

**Gli accordi di
ristrutturazione dei
debiti tra autonomia
privata e controllo
nell'interesse dei terzi.**

Dario Restuccia

INDICE

Capitolo Primo

L'analisi storica e l'evoluzione della gestione delle crisi d'impresa.

1.1. La crisi d'impresa tra diritto ed economia come cartina di tornasole del funzionamento dello stato di diritto e dello stato di salute del sistema economico.

1.2. Dal diritto romano all'epoca delle codificazioni. Cenni.

1.3. Dal *Code de commerce* napoleonico del 1807 al nostro codice di commercio del 1882. L'età delle codificazioni. La legge 24 maggio 1903 n. 197 sul concordato preventivo.

1.4. Dalla legge fallimentare italiana del 1942 alle leggi "Prodi" e "Prodi bis" sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

1.5. La riforma organica delle procedure concorsuali. Autonomia contrattuale e ruolo dell'autorità giudiziaria.

Capitolo Secondo

La natura giuridica ed il procedimento degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

- 2.1 Gli accordi di ristrutturazione del debito ed il rapporto con il concordato preventivo.
- 2.2 Gli accordi di ristrutturazione del debito come nuovo procedimento concorsuale. Critica.
- 2.3 Il consenso dei creditori. La natura giuridica e la struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti.
- 2.4.1 I presupposti: quello soggettivo...
- 2.4.2 ...e quello oggettivo.
- 2.5 La rilevanza della fase delle trattative. Il nuovo comma VI dell'art. 182 bis l. fall.
- 2.6 Il contenuto degli accordi di ristrutturazione.
- 2.7 La forma degli accordi.
- 2.8 La relazione dell'esperto.
- 2.9 L'omologazione e il reclamo.

Capitolo Terzo

Gli effetti e le conseguenze degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

- 3.1 L'efficacia nei confronti dei terzi. I terzi non creditori. Il regolare pagamento dei creditori estranei. L'opposizione dei creditori.
- 3.2 Gli effetti degli accordi di ristrutturazione: L'inibizione dalle azioni individuali.
- 3.3 Gli effetti degli accordi di ristrutturazione: l'esenzione dalla revocatoria fallimentare.
- 3.4 Gli effetti degli accordi di ristrutturazione: i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in regresso.
- 3.5 Il problema della nuova finanza e della prededucibilità. Il nuovo art. 182 *quater* l. fall.
- 3.6 Rapporti con i reati fallimentari.

Capitolo Quarto

Conclusioni

CAPITOLO PRIMO

L'analisi storica.

1.1. La crisi d'impresa tra diritto ed economia come cartina di tornasole del funzionamento dello stato di diritto e dello stato di salute del sistema economico.

La regolamentazione dell'insolvenza è stata, da sempre, un aspetto cruciale dell'intero sistema economico e sociale. Gli ordinamenti che si sono succeduti nel tempo si sono sempre preoccupati di impedire, o quantomeno limitare, i fenomeni di insolvenza, con soluzioni e ricette diverse e spesso contrastanti tra loro, ma sempre frutto della contingente situazione economica ed ordinamentale. Più di altri settori del diritto, ed in linea con gli sviluppi dell'economia, la disciplina dell'insolvenza viene influenzata dai continui mutamenti della realtà sociale, in forza di un rapporto serrato e reciproco¹.

Tali affermazioni assumono ancor più valore se riferite al più ampio concetto di crisi d'impresa², frutto di fattori

¹ Così L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 337.

² In argomento v. l'analisi di E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d'impresa*, Padova, 1999, p. 101 e ss.; sul concetto di insolvenza v. anche G. TERRANOVA, *Lo stato d'insolvenza: per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in

endogeni ma anche esogeni all'impresa stessa, in forza dei quali si assiste ad una impossibilità oggettiva di continuare a svolgere una attività regolare. La crisi d'impresa si sostanzia nell'impossibilità di adempiere regolarmente, nei tempi previsti e con mezzi comuni, alle proprie obbligazioni. Insolvenza e crisi sono, infatti, due concetti indissolubilmente tra di loro legati, capaci di ricomprendersi reciprocamente: l'insolvenza può essere determinata dalla crisi così come la crisi ricomprende l'insolvenza.

Ma l'economia non è concettualmente caratterizzata dall'elemento della stabilità; dallo sviluppo del sistema capitalistico e industriale si è assistito ad un mutamento dell'intera struttura sociale, che ha portato a radicali sconvolgimenti degli equilibri tra capitale e lavoro³, tra

Giur. Comm., 1996, 1, p. 82 e ss.; ID, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 547 e ss, ora entrambi in ID, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, Torino, 2007, ove, dopo ampio resoconto del dibattito sorto in dottrina tra i sostenitori delle tesi patrimonialistiche, che davano determinante rilievo all'incapienza patrimoniale del debitore insolvente, ed i sostenitori delle tesi che nell'accertamento dell'insolvenza valorizzavano la condotta dell'obbligato, viene proposta un tentativo di soluzione mediana, che riconosce al giudice il potere di formulare una prognosi dello stato dell'impresa, dovendo tenere però conto sia dei dati comportamentali sia delle esigenze concrete di tutela dei creditori. La giurisprudenza, d'altro canto, non sembra aver preso una posizione netta in merito, ammettendo che il fondamento oggettivo dell'insolvenza debba essere rintracciato in forza di un giudizio prognostico, ma ugualmente sostenendo che il presupposto oggettivo sia costituito da una crisi finanziaria.

³ Sul ruolo assunto dall'impresa e sul processo di mutamento del ruolo delle classi protagoniste dello sviluppo capitalistico v. B. INZITARI, *Dal consumo capitalistico ai consumi sociali*, in *Democrazia e diritto*, 1977, p. 83 e ss.

capitale di rischio e capitale di credito⁴, tra mercato locale e mercato globale.

Nella moderna economia di mercato l'impresa deve continuamente aggiornare e modificare il suo piano di organizzazione e produzione, utilizzando tecnologie già obsolete nel momento in cui vengono immesse sul mercato, alla spasmodica e continua ricerca di nuovi mercati, di nuove fonti di produzione, di nuovi modelli di integrazione organizzativa e di nuove forme di collocamento del prodotto sul mercato.

Sono tantissimi i fattori che caratterizzano la gestione dell'impresa: basti pensare alla struttura della componente di capitale di rischio, alla struttura organizzativa della produzione, al ruolo del capitale di credito, all'oggetto prodotto ed a come questo viene prodotto. Poiché tutti questi fattori sono in continua evoluzione, la disciplina dell'insolvenza e della gestione delle crisi d'impresa deve necessariamente essere in continua evoluzione.

D'altro canto, le tecniche di reazione all'insolvenza non sono delle semplici regole procedurali ma assumono un ruolo sostanziale, nel quale si misurano e provano il loro effettivo funzionamento tutti gli istituti di diritto civile e commerciale. Il diritto fallimentare, ed in genere la disciplina dell'insolvenza⁵, costituisce il banco di prova

⁴ Per una attenta analisi dei mutamenti dei connotati che caratterizzano l'esercizio dell'attività di impresa, con particolare attenzione al ruolo del capitale di rischio v. G. MINERVINI, *Nuove riflessioni sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. Comm.*, 1977, p. 689 e ss.

⁵ Sulla fase di realizzazione coattiva del credito v., *ex multis*, R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, sub artt. 2740-2741*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1955.

per tutti gli interessi connessi all'impresa⁶, quasi una cartina di tornasole dello stato di salute dell'intero sistema economico.

Ma la gestione dell'insolvenza fornisce una prova decisiva anche del reale funzionamento dell'ordinamento giuridico, sostanziale e processuale: si dovrà valutare, infatti, la capacità dell'ordinamento di predisporre delle regole che sappiano dare risposta all'incapacità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni, coinvolgendo interessi che vanno ben aldilà di quelli dei singoli creditori. La crisi d'impresa, in particolare, riguarda, oltre che i creditori, anche i lavoratori e tutte le altre attività che, direttamente o attraverso l'indotto, hanno in qualche modo a che fare con l'impresa in crisi. Ciò che è a prima vista questione assolutamente privata assume così capacità di impatto pubblico, aumentando pertanto le difficoltà con cui si devono misurare l'ordinamento e gli operatori giuridici.

Ma una moderna chiave di lettura del problema non può prescindere dalla constatazione che l'insolvenza non è un fenomeno che contempla una sola risposta possibile, e che l'unico mezzo per mitigarne gli effetti dannosi è costituito dalla utilizzazione di rimedi selettivi e diversificati⁷.

Eppure tale consapevolezza è un obiettivo raggiunto solamente in un passato molto recente dai vari ordinamenti legislativi.

Nei prossimi paragrafi si tenterà di effettuare una breve analisi storica non tanto al fine di comporre in via esegetica le varie discipline fallimentari che si sono via via

⁶ In questo senso G. RAGUSA MAGGIORE, *La legge fallimentare nella sua realtà economico – sociale, Relazione generale*, in *Dir. fall.*, I, 1979, p. 102.

⁷ In questo senso P. ABBADESSA, *Liquidazione dell'impresa in dissesto e terapia alternativa dell'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, I, 1979, 114.

succedute nel tempo, quanto soprattutto al fine di individuare una evoluzione della concezione del fallimento, del fallito, dell'insolvenza e della crisi d'impresa in genere.

Con la ferma convinzione che uno studio delle regole attualmente vigenti non possa in alcun modo prescindere dalla ricerca e dall'analisi storica.

1.2. Dal diritto romano all'epoca delle codificazioni. Cenni.

L'ordinamento giuridico romano del periodo imperiale prevedeva semplicemente un processo di esecuzione forzata sui beni del debitore inadempiente, essendo al contrario sconosciuto un processo fallimentare concorsuale simile a quello previsto dai moderni sistemi giuridici.

Inizialmente la tutela del creditore si risolveva nella coartazione della volontà del debitore e della sua persona, potendosi spingere sino alla riduzione in schiavitù (*manus iniectio*)⁸ ed in particolari casi anche fino all'uccisione del debitore inadempiente.

Un punto di svolta fondamentale fu rappresentato dalla *Lex Poetelia Papiria* del 326 a.C., che per prima introdusse una distinzione, fino ad allora sconosciuta, tra debitore inadempiente incolpevole e debitore inadempiente in mala fede⁹, riconoscendo per il primo

⁸ Secondo la legge delle XII Tavole, infatti, il creditore non soddisfatto entro il termine di 30 giorni dal suo riconoscimento come tale in forza di una *legis actio dichiarativa*, poteva agire nei confronti del debitore con la *legis actio per manus iniectioem*, con la quale il debitore insolvente veniva dichiarato *addictus*, sottoposto cioè ad una forma di detenzione privata da parte del suo creditore. In argomento, per una più approfondita analisi, v. A. ROCCO, *Il fallimento; Teoria generale ed origine storica*, Torino, 1917, p. 131 e ss. V. anche F. MILONE, *Il concorso o fallimento nel diritto romano.*, in *Arch. Giur.*, XVI, p. 169 e ss.

⁹ È opportuno però precisare che gli appartenenti ad entrambe le categorie continuavano ad essere marchiati come *infames*, con la conseguenza di subire forti limitazioni dei propri diritti partecipativi attivi e dei propri diritti processuali.

caso la possibilità, ed è questa la vera grande novità, di rifarsi non sulla persona del debitore ma sul suo patrimonio, aprendo così l'adito alla esecuzione patrimoniale¹⁰.

Durante il periodo delle *legis actiones* il pretore, certamente fonte di grandi innovazioni nel diritto romano, in seguito alla richiesta di un creditore insoddisfatto, dichiarava la *missio in possessionem o in bona debitoris*. Attraverso tale istituto il debitore, senza nemmeno poter conservare quanto gli occorreva per sopravvivere, perdeva totalmente il controllo del proprio patrimonio, che passava sotto la gestione e la custodia del creditore¹¹. Vi è però da precisare che non si attuava con ciò un sistema di esecuzione generale dell'intero patrimonio, essendo l'espropriazione relegata ad una fase successiva.

Se entro trenta giorni dalla *proscriptio*, atto con cui il pretore informava tutti gli altri eventuali creditori della situazione di insolvenza, il debitore risultava ancora insolvente, egli veniva dichiarato *infamis* e la "procedura" proseguiva.

Veniva così nominato dai creditori un *magister bonorum*, incaricato di predisporre la vendita di tutto il patrimonio del debitore¹². Una volta che il pretore avesse approvato le condizioni di vendita stabilite dal *magister bonorum* si procedeva con la *bonorum venditio*, un pubblico incanto al

¹⁰ Così A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 49.

¹¹ Il complesso delle facoltà attribuite ai creditori dopo la *missio in possessionem* veniva indicato come una sorta di pegno (*pignus praetorium*), la cui gestione durava fino alla aggiudicazione dei beni.

¹² In una fase successiva si è aggiunto a questo sistema quello della *bonorum distractio*, per mezzo di uno speciale curatore (*curator bonorum*), nominato dal pretore.

maggior offerente, che produceva una sorta di successione *in universum jus* a favore di un terzo acquirente, *bonorum emptor*¹³, che diveniva un successore a titolo universale attraverso una finzione di morte che gli attribuiva la qualità di erede¹⁴.

Nonostante i palesi elementi di modernità che caratterizzavano la soluzione pretoria, volta in particolar modo ad impedire fraudolente diminuzioni del patrimonio del debitore¹⁵, si continuava a manifestare un atteggiamento fortemente negativo nei confronti del debitore che, come sopra detto, non veniva totalmente liberato dai suoi debiti¹⁶, non aveva diritto a trattenere

¹³ L'acquirente, subentrando nell'attivo e nel passivo, si sostituiva al debitore ed era tenuto a pagare nei limiti del valore del patrimonio acquistato.

¹⁴ L.65, §2, *D pro socio* XVII, 2.

¹⁵ Vennero creati diversi rimedi finalizzati ad evitare menomazioni del patrimonio effettuate volontariamente dal debitore: la *denegatio actionis*, l'*in integrum restitutio ob fraudem* e l'*interdictum fraudatorium*. La prima era un rimedio tipicamente previsto in favore del *honorum emptor*, che, grazie ad esso, non poteva essere convenuto dal terzo creditore con cui l'insolvente si fosse obbligato solo al fine di accrescere il proprio passivo. La *restitutio in integrum*, invece, poteva essere richiesta dal *curator bonorum* che avesse riscontrato l'esistenza di atti di indebitamento fraudolento; l'*interdictum fraudatorium*, infine, era direttamente esperibile dal singolo creditore dopo la *bonorum venditio*. Tutti e tre questi rimedi richiedevano gli stessi presupposti: l'*eventus damni*, il *consilium fraudis* e la *scientia fraudis*. Al momento della compilazione del Digesto, i tre rimedi pretori furono riuniti in uno solo, che venne definito *actio Pauliana*, dal nome del giureconsulto Paolo.

¹⁶ I creditori potevano sempre convenirlo affinché pagasse la differenza tra il dovuto e la percentuale già versata dal *bonorum emptor*: il debitore, anche dopo la *bonorum venditio*, continuava ad essere perseguibile fino alla totale *solutio*.

neanche il minimo necessario per sopravvivere e, comunque la *bonorum venditio* portava con sé la sua *infamia*, con la conseguente umiliazione e minorazione giuridica.

Proprio per mitigare questi aspetti, più umilianti, della soluzione pretoria, sotto Augusto 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*¹⁷. Il debitore, anche se condannato o *confessus in jure*, poteva così scongiurare l'*infamia* dichiarando solennemente di cedere tutto il suo patrimonio ai creditori¹⁸.

Nonostante già nella *Lex Iulia* sia possibile rintracciare alcuni principi che ancora oggi sono a fondamento del diritto fallimentare, come ad esempio il diritto dei creditori di disporre di tutti i beni del debitore, si era ancora molto lontani dalla struttura delle moderne procedure concorsuali. Il diritto romano era infatti ancorato ad un procedimento governato dall'iniziativa individuale, mentre i concetti di cessazione di pagamenti e di sbilancio patrimoniale erano completamente sconosciuti.

I primi passi verso una gestione concorsuale dell'insolvenza furono fatti negli ordinamenti italici nel medioevo anche grazie all'influenza del diritto barbarico germanico. Tali legislazioni prevedevano, infatti, una forma di pignoramento per autorità privata, in forza del quale il creditore si impossessava dei beni del debitore al

¹⁷ Per i debitori che avevano agito fraudolentemente anche la *Lex Iulia* manteneva un'ottica punitiva, che richiedeva la loro umiliazione continua e poteva spingersi anche fino allo sberleffo in locali pubblici, come il teatro o le arene.

¹⁸ Inoltre, a differenza di quanto previsto nella soluzione pretoria, il debitore aveva il diritto di trattenere quanto gli era strettamente necessario per la propria sopravvivenza.

fine di indurlo al pagamento¹⁹. Anche nel diritto longobardo però questa forma di esecuzione patrimoniale era accompagnata da strumenti di costrizione e provvedimenti infamanti affatto simili a quelli presenti nel diritto romano.

Nel corso dei secoli successivi si affermano, nelle previsioni Statutarie, delle forme di intervento autoritativo da parte del giudice, cui viene riconosciuto il potere di privare il debitore del possesso dei suoi beni²⁰.

Il fenomeno però veramente dirompente fu l'avvento di una nuova classe sociale: i mercanti²¹. La principale preoccupazione della classe mercantile era quella di acquistare credito e godere della fiducia dei mercati. Proprio in tale ottica deve essere considerata l'attenzione ed il più spietato rigore manifestato dallo *ius mercatorum* nei confronti del mercante insolvente.

Un mercante che non riusciva ad adempiere alle proprie obbligazioni commerciali procurava un danno sociale enorme, capace di riflettersi sugli interi sistemi economici locali²², certamente sugli affari degli altri commercianti.

¹⁹ Vi è traccia di una *consuetudo pignorandi* anche nella *lex Wisigothorum* ed in un Capitolare di Pipino del 782 d.C. In argomento v. A. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 51 e ss.; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Torino, 1902, p. 384 e ss.

²⁰ Si può assistere ad una maggiore organizzazione metodica di questa forma di espropriazione diretta del debitore in seguito all'istituzione di appositi tribunali con competenze esclusive in materia fallimentare, come i *Sopraconsoli dei mercanti* di Venezia, gli *Otto di guardia e balia* a Firenze, o il *Magistrato del Commercio* di Napoli.

²¹ In argomento v., tra tutti F. GALGANO, *Lex Mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, *passim* e spec. p. 61 e ss.

²² Cfr. U. SANTARELLI, *Legge Fallimentare, Disposizioni generali, Dichiarazioni di fallimento*, in *Commentario al Codice Civile*

L'insolvenza, inoltre, si rivelava all'esterno sempre in un momento successivo allo scoppio della crisi di gestione; il modo pressoché esclusivo con cui si manifestava l'insolvenza era la fuga del debitore stesso, al punto che l'espressione *debitor fugitivus* era sinonimo di debitore insolvente²³. L'obiettivo principale della classe mercantile era quello di acquistare fiducia al fine di consentire un rapido sviluppo dei mercati e, pertanto, dei propri interessi. I provvedimenti più rigidi e infamanti, applicati inizialmente a tutti i debitori insolventi, venivano, nella legislazione medievale e statutaria, limitati, ed in alcuni casi inaspriti, nei confronti dei commercianti per il maggior pericolo nei confronti del pubblico credito che inevitabilmente conseguiva alla loro insolvenza²⁴.

Diversi statuti prevedevano anche delle forme di manifestazione pubblica e solenne dell'infamia nei confronti del debitore insolvente²⁵, il quale perdeva così la nobiltà e l'eleggibilità alle pubbliche cariche.

Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1974, p. 17 e ss.; A. PERTILE, *op. cit.*, p. 392 e ss.; A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1882, p. 310 e ss.

²³ Così F. GALGANO, *op. cit.*, p. 62.V. anche G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, VIII ed., Torino, 1921, 620 e ss; U. GUALAZZINI E C. PECORELLA, voce *Fallimento (Premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 220 e ss.

²⁴ In questo senso A. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 55.

²⁵ In alcuni luoghi si faceva compiere al debitore, annunciato dal suono della tromba, dei giri nella piazza principale del Comune, talvolta scalzo, talvolta completamente nudo. In altri posti il debitore insolvente era costretto a portare per un lungo periodo dei capi di abbigliamento facilmente individuabili, come ad esempio un cappello di colore giallo o verde. Lo Statuto di Padova e tanti altri Statuti veneti, generalmente più avanzati ed indulgenti, prevedevano che il debitore non potesse portare armi e vesti di

Allo stesso fine di svilire pubblicamente la figura del decotto era previsto ad esempio, a Firenze la c.d. pittura infamante, e cioè la raffigurazione in affresco delle immagini dei debitori insolventi, in maniera tale da consentirne l'individuazione anche agli analfabeti²⁶.

valore e che il debitore dovesse stare sulla pietra del disonore bagnato da diverse secchiate d'acqua. Diversi Statuti prevedevano poi l'esilio forzato del commerciante insolvente. Lo Statuto di Genova vietava al debitore insolvente ed alla mogli di indossare gioielli preziosi o abiti di seta. Lo Statuto di Vercelli prevedeva che fossero assegnate ai creditori rimasti insoddisfatti tutto ciò che anche i figli, e tutti i discendenti, del debitore insolvente avessero acquistato. In arg. v. A. BRUNETTI, *op. e loc. cit.* e A. PERTILE, *op. e loc. cit.* il quale in proposito racconta come il debitore insolvente potesse << a Roma e Napoli persino essere dannato alla fustigazione ed alla galera. Ed anche fuori da quest'ultimo caso v'erano leggi per le quali la cessione [dei beni], come dell'infamia, non preservava neppure dal carcere, in quanto che non la volevano concessa se non dopo sostenuto un certo tempo di prigionia; od almeno esigevano che chi la domandava si costituisse nelle pubbliche carceri fino a che l'avesse ottenuta, ovvero avesse soddisfatto altrimenti i suoi creditori. Esigevasi inoltre che desse fideiussori, o almeno giuramento di pagare successivamente, potendolo, quello che non poteva al momento>>. Ma v. anche G.B. PORTALE, *Dalla << pietra del vituperio >> alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 3 e ss., dove vengono riportate varie usanze anche pittoresche, con attenta indagine anche della funzione di tali sanzioni.

