p. 249; Id., *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, cit., p. 336; L. PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, cit., p. 553; F. FIMMANÒ, *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, p. 76, il quale concepisce la costituzione del *trust* «come uno strumento più efficiente della concessione di una garanzia reale sui beni ad assicurare l'effettiva destinazione dei beni, nei limiti della percentuale concordataria offerta, al pagamento dei creditori, tramite la costituzione di un vincolo, in forza del quale il *trust* è finalizzato alla liquidazione del patrimonio ed alla distribuzione del ricavato ai creditori concordatari».

relazione redatta dal professionista nei sessanta giorni per ottenere il *placet* giudiziale, ovvero di mancata corrispondenza della proposta di accordo con quella depositata ai fini dell'omologa, al pari dell'ipotesi di accoglimento del reclamo dei creditori, vi sarà la caducazione con effetto retroattivo del divieto di cui al comma 6 dell'art. 182-*bis* l. fall.

Non sono tuttavia gli effetti legali dell'inefficacia a rappresentare il pregiudizio peggiore a carico dell'imprenditore. In seguito alla presentazione della domanda di sospensione, il Tribunale è tenuto entro trenta giorni a fissare l'udienza disponendo la comunicazione a tutti i creditori della documentazione, sì che l'imprenditore è costretto a rivelare la propria situazione patrimoniale, economica e finanziaria, con un indubbio beneficio conoscitivo per ogni creditore, indipendentemente dalla sua posizione rispetto all'accordo¹¹³.

Infatti, i creditori non disponibili ad un accordo hanno interesse a scongiurare che la sospensione metta in pericolo il pagamento dei loro crediti, benché questo debba essere integrale; i creditori con i quali pendono trattative possono scoprire dall'esame della documentazione di non avere ricevuto una rappresentazione fedele dell'evoluzione delle trattative stesse, in considerazione dell'adesione di altri creditori ai quali magari hanno condizionato il loro consenso.

Nell'ipotesi in cui il procedimento di sospensione abbia esito negativo per qualsiasi ragione, il debitore sarebbe quindi esposto alle azioni provenienti dai creditori, consapevoli della sua situazione di crisi o addirittura d'insolvenza. L'imprenditore è dunque incentivato, per evitare di essere oltremodo vulnerabile, a esperire domanda di sospensione solo quando può fare affidamento sull'approvazione dell'accordo da parte dei creditori. In altre parole, per poter solo richiedere la protezione, l'imprenditore in crisi deve "scoprire le carte". Egli sarà quindi chiamato ad una *cost-benefit analysis* valutando se il vantaggio derivante dal periodo di sospensione gli consenta di perfezionare utilmente l'accordo, ottenendo l'adesione dei creditori strategicamente opportuni¹¹⁴.

Appare dunque giustificabile, in modo tale da usufruire di un valido

¹¹³ La pendenza del procedimento deve essere resa conoscibile a ogni creditore, in modo tale da permettere a ciascuno di esercitare il loro diritto di difesa intervenendo in contraddittorio sull'istanza di sospensione, comprendendo dunque sia i creditori con i quali sono in corso trattative, sia coloro che hanno sì sono dichiarati non disponibili, sia di quelli con i quali non sono in corso negoziazioni.

¹¹⁴ Come afferma ancora B. INZITARI, *Nuova disciplina accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, cit., p. 26 «se pur l'effetto della sospensione si verifica immediatamente dal momento del momento della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, il Tribunale entro trenta giorni deve fissare l'udienza nella quale dovrà verificare l'esistenza dei presupposti per pervenire all'accordo di ristrutturazione e, nel caso di accoglimento dell'istanza, dovrà assegnare un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione del professionista. In conclusione, con l'attivazione di questo procedimento, il debitore potrà contare su un periodo di moratoria che comunque non dovrebbe essere superiore ai tre mesi».

strumento protettivo, il conferimento in *trust* del patrimonio funzionale all'accordo di ristrutturazione¹¹⁵. Infatti, mentre il legislatore prevede una sospensione di durata "onerosa" per l'imprenditore in crisi, abbastanza circoscritta nel tempo e comunque non automatica, la separazione patrimoniale assicurata dal *trust* consentirebbe un blocco duraturo delle azioni esecutive individuali (sul modello statunitense del c.d. *automatic stay*), oltre alla possibilità di nominare un *guardian* da far designare al Tribunale, pervenendo alla emersione di una sorta di organo di vigilanza con funzioni analoghe a quelle del commissario giudiziale.

Ad ogni modo, nel caso in cui il *trust* leda gli interessi dei creditori, ai sensi dell'art. 15 della Convenzione de L'Aja, questi potranno comunque agire sperando la tutela loro accordata dalla *lex fori* ossia esercitando l'azione revocatoria ordinaria o fallimentare¹¹⁶.

11.3. *Il trust come mezzo cautelare e conservativo*

Si è visto come l'istituzione in *trust* di parte del patrimonio del debitore al fine di proteggerlo nello *spatium temporis* della fase delle trattative sia non solo legittima ma altresì utile poiché la costituzione di tale negozio sopprimerrebbe alla evidente lacuna di una efficiente regola di *automatic stay* nella fase prenegoziale.

Sono infatti assenti nella normativa fallimentare dispositivi idonei a creare quella sorta di "camera iperbarica" che assicuri all'imprenditore un'adeguata protezione nello stadio antecedente alla "esplosione" della crisi, in un momento in cui questa non sia ancora conclamata, creando le condizioni per cui questi possa palesare tempestivamente le difficoltà economico-finanziarie in cui versa l'impresa.

L'imprenditore non ha infatti interesse all'emersione delle crisi, se non è specificatamente incentivato ovvero se non è adeguatamente scoraggiato dal proseguire una gestione dell'impresa in stato di decozione¹¹⁷. Ciò comporta

¹¹⁵ Cfr. F. FIMMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 26.

¹¹⁶ Si ricorda in proposito, cfr. Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 171.

¹¹⁷ Come anticipato, la stagione delle riforme della disciplina fallimentare non ha adottato strumenti, previsti negli Stati Uniti con la procedura del *Chapter XI*, di c.d. allerta o di pressione dei creditori coerentemente con il trasferimento del controllo dell'impresa in crisi dai soci ad essi, in quanto fornitori del capitale di rischio attraverso la loro legittimazione, concorrente e successiva a quella del debitore, alla presentazione del piano di ristrutturazione (si veda in merito § 1121 del *Bankruptcy Code*). In effetti, alcune precedenti proposte di riforma avevano previsto obblighi di comunicazione, a carico di pubblici ufficiali, di amministrazioni pubbliche e degli organi di controllo delle società di capitali, come emerge dall'art. 2, lett. b, rubricato «Principi direttivi», con specificazione nel successivo art. 3, rubricato «Istituti di allerta e prevenzione», dello schema di legge delega della Commissione ministeriale istituita con d.m. 28 novembre 2001, in A. JORIO-S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, p. 256. Ora, l'art. 4 dello Schema di disegno

una crescente dilatazione dell'esposizione debitoria, il rischio di dispersione del patrimonio dell'impresa, nonché il depauperamento del suo valore ¹¹⁸.

Viste le difficoltà e i rischi insiti nel meccanismo di protezione anticipata previsto dall'art. 182-bis l. fall. – e in assenza di sistemi codificati di allerta o prevenzione funzionali alla tempestiva emersione della crisi – sarebbe ipotizzabile il ricorso al subprocedimento di natura cautelare stabilito dall'art. 15, comma 8, l. fall. per tutelare il patrimonio dell'impresa.

In tale disposizione si riconosce al Tribunale fallimentare la facoltà di emettere provvedimenti cautelari o conservativi atipici volti genericamente «a tutela del patrimonio e dell'impresa», al fine di evitare depauperazioni a vantaggio solo di una parte del ceto creditorio, considerando che l'istanza di fallimento di per sé non è produttiva di effetti conservativi ¹¹⁹. Sarebbe in effetti suggestiva l'ipotesi di piegare tale istituto – previsto nell'ambito della fase istruttoria prefallimentare e interpretato come funzionalmente riferito all'esercizio provvisorio o all'affitto d'azienda ¹²⁰ – alle esigenze che presenta la fase delle trattative in vista di un accordo di ristrutturazione.

L'imprenditore in crisi potrebbe richiedere tali provvedimenti cautelari c.d. extravaganti o atipici per salvaguardare il proprio patrimonio da even-

di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 – poi contrassegnato dal n. 3671-bis e approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 – vede tra le principali innovazioni l'introduzione di “Procedure di allerta e mediazione”, su cui si rinvia al capitolo IV, nota 4.

¹¹⁸ Si vedano in merito M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 46 e A. PATTI, *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Il Fall.*, 2010, p. 1087.

¹¹⁹ Si tratta di effetti conservativi anteriori alla domanda giudiziale finalizzata a ottenere l'ammissione ad una procedura concorsuale, diretti a tutelare il patrimonio sia dalle possibili azioni dispositive del debitore, sia dalle eventuali iniziative creditorie lesive delle ragioni del concorso, in modo da permettere la temporanea prosecuzione dell'attività su istanza preventiva del soggetto che provoca la dichiarazione d'insolvenza. Inoltre si evita l'adozione della dichiarazione di insolvenza al semplice obiettivo di anticipare il c.d. periodo sospetto o in generale gli effetti costitutivi della sentenza. Vale tuttavia osservare che in questa sede, il Tribunale fallimentare non può sospendere eventuali procedure esecutive in corso, in quanto tale potere è proprio del giudice dell'esecuzione sino a quanto non sia iniziata la procedura esecutiva con l'operabilità del divieto di cui all'art. 51 l. fall. Si vedano in merito M. FERRO, *I poteri del giudice delegato nell'istruttoria sull'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1037; B. INZITARI, *Sostituzione cautelare dell'amministratore per l'istruttoria prefallimentare ex art. 15 penultimo comma, l. fall.*, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 345; F. FIMMANÒ, *I provvedimenti cautelari a tutela dell'impresa in crisi*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 417; F. DE SANTIS, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari*, in *Il Fall.*, 2009, p. 80; R. BELLÈ, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Il Fall.*, 2011, p. 5.

¹²⁰ Così, in particolare, M. FERRO, *I poteri del giudice delegato nell'istruttoria sull'insolvenza*, cit., p. 1037; M.L. DEMARCHI-M. ARATO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa*, in AA. Vv., Milano, 2008, p. 233; A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, *passim*.

tuali azioni individuali dei creditori a danno del concorso, e avere quindi la possibilità di presentare un accordo di ristrutturazione fattibile¹²¹. D'altra parte riceverebbe un'adeguata tutela dalla nomina di un amministratore del patrimonio e dell'impresa, rappresentato da un professionista individuato dal giudice, con poteri limitati alle negoziazioni per raggiungere l'accordo.

La giurisprudenza, pur ammettendo l'applicabilità dei provvedimenti conservativi ex art. 15, comma 8, l. fall. anticipando gli effetti della procedura di amministrazione straordinaria¹²², ha finora negato l'anticipazione del divieto di azioni esecutive proprie dell'art. 182-bis, comma 7, l. fall. in base alla considerazione che tale effetto è collegato all'attuazione di determinati oneri previsti dal legislatore¹²³. Nondimeno, la stessa giurisprudenza, ha affermato la

¹²¹ Si veda in proposito Trib. Busto Arsizio, 28 luglio 2009, in *IlCaso.it*, il quale, su istanza dello stesso debitore (che, all'udienza per la dichiarazione di fallimento nel procedimento promosso da un creditore, domandava un rinvio utile a presentare una domanda di concordato preventivo), ha disposto la sospensione in via cautelare di un'esecuzione forzata pendente, in modo da poter presentare una domanda di concordato preventivo, ritenendo in particolare che «la ricorrenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* sotto il profilo sia dell'opportunità di evitare la vendita dei macchinari utili alla prosecuzione dell'attività in vista dell'imminente presentazione di un piano di ristrutturazione dei debiti che potrebbe facilitare l'accesso agli ammortizzatori sociali per i numerosi dipendenti [...], sia dell'esigenza di preservare la par condicio creditorum nell'ipotesi in cui dovesse accertarsi lo stato di insolvenza del debitore». Si veda inoltre Trib. Chieti, 16 febbraio 2010, in *IlCaso.it*. In dottrina cfr. su tutti S. DE MATTES, *Istanza di fallimento del debitore: L'istruttoria prefallimentare*, in G. FAUCEGLIA-L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, I, p. 152. In merito V. VITALONE, in S. CHIMENTI-R. RIEDI-V. VITALONE, *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, p. 31, osserva che «a ben vedere sembra più corretto ritenere che tutti i provvedimenti, sia cautelari che conservativi eventualmente adottati in questa fase, abbiano carattere necessariamente atipico, e cioè siano veri e propri provvedimenti d'urgenza assunti fuori degli schemi dei provvedimenti cautelari tipici. Basta in tal senso osservare che il Tribunale non sembrerebbe legittimato ad emettere né un sequestro giuridiziaro, in mancanza di una controversia sulla proprietà o sul possesso, né il sequestro conservativo poiché l'istruttoria prefallimentare non ha come suo scopo quello di precostituire una garanzia a favore del creditore istante».

¹²² In proposito, cfr. Trib. Vibo Valentia, 19 marzo 2010, in *IlCaso.it*.

¹²³ Esplicitamente in tal senso si veda Trib. Venezia, 2 agosto 2011, in *Unijuris.it*; Trib. Terni, 13 aprile 2011, in *IlCaso.it*; Trib. Prato, 4 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2011, p. 340, con nota di S. PACCHI, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione*. Altre pronunce hanno affermato che i provvedimenti in parola assolvono alla funzione di assicurare la temporanea conservazione del patrimonio dell'impresa in vista del fallimento o del rigetto della relativa istanza, non contemplandone dunque un'applicazione al fine di anticipare gli effetti connessi alla instaurazione di procedure concorsuali diverse come quella di concordato preventivo: cfr. in merito Trib. Monza, 20 novembre 2009, in *IlCaso.it*; e Trib. Biella, 9 ottobre 2009, *ivi*. Secondo certa dottrina, sarebbe arduo piegare il perseguimento delle istanze conservative e cautelari sottese alla previsione dell'art. 15, comma 8, l. fall., alle esigenze di un accordo di ristrutturazione che inevitabilmente richiede operazioni straordinarie idonee ad incidere sugli assetti proprietari della società. In proposito, cfr. le riflessioni di F. FIMMANÒ, *I provvedimenti cautelari a tutela dell'impresa in crisi*, cit., p. 417; M. SIMEON, *La tutela cautelare nell'istruttoria prefallimentare*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 934.

possibilità che nell'ambito di tali misure cautelari, possa essere adottato un provvedimento con contenuto analogo a quello previsto dall'art. 2409 c.c., avente natura cautelare provvisoria, che preveda la nomina di un amministratore giudiziale con il compito di salvaguardare i valori aziendali nell'interesse dei creditori fino alla conclusione dell'eventuale accordo di ristrutturazione¹²⁴. In tal modo, tuttavia, si esautorerebbe l'organo amministrativo.

Data la difficoltà di percorrere la via "legislativa" non rimane dunque che rivolgersi allo strumento civilistico del *trust*.

L'imprenditore in crisi dunque può avviare le trattative con i creditori c.d. "forti" su un piano che presenti le caratteristiche di un accordo di ristrutturazione istituendo un *trust*, per poi innescare, una volta raggiunte le condizioni per l'omologa richieste dall'art. 182-bis l. fall., il momento pubblicistico.

Men che meno si ravvisano ostacoli alla costituzione di un *trust* nell'ambito dell'effetto protettivo di derivazione legale. Infatti, la novella del 2010 con riferimento al comma 6 dell'art. 182-bis è finalizzata sì ad approntare un effetto protettivo per l'imprenditore che ha già avviato delle trattative sulla base di una proposta di accordo, ma non costituisce un vincolo per lo stesso imprenditore, il quale, come detto, conserva pienamente la facoltà di disporre del proprio patrimonio. Non sussiste, infatti, oltre al divieto di costituzione di titoli di prelazione non concordati, ovvero coattivi, anche il divieto del pagamento dei debiti pregressi, al pari non concordati, cioè non previsti nella proposta di accordo accettata¹²⁵.

In proposito, vale sottolineare come una provvedimento di merito¹²⁶ abbia riconosciuto meritevole di tutela il *trust* con il quale il fideiussore di una società che intendeva presentare una domanda di concordato preventivo aveva apposto sui propri beni un vincolo di destinazione a favore dei creditori del concordato e, al contempo, aveva preservato i beni dall'aggressione dei creditori per evitare che questi potessero acquisire diritti di supremazia o comunque posizioni di privilegio in grado di compromettere il soddisfacimento delle loro ragioni di credito, secondo un criterio strettamente proporzionale tra l'entità dei crediti e quella del patrimonio costituito in *trust* e posto a garanzia dei loro diritti.

Secondo questa giurisprudenza, infatti, tale *trust* persegue «la finalità di assicurare i creditori sulla non dispersione del patrimonio personale del fideiussore e sulla successiva liquidazione degli immobili conferiti e si pone in collegamento con la volontà di raggiungere la soluzione della crisi della società garantita tramite concordato. L'atto di segregazione non persegue,

¹²⁴ Così, Trib. Prato, 4 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2011, p. 340.

¹²⁵ Come osserva opportunamente S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Gli "accordi di ristrutturazione"*, cit., p. 30 è infatti molto più destabilizzante pagare un debito, che garantirlo con la costituzione di un titolo di prelazione.

¹²⁶ Cfr. Trib. Forlì, 5 febbraio 2015, in *IlCaso.it*.

pertanto, il mero intento di distogliere dai creditori il patrimonio del disponente allo scopo di renderlo inattaccabile, ma quello di facilitare la procedura di concordato assicurando ai creditori una parità di trattamento».

Occorre, pertanto, ribadire come l'istituzione di un *trust* possa soddisfare in concreto interessi meritevoli di tutela, pienamente rispondenti a quelli perseguiti dell'ordinamento concorsuale ma non efficacemente raggiungibili attraverso l'applicazione del meccanismo di cui all'art. 182-bis l. fall. Attraverso la separazione patrimoniale prodotta, infatti si supplisce alle lacune legislative individuando quell'efficiente *juste milieu* che consente di favorire il superamento della crisi senza pregiudicare la posizione dei creditori.