²⁶ Cfr. U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, 133. Ne sottolinea la similitudine al registro dei falliti, abolito in Italia solamente nel 2006, G. B. PORTALE, *Dalla << pietra del vituperio >> alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 7.

Le legislazioni hanno sempre mostrato particolare severità nei confronti dei commercianti; tale atteggiamento repressivo veniva ulteriormente accentuato soprattutto nei periodi di crisi economica, durante i quali l'insolvenza veniva spesso usata al fine di mascherare frodi²⁷. Il fallimento, infatti, era normalmente considerato, al pari del furto, un attentato alla proprietà altrui, frutto di operazioni fraudolente o comunque sleali, indipendentemente dalle cause che lo avevano generato²⁸. *Decoctor ergo fraudator* era il principio cui si ispiravano le legislazioni del periodo in esame. Il commerciante fallito veniva punito con pene gravissime anche se l'insolvenza era generata da semplice negligenza o da prodigalità²⁹.

²⁷ Proprio per questo sospetto di frode, il magistrato ordinava che fosse spezzato il banco dal mercante nella piazza pubblica: da ciò l'origine dell'espressione "bancarotta" per designare il fallimento del commerciante, termine ancora utilizzato, con lo stesso significato, nel linguaggio giuridico angloamericano. Sul magistrato dei <<rotti>> di Genova si veda A. ROCCO, *Il fallimento; Teoria generale ed origine storica*, cit., 198

²⁸ << Il fondamento di questa durezza si ritrova tutto in una descrizione della figura del fallito che origina in quest'epoca, ma che troveremo intatta per tutto il corso del diritto comune. Il fallito è *raptor*, poiché commerciando da insolvente depreda gli onesti di ricchezze onestamente guadagnate; la decozione è sempre e comunque una *fraus*, poiché, al di là della sventura che può portare il mercante al tracollo senza sua colpa, l'aver proseguito la mercatura ha comunque portato il fallito ad appropriarsi surrettiziamente della ricchezza delle proprie controparti, i quali assai raramente potranno ricevere ristoro totale delle proprie pretese>>. Così R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 129.

²⁹ Certo è che nonostante le sanzioni afflittive e la severa legislazione repressiva, le speculazioni sull'insolvenza e l'utilizzo

Nonostante tale durezza la prassi, ed in alcuni casi anche gli statuti³⁰, prendevano in considerazione la possibilità di un accordo negoziale tra debitore e creditori, soprattutto nei casi in cui si prospettava la perdita integrale del credito.

La radice di queste attività negoziali fu rintracciata nel *pactum ut minus solvatur*, accordo nato nel diritto ereditario romano con il quale i creditori del *de cuius*, per evitare le lungaggini dell'*hereditas iacens*, allo scopo di agevolare l'accettazione da parte del chiamato, acconsentivano ad una parziale riduzione delle proprie pretese creditorie³¹.

Ma l'accordo tra il debitore insolvente ed i propri creditori assunse sin da subito connotati esclusivi, strettamente

del fallimento con fini fraudatori continuavano ad essere pratiche spesso utilizzate in un sistema mercantile e commerciale in rapida espansione numerica e territoriale.

³⁰ Sulla previsione di salvacondotti che consentivano il rientro in città del decotto nel diritto veneziano v. A. LATTES, *Il fallito nel diritto comune e nella legislazione bancaria della Repubblica di Venezia*, Venezia, 1880; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., 291 e ss.

³¹ Così R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, cit., 130 e ss., il quale sottolinea come, nonostante il *pactum ut minus solvatur* sia generalmente considerato come l'antesignano del concordato, contenendo alcuni elementi di affinità, in realtà la somiglianza è solo apparente, visto che il patto di diritto romano è funzionale a spingere il chiamato a d accettare l'eredità, e quindi a far sì che i creditori diventino tali anche nei confronti dell'erede. D'altro canto il *pactum ut minus solvatur* può spingersi sino alla remissione integrale del debito, mentre un accordo tra debitore e creditori di tal contenuto sarebbe inimmaginabile, contrastando con la sua *ratio* fondamentale.

connessi con la particolare situazione su cui si innestava. Il problema centrale su cui si discuteva era la validità di un tale accordo nei confronti dei creditori dissenzienti. La soluzione fu, questa sì, uno dei fondamenti tecnici delle future procedure concorsuali: era possibile una deroga al principio di relatività degli effetti del contratto, ma solo se i creditori dichiaravano la propria volontà *simul et semel*, insieme ed in una sola occasione, e quindi in forza di una decisione (quasi) assembleare³².

Ma tale conclusione poteva essere allargata fino a comprendere anche la sorte dei creditori assenti? La risposta venne ricercata in un altro istituto, la *cessio bonorum*, che già prevedeva una deroga al principio di relatività degli effetti del contratto, ritenendo valida la decisione presa dai creditori di maggiori somme, o, in via residuale, dal numero maggiore di creditori. Sin da subito però si evidenziò come tale disciplina fosse difficilmente applicabile in via analogica ad un istituto così diverso, e soprattutto al caso in cui l'accordo prevedesse non solo una dilazione ma anche una remissione del debito. La discussione interessò molto i dottori del tempo, che non pervennero però ad un orientamento univoco³³.

³² Cfr. R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, cit., 134.

³³ Per una ampia disamina dell'evoluzione delle opinioni si veda ancora R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, cit., 138 e ss., il quale riporta una interessante decisione, peraltro parzialmente criticata da B. STRACCA, *De decoctoribus tractatus pars sexta*, in *Tractatus Universi Iuris*, t. VI, II, fol. 321 r. – 323 v., del Sacro Consiglio Napoletano del cinquecento, riferita da Matteo D'Afflitto, membro di detta Corte, << la quale ammette il *pactum* concluso a maggioranza dei creditori, e ne impone di conseguenza il regolamento anche ai dissenzienti, soltanto in tre casi. Il primo è

Il corso della storia del ruolo degli accordi tra debitore e creditori, così come di tutta la gestione dell'insolvenza, mutò con l'avvento dello Stato e della sovranità, che si arrogarono il diritto di intervenire, anche senza una logica precisa o una volontà sistematica, nell'economia reale, determinandone le sorti³⁴.

È il caso, ad esempio, delle *lettres de répit*, con le quali il sovrano francese poteva bloccare le azioni esecutive nei confronti del singolo mercante insolvente per un determinato periodo di tempo. In questo modo il potere sovrano, con la scusa di dare un po' di respiro al singolo debitore, contemporaneamente diminuiva i diritti dei creditori, con il palese intento di assoggettare anche il potere economico al potere politico, impedendo così che il primo potesse diventare autosufficiente³⁵.

Nonostante tutto, i rilassati costumi commerciali rendevano sempre più sfacciate e frequenti le speculazioni sull'insolvenza³⁶.

quello del patto tra creditori e chiamato all'eredità, per come descritto nel Digesto; il secondo è quello, affine nella *ratio*, del debitore che fugga dalla città e non vi lasci beni, ponendo come condizione per il suo ritorno la remissione parziale del credito o una dilazione di pagamento: in questo caso i creditori dissenzienti alla maggioranza di poter stringere un accordo col debitore. Il terzo caso è quello del debitore pronto a cedere il poco attivo rimasto ai creditori: nel caso della maggioranza di questi voglia concedergli una dilazione, tale patto si opporrà anche alla minoranza >>.

³⁴ In arg. v. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, 120 e ss.

³⁵ Cfr. ancora R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, cit., 149.

³⁶ Così A. BRUNETTI, *op. cit.*, 58.

1.3. Dal *Code de commerce* napoleonico del 1807 al nostro codice di commercio del 1882. L'età delle codificazioni. La legge 24 maggio 1903 n. 197 sul concordato preventivo.

Con la Rivoluzione francese vi fu un sovvertimento non solo delle leggi morali ma anche di quelle economiche. L'assenza di una legislazione adeguata al mutamento dei tempi e ferma a diversi decenni addietro aveva consentito, ed agevolato, disoneste speculazioni e l'accumulo di grandi fortune di origine spesso fraudolenta.

Si riscontrarono, inoltre, scandali finanziari di enormi dimensioni, che sono stati, forse, una delle maggiori macchie dell'intero fenomeno rivoluzionario. Nonostante ciò si faticò molto prima di arrivare all'emanazione di un Codice di Commercio³⁷.

Furono elaborati diversi progetti ma solamente grazie l'intervento di Napoleone, che sollecitò più volte l'Arcicancelliere dell'impero, Régis de Cambacérès, a predisporre la discussione in seno al Consiglio di Stato, si giunse all'approvazione del *Code de Commerce*.

Proprio gli scandali fallimentari e la necessità di stabilire delle nuove disposizioni contro il fallimento e la bancarotta fraudolenta sono stati i motivi che hanno determinato la redazione del nuovo codice di commercio.

³⁷ Trovane ampio resoconto in A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, p. 89 e ss.

Lo stesso Napoleone, in particolare, fu spinto a sollecitare la rapida approvazione del Codice di Commercio proprio dall'esigenza di scoraggiare i clamorosi scandali fallimentari e finanziari cui si assisteva in quegli anni a Parigi, molti dei quali dolosi³⁸.

Per tali ragioni l'imperatore volle dare un contributo personale a questa parte del *Code de Commerce*, partecipando a quattro riunioni a luglio ed agosto del 1807, tutte da lui presiedute³⁹, dedicate al fallimento, alla rivendicazione commerciale ed alla disciplina cambiaria ed all'arresto per debiti.

Relativamente al trattamento giuridico nei confronti del fallito fu decisivo l'intervento di Napoleone, che voleva intervenire in materia con la massima durezza possibile. Il Consiglio di Stato, in particolare, aveva espresso la sua preferenza nei confronti di una soluzione che prevedesse l'immediata estromissione dall'amministrazione dei beni del fallito, senza prevedere sanzioni penali prima dell'accertamento dell'esistenza di un comportamento doloso o colposo. Napoleone, al contrario, irritato dagli scandali fallimentari, reclamò sin da subito energiche misure sulla persona del fallito e severi restrizioni dei diritti della moglie. In base alla sua proposta la sentenza dichiarativa del fallimento doveva prevedere

³⁸ Così A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 91, il quale riporta l'esempio del fallimento del banchiere Récamier, la cui moglie, donna molto ammirata a Parigi e piuttosto avversa a Napoleone, continuava a tenere un altissimo stile di vita. Secondo l'A. tale scandalo indusse, probabilmente, l'imperatore a premere di nuovo per una celere approvazione del codice.

³⁹ Al contrario di ciò che avvenne per la discussione del *Code Civil*, che vide Napoleone presente per ben 55 sedute sulle 107 dedicategli dal Consiglio di Stato. In arg. v. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 79 e ss.

contestualmente anche l'incarcerazione immediata del fallito, in quanto era convinto che solo tale provvedimento potesse servire a far perdere l'onore oltre al patrimonio. Secondo l'imperatore per la tutela del credito occorrevano misure coercitive immediate, prima tra tutte il carcere preventivo, capaci di porre il fallito in una condizione umiliante, atte ad imprimere all'esterno un marchio disonorevole al debitore insolvente. Se fosse stato innocente, e non uno speculatore di dissesti, il fallito avrebbe potuto in seguito dimostrarlo ed essere pertanto scarcerato⁴⁰. Anche per la moglie, secondo Napoleone, doveva essere previsto analogo rigore, essendo opportuno inoltre che la stessa fosse tenuta a conferire ogni suo bene all'attivo fallimentare, dovendosi limitare i suoi diritti soltanto agli alimenti.

Nonostante larga parte del Consiglio di Stato abbia espresso diverse critiche nei confronti della soluzione dell'arresto interinale del fallito, sottolineando in particolare che equiparando il fallito al bancarottiere si sarebbe favorito la fuga del fallito dopo aver realizzato l'attivo e provocando così enormi pregiudizi ai creditori, la

⁴⁰ Napoleone produsse un'equiparazione del fallimento all'omicidio ovvero al capitano della nave che abbia fatto naufragio: in entrambi i casi il responsabile, anche senza colpa, veniva innanzitutto arrestato. Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 92 e ss, ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

proposta napoleonica fu, quasi integralmente⁴¹, tradotta nel testo definitivo dell'articolo 455 del *Code*⁴².

Il *Code* prevedeva un concordato, e quindi una attività negoziale con il consenso di un numero dei creditori che rappresentasse i tre quarti del totale dei crediti, ma ci si poteva giungere solo dopo la dichiarazione di fallimento, e quindi dopo che il debitore insolvente fosse stato incarcerato⁴³.

Nonostante tale accentuata rigidità, la disciplina del *Code de Commerce* non si rilevò, in concreto, strumento sufficiente ad impedire il verificarsi di scandali fallimentari, né fu capace di agevolare il soddisfacimento degli interessi del ceto creditorio. L'arresto interinale del fallito, infatti, era oggetto di numerose proteste da parte dei creditori, che lo ritenevano la causa della mancata collaborazione da parte del fallito nell'ambito delle procedure fallimentari. Il fallito, inoltre, per la paura di

⁴¹ Non vennero infatti adottati i provvedimenti restrittivi nei confronti delle mogli, al fine di favorire l'economia commerciale incentivando i matrimoni di commercianti con donne provenienti da famiglie molto ricche. La proposta di Napoleone avrebbe sicuramente disincentivato tali unioni.

⁴² Art 455 *Code de Commerce*: “*Le tribunal de commerce ordonnera en meme temps, ou le depote de la personne du failli dans la maison d'arret pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme*”. In arg. v. J. G. LOCRÉ, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, cit., vol. XII, 275.

⁴³ Sulla disciplina del fallimento nel *Code de Commerce* del 1807 v. F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerarii e figure tra otto e novecento*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 163 e ss.

essere incarcerato, troppo spesso si dava alla fuga, con maggiore pregiudizio dei creditori⁴⁴.

Proprio per tali motivi, con la legge del 28 maggio 1838 di riforma del diritto fallimentare francese, si pose fine all'incarcerazione obbligatoria del fallito. Ai sensi dell'articolo 456 il Tribunale, infatti, poteva evitare o sospendere l'incarcerazione se il debitore avesse, con una sua iniziativa, entro tre giorni dall'inizio dell'insolvenza, dichiarato il proprio fallimento e depositato il bilancio⁴⁵.

Ciò che neanche la legge del 1838 riconobbe fu un ruolo all'autonomia negoziale come capace di evitare il fallimento del debitore insolvente, nonostante la presenza anche di autorevoli opinioni in materia⁴⁶. Il concordato veniva elevato ad obiettivo primario del fallimento, vista anche l'eliminazione della *cession des biens*, ma non

⁴⁴ Così A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁵ In questa forma attenuata la disciplina in esame rimase in vita sino alla riforma attuata con la legge 13 luglio 1967 n. 67-563.-La riforma del 1938 modificò anche alcune disposizioni relative alla liquidazione dei beni, che si erano dimostrate insufficienti, provocando eccessive lungaggini al procedimento liquidatorio.

⁴⁶ Si rinvia ancora a R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, cit., 152 e ss., il quale riporta alcune opinioni giurisprudenziali e soprattutto il tentativo del barone J. G. LOCRÉ, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, trad. it. Di G. Cioffi, Napoli, 1843, 21 e ss., il quale teorizzò la distinzione tra cessazione e sospensione dei pagamenti, indicando nella prima il comportamento del debitore di mala fede e perciò da dichiarare fallito, e nella seconda il comportamento del debitore onesto ma sfortunato e dunque non fallibile. Tale ricostruzione dottrinarica, che preconizzava una sorta di concordato preventivo, rimase però isolata, almeno in ambito francese.

vennero cambiate le condizioni per la formazione dell'accordo⁴⁷.

L'impronta francese si riverberò⁴⁸ in tutta la codificazione europea, ed è possibile rintracciarla, seppur con notevoli modificazioni, anche nel codice di commercio italiano del 1882⁴⁹.

⁴⁷ Si veda ancora F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerarii e figure tra otto e novecento*, cit., 173 e ss.

⁴⁸ Sul tema si veda autorevolmente G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984, 735 e ss.

⁴⁹ Basti pensare al fatto che il fallimento è riservato, anche nel codice di commercio italiano entrato in vigore nel 1883, ai soli commercianti. Tale previsione è stata una prerogativa del *Code de commerce* francese del 1808, nonostante storicamente, il fallimento non conosceva diversità di applicazione in forza della qualità del debitore. Certo in epoca medievale fallivano in special modo i commercianti, ma solo perché costituivano la classe sociale che deteneva la circolazione della ricchezza ed erano pertanto assai più esposti al rischio dell'insolvenza. Come spiegato nel testo la disciplina francese era frutto di una necessaria reazione all'industria dei fallimenti ed agli scandali fallimentari. Questa circostanza venne consacrata nel *Code*, ed in seguito trasportata in tutti i codici pedissequi a quello francese. In arg. v. C. VIVANTE, *Il fallimento civile; Appendice al Trattato di Diritto Commerciale*, I, Milano, 1935, p. 323 e ss. ma v. anche L. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d'Italia* annotato, parte II, Torino-Napoli, 1869, 759, il quale giustifica la diversità di trattamento in quanto la professione del commerciante, pur non imponendo obblighi diversi dagli altri cittadini, lo espone a conseguenze particolari e più gravi se non adempie con precisione i suoi doveri. Trova ampio resoconto della difesa ad opera del ministro Pasquale Stanislao Mancini del modello francese in A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, 549 e ss.; A. ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, 21 e ss.; Cfr. F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerarii e figure tra otto e*

Lo stampo individualistico cui si ispirava la legislazione francese andava via via cedendo il passo ad una concezione del fallimento impostata su criteri universalistici. Il fallimento, infatti, venne considerato come un procedimento rivolto a tutti i creditori, distinguendosi così dall'esecuzione individuale⁵⁰.

Il fallimento assunse così un ruolo di tutela indiretta dell'economia nazionale, rappresentando nel suo complesso l'organizzazione dei mezzi con cui l'amministrazione statale, di cui il fallimento costituiva branca autonoma, provvedeva alla tutela del ceto creditorio. Ma il fallimento interessava anche l'ordine pubblico, in relazione alla persona del fallito ed alle conseguenze penali che si collegavano al debitore commerciale insolvente.

Nel sistema giuridico desumibile dal Codice di Commercio italiano del 1882, il fallimento consisteva, dunque, nell'organizzazione legale e procedurale, avente ad oggetto la liquidazione dell'intero patrimonio del commerciante insolvente⁵¹, con cui lo Stato reagiva di fronte all'insolvenza del commerciante e procedeva alla difesa collettiva dei creditori⁵².

novecento, cit., 180 e ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econom.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2005, 83 e ss.

⁵⁰ Infatti, mentre il fallimento è incentrato sul principio della *par condicio creditorum*, l'esecuzione individuale si basa sulla massima *prior in tempore potior in iure*.

⁵¹ Così A. BRUNETTI, *op. cit.*, p.1.

⁵² Cfr. G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commento al Codice di Commercio* a cura di Andrioli, Milano, 1923, 366, il quale esplicita come il fallito sia << messo in un certo modo in una condizione d'inferiorità sociale, incorre in una specie di *diminutio capitis*, che lo inabilita a parecchie funzioni della vita pubblica e lo abbassa

La caratteristica essenziale del fallimento veniva così rintracciata nella sua finalità liquidatoria del patrimonio del commerciante insolvente, e già nel corso dell'ottocento la dottrina non considerava più il fallito come un soggetto che riesce ad ottenere, ingannando, la fiducia del creditore e mantenere così il credito. Sin da subito ci si accorse che il debitore che interrompe i pagamenti non lo fa necessariamente in forza di un comportamento doloso. Certo numerosi erano ancora i fallimenti premeditati, ma in una economia che si stava rapidamente evolvendo l'industria dei fallimenti era destinata a diminuire notevolmente. "Si fallisce per dolo, ma più spesso per leggerezza, per incapacità, per inesperienza"⁵³.

Inoltre il fallimento, con la sua finalità liquidatoria, portava necessariamente alla morte dell'impresa, con possibili gravi ripercussioni sull'economia generale se si trattava di imprese di grosse dimensioni. Infine l'economia ed il mondo dei commerci stava assumendo dimensioni sempre più grandi, con la diretta conseguenza che la crisi di un mercato lontano poteva far entrare in crisi un'impresa apparentemente distante.

Per ovviare a tutti questi problemi, il legislatore italiano del 1882, sulla scorta delle legislazioni olandese e belga, aveva creato l'istituto della moratoria fallimentare

alla estimazione morale degli altri cittadini. A simbolo materiale di siffatte conseguenze, il suo nome viene scritto in un apposito albo che sta affisso nelle sale del tribunale e di n quello di tutte le borse di commercio dello stato. Per se stessa l'iscrizione di questo albo è una specie di marchi impresso sul nome, allo scopo di ricordare alla persona che lo porta l'obbligo di riacquistare la fiducia pubblica con raddoppiata attività ed onestà, e ai terzi la necessità di usare con essa quelle maggiori cautele che sono suggerite dalla prudenza >>.

⁵³ Così A. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 85.

giudiziale, in forza del quale bastava dimostrare che il debitore fosse in grado di pagare integralmente tutti i suoi debiti, solamente ottenendo dai creditori una conveniente dilazione⁵⁴.

La moratoria, che poteva intervenire prima o dopo la dichiarazione di fallimento⁵⁵, si risolveva infatti nella dilazione concessa al debitore insolvente dall'autorità giudiziaria in seguito al voto della maggioranza dei creditori, tenuto in << conto speciale >>.