12. *Il trust come strumento di gestione ordinata della crisi*

12.1. *La funzione di controllo dell'attuazione sull'accordo di ristrutturazione*

Nel paragrafo precedente si è visto come l'imprenditore in crisi potrebbe sfruttare l'effetto segregativo prodotto dal *trust* e sancito dalla Convenzione de L'Aja (art. 11), al fine di preservare, fin dal trasferimento dei beni al *trustee*, i propri beni dalle aggressioni esecutive dei creditori (del disponente o del *trustee*) il cui agire non è agevolmente coordinabile.

L'uso del *trust* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione tuttavia rappresenterebbe altresì un sicuro mezzo di razionalizzazione delle posizioni. Infatti, nella fase attuativa consentirebbe un controllo sulla conformità dell'accordo alla propria funzione economico-sociale che mira al recupero dell'attività d'impresa e alla cessazione dello stato di crisi. In particolare, tale strumento permette di distinguere nettamente i "personaggi" della ristrutturazione: l'imprenditore-*settlor*, il *trustee* titolare dei poteri di gestione, e i creditori beneficiari, divisi al proprio interno tra aderenti ed estranei all'accordo.

Lo schema ordinario dell'accordo di ristrutturazione vede l'imprenditore in crisi assumere la qualifica di "disponente" sul piano meramente obbligatorio, che si impegna a cedere a terzi o ai creditori aderenti parte del patrimonio aziendale, conservando i poteri di gestione o trasferendoli ad uno o più dei creditori aderenti.

Il *trust* può spiegare la sua utilità sotto il profilo del controllo sull'attuazione dell'accordo di ristrutturazione in senso garantistico. Giova ribadire infatti che gli accordi di ristrutturazione hanno genesi e fisiologia privatistica propri di un contratto di durata, nel quale si innesta il momento di verifica giudiziale della sussistenza di determinati requisiti, il quale attribuisce effetti legali ulteriori, rispetto agli ordinari effetti che il diritto dei contratti ricollega all'incontro tra valide manifestazioni di volontà, ovvero la protezione dalle iniziative revocatorie rispetto alle iniziative dei creditori esterni.

Come osservato al capitolo precedente, il giudice con il giudizio di omologa *functus est munere suo*, arrestando il suo esame all'accordo quadro,

senza controllarne l'attuazione per mezzo dei contratti esecutivi, la quale è totalmente affidata all'autonomia privata. Il *trustee* infatti svolge la sua funzione di gestione godendo di ampia autonomia, nel rispetto ovviamente dei vincoli stabiliti nell'atto istitutivo e della legge regolatrice del *trust* scelta dalle parti¹²⁷.

La circostanza che il *trustee* assuma la veste di "gestore non proprietario" potrebbe indurre a ritenere il meccanismo del *trust* inadeguato a permettere una gestione dell'impresa in accordo con gli interessi proprietari, dato che – a differenza dell'amministratore di una società – il fiduciario non ricava astrattamente alcun guadagno dai risultati della gestione, tanto meno rischia in proprio¹²⁸.

Tuttavia, giova osservare come nell'atto istitutivo del *trust* possa essere prevista una retribuzione del *trustee* qualora questi agisca come *trustee* professionale (vi sono infatti persone giuridiche che svolgono l'attività di *trustee* a titolo esclusivo). Inoltre, il *trustee* sarebbe comunque soggetto alle ordinarie regole di diritto comune e quindi eventualmente destinatario di azioni di responsabilità nonché di ingiustificato arricchimento¹²⁹. In aggiunta, qualora il *trustee* ometta di portare avanti alcun concreto programma liquidatorio, o ad esempio conceda finanziamenti a proprio favore, utilizzi gli immobili in *trust* senza corrispettivo ovvero ometta qualsiasi rendiconto ai creditori che ne avevano fatto richiesta, può essere revocato con un procedimento di urgenza¹³⁰.

Nella distribuzione delle risorse tra i creditori l'istituto del *trust* può quindi attenuare le principali conseguenze che sul piano delle asimmetrie distributive l'esecuzione dell'accordo può produrre tra creditori aderenti e non. Proprio in favore di questi ultimi il *trust* esplica le sue virtù, dando la possibilità all'istituto di cui all'art. 182-bis di meglio realizzare il principale dei propri requisiti sul piano fallimentare: ovvero quello di assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei¹³¹. Grazie al *trust*, dunque, si "recupe-

¹²⁷ È opportuno prevedere che all'atto della dazione solutoria al creditore-beneficiario, questi cessi di essere tale, in modo tale che questi manlevi il *trustee* approvando il suo operato. Allo stesso modo, nel caso in cui l'atto istitutivo contempli la possibilità per il *trustee* di effettuare pagamenti parziali al creditore-beneficiario: a fronte di pagamenti parziali i creditori-beneficiari, benché non integralmente soddisfatti, deve manlevare parzialmente il *trustee*. È possibile inoltre realizzare una *datio in solutum* nell'ipotesi che si assegni all'atto istitutivo del *trust* un effetto immediatamente estintivo delle obbligazioni precedentemente contratte ovvero un patto di adempimento o di prestazione in luogo di adempimento. Si veda in merito M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 592.

¹²⁸ Si veda in proposito l'attenta analisi di E. GINEVRA, *Crisi d'impresa e trust*, in F. BARACHINI, *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, Torino, 2014, p. 117.

¹²⁹ In merito cfr. l'oculata disamina di F. CORSINI, *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino, 2012, pp. 29 ss.

¹³⁰ Cfr. Trib. Milano, 22 gennaio 2013, in *Trusts e att. fid.*, 2013, p. 537.

¹³¹ Nel *trust*, a differenza di quanto accade nel contratto a favore di terzo, il *settlor* non si limita a far acquistare al *fiduciario* determinati obblighi nei confronti del *beneficiary*,

rerebbero” nell’operazione economica i creditori estranei all’accordo, i quali, avrebbero così sicuramente maggiore tutela nella loro aspettativa di essere pagati per l’intero¹³².

Si potrebbe infatti affidare al *trustee* – meglio se costituito da una società partecipata anche dai creditori in proporzione ai rispettivi crediti – il patrimonio dell’impresa incrementato dai finanziamenti dei terzi o degli stessi creditori (gli istituti di credito maggiormente esposti e dunque più interessati al salvataggio), prevedendo una massa principale segregata a favore degli aderenti all’accordo, ed una “sub-massa” residua per i creditori non aderenti: in questo modo si assicurerebbe meglio la destinazione e si favorirebbe l’esecuzione del programma di risanamento¹³³.

In tal modo, si conseguirebbe l’obiettivo di trasferire l’attivo ai creditori in forme diverse dalla vendita, con la realizzazione del loro interesse, in qualità di titolari dei capitali investiti nell’impresa in crisi, sia dal punto di vista soddisfattivo – essendo loro affidata la garanzia reale sul valore del patrimonio dell’impresa – sia dal punto di vista partecipativo, attraverso i poteri di indirizzo, controllo e in ampia misura di gestione¹³⁴.

Tali poteri – esercitati con poteri proporzionali al proprio credito – sarebbero utilizzati non dai singoli, ma dalla collettività dei creditori, conservando ciascuno la facoltà di rivolgersi al Tribunale, al pari di ogni interessato, anche in via di urgenza, qualora venga violato il vincolo di programma che ne costituisce lo scopo.

Inoltre, i creditori, essendo loro inibita la proposizione di azioni esecutive individuali, avranno maggiore sicurezza di ottenere la prestazione dovuta senza la mediazione giudiziale bensì direttamente dal *trustee* loro fiduciario. Qualora quest’ultimo trasferisca illegittimamente i beni a terzi, i creditori avranno inoltre il diritto di recuperarli, salvo gli effetti degli acquirenti di buona fede.

ma trasferisce la “proprietà formale” (*legal estate* o *trust-ownership*) al *trustee* e la “proprietà sostanziale” (*equitable estate* o *beneficiary-ownership*) al *beneficiary*. Quindi, nel contratto a favore di terzo quest’ultimo acquista il diritto dal promittente, mentre nel *trust* il *beneficiary* acquista la proprietà al momento della costituzione del *trust* da parte del *settlor* e dunque direttamente da questo.

¹³² Si vedano in tal senso le lucide riflessioni di L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell’insolvenza di cui all’art. 182 bis l. fall.*, cit., p. 403.

¹³³ Cfr. V. GRECO, *Trust e accordi di ristrutturazione e di attuazione del piano*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il correttivo della riforma fallimentare*, Torino, 2008, p. 212; Id., *Il trust nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 772.

¹³⁴ Sull’interesse dei creditori a partecipare alla gestione della crisi d’impresa si vedano le osservazioni di V. DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, cit., p. 19, e L. STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 195, il quale con una metafora efficace spiega che «mentre nelle procedure di liquidazione si procede a una vendita del patrimonio del debitore sul mercato, nelle procedure di riabilitazione si procede a una «vendita» fittizia del patrimonio ai creditori. Sono cioè i creditori che, normalmente dopo un voto favorevole, «acquistano un diritto», di varia tipologia, sul patrimonio del debitore, pagandolo con il loro credito».

Il *trustee* potrebbe essere affiancato da un guardiano (c.d. *enforcer* o *protector*), a composizione individuale o collegiale, indicato dal Tribunale oppure nominato da alcuni creditori o persino composto da questi ultimi¹³⁵. Tale figura assolverebbe all'esigenza di monitorare i modi e i tempi di esecuzione dell'accordo, nel rispetto delle disposizioni del *trust*, configurando una sorta di "commissario giudiziale" di origine privatistica. Questi potrà eventualmente anche autorizzare il compimento di determinati atti di esecuzione solo se non ravvisa la sussistenza di un dissesto irreversibile, e approvare il rendiconto finale del *trustee*¹³⁶.

In considerazione di tali compiti, è necessario che il guardiano sia indipendente dal *trustee* e titolare del diritto d'accesso a qualunque informazione o documento relativo al *trust*, al suo patrimonio ed alla sua amministrazione¹³⁷. A differenza dell'imprenditore-*settlor* il guardiano potrà altresì agire nei confronti del *trustee* in caso di inadempimento di questo¹³⁸.

¹³⁵ Si potrebbe ad esempio nominare *protector* il presidente del *committee* che monitora, per le banche del *pool*, la ristrutturazione.

¹³⁶ Si evidenzia come nell'ambito del concordato preventivo non sia infrequente la nomina del *protector* nella persona del commissario giudiziale, al fine di esercitare sul *trustee* gli stessi poteri che il Giudice esercita nei confronti dei Commissari giudiziari. Si veda su tutti Trib. Napoli, 19 novembre 2008, in *Il Fall.*, 2009, p. 325, e, con riferimento al piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, lett. d, l. fall., Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 171.

¹³⁷ Giova evidenziare come nella *law of trusts* inglese non sia prevista una definizione di *protector* o di *guardian*, sebbene tali figure siano abbastanza diffuse. In proposito cfr. D. HAYTON-P. MATTHEWS-C. MITCHELL, *Underhill & Hayton Law of Trusts and Trustees*, Londra, 2010, nn. 1.80 ss., p. 48.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Londra-New York, 2010, p. 953; R. HAM-E. CAMPBELL-M. TENNET-J. HILLIARD, *Protectors*, in J. GLASSON-G. THOMAS (a cura di) *The International Trust*, Bristol, 2006, p. 194-196; per quanto attiene l'ordinamento americano, E.C. HALBACH, *Uniform Acts, Restatements, and Trends in American Trust Law at Century's End*, in 88 *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 1916, individua nella figura del *protector* «an important recent development in trust and estate planning practice, especially in connection with offshore trusts», precisando come «the diverse types of protectors and the sheer variety of their uses and powers create serious difficulties in attempting to generalize about the nature of the protector's role and obligation». In proposito, S.E. STERK, *Trust Protectors, Agency Costs, and Fiduciary Duty*, in 27 *Cardozo L. Rev.*, 2006, p. 2764 (e in *Trusts*, 2007, p. 504) ha evidenziato che l'istituto del *protector* è nato nelle giurisdizioni offshore allo scopo di rendere, per mezzo della possibilità così concessa al *settlor* di mantenere dei poteri di controllo sul *trustee*, i *trusts* di protezione patrimoniale più attraenti per i *settlers* stranieri, sottolineando tuttavia come tale figura «provides at best a modest amelioration of the agency cost problem, not a complete solution. The trust protector, too, is only an agent».

¹³⁸ Nel negozio fiduciario è invece presente un'azione diretta del disponente: si riscontra infatti la legittimazione attiva del fiduciante anche in ragione del suo potere di controllo e di direttiva. Sugli obblighi di corretta amministrazione incombenti sul *trustee* giova ricordare quanto affermato da Cass., 13 giugno 20058, n. 16022, in *Foro it.*, 2009, 5, I, p. 1555, «La carica di coamministratore di un *trust* rappresenta un "munus" di diritto privato. Tale incarico non si sostanzia ed esaurisce nel compimento di un singolo atto giuridico (come nel mandato) bensì in un'attività multifortme e continua che deve essere sempre improntata a principi di correttezza e diligenza. Non a caso, le norme di cui agli art. 334,

Il guardiano rappresenta una figura particolarmente importante in quanto ha il compito di vigilare sull'operato dei *trustee* in ordine al rispetto delle disposizioni del *trust*. Il guardiano godrebbe infatti dei diritti di rendiconto e di informativa (e quindi anche di ingerenza e di veto). Tali prerogative, che normalmente connotano i beneficiari, sarebbero tuttavia esercitati non al fine del soddisfacimento di un interesse prettamente individuale bensì in modo da assicurare la piena rispondenza fra l'operato del *trustee* e la finalità del *trust*. Per tale ragione il guardiano deve essere un soggetto indipendente dal *trustee*¹³⁹.

L'uso del *trust* potrebbe quindi costituire un'utile strumento al fine di agevolare la gestione dell'operazione di ristrutturazione. In proposito, giova ricordare come la Raccomandazione della Commissione UE del 12 marzo 2014, n. 2014/135/UE preveda che il giudice possa nominare obbligatoriamente un mediatore o un supervisore per assistere il debitore e i creditori nel condurre a buon fine i negoziati sul piano di ristrutturazione o per sorvegliare l'attività del debitore e dei creditori e prendere le misure necessarie per tutelare i legittimi interessi di uno o più creditori o terzi eventuali.

12.2. *Il trust come alternativa alla costituzione di una newco*

L'utilità e l'efficienza del *trust* si ravvisano anche nell'idoneità di tale strumento a rappresentare un'adeguata alternativa alla costituzione di una *newco*, assicurando, attraverso l'effetto segregativo, una gestione ugualmente protetta del progetto di ristrutturazione debitoria in funzione soddisfattiva dei creditori (al pari della previsione di cui all'art. 160, comma 1, lett. b, l. fall.)¹⁴⁰.

in tema di usufrutto legale, e 183, in tema di comunione legale, del codice civile, contemplano la possibilità della revoca per avere "male amministrato": formula necessariamente generica e lata, che può cibcretarsi non solo per effetto di specifiche violazioni di legge ma anche quando l'assolvimento della funzione non sia, nel complesso, improntato alla diligenza richiesta dalla natura fiduciaria dell'incarico, così da riuscire lesivo degli interessi che l'istituto mira a proteggere».

¹³⁹ Cfr. P. MATTHEWS, *Trusting On Purpose: The Trusts (Amendment no:3) (Jersey) Law 1996*, in *Jersey Law Review*, 1997.

¹⁴⁰ La riforma fallimentare nel quadro delle soluzioni innovative alla crisi di impresa ha infatti consegnato la possibilità di costituire "veicoli societari", cui conferire l'azienda (rami della stessa o beni e rapporti aggregati) in prospettiva della vendita, potendo anche divenire, fino al momento della vendita a terzi, un "veicolo dinamico" anche per l'esercizio concreto dell'attività economica, con amministratori nominati dalla procedura. Tale meccanismo si inserisce nell'ambito della nuova visione della disciplina fallimentare, maggiormente diretta alla riallocazione della ricchezza da un'attività in perdita. Del resto, in luogo della vendita, il curatore potrebbe soddisfare i creditori concorsuali mediante l'assegnazione delle partecipazioni della società veicolo: in tal modo si verificherebbe una liquidazione mediante un vero e proprio conferimento, irrealizzabile però con lo strumento del *trust*. Si vedano in merito le riflessioni di F. FIMMANÒ-C. ESPOSITO, *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, Milano, 2006, p. 114; C. MAGGI, *La liquidazione mediante con-*

Tale soluzione non lascia esenti da pericoli i creditori, ai quali saranno attribuite partecipazioni in tale società costituita *ad hoc*, divenendo titolari o di capitale di rischio ovvero di obbligazioni o titoli di debito. Nel primo caso si accollerebbero l'onere di esercitare i diritti amministrativi dei soci nell'assemblea, assumendosi altresì il rischio che la *newco* non raggiunga l'obiettivo perseguito o che sia trascinata a sua volta nelle "sabbie mobili" dell'insolvenza. Nella seconda ipotesi i creditori si ritroverebbero a partecipare ad una società senza alcun diritto amministrativo, dovendosi dunque affidare a terzi¹⁴¹.

Si potrebbe tentare di ovviare alle suddette criticità attraverso lo strumento dei patrimoni destinati ad uno specifico affare previsti dagli art. 2447-bis ss. c.c.¹⁴².

Osta tuttavia a tale soluzione la nozione di "affare" con riferimento alla disciplina dei patrimoni destinati. Nel codice tale termine è impiegato come sinonimo di "atto giuridico" o di "contratto", tuttavia non è presente una definizione specifica¹⁴³. Il formante giurisprudenziale, pronunciandosi in tema di mediazione, ha tentato di supplire a tale assenza designando come "affare" un'operazione economica¹⁴⁴. Tuttavia, questa definizione mal si adatterebbe al fenomeno dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, posto che, essendo stati previsti con la finalità di favorire lo sviluppo e la competitività delle imprese¹⁴⁵, sarebbero costretti ad un utilizzo limitato ad una singola operazione economica.

ferimento: commento all'art. 105, ottavo comma, l. fall., in Il Fall., 2008, p. 1371; C. FERRI, Liquidazione mediante conferimento in società dell'azienda, di rami di essa ovvero di beni o crediti, in Il Fall., 2009, p. 59; L. GUGLIEMUCCI, Liquidazione dell'attivo fallimentare che preveda il conferimento dell'azienda in una new co e la successiva vendita dell'intero pacchetto azionario, in Contr. e impr., 2008, p. 551.