In realtà la moratoria non faceva altro che cristallizzare le insolvenze, peggiorando in via definitiva ed irrimediabile la posizione dei creditori e pertanto fu abolita con la legge del 21 maggio 1903, n.197.

Il codice di commercio contemplava l'intervento di una procedura concordataria successiva al fallimento, il concordato giudiziale, o di massa, che il fallito poteva raggiungere con la massa dei creditori, che decideva con una deliberazione assembleare presa con il voto favorevole di almeno i tre quarti del totale dell'ammontare dei crediti. La legge prendeva poi, all'art. 830, in considerazione quello che la dottrina chiamava "concordato amichevole",

⁵⁴ Sulla moratoria si veda M. VITALEVI, *La moratoria nel nuovo codice di commercio in relazione ai codici olandese e belga*, Torino, 1884; L. MORTARA, *Gli effetti dell'accordo amichevole nella moratoria rispetto ai creditori dissenzienti*, in *Giur. it.*, 1894, I, 2, 588 e ss.; ID, *Sulla interpretazione dell'art. 825 cod. comm. (accordo amichevole nella moratoria)*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 187 e ss.; A. ASCOLI, *La moratoria e il concordato preventivo*, Milano, 1896; A. BUTERA, *Moratoria, concordato preventivo, procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938.

⁵⁵ Provocando la sospensione del fallimento o la sua dilazione se non ancora dichiarato. Sulla procedura della moratoria v. F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerarii e figure tra otto e novecento*, cit., 185 e ss.

che poteva aver luogo tra il fallito e tutti i suoi creditori in ogni stadio della procedura fallimentare. Era insomma un contratto con il quale si modificavano o estinguevano i rapporti obbligatori e che rispondeva alle regole generali di diritto comune (anche in relazione al principio di relatività), ma che, visto che la procedura fallimentare era già iniziata, doveva essere approvato dal tribunale⁵⁶.

Ciò che invece la legge proprio non contemplava era il concordato amichevole precedente la dichiarazione di fallimento, che rispondeva integralmente alle regole generali su obbligazioni e contratti, che vincolava solo i contraenti⁵⁷, e che era relegato nella sfera della libertà dell'autonomia contrattuale⁵⁸. Il concordato amichevole stragiudiziale era capace di eliminare lo stato di decozione se fosse stato concluso con un numero di creditori sufficienti a far cessare lo stato di insolvenza, ma comunque non produceva alcun effetto giuridico nei confronti dei creditori non aderenti, che rimanevano così liberi di esperire tutte le azioni loro spettanti a tutela del proprio credito⁵⁹. Si evidenziava inoltre che il concordato amichevole si risolvesse, in estrema sintesi, in un *pactum de non petendo* e non avesse alcun effetto novativo sulle obbligazioni esistenti, salvo che la novazione fosse espressamente convenuta dalle parti.

L'intera disciplina del fallimento nel codice di commercio era dunque ancora finalizzata alla dismissione del patrimonio del debitore insolvente: con la liquidazione,

⁵⁶ In arg. G. BONELLI, *Del fallimento*, loc. cit.

⁵⁷ Così L. BOLAFFIO, *I componenti privati per evitare il fallimento*, in *Temi Veneta*, 1887, 133 e ss.

⁵⁸ Così F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerarii e figure tra otto e novecento*, cit., 187 e ss

⁵⁹ Così A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, 227 e ss.

infatti, si riusciva ad ottenere la liquidità da ripartire tra i creditori.⁶⁰

Strumento invece considerato più efficace e maneggevole era il concordato preventivo, introdotto con la legge del 21 maggio 1903, n.197, destinato all'imprenditore "onesto ma sfortunato", giudicato capace di risollevarlo se stesso e l'impresa e dotato delle energie sufficienti a superare il periodo, transitorio, di difficoltà.

La legge sul concordato preventivo si basava, sostanzialmente, sulla considerazione che la dilazione dei pagamenti non doveva essere considerata come un mezzo di agevolazione e non come il risultato finale dell'operazione. Il debitore commerciale insolvente, se voleva evitare il fallimento, con tutte le conseguenze limitative che questo portava, doveva di sua iniziativa convocare i suoi creditori e proporgli un concordato. Ma il concordato preventivo era un beneficio per il debitore e pertanto per potervi accedere doveva essere giudicato meritevole, in quanto onesto ma sventurato⁶¹.

Il concordato preventivo era una particolare procedura, che conservava il suo carattere di concorsualità in considerazione della necessaria partecipazione, sin dalla sua fase iniziale, di tutti i creditori dell'imprenditore in stato di insolvenza.

⁶⁰ Era al contrario assente qualsiasi concezione unitaria dell'organizzazione imprenditoriale, che si svilupperà invece nella dottrina tedesca del novecento. Sul tema F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure tra otto e novecento*, cit., 195 e ss

⁶¹ In questo senso L. BOLAFFIO, *Il diritto commerciale: Legislazione commerciale - Persone nell'esercizio del commercio - Atti singoli di commercio oggettivi - Obbligazioni commerciali in generale - Diritto cambiario - Depositi commerciali - Fallimento*, Torino, 1925, p. 609.

Sulla natura giuridica del concordato preventivo la dottrina ha, sin da subito, ampiamente discusso⁶², pervenendo a soluzioni ed interpretazioni molto diverse tra loro e sostanzialmente divise tra un filone che esaltava l'elemento contrattuale⁶³ ed un altro che ne rilevava gli aspetti processualistici⁶⁴. Altra dottrina, infine, cercava di conciliare le opposte opinioni individuando nel concordato preventivo sia natura negoziale, l'accordo tra debitore e creditori, sia natura processuale, l'intervento dell'autorità giudiziaria che produce l'effetto di vincolatività anche nei confronti dei creditori dissenzienti⁶⁵.

Il concordato preventivo venne recepito anche dal r. d. n. 267 del 16 marzo 1942 (c.d. legge fallimentare) agli artt. 160-186.

⁶² Vedine ampia disamina in M. VASELLI, *Concordato preventivo*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 508 e ss.

⁶³ Per cui v., seppur con diverse sfumature S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952, 356 e ss; F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, 151 e ss.

⁶⁴ A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 1955, 1070 e ss.

⁶⁵ A. BRUNETTI, *Diritto concorsuale*, Padova, 1944, 263 e ss.

1.4. Dalla legge fallimentare italiana del 1942 alle leggi “Prodi” e “Prodi bis” sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

La legge fallimentare del 1942 deve essere necessariamente inquadrata nel contesto storico e nell’epoca in cui è stata emanata⁶⁶, avendo sempre riguardo alla circostanza che, pur essendo entrata in vigore contemporaneamente alla emanazione del codice civile, che ha unificato le obbligazioni civili a quelle commerciali in un unico corpo legislativo, era comunque una legge che riguardava (e riguarda) solo il settore del diritto commerciale⁶⁷.

In questa ottica è infatti possibile rintracciare anche una coerenza della legge di gestione dell’insolvenza commerciale con una concezione del mercato perfetto sotto l’egemonia del controllo statale e dell’autorità giudiziale. La legislazione concorsuale infatti era improntata sul ricorso ad una tutela pubblicistica del mercato, all’interno della quale l’imprenditore insolvente

⁶⁶ Per una analisi della evoluzione anche sotto il profilo economico si veda G. VISENTINI, *Le nuove frontiere del diritto commerciale nella crisi economica*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 597 e ss. Sul rapporto tra libertà contrattuale d’impresa e l’interesse dell’economia nazionale si veda G. OPPO, *I contratti d’impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841 e ss.

⁶⁷ Sottolinea l’importanza di tali elementi B. INZITARI, *I creditori (la tradizione del codice di commercio e del codice civile del 1865)*, in *Cinquant’anni della legge fallimentare*, Milano, 1994, 131 e ss.

costituiva un pericolo da eliminare al più presto ed a cui doveva essere impedito, nei limiti del possibile, il ritorno all'esercizio dell'attività d'impresa⁶⁸. L'esigenza era di eliminare imprenditori incompetenti per poterli sostituire con altri più scaltri, di tutelare il credito commerciale senza alcuna interferenza di interessi del debitore. Non rilevava l'interesse a conservare l'impresa insolvente ma solo quello di eliminarla a vantaggio dell'economia⁶⁹. L'azienda dell'imprenditore insolvente era considerata solo come un elemento del patrimonio del debitore e quindi da liquidare, essendo in principio escluso il suo risanamento. Anche l'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa era considerato come un fatto eccezionale tanto da dover essere autorizzato dal giudice delegato ed approvato dal comitato dei creditori⁷⁰.

D'altro canto, in una concezione in cui il potere centrale domina l'economia controllandola in tutti i suoi aspetti, non c'è per definizione concorrenza e neppure rischio, ed è pertanto astrattamente vero che in un siffatto sistema fallisce solo l'imprenditore disonesto e come tale da punire⁷¹.

⁶⁸ Così L. FARENGA, *La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato*, in *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, 594. Sul concetto di insolvenza accolto nella legge fallimentare del 1942 v. E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., 91 e ss.

⁶⁹ In questo senso G. LO CASCIO, *Risanamento dell'impresa in crisi ed evoluzione normativa ed interpretativa del sistema concorsuale*, in *Fall.*, 2000, 42.

⁷⁰ Cfr. L. FARENGA, *La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato*, in *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, 595.

⁷¹ Lo nota F. D'ALESSANDRO, *La crisi d'impresa tra diagnosi precoci ed accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 04, 411.

E l'intervento dello Stato, che si fa carico della tutela di tutti gli interessi in gioco, si realizza dotando il giudice di poteri amplissimi nella procedura fallimentare, o meglio nel processo di fallimento⁷².

Gli stessi creditori poi erano visti come una massa incapace di tutelarsi autonomamente, e dunque l'intervento dell'autorità giudiziaria era necessario proprio per proteggere gli interessi economici del ceto creditorio. La procedura fallimentare prevedeva infatti una serie di momenti procedimentalizzati in cui l'autorità giudiziaria non svolgeva solo un ruolo di controllo, ma anche e soprattutto un ruolo di guida attiva. L'esigenza considerata alla base di tutta la procedura concorsuale era di natura pubblicistica, e cioè di tutela degli interessi del mercato e della collettività dei creditori, vittime della inettitudine e della disonestà dell'imprenditore insolvente⁷³. In questa ottica erano da inquadrare le conseguenze punitive previste per l'imprenditore insolvente, quali l'umiliazione della iscrizione nel pubblico registro dei falliti, la perdita del diritto di voto, il divieto di allontanarsi e la possibilità per il giudice delegato di controllare anche la corrispondenza del debitore.

La procedura fallimentare, proprio perché sottesa alla tutela di interessi di stampo pubblicistico, doveva poi interessare tutte le attività economiche, con la sola esclusione delle piccolissime attività, ed era unica,

⁷² Così A. VITALE, *Lo spirito delle norme fallimentari prima della legge del 1942*, in *Dir. Fall.*, 1979, I, 107.

⁷³ Così L. FARENGA, *La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato*, cit., 595.

indipendentemente dalla grandezza, anche numerica, dell'impresa⁷⁴.

La rilevanza della natura pubblicistica era inoltre rintracciata anche nell'esigenza di evitare che il dissesto si propagasse a catena anche nei confronti dei creditori che, non riuscendo a recuperare quanto loro spettante, avrebbero potuto essi stessi ritrovarsi nella situazione di non poter adempiere alle loro obbligazioni⁷⁵.

Ovviamente accanto ad una accentuazione della natura pubblicistica delle procedure concorsuali e della gestione dell'insolvenza, vi era un sempre più accentuato disfavore nei confronti dei tentativi di evitare il fallimento attraverso l'utilizzazione di meccanismi contrattuali diversi dal concordato preventivo⁷⁶.

Successivamente al 1942 la disciplina delle procedure concorsuali ha subito una serie di modifiche ed integrazioni, ma già con l'entrata in vigore della Costituzione è possibile rintracciare un primo, sostanziale, mutamento di prospettiva⁷⁷. Gli artt. 41 e 42 Cost., in particolare, prevedendo una necessaria utilità sociale delle iniziative economiche e dell'attività imprenditoriale, cui le

⁷⁴ Sui presupposti del fallimento Cfr. G. BENTIVENGA, *I presupposti del fallimento nell'attuale contesto economico-sociale*, in *Dir. Fall.*, 1979, I, 108 e ss.

⁷⁵ Così F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. Civ.*, 2006, 329 e ss., ove ampia analisi delle critiche alla legge fallimentare alla base delle istanze di riforma.

⁷⁶ In questo senso C. PETRUCCI, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1961, 521.

⁷⁷ In questi termini L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi, ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 81.

procedure concorsuali sono strettamente connesse⁷⁸, hanno stimolato la conclusione che la gestione dell'insolvenza commerciale dovesse essere il più possibile capace di produrre i minori effetti dannosi possibili nella realtà economica in cui si innesta⁷⁹, posto che l'interesse collettivo viene perseguito soprattutto mediante la protezione dei singoli interessi⁸⁰.

A livello legislativo il primo mutamento si è avuto con la c.d. legge Prodi (d.l. 30 gennaio 1979 n. 26 conv. in l. 3 aprile 1979 n. 95), che ha introdotto, in un momento di grave crisi economica, la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, seguita dalla c.d. legge "Prodi-bis" (d.lgs. n. 270/1999) emanata in seguito a delle censure comunitarie sulla precedente legge⁸¹.

Come è noto, nell'amministrazione straordinaria, pur non mutando il concetto di insolvenza rilevante, vi è una analisi delle cause che hanno portato al dissesto, sia quelle di natura finanziaria, sia quelle di carattere economico

⁷⁸ Cfr. A. GAMBINO, *Limiti costituzionali dell'iniziativa economica nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 490 e ss.

⁷⁹ In questo senso L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi, ricostruzione di una disciplina*, cit., 82 e ss.

⁸⁰ Cfr. P. G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, 101 e ss.; G. GHIDINI, *La concorrenza sleale: i principi*, in *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. comm. e del dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 1981, 93 e ss.

⁸¹ Vi è stata poi l'introduzione di una nuova (ulteriore) procedura concorsuale, per le imprese in stato di insolvenza di dimensioni ancora superiori - "grandissime" - (La "legge Marzano" - d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 - anche noto come decreto Salva Parmalat). In arg. v. S. BONFATTI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza ("legge Marzano")*, in www.judicium.it.

legate alla funzionalità dell'assetto produttivo. Tale valutazione delle cause dell'insolvenza è elemento strutturale dell'amministrazione straordinaria, che è una procedura finalizzata alla conservazione del patrimonio e delle sue capacità produttive, attraverso la prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali. È chiaro allora come sia totalmente mutata la prospettiva, sia in forza di un distacco della sorte dell'imprenditore da quella dell'impresa, sia in ragione di una visione che vede la prosecuzione dell'attività d'impresa come un obiettivo primario, a tutela dell'interesse generale alla salvaguardia dell'attività economica⁸².

⁸² L. FARENGA, *La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato*, cit., 600. Sulla possibilità che l'obiettivo della conservazione della produttività d'impresa venga raggiunto mediante la concessione del credito con strumenti di garanzia diversi da quelli tradizionali, si veda B. INZITARI, *La <<vulnerabile>> persona giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, 680 e ss.; ID., *Sistema del concorso e modello di garanzia nell'esperienza italiana e straniera*, in *Dir. fall.*, 1991, I, 540 e ss.

1.5. La riforma organica delle procedure concorsuali. Autonomia contrattuale e ruolo dell'autorità giudiziaria.

Il legislatore, in occasione della riforma organica delle procedure concorsuali, quasi costretto ad un intervento strutturale su una disciplina cruciale per lo sviluppo economico generale oramai divenuta obsoleta ed anacronistica, ha fortemente innovato l'impianto strutturale della disciplina della gestione della crisi d'impresa⁸³.

Il primo passaggio fondamentale è dato dal definitivo abbandono della concezione delle procedure concorsuali come meri strumenti di liquidazione dell'attivo, attraverso la disgregazione dell'impresa, al fine unico di soddisfare i creditori. L'impresa viene dunque considerata un bene rilevante ai fini della stabilità economica e l'esigenza di conservarne la capacità produttiva assurge ad elemento centrale di tutta la disciplina della crisi d'impresa⁸⁴. Questo mutamento di prospettiva, certamente accelerato dall'esigenza di allineamento con le discipline degli altri Stati membri dell'Unione Europea, abbraccia e produce una maggiore tutela anche dell'interesse a mantenere il più possibile inalterati i livelli occupazionali, che vengono

⁸³ Per un ridimensionamento ed una migliore individuazione degli aspetti critici della vecchia legge fallimentare si v. F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 329 e ss.

⁸⁴ In arg. v. L. FARENGA, *La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato*, cit. 600.

finalmente iscritti tra le componenti positive dell'impresa⁸⁵. La nuova linea di tendenza dunque è quella della necessità di una valutazione in concreto sulla opportunità, in termini di convenienza economica, di una liquidazione definitiva dell'impresa ovvero della protezione dell'azienda⁸⁶. Così come si inizia a valutare l'affidamento del potere di gestione, ancorché limitato, in capo all'imprenditore insolvente, in un'ottica di coinvolgimento nella gestione della crisi di tutti i soggetti interessati⁸⁷.

Ma questa nuova differenza prospettica è funzionalmente collegata all'abbandono dell'idea, che affonda radici lontane nel tempo, del fallimento come una sanzione punitiva a carico di un soggetto che, in quanto *decoctor*, certamente anche *fraudator*.

Scompare inoltre la visione premiale delle soluzioni alternative al fallimento, con il definitivo superamento del concetto ottocentesco dell'imprenditore onesto ma sfortunato⁸⁸.

⁸⁵ Tale considerazione emerge già nella Relazione illustrativa. In arg. V. SPARANO, *La crisi dell'impresa nell'evoluzione delle leggi sulle procedure concorsuali. La tutela dei creditori*, in *Studi per Franco Di Sabato*, cit., 861.

⁸⁶ V. L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., 89.

⁸⁷ In merito si v. L. STANGHELLINI, *Creditori <<forti>> e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 378 e ss.

⁸⁸ V. G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Fall.*, 2008, 991 e ss., il quale precisa che << quando si sostiene che nel nuovo concordato preventivo non sono ammissibili presupposti soggettivi che mirino ad ancorare l'apertura della procedura a comportamenti etici dell'imprenditore, si intende sottolineare che non è più necessario che il debitore dimostri di aver tenuto una contabilità regolare, o di non aver

L'insolvenza, dunque, non è più una circostanza da cui scaturisce un provvedimento sanzionatorio. Si è passato anzi da una prospettiva punitiva ad una visione che gli inglesi chiamerebbero "debtor oriented"⁸⁹. Viene riconosciuta, ed anzi in molti casi avvalorata ed agevolata, la possibilità in capo all'imprenditore insolvente di ricorrere a strumenti anche negoziali della crisi, mediante un procedimento di coinvolgimento di tutti gli interessati. Attraverso uno scambio continuo ed approfondito di informazioni, infatti, è ben possibile ottenere una soddisfazione non solo maggiore ma anche migliore degli interessi in gioco. La soddisfazione dell'interesse creditorio attuata mediante la liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente degrada dunque da obiettivo primario a conseguenza ultima e residuale. Ciò però, è bene sottolinearlo, non solo per un mero mutamento delle modalità procedurali, ma soprattutto per un cambio di prospettiva ed in seguito ad una rimodulazione della scala di valori degli interessi meritevoli di protezione.

Bisogna a questo punto interrogarsi sulla effettiva portata di tali innovazioni e prima di tutto se, nella gestione della crisi d'impresa, rilevano ancora elementi di natura

riportato condanne penali, o di non essere stato ammesso in precedenza ad altre procedure di concordato preventivo. Non è più rilevante, infatti, che venga assicurata un'affidabilità di chi intraprende l'iniziativa solutoria della crisi, perché quel che è utile è l'eliminazione dal mercato delle situazioni patologiche e l'eventuale ripristino di normali rapporti imprenditoriali >>>.

⁸⁹ Cfr. P. SCHLESINGER, *Crisi d'impresa e nuove regole: le esigenze dell'economia*, in *Nuove regole per le crisi d'impresa* a cura di A. Jorio, Milano, 2001, 155 ss.; B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 330 e ss.; L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fall.*, 2009, 1029 e ss.

pubblicistica ovvero se la c.d. privatizzazione della crisi d'impresa sia segno della possibilità che anche l'insolvenza dell'imprenditore commerciale sia interamente gestita dalle parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale⁹⁰.

Appare opportuno, infatti, procedere ad una analisi della disciplina contenuta nelle nuove disposizioni, con la consapevolezza che con la riforma non si è proceduto alla elaborazione di un sistema completamente nuovo ma si è cercato di introdurre delle innovazioni in un sistema dato e sedimentato negli anni, come quello della legge fallimentare⁹¹. Ciò significa, però, che l'analisi delle

⁹⁰ Cfr. in merito F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 23, il quale evidenzia come l'utilizzo del termine privatizzazione per le procedure concorsuali sia diventato uno slogan semplice e semplificante al punto da diventare una <<sorta di ritornello nel discorso dei giuristi >>.

⁹¹ Secondo M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 12, <<l'opzione di innestare regole nuove nella cornice di una legge antica è forse l'equivoco di fondo della riforma >>. Nello stesso senso A. JORIO, *I lineamenti di una nuova...improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 324 e ss.; FORTUNATO, *Rilievi sulle principali novità della riforma del fallimento*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1027 e ss. Ne lamenta i limiti anche F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 335, secondo cui sarebbe stato opportuno raccogliere in unico testo se non tutte almeno la maggior parte delle norme disciplinanti le procedure concorsuali e aver omesso di mettere ordine in un campo così complesso <<deve considerarsi un'occasione mancata>>. V. anche G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, 991, secondo cui da un lato si è voluto affermare di voler liberalizzare il mercato delle crisi imprenditoriali, ma dall'altro si è previsto una

norme non può staccarsi dalla lettura di sistema, ma deve essere funzionale alla individuazione di un nuovo insieme eventualmente disegnato dalla riforma della legge fallimentare⁹². In particolare è necessario capire il ruolo che effettivamente l'autonomia negoziale, che viene unanimemente indicata come vero elemento di innovazione della riforma, ricopre nella disciplina delle crisi d'impresa e se il ruolo dei privati viene davvero accentuato a discapito delle funzioni dell'autorità giudiziaria (la c.d. degiurisdizionalizzazione, termine vago e probabilmente, come si vedrà, foriero di rilevanti equivoci).

Certamente la prassi aveva evidenziato i limiti di un sistema basato sul ruolo attivo dell'autorità giudiziaria, autrice e protagonista assoluta della gestione del processo fallimentare e delle procedure concordatarie. Da più parti, anche sulla scorta degli esempi provenienti dall'estero, si era evidenziato l'inefficienza e la farraginosità di un tale sistema, proprio in un settore che invece dovrebbe essere ispirato da logiche di celerità, immediatezza e dinamismo. In questa esigenza di snellimento la via di progresso è stata rintracciata nell'autonomia privata, cui viene concesso più spazio rispetto al passato, << in considerazione dell'intreccio virtuoso, per così dire, che può determinarsi tra la situazione di crisi e la disciplina del

disciplina concorsuale che continua a mutare gli schemi della legge del 1942.

⁹² Sottolinea il rischio di vedere relegata in secondo piano l'analisi del sistema inteso nel suo insieme F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, cit., 19 e ss.

contratto ossia l'espressione normativa per eccellenza dell'autonomia privata nel nostro ordinamento >>⁹³.

Questo nuovo ruolo assunto dall'autonomia privata nella gestione della crisi d'impresa non può però prescindere da una considerazione basilare. Nel nostro ordinamento la disciplina dei rapporti obbligatori di diritto civile è focalizzata sul rapporto tra creditore e debitore, isolatamente considerato, cosicché anche la gestione dell'insolvenza, nell'ottica civilistica, risulta semplificata, essendo incentrata sulla garanzia patrimoniale del patrimonio del debitore in funzione della conservazione della tutela del creditore.

L'insolvenza commerciale, al contrario, non può essere limitata al rapporto tra debitore e singoli creditori, proprio perché è crisi d'impresa, e come tale si innesta in un sistema di mercato, frutto del rapporto necessariamente "difficile" tra economia e diritto⁹⁴.

⁹³ Così testualmente F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 120.

⁹⁴ La difficoltà del rapporto non produce ovviamente incompatibilità, ma discende da una reciproca pretesa di supremazia. La letteratura in argomento è sconfinata, per cui v. tra tanti F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Torino, 2006, 1 e ss.; P. CIOCCA, *Un diritto per l'economia?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 887 e ss.; F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 189 e ss.; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, 652 e ss.; nella prospettiva della crisi d'impresa TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 254 e ss.; L. ROVELLI, *Quale competitività per le imprese dopo le trasformazioni della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 105 e ss.; L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 1 e ss. e 302 e ss.; M. FABIANI, *Contratto e*

L'impresa ed il mercato su cui si innesta la crisi necessitano di una regolamentazione capace di adeguarsi alla rapidità evolutiva della realtà effettuale⁹⁵. Gli interessi in gioco sono molteplici e continuamente mutevoli, e non sembra potersi ammettere che il contrattualismo, ancorché equilibrato e razionale, da solo sia sufficiente a gestire e regolamentare conflitti, soprattutto in quei casi in cui vi è una asimmetria informativa o di potere tra i soggetti coinvolti⁹⁶.

processo nel concordato fallimentare, cit., 4 e ss. In tema di analisi economica del diritto si veda R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto Civile*, I, Torino, 1987, 309 e ss.; R. PARDOLESI, R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI E T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999; R. PARDOLESI E B. TASSONE, *I giudici e l'analisi economica del diritto*, Bologna, 2003. Per gli effetti della globalizzazione si veda P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 156 e ss.; U. LA PORTA, *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005; L. LANFRANCHI, *Civile giurisdizione e procedure concorsuali*, in *Corr. giur.*, 2007, 850 e ss., il quale sottolinea come la globalizzazione stia portando ad una visione del contratto quale unico strumento di regolazione dei conflitti, senza alcun altro valore etico. V. anche F. DENOZZA, *Le regole della globalizzazione tra (pretesa) efficienza e (finti) mercati: il caso dei modelli di corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 168 e ss.

⁹⁵ Così M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., 6 e ss., il quale mette in luce la rilevanza dell'etica di modo che il mercato corrisponda ad una «< idea di legalità astretta tra i sintagmi “regole per il mercato” e “mercato delle regole”>>. In arg. v. anche B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. di dir. comm.* diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, p. 324 e ss.; G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 841 e ss.

⁹⁶ G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 26 e ss.

Nella crisi d'impresa, in particolare, può essere rintracciata una pluralità di interessi coinvolti meritevoli di protezione⁹⁷, più numerosi e diversi rispetto al singolo rapporto obbligatorio⁹⁸ e pertanto, affidare la gestione alla

⁹⁷ Vedine una articolata disamina in Giu. TARZIA, *Le parti e i terzi nelle procedure concorsuali*, in *Cinquant'anni della legge fallimentare*, Milano, 1994, 99 e ss.; A. JORIO, *I terzi contraenti*, *ivi*, 159 e ss.; A. MAFFEI ALBERTI, *I terzi interessati*, *ivi*, 179 e ss.

⁹⁸ Sottolinea questa diversità F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, cit., il quale evidenzia, a p. 58, che << l'insolvenza sinteticamente definibile civilistica costituisce il presupposto per l'attivazione di un ventaglio di tutele, di tipo essenzialmente cautelare ed immediatamente esercitabili dal creditore (in chiave di autotutela), volte a prevenire un danno per quest'ultimo all'interno dello specifico rapporto obbligatorio >> e dunque come diversa sia la situazione qualora l'insolvenza rilevi in relazione all'attività d'impresa, (p. 41), << ponendosi in tal caso la questione della tutela del credito in termini (non più di ricerca di una via di fuga nel rapporto compromesso per il sopraggiungere dell'insolvenza o del rischio della stessa, nell'esclusivo interesse controparte, bensì) di gestione di una pluralità di interessi concorrenti, che si esprimono appunto nel "concorso" tra creditori all'insegna di un "eguale diritto" tra loro, fermo il rispetto delle "cause legittime di prelazione">>. D'altro canto, come già avvertito da ID, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, cit., 102 e ss., il nostro ordinamento già conosce ipotesi, come la concessione abusiva del credito, in cui lo svolgimento scorretto di alcune attività professionali, il cui esercizio comporta determinati standards di comportamento o doveri di controllo, produce conseguenze sfavorevoli non solo nell'ambito del rapporto contrattuale con l'imprenditore decotto ma anche a danno dei terzi, con diritto di richiedere il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale. In arg. v. B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito; abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, 280 e ss.; F. DI

sola negoziazione tra privati, potrebbe condurre a soluzioni inadeguate, in quanto rispondenti ad esigenze prettamente individualistiche⁹⁹.

Ciò che si vuole sostenere, dunque, è che il rafforzamento del ruolo dell'autonomia privata è fatto certamente meritevole di elogio e suscettibile di essere salutato con favore¹⁰⁰, ma questo non può significare che nella disciplina della crisi d'impresa, come risultante dalla

MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, 216 e ss.

⁹⁹ In questo senso M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., 8, il quale avverte del possibile << pericolo che un eccessivo investimento sulle scelte dei privati possa condurre a soluzioni paradossalmente meno avanzate, perché astrette da un eccesso di 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 anomia sociale >>.

¹⁰⁰ Ma v. le attente osservazioni sui pericoli di tale evoluzione di A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, 39 e ss., secondo il quale le soluzioni concordate << proprio perché si formano sul consenso dei creditori, debbono: a) perseguire in via prioritaria gli interessi dei creditori; b) essere tempestive; c) non imporre vincoli e limiti alla fantasia progettuale di chi le propone; d) essere trasparenti e quindi consentire al percezione più esatta possibile della realtà imprenditoriale, della natura e delle dimensioni della crisi e di come la si intende affrontare; e) svilupparsi al riparo delle iniziative di autotutela dei singoli creditori, e nel contempo garantire la conservazione dei valori patrimoniali; f) comportare un meccanismo della formazione del consenso idoneo a far prevalere la volontà della maggioranza; g) assicurare protezione agli atti compiuti sia nel tempo richiesto per la messa a punto del piano e la formazione del consenso dei creditori, sia nel periodo successivo dell'esecuzione del piano>>.

riforma del diritto fallimentare, vi sia un pieno ed integrale affidamento del potere di gestione della crisi ai soli privati¹⁰¹. La gestione della crisi d'impresa è fenomeno complesso che coinvolge una pluralità di interessi, si ripete, la cui composizione non può certamente esaurirsi nella contrattazione privata.

Come si tenterà di spiegare nel corso della seguente analisi della disciplina, anche nelle ipotesi generalmente, e correttamente, riconosciute come strumenti di gestione negoziale della crisi d'impresa (quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. ed i c.d. piani attestati di cui all'art. 67, co. III, lett. d)¹⁰², l'autonomia privata non è ritenuta da sola sufficiente, ma necessita, ai fini dell'esplicazione integrale dei suoi effetti e quindi della gestione della crisi d'impresa, dell'intervento dell'autorità giudiziaria. In altri termini, anche nella fattispecie in cui viene attribuito un ruolo preminente alla contrattazione privata tra debitore e

¹⁰¹ Per la rilevanza dell'etica dei rapporti negli affari quale strumento di controbilanciamento del rafforzato ruolo dell'autonomia privata M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., 11. Sulla individuazione delle regole del mercato v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 67 e ss.; ID, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 438 e ss.

¹⁰² Che ha generato ampia discussione e, probabilmente, anche un equivoco di fondo, come osservato da F. DI MARZIO, "Contratto" e "deliberazione" nella gestione della crisi d'impresa, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 80 e ss., il quale precisa che il piano << costituisce il riferimento della regola esentativa, ma non integra un istituto autonomo, ossia dotato di autonoma rilevanza giuridica >>. In termini analoghi A. Jorio, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in *Aa Vv*, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Torino, 2007, 102 e ss. In arg. v. *infra*, par. 2.9

creditori, vista la pluralità degli interessi in gioco, si reputa comunque necessaria l'attività del giudice, che valuta e omologa¹⁰³.

Si deve così affrontare il tema centrale del ruolo ricoperto dall'autorità giudiziaria nella gestione della crisi d'impresa e del suo rapporto con gli organi e con la contrattazione privata, per come delineato dal sistema scaturito dalla riforma.

Certo è che il legislatore, anche nel recente d.l. 78/2010, dovendo intervenire per risolvere alcuni problemi applicativi in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, sembra continuare a non voler svilire il ruolo dell'autorità giudiziaria, al punto da prevedere¹⁰⁴ che il blocco delle azioni esecutive e cautelari nella fase di trattativa discenda comunque da una valutazione del giudice, così come la predeuzione per la nuova finanza concessa è prevista dal nuovo art. 182 quater l. fall. solo per gli accordi di ristrutturazione omologati¹⁰⁵.

Ciò che certamente può essere desunto dalla riforma è l'abbandono di una concezione del giudice unico che statuisce, controlla e gestisce la crisi d'impresa. Come auspicato da parte della dottrina¹⁰⁶, infatti, nel sistema delineato dalla riforma vi è una separazione netta tra il giudice che esercita la funzione giurisdizionale ed il giudice che gestisce¹⁰⁷. Nell'ambito delle procedure

¹⁰³ In questo senso F. DE SANTIS, *Il giudice delegato fallimentare tra <<gestione>> e <<giurisdizione>>; tracce per una riflessione de iure condendo*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 495 e ss.

¹⁰⁴ Come meglio si vedrà *infra* par. 2.5

¹⁰⁵ Per cui v. *infra* par. 3.5.

¹⁰⁶ V. GIUS. TARZIA, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 263 e ss.

¹⁰⁷ In arg. G. MINUTOLI, *La riforma della legge fallimentare e il nuovo ruolo della giurisdizione*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 834 e ss.,

concorsuali tale obiettivo viene raggiunto mediante la previsione di una serie di incompatibilità nei confronti del giudice delegato.

Nelle ipotesi di gestione negoziale della crisi d'impresa, invece, il discorso appare più complesso, perché è necessaria una rimodulazione dei ruoli dei soggetti coinvolti in funzione degli interessi meritevoli di protezione. È proprio l'indagine degli interessi rilevanti che rende complessa la materia. In particolare bisogna analizzare se la valorizzazione dell'autonomia privata nella composizione delle crisi d'impresa consegua o corrisponda ad uno svilimento della rilevanza di interessi pubblicistici a favore della protezione di soli interessi individuali facenti capo ai singoli creditori¹⁰⁸ ovvero se continuino a rilevare interessi di natura superindividuale¹⁰⁹. È fuori di dubbio alcuno che lo spirito della riforma miri ad attribuire un ruolo maggiormente rilevante ai creditori dell'imprenditore in crisi ed alla contrattazione privata, in vista di una gestione della crisi

secondo cui non << può farsi riferimento ai doverosi principi di terzietà del giudice per giustificare un così marcato depotenziamento della giurisdizione concorsuale, posto che essi dovrebbero essere valutati più correttamente non già a riguardo alla gestione in sé del fallimento ma con riferimento alla compatibilità o meno dello stesso giudice delegato a partecipare a fasi ulteriori e prettamente giurisdizionali del procedimento>>; M. FABIANI, *Terzietà del giudice fallimentare: sintonie e asimmetrie fra consulta e legislatore*, in *Foro it.*, 2006, I, 639 e ss.

¹⁰⁸ In questo senso si veda, prima della riforma, R. VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, in *Fall.*, 2003, 933 e ss.

¹⁰⁹ Propende per la perdurante presenza di interessi pubblicistici G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1047 e ss.

più rapida, efficiente e meno costosa per la collettività¹¹⁰. Così come è certamente vero che a fronte di tale rafforzamento si assiste ad un arretramento del ruolo dell'autorità giudiziaria, per cui non è più immaginabile il ruolo attivo del vecchio giudice delegato – gestore. Ma ciò non significa assolutamente esclusione dell'intervento del giudice.

Dall'analisi della disciplina, come meglio si vedrà nel prosieguo di questo lavoro, è riscontrabile l'esigenza di evitare che le parti, in attuazione della loro piena autonomia e libertà contrattuale, possano da soli gestire la crisi d'impresa. D'altro canto è noto come la giustizia della contrattazione sia strettamente connessa con la simmetria di informazione e di poteri tra le parti, e questa è una circostanza difficilmente rintracciabile nella crisi d'impresa, come dimostrato dalla prassi, quantomeno non per tutti i soggetti interessati. Ma la crisi imprenditoriale coinvolge, seppur non necessariamente in via diretta, anche interessi diversi ed ulteriori rispetto ai soggetti attivi della composizione negoziale, quali i creditori assenti o i lavoratori. Nonostante tutti questi siano interessi di carattere strettamente privatistico, appare possibile rintracciare anche un interesse di tipo superindividuale, e cioè l'esigenza di una gestione del mercato che non sia privo di regole¹¹¹ e che la crisi d'impresa non comporti una lesione di interessi deboli o generali¹¹².

¹¹⁰ A fronte di un prevedibile incremento di costi per le parti in relazione al necessario intervento di consulenti ed esperti, così L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, cit., 307. Deve anche notarsi che il compenso dell'esperto gode, in caso di eventuale successivo fallimento, della prededuzione ai sensi del nuovo art. 182 *quater* l. fall.

¹¹¹ Sottolinea l'esigenza di evitare che l'autonomia privata non giustifichi la legge del più forte G. B. NARDECCHIA, *Crisi*

Ciò non significa però che il giudice possa decidere sulla opportunità della scelta della composizione negoziale della crisi, che è prerogativa del debitore e dei suoi creditori, ma semplicemente che l'autorità potrà entrare nel merito della contrattazione al fine di verificare che questa si sia svolta << su basi tendenzialmente paritarie e conformi a legge >>¹¹³ e soprattutto che la composizione negoziale sia idonea a fronteggiare lo stato di crisi. Solamente l'attitudine alla gestione ed al superamento del dissesto imprenditoriale rende, infatti, le soluzioni negoziali vere alternative al fallimento, e ciò deve essere valutato dal giudice in sede di omologa.

È dunque possibile affermare, anticipando le conclusioni della presente indagine, che al rafforzamento del ruolo degli strumenti privatistici non corrisponda un fenomeno di degiurisdizionalizzazione¹¹⁴, bensì semplicemente una rivalutazione dell'attività del giudice, che riacquista il ruolo di una giurisdizione più pura, che altro non è che la valutazione ad opera di un soggetto in posizione di terzietà in relazione alla tutela di tutti gli interessi, privatistici e

d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale, aggiornato con il D. Lgs. n. 169/2007, Milano, 2007, 302.

¹¹² Si pensi al mantenimento di livelli occupazionali o di determinati poli produttivi. In questo senso R. VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, loc. cit.

¹¹³ Così G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, cit., 52.

¹¹⁴ Si potrà tutt'al più parlare di una tendenza alla disintermediazione giudiziaria che miri ad evitare che il giudice si possa sostituire alle parti per la valutazione dei loro interessi.

pubblicistici, coinvolti nella gestione della crisi
d'impresa¹¹⁵.

¹¹⁵ In termini analoghi V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 369.

CAPITOLO SECONDO

La natura giuridica ed il procedimento degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

2.1 Gli accordi di ristrutturazione del debito ed il rapporto con il concordato preventivo.

Come tutti gli istituti che rappresentano una novità nel panorama legislativo, anche gli accordi di ristrutturazione del debito hanno incontrato una certa difficoltà nella loro utilizzazione, ed in particolare nell'individuazione degli ambiti di applicabilità e dei margini di operatività. Difficoltà che nell'istituto in esame è stata aggravata da un lato dalla delicatezza economica e sociale che investe e conforma l'intero settore della gestione e soluzione delle crisi d'impresa, e dall'altro, dalla presenza, nell'ordinamento, di due istituti, il concordato preventivo da una parte ed il piano attestato di risanamento ex art. 67, comma terzo, lett. d) l. fall., dalla cui pressione l'accordo di ristrutturazione del debito rischia di essere schiacciato¹¹⁶; il concordato preventivo, infatti, oltre ad

¹¹⁶ In argomento G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2006, 381, che colloca gli accordi di ristrutturazione dell'art. 182 bis l. fall. tra i due estremi << un po' come i PACS tra convivenza civile e

essere un istituto storicamente presente nel nostro sistema giuridico, offre una protezione maggiore al patrimonio del debitore, sia in termini quantitativi e qualitativi e, soprattutto, si caratterizza per la capacità di vincolare anche i creditori che non hanno espresso il loro parere favorevole. Il piano attestato di risanamento, d'altro canto, è caratterizzato da una minore rigidità sia in termini di pubblicità che in relazione al controllo giudiziale, pur consentendo di ottenere dei vantaggi molto simili in relazione alla esenzione da revocatoria fallimentare. A fronte di questo difficile contesto nel quale inserirsi, gli accordi di ristrutturazione del debito sembrano poter trovare un loro spazio applicativo in tutte quelle ipotesi in cui l'imprenditore ha l'esigenza di trattare solamente con alcuni suoi creditori (generalmente i creditori istituzionali, ed in particolare le banche), offrendo ai creditori aderenti garanzie di ampio respiro, ma continuando a mantenere la gestione dell'impresa in maniera autonoma.

Il terreno d'elezione degli accordi di ristrutturazione del debito sembra potersi rinvenire allora “nelle ipotesi di soluzioni di crisi di medie e grandi dimensioni che prevedano la prosecuzione totale o parziale dell'attività d'impresa precedentemente esercitata, con il sostegno finanziario degli istituti di credito che rappresenta una

matrimonio. Accordi extragiudiziali perché formazione e conclusione si svolgono liberamente al di fuori dell'arena giudiziaria; ma destinati poi a ricevere l'*imprimatur* dell'omologazione e solo a seguito di questa beneficiare di un trattamento, almeno per l'esenzione da revocatoria, analogo a quello riservato al concordato preventivo >>. Efficacemente anche S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, sub art. 182 bis*, in *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 2560, che colloca l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti come << stretto tra Scilla e Cariddi >>.

fetta consistente del passivo”¹¹⁷, e comunque in tutte quelle situazioni in cui il debito è concentrato nei confronti di un numero ristretto di controparti¹¹⁸, in cui l'esigenza di snellezza del procedimento e la flessibilità nella gestione dell'attivo, così come l'esigenza di utilizzare uno strumento rapido, evitando così le lunghezze delle procedure concorsuali, assumono un ruolo determinante nella scelta della soluzione della crisi d'impresa¹¹⁹.

Appare dunque possibile individuare il campo applicativo degli accordi di ristrutturazione dei debiti proprio in tutte quelle ipotesi di crisi d'impresa, la cui soluzione in passato era affidata a negozi di diritto privato, ma che ora

¹¹⁷ Così, letteralmente, G. B. NARDECCHIA, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2010, 216 e ss., in commento al decreto di omologa dell'accordo di ristrutturazione del debito del gruppo Zunino/Risanamento Trib. Milano, 15 ottobre 2009, commentato anche da M. FABIANI, <<Competizione>> tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali, *ivi*, 206 e ss., e da G. M. PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 205 e ss.

¹¹⁸ In questo senso G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il piano di risanamento*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa* a cura di A. Jorio, Milano, 2009, 393.