¹⁴¹ Si veda in merito C. D'ARRIGO, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 452.

¹⁴² L'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, sebbene non abbia avuto larga fortuna, consente astrattamente di raggiungere, benché in maniera più celere e senza un dispendio elevato, un risultato analogo alla costituzione di una nuova società funzionale alla realizzazione di specifici affari, ottenendo una parcellizzazione del ceto creditore. Tale strumento permette dunque di contenere i costi, di ampliare le modalità di finanziamento oltre che di limitare il rischio di impresa, evitando la sua estensione all'intera società la quale vuole perseguire determinati fini economici solo con alcune risorse limitate. Sia consentito in proposito il rinvio a I.L. NOCERA, *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, cit., p. 1090, e F. TOSCHI VESPASIANI, *I patrimoni ed i finanziamenti destinati ad uno specifico affare nella riforma del diritto societario*, in *Studium iuris*, 2004, p. 587.

¹⁴³ Il termine "affare" si ritrova nel codice civile solo marginalmente in relazione al contratto di mandato (artt. 1716, 1721 e 1725 c.c.), di mediazione (artt. 1754-1756, 1758 e 1759 c.c.) e al contratto di associazione in partecipazione (art. 1549 c.c.), laddove si stabilisce che l'associato può attribuire all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa, o di uno o più "affari".

¹⁴⁴ Così Cass., 19 luglio 2002, n. 10553, in *Mass. Foro it.*, 2002, p. 1283.

¹⁴⁵ Si veda al proposito la Relazione al d.lgs. n. 6/2003 il cui testo integrale è riportato in *Riv. soc.*, 2003, p. 113.

Si darebbe invece all'istituto di cui agli artt. 2447-*bis* ss. la possibilità di esprimersi in tutto il suo potenziale ove si interpretasse la formula "specifico affare" come inclusiva, oltre che di singole operazioni economiche, anche di una serie di operazioni interconnesse, unite dalla medesima destinazione, fino a costituire un'attività economica diretta a realizzare nuova ricchezza ed in cui tutti i beni sono impiegati al fine di essere introdotti in un unico ciclo produttivo¹⁴⁶.

Ad ogni modo, considerando anche che la funzione di tale *figura iuris* è quello di costituire una scelta alternativa alla società unipersonale, comunque volta ad incoraggiare lo sviluppo e la competitività delle imprese, non pare esserci spazio per una nozione di affare che possa comprendere la liquidazione del patrimonio immobiliare¹⁴⁷.

L'istituzione di un *trust* in luogo di una *newco* presenterebbe, quindi, l'innegabile vantaggio per i creditori in termini di costi di costituzione ed amministrazione. Questi infatti da una parte eviterebbero un diretto accollo di oneri e rischi gestionali derivanti dalla determinazione della strategia aziendale o dalla partecipazione al capitale di rischio; dall'altra, una volta esaurita la funzione del *trust* con la liquidazione dei beneficiari (*id est* i creditori medesimi), conserverebbero il diritto al pagamento dei loro crediti, o all'eventuale partecipazione agli utili di impresa.

Considerando inoltre che l'accordo di ristrutturazione può assolvere altresì la funzione di agevolare la liquidazione¹⁴⁸, è indubbia l'utilità dello

¹⁴⁶ A supporto di tale soluzione concorrono inoltre, sistematicamente, sia l'art. 2447-ter, lett. c, c.c. nel quale il riferimento alla esigenza di prevedere un piano economico finanziario, unitamente alla necessità di puntualizzare le modalità e le regole relative all'impiego del patrimonio impediscono l'interpretazione del termine "affare" nel senso di un singolo atto giuridico, sia l'art. 2447-septies c.c., il quale, disponendo che per ciascun patrimonio destinato gli amministratori debbono redigere un separato rendiconto, allegato al bilancio, sembra apertamente alludere alla possibilità di un affare rappresentato da un ramo d'azienda. In merito cfr. C. COMPORTI, *Commento all'art. 2447-ter*, in M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6, II, Torino, 2003, p. 971; F. GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005; G.B. PORTALE, *Dal "capitale assicurato" alle "tracking stocks"*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 146.

¹⁴⁷ Si veda in merito E. SCODITTI, *Trust e fallimento*, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 472. Ipotizza l'utilizzo dell'istituto dei patrimoni destinati nell'ambito della gestione della crisi d'impresa A. CAPRIOLI, *Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2010, p. 104, nel caso in cui gli immobili del terzo siano stati vincolati allo svolgimento di un'attività idonea a produrre utili, nell'ambito dei quali soddisfare i creditori del debitore proponente il concordato.

¹⁴⁸ Si veda in merito G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 16; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2006, p. 129; *contra* G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1459; P. MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, cit., p. 101; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 708; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1093; L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizio-*

strumento *de quo* in un'ottica acceleratoria e di efficienza di gestione. Come anticipato, la flessibilità e la speditezza nell'amministrazione dei beni sarebbero infatti assicurate dall'effetto segregativo.

Anche in tal caso, qualora il *trust* si costituisse prima della presentazione della domanda di omologa sarebbe opportuno inserire una clausola che ne condizioni l'efficacia all'ottenimento del *placet* giudiziale¹⁴⁹.

12.3. Trust e “nuova finanza”

Grazie al meccanismo segregativo e alla costituzione del vincolo di destinazione che connota il *trust*, tale istituto consentirebbe inoltre alla ristrutturazione di meglio avvalersi anche di beni o “nuova finanza” nella titolarità di terzi disponibili a conferire parte del proprio patrimonio al fine di agevolare il tentativo di salvataggio dell'impresa¹⁵⁰.

Questi soggetti si inseriscono nell'operazione accollandosi parte dei debiti della ristrutturazione, in quanto sovente sono soggetti giuridicamente responsabili dei debiti dell'imprenditore, in ragione del loro ruolo di garanti nei confronti di taluni creditori forti ovvero perché soci illimitatamente responsabili, nei confronti dei quali è possibile estendere il fallimento ai sensi dell'art. 147 l. fall.¹⁵¹.

Tali beni possono essere offerti in garanzia delle obbligazioni assunte dall'imprenditore nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione o dati in cambio delle concessioni accordate dai creditori all'imprenditore in crisi.

L'apporto di finanza esterna all'accordo può altresì aver luogo facendo ricorso alla liquidazione di beni provenienti da una società terza, conferendo – come anticipato – il ricavato dalla liquidazione in un *trust* autodichia-

ne negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis l. fall., cit., p. 398; *contra* Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, p. 701.

¹⁴⁹ Si vedano, con riferimento all'innesto del *trust* in una proposta di concordato preventivo, le riflessioni di PATTI A., *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Il Fall.*, 2010, p. 1087, e C. D'ARRIGO, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 452, il quale, in particolare, propone l'alternativa, più rischiosa per i creditori, che il proponente il concordato preventivo o il terzo si impegnino ad istituire un *trust* entro un certo termine dall'omologa, stabilendo già nella proposta l'elenco dei beni che comporranno il patrimonio separato e il fine cui lo stesso sarà destinato.

¹⁵⁰ Per un caso paradigmatico in merito la già citata decisione del Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 425, dove il *trust* oggetto del provvedimento non riguarda i beni dell'imprenditore ma di uno dei soci illimitatamente responsabile per i debiti sociali.

¹⁵¹ Potrebbero trarre particolare profitto dall'istituzione di un *trust* nell'ambito della procedura di salvataggio anche i soggetti potenzialmente oggetto di azioni di responsabilità in caso di fallimento, ovvero titolari di beni distratti dall'imprenditore, in maniera da sottrarli alla garanzia patrimoniale, che la curatela tenterebbe di riacquistare alla massa in ipotesi di procedura fallimentare. Si vedano in merito le approfondite osservazioni di D. GALLETTI, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 895.

rato in cui sia indicato quale *trustee* il legale rappresentante di tale società e come beneficiari i creditori¹⁵².

Giova osservare come in giurisprudenza sia stata ritenuta ammissibile la proposta di concordato preventivo che contempli un'alterazione della *par condicio creditorum* limitatamente alla "nuova finanza" messa a disposizione dal terzo, rimanendo tale apporto svincolato dalla previsione dell'ultima parte del comma 3 dell'art.182-*quater* l. fall., nella misura in cui la sua collocazione in un *trust* autodichiarato liquidatorio lo renda irrilevante sullo stato economico del debitore proponente¹⁵³.

La Cassazione, del resto, prescindendo dalla c.d. *absolute priority rule*, ha affermato come l'apporto del terzo si sottragga al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati qualora risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società debitrice. Invero, non provoca né un incremento dell'attivo, sul quale i crediti privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado, né un aggravio del passivo della medesima, con il riconoscimento di ragioni di credito a favore del terzo, a prescindere dalla circostanza che tale credito sia stato o no postergato¹⁵⁴.

Risulta evidente l'utilità dell'istituto anglosassone anche con riferimento all'apporto di c.d. nuova finanza nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, sollevando l'operazione di finanziamento da opposti rischi.

Infatti, qualora i beni del terzo rimanessero nella sua titolarità, essi sarebbero aggredibili dai suoi creditori nelle more della realizzazione degli obiettivi dell'operazione di ristrutturazione; viceversa se fossero conferiti alla società in crisi essi si esporrebbero al rischio del fallimento di questa, dato che si confonderebbero nella massa fallimentare sebbene beneficiando della prededuzione *ex artt.* 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.

Invero, l'art. 182-*bis* l. fall. non tutela i beni dei terzi a garanzia dell'accordo, i quali sono esposti alle azioni esecutive o cautelari dei creditori particolari dei terzi medesimi. Solo mediante la segregazione patrimoniale realizzata con il *trust* i beni o la "nuova finanza" conferiti da terzi possono essere protetti dalle iniziative esecutive, venendo gestiti da un *trustee* in quanto funzionali all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione¹⁵⁵. Il *trust* si plasma quindi come struttura negoziale che vale a permettere una gestione proficua degli apporti economici del terzo, collocando i suoi apporti in una

¹⁵² Si veda in merito, con riferimento al concordato preventivo, Trib. Pescara, 29 ottobre 2014, in *IlCaso.it*.

¹⁵³ In tal senso, cfr. Trib. Chieti, 14 maggio 2013, in *IlFallimentarista.it*.

¹⁵⁴ Cfr. Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, p. 766. In proposito si rinvia alla giurisprudenza e alla dottrina citata al capitolo II, nota 39.

¹⁵⁵ Infatti, l'estensione prevista dall'art. 147 l. fall. per la procedura fallimentare comprende i soci illimitatamente responsabili ma non include i soggetti garanti né gli amministratori. Tale meccanismo è impresso in una norma eccezionale, come sostiene Cass., 30 agosto 2001, n. 11343, in *Il Fall.*, 2002, p. 621; Cass., 1° luglio 1992, n. 8097, in *Foro it.*, 1993, I, p. 859, conseguentemente non applicabile al concordato preventivo.

sfera giuridica distinta sia dal patrimonio di provenienza sia dal patrimonio del debitore.

Inoltre, il terzo che costituisce in *trust* propri beni vincolandoli a garanzia dell'accordo di ristrutturazione, in caso di fallimento successivo all'omologa, usufuirebbe, oltre che del beneficio della prededuzione, dell'esenzione dall'azione revocatoria ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e, l. fall. eventualmente esperita dai creditori dell'imprenditore in crisi.

È opportuno, tuttavia, valutare anche in tal caso in concreto la meritevolezza degli interessi cui è diretto l'atto istitutivo del *trust*, al fine di rimanere all'interno del perimetro stabilito dall'art. 15 della Convenzione de L'Aja, relativo alla protezione dei creditori. In proposito, occorrerà quindi ampliare la platea dei soggetti destinatari di tutela, avendo riguardo non solo ai creditori sociali, ma anche ai creditori particolari del terzo finanziatore.

Facendo salvi eventuali usi elusivi dell'istituto, il *trust* che ha ad oggetto beni del terzo finanziatore sarà quindi legittimamente adoperato qualora, secondo una valutazione prettamente prognostica, permetta una gestione adeguata ed efficace della crisi, nella prospettiva di accrescere e rafforzare l'effettiva possibilità di assicurare ai creditori aderenti quanto previsto dall'accordo di ristrutturazione e agli esterni l'integrale soddisfazione dei loro crediti.

In ogni caso, i creditori del terzo sono salvaguardati sul piano rimediale potendo richiedere il non riconoscimento dell'atto istitutivo del *trust*, ovvero, sussistendone i presupposti, l'azione revocatoria rispetto all'atto di conferimento dei beni.

Questa tutela è chiaramente utilizzabile dato che l'art. 67, comma 3, lett. e, l. fall. non menziona tra le esenzioni gli atti compiuti su beni di un terzo, e, trattandosi di norma eccezionale, non è ammesso l'argomento analogico rispetto alla lett. d dello stesso articolo, che invece comprende le garanzie concesse su beni del debitore. Del resto, non si comprende perché i creditori dei terzi dovrebbero risultare pregiudicati dall'esonerazione da revocatoria a beneficio della ristrutturazione di un'impresa che non tocca i loro interessi ¹⁵⁶.

13. L'esperibilità dell'azione revocatoria e degli altri rimedi

Dopo aver approfondito i possibili usi "virtuosi" del *trust* nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, giova sottolineare come l'utilizzo di tale strumento di separazione patrimoniale non lascerebbe i creditori privi di tutela.

È infatti evidente che la segregazione patrimoniale compiuta con il *trust*

¹⁵⁶ Legittimato passivo è sicuramente il *trustee*, la cui in *ius vocatio* è giustificata sia esplicitamente dall'art. 11 Conv., sia dalla normativa generale in tema di revocatoria ai sensi e per gli effetti degli artt. 2901 c.c. e 64 o 67 l. fall.

integra un atto dispositivo del patrimonio del debitore-disponente, idoneo a diminuire la garanzia patrimoniale generica dei creditori, interponendo limiti all'esecuzione forzata.

I creditori sono tutelati con due differenti rimedi.

Preliminarmente, il notaio – e il *trustee* nell'accettare l'ufficio, specie se professionista – sono tenuti a vagliare la meritevolezza degli interessi avendo riguardo alla causa concreta del *trust*¹⁵⁷. Inoltre, il giudice può – come visto – disconoscere il *trust* ai sensi dell'art. 15 Conv. qualora dalla valutazione della causa concreta si appuri che il regolamento di interessi sotteso al *trust* «contrasti con i fini di cui siano espressione norme imperative interne»¹⁵⁸, eludendo artificiosamente le disposizioni concorsuali. Ovviamente quest'ultima valutazione interverrebbe quando il negozio sia stato già istituito e il patrimonio del debitore sia stato già conferito, per cui i beni trasferiti al *trustee* sarebbero aggredibili presso costui.

In aggiunta, gli stessi creditori possono esperire i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale previsti dall'ordinamento a garanzia della solvibilità del debitore, tra i quali principalmente l'azione revocatoria.

L'ammissibilità di tale rimedio deriva dall'art. 15, lett. *f* e *b*, della Convenzione, alla cui stregua l'istituzione di un *trust* (interno) non può pregiudicare indebitamente i creditori del disponente¹⁵⁹. Pertanto, il *trust* che violi i diritti riconosciuti quali inderogabili non è di per sé nullo, ma soggetto a quanto previsto dalla legge del foro a tutela dei terzi creditori e quindi, *in primis*, all'azione revocatoria ordinaria o fallimentare.

Nell'ipotesi in cui sopraggiunga il fallimento, gli atti di conferimento in *trust*, se posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione omologato o di un piano attestato, non saranno revocabili, ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *e* e *d*, l. fall.¹⁶⁰ Viceversa,

¹⁵⁷ Cfr. L.F. RISSO-D. MURITANO, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja, Ruolo e responsabilità del notaio*, in E.Q. BASSI-F. TASSINARI (a cura di), *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007, p. 37.

¹⁵⁸ Cfr. Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit., p. 335.

¹⁵⁹ Sul punto cfr. I. VALAS, *Le trust disputes: azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità*, in M. G. MONEGAT-G. LEPORE-I. VALAS (a cura di), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, vol. II, II ed., Torino, 2010, p. 465.

¹⁶⁰ In proposito, secondo il Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 2275, l'esclusione della revocabilità comprenderebbe anche la revocatoria ordinaria sia «per ragioni di corretta interpretazione sistematica della norma esonerativa», sia «per la considerazione che in ogni caso della fattispecie di cui all'art. 2901 c.c. non sarebbe configurabile il *consilium fraudis* essendo gli accordi funzionali alla liberazione di risorse necessarie per il pagamento integrale dei debitori estranei». In dottrina è opinione maggioritaria la possibilità di applicare le norme esonerative di cui all'art. 67 l. fall. anche all'azione revocatoria promossa dal curatore ex art. 66 l. fall., come sostengono P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, cit., p. 489; G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 42; L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, in *Il Fall.*, 2007, p. 1050; S. BONFATTI-P.F. CEN-

sarà ben possibile esercitare il rimedio revocatorio.

Riguardo all'applicazione di tale rimedio in presenza di *trust*, è tuttavia indispensabile precisare quale sia l'atto pregiudizievole che può essere impugnato: l'atto istitutivo del *trust* oppure l'atto che nel *trust* abbia veicolato i beni del disponente in favore del *trustee*.

La distinzione tra atto istitutivo e atti di conferimento (o di dotazione o dispositivi) si spiega ponendo mente che in *common law* gli effetti traslativi non rientrano nell'ambito del *contract*, dunque il trasferimento della proprietà non costituisce di per sé un automatico effetto del contratto in quanto tale, esigendo invece un apposito atto tra le parti.

È palese che oggetto dell'azione revocatoria non possa essere l'atto costitutivo del *trust* ma l'atto di trasferimento al fiduciario. È infatti questo l'atto "dismissivo" col quale i beni sono posti sotto il controllo del *trustee* nell'interesse del beneficiario o per uno scopo specifico, realizzando un travaso patrimoniale. Invero, la costituzione del *trust* non produce effetti dispositivi essendo un atto di pura pianificazione e perciò neutro, sebbene precluda ad un atto (o a più atti) di trasferimento dei beni o dei diritti dal *settlor* al *trustee*, affinché quest'ultimo provveda a gestire secondo le istruzioni del disponente e nell'interesse del beneficiario i beni segregati nell'ambito del proprio patrimonio¹⁶¹.

Il *trustee* è dunque il proprietario fiduciario del bene o del diritto il cui trasferimento è oggetto di revocatoria, e perciò è il soggetto nei cui confronti deve eseguirsi l'eventuale pronuncia di inefficacia dell'atto dispositivo.

Il terzo avente causa del debitore è invece il beneficiario del *trust*¹⁶². Pertanto, a quest'ultimo si deve fare riferimento per individuare la sussistenza dell'elemento soggettivo della consapevolezza del pregiudizio o della partecipazione alla dolosa preordinazione di cui all'art. 2901, comma 1, n. 2, c.c., o per valutare la presenza della *scientia decoctionis* ai sensi dell'art. 67 l. fall.¹⁶³.

SONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 87. Contra G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006, p. 857. In senso dubitativo cfr. L. PANZANI-G. TARZIA, *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, cit., p. 1069.

¹⁶¹ Sia consentito in merito il riferimento a I.L. NOCERA, *Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali*, in *Fall. & crisi d'imp.*, 2008, p. 1103; V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 897; M. INDOLFI, *Sull'ammissibilità del trust auto-dichiarato*, in *Il Fall.*, 2015, p. 449.

¹⁶² Come affermato dal Trib. Novara, 29 gennaio 2015, in *IlCaso.it*, «appare improprio qualificare il *trustee* come terzo acquirente in capo al quale dovrebbe richiedersi la consapevolezza delle finalità elusive, in quanto il *trustee* è semplicemente l'esecutore delle finalità del trust ed è del tutto indifferente ad esse».

¹⁶³ Sono infatti i beneficiari a ricevere i vantaggi del *trust*, come osservano F. FIMMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 30; G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, cit., p. 34; G. SCHIANO DI PEPE, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, cit., p. 215. Secondo invece PANZANI, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 1019, e F. DI-

Per spiegare meglio la differenza tra negozio istitutivo e negozio di trasferimento dei beni, durante i lavori preparatori della Convenzione de L'Aja, si è fatto ricorso all'immagine icastica del *trust* come "missile attivato da una rampa di lancio"¹⁶⁴.

È possibile invero distinguere due negozi: quello propriamente istitutivo del *trust* – meramente programmatico – e quello che opera il trasferimento dei beni. Come il missile necessita di un'apposita rampa di lancio, allo stesso modo il meccanismo del *trust* non può operare senza un valido ed efficace negozio che metta sotto il controllo del *trustee* i beni da segregare in funzione della realizzazione della finalità del *trust*.

È dunque l'atto dispositivo a poter essere impugnato con l'azione revocatoria, sia in quanto logicamente anteriore alla realizzazione della separazione patrimoniale (che si produce solo a trasferimento compiuto), sia perché, in forza dell'art. 4 Conv., è assoggettato al diritto nazionale e quindi all'azione revocatoria ordinaria o fallimentare¹⁶⁵.

Infatti, mentre l'atto istituivo del *trust* deve essere regolato dalla legge straniera individuata dalle parti ai sensi dell'art. 6 Conv., l'atto di destinazione – con cui si trasferiscono i beni dal disponente al *trustee* – sarà soggetto alla *lex fori*, ai sensi dell'art. 4 della stessa Convenzione. L'applicazione di due diverse normative rende necessaria la distinzione tra i due atti anche qualora l'istituzione del *trust* ed il trasferimento dei beni al *trustee* avvengano *uno actu*, o meglio nell'ambito di un solo rogito e di un unico momento stipulatorio¹⁶⁶, nonché anche nella fattispecie di *trust* autodichiarato¹⁶⁷.

MUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, cit., p. 13, tale presupposto soggettivo deve sussistere in capo al *trustee* quale destinatario dell'atto di trasferimento.

¹⁶⁴ Tale similitudine è riportata da L. ROVELLI, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in *Trusts e att. fid.*, 2001, p. 505.

¹⁶⁵ L'art. 4 Conv. afferma infatti che essa «non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali i beni sono trasferiti al *trustee*». Si vedano in merito, Trib. Monza, 12 gennaio 2015, in *IlCaso.it*; Trib. Firenze, 9 novembre 2010, *ivi*; e in dottrina, F. DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, in *Il Fall.*, 2010, p. 10; L. PANZANI, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 1003. Del resto, in ipotesi di sequenza contratto preliminare – definitivo, la Cass., 16 gennaio 1992, n. 500, *Mass. Giur. it.*, 1992, p. 322, ha stabilito che «l'accertamento degli elementi e dei presupposti afferenti all'azione revocatoria fallimentare deve essere compiuto con riguardo alla vendita definitiva – del bene – quale negozio in virtù del quale si verifica il trasferimento definitivo del diritto di proprietà – e non anche al contratto preliminare di vendita».

¹⁶⁶ Il Trib. Reggio Emilia, 26 aprile 2012, in *Trusts e att. fid.*, 2012, p. 493 e il Trib. Firenze, 6 giugno 2002, in *Trusts e att. fid.*, 2004, p. 256 hanno adottato pronunce di revoca di *trust* che contenevano sia l'istituzione e il programma di segregazione, sia il trasferimento strumentale in capo al *trustee* dei beni da vincolare. In tal caso, la contestualità tra istituzione e conferimento suggeriva e facilitava da parte dei creditori l'estensione dell'azione revocatoria all'intero atto stipulato dal debitore. Tuttavia, l'unitarietà del documento non vale di per sé a obliterare la distinzione sussistente tra il negozio costitutivo e quello di destinazione.

¹⁶⁷ Cfr. Trib. Forlì, 5 febbraio 2015, in *IlCaso.it*, secondo il quale «anche nella fattispe-

Tale differenziazione si rivela opportuna non solo per una questione di carattere formalistico, bensì anche pratico, in considerazione dei limiti temporali posti dalla disciplina ordinaria e fallimentare in relazione alla revoca degli atti onerosi. Inoltre – data la sottolineata discrasia tra atto costitutivo e atto traslativo di dotazione dei beni – la declaratoria d'inefficacia di tale ultimo atto non travolgerà necessariamente il primo, il quale potrà mantenere la propria efficacia qualora, al netto della disposizione patrimoniale privata d'efficacia e considerando la finalità globalmente perseguita, sia idoneo a regolare ulteriori vicende destinatorie. Tale ipotesi potrebbe ravvisarsi qualora il *trust* riguardi beni provenienti da più soggetti e sia impugnato solo il trasferimento eseguito da uno di loro, in quanto l'altro disponente è reputato solvibile.

Pertanto, il creditore che abbia vittoriosamente esercitato l'azione revocatoria nei confronti dell'atto di conferimento di beni in *trust* da parte del proprio debitore, e nei cui confronti detto atto sia stato dichiarato inefficace dal giudice, può legittimamente sottoporre a pignoramento i beni che siano nella titolarità del *trustee*, facendo ricorso alle forme dell'espropriazione presso il terzo proprietario¹⁶⁸.

Vale ribadire quindi come l'atto costitutivo del *trust* si configuri come un semplice schema di rapporto obbligatorio al pari della delegazione, potendo assumere, se la fonte è negoziale, diverse cause. L'atto istitutivo, quindi, per sua natura sfugge alla qualificazione di atto a titolo gratuito od oneroso, in quanto non incide pregiudizievolemente sul patrimonio del disponente.

Tuttavia, occorre sottolineare l'eccezione del *trust* autodichiarato in cui l'atto istitutivo può incidere sulla garanzia dei creditori¹⁶⁹. Infatti, in seguito al cumulo nella stessa persona dei ruoli di disponente e di *trustee*, l'atto istitutivo è di per sé pregiudizievole per i creditori, anche in assenza di un trasferimento di beni, in quanto rende operativo il meccanismo segregativo, idoneo a integrare l'*eventus damni*¹⁷⁰.

cie di *Trust* auto-dichiarato, pur realizzandosi il negozio dispositivo *uno actu* con l'atto istitutivo del *trust*, emerge una differenza ontologica tra il negozio di istituzione e quello di disposizione, essendo quest'ultimo imperniato sul trasferimento al *trustee* di posizioni soggettive delle quali egli si avvale per svolgere il compito affidatogli nel negozio istitutivo».

¹⁶⁸ In tal senso, cfr. Trib. Torino, 5 maggio 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 92.

¹⁶⁹ Sull'ammissibilità del *trust* autodichiarato si rinvia a quanto esposto alla nota 75 del presente capitolo.

¹⁷⁰ Invero, la costante giurisprudenza di legittimità ritiene che «per il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria ordinaria, non è richiesta la totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerto o difficile il soddisfacimento del credito, di talché la potenzialità lesiva del negozio impugnato può dipendere anche solo da una modificazione qualitativa, piuttosto che quantitativa, del patrimonio del debitore» (così, *ex multis*, cfr. Cass., 14 agosto 2014, n. 17987, in *DeJure.it*; Cass., 9 febbraio 2012, n. 1896, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, p. 146; Cass., 29 marzo 2007, n. 7767, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 3).

14. Onerosità o gratuità del trust

Ai fini della qualificazione come oneroso o gratuito dell'atto da revocare sarà necessario perciò avere riguardo solo ai singoli atti dispositivi in relazione al complesso assetto di interessi, ossia ai rapporti tra disponente e beneficiario, apprezzando quindi la causa concreta di tali negozi di destinazione, indipendentemente dai rapporti tra disponente e *trustee*.

Infatti, il soggetto rispetto al quale va verificata l'esistenza o meno di una *causa solvendi* ai fini del riconoscimento della natura onerosa o gratuita è esclusivamente il destinatario finale del vantaggio rispetto al quale il disponente si sia obbligato all'istituzione del *trust* e nella cui sfera patrimoniale si spiegheranno gli effetti dell'eventuale dichiarazione di inefficacia conseguente all'accoglimento dell'azione revocatoria.

In proposito, occorre nuovamente fare ricorso alla causa concreta, esaminando l'interesse globale sotteso all'intera operazione, e dunque vagliando l'entità dell'attribuzione, la qualità dei soggetti, la durata del rapporto, la preesistenza di un debito da estinguere, la sussistenza di un vantaggio patrimoniale, la prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un – sia pur indiretto – guadagno ovvero ad un risparmio di spesa¹⁷¹.

¹⁷¹ La necessità di un'analisi della causa concreta ai fini della qualificazione dell'atto di conferimento in *trust* come oneroso o gratuito è affermata dalla Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Guida al dir.*, 2010, 16, p. 56, e ribadita nella giurisprudenza di merito da Trib. Napoli, 16 giugno 2015, in *IlCaso.it*. Come ha osservato Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 171, occorre fare riferimento al rapporto (o meglio alla causa giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale) tra disponente e beneficiario. Analogamente, secondo il Trib. Bologna, 23 aprile 2015, in *IlCaso.it*, «Poiché l'atto dispositivo di beni in *trust* può avere natura di liberalità, costituire adempimento di un obbligo morale o un mezzo per adempiere ad un obbligo giuridico (c.d. *trust* liquidatorio), per accertare la natura liberale o onerosa del *trust*, si dovrà avere riguardo alle intenzioni del disponente e agli obblighi del *trustee* nei confronti dei beneficiari». Di conseguenza, dovrà essere riconosciuta natura gratuita all'atto con il quale il disponente conferisce alcuni beni in *trust* con scopi liberali nei confronti dei beneficiari. Al contrario, avrà natura onerosa l'atto istitutivo con il quale si destinano determinati beni all'adempimento di una obbligazione. In proposito, secondo alcune pronunce (Trib. di Monza, 12 gennaio 2015, in *IlCaso.it*; Trib. Novara, 29 gennaio 2015, *ivi*; Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, *ivi*), dato che la mancata previsione di un corrispettivo è indice di gratuità dell'atto di trasferimento di beni in *trust*, può essere accolta l'azione revocatoria ordinaria di tale atto qualora risulti provata, anche per presunzioni, la consapevolezza in capo al debitore disponente del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore. Secondo Trib. Genova, 18 febbraio 2015, in *IlCaso.it*, l'atto col quale viene costituito un *trust* nel quale vengono conferiti i beni immobili è revocabile, ricorrendone i presupposti, ai sensi dell'art. 2901 c.c. essendo lo stesso un atto a titolo gratuito con effetto segregativo al pari di quello ottenibile con il fondo patrimoniale o il conferimento di determinati fondi ad un intermediario finanziario. La giurisprudenza è assolutamente pacifica nel considerare l'attribuzione dei beni al fondo come atto a titolo gratuito, inefficace ai sensi dell'art. 64 l. fall., quindi l'atto di costituzione del fondo patrimoniale compiuto dal fallito nel periodo sospetto, rientrando nel *genus* degli atti a titolo gratuito, è soggetto revocatoria da parte del curatore del fallimento, ai sensi dell'art. 64 l. fall., dato che origina un patrimonio di scopo indifferente alla dichiarazione d'insolvenza, impedendo che i beni inclusi in tale patrimonio entrino a far

Di conseguenza, si qualificherà a titolo gratuito l'atto con il quale il disponente assoggetta determinati beni al *trust* con finalità liberali nei confronti dei beneficiari, mentre sarà a titolo oneroso l'atto con il quale i beni siano destinati all'adempimento di una obbligazione, quale il soddisfacimento dei creditori del disponente con l'estinzione dei debiti di costui.

Applicando la disciplina codicistica, pertanto, qualora si qualifichi il *trust* a titolo gratuito, l'attore in revocatoria avrà un onere della prova meno gravoso, in quanto sarà sufficiente dimostrare l'*eventus damni* e la *scientia damni* del disponente, senza dover provare – come invece accade in caso di *trust* a titolo oneroso – che il terzo beneficiario fosse anch'egli edotto del pregiudizio arrecato ai creditori.

Allorché si appuri che il *trust* sia a titolo oneroso, invece, chi agisce in revocatoria deve dimostrare che il beneficiario fosse consapevole del pregiudizio che l'atto di conferimento comportava per i creditori del disponente, potendo tuttavia giovare anche di presunzioni semplici quali la sussistenza di uno stato di sofferenza debitoria ovvero di una situazione di conclamata illiquidità, nonché di rapporti di parentela o comunque di non indipendenza tra il debitore-disponente e il *trustee*.

Nell'ipotesi in cui il debitore conferisca nel *trust* tutto il suo patrimonio o una significativa porzione di esso, senza che residuino altri beni di sufficiente valore e di facile esazione coattiva da parte dei creditori, la consapevolezza del pregiudizio alle ragioni di questi ultimi è ritenuta *in re ipsa*¹⁷².

parte della massa attiva, e pertanto riduce la garanzia patrimoniale (cfr. Cass., 16 luglio 2010, n. 16761, in *DeJure.it*; Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, in *Mass. Giur. it.*, 2004, p. 880). Analogamente, in un caso in cui era stata proposta un'azione revocatoria ordinaria nei confronti dell'apporto di determinati beni al patrimonio di fondi aventi finalità assistenziale e previdenziale, costituenti patrimoni segregati e separati, il Trib. di Nola, 24 ottobre 2013, in *IlCaso.it*, ha affermato che «la costituzione di un patrimonio segregato e separato, se non accompagnata da una trasparente informazione di quantità e qualità di prestazioni collegate al funzionamento del fondo, non può che apparire, nel mondo dei traffici giuridici ed al ceto creditorio, quale segregazione di informazione sulla consistenza del patrimonio del debitore, da cui deriva la inevitabile presunzione di gratuità degli atti di apporto al fondo e di destinazione di essi a null'altro che a sottrarre beni dei debitori dalla garanzia patrimoniale dei creditori di cui all'art. 2740 c.c.». In tema si veda diffusamente A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 487, che riconduce il *trust* alla categoria del "negozio giuridico unitario", con il quale, nonostante la pluralità degli strumenti utilizzati (atto istitutivo e atti di dotazione), le parti realizzano un assetto di interessi unitario ed inscindibile; cfr. inoltre G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, cit., p. 34; F. FIMMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., p. 30; F. TEDIOLI, *Trust con funzione liquidatoria e successivo fallimento dell'impresa*, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 494. È opportuno in tale tema fare riferimento all'elaborazione del formante giurisprudenziale riguardo al fondo patrimoniale, sebbene sia impropria una piena equiparazione tra le due figure, in quanto nel *trust* i beneficiari godono, nei confronti del *trustee*, di diritti che non sono presenti in un fondo patrimoniale (per un confronto si veda M.L. CENNI, *Trust e fondo patrimoniale*, in *Trusts e att. fid.*, 2001, p. 523).

¹⁷² Secondo la giurisprudenza «nel caso in cui il debitore disponga del suo patrimonio mediante vendita contestuale di una pluralità di beni, l'esistenza e la consapevolezza sua

Inoltre, qualora l'atto di conferimento al *trustee* sia successivo al sorgere del debito sarà sufficiente per l'attore in revocatoria ordinaria dimostrare che il debitore fosse edotto del pregiudizio che l'atto determinava alle ragioni creditorie (*scientia fraudis*). Se invece l'atto di conferimento sia antecedente al sorgere del credito chi agisce in revocatoria ha l'onere di provare la dolosa preordinazione del debitore-disponente.

Allorché l'azione revocatoria ordinaria sia esperita dal curatore *ex art. 66 l. fall.* occorre rammentare, in ordine al requisito soggettivo in capo al terzo, come tale azione presenti struttura e disciplina eclettiche, in quanto partecipi di quella ordinaria e fallimentare¹⁷³. Infatti, il rimedio ai sensi dell'art. 66 l. fall., pur presupponendo gli stessi requisiti dell'*actio pauliana* di cui all'art. 2901 c.c., si caratterizza rispetto a questa per il fatto che è rivolta a tutelare la garanzia patrimoniale di tutti i creditori presenti e futuri dell'imprenditore.