¹¹⁹ Questa esigenza è stata sempre fortemente sentita, anche prima della riforma del diritto fallimentare; in arg. v. L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 305 e ss. Per un'analisi delle soluzioni stragiudiziali utilizzate v. M. BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in Italia nei primi anni '90*, Milano, 1996; G. SANSONE, *Il caso Tripovich*, in *Fall.*, 1996, 833 e ss.; R. VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi Srl*, in *Fall.*, 1996, 843 e ss.; F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 488 e ss.

rintracciano proprio nell'istituto in esame lo strumento capace di offrire, come meglio *infra* esplicitato, l'ombrello protettivo dell'esenzione dalla revocatoria e della esclusione, seppur in una determinata finestra temporale, delle azioni individuali degli altri creditori, pur garantendo però la rapidità e la malleabilità di un accordo negoziale. Se questo è, allora, il tanto agognato “posto al sole”¹²⁰ degli accordi di ristrutturazione dei debiti che la pratica economica contribuirà materialmente alla più esatta individuazione, ben più difficile appare, e forse maggiormente conforme alle competenze dell'operatore del diritto, individuare il rapporto che intercorre con il concordato preventivo.

Certamente i due istituti hanno una affinità ed una comunanza di genere, soprattutto sul piano funzionale, in quanto finalizzati alla soluzione dei problemi conseguenti alla crisi d'impresa¹²¹.

Secondo una ricostruzione, sostenuta in dottrina in particolar modo nella prima fase successiva all'introduzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, il nuovo istituto altro non sarebbe che una forma, semplificata, di concordato preventivo, con il quale si porrebbe in rapporto tra genere e specie¹²².

¹²⁰ L'espressione è di G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 110.

¹²¹ Così A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. Fall.*, 2009, I, 633 e ss., 640.

¹²² M. FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, 49; A. COPPOLA, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, in (a cura di) Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005, 275 e ss.; G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 871 e ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riforma della legge fallimentare e*

Tale tesi ha, sicuramente, il pregio di risolvere, mediante l'applicazione diretta delle previsioni normative in tema di concordato preventivo, il problema della regolamentazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, derivante dalle lacune di disciplina presenti nella scarsa legislazione dedicata all'istituto in esame, ma non sembra, è bene anticiparlo, del tutto convincente.

Secondo questa impostazione gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. costituirebbero una variante procedimentale abbreviata del concordato preventivo, integrandone, semplicemente, una possibile particolare modalità attuativa, caratterizzata da una accelerazione nella sua fase iniziale e prodromica, che consente di giungere immediatamente all'omologazione del piano concordatario, "bypassando" i momenti della ammissione e della votazione¹²³.

L'elemento che ha dato la stura alla ricostruzione in esame deve essere ricercato nella Relazione illustrativa al d.l. n. 35/2005, secondo la quale <<il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa>>.

imprese soggette a procedure concorsuali speciali, in *Dir. fall.*, 2005, I, 921 e ss; S. D'AMORA, *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in *fallimentoon-line.it*, 2005, 10; F. PENNAFINA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Castiello D'Antonio – Cuonzo – Pennafina, *La prevenzione dello stato di insolvenza nel nuovo diritto della crisi d'impresa*, Napoli, 2008, 99; P. VALENZISE, *sub Art 182 bis Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Nigro e Sandulli, 2006, 1086 e ss; M. FERRO, *sub Art. 182 bis*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, Padova, 2007; 1420.

¹²³ Cfr. A. COPPOLA, *op. cit.*, 276.

Sembrerebbe, in altri termini, che tali accordi di ristrutturazione servano solo per accedere con maggiore facilità alla procedura concordataria, o meglio, sembrerebbe evidente una focalizzazione della relazione sul concordato, di cui gli accordi parrebbero una modulazione¹²⁴.

Ciò che però appare lampante è come le intenzioni espresse dal legislatore nella Relazione di accompagnamento non possano essere arricchite di un valore ermeneutico della volontà e degli scopi perseguiti dalla norma in esame, in quanto esse altro non sono che l'esplicitazione del pensiero del legislatore storico e non della *ratio legis*, questa sì rilevante, ma determinabile solamente, in via interpretativa, dalle norme codificate.

La tesi secondo cui gli accordi di ristrutturazione sono una specie di concordato preventivo individuali, allora, la principale differenza tra i due istituti nella circostanza che l'accordo per la ristrutturazione dei debiti si caratterizzi proprio per la partecipazione dei creditori alla stesura dell'accordo, ancor prima che questo sia portato all'attenzione dei giudici¹²⁵. La ricostruzione sembra così frutto di un parallelismo, molto spesso evocato, con il sistema statunitense di gestione della crisi d'impresa che, nel famoso Chapter 11, prevede la possibilità, ma non l'obbligatorietà, che il piano di riorganizzazione possa essere presentato contestualmente alla domanda di ammissione (c.d. *prepackaged bankruptcy*), che viene poi sottoposto al voto di tutti i creditori e all'approvazione del

¹²⁴ Così P. VALENZISE, *op. cit.*, 1087.

¹²⁵ In questo senso A. COPPOLA, *op. e loc. cit.*

giudice. In realtà il parallelo non appare calzante¹²⁶, semplicemente perché il nostro concordato preventivo integra necessariamente un piano di azione della crisi d'impresa che deve essere sempre predisposto anticipatamente per poter essere presentato insieme alla domanda di ammissione, e che, razionalmente, difficilmente sembra possa prescindere da un preventivo accordo con i creditori¹²⁷.

Ma oltre a questi dati, che appaiono più sociologici che giuridici, i fautori della tesi che considera gli accordi ristrutturazione come una modalità attuativa del concordato preventivo, adducono sia degli elementi formali che degli elementi sostanziali.

Il primo argomento di carattere letterale - topografico viene individuato nella collocazione dell'istituto degli accordi ristrutturazione del debito all'interno del Titolo III l. fall. che regola il concordato preventivo e che è denominato <<Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione>>. Si è anche evidenziato come il Capo V del Titolo III, nella sua prima versione, sia stato rubricato <<Dell'omologazione del concordato preventivo>>.

A parte la palese insufficienza degli argomenti letterali, più volte evidenziata in dottrina, vi è da precisare che da una parte l'intitolazione del Titolo III sembra proprio sottolineare la diversa natura giuridica dei due istituti, e dall'altra che la rubrica del Capo V è stata modificata dal d.lgs. n. 5 del 2006 e risulta ora del seguente tenore <<Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato

¹²⁶ V. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 384, secondo cui << la frequenza di tale parallelo è direttamente proporzionale alla sua infondatezza >>.

¹²⁷ Così, ancora, G. PRESTI, *op.e loc. cit.*

preventivo. Degli accordi di ristrutturazione dei debiti >>. Né, d'altro canto, sembra dotata di efficacia persuasiva la circostanza che la vecchia amministrazione controllata fosse disciplinata, al contrario degli accordi di ristrutturazione dei debiti, da un autonomo titolo¹²⁸, in quanto la collocazione all'interno dello stesso titolo, o anche capo, non comporta necessariamente unità di natura giuridica, così come appare francamente eccessivo desumere la natura di un istituto dalla parte della legge in cui è inserita.

Un ulteriore elemento viene richiamato dai sostenitori della tesi che inquadra gli accordi di ristrutturazione dei debiti come una particolare modalità di esecuzione del concordato preventivo, è l'espreso richiamo, all'interno dell'art. 182 bis l. fall., dell'art. 161 l. fall. sulla domanda di concordato preventivo; tale rinvio comporterebbe, secondo questa impostazione, che per poter utilizzare gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il debitore debba rispettare tutti gli adempimenti per la presentazione di una proposta di concordato preventivo, e cioè inserire l'accordo all'interno di una proposta concordataria. In realtà, come è stato osservato¹²⁹, il debitore non deve chiedere al tribunale di emettere un provvedimento di apertura della procedura, così come non vi è alcuna udienza di comparizione in camera di consiglio per decidere sull'ammissione alla procedura, così come, infine,

¹²⁸ Questa circostanza è evidenziata da P. VALENSISE, *op. cit.*, 1087.

¹²⁹ In arg. v. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 86 e ss., la quale evidenzia l'opportunità di evitare di "creare una inutile o inspiegabile duplicazione di quanto già prevede l'art. 160 che indica quale contenuto della proposta anche la ristrutturazione dei debiti".

non vi è la presenza di un organo, quale il commissario giudiziale, che deve redigere il proprio motivato parere, e che funge da controparte nei cui confronti si instaura il contraddittorio. Ciò che il debitore fa è, semplicemente, richiedere l'omologazione un accordo già stipulato con i propri creditori, per il cui deposito, unitamente ai documenti previsti dalla legge, bisogna semplicemente far riferimento alla forma prevista per la presentazione della domanda di concordato preventivo.

Passando ora alle argomentazioni di tipo sostanziale appare opportuno notare come la tesi che inquadra gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel sistema del concordato preventivo sembra essere preferita in forza di un criterio obiettivo-teleologico, al fine di riconoscere, anche agli accordi di ristrutturazione, valenza di procedura pubblicistica che attribuisce certezza e definitività, e che rivolge i suoi effetti anche alle parti estranee al negozio stesso. Secondo questa tesi, insomma, l'utilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ed in particolar modo la capacità di costituire una valida alternativa ai concordati stragiudiziali, discenderebbe proprio dalla riconduzione al concordato preventivo e, conseguentemente, dalla produzione dei suoi effetti tipici, in particolare la vincolatività dell'accordo di ristrutturazione anche nei confronti dei creditori non aderenti¹³⁰. È stato sostenuto che sarebbe irrazionale dare maggior valore al 50%, che costituisce la maggioranza dei creditori rilevante a consentire che il concordato preventivo sia vincolante per i

¹³⁰ Ci si riferisce a G. VERNA, *op. cit.*, 873, secondo il quale << sembra preferibile l'interpretazione secondo cui la locuzione "regolare pagamento dei creditori estranei" all'accordo debba intendersi "pagamento dei creditori estranei secondo le regole dell'accordo", una volta omologato >>.

creditori contrari o astenuti o che non hanno partecipato l'adunanza, rispetto al 60% previsto dall'art. 182 bis l. fall. come requisito essenziale ai fini dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione. Quel 10% in più richiesto per gli accordi di ristrutturazione non potrebbe essere richiesto inutilmente, ma servirebbe a colmare la differenza di ruolo dell'intervento giudiziario, che nel concordato preventivo è certamente più pregnante¹³¹ rispetto agli accordi di ristrutturazione, in relazione ai quali la tutela dei creditori contrari, astenuti o assenti sembrerebbe affidata, o meglio garantita, dalla maggiore percentuale richiesta. Non si capirebbe, insomma, come mai gli accordi di ristrutturazione dei debiti non potrebbero avere gli stessi effetti del concordato preventivo visto che, ugualmente soggetti ad omologazione, vengono approvati con una maggioranza superiore rispetto a quella necessaria del concordato.

L'impostazione teorica appena ricostruita non sembra però convincente, soprattutto perché frutto di un'inversione dell'attività interpretativa, che non dovrebbe modellare le norme al fine di raggiungere l'obiettivo sperato, ovvero di dare forma alle intenzioni che sono state apoditticamente assegnate al legislatore, ma dovrebbe partire dall'analisi della disciplina per ricostruire i lineamenti e le caratteristiche dell'istituto, scevra da dogmi e pregiudizi di sorta.

È proprio guardando alla disciplina sostanziale dei due istituti a confronto che ci si accorge come tra concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione dei debiti vi siano delle differenze fondamentali, tali da far desumere la

¹³¹ Secondo G. VERNA, *op. cit.*, 872, i maggiori poteri del tribunale del concordato giustificerebbero una diversità di effetti per i suindicati creditori solo a parità di percentuale.

completa autonomia delle due fattispecie, in linea con la dottrina che si è ormai delineata come maggioritaria¹³².

¹³² Sostengono la tesi dell'autonomia degli accordi di ristrutturazione dei debiti dal concordato preventivo G. LO CASCIO, *La nuova legge fallim.: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 362 e ss.; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2005, 949; M. CAFFI, *Considerazioni sul nuovo art. 182 bis della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 878 e ss.; G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 847 e ss.; 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, 1170; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 386 e ss.; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, 352; P. MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fall.*, 2006, 102 e ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, 346 e ss.; G. B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale, aggiornato con il D. Lgs. n. 169/2007*, Milano, 2007, 26 e ss.; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 366 e ss.; A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr e impr.*, 2009, 410 e ss.; M. FABIANI, *Competizione....*, cit., 213; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 1803; G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 242. Riconosce, seppur in una visione completamente diversa, l'autonomia degli accordi di ristrutturazione dei debiti E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 87. Di particolare interesse la posizione di A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento*, in *Dir. Fall.*,

Il concordato preventivo, infatti, è, a tutti gli effetti, una procedura concorsuale, il cui complesso procedimento, suddiviso in tre fasi (apertura – approvazione – omologazione), vede un intervento molto determinante da parte dell'autorità giudiziaria sin dall'ammissibilità della domanda di concordato¹³³ e che si estende, per quanto riguarda la fattibilità del piano, per tutta la durata della procedura. La stessa possibilità di suddivisione in classi dei creditori è sottoposta al vaglio del Tribunale che deve provvedere a valutare la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi, in ordine alle ragioni giuridiche economiche di tale suddivisione, in un'ottica funzionale alla realizzazione del piano. Questi penetranti poteri del Tribunale sono da considerare una sorta di contrappeso alla suddivisione in classi¹³⁴, all'interno delle quali i creditori stessi votano e decidono in forza del criterio di maggioranza, con forza vincolante anche nei

2008, I, 606 e ss, il quale, pur considerando che nella originale formulazione era evidente l'intendimento di considerare l'istituto quale *species* del più ampio *genus* concordato preventivo, evidenzia come il D. lgs. correttivo n. 169/2007 ha stravolto l'impianto dell'istituto, rimaneggiandolo in piena e consapevole adesione alla tesi autonomistica, al fine di rendere gli accordi di ristrutturazione dei debiti meno appetibili, in quanto più onerosi e dotati di minor tasso di giurisdizionalità rispetto al concordato preventivo.

¹³³ Si ritiene che il controllo del Tribunale sull'ammissibilità del concordato preventivo sia, quantomeno, di legittimità sostanziale (così S. AMBROSINI, *La domanda di concordato e i provvedimenti del Tribunale*, in Ambrosini – Demarchi – Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Torino, 2009, 56), se non anche di merito sulla veridicità dei dati esposti e sulla fattibilità del piano (così G. BOZZA, *Il concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2009, 23 e ss.).

¹³⁴ Così S. AMBROSINI, *op. ult. cit.*, 66.

confronti dei creditori dissenzienti¹³⁵. Il mancato raggiungimento della maggioranza prevista comporta la caducazione dell'intera procedura, proprio perché la collettività dei creditori ha espresso parere contrario¹³⁶. Tale circostanza è però possibile proprio per la natura procedurale del concordato preventivo, caratterizzato dalla presenza di organi come il commissario giudiziale ed il giudice delegato, sotto la cui vigilanza si svolge la procedura, con compiti e ruoli più limitati rispetto al fallimento ma che garantiscono il corretto svolgimento del procedimento. I creditori, inoltre, vengono trattati nella logica delle classi, come una collettività, al punto che la prima operazione che deve porre in essere il commissario giudiziale, una volta aperta la procedura, è la convocazione dei creditori, allo scopo sia di indicare la data ed il luogo dell'adunanza, ma anche, e soprattutto, di rendere edotti i creditori stessi del contenuto del piano concordatario¹³⁷.

Nessuno di questi elementi caratterizzanti sembra invece essere presente nella disciplina dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, che invece continua ad essere un contratto di diritto privato, la cui natura e struttura

¹³⁵ In arg. v. F. DI MARZIO, "Contratto" e "deliberazione" nella gestione della crisi d'impresa, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 73 e ss.

¹³⁶ In questo senso C. D'AMBROSIO, *op. e loc. cit.*

¹³⁷ Sottolinea questo elemento di diversità G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 388, secondo cui l'applicazione della regola di maggioranza presuppone che i creditori vengano considerati come una collettività, ovvero che siano previsti dalla legge degli strumenti capaci di assicurare che tutti i creditori << siano informati e messi in condizione di partecipare alla votazione >>.

giuridica dovrà essere oggetto di attenta indagine, ma che continua ad essere regolato dal principio dell'accordo negoziale. L'aliquota del 60% prevista dall'art. 182 bis l. fall., dunque, non può essere considerata una soglia di maggioranza¹³⁸, proprio perché manca una preventiva convocazione; l'accordo di ristrutturazione, infatti, può essere concluso dall'imprenditore con uno o più dei suoi creditori, senza che sia necessario informare o consultare gli altri¹³⁹. D'altro canto la normativa sembra aver affidato alla necessaria iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese la funzione di informare, o meglio di rendere conoscibile, l'esistenza di un accordo, ma solamente dopo che è stato già concluso, verso i creditori non aderenti¹⁴⁰. È prevedibilmente ricorrente, nella prassi, l'ipotesi in cui

¹³⁸ In senso difforme A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in nota a Trib. Roma, sez. fall., 5 novembre 2009, in *Corr. Giur.*, 2010, 245 e ss., il quale ricostruisce l'istituto in esame evidenziando il ruolo attribuito al debitore, cui verrebbe dato il potere unilaterale di ri-definire i propri rapporti di debito – credito attraverso la loro ristrutturazione. L'accordo, infatti, secondo tale autore, << sia pure enfaticamente definito tale, è tale perché riconducibile all'iniziativa unilaterale dell'imprenditore in stato di crisi mentre è solo la sua pre-condizione ad incontrare il limite del 60 % dei creditori interessati. Trattasi dunque dell'incontro con una percentuale, non già con un fascio di consensi >>.

¹³⁹ In questo senso C. D'AMBROSIO, *op. e loc. cit.* e F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 926.

¹⁴⁰ Lo stesso G. VERNA, *op. cit.*, 865, prevede una comunicazione necessaria a tutti i creditori ma dell'avvenuta iscrizione nel registro delle imprese, non della proposta di accordo, al solo fine di rendere i creditori aderenti certamente edotti circa l'intervenuto accordo di ristrutturazione, in modo da rendere loro possibile l'opposizione.

l'esposizione debitoria dell'imprenditore in crisi si manifesti, nei confronti di un solo creditore, generalmente una banca, per una percentuale superiore al 60%¹⁴¹. Basti pensare al caso in cui l'imprenditore Tizio sia debitore per 70 nei confronti della Banca Alfa, per 10 nei confronti della Banca Beta e per 10 ciascuno nei confronti dei fornitori Caio e Sempronio. In tal caso sembra possibile ritenere che l'accordo possa intervenire tra il debitore Tizio ed il creditore principale Banca Alfa senza che gli altri creditori "minori" (Banca Beta, Caio e Sempronio) ne vengano resi edotti, se non in un momento successivo, mediante l'iscrizione nel registro delle imprese¹⁴².

Nel concordato preventivo, infatti, i creditori vengono trattati come portatori di un interesse collettivo, in quanto il rapporto che si configura tra gli interessi dei diversi soggetti coinvolti è un rapporto di solidarietà, << che consiste in una relazione di identità e di strumentalità reciproca tra gli interessi di soggetti diversi >>¹⁴³. La soddisfazione degli interessi creditori passa dunque, nel concordato preventivo, attraverso una relazione di strumentalità degli interessi¹⁴⁴ coinvolti in guisa che << un

¹⁴¹ V. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 23.

¹⁴² Di contrario avviso, però, Trib. Roma, 7 febbraio 2005, in *Nuovo dir. Soc.*, 2005, 47 e ss. e Trib. Roma 30 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 198 e ss, secondo il quale è necessaria << la prova che la proposta si stata comunicata a tutti i creditori>>; nello stesso senso M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in *Fall.*, 2008, 1239.

¹⁴³ Testualmente P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 8.

¹⁴⁴ Resterà da capire poi se sia necessario procedere a una distinzione tra interessi di gruppo e interessi di serie, su cui v. P.G. JAEGER, *op. cit.*, 10 e ss, il cui insegnamento precisa che << la serie è per definizione non finita comprendendo tutti gli individui che si trovano riguardo ad essa, in qualsiasi momento, in un determinato

bisogno dell'uno non può essere soddisfatto se non sia soddisfatto il bisogno dell'altro; allora la probabilità del soddisfacimento di un bisogno si determina insieme rispetto all'uno e rispetto all'altro >>¹⁴⁵.

Negli accordi di ristrutturazione del debito, al contrario, gli interessi di cui sono portatori i creditori coinvolti non si pongono in un rapporto di strumentalità, bensì in un rapporto di incompatibilità, ancorché relativa. La soddisfazione dell'interesse di un creditore, infatti, potrebbe passare attraverso l'esclusione del soddisfacimento, anche parziale, di un altro, permanendo la possibilità di una incompleta realizzazione di entrambi i bisogni.

In altri termini i creditori, negli accordi di ristrutturazione dei debiti, non sono portatori di interessi collettivi, non tanto perché agiscono in vista di una soddisfazione di un interesse individuale¹⁴⁶, che è certamente il motivo che spinge il creditore ad intraprendere una soluzione negoziale della crisi d'impresa del proprio debitore, ma semplicemente perché considerati portatori di interessi tra loro confliggenti.

rapporto (differente per ciascuna serie). Mentre, pertanto, il gruppo comprende solo soggetti che esistono contemporaneamente, la serie si proietta nel tempo, e abbraccia individui viventi in momenti diversi >>.

¹⁴⁵ Questa è la definizione che dà F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, 12, di solidarietà di interessi.

¹⁴⁶ Anche nell'espressione del diritto di voto all'interno delle classi nel concordato preventivo il creditore agisce in un'ottica di soddisfazione del proprio interesse individuale, ma, come è stato autorevolmente precisato (P.G. JAEGER, *op. cit.*, 9), il concetto di interesse individuale << non può essere distinto dall'interesse collettivo, in quanto si tratta di concetti non omogenei >>.

E proprio questo sembra essere l'elemento caratterizzante gli accordi di ristrutturazione del debito. Il creditore, nel momento in cui valuta se aderire o meno alla proposta effettuata dal debitore, valuta per sé, non come membro di un gruppo, o di una classe. La circostanza che, poi, venga raggiunta la percentuale del 60% è oggetto, e frutto, di una valutazione di piani di interessi ulteriori, che vanno ad configurare, come meglio in avanti precisato, un coelemento integrativo dell'efficacia.