Pertanto, un orientamento – adottato da una giurisprudenza non recente ma sostenuto da autorevole dottrina¹⁷⁴ – afferma come non sia necessario distinguere fra atti negoziali (compiuti in frode) posteriori e anteriori al sorgere dei crediti altrui, giacché l'essenza del rimedio si basa sull'unico pregiudizio possibile, costituito dal fatto che l'atto dispositivo abbia concretamente pregiudicato o reso più difficile il soddisfacimento dei crediti. Di conseguenza, nell'esercizio in sede fallimentare dell'azione revocatoria ordinaria il curatore non è tenuto a provare, relativamente ai creditori posteriori

e dei terzi acquirenti del pregiudizio patrimoniale che tali atti recano alle ragioni del creditore ai fini dell'esercizio da parte di quest'ultimo dell'azione pauliana, sono "*in re ipsa*"» (in tal senso, *ex multis*, Cass., 18 maggio 2005, n. 10430, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 5; Cass. 6 aprile 2005, n. 7104, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 4).

¹⁷³ Si veda sul punto la Cass., 7 maggio 2015, n. 9170, in *Il Caso.it*, secondo la quale «L'unica differenza fra la revocatoria *ex art. 66 l. fall.* e la revocatoria *ex art. 2901 cod. civ.* è l'ambito di efficacia: la prima, esercitata dal curatore, giova a tutti i creditori, la seconda giova soltanto al creditore che ha esercitato l'azione. Ma le caratteristiche dell'azione sono le medesime, trattandosi dello stesso istituto trasposto in un diverso settore dell'ordinamento. È quindi errato ritenere che, anche in tema di revocatoria ordinaria, il curatore sia gravato dalla prova della conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza del debitore, come avviene in caso di revocatoria fallimentare *ex art. 67 l. fall.*; è in realtà sufficiente che sia dimostrato il semplice pregiudizio, per la massa dei creditori, dell'atto dispositivo. Pertanto, chi propone questa azione deve unicamente provare la conoscenza, da parte del terzo, del pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore, ovvero sia la meno-mazione della garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c., posto che la norma non richiede, per la sua applicazione, che il debitore sia insolvente, né che il creditore abbia consapevolezza dello stato di decozione del debitore o della società di cui è parte».

¹⁷⁴ Cfr., Cass., 10 dicembre 1987, n. 9122, in *Il Fall.*, 1988, p. 322; Cass., 3 maggio 1978, n. 2055, in *Foro it.*, 1979, I, p. 2930; e, in dottrina, N. SANTI DI PAOLA, *La revocatoria ordinaria e fallimentare nel decreto sulla competitività*, Matelica, 2006, p. 105; B. QUATRARO-M. GIORGETTI-A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, Milano, 2009, p. 383; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 256; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, II, p. 1148; CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965, p. 128.

all'atto revocato, la dolosa preordinazione di cui all'art. 2901, n. 2, c.c., essendo sufficiente la prova in capo al terzo della consapevolezza dell'*eventus damni*.

Per quanto attiene ai profili processuali, segnatamente alla natura di litisconsorte necessario in capo al beneficiario ovvero al *trustee*, occorre operare una distinzione in ordine alla situazione giuridica in capo ai vari soggetti.

Nel giudizio di revocatoria riguardante un *trust* che crea diritti definitivamente acquisiti in capo al beneficiario (*fixed interests*), questo sarà litisconsorte necessario, posto che l'atto istitutivo gli conferisce il diritto di avanzare pretese immediate sui beni segregati o sui redditi da essi prodotti. Infatti, tale beneficiario è legittimato a pretendere l'adempimento dei diritti o interessi provenienti dal *trust*, senza che vi sia alcun margine di discrezionalità in capo al *trustee*.

In tale ipotesi, il beneficiario ha quindi già fatto affidamento sul diritto scaturente dal *trust* e, pertanto, ha un interesse diretto a far valere i propri diritti. Dunque, il beneficiario è comunque esposto a subire nella propria sfera giuridica una diminuzione patrimoniale anche solo prospettica e uno svantaggio in conseguenza dell'eventuale pronuncia di revoca dell'atto oggetto di impugnazione¹⁷⁵. Egli perciò sarà destinatario degli effetti delle azioni esecutive *ex art. 602 ss. c.p.c.* esperite dal creditore.

Pertanto, dalla mancata integrazione del contraddittorio nei confronti dei beneficiari deriverà la pronuncia del giudice di improseguibilità del giudizio, a meno che l'atto istitutivo lasci aperta la possibilità per il disponente o per il *trustee* di indicare nuovi beneficiari o revocare beneficiari previamente indicati¹⁷⁶.

Quando invece unico titolare dei beni del *trust* e legittimato a tutelarne le ragioni è il *trustee*, e i beneficiari – data la natura discrezionale del *trust* – presentano soltanto un interesse al trasferimento finale dei beni, secondo il programma dettato nell'atto di affidamento del disponente, e sono quindi titolari di una mera aspettativa, dal momento che non hanno un diritto a ricevere distribuzioni di rendita o capitale dal *trustee*, sarà quest'ultimo a rivestire la natura di litisconsorte necessario¹⁷⁷. In tale tipologia di *trust*, in-

¹⁷⁵ Si vedano in proposito le riflessioni di I. VALAS, *Le trust disputes: azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità*, cit., p. 465; S.P. CERRI, *Trust e azione revocatoria nella recente giurisprudenza di merito*, in *Trusts e att. fid.*, 2015, p. 137.

¹⁷⁶ Cfr. diffusamente S. LEUZZI, *L'azione revocatoria ordinaria in ambito di trust*, in *Giustiziacivile.com*, 2014.

¹⁷⁷ Si vedano in proposito Trib. Milano, 20 maggio 2015, in *Il Caso.it* secondo cui «nella causa di revocatoria ex articolo 2901 c.c. dell'atto di dotazione di beni in *trust*, il *trustee* è litisconsorte necessario in quanto è amministratore del patrimonio nell'interesse del beneficiario e proprietario fiduciario del bene o del diritto il cui trasferimento è impugnato ed è, inoltre, il soggetto nei cui confronti deve eseguirsi ed avere effetto la pronuncia che dichiara l'inefficacia del trasferimento e nei cui confronti è necessario procedere ai sensi dell'articolo 602 c.p.c. mediante l'espropriazione contro il terzo proprietario». In senso analogo cfr. Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 419.

fatti, i beneficiari sono legittimi titolari di posizioni di vantaggio, subordinate tuttavia ad una scelta discrezionale del *trustee*.

Nondimeno, tale classificazione pecca di eccessiva rigidità¹⁷⁸. Invero, sebbene nella suddetta tipologia di *trust* c.d. discrezionale in capo al beneficiario sia possibile identificare una mera aspettativa e non la titolarità di un diritto soggettivo, la circostanza che l'accertamento della natura onerosa o gratuita dell'atto debba compiersi con riferimento al rapporto con i beneficiari, e che i concreti effetti che il provvedimento spiega riguardano il beneficiario, imporrebbe di far partecipare al processo tale figura, anche in ipotesi di *trust* c.d. discrezionale¹⁷⁹.

In ogni caso occorre identificare in capo ai beneficiari quell'interesse giuridicamente protetto e qualificato che li legittima ad intervenire, al limite, a titolo adesivo dipendente¹⁸⁰.

15. *Il trust in caso di sopravvenuto fallimento*

Si è visto come qualora sopraggiunga il fallimento senza che l'accordo abbia ottenuto l'omologa giudiziale i creditori possano agire in revocatoria

¹⁷⁸ Sul punto, il Trib. Reggio Emilia, 26 aprile 2012, in *Trusts e att. fid.*, 2012, p. 493, ha affermato che «i beneficiari vantano diritti nei confronti del *trustee* e sul *trust-fund* (anche se si tratta di diritti solo eventuali che richiedono la mediazione del *trustee*) in maniera analoga a quanto accade per il coniuge del soggetto che ha costituito il fondo patrimoniale oggetto di revocatoria dato che anche nei confronti di quello (come beneficiario dell'atto) si spiegheranno gli effetti pregiudizievoli dell'accoglimento della domanda». Inoltre, come ulteriore argomento a favore della necessità di ritenere i beneficiari comunque litisconsorti necessari, il giudice emiliano effettua un ragionamento *a contrario* rispetto alla giurisprudenza che esclude il litisconsorzio necessario nei confronti dei figli della coppia che ha costituito il fondo patrimoniale: infatti a differenza di questi ultimi per cui si esclude il litisconsorzio (Cass., 17 marzo 2004, n. 5402, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 3), per i beneficiari di un *trust* l'attribuzione dei beni in *trust*, dei quali sono *beneficial owners* (ossia soggetti a beneficio dei quali i beni devono essere impiegati dal *trustee*), non è meramente eventuale. La stessa analogia è invece usata dal Trib. Genova, 12 maggio 2014, in *Trusts.it*, per negare la necessità della partecipazione in giudizio dei beneficiari, qualora il *trustee* disponga «senza alcuna limitazione» dei beni conferiti in *trust*, potendo alienarli, sostituirli o disporre del reddito eventualmente reinvestendolo. Secondo il giudice genovese infatti «L'assegnazione dei beni, dunque, per i beneficiari è meramente eventuale, potrà non riguardare i beni conferiti o non intervenire per sopravvenuta consumazione dei beni stessi; in questi termini la posizione dei beneficiari deve ritenersi simile a quella dei figli minori, i quali hanno interesse attuale al mantenimento dei beni nel fondo patrimoniale in quanto beneficiari dei frutti quali partecipi del gruppo familiare e, raggiunta la maggiore età, possono vantare una aspettativa sui beni in termini successori».

¹⁷⁹ In tal senso cfr. M.A. LUPOI, *Aggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito di trust e litisconsorzio necessario*, in *Trusts e att. fid.*, 2013, p. 17.

¹⁸⁰ Cfr. le lucide riflessioni di M.A. LUPOI, *Profili processuali del trust*, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 162 e di I. VALAS, *Le trust disputes: azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità*, cit., p. 473.

sugli atti di conferimento in *trust*. In tale ipotesi è tuttavia dibattuta in giurisprudenza la sorte del *trust*.

Secondo un orientamento, il fallimento sopravvenuto del disponente si configura come causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del *trust*, analogamente a quelle ipotesi negoziali la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di insolvenza. Pertanto, possono trovare applicazione analogica le disposizioni di cui agli artt. 76, 77, 78 l. fall. che prevedono lo scioglimento *ex lege* di fattispecie negoziali stipulate dalla impresa *in bonis* dominate dall'*intuitu personae*, la cui prosecuzione non è compatibile con la liquidazione fallimentare¹⁸¹. Tuttavia, tale opzione solleva dubbi in quanto il *trust* non è certamente un negozio sinallagmatico e con la costituzione e il conferimento dei beni il disponente ha comunque esaurito l'operazione. Le riferite disposizioni, invece, riguardano rapporti di cui è titolare il fallito, disciplinando l'eventuale subentro del curatore, ovvero la loro cessazione e i relativi effetti.

Un altro indirizzo ritiene il fallimento del disponente una causa di "nullità sopravvenuta" del *trust*¹⁸². Una decisione ha individuato quale requisito di validità dell'atto istitutivo del *trust* liquidatorio la sussistenza della "clausola di salvaguardia" che imponga la sua automatica risoluzione al momento dell'apertura del fallimento, determinando dunque la nullità del *trust* a prescindere dal sopravvenuto fallimento¹⁸³.

Si osserva in proposito come, a prescindere dalla previsione di tale clausola, il *trust* si risolverebbe comunque per impossibilità di raggiungimento dello scopo, con effetti *ex nunc*. Inoltre, secondo quanto affermato dalla Cassazione, la clausola di salvaguardia rimarrebbe inoperante qualora il *trust* non permetta il normale svolgimento della procedura a causa dell'effetto segregativo, impedendo al curatore di amministrare e liquidare i beni conferiti in *trust*¹⁸⁴.

In merito a tale orientamento che afferma la "nullità sopravvenuta" del *trust*, è noto come l'invalidità radicale di un atto sorga contestualmente al-

¹⁸¹ In tal senso, cfr. Trib. Napoli, 28 novembre 2013, in *Il Fall.*, 2014, p. 567, con nota di R. RANUCCI, *I difficili rapporti tra il Trust interno e le procedure concorsuali*. Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 533 postula il ricorso alle norme sullo scioglimento in caso di *trust* costituito quando l'imprenditore poi fallito non era ancora insolvente. In dottrina, si veda A. BUSANI-C. FANARA-G.O. MANNELLA, *Trust e crisi d'impresa*, Milano, 2013, p. 80.

¹⁸² Cfr. Trib. Napoli, 3 marzo 2014, in *Il Caso.it*; App. Milano, 22 ottobre 2009, *ivi*; Trib. Milano, 16 giugno 2009, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 533 in caso di *trust* costituito quando l'imprenditore poi fallito era già insolvente.

¹⁸³ In tal senso, App. Milano, 29 ottobre 2009, *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 271, afferma la necessità all'interno del *trust* liquidatorio di «clausole che ne limitino la operatività nel caso di insolvenza conclamata, in modo da restituire i beni comunque alla procedura inderogabile e di carattere pubblicistico prevista per questi casi». In mancanza di tali clausole conseguirebbe la nullità dell'atto istitutivo per contrarietà a norme imperative e l'assoggettamento alla procedura fallimentare del patrimonio separato.

¹⁸⁴ Cfr. Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit., p. 335.

l'atto stesso e non possa essere postuma, né dipendere da un evento futuro meramente eventuale¹⁸⁵. In aggiunta, dato che l'atto istitutivo del *trust* è disciplinato, per definizione, dalla legge straniera scelta dal disponente è alla luce di quella legge che si dovrebbe verificare l'invalidità o meno del *trust*. Le leggi straniere che disciplinano il *trust* sono di norma molto permissive e non colpiscono certo con la nullità il *trust* in contrasto con i principi o con le norme degli Stati stranieri che non prevedono il *trust*.

Invero, come osservato, la Suprema Corte nella sentenza n. 10105/2014 ha stabilito che il *trust* liquidatorio deve essere disconosciuto dal giudice del merito, qualora in seguito all'analisi della sua causa concreta si appuri che sia volto a sostituirsi alla procedura fallimentare e ad impedire lo spossessamento dell'imprenditore insolvente.

Pertanto, la Cassazione – sebbene dichiara dapprima di aderire all'indirizzo secondo cui il *trust* costituito dall'imprenditore insolvente in conflitto con la disciplina concorsuale sia nullo – nella parte espositiva prevede per tale negozio il non riconoscimento *ex art. 13 Conv.*, sanzione incompatibile con la nullità, la quale presuppone invece che l'atto sia stato riconosciuto dal nostro ordinamento.

Il giudice che pronuncia la sentenza dichiarativa del fallimento provvederà quindi *incidenter tantum* al disconoscimento del *trust* elusivo.

La sanzione del non riconoscimento riguarda l'atto istitutivo del *trust*, il quale, di conseguenza, sarà improduttivo di qualsiasi effetto giuridico e, pertanto, non produrrà l'effetto della segregazione dei beni conferiti nel *trust*. La declaratoria di non riconoscimento e quindi di inesistenza dell'atto istitutivo del *trust* travolge infatti anche l'atto di destinazione, che sarà nullo *ex art. 1418, comma 2, c.c.*, in quanto causalmente collegato al primo¹⁸⁶.

Tuttavia, l'assoggettamento degli atti di trasferimento all'azione revocatoria prescinde dal riconoscimento o meno dell'atto costitutivo del *trust*, per cui sarà possibile esercitare tale rimedio anche qualora il *trust* non sia riconoscibile. Infatti, i negozi di trasferimento si distinguono strutturalmente dall'atto costitutivo del *trust* e sono integralmente sottoposti al diritto interno. Dunque, il giudice chiamato a giudicare su un'azione revocatoria avente ad oggetto gli atti di trasferimento dei beni con riferimento ad un *trust* che

¹⁸⁵ In proposito, *ex multis*, Cass., 5 aprile 2001, n. 5052, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2185; in dottrina, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 749; R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, cit., p. 208.

¹⁸⁶ In proposito, Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, cit., p. 335, afferma che «Secondo l'art. 4 della Convenzione, questa non si applica alle questioni preliminari relative alla validità degli "atti giuridici in virtù dei quali dei beni sono trasferiti al trustee". Alla stregua, dunque, della legge interna, dal momento che il negozio istitutivo del *trust* si pone come antecedente causale (almeno dal punto di vista logico-giuridico, anche qualora contestuale) dell'attribuzione patrimoniale operata con l'atto di trasferimento dei beni, ove non riconoscibile il primo diviene privo di causa il secondo (nullo *ex art. 1418 c.c.*, comma 2, prima parte, perché operato in esecuzione di negozio non riconoscibile).» Analogamente, cfr. Trib. Bologna, 9 gennaio 2014, in *IlCaso.it*.

ritiene non riconoscibile dovrà – analogamente alla posizione del giudice civile che può disapplicare ma non annullare un atto amministrativo illegittimo – decidere nel merito dell'azione revocatoria.

Pertanto, gli atti di trasferimento ove arrechino un pregiudizio che si risolve nel sottrarre al fallimento beni che altrimenti sarebbero stati oggetto di liquidazione concorsuale – pregiudizio analogo a quello provocato da qualsiasi atto di disposizione – non saranno nulli ma potranno essere dichiarati inopponibili al fallimento sperando l'azione revocatoria.

Del resto, l'art. 15, lett. *e*, della stessa Convenzione stabilisce che quest'ultima, nell'obbligare i singoli Stati al riconoscimento del *trust*, non ostacola l'applicazione delle disposizioni poste a tutela dei creditori, rimandando, quindi, integralmente ad esse per la qualificazione della fattispecie e per l'individuazione dei rimedi attivabili. Di conseguenza, posto che la costituzione del *trust* determina, in caso di successivo fallimento, la sottrazione alla massa fallimentare dei beni altrimenti oggetto di liquidazione concorsuale, il naturale rimedio che l'ordinamento appronta a tutela dei creditori non è già l'invalidità ma l'esperimento dell'azione revocatoria, ottenendo così una dichiarazione di inefficacia dei singoli atti di disposizione¹⁸⁷.

Tuttavia, salvi gli effetti del disconoscimento nonché di un'eventuale revocatoria, in alcuni casi potrebbe essere preferibile la continuazione del negozio in funzione liquidatoria attraverso il subentro del curatore, in qualità di rappresentante della massa dei creditori, nella posizione dei beneficiari o nella posizione di guardiano o di *trustee*¹⁸⁸. Ciò ovviamente solo nel caso in cui tale subentro sia previsto dall'atto istitutivo del *trust*, o, in mancanza, dalla legge regolatrice prescelta, per l'ipotesi di impossibilità di raggiungimento dello scopo del *trust*.

La curatela, applicando in via analogica l'art. 155 l. fall. previsto per la liquidazione del patrimonio destinato, potrebbe provvedere alla gestione separata di quanto conferito in *trust*, attraverso lo strumento dell'esercizio provvisorio, con tutti i presupposti e le cautele previste dalla legge¹⁸⁹. A tal

¹⁸⁷ In tal senso, Trib. Cremona, 8 ottobre 2013, in *IlCaso.it*; Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2012, *ivi*, secondo la quale «nei rapporti fra *trust* e fallimento, occorre considerare che il fallimento del disponente (originariamente *in bonis* al momento dell'istituzione) non può incidere sull'atto di *trust* che ha già definitivamente spiegato ed esaurito i suoi effetti. Nel diritto dei *trust*, infatti, il disponente “esce di scena” e una vicenda successiva, attinente al *settlor*, non può determinare effetti sulla “vita” del *trust*, tantomeno assurgendo a causa sopravvenuta di invalidità dell'atto istitutivo».

¹⁸⁸ Si veda in merito M. LUPOI, *Due parole tecniche sull'atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi*, in *Trusts e att. fid.*, 2011, p. 211.

¹⁸⁹ Secondo tale disposizione l'apertura della procedura concorsuale produce il semplice spossessamento, sicché l'amministrazione del patrimonio separato è sottratta agli amministratori ed è affidata al curatore fallimentare. Di conseguenza, il fallimento della società non comporta necessariamente l'immediata liquidazione dei beni che costituiscono il patrimonio destinato, ben potendo questi ultimi costituire oggetto di esercizio provvisorio disposto dal Tribunale fallimentare. Si vedano in merito F. CIAMPI, *Patrimoni e fi-*

proposito sarebbe opportuno prevedere nell'atto istitutivo del *trust* che il curatore possa utilizzarlo come "*trust* nudo", ossia senza svolgere attività diverse dal mantenimento dell'intestazione del bene o dallo svolgimento di compiti meramente amministrativi¹⁹⁰.

Al contrario, in caso di disconoscimento e conseguenti effetti *ex tunc*, con la "riviviscenza" delle garanzie eventualmente costituite quando il *settlor* aveva già trasferito i beni al *trustee*, si potrebbe creare un pregiudizio alle ragioni del fallimento¹⁹¹.

L'esito positivo del giudizio di omologa pone definitivamente al riparo dalla revocatoria fallimentare gli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo, incluso l'atto di disposizione dei beni in favore del *trustee* nonché gli atti derivanti dal *trust* a tutela dei creditori. Tuttavia, tale esenzione ovviamente non opera allorché a fallire sia il terzo che ha immesso nuova finanza nell'accordo di ristrutturazione, in quanto i creditori dei terzi sono estranei alla crisi di impresa, per cui il loro interesse alla salvaguardia della garanzia patrimoniale non può essere pregiudicato¹⁹².

Quid est però nel caso in cui dopo il *placet* giudiziale si appuri che l'accordo non si sarebbe dovuto omologare per mancanza delle risorse necessarie ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei? Secondo certa dottrina gli atti di conferimento in *trust* sarebbero in tale ipotesi assog-

nanziamenti destinati in rapporto con le regole del concorso fallimentare, in *Società*, 2004, p. 1215, e C. COMPORTI, Sub art. 155, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, II, p. 958. Infatti dalla lettera dell'art. 155, comma 1, l. fall. che parla di "amministrazione del patrimonio destinato" anziché di svolgimento dello specifico affare, è possibile dedurre che al curatore sarebbe attribuito il solo compito della amministrazione "conservativa" del patrimonio, preservandone, da un lato, la separazione e, dall'altro, la funzione produttiva. Sarebbe invece escluso dai compiti del curatore (per lo meno, tra quelli previsti dall'articolo) quello della continuazione dello svolgimento dell'affare, per il quale un eventuale esercizio provvisorio sarebbe richiesto ai sensi dell'art. 104 l. fall. Ciò si desumerebbe del resto anche dal comma 2 dell'art. 155 l. fall., là dove è demandato al terzo, cessionario del patrimonio, la prosecuzione dell'attività in modo tale da conservare la funzione produttiva del patrimonio. L'effetto eventuale ed ulteriore del fallimento della società istitutrice è quello della cessazione dell'affare, che però è subordinata ad un preliminare e necessario accertamento dell'impossibilità o dell'inopportunità della continuazione.

¹⁹⁰ In merito cfr. M. LUPOI, *Due parole tecniche sull'atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi*, in *Trusts e att. fid.*, 2011, p. 211.

¹⁹¹ Si vedano in proposito le lucide analisi di G. FANTICINI, *Il trust liquidatorio e il conflitto con il fallimento: confronto sui pro e i contro*, Relazione tenuta al V Congresso nazionale dell'associazione Il trust in Italia, Sestri Levante, 12-14 maggio 2011, e disponibile al sito *Il-trust-in-Italia.it*.

¹⁹² In tal senso, cfr. A. CAPRIOLI, *Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, p. 106. All'opposto, R. ROSAPEPE, *Il Fallimento*, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, 2008, p. 252, confrontando la norma di cui alla lett. e) dell'art. 67, comma 3, l. fall. con quella della lett. d dello stesso articolo, che fa espresso riferimento alle garanzie concesse sui beni del debitore, ritiene che l'esenzione posta dalla lett. e sia relativa a tutte le garanzie, comprese quelle concesse da terzi.

gettabili all'azione revocatoria o di nullità in quanto il *trust* risulterebbe in concreto in frode ai creditori o alla legge (ovviamente tali atti non potranno beneficiare dell'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. e, l. fall. che riguarda solo l'accordo che ha superato il vaglio giudiziale)¹⁹³.

Tale soluzione sarebbe ammissibile ove si reputasse che il provvedimento di omologazione, data la forma di decreto, non acquisti il crisma di *res iudicata* e dunque l'opponibilità *erga omnes*. Tuttavia, vale constatare come, al pari del concordato preventivo o fallimentare, il decreto di omologa degli accordi di ristrutturazione presenti un contenuto sostanzialmente decisorio, idoneo ad incidere su diritti soggettivi dei terzi¹⁹⁴. Ad ogni modo, nel caso in cui l'accordo si riveli inadeguato *ab origine*, i creditori non aderenti sono tutelati dalla facoltà di opposizione, con la quale possono far valere tutti i possibili motivi, quali la mancata previsione o l'inaffidabilità, per mancanza di coerenza o di attendibilità o di sufficienza di risorse, della previsione di soddisfare integralmente i propri crediti.

In presenza invece di inefficienze occulte ovvero derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili, i creditori estranei, anche se nell'accordo non si preveda la falcidia dei loro crediti, potranno comunque agire in via aquiliana: in tal caso la qualificazione di fatto giuridico pregiudizievole¹⁹⁵ non inciderà sulla validità ed efficacia giuridica dell'accordo medesimo, con una sorta di non omologabilità retroattiva¹⁹⁶.

¹⁹³ Si veda in merito F. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, p. 511. Giova ricordare in proposito che, come ribadito dalla Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Il Fall.*, 2006, p. 1133, con nota di A. PATTI, la funzione dell'azione revocatoria è quella di distribuire il costo dell'insolvenza su tutti i soggetti che hanno avuto rapporti con il debitore, di conseguenza il pregiudizio nella revocatoria fallimentare è *in re ipsa*. Pertanto l'atto di costituzione di un patrimonio separato sarà revocabile, a prescindere dalla sussistenza di un danno, ogniqualvolta determini una disparità di trattamento tra i creditori determinando un *vulnus* del principio della *par condicio creditorum*, e dunque ogniqualvolta dalla ripartizione dell'attivo emerga che un creditore abbia tratto maggior vantaggio rispetto ai creditori concorsuali in seguito all'atto segregativo.

¹⁹⁴ Esplicitamente in tal senso si veda Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2016, n. 26989, in *DeJure.it*, le quali risolvono il quesito della ricorribilità dei decreti resi ex artt. 162, 173, 179, 180 e 182-bis l. fall., quando ad essi non faccia seguito la pronuncia di fallimento, non ammettendola per i provvedimenti con cui viene negato l'accesso alla procedura di concordato preventivo o pronunciato l'esito negativo della stessa, e riconoscendola, viceversa, per i decreti di omologazione, sia di accoglimento che di rigetto, sul presupposto della natura non decisoria dei primi e della natura decisoria dei secondi. Si veda in proposito I. PAGNI, *Decisorietà e definitività dei provvedimenti in materia di concordato e accordi nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Il Fall.*, 2017, p. 537. In senso analogo cfr. Cass., 14 febbraio 2011, n. 3585, in *Giust. civ.*, 2011, p. 603.

¹⁹⁵ Sul concetto di fatto giuridico pregiudizievole da cui deriva come effetto una reazione da parte dell'ordinamento cfr. le lucide analisi di R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 5, A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, p. 2.

¹⁹⁶ In merito si veda l'approfondita analisi di C. D'ARRIGO, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in F. DI MARZIO, *La crisi d'impresa. Questioni contro-*

16. Trust e accordi di ristrutturazione nel prisma della *par condicio*

L'incontro tra l'istituto del *trust* e gli accordi di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi appare sicuramente facilitato dal fatto che entrambi si basano su una nuova ermeneutica del principio di trattamento paritario dei creditori ovvero piegato alle esigenze del nuovo approccio al fenomeno della crisi d'impresa.

L'esaltazione dell'autonomia riconosciuta alle parti direttamente coinvolte nello stato di crisi potrebbe comportare il pericolo di una preponderanza dei creditori con maggiore forza contrattuale, con conseguente lesione della *par condicio*. Infatti, come si è avuto modo di osservare precedentemente, nella nuova disciplina concorsuale si assiste ad una "destrutturazione" del suddetto principio¹⁹⁷, riscontrandosi come peculiare la differenziazione e la discriminazione dei creditori a seconda del loro atteggiarsi rispetto alla procedura¹⁹⁸.

Sempre più, infatti, oltre a vari *vulnus* sistematici introdotti nelle successive riforme¹⁹⁹, si riscontrano interventi giurisprudenziali che sottraggono ampi settori del passivo al trattamento concorsuale²⁰⁰. Si afferma, ad esempio, la prededucibilità nel fallimento del credito del subappaltatore, qualora il pagamento fuori concorso risulti "utile" alla massa dei creditori²⁰¹. Nel

verse del nuovo diritto fallimentare, Padova, 2010, p. 452; e D. GALLETTI, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, cit., p. 895.

¹⁹⁷ In tal senso, si veda A. NIGRO, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 360.

¹⁹⁸ Giova in proposito osservare come nella normativa francese che ha introdotto la *procédure de sauvegarde* (Loi de sauvegarde des entreprises n. 2005-845 del 26 luglio 2005) il progetto di piano di salvaguardia elaborato dal debitore deve essere adottato da un comitato composto da istituti di credito e da un altro costituito da fornitori di beni e di servizi, assegnando un ruolo decisivo a tali soggetti.

¹⁹⁹ Basti pensare, in via esemplificativa, al concetto delle classi dei creditori (art. 160, comma 1, lett. c, l. fall.), alla possibilità di attribuire loro trattamenti differenziati (art. 160, comma 1, lett. d); alla riformulazione in senso estensivo dell'art. 111 l. fall.; al dimezzamento del periodo sospetto ai fini delle azioni revocatorie fallimentari, all'introduzione di un ampio sistema di esenzioni (art. 67, comma 3, l. fall.); all'espressa attribuzione della prededucibilità ai crediti da rimborso di varie tipologie di finanziamenti (art. 182-*quater* e art. 182-*quinquies*, comma 1, l. fall.) ed ai crediti derivanti dagli atti legalmente compiuti dal debitore preconcordatario (art. 161, comma 7, l. fall.); al riconoscimento della facoltà di sospensione o scioglimento dei contratti in corso, mediante la corresponsione all'altro contraente di un semplice indennizzo non prededucibile (art. 169-*bis* l. fall.); all'autorizzazione nel concordato in continuità del pagamento di crediti anteriori (art. 182-*quinquies*, comma 4, l. fall.).

²⁰⁰ In proposito, vi è chi parla di "fuga dal concorso" (così D. GALLETTI, *Sulla sempre più frequente generalizzazione giurisprudenziale di situazioni che comportano la sottrazione dei crediti alle regole del concorso*, in *IlFallimentarista.it*, 2016).

²⁰¹ Cfr. Cass., 16 febbraio 2016, n. 3003, in *DeJure.it*, secondo la quale «Ai fini della prededucibilità dei crediti nel fallimento, il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dall'art. 111 R.D. n. 267 del 1942 va

concordato preventivo, il credito per forniture antecedenti l'apertura della procedura diviene pure suscettibile di estinzione, anche se eseguito senza autorizzazione del giudice delegato, qualora tale pagamento non comprometta la realizzabilità degli obiettivi del piano concordatario²⁰².

Al pari, il *trust* costituisce uno strumento di separazione patrimoniale, destinato come tale a produrre masse patrimoniali distinte, alle quali corrisponderà la formazione di diverse classi di creditori.

La differenziazione all'interno del ceto creditorio rappresenta uno dei tratti peculiari non solo degli accordi di ristrutturazione ma anche degli altri mezzi di gestione negoziale della crisi d'impresa, laddove si suddividono i creditori in classi, riservando a ciascuna di esse un trattamento diversificato in ragione della presenza di interessi diversi e sovente in conflitto tra loro²⁰³. È questa divergenza tra alcuni creditori e l'interesse globale del ceto

inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della procedura stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare. Invero, la prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono sugli interessi dell'intero ceto creditorio»

²⁰² In tal senso, cfr. Cass, 19 febbraio 2016, n. 3324, in *IlFallimentarista.it*, sostiene che «Va infine considerato che il criterio della "migliore soddisfazione dei creditori" (solo di recente espressamente codificato, sempre con specifico riguardo al concordato con continuità aziendale, oltre che nel già citata L. Fall., art. 182-*quinquies*, comma 4, anche nel comma 1, del medesimo articolo, nonché nell'art. 186 *bis*), individua, come autorevolmente sostenuto in dottrina, una sorta di clausola generale applicabile in via analogica a tutte le tipologie di concordato (ivi compreso quello meramente liquidatorio, mediante cessione dei beni aziendali [...]) di cui si discute nella presente sede), quale regola di scrutinio della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura. Alla luce di tale criterio, può agevolmente escludersi non solo che il compimento dell'atto non autorizzato conduca all'automatica revoca del concordato, ma anche che il disvalore oggettivo di tale atto (il pregiudizio che esso arreca alla consistenza del patrimonio del debitore) sia ricavabile, *sic et simpliciter*, dalla violazione della regola della *par condicio*, essendo, per contro, ben possibile che il pagamento di crediti anteriori si risolva in un accrescimento, anziché in una diminuzione, della garanzia patrimoniale offerta ai creditori e tenda dunque all'obiettivo del loro miglior soddisfacimento (si pensi, in via meramente esemplificativa, ai pagamenti di crediti di lavoro – che impedisce che sul capitale maturino ulteriormente interessi e rivalutazione monetaria – od ai pagamenti di utenze, eseguiti al fine di evitare l'interruzione dell'erogazione del servizio, di prestazioni di manutenzione, di spese legali sostenute per difendere i beni dalla pretese avanzate da terzi, che risultano volti, direttamente o indirettamente, a conservare valore al patrimonio aziendale, in modo da ricavarne un maggior prezzo in sede di liquidazione)».

²⁰³ Si è visto, infatti, come sia frequente la presenza (auspicabile) di creditori titolari d'interessi esterni a quelli relativi all'attuazione del rapporto obbligatorio, quali gli istituti di credito cessionari di crediti c.d. *non performing* (ovvero esposizioni per cassa e fuori bilancio nei confronti di un soggetto in stato di crisi) ovvero il creditore industriale o commerciale interessato a proseguire nell'ambito della ristrutturazione, i rapporti di fornitura con l'impresa-cliente. All'opposto il creditore titolare di un diritto di ipoteca capiente su un immobile dell'imprenditore ha esclusivamente l'interesse alla rapida liquidazione dell'oggetto della sua garanzia, a prescindere dalla sorte del resto del patrimonio e delle ragioni degli altri creditori.

creditorio a rappresentare la leva per la creazione di un “plusvalore” nella gestione privatistica della crisi; plusvalore che deve essere canalizzato a vantaggio di tutti i creditori attraverso un sistema di garanzie quale quello offerto dagli accordi di ristrutturazione²⁰⁴.

Elemento comune che innerva i due istituti parrebbe dunque il distacco dal principio di trattamento paritario dei creditori, o meglio la sua affermazione illuminata tuttavia da una luce nuova. Tale principio, infatti, di per sé «corrispondente ad un'intuitiva esigenza di parità di trattamento»²⁰⁵, esige dall'interprete uno sforzo ricostruttivo che possa indagarne la reale portata operativa fuggendo da una ingiustificata “mitizzazione”²⁰⁶. Esso, al pari di ogni principio, si presta ad essere utilizzato *ad usum conditor legum*, ovvero sottoposto ad operazioni di estensione o compressione a seconda delle scelte discrezionali di politica del diritto effettuate dal legislatore²⁰⁷.