Diverso è il caso in cui l'accordo di ristrutturazione dei debiti intervenga dopo la presentazione della domanda ammissione al concordato preventivo, o meglio nel corso della procedura di concordato preventivo, prima della sua conclusione. Ci si riferisce al caso in cui il debitore, dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato, riesca a raggiungere un accordo con i suoi debitori dotato dei requisiti di cui all'art. 182 bis l. fall. In tale ipotesi sembra possibile che il debitore possa provvedere alla revoca della domanda di ammissione al concordato preventivo e contestualmente accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, richiedendone l'omologazione al tribunale¹⁴⁷.

Ulteriormente diversa è l'ipotesi in cui il progetto di soluzione della crisi d'impresa di cui si compone la domanda di ammissione al concordato preventivo contenga una ristrutturazione, o meglio una rimodulazione dei rapporti debito-credito, costando un preventivo e sostanziale assenso da parte di alcuni creditori. In questo caso, cui probabilmente fa riferimento la Relazione sopra citata, nonostante la gestione della crisi sia in concreto molto vicina alla fattispecie astrattamente ipotizzata dall'art. 182 bis l. fall., non devono esserci dubbi sulla sua

¹⁴⁷ Così anche E. FRASCAROLI SANTI, *op. ult. cit.*, 88.

configurazione quale procedura di concordato preventivo, con tutte le caratteristiche procedurali e gli obblighi informativi previsti dalla legge in materia.

Tutti questi elementi consentono, dunque, di affermare, con rinnovata convinzione, la piena autonomia degli accordi di ristrutturazione dei debiti dal concordato preventivo, così come l'analisi della disciplina dell'istituto in esame, oggetto della seguente indagine, contribuirà a chiarire e rafforzare. Tale conclusione, infatti, non è assolutamente questione puramente teorica, ma comporta delle conseguenze pratiche di notevole entità; è possibile notare, infatti, sin da una prima lettura dell'art. 182 bis l. fall., come l'attenzione dedicata dal legislatore della riforma gli accordi di ristrutturazione del debito sia, quantomeno, scarna ed insufficiente ad individuarne completamente la disciplina applicabile. Affermare allora l'autonomia degli accordi di ristrutturazione dei debiti dalla procedura di concordato preventivo significa contestualmente affermare che tutti i vuoti di disciplina non possano essere direttamente colmati mediante un'applicazione diretta delle norme che disciplinano la procedura concordataria. Si capisce perfettamente allora quanto gravoso sia il compito dell'interprete¹⁴⁸ e dell'operatore giuridico, i quali dovranno individuare la disciplina applicabile, ricorrendo eventualmente anche alla applicazione analogica della normativa proprio in tema di

¹⁴⁸ Sembra proprio essere la carenza di disciplina la giustificazione dell'attenzione, sfociata in una continua produzione di interventi anche molto autorevoli, che la dottrina ha rivolto all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che sembra molto il guerriero cui è stato affidato un ruolo importantissimo e determinante per la vittoria della guerra, ma che non è stato dotato delle armi e degli strumenti sufficienti a fronteggiare qualsiasi situazione.

concordato preventivo, con uno sforzo ermeneutico alquanto impegnativo.

2.2 Gli accordi di ristrutturazione del debito come nuovo procedimento concorsuale. Critica.

Prima di affrontare la delicata questione della natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti, appare necessario interrogarsi sulla possibilità di inquadrare gli accordi di ristrutturazione del debito nella categoria delle procedure concorsuali e, di conseguenza, utilizzare l'applicazione analogica delle norme in tema di procedura concordataria al fine di colmare le lacune legislative presenti nella disciplina dell'istituto in esame.

Una parte della dottrina, pur affermando la piena autonomia degli accordi di ristrutturazione dei debiti rispetto al concordato preventivo, evidenzia come vi siano delle somiglianze tra i due istituti, anche in forza dei diversi rinvii effettuati dalla legge¹⁴⁹. Tale ricostruzione, che nega la possibilità di concepire una categoria generale o di un *genus* concordato¹⁵⁰ nel quale ricomprendere anche gli accordi ristrutturazione, sottolinea l'esistenza di affinità

¹⁴⁹ Ci si riferisce ad E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 81 e ss.

¹⁵⁰ Esclude la possibilità di configurare un *genus* concordatario nel quale far confluire tutte le forme di concordato A. BONSIGNORI, *Del concordato*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca, Legge Fallimentare*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna – Roma, 1977, 128 e ss. e E. FRASCAROLI SANTI, *Concordato stragiudiziale*, Cedam, 1984, 193 e ss.; nel senso dell'esistenza di una categoria generale di concordato V. F. FERRARA, voce *Concordato fallimentare*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 472.

tra due istituti che sarebbero ispirati alla medesima finalità di rimozione della crisi del debitore nel rispetto del principio di concorsualità, giungendo così ad ammettere il ricorso all'applicazione analogica, sempre nei limiti della compatibilità con le relative strutture. In particolare si fa riferimento ai rinvii operati dalla legge in relazione alle modalità di presentazione della domanda, alla reclamabilità del provvedimento di omologazione dell'accordo, al divieto di azioni esecutive dopo la presentazione della domanda. Ma come appare sin da subito evidente, il nucleo centrale di questa impostazione sta proprio nel riconoscere agli accordi di ristrutturazione dei debiti la natura procedurale ed i caratteri della concorsualità. Il provvedimento di omologazione che, come per il concordato preventivo, garantisce l'esenzione dalla revocatoria fallimentare, evidenzerebbe, secondo la tesi in esame, la concorsualità degli accordi di ristrutturazione, in quanto attribuirebbe all'accordo un'efficacia che travalica i poteri dei contraenti, non potendo l'inoperatività della revocatoria essere disposta per volontà delle parti. "Ciò in quanto tale operatività, che costituisce una delle più rilevanti espressioni del principio di concorsualità che ispira tutti i procedimenti concorsuali, può essere limitata solo in forza di una espressa previsione di legge, come avviene, appunto, per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis. In definitiva, sia nel concordato preventivo, sia negli accordi di ristrutturazione l'esenzione dall'azione revocatoria risponde alla medesima ratio che si basa sulla presunzione che gli atti considerati esenti non siano stati compiuti in frode ai creditori"¹⁵¹.

¹⁵¹ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, loc. cit.

L'istituto si articolerebbe, dunque, in un procedimento composto da due fasi: una fase stragiudiziale, temporalmente precedente e che ne costituirebbe il requisito sostanziale necessario, ed una fase giudiziale, preordinata al provvedimento di omologazione. E gli effetti di questo provvedimento, il già accennato divieto di azioni esecutive ovvero l'esenzione dall'azione revocatoria nell'eventuale successivo fallimento, sottolineerebbero la natura non pregiudizievole nei confronti dei creditori degli atti e dei pagamenti in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, proprio perché compiuti nel rispetto del principio di concorso proprio delle procedure concorsuali.

Secondo questa impostazione insomma, l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti deve essere configurato come una procedura concorsuale, seppur autonoma e differenziata, in relazione alla quale si può ricorrere all'applicazione analogica di norme, se ed in quanto compatibili, per colmare le lacune o le incompletezze legislative.

Vi è da precisare che i primi interventi della giurisprudenza di merito aderiscono, seppur in maniera incidentale, alla tesi che riconduce anche gli accordi di ristrutturazione dei debiti alle procedure concorsuali¹⁵².

Detta ricostruzione, però, non convince per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto appare necessario sottolineare che far discendere la natura concorsuale degli accordi di

¹⁵² Cfr. Trib. Bari 21 novembre 2005, in *Dir. fall.*, II, 542 e ss. e in *Fall.*, 2006, 169 e ss., che, pur esplicitando l'autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo, qualifica l'istituto di cui all'art. 182 *bis* l. fall. come un procedura concorsuale.

ristrutturazione dei debiti dall'analisi degli effetti, certamente assimilabili a quelli previsti in tema di concordato preventivo, appare una petizione di principio. È certamente vero che la possibilità di incidere sulle posizioni di soggetti terzi, o meglio sul rispetto del principio della *par condicio creditorum*, è attività esclusa dai margini di operatività dell'autonomia privata, così come è certamente vero che l'esenzione dalla revocatoria fallimentare è un effetto che può essere stabilito solo dal legislatore; ma è altrettanto vero che non vi è alcun motivo di ricondurre l'istituto in esame alle procedure concorsuali per spiegare questi determinati effetti, che sono, al contrario, perfettamente conciliabili anche conducendo gli accordi di ristrutturazione dei debiti nell'ambito delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa. L'effetto della esenzione dalla revocatoria, così come il divieto di azioni esecutive, non sono, infatti, disposte per volontà delle parti coinvolte, ma sono semplicemente degli effetti che la legge prevede e riconduce al verificarsi di determinate condizioni. L'attività negoziale si esplica, dunque, nella conclusione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti che, ricorrendone i presupposti, anche pubblicitari, se viene omologato ai sensi dell'art. 182 l. fall., produce gli effetti di esenzione dall'azione revocatoria nell'eventuale successivo fallimento per gli atti ed i pagamenti eseguiti in attuazione dell'accordo, di attribuzione del beneficio della prededuzione della nuova finanza e di inibizione delle azioni esecutive per una finestra temporale fissata in sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. Gli effetti legali non costituiscono materia negoziale, né appartengono al regolamento pattizio. La produzione degli effetti legali, infatti, non discende dall'accordo in sé, ma è provocato dalla

intervenuta omologazione, che è <<giudizio concluso di conformità di un atto al modello legale>>¹⁵³.

Ciò che caratterizza gli accordi di ristrutturazione dei debiti, e contestualmente espunge l'istituto in esame dalla categoria delle procedure concorsuali, è proprio il suo procedimento di formazione, che prescinde dalla esistenza dell'elemento centrale ed indefettibile delle procedure, e cioè la sussistenza del diritto al concorso di tutti i creditori¹⁵⁴. Come sopra meglio precisato¹⁵⁵, infatti, l'accordo ben potrebbe essere stipulato dal debitore con alcuni dei creditori, senza la partecipazione degli altri, potendo dunque essere da questi ignorato sino al momento della pubblicazione nel registro delle imprese¹⁵⁶.

È vero che neanche nelle procedure concordatarie i creditori si riuniscono in assemblee, o che le decisioni vengono assunte secondo procedimenti collegiali caratterizzati da discussione e votazione, ma è altresì vero che i creditori (chirografari) nell'ambito del concordato preventivo vengono trattati come collettività all'interno delle classi, così come confermato dalla circostanza che il commissario giudiziale come prima cosa deve, necessariamente, procedere alla convocazione ed

¹⁵³ Così M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 344.

¹⁵⁴ Per una innovativa visione del trattamento concorsuale dell'insolvenza v. D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio dell'insolvenza. Il diritto fallimentare tra economia e diritto*, Bologna, 2006, 15 e ss.

¹⁵⁵ V. paragrafo precedente.

¹⁵⁶ *Contra* M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in *Fall.*, 2008, 1239, secondo il quale <<preliminare alle composizioni negoziali della crisi è la convocazione dei creditori al fine di presentare il programma redatto dall'impresa>>.

informazione di tutti i creditori¹⁵⁷. Il mancato raggiungimento del *quorum* previsto comporta l'interruzione della procedura di concordato preventivo, visto che i creditori, in forza del voto manifestato dalla maggioranza, hanno espresso parere negativo¹⁵⁸. Né sembra possibile escludere il carattere di collettività dalla inesistenza di un procedimento assembleare, ed in particolare di un metodo collegiale¹⁵⁹, in quanto la collegialità è fenomeno che si può atteggiare nei modi più svariati, quale principio di organizzazione delle funzioni collettive capace di soddisfare esigenze diverse ed eterogenee¹⁶⁰. Il principio di maggioranza, che caratterizza il metodo di assunzione delle decisioni dei creditori nel concordato preventivo, si ritiene possa essere applicato in caso di collegialità imperfetta o, addirittura, anche in caso di completa assenza di collegialità¹⁶¹. Ciò che rileva,

¹⁵⁷ L'accordo di ristrutturazione dei debiti, invece, prescinde dall'adunanza dei creditori e non richiede un confronto collettivo tra creditori e debitore, né la lettura della relazione da parte del commissario giudiziale. In questo senso A. JORIO, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in AA. VV., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Torino, 2007, 107.

¹⁵⁸ Così F. INNOCENTI, *op. cit.*, 924.

¹⁵⁹ L'argomento è utilizzato da E. FRASCAROLI SANTI, *op. ult. cit.*, 93, secondo cui nella deliberazione dei creditori «non si riscontra l'operatività del principio di maggioranza, in quanto manca un procedimento collegiale di cui la discussione sia fase essenziale: ciò che toglie di per sé il presupposto di applicabilità del principio maggioritario in un'organizzazione collegiale».

¹⁶⁰ Così G. GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, e ID, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1970.

¹⁶¹ In tema v. A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, 35 e ss.; F. GALGANO, *Repliche*

dunque, è che nel concordato preventivo, indipendentemente dalla esistenza o meno di una fase decisionale collegiale, la volontà determinante è quella espressa dalla collettività dei creditori¹⁶².

Negli accordi di ristrutturazione dei debiti, invece, i creditori esprimono il loro parere individuale, espressione di un interesse configgente con quello degli altri, e non rappresentano tecnicamente una maggioranza¹⁶³. Il

in tema di società di persone, principio di maggioranza e collegialità, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 218 e ss.; in tema di srl, di recente, si veda l'ampia analisi di G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata, sub. art. 2479*, in *Il Codice Civile Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010.

¹⁶² Questo non significa, ovviamente, che l'efficacia della proposta di concordato preventivo sia conseguenza diretta del principio di maggioranza esercitato in una collettività di creditori, ma semplicemente che la volontà espressa all'interno della classe è quella della collettività. Il concordato preventivo è una procedura concorsuale e, indipendentemente dalle classi, la sua efficacia discende da una decisione giurisdizionale. Sul dibattito sorto in dottrina circa la natura contrattuale o giurisdizionale del concordato preventivo e sul principio di maggioranza v. di recente, G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 385 e ss. , il quale osserva che << al di là della natura di volontaria giurisdizione o contenziosa del procedimento di omologazione, perché la proposta di concordato preventivo possa spiegare i suoi effetti nei confronti dei creditori e persino di quelli dissenzienti o assenti, è necessario un intervento del giudice, come del resto è previsto nella sede sommaria dell'ammissione e della fase di omologazione, sia in relazione alla sussistenza di tutte le condizioni di legge, sia avendo riguardo alla regolarità della procedura ed alle maggioranze dei creditori>>.

¹⁶³ Ritiene in effetti "fuorviante" già parlare di maggioranza M. SCIUTO, *op. cit.*, 347.

raggiungimento della soglia percentuale minima, che non è espressione di una maggioranza¹⁶⁴, serve solamente per consentire ad un negozio di diritto privato, già perfezionato in tutti i suoi elementi, di raggiungere determinati effetti¹⁶⁵. D'altro canto anche l'individuazione della percentuale qualificata nella misura del 60% sembra volersi allontanare dalle soglie di maggioranza normalmente usate (come ad esempio la maggioranza assoluta degli aventi diritto), volendo soprattutto individuare una soglia rilevante che esprima una serietà dell'impegno¹⁶⁶, assicurando così (o meglio rendendo verosimile) la possibilità della soluzione della crisi d'impresa¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Come precisato da L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, op. cit., 346, l'accordo di ristrutturazione viene concluso "con la maggioranza", non "a maggioranza".

¹⁶⁵ In questo senso F. INNOCENTI, op. e loc. cit.

¹⁶⁶ Basti pensare che nell'ambito della Commissione Travisanato e Travisanato *bis*, i cui testi sono consultabili in A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, si era previsto, alternativamente, nei vari progetti, una soglia "pari al 75 % dei crediti, ovvero il 60 % ove per 2/3 siano riferibili a banche o ad altri intermediari finanziari sottoposti a vigilanza", ovvero "una maggioranza qualificata dei crediti o la maggioranza degli stessi ove per una percentuale significativa riferibili a banche o altri intermediari finanziari sottoposti a vigilanza" ovvero ancora "la maggioranza dei crediti ove per almeno la metà di essi siano riferibili a banche o ad altri intermediari finanziari sottoposti a vigilanza".

¹⁶⁷ Nello stesso senso anche G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 387, secondo cui « La soglia fissata è arbitraria e si potrebbe anche ritenere che la norma pecchi per eccessiva rigidità. Tuttavia, da un lato, l'esperienza pratica insegna che effettivamente è difficile che arrivino felicemente in porto tentativi di ristrutturazione che non coinvolgano una percentuale significativa dei crediti, normalmente ben superiore al

Altro elemento che sembra spingere verso l'esclusione degli accordi di ristrutturazione dalla categoria delle procedure concorsuali, è dato dal trattamento dei creditori. Secondo l'insegnamento tradizionale¹⁶⁸, infatti, le procedure vengono esplicitate in concorso con tutti i creditori proprio per garantire, nella fase realizzativa del rapporto creditorio, la parità di trattamento tra tutti, al netto delle legittime cause di prelazione. Come è noto, il nostro sistema di responsabilità patrimoniale si fonda sul principio della *par condicio creditorum*, che trova espressa manifestazione negli artt. 2740 e 2741 cod. civ., secondo il quale i creditori "hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore", il quale a sua volta "risponde dell'adempimento delle obbligazioni con i suoi beni presenti e futuri".

Come sembra chiaro sin da una prima lettura, l'applicazione concreta di tali norme deve necessariamente essere riferita alla fase di realizzazione coattiva del

60%; dall'altro, si tratta di una percentuale che di regola viene raggiunta dagli creditori finanziari che, benché non espressamente menzionati a differenza di quanto avveniva in alcuni progetti precedenti, sono da ritenersi le controparti istituzionali di tali accordi; dall'altro ancora, infine, l'aver fissato una tale soglia potrebbe avere il positivo effetto di disincentivare fenomeni di opportunismo in capo a chi, pur essendo interessato alla conclusione dell'accordo, potrebbe essere tentato di non aderirvi per mantenere integra la sua pretesa senza subire il sacrificio di ristrutturarla>>.

¹⁶⁸ V., tra tanti R. PROVINCIALI, voce *Procedure concorsuali*, in *Noviss. Digesto it.*, XIII, 1011 e ss., il quale esplicita come nelle procedure concorsuali << si rende operante, trasferendola alla fase realizzativa, la garanzia patrimoniale che gli artt. 2740 – 2741 c.c. stabiliscono a favore dei creditori sul patrimonio del debitore>>.

credito¹⁶⁹ particolarmente nel caso di mancanza di solvibilità e capienza del patrimonio del debitore¹⁷⁰. Proprio in tale circostanza si manifesta il conflitto di interessi, esistente tra i vari creditori, la cui aspettativa di integrale soddisfazione del credito si scontra necessariamente con l'insufficienza dell'attivo patrimoniale a soddisfare tutti i creditori¹⁷¹.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, così come disciplinati dall'art. 182 bis l. fall., al contrario, si pongono completamente al di fuori dello schema di applicazione del principio della *par condicio creditorum*, rimandando all'accordo negoziale tra debitore e creditore la gestione del rapporto obbligatorio, potendo prescindere completamente anche dalle cause di prelazione, che come appare evidente sin da una prima lettura della norma, non vengono neanche menzionate.

Ciò che si desume, al contrario, dall'analisi della norma sembra essere proprio la sostanziale indifferenza dell'accordo di ristrutturazione al principio della *par condicio creditorum*, che trova conferma nell'assenza di falcidia per i creditori non aderenti, come sarà meglio spiegato nel prosieguo dell'analisi dell'istituto.

Certo l'accordo di ristrutturazione dei debiti, proprio in forza dell'esenzione dall'azione revocatoria, potrebbe avere delle conseguenze, in caso di successivo fallimento, che si potrebbero riverberare anche sui creditori non aderenti. Come meglio sarà specificato in seguito infatti, l'esenzione

¹⁶⁹ V. in argomento R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale*, sub artt. 2740-2741, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1955.

¹⁷⁰ D. RESTUCCIA, *Grado dei privilegi e transazione fiscale*, in *Dir. Fall.*, 2009, II, 66 e ss.

¹⁷¹ V. tra gli altri S. CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, p. 13 e ss.

da revocatoria fallimentare ha come effetto quello di distribuire proprio sui creditori non aderenti l'esito negativo del tentativo di ristrutturazione, ma è precisamente in previsione di questa eventualità che rileva la necessità dell'intervento omologatorio del tribunale. L'autorità giudiziaria, insomma, non interviene a garanzia e controllo del rispetto del principio della *par condicio creditorum*, cui l'accordo è sostanzialmente indifferente, ma semplicemente in funzione di controllo che l'accordo di ristrutturazione sia sufficiente a liberare le risorse necessarie per la soddisfazione degli altri creditori, e dunque potenzialmente idoneo a risolvere e superare la crisi d'impresa.

Come è stato osservato, infine, le procedure concorsuali sono caratterizzate anche da una attenta verifica e controllo, da parte dell'autorità giudiziaria, della fase esecutiva, e cioè dell'effettivo pagamento dei debiti¹⁷². L'art. 182 bis l. fall., al contrario, sembra proprio disinteressarsi della fase realizzativa degli accordi di ristrutturazione dei debiti, le cui conseguenze in caso di inadempimento verranno regolamentate secondo i normali strumenti di reazione all'insolvenza¹⁷³.

Come è evidente, dunque, negli accordi di ristrutturazione dei debiti mancano gli elementi essenziali perché possano essere qualificati come una procedura concorsuale, ancorché autonoma.

¹⁷² A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr. e impr.*, 2009, 412 e ss.

¹⁷³ Salva, ovviamente, la esenzione dall'azione revocatoria fallimentare degli atti e pagamenti eseguiti in esecuzione degli accordi, in caso di successivo fallimento.