Vale evidenziare come sia destituita di fondamento una connessione “forte” tra *par condicio creditorum* e istanze riconducibili ad una etica solidaristica, in quanto, per dirla con autorevole dottrina «se volessimo decidere alla stregua di un carattere di giustizia la distribuzione tra i creditori di risorse insufficienti, sarebbe indispensabile scrutinare la causa di ciascuna obbligazione per compilare un ordine di “meritevolezza” di tutela dell'interesse dei creditori nelle singole fattispecie»²⁰⁸.

Il riferimento all'art. 3 Cost. è quindi sì presente ma con riferimento al principio di ragionevolezza²⁰⁹ che impone di valutare la coerenza che dovrebbe ammantare il sistema di regole ed eccezioni costituenti l'ossatura della *par condicio creditorum*, in modo da soddisfare la «esigenza di giustificarne le deroghe secondo il canone della ragionevolezza delle discriminazioni»²¹⁰.

²⁰⁴ In tal senso, si veda l'analisi di L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, cit., p. 1033, e per i profili economici M. BELCREDDI, *Crisi d'impresa e ristrutturazione finanziaria*, Milano, 1995, p. 19.

²⁰⁵ Così U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 61. Non a caso P.G. JAEGER, “Par condicio creditorum”, in *Il Fall.*, 1984, p. 63, qualifica la regola della *par condicio* come «una norma di polizia processuale».

²⁰⁶ Si veda in merito V. COLESANTI, *Mito e realtà della “par condicio”*, in *Il Fall.*, 1984, p. 32. In senso analogo J.M. GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, cit., p. 294, secondo il quale «il principio di uguaglianza attua solo una specie di miraggio, capace di giustificare qualsiasi regola ed al tempo stesso di non spiegare niente».

²⁰⁷ Risulta possibile individuare infatti storicamente fasi in cui tale principio è stato oltremodo ampliato o ridotto come osserva A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei diritti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, Napoli, 1989, p. 845.

²⁰⁸ Così P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 319.

²⁰⁹ Il principio di ragionevolezza è «concepito come svolgimento dell'art. 3 Cost.», come affermato dalla Corte Cost., 17 marzo 1998, n. 63, in *Foro it.*, 2000, I, p. 41. Si rinvia in proposito alla dottrina citata alla nota 178 del capitolo V.

²¹⁰ In tal senso G. TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum?*, cit., p. 10. Come ha osservato il Giudice delle leggi (Corte Cost., 20 aprile 1989, n. 204, in *Giur. comm.* 1990, II,

Lo stesso giudizio di meritevolezza che presiede all'utilizzo dei meccanismi di separazione patrimoniale in deroga ai principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., guida l'autonomia privata nell'impiego di strumenti negoziali di gestione dell'insolvenza, la cui causa concreta sarà meritevole di tutela qualora sia idonea a superare lo stato di crisi²¹¹.

Il principio di *par condicio* tradizionalmente inteso, dunque, persa la caratteristica di universalità, vede ristretto il proprio ambito di applicazione, operando solo in difetto di interessi meritevoli di maggior tutela, quale appunto la continuazione dell'attività d'impresa mediante il buon esito dell'operazione di risanamento della stessa²¹². Ciò in quanto la parità di trattamento assolve ad una funzione meramente strumentale all'obiettivo di permettere una gestione ottimale dell'impresa in crisi; pertanto, la *par condicio* non può assurgere a principio assoluto, dovendo invece piegarsi alle esigenze dell'impresa quale attività da tutelare²¹³.

Del resto, la produzione di plusvalore attraverso le soluzioni negoziali della crisi d'impresa appare incompatibile con la sua equa distribuzione, poiché altrimenti l'impulso alla stessa creazione di plusvalore sarebbe vanificato, con inevitabile pregiudizio per i vari protagonisti della crisi: occorre, quindi, applicare anche in tale ambito le regole concorrenziali che caratterizzano il sistema economico generale al fine di perseguire l'obiettivo di efficienza economica. Del resto, come afferma Coase, impresa e mercato «congiuntamente formano la struttura istituzionale del sistema economico»²¹⁴,

p. 5), pur dubitando del fondamento costituzionale della *par condicio creditorum*, «non per questo essa può vantare una assoluta inderogabilità, [...] giacché essa tollera disparità di trattamento se queste siano giustificate da ragioni apprezzabili, e tanto più se lo siano dall'attuazione di un valore costituzionale». Del resto, la Corte ha individuato il carattere politico di tale valutazioni discrezionali, affidate istituzionalmente al legislatore, rifiutandosi quindi di intervenire per dare origine a nuove forme di prelazione.

²¹¹ L'operazione di salvataggio è ritenuta lecita e meritevole anche nel caso in cui si preveda che alcuni creditori ricavino un significativo vantaggio individuale, a condizione che gli altri creditori estranei non ricevano un trattamento peggiore rispetto a quello di una liquidazione fallimentare del patrimonio. In tal senso, si vedano D. GALLETTI, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, cit., p. 895; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 16.

²¹² Sul punto cfr. A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., p. 500; C. COSTA, *La crisi dell'impresa e le banche*, 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, p. 457; V. DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 57; G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte speciale*, cit., p. 178; e V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 485, secondo il quale in particolare il valore della parità di trattamento sarebbe esclusivamente quello di disattendere il differente criterio della priorità temporale nel soddisfacimento dei creditori.

²¹³ Per un'analisi da una prospettiva tipicamente civilistica del principio della *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali cfr. M. MIGLIACCIO, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012, p. 180.

²¹⁴ Così R. COASE, *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 2006, p. 45.

tuttavia, all'interno di una cornice regolamentare di tutele volte ad evitare abusi.

Giova, inoltre, sottolineare che nella fattispecie, trattandosi di un contratto di diritto privato, la distinzione dei crediti non avviene in base ai diritti di garanzia presenti, bensì in relazione all'esito della trattativa tra imprenditore e creditori. Tale negoziazione favorisce verosimilmente il creditore maggiormente esposto nei confronti dell'imprenditore. Si assiste, pertanto, ad una ragionevole composizione complessiva di interessi, visto che il creditore "forte" – il quale ha compiuto il maggiore sforzo economico – è tendenzialmente anche il soggetto maggiormente interessato al superamento dello stato di crisi (qualora l'alternativa fallimentare non gli sia favorevole), al fine di poter recuperare il suo credito, tutelando indirettamente anche i creditori meno esposti²¹⁵.

Le suddette valutazioni di meritevolezza – del mezzo di separazione patrimoniale e del contratto sulla crisi d'impresa – sono dunque destinate a sovrapporsi allorché si innesti un *trust* nell'accordo di ristrutturazione.

Di conseguenza, l'interprete sarà tenuto ad operare un giudizio sulla causa concreta dell'intera operazione, la quale dovrà resistere al vaglio complessivo alla luce dei criteri di meritevolezza, oltre che di liceità, che sovrintendono sia all'istituto civilistico del *trust* sia agli accordi di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi.

Tale necessario controllo dovrebbe essere sufficiente a superare le diffidenze nei confronti dell'utilizzo dell'istituto anglosassone nel nostro ordinamento, sovente viatico per operazioni elusive o comunque in frode alla legge.

Del resto, è bensì vero che il *trust* possa essere piegato a fini illeciti e si dovrebbe a sua difesa invocare l'adagio secondo il quale *a posse ad esse non valet consequentia*; tuttavia, vale ricordare come il legislatore stesso tolleri e riconosca istituti, quali le società di comodo, dove, al contrario del *trust*, per definizione le finalità e le funzioni sono divergenti rispetto a quelle cui l'istituto è tipicamente preordinato²¹⁶.

In conclusione, qualora si costituisca un *trust* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, sarà necessario indagare la causa concreta perseguita dal disponente con il programma negoziale di separazione: questa sarà meritevole di tutela e coniugabile con gli accordi *ex art. 182-bis l. fall. se* – nella

²¹⁵ In proposito, si vedano le riflessioni di A. NIGRO, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, cit., p. 360.

²¹⁶ Sono stati infatti sempre vani i numerosi tentativi effettuati per elaborare una disciplina civilistica repressiva delle società di comodo la cui definizione si fonda del resto su un dato prettamente quantitativo. Si vedano in merito le sempre attuali osservazioni di R. BRACCINI, *Le società di comodo nella recente legislazione tributaria*, in Riv. soc., 1985, p. 1126; G. CROSTAROSA GUICCIARDI, *Le società di comodo tra diritto commerciale e diritto tributario*, in Il Fisco, 1995, p. 5483.

cornice delle garanzie creditorie previste dalla disciplina fallimentare – è volta al salvataggio dell'impresa in crisi o alla ristrutturazione del suo debito, senza pregiudizio per i creditori. Tale interesse sarà considerato preminente in quanto eviterebbe la dichiarazione di fallimento e salvaguarda il valore dell'azienda, esaltando l'interesse pubblico al mantenimento dell'impresa nel mercato, del tenore occupazionale, del livello di produttività, o – in caso di accordo di ristrutturazione liquidatorio – in quanto costituisce strumento di maggiore tutela ed efficacia per il ceto creditorio²¹⁷.

²¹⁷ Cfr. sul punto E. RAGANELLA-M. REGNI, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *Trusts e att. fid.*, 2009, p. 533; A. CAPRIOLI, *Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore*, cit., p. 103.

CONCLUSIONI: GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE QUALE “PUNTO DI FUGA” DEL DIRITTO PRIVATO DINAMICO

L'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti rappresenta l'esempio della permanente utilità della contrattazione come meccanismo privilegiato di creazione di regole in un ambito di interesse collettivo e di rilevanza pubblica.

Esso consente, infatti, all'imprenditore di comporre la crisi evitando le lungaggini e i costi delle procedure concorsuali e di conservare il complesso produttivo, potendo proseguire l'attività d'impresa. D'altra parte, i creditori hanno l'opportunità di limitare gli effetti che l'aggravio del dissesto genererebbe sulle loro pretese. Se aderiscono all'accordo possono beneficiare di una soddisfazione comunque maggiore rispetto alle tradizionali procedure liquidatorie, mantenendo le forniture in caso di continuazione dell'attività d'impresa. Qualora invece non aderiscano avranno assicurato, diversamente da quanto accade nel concordato preventivo, l'integrale pagamento del proprio credito benché soggetto a revocatoria (tranne che nella fattispecie di cui all'art. 182-*septies* l. fall. in cui dovranno essere soddisfatti comunque in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili).

Tale *figura iuris* permette dunque di risolvere in misura adeguata il *trade-off* tra flessibilità nella gestione della crisi e tutela dei creditori, rappresentando uno strumento efficace per definire celermente una situazione di crisi, in vista del pieno recupero della redditività dell'azienda e della tutela del suo valore economico.

Sono evidenti le conseguenze che gli accordi di ristrutturazione producono sul sistema economico rappresentando uno strumento virtuoso nel quadro di interventi strutturali di interazione ampia tra le forze socio-economiche. Questo strumento interessa, infatti, profili essenziali della vita dell'impresa, quali l'accesso al credito e il rapporto con i fornitori, con inevitabili ripercussioni sulla competitività e capacità di crescita dell'intero sistema economico che non può che trarre giovamento dalla facilitazione del processo di riallocazione e riorganizzazione delle risorse ancora in grado di produrre valore.

Si conferma, quindi, quella stretta relazione tra diritto ed economia per

cui il primo costituisce lo strumento per promuovere e implementare la seconda, avvalendosi del dinamismo del diritto privato, ontologicamente latore dell'apparato strumentale utile a governare la realtà effettuale¹. Con l'apertura alla composizione negoziale dell'insolvenza si registra, in definitiva, il passaggio da una concezione precipuamente pubblicistico-processuale del fallimento ad una più spiccatamente privatistico-sostanziale, mediante la creazione di un vero e proprio sottosistema di strumenti tesi a fornire risposte alla crisi².

L'utilizzo dello strumento contrattuale nell'ambito del diritto dell'insolvenza ha effetti dirompenti, stravolgendo entrambi i sintagmi della "crisi d'impresa" nel tentativo di superarla ricomponendone l'attività. Non a caso il legislatore ha utilizzato il termine "ristrutturazione", che in edilizia indica un'opera di revisione integrale di un edificio esistente e che in tema di crisi d'impresa non può che designare un'attività di complessiva riorganizzazione dei vincoli obbligatori imprenditoriali, non limitabile a singole relazioni, ma concernente l'integrale coacervo dei rapporti in corso.

Espressione di tale sinergia è, dunque, lo strumento degli accordi di ristrutturazione che tende a comporre gli interessi in gioco, individuando una connessione virtuosa tra contratto, crisi e mercato, nella consapevolezza che la gestione negoziata della crisi d'impresa sia di per sé meritevole di tutela.

Per mezzo di tale istituto il legislatore ha tentato di inquadrare il dinamismo presente nei contratti stragiudiziali che l'imprenditore in crisi stipula con i creditori per evitare le inefficienze delle procedure concorsuali, consentendo altresì di mantenere il complesso produttivo imprenditoriale. Si tratta di uno strumento che si presta ad essere agevolmente modellato sulle esigenze della fattispecie concreta, con l'attribuzione di un ruolo cardine ai soggetti coinvolti direttamente nell'operazione e il conseguente arretramento del ruolo del giudice che si limiterà ad un sindacato mai inerente la convenienza economica.

La composizione negoziale della crisi risponde altresì ad esigenze di efficienza e di equità giacché l'imprenditore è sollecitato a trattare con i propri creditori una soluzione condivisa e flessibile, con una rapida emersione della crisi che scongiura la distruzione dell'attivo. La gestione negoziale evita poi che, ritardando il fallimento, i creditori più informati possano tollerare una cattiva gestione della crisi, mettendo così al riparo i pagamenti ricevuti da azioni revocatorie, in caso di successiva dichiarazione d'insolvenza.

¹ In proposito si vedano le riflessioni di G. CALOGERO, *Studi crociani*, in *La conclusione della filosofia del conoscere*, Firenze, 1960, p. 81; F. CAFFÉ, *Diritto ed economia: un difficile incontro*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 6; N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 13.

² In proposito giova ricordare come G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 2, nell'imminenza della legge fallimentare del '42 definisse il fallimento come «l'organizzazione legale e procedurale della difesa collettiva dei creditori di fronte all'insolvenza del commerciante, il cui patrimonio deve essere liquidato ed erogato a favore dei creditori».

Si abbandona quindi l'idea “darwiniana” di procedura concorsuale come semplice liquidazione dei beni dell'imprenditore fallito per abbracciare una concezione dell'insolvenza che punti in primo luogo a ricomporre negozialmente la crisi, riallocando il capitale di rischio là dove sia in grado di produrre nuova ricchezza, ovvero nelle mani dei creditori. Questi acquistano, in cambio di una rimodulazione del loro credito, diritti sul patrimonio del debitore, in modo da assicurare per tale via la conservazione dei nuclei produttivi³.

La nuova “cultura della crisi d'impresa” deve tuttavia evitare un uso distorto degli strumenti di composizione negoziale, impedendo un “accanimento terapeutico” nei confronti dell'impresa ormai decotta al solo fine di procrastinare la dichiarazione di fallimento, con l'effetto però di aumentare il disavanzo patrimoniale.

Le procedure d'insolvenza devono essere comunque iscritte nella cornice valoriale che governa nella fisiologia l'attività economica, tentando di conservarne la coerenza anche nella situazione di crisi. Tale visione costituisce la nuova frontiera delle procedure concorsuali che – distinguendo tra valore dell'impresa e valore del patrimonio dell'imprenditore – deve approntare forme di gestione della situazione d'incertezza, in modo da assegnare ai creditori, effettivi fornitori del capitale, un potere analogo a quello degli investitori nell'ambito del rischio d'impresa.

Il passaggio dell'attivo ai creditori in forme diverse dalla vendita rappresenta una sorta di versione concorsuale della “scommessa di Pascal”: se l'impresa non ha valore, i creditori non subirebbero un trattamento peggiore, se invece è presente un valore, i creditori hanno la possibilità di trarne profitto conseguendo un plusvalore generato dalla procedura di riabilitazione⁴.

Attraverso gli accordi di ristrutturazione l'intero ceto creditorio è tutelato in quanto i non aderenti ricevono l'assicurazione di un pagamento integrale che non otterrebbero in caso di fallimento, mentre i creditori che aderiscono all'accordo conseguono il vantaggio di incassare in tempi brevi e al riparo dall'azione revocatoria, evitando le incertezze, la durata e le spese di una procedura fallimentare.

Il legislatore, dunque, non impone all'operatore una tipologia contrattuale rigidamente regolamentata ma fornisce un programma economico-sociale che costituisce il reale contenuto precettivo della norma, allestendo attorno a tale negozio un terreno fertile che gli permetta di operare in maniera efficiente, senza cadere in seguito alle azioni esecutive, cautelari e revocatorie dei creditori.

³ Si vedano in proposito L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1075; e B. LIBONATI, *Prospettive di riforma nella crisi d'impresa*, cit., p. 332.

⁴ In tal senso cfr. ancora L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 194.

Più che una “privatizzazione”, considerando la “delega” da parte dello Stato nella gestione dell’insolvenza⁵, pare quindi più corretto parlare di “contrattualizzazione” della crisi, di apertura del terreno dell’insolvenza al contratto e all’uso di strumenti idonei ad incidere sulla singola situazione giuridica come i concetti-valvola costituiti dalle clausole generali, *in primis* la buona fede, principio normativo regolatore della relazione contrattuale⁶.

Il maggior ruolo assegnato all’autonomia dei privati nella gestione della crisi d’impresa, nell’ambito di quello che è stato definito “diritto per l’economia”⁷, permette di salvaguardare al pari la tutela del credito, l’integrità del patrimonio sociale, nonché la stessa capacità di reddito dell’impresa, con inevitabili riflessi sul ruolo dell’organo giudiziario. Rispetto all’originaria normativa concorsuale del 1942 – dove la giurisdizione era il “braccio secolare” di un “sistema” che non contemplava alternative all’espulsione dal mercato dell’impresa in decozione⁸ – il giudice assume un ruolo di “facilitatore” di momenti interamente privatistici, esercitando un controllo di legalità a vigilanza proprio dell’esercizio di autotutela dei privati⁹.