2.3 Il consenso dei creditori. La natura giuridica e la struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Una volta accertata l'autonomia degli accordi di ristrutturazione dei debiti dal concordato preventivo e la sostanziale estraneità dell'istituto in esame dalla categoria delle procedure concorsuali, appare necessario indagare la natura giuridica e la struttura di tali accordi.

Secondo una parte della dottrina gli accordi ex art. 182 bis l. fall. andrebbero a configurare una nuova categoria contrattuale, costituita da tutti quei negozi finalizzati al superamento della crisi d'impresa o alla salvaguardia, totale o parziale, dei complessi produttivi aziendali¹⁷⁴.

Il legislatore della riforma del diritto fallimentare avrebbe, insomma, creato un nuovo tipo contrattuale, riconducibile alla categoria degli accordi di *corporate reorganization*, capace di individuare un negozio con caratteristiche definite, non solo in relazione al profilo funzionale, ma anche in relazione agli aspetti contenutistici e strutturali, di talché la fattispecie concreta eventualmente dotata di tali elementi venga automaticamente attratta dalla disciplina dettata in materia.

¹⁷⁴ In questo senso F. INNOCENTI, *op. cit.*, 925; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 131; A. CAIAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, in nota a Trib. Bari 21 novembre 2005, in *Dir. fall.*, II, 542; ma v. anche G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Fall.*, 2005, 1450 e ss.

Ovviamente la questione investe l'intero istituto e la sua disciplina, e ruota intorno alla valutazione del ruolo dell'intervento omologatorio dell'autorità giudiziaria, soprattutto in relazione ai limiti ed al contenuto dell'autonomia privata.

Prescindendo da qualsiasi impostazione dogmatica, è chiaro che la risposta sulla natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti deve essere rintracciata nell'analisi della disciplina della fattispecie, ma appare possibile tentare di chiarire sin da subito i termini della questione.

Ciò che in realtà il legislatore sembra aver posto in essere non è la tipizzazione di un nuovo schema negoziale¹⁷⁵, ma semplicemente l'individuazione di alcuni effetti legali conseguenti ad un procedimento che trova nell'accordo negoziale tra privati il suo elemento introduttivo ed organizzativo. Potrebbe allora parlarsi, come è stato sostenuto¹⁷⁶, di una tipizzazione << a bassa definizione >>, che serve a delineare non i limiti dello spazio di operatività entro cui deve muoversi l'autonomia negoziale, ma solamente le condizioni di applicazione di una determinata disciplina¹⁷⁷. Ciò significa, in altri termini, che

¹⁷⁵ Secondo G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, loc. cit., << la legge ha, almeno in parte, tipizzato gli accordi di ristrutturazione dei debiti >>, che manterrebbero la natura di accordi stragiudiziali << perché la formazione e conclusione si svolgono al di fuori dell'arena giudiziaria; ma destinati poi a ricevere l'*imprimatur* dell'omologazione >>.

¹⁷⁶ Ci si riferisce a M. SCIUTO, *op. cit.*, 343.

¹⁷⁷ V. le osservazioni di E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 287, secondo cui nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in cui il legislatore opera mediante una

il legislatore non si è voluto soffermare sul carattere strutturale degli accordi, così come non ha inteso individuarne gli aspetti contenutistici della fattispecie genetica, ma ha semplicemente delineato, per l'applicazione della disciplina, i necessari elementi essenziali, la minima unità effettuale, lasciando l'autonomia negoziale libera di attuare come meglio ritiene opportuno la rimodulazione dei rapporti debito-credito. Gli effetti conseguenti a tale previsione normativa, allora, rimangono, come tutti gli effetti legali, esterni alla regolamentazione negoziale, che rimane informata ai principi generali in tema di obbligazioni e contratti ed il cui contenuto rimane tendenzialmente libero, o meglio demandato alla volontà dei privati. L'assenza di uno schema astratto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sembra proprio confermare la volontà del legislatore della riforma di non creare una nuova categoria contrattuale¹⁷⁸. La disciplina prevista dall'art. 182 bis l. fall. sembra allora aver individuato una serie di elementi che insieme costituiscono un procedimento, al termine del quale scattano una serie di effetti legali. Questo procedimento

disciplina non per singoli contratti ma per attività, non viene << tipizzato un contratto ma un "tipo di operazione", poiché il legislatore consente alle parti di far ricorso a diverse tipologie contrattuali (remissioni del debito, patti di dilazione del debito o degli interessi, contratti di finanziamento) al fine di dettare una disciplina volta alla realizzazione di interessi meritevoli di realizzazione e di tutela, quali devono essere indubbiamente considerati quelli connessi al salvataggio di un'impresa in crisi >>.

¹⁷⁸ Cfr. in argomento F. INNOCENTI, *op. cit.*, 925, la quale dopo aver sostenuto che gli accordi di ristrutturazione dei debiti vanno a costituire una nuova categoria contrattuale, giunge a farli rientrare nell'ambito dei contratti atipici, creando così una strana fattispecie che è contemporaneamente tipizzata ed atipica.

trova proprio nell'accordo negoziale privato il suo fulcro, l'elemento introduttivo cui tutto il procedimento è funzionalmente connesso, e che culmina nel giudizio di omologazione. La fattispecie normativa si compone, in particolare, di tre distinte fasi: una prima, stragiudiziale, con la quale i privati configurano un assetto di risistemazione dei rapporti creditori, una seconda fase, coincidente con la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, finalizzata alla stabilizzazione dell'accordo ed una terza fase, di natura tipicamente giudiziale, finalizzata alla produzione degli effetti legali. Ciò significa, in altri termini, che l'accordo conserva un contenuto tendenzialmente libero, ben potendo essere inquadrato nella categoria dei negozi di configurazione¹⁷⁹; tale categoria negoziale, elaborata dalla più attenta dottrina civilistica moderna¹⁸⁰, ha il carattere qualificante di una

¹⁷⁹ Così E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 1087.

¹⁸⁰ La categoria del negozio di configurazione assume i suoi più distinti contorni in SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 77 e ss., il quale partendo dalla considerazione che « sussiste un principio di autonomia di configurazione del procedimento di configurazione del contratto », sostiene come vi sia « un'autonomia della disciplina dell'esercizio dei poteri negoziali con conseguente variazione del corso del procedimento stesso, sia pure entro le grandi linee di un sistema legale che però, di regola, appare privo di rigidità ». In arg. anche G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 36 e ss., il quale precisa che « le parti possono certamente determinare nell'ambito di un certo procedimento di formazione del contratto, un significato al loro futuro comportamento ». Molto approfonditamente anche G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, 108 e ss., secondo cui il negozio di configurazione costituisce « l'espressione forse più limpida del potere di privata autonomia; il quale, se in

operazione che, cristallizzata in una determinata fase di sviluppo, rintraccia la disciplina e l'attuazione dell'assetto degli interessi da realizzare nella determinazione in via precettiva effettuata delle parti, che impongono a riguardo atti adempitivi di corrispondenti obblighi¹⁸¹. Quel che caratterizza e contraddistingue la formazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è proprio il negozio di configurazione, sul quale l'intera operazione si impernia, e che riveste il carattere di regolamentazione dell'autonomia privata¹⁸², nella varietà delle sue concrete strutture.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti, inteso quale negozio di configurazione, rintraccia il suo elemento causale, o meglio la caratterizzazione del tipo, proprio nella soluzione negoziale della crisi d'impresa, e cioè nella rimodulazione dei rapporti debitori dell'imprenditore in crisi, capace di scongiurare, almeno potenzialmente, la sua insolvenza, provvedendo ad una riallocazione e distribuzione delle risorse generate, e garantendo, contemporaneamente, il regolare pagamento dei creditori estranei¹⁸³. Questa è dunque la sintesi degli effetti minimi

principio è potere di dettare la disciplina dei propri interessi in via regolamentare, immediatamente producendo quelle modificazioni giuridiche soggettive, che l'ordinamento, sul piano formale riconosce ed attua, non in ciò stesso si esaurisce, altresì comprendendo la facoltà di foggare diversi strumenti di quella disciplina >>. In arg. v. anche A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1963, 223 e ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 138 e ss.

¹⁸¹ G. PALERMO, *op. cit.* 111.

¹⁸² F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 135, precisa che la volontà negoziale, quando è immediatamente operativa sulla situazione giuridica esistente, si traduce, sempre, per sua natura, in disposizione in senso stretto.

¹⁸³ Cfr. D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1200; L. BOGGIO, *Gli accordi di*

salvataggio delle imprese in crisi, Milano, 2007, 115 e ss; M. SCIUTO, *op. cit.*, 343; E. GABRIELLI, *op. cit.*, 1081; F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull'insolvenza dell'impresa*, in *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, a cura di Bonfatti e Censoni, Milano, 2008, 257. Diversamente P. PELLEGRINELLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La legge fallimentare commentata. Linee interpretative e profili operativi dopo gli interventi della riforma*, Milano, 2008, 564, che invece ritiene che l'accordo, consentendo la prevenzione di un procedimento giudiziale qual è il fallimento, abbia dunque natura e causa transattiva. V. anche V. GRECO, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 643, il quale identifica la giustificazione causale degli accordi nel programma dell'imprenditore teso a restituire l'equilibrio finanziario all'organismo produttivo. Particolarmente interessante è la ricostruzione proposta da V. ROPPO, *op. cit.*, 377 e ss., il quale propone due diverse risposte alla questione dell'individuazione della causa degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Secondo una prima impostazione, che viene definita convenzionale, il superamento della crisi, o anche l'eliminazione dell'insolvenza, costituiscono la funzione economico sociale ultima degli accordi, con i quali il debitore da una parte riceve dagli creditori un assetto più vantaggioso delle sue passività ed in cambio consente ai creditori stessi di ingerirsi, in qualche modo, nella gestione della sua impresa. Contemporaneamente il regolare pagamento dei creditori estranei costituirebbe un ulteriore elemento significativo della causa, nella sua accezione oggettiva, degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Viene però proposta una diversa, meno convenzionale e più sofisticata, ricostruzione che individua il fulcro del nesso sinallagmatico nella produzione e la distribuzione delle maggiori risorse generate dalla soluzione negoziale della crisi d'impresa. In altre parole, secondo l'A., il debitore offre ai creditori prima di tutto informazioni circa le caratteristiche e la prospettiva del suo stato di crisi, offrendo loro la possibilità di controllare variamente la gestione dell'impresa, ricevendo in cambio vantaggi di tipo finanziario finalizzati al superamento della crisi e soprattutto la possibilità di conservare un qualche controllo sulla gestione della crisi stessa (anziché esserne

essenziali, quegli effetti ineliminabili affinché quell'accordo esista e sia qualificato in quel determinato modo, senza i quali la fattispecie concreta spezzerebbe l'elastico causale, fuoriuscendo così dallo schema tipologico delineato dall'art. 182 bis. l. fall.¹⁸⁴. Come meglio si vedrà in avanti, infatti, l'accordo di ristrutturazione dei debiti potrà atteggiarsi in varie forme e contenuti, ma dovrà caratterizzarsi, necessariamente, dalla rimodulazione dei rapporti debito-credito tra l'imprenditore in crisi ed i suoi creditori e dalla, quantomeno potenziale, idoneità a liberare risorse per assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. L'esenzione da revocatoria fallimentare degli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo non è, dunque, una semplice previsione legislativa, ma è prova, e conseguenza, della introiezione del regolare pagamento dei creditori non aderenti all'interno degli elementi minimi essenziali della fattispecie prevista dall'art. 182 bis l. fall.

completamente estromesso come nel caso delle procedure concorsuali). Questa gestione privata della crisi d'impresa certamente produrrebbe una quantità di risorse superiore a quella che si creerebbe con la liquidazione dell'attivo in sede concorsuale: l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. provvederebbe, allora, a risolvere il problema della distribuzione delle maggiori risorse prodotte.

¹⁸⁴ Ossia la c.d. minima unità effettuale (secondo l'espressione coniata da R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 48, 64 ss.), intesa quale assetto di interessi minimo affinché un fatto possa integrare gli elementi della fattispecie a cui ricollegare la produzione di determinati effetti. La rilevazione della centralità degli interessi concretamente perseguiti dalle parti nella teoria negoziale si deve a B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, ed è stata sviluppata nella civilistica principalmente da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

La sussistenza di questi elementi è, di per sé, causa ragionevole e sufficiente ad escludere fenomeni donativi e dunque necessità di forme particolari, soprattutto nei casi in cui l'accordo sia composto essenzialmente da elementi remissori da parte dei creditori aderenti, senza dover ricorrere, nonostante il dubbio possa facilmente sorgere, ad una causa esterna per giustificare e sostenere gli eventuali spostamenti patrimoniali. Nonostante, infatti, gli accordi di ristrutturazione si innestino in rapporti obbligatori già in essere, se ne distaccano caratterizzandosi da una piena autonomia causale, come sopra individuata.

La presenza di questo negozio configurativo sta a sottolineare la necessaria unitarietà dell'operazione, in quanto funzionalmente orientata alla realizzazione ed al raggiungimento di quel risultato, il superamento della crisi d'impresa, cui è proteso l'intero regolamento pattizio¹⁸⁵.

Molto verosimilmente, infatti, l'operazione congegnata dall'imprenditore in crisi e dei suoi creditori non verrà integrata da un semplice accordo dilatorio, o da un semplice *pactum ut minus solvatur*¹⁸⁶, o da una novazione, o comunque da un solo accordo che si conclude con un

¹⁸⁵ In questo senso M. SCIUTO, *op. e loc. cit.*; E. GABRIELLI, *op. cit.*, 1088, il quale sottolinea come la conferma dell'unitarietà e dell'unicità dell'operazione << la si può trarre dalla stessa formula legislativa impiegata dalla norma la quale prevede che unico sia l'accordo pubblicato nel registro delle imprese ed unico sia l'accordo omologato >>.

¹⁸⁶ Che è quello schema negoziale, nato nel diritto romano per spingere il chiamato del debitore ad accettare l'eredità (per cui v. *supra* par. 1.7), con il quale il creditore, in sede di esecuzione o in vista della realizzazione del proprio diritto, non avendo fiducia nella integrale esecuzione del suo credito, per ottenere quanto più possibile dal suo debitore, conviene una riduzione della pretesa che, peraltro non è mai stata oggetto di contestazione da parte del debitore stesso.

solo atto, ma dovrà essere seguito da una serie di ulteriori contratti attuativi, ovvero atti esecutivi, necessari al completamento dell'operazione¹⁸⁷, dando luogo a quella che è stata definita una << architettura contrattuale multilivello >>¹⁸⁸.

L'operazione deve pertanto essere guardata nel suo complesso, e soggiace ad una valutazione unitaria perché unica è l'operazione, quanto meno nei suoi profili economici, strutturata mediante la stratificazione di più fasi tra loro funzionalmente collegate.

Ciò significa che, rimanendo l'accordo di ristrutturazione dei debiti un negozio tra privati, la possibilità che si producano degli effetti che in qualche modo coinvolgono anche interessi estranei a quelli dei contraenti passa, necessariamente, nonostante l'innegabile ampliamento dei confini dell'autonomia privata nella materia fallimentare, attraverso l'intervento della valutazione ad opera dell'autorità giudiziaria, in quel delicatissimo equilibrio tra interessi pubblici ed interessi privati che investono la gestione della crisi d'impresa¹⁸⁹.

¹⁸⁷ La stessa prassi sembra confermare questo dato, come ad esempio nell'accordo di ristrutturazione relativo al caso Risanamento/Zunino.

¹⁸⁸ Così V. ROPPO, *op. cit.*, 376 e ss., secondo il quale l'accordo base svolge, rispetto ai contratti a valle, una << funzione di contratto – quadro (nella misura in cui definisce i contenuti contrattuali dei contratti a valle dovranno concordemente assumere), o di contratto preliminare (nella misura in cui obbliga le parti a contrarre secondo quei contenuti) >>.

¹⁸⁹ V. E. GABRIELLI, *op. cit.*, 1087, il quale reputa necessaria, in un'ottica di coerenza del sistema, << la sussistenza di un equilibrato ordinamento tra l'autonomia dei privati ed i poteri del giudice >>. In arg. *supra* par. 1.5.

Resta ora da capire però in che rapporti si pongono le varie fasi del procedimento rispetto all'accordo di configurazione iniziale, ed in particolare la pubblicazione del registro delle imprese e l'omologa da parte del tribunale.

Non sembra possa parlarsi di una fattispecie a formazione progressiva, il cui perfezionamento discende dall'avvenuta integrazione di tutti gli elementi¹⁹⁰, che non risponderebbero alla necessità di tutela un piano di interessi esterni, ma che sarebbero allora imposti dalla natura stessa dell'operazione¹⁹¹. Se così fosse, prima dell'intervenuta omologazione da parte del tribunale, la fattispecie, non essendo integrata nei suoi elementi essenziali, non potrebbe produrre effetti di alcun tipo, ad eccezione dei cd effetti preliminari.

In realtà la fattispecie genetica è perfetta, sin dalla stipulazione dell'accordo, che produce sin da subito i suoi effetti negoziali. I contraenti, infatti, non solo saranno vincolati al consenso prestato, che non è più revocabile, non solo sono obbligati a non impedire la conclusione dell'operazione, non solo hanno il potere di compiere degli atti conservativi, ma, qualora non introducano dei piani di interessi ulteriori mediante l'apposizione di clausole condizionali sono, sin da subito, impegnati all'adempimento delle prestazioni dedotte in obbligazione.

¹⁹⁰ G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, p. 281 ss. e spec. 291 ss.; ID., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, *ivi*, p. 303 ss. e spec. 321 ss; A. ALBANESE, *Il contratto normativo*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996, p. 177 ss.

¹⁹¹ Così A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1979, ora in ristampa anastatica, Napoli, 118.

Ciò significa dunque che, al momento della conclusione del contratto, ciò che non è ancora integralmente concretata è solamente la << fattispecie effettuale >>¹⁹², e cioè il perfezionamento di quel procedimento, come detto composto da più fasi, che consente a un accordo negoziale, dotato di determinate caratteristiche e requisiti, di essere opponibile ai terzi e produrre degli effetti che si riverberano, o meglio potrebbero riverberarsi, nella sfera giuridica di soggetti non partecipanti all'accordo.

La pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, e la sua omologazione, fungono da coelementi integrativi dell'efficacia, perché funzionali alla produzione di determinati effetti legali, *condizione* del loro verificarsi.

È possibile in argomento cogliere una distinzione effettuata da autorevole dottrina¹⁹³ tra effetto negoziale ed effetto finale, identificando con il primo il vincolo giuridico nascente tra le parti con la conclusione del contratto, e con il secondo la situazione finale, l'assetto definitivo degli interessi meritevoli di tutela coinvolti¹⁹⁴.

¹⁹² D. RUBINO, *La compravendita*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1971 e ID., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 56 e ss.

¹⁹³ Ci si riferisce a U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, secondo cui << essenziale al concetto di negozio giuridico è non tanto la immediatezza del rapporto conseguente, quanto la sua forza vincolante, indipendentemente dall'intervento dell'effetto >>. In arg. v. anche D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, 115 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 318 e ss., ora in ristampa, seconda edizione, Napoli, 2008.

¹⁹⁴ In arg. v., autorevolmente, P. RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vigente)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, 772 e ss.

L'omologazione, da parte del tribunale, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti costituisce allora il momento di chiusura del procedimento determinando la produzione degli effetti corrispondenti alla situazione finale; ma l'effetto negoziale, consistente nell'impegnatività del regolamento voluto, si produce sin dal momento del consenso e della conclusione dell'accordo.

Certamente il creditore che contratta con l'imprenditore in crisi ha in mente il procedimento che si conclude con l'omologazione, così come la ristrutturazione del debito viene "concessa" dallo stesso creditore proprio nell'ottica di salvare l'impresa, ma soprattutto in un'ottica di tutela del proprio credito, e di protezione, anche a scapito degli altri creditori, della propria posizione creditoria, in un eventuale successivo fallimento del debitore.

Nonostante la particolare situazione in cui si innesta, insomma, l'accordo di ristrutturazione dei debiti continua ad essere, fondamentalmente, un accordo negoziale relativo alla gestione del rapporto debito – credito, al punto che gli effetti legali particolari sono direttamente dipendenti da un coelemento integrativo esterno quale è l'omologazione.

Essendo pertanto l'accordo di ristrutturazione un negozio completo, nella sua fattispecie genetica, sin dal momento della conclusione del contratto, da quel momento produce i suoi naturali effetti¹⁹⁵.

¹⁹⁵ G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, cit., 1445; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA. VV., *La riforma del diritto fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006, 1098; 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, 498; M. SCIUTO, *op. cit.*, 341; F. INNOCENTI, *op. cit.*, 938. In senso dubitativo G. GIANNELLI, *op. cit.*, 1170, secondo cui

Sarà opportuno allora, qualora le parti vogliano che anche la produzione degli effetti naturali dell'accordo negoziale sia legata alla produzione degli effetti legali ulteriori conseguenti all'omologazione, inserire nel contratto un meccanismo condizionale, capace di attribuire rilevanza a piani di interessi ulteriori, che sospenda l'efficacia dell'intero regolamento pattizio alla sua omologazione¹⁹⁶.

<<vi è da chiedersi se la mancata omologazione possa essere considerata condizione risolutiva dell'accordo anche in assenza di una previsione negoziale in tal senso>>. In senso diverso sembra App. Trieste 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, II, 2008, 297 e ss, secondo cui l'accordo di ristrutturazione non omologato, e quindi non pubblicato, sarebbe improduttivo di effetti negoziali in ogni caso, con nota critica sul punto di D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, ivi, 311.