Il diritto fallimentare dovrebbe pertanto essere riletto attraverso una nuova luce, assumendo il diritto privato generale come disciplina ordinante l’ambito della crisi per espressa volontà del legislatore. Questi, invero, negli accordi di ristrutturazione fa appello allo strumento contrattuale per rin-

⁵Sul punto si vedano le considerazioni di M. FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, cit., p. 711; V. GRECO, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 640; F. DE SANTIS, *Sulla c.d. «degiurisdizionalizzazione» del concorso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 368.

⁶Cfr. in argomento le osservazioni di E. BERTACCHINI, *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d’impresa*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 687 e di A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 292. Sulla rilevanza delle clausole generali si rinvia a L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 411; U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e dir.*, 2007, p. 411; A. SASSI, *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed «europeo»*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell’integrazione europea*, Torino, 2005, p. 237; A. VALLEBONA, *Clausole generali e controllo della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1784; e meno recentemente S. RODOTÀ, in F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 247; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970. Sulle clausole come concetti-valvola si veda l’approfondita analisi di M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 211.

⁷In questo senso si vedano le interessanti riflessioni di P. CIOCCA, *Un diritto per l’economia?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 887.

⁸A tal proposito cfr. P.G. JAEGER, *Crisi delle imprese e poteri del giudice*, cit., p. 869.

⁹Si vedano in merito le osservazioni di M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 120, secondo cui «nell’ambito di una decomposta varietà di strumenti di regolazione della crisi o del dissesto, il legislatore ha inteso innalzare il baricentro della negozialità, portandolo verso l’assunzione da parte dei privati di una funzione pubblica», in cui «le parti gestiscono la crisi al modo di un delegato», con l’esercizio, cioè, di una delega di competenze.

tracciare le coordinate di istituti necessari là dove si prospettano mere previsioni di effetti giuridici sprovviste di fattispecie¹⁰.

Benché occorra tener presente la raccomandazione di «collegare le linee del sistema allo specifico dato normativo del microsistema fallimentare nel suo profilo dinamico»¹¹, nella fattispecie degli accordi di ristrutturazione non si tratterebbe del ricorso alle regole e ai principi generali filtrati dalla specialità da un diritto settoriale, bensì dell'«innesto» di un contratto di diritto privato nella disciplina della crisi d'impresa priva di autosufficienza tecnica.

Se, infatti, vale l'affermazione per cui il c.d. "diritto secondo" non può derogare dal "diritto primo" – intendendo per tale il diritto privato generale – se non in forza di una precisa regola derogatrice¹², negli accordi di ristrutturazione non si pone neppure la questione del rapporto tra "diritto primo" e "diritti secondi", in quanto l'art. 182-bis l. fall. non costituisce una norma derogatrice, ma affermativa del diritto contrattuale generale nel quale occorre rinvenire le coordinate di disciplina¹³.

In una temperie caratterizzata dalla complessità del reale assunta a «categoria generale della scienza giuridica»¹⁴, si assiste ad una rinnovata unità tra la concretezza del diritto commerciale – sotto la cui sistemazione «palpita la dinamica della vita, ed essa non deve essere affogata dalla dialettica dell'astrazione»¹⁵ – e la sistematica speculativa del diritto civile. Il c.d. diritto negoziale della crisi d'impresa pare in tal senso indice di una sorta di "giudizio sintetico a priori", che congiunge la costruzione concettuale del sistema con la dimensione concreta del problema, legittimando il tentativo di applicare l'apparato strumentale civilistico al fenomeno della crisi d'impresa¹⁶.

¹⁰ Valga richiamare in merito le approfondite osservazioni di C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., p. 397, criticate da M. LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 541.

¹¹ Così Cass., Sez. Un., 18 febbraio 1997, n. 1482, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 655. Sulla stessa scia si richiama l'insegnamento di G. OPPO, *L'unità sistematica dell'ordine giuridico*, in E. RUSSO, (a cura di), *Interpretazione della legge e «ragione giuridica»*, Padova, 2003, p. 166, secondo il quale «affermare l'unità sistematica del diritto privato non significa negare l'esistenza di [...] sottosistemi, ai quali applicare, anche in ragione della loro particolarità, criteri interpretativi qualificati e qualificanti».

¹² Si vedano in proposito L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, p. 59; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 179; ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., p. 397.

¹³ Contra si vedano le riflessioni di M. Spiotta, *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo – Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1020.

¹⁴ Così A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2007, p. 203.

¹⁵ In tal senso C. VIVANTE, *La riforma delle leggi commerciali attraverso l'ordinamento corporativo*, in *Atti del I Congresso Giuridico Italiano. Le relazioni*, Roma, 1933, p. 489.

¹⁶ In proposito si vedano le illuminanti riflessioni di F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale*

Sorprende in proposito l'attualità delle parole che la dottrina liberale usava riguardo al concordato preventivo all'inizio del secolo passato: «le esigenze scientifiche, dunque, anche nel nostro istituto, armonizzano, non contrastano, colle esigenze della pratica. Ed una trattazione, come la nostra, la quale vuol servire alla scienza e alla vita, non può fare a meno di questo coordinamento fecondo»¹⁷.

La materia fallimentare, contenuta in una legge di forte impronta processualistica, è stata d'altronde tradizionalmente ritenuta semplice "provincia" del diritto commerciale, ovvero ricostruita in senso "autarchico", come fenomeno isolato nell'ordinamento¹⁸. Solo a seguito della maggiore rilevanza assunta dall'autonomia privata, la disciplina della crisi si pone come fulcro della moderna teoria dell'impresa, in quanto compendia l'apparato regolamentare, omogeneo a quello relativo alla sua attività, teso a facilitarne il risanamento¹⁹.

Il diritto fallimentare, evolvendo in diritto della crisi d'impresa, "emigra" dalla "provincia" al "centro" del sistema di diritto privato, colmando lo iato tra fisiologia e patologia dell'impresa, espressione della tradizionale concezione pubblicistica del fallimento.

Se nel diritto della crisi d'impresa si riconosce un primato alla tutela del credito, può allora affermarsi un saldo collegamento con il diritto privato di carattere patrimoniale, il quale, in questo specifico ambito non si scontra con le limitazioni pubblicistiche derivanti dalla struttura processuale della procedura fallimentare²⁰.

La stessa autonomia privata, d'altronde, oltre a invadere l'area della crisi d'impresa, ha altresì espugnato la "cittadella" della responsabilità patrimoniale.

della crisi d'impresa, cit., p. 49, il quale afferma che «proprio l'attenzione alla dimensione problematica dell'esperienza giuridica consente l'elaborazione della soluzione introno al caso singolo; ma quella soluzione si guadagna dietro il preliminare raffronto dell'ipotesi affacciata con le compatibilità di sistema». Per un approfondimento metodologico, si veda L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giudicio*, in *Jus*, 1976, p. 3; ID., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 321.

¹⁷ Così A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., VII; citato anche da F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 55, il quale invita a riflettere sulla dottrina formatasi sui codici di commercio e le prime leggi speciali fallimentari.

¹⁸ Come riporta R. COSTI, *L'enciclopedia e il diritto commerciale*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 580.

¹⁹ In proposito A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 666, parla di "statuto materiale delle imprese" che vede tra i suoi pilastri le soluzioni di composizione negoziale della crisi. Si vedano in proposito inoltre le riflessioni di N. SALANITRO, *Motivi ispiratori e valutazioni interpretative della riforma concorsuale*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 2006, I, p. 512; F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 20; L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, cit., p. 1042.

²⁰ Si vedano in proposito le approfondite riflessioni di L. CALVOSA, *Fallimento e patrimonio d'impresa: luci e ombre della vigente disciplina*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 518; G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, cit., p. 63.

niale, considerando le numerose ipotesi di separazione lasciate alla disponibilità dei privati e il declino del principio della *par condicio* come principio fondante le regole di tutela dei soggetti terzi. Anche in tale contesto si riscontra la valenza della cornice positiva entro la quale la legge consente all'autonomia di operare, là dove comunque è il legislatore a fissare gli scopi o a determinare gli strumenti di tutela delle posizioni creditorie.

L'ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento s'iscrive nel suddetto indirizzo, costituendo soluzione efficace là dove i mezzi offerti dal legislatore non permettano di realizzare adeguatamente la composizione di interessi necessaria allo scopo prefissato. Il *trust* consentirebbe, infatti, un percorso di ristrutturazione dei debiti “in ambiente protetto”, rappresentando un sicuro strumento di profilassi da azioni disgregative del patrimonio dell'imprenditore in crisi.

Non è una singolarità linguistica, del resto, che la medesima parola greca κρίσις si possa tradurre sia come “scelta” sia come “separazione”: “scelta” tra risanamento dell'attività economica o sua cessazione, “separazione” tra debitore e creditore.

La crisi intesa sia come “scelta” sia come “separazione” può nondimeno trovare “sintesi” nell'uso del *trust* negli accordi di ristrutturazione: il debitore sceglie di ristrutturare il proprio debito, ricongiungendo il rapporto economico e fiduciario con i creditori. In altre parole, l'imprenditore in crisi può comporre la separazione con i propri creditori con un'altra separazione – questa nell'ambito patrimoniale – che possa tutelare meglio l'operazione di ristrutturazione coinvolgendo altresì i creditori, il tutto nell'ambito del più ampio contratto sulla crisi d'impresa. La stessa etimologia del termine “contratto” (dal latino *contrahere* ossia “trarre insieme”) rinvia al concetto di “unione”, quale momento finale di convergenza che mette fine ad uno stato di separazione, appunto di “crisi” dei rapporti tra le parti.

Questo studio, in conclusione, ha indagato l'istituto degli accordi di ristrutturazione da una prospettiva civilistica, nel tentativo di individuare una sorta di *fil rouge* tra natura giuridica, configurazione strutturale, effetti degli accordi e uso del *trust*. Appare del resto evidente il nesso tra tali profili: alla qualificazione in senso negoziale – “ambiente” dove si colloca l'edificio degli accordi, per cui assume rilievo esaminarne l'architettura strutturale – si collega l'esame della disciplina in senso effettuale, la quale a sua volta conduce a verificare l'utilità che può spiegare una figura tradizionalmente aliena al nostro sistema come il *trust*.

Tale percorso segue l'evoluzione del diritto privato, giacché procede dall'analisi della struttura e di categorie tradizionali interessando l'applicazione degli istituti della disciplina contrattuale e delle sue clausole generali, fino al *trust* quale mezzo di segregazione patrimoniale che comporta un impatto dirompente con principi classici del sistema di diritto continentale.

Gli accordi di ristrutturazione assurgono dunque a “punto di fuga” del diritto privato dinamico, attraversato da numerosi tentativi di ridefinizione del

quadro categoriale²¹ e posto davanti alla impreteribile esigenza di ricomposizione e di coordinamento tra nuovi problemi e categorie tradizionali²².

Coerentemente, occorre individuare soluzioni interpretative atte a permettere il processo di cambiamento e di adeguamento ad un sistema mutevole e complesso: si abbandona una concezione meccanicistica per adottarne una dinamico-evolutiva. Nell'istituto degli accordi di ristrutturazione converge, invero, una considerazione dinamica dell'attività d'impresa volta a valorizzarne la credibilità sul mercato ai fini del risanamento²³; una visione altrettanto dinamica dell'insolvenza, con l'emersione del concetto di crisi d'impresa; una dimensione (ancora) dinamica del principio di responsabilità patrimoniale segnato dal tramonto del principio di *par condicio* e di garanzia patrimoniale universale, in posizione di subvalenza rispetto all'autonomia privata.

Le categorie privatistiche sono perciò chiamate a confrontarsi con un istituto che, superando le tradizionali divisioni tra studio dommatico e analisi pratica, esalta le virtù del diritto civile in un ambito che ha visto tradizionalmente compressa l'autonomia privata.

Si osserva, invero, l'irruzione del contratto nella disciplina fallimentare provocando la posposizione di tratti peculiari quali la soluzione all'insolvenza mediante una procedura pubblicistica, la *par condicio creditorum* (la quale occupa uno spazio oramai residuale), il principio del concorso²⁴.

Sciolta da questi vincoli, la crisi d'impresa può trarre giovamento dalle potenzialità offerte dalla disciplina contrattuale, ovvero dalle categorie e dalle clausole generali del diritto privato, le quali forniscono precise direttive e punti di orientamento all'indagine, sì da costruire una "nuova razionalità" del diritto della crisi.

²¹ Imprescindibile in proposito il richiamo a N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013 e l'introduzione *Quale futuro per le categorie del diritto civile?* di F.D. BUSNELLI al Convegno pisano del 7 novembre 2014 su tale volume, pubblicata su *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 10.

²² Viene in mente S. Agostino: «*Quantum enim quisque sciendo profecerit, tanto se infra illas litteras inveniet, quas Deus tanquam firmamentum supra omnia humana corda constituit*», in AGOSTINO, *Ad Orosium contra Priscillianistos et Origenistos*, XI, 14 in "Patrologia Latina", XLII, p. 678.

²³ In merito si vedano su tutti E. BERTACCHINI, *Ermeneutica giuridica e tendenze evolutive del diritto dell'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 397 e A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 292.

²⁴ Si veda in proposito G. SCARSELLI, in *Le sistemazioni stragiudiziali (ovvero, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento delle esposizioni debitorie)*, cit., p. 468; M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, cit., p. 361; N. SALANITRO, *Riflessioni conclusive*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, p. 169.

Finito di stampare nel mese di luglio 2017
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

VOLUMI PUBBLICATI

1. MARIA GIOVANNA CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, 1995, pp. X-330.
2. MANUELA MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, 1995, pp. XII-308.
3. EMANUELA NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, 1996, pp. XVI-452.
4. DIANORA POLETTI, *Danni alla persona negli «accidenti da lavoro e da auto-mobilità»*, 1996, pp. X-334.
5. LINO SALIS, *Scritti in tema di condominio*, raccolti da Giovanni Maria Uda, 1997, pp. XVIII-620.
6. CLAUDIO TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, 1997, pp. X-254.
7. FRANCESCO D. BUSNELLI - SALVATORE PATTI, *Danno e responsabilità civile. Terza edizione*, 2013, pp. XX-416.
8. ROBERTO CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, 1998, pp. VI-154.
9. GIOVANNI COMANDÉ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, 1999, pp. XXIV-512.
10. PIETRO SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, 1999, pp. IV-490.
11. UMBERTO BRECCIA, LUCIANO BRUSCUGLIA, FRANCESCO D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, 2001, pp. XIV-394.
12. FRANCESCO D. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, 2001, pp. XXVIII-404.
13. LUCILLA GATT, *La liberalità. I*, 2002, pp. XIV-478.
14. ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, 2002, pp. X-438.
15. ENRICO CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, 2004, pp. XIV-194.
16. ELENA BARGELLI, *Proprietà e locazione. Prelazione e valore di scambio*, 2004, pp. XII-324.
17. MATTEO DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, 2004, pp. XIV-466.
18. GIOVANNI MARIA UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, 2004, pp. XIV-562.
19. MARILENA GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, 2005, pp. XII-292.
20. MARIA CARLA CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, 2005, pp. VIII-168.
21. ENZA PELLECCCHIA, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, 2005, pp. XVI-224.
22. ALESSANDRO P. SCARSO, *Il contraente «debole»*, 2006, pp. VIII-240.
23. ROBERTO PUCELLA, *La causalità «incerta»*, 2007, pp. X-302.
24. STEFANO PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, 2007, pp. XII-260.
25. ANTONIO SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, 2007, pp. X-298.

26. ENRICO CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, 2007, pp. VIII-184.
27. ANDREA RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, 2008, pp. XVIII-374.
28. GRAZIA CECCHERINI, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, 2008, pp. VIII-282.
29. VALENTINA CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, 2008, pp. VIII-548.
30. LAURENCE KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, 2008, pp. XII-404.
31. ALESSANDRO GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, 2008, pp. XII-268.
32. GIORGIO AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, 2008, pp. XIV-290.
33. CARMINE B.N. CIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, 2008, pp. VIII-308.
34. STEFANO CHERTI, *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*, Seconda edizione riveduta e ampliata, 2008, pp. XII-212.
35. MARIA GAGLIARDI, *Contratto di assicurazione*, 2009, pp. XII-328.
36. ARIANNA FUSARO, *Informazioni economiche e «reputazione d'impresa»*, 2010, pp. X-278.
37. LUCA NOCCO, *Il sincretismo causale e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, 2010, pp. XXXIV-390.
38. ANNA SCOTTI, *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, 2010, pp. X-258.
39. ANNA PAOLA UGAS, *Fatto e dinamica nel diritto*, 2011, pp. VIII-280.
40. AGNESE QUERCI, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, 2011, pp. XXII-346.
41. FILIPPO VIGLIONE, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, 2011, pp. X-278.
42. MARCO MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, 2011, pp. XVI-292.
43. MAURO GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, 2011, pp. XVIII-510.
44. LUCA GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, 2012, pp. XIV-242.
45. PAOLA IAMICELI, *L'esclusione dal contratto*, 2012, pp. XXXIV-318.
46. ENZA PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, 2012, pp. XXVIII-236.
47. BENEDETTA AGOSTINELLI, *Il patto abusivo. Fenomenologia e rimedi*, 2012, pp. VIII-252.
48. NICOLETTA MUCCIOLI, *Studio sul contegno concludente*, 2012, pp. VIII-156.
49. MATTEO DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, 2013, pp. XXIII-545.
50. CHIARA PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, 2013, pp. VIII-288.
51. ALESSANDRO MANTELERO, *Il ruolo dello stato nelle dinamiche della responsabilità civile da danni di massa. Tre variazioni sul tema: uranio impoverito, emoderivati e Vajont*, 2013, pp. XIV-226.
52. LUISA PASCUCCI, *Ritratteggiamento della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, 2013, pp. X-326.
53. MAURO PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, 2013, pp. VIII-272.

54. FABRIZIO PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, 2015, pp. XVIII-606.
55. MASSIMO FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, 2015, pp. VIII-272.
56. IVAN LIBERO NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2017, pp. XLVI-442.