¹⁹⁶ Così M. SCIUTO, *op. cit.*, 342. F. INNOCENTI, *op. e loc. ult. cit.*, prevede la possibilità che le parti inseriscano nell'accordo una clausola risolutiva espressa: questa opportunità, che certamente rimane nella facoltà delle parti, non sembra sufficiente però a raggiungere gli obiettivi voluti. È vero, infatti, che la clausola risolutiva espressa impedirebbe la produzione di alcun effetto nel caso in cui non si pervenga all'omologazione, ma detta clausola non impedirebbe in alcun modo la produzione degli effetti naturali del contratto in quella fase temporale antecedente l'intervento dell'autorità giudiziaria; né sembra sia necessario ricorrere all'apposizione di una clausola risolutiva espressa, ovvero di una condizione risolutiva, per evitare la richiesta di esecuzione del pagamento da parte del creditore in tutti quei casi in cui oggetto dell'accordo sia un patto de non petendo, ovvero una dilazione della scadenza del debito: in fase di pendenza della condizione infatti il creditore deve comportarsi secondo correttezza e buona fede, e non potrebbe dunque richiedere l'adempimento del debito. Cfr. 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, 828, il quale ritiene sufficiente l'inserimento

Non sembrerebbe possibile ricorrere, invece, all'istituto della presupposizione¹⁹⁷. Tale figura ricorre infatti, almeno nella sua configurazione originale, in tutti quei casi in cui i contraenti esplicitino la volontà che si verifichi l'effetto solo nel caso in cui ricorra una determinata circostanza, determinante nella decisione di concludere l'affare, senza però arrivare a subordinare l'effetto all'evento¹⁹⁸. Attraverso questa trasposizione, allora, si finisce per dare rilievo ad un errore di previsione, traducendosi nella rilevanza di ogni circostanza, non prevista al momento del contratto, ma che se conosciuta avrebbe indotto le parti a non contrattare ovvero a contrattare a condizioni diverse¹⁹⁹. Qualora la circostanza presupposta venga a mancare, la conseguenza non è la nullità ma la risolubilità del contratto. Come appare palese, mediante il ricorso alla presupposizione si sposta tutto sul piano della prova dell'esistenza di un fondamento negoziale comune che potrebbe in realtà anche mancare completamente, essendo

tra le premesse del negozio dispositivo del ricorrere della procedura ed effetti di cui all'art. 182 bis, << affinché sia chiaro alle parti negoziali che l'omologa da parte del tribunale è presupposto in fatto (prima ancora che in diritto) dell'interesse concreto delle stesse (o, almeno, di una di esse, nella specie certamente parte creditrice) dell'assetto di interessi così come si va a comporre nel negozio dispositivo che segue le premesse, appunto >>.

¹⁹⁷ Possibilità adombrata da M. SCIUTO, *op. e loc. ult. cit.* il quale però evidenzia che in concreto non parrebbe l'appiglio più sicuro, soprattutto in chiave probatoria. Lo stesso F. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, suggerisce l'inserimento di una condizione sospensiva proprio << per non doversi addentrare in un giudizio il cui problema portante sia il ricorrere o meno di un'ipotesi di presupposizione >>.

¹⁹⁸ In arg. V. M. BESSONE – A. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, 326 e ss.

¹⁹⁹ V. P. RESCIGNO, *op. cit.*, 788.

la volontà delle parti solamente quello di ristrutturare il debito cercando di scongiurare il pericolo del fallimento. Elemento necessario della presupposizione, che si fonda sul principio della rilevanza del contratto tra le parti *rebus sic stantibus*²⁰⁰, è proprio la rappresentazione dell'evento quale fenomeno certo, il cui verificarsi si presuppone, appunto. Negli accordi di ristrutturazione del debito deve allora ritenersi esclusa la presupposizione, posto che l'omologazione è un atto con cui si esplica l'attività di controllo dell'autorità giudiziaria e dunque per sua natura di esito incerto, non sembra possibile si possa presupporre, o meglio rappresentare come certo, l'evento della omologazione.

Una volta accertata la natura essenzialmente onerosa di un'operazione che, pur conservando la sua unitarietà, assume un aspetto tendenzialmente complesso, appare possibile analizzare con maggiore consapevolezza il profilo strutturale degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Secondo alcuni autori l'istituto in esame può essere inquadrato nella categoria dei contratti plurilaterali con

²⁰⁰ Ci si riferisce, come evidente alla ricostruzione effettuata da R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 163 e ss., ID. *La presupposizione*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, X, Torino, 1982, 339 e ss.; v. anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 940, il quale effettua una differenza tra presupposizione e supposizione (o falsa presupposizione), che si riferisce ad eventi passati o presenti, ancorchè sconosciuti, la cui mancanza incide, probabilmente, sulla validità del contratto stesso ai sensi dell'art. 1418 c.c., visto il vizio genetico che inficia la causa in concreto.

comunione di scopo²⁰¹, e cioè quei contratti in cui le posizioni contrattuali tra i diversi contraenti sono finalizzati al conseguimento di uno scopo comune, di talché, qualora venga meno il vincolo contrattuale di uno dei partecipanti, le posizioni degli altri non vengono intaccate se non qualora il vincolo venuto meno debba ritenersi essenziale rispetto agli stessi altri.

Tale ricostruzione però non convince, per più ordini di ragioni. Innanzitutto, come già visto²⁰², è ben possibile che l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia semplicemente bilaterale, e come tale non plurilaterale, perché interviene tra l'imprenditore in crisi e un solo creditore²⁰³.

Ma ciò che veramente sembra mancare è proprio lo scopo comune al cui conseguimento dovrebbero essere funzionalmente rivolte le posizioni contrattuali coinvolte. È vero infatti che l'unitarietà dell'operazione passa necessariamente per l'individuazione dell'elemento causale nella soluzione della crisi d'impresa, ma ciò non significa che lo scopo delle parti sia comune, perché gli interessi coinvolti continuano ad essere non solo non coincidenti, ma anche tra loro confliggenti. Ciò che interessa al singolo creditore, infatti, continua ad essere la tutela del proprio credito anche, e forse possibilmente, a discapito degli altri creditori; poco importa, insomma, al creditore, una volta individuati gli strumenti di ristrutturazione del debito e

²⁰¹ Così C. PROTO, *op. cit.*, 131 e ss; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 576 e ss; ma v. anche E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., 269; P. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 1999, 826 e ss, il quale evidenzia come gli accordi extragiudiziali siano caratterizzati da uno scopo comune ai contraenti.

²⁰² Vedi *supra* par. 2.1 e 2.2.

²⁰³ Così M. SCIUTO, *op. cit.*, 352.

quindi di tutela, ancorché parziale, del proprio credito, che l'impresa del debitore si salvi o meno²⁰⁴.

Altri autori, invece, enfatizzano il ruolo del singolo accordo raggiunto dal debitore con il singolo creditore e ricostruiscono, pertanto, gli accordi ex art. 182 bis l. fall. come una sommatoria di tanti singoli contratti bilaterali, ciascuno con una propria causa, autonomi gli uni rispetto agli altri²⁰⁵.

Questa ricostruzione ha certamente il pregio di rappresentare con maggiore aderenza alla realtà la negoziazione tra debitore e creditore, che avviene, verosimilmente, in base al differente potere contrattuale di ciascuno. Inoltre inquadrare la fattispecie come mero fascio di negozi bilaterali autonomi assicurerebbe una maggiore fruibilità dell'istituto, prendendo le singole vicende contrattuali insensibili alle altre²⁰⁶.

Nonostante questi aspetti positivi però, ricostruire gli accordi di ristrutturazione dei debiti come la sommatoria di tanti autonomi negozi bilaterali non consente di inquadrare correttamente la fattispecie, che si inserisce, necessariamente, all'interno di una unitaria operazione economica, caratterizzata da una complessa architettura negoziale, ma la cui causa rimane unica, riscontrabile nella

²⁰⁴ In questo senso M. SCIUTO, *op. e loc. ult. cit.* In arg. cfr L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., 128, il quale, definisce << scopo mezzo >> il salvataggio dell'impresa del debitore, differenziandosi dallo << scopo fine >> che sarebbe la tutela del credito.

²⁰⁵ In questo senso G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, 879 e ss.; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la << meno incerta >> via italiana alla << reorganization >>?*, in *Fall.*, 2007, 703 e ss.; F. Innocenti, *op. cit.*, 927.

²⁰⁶ Così F. INNOCENTI, *op. e loc. ult. cit.*

configurazione del complessivo accordo finalizzato alla soluzione della crisi d'impresa.

La giurisprudenza di merito che si è espressa sul punto ha qualificato l'accordo di ristrutturazione dei debiti come un << contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria >>²⁰⁷. Il tribunale di Milano sembra insomma immaginare che l'accordo di ristrutturazione intervenga tra il debitore da una parte e tutti i creditori insieme dall'altra, come parte contraente composta da una pluralità di soggetti. Una tale ricostruzione però sembra da un lato non coprire tutte le ipotesi possibili, come ad esempio il caso in cui l'accordo intervenga tra il debitore ed un unico creditore che rappresenti più della quota fissata dall'art. 182 bis l. fall.²⁰⁸, e dall'altro sembra prevedere la necessità che ogni singola posizione creditoria debba essere non solo conosciuta ma anche approvata da parte di tutti coloro che aderiscono al negozio, e ciò, francamente, appare eccessivo²⁰⁹.

Diversa ancora deve ritenersi la tesi di chi rimanda tutto alle concrete modalità in cui l'accordo è stato concluso dalle parti, che sono libere di stipulare sia un negozio unilaterale con comunione di scopo, sia una pluralità di negozi bilaterali²¹⁰.

²⁰⁷ Così Trib. Milano, 11 gennaio 2007, con nota di R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 136 e ss.; nello stesso senso Trib. Milano, 23 gennaio 2007 (decr.), in *Fall.*, 2007, 701 e ss, con nota di F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la << meno incerta >> via italiana alla << reorganization >>?*, *ivi*, 703 e ss.

²⁰⁸ In questo senso M. SCIUTO, *op. cit.*, 351.

²⁰⁹ Per quanto riguarda la tesi che vede i creditori come una collettività v. *supra* paragrafi 2.1 e 2.2.

²¹⁰ In questo senso S. BONFATTI – P. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 474; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*

La tesi che appare più convincente è però quella che inquadra strutturalmente l'accordo di ristrutturazione dei debiti come un fascio di negozi bilaterali, tra loro funzionalmente collegati; tale connessione fa sì che gli obblighi assunti nelle singole contrattazioni siano tra loro interconnesse e funzionali alla realizzazione dell'unitaria causa negoziale che sorregge l'accordo configurativo, e cioè la soluzione negoziale della crisi d'impresa²¹¹.

L'operazione economica, infatti, nonostante sia costituita da più e diversi negozi, conserva una unitarietà funzionale al raggiungimento dell'effetto finale, quale la rimozione della crisi d'impresa ed il regolare pagamento dei creditori estranei. In altri termini, allora, l'accordo di ristrutturazione dei debiti continua ad essere unico nella sua valutazione giuridica, così che l'omologazione avrà ad oggetto l'accordo nel suo unitario complesso funzionale, e non i singoli accordi atomisticamente considerati²¹².

La ricostruzione del collegamento funzionale fra gli impegni negoziali dedotti nell'accordo di ristrutturazione, infine, sembra quella che riesce a meglio assicurare la sintassi degli interessi coinvolti, quali l'esigenza di tutela dei singoli contraenti e l'esigenza di conservazione dell'accordo, soprattutto se si analizza la situazione dal punto di vista degli effetti patologici. In particolare, il vizio che affetti un singolo vincolo obbligatorio non

dei debiti, cit., 2541; E. GABRIELLI, op. cit., 1088, il quale però precisa che qualora la libera contrattazione delle parti contraenti abbia generato una pluralità di negozi bilaterali, << l'accordo sarà composto da un fascio di negozi diversi quanto al contenuto sostanziale, ma in ogni caso funzionalmente collegati dal comune intento della rimozione dello stato di crisi >>.

²¹¹ In questo senso M. SCIUTO, *op. cit.*, 353 e ss.; ma v. anche V. ROPPO, *op. cit.*, 373

²¹² Così E. GABRIELLI, *op. cit.*, 1089.

sembra, pertanto, sufficiente a provocare la caduta dell'intero accordo, a meno che sia obiettivamente capace di comprometterne le finalità complessive²¹³.

²¹³ Basti pensare ad esempio al caso in cui il consenso di quel singolo creditore sia necessario per raggiungere la soglia di maggioranza del 60% dei creditori, pur essendo tale situazione rilevabile già in sede di opposizione per impedire l'omologazione dell'accordo.

2.4.1 I presupposti: quello soggettivo...

Nella formulazione originaria, delineata dal decreto n. 35 del 2005, l'art.182 bis l. fall. non prevedeva alcun presupposto soggettivo, limitandosi ad utilizzare il termine "debitore" per indicare il soggetto legittimato a richiedere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione (a differenza dell'art. 160 l. fall. che invece prevede che la proposta di concordato preventivo sia effettuata da un "imprenditore"), ponendosi così il problema, almeno in prima battuta, se l'istituto in esame potesse essere o meno utilizzato anche dal debitore civile.

Il decreto correttivo ha dissipato ogni dubbio in materia esplicitando chiaramente che il soggetto legittimato è "l'imprenditore"; in realtà allo stesso risultato era giunta, in via interpretativa, la dottrina praticamente unanime, vista la collocazione dell'istituto all'interno della legge fallimentare²¹⁴ e la stessa disciplina del procedimento.

²¹⁴ Tra gli altri C. PROTO, *op. cit.*, 130; M. FERRO, *Art. 182 bis*, cit., 50; P. MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fall.*, 2006, 102 e ss; ID, *Sub art. 182 bis*, in *Il nuovo fallimento* a cura di Santangeli, Milano, 2006, 781; Valenzise, *op. cit.*, 1089; G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 699 e ss.; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2006, 528. Vedi anche V. ROPPO, *op. cit.*, 370, il quale evidenziava come << almeno tre dati portano agevolmente a ritenere l'insostenibilità della tesi estensiva: il dato sistematico della *sedes materiae*, perché siamo in piena legge fallim. (una legge fallim. che, nonostante

A seguito della riforma, dunque, non vi è più alcun dubbio che possa aspirare all'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti solamente chi sia imprenditore, ed in particolare quello commerciale non piccolo, e pertanto soggetto a fallimento ai sensi dell'articolo 1 l. fall.²¹⁵.

autorevoli e articolate proposte per l'introduzione di una figura di fallimento civile, non ha ritenuto di compiere questo passo); poi il dato testuale del richiamo alla documentazione di cui all'articolo 161, perché se insieme con l'accordo di ristrutturazione deve depositarsi una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economiche e finanziaria dell'impresa, appare evidente che il debito da ristrutturare non può essere se non debito di un imprenditore; infine il dato per così dire teleologico, consistente nella perfetta irrilevanza - dal punto di vista delle conseguenze giuridiche - di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis per avventura concluso da un debitore civile, in quanto gli effetti significativi che scaturiscono dalla sua stipulazione (segnatamente l'esonero dalla revocatoria ex art. 67 comma 3 lett. e) implicano il fallimento del debitore stipulante, e dunque la sua qualità di imprenditore >>.

²¹⁵ Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di Diritto Commerciale* diretto da G. Cottino, Padova, 2008, 164; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 567; L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 50. Di diverso avviso A. CARLI, *op. cit.*, 415 e ss., secondo il quale gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono aperti a tutti gli imprenditori commerciali e perfino agli imprenditori non commerciali. Secondo questo A. il legislatore avrebbe espressamente consentito la possibilità di accesso all'istituto anche alle imprese che non possono fallire né accedere alla procedura concordataria, dovendosi escludere << la possibilità di ricorrere all'analogia e applicare anche agli accordi le limitazioni soggettive di cui all'art. 1 l. fall.; non solo, infatti, non vi è identità di ratio (come sopra si è visto, il fallimento ed il concordato preventivo sono procedure

È possibile chiedersi se l'istituto in esame possa essere utilizzato anche dalla società di fatto che svolga attività commerciale, visto che l'art. 182 bis l. fall. prevede che l'accordo di ristrutturazione dei debiti debba essere iscritto nel registro delle imprese, discendendo dal deposito per l'iscrizione l'efficacia dell'accordo stesso. Secondo parte della dottrina la risposta al quesito discende dall'inquadramento, tra i vari presupposti di applicazione della fattispecie, anche dalla necessaria iscrizione nel registro delle imprese dell'imprenditore che richiede l'omologazione di un accordo di ristrutturazione²¹⁶. In realtà la disciplina delle società di fatto è una disciplina di chiusura del sistema, finalizzata a coprire le ipotesi in cui la qualità di socio, e l'esistenza della società, non siano state esteriorizzate²¹⁷, di talché, una volta provata l'esistenza di una società di fatto, questa può essere esposta al fallimento al pari di ogni imprenditore commerciale. Se così è, allora, è ben possibile sostenere che, una volta riconosciuta l'esistenza di una società di fatto, questa possa ricorrere all'accordo di ristrutturazione dei debiti come soluzione alla sua crisi d'impresa, e tale accordo verrà poi

concorsuali a tutti gli effetti, mentre tali non sono gli accordi di ristrutturazione), ma anche la norma che esenta dal fallimento le imprese commerciali di piccole dimensioni, derogando al principio generale di fallibilità delle imprese, e norma eccezionale insuscettibile di estensione analogica (art. 14 preleggi) >>.

²¹⁶ Cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 165.

²¹⁷ In arg. v. ex multis G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, sesta edizione a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 62 e ss. e mi sia consentito rinviare a D. RESTUCCIA, *Brevi note in tema di fallimento del socio illimitatamente responsabile: questioni superate e problemi ancora aperti*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 103 e ss.

iscritto nel registro delle imprese così come prescrive la legge.

Ci si deve interrogare se all'istituto disciplinato dall'art. 182 bis l. fall. possano ricorrere anche le grandi imprese in crisi, come tale soggette non a fallimento ma ad amministrazione straordinaria. La questione è particolarmente complessa, perché coinvolge interessi molto diversi tra loro, anche di natura pubblicistica, che la normativa speciale tende a comporre con strumenti particolari. A ben guardare però sembra possibile una risposta positiva, proprio in ragione della natura essenzialmente negoziale degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che, come tali, tutelano gli interessi sia dei creditori aderenti all'accordo, ma anche soprattutto quelli dei creditori estranei, cui è garantito il regolare pagamento.

Espresso divieto di legge è invece previsto per le imprese di assicurazione, in relazione alle quali il d. lgs. n. 209 del 2005 (codice delle assicurazioni) prevede all'art. 238 che a dette imprese non si applica la disciplina del titolo III della legge fallimentare, all'interno del quale sono compresi gli accordi ristrutturazione dei debiti, dovendosi invece ricorrere alla liquidazione coatta amministrativa. In realtà potrebbe ritenersi che il divieto sia rivolto alla sola procedura concordataria e, che per gli accordi di ristrutturazione dei debito vi sia un difetto di coordinazione, legato ad un errore del legislatore della riforma fallimentare, che non ha provveduto a modificare la legge sulle assicurazioni in relazione alla novità legislativa dell'art. 182 bis l. fall.²¹⁸ Certo, allo stato dei

²¹⁸ Deve, per la verità, notarsi che il legislatore è intervenuto più volte, nel biennio 2006-2007, sia sulla legge fallimentare che sul codice delle assicurazioni, senza modificare la norma in esame.

fatti, appare difficile negare l'applicabilità del divieto agli accordi di ristrutturazione, stante il rinvio del codice delle assicurazioni all'intero Titolo III.

In assenza di una analoga disposizione in tema di attività bancaria, vi è da chiedersi se anche le banche possano o meno ricorrere agli accordi ristrutturazione dei debiti. Infatti il d. lgs. n. 385 del 1993 (testo unico bancario, t.u.b.) all'articolo 80, co. VI, prevede semplicemente che le banche <<non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta amministrativa>>. Secondo alcuni autori la risposta dovrebbe essere negativa in forza di una simmetria di disciplina tra la crisi delle imprese che operano nel settore finanziario, cosicché le banche, al pari delle assicurazioni, dovrebbero essere escluse sia dal concordato preventivo sia dagli accordi di ristrutturazione²¹⁹.

Tale interpretazione non sembra però convincente. Come sopra chiarito, infatti, gli accordi di ristrutturazione dei debiti non possono essere ricompresi nella categoria delle procedure concorsuali, e, a fronte dell'assenza di un esplicito divieto in tal senso, non sembrano rilevabili elementi che impediscano alle banche di ricorrere a uno strumento, di natura negoziale, che consente la soluzione della crisi mediante la contrattazione con i propri creditori, ferma restando comunque l'integrale pagamento dei creditori estranei. Proprio per la struttura e la natura giuridica degli accordi ex art. 182 bis l. fall. ed il loro inquadramento tra le soluzioni negoziali alla crisi d'impresa (diverse dunque dalle procedure concorsuali), sembra allora possibile sostenere l'ammissibilità del ricorso all'istituto anche da parte delle banche.

²¹⁹ Così F. INNOCENTI, *op. cit.*, 930.

2.4.2 ...e quello oggettivo.

Anche per quanto riguarda il presupposto oggettivo la prima versione dell'art. 182 bis, così come scaturente dalla riforma del 2005, non offriva elementi per individuare le condizioni minime in cui dovesse ritrovarsi il soggetto che volesse far ricorso ad un accordo di ristrutturazione dei debiti. Proprio in forza della mancanza di indicazione di presupposti oggettivi, al contrario di ciò che avveniva in tema di concordato preventivo, parte della dottrina aveva ipotizzato l'astratta utilizzabilità dell'istituto in esame non solo da parte di imprenditori che si trovassero nello stato patologico di non riuscire più a provvedere al pagamento delle proprie esposizioni debitorie, ma anche da parte di imprenditori la cui attività godesse di ottima forma²²⁰. In

²²⁰ In questo senso R. VIVALDI, *Il nuovo concordato*, in G. Federico e R. Vivaldi, *La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*, Rimini, 2005, 163. V. anche S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, in Bonfatti-Censoni, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 275 e ss., secondo cui l'accordo di ristrutturazione potrebbe essere proposto anche quando « nessun inadempimento delle obbligazioni del debitore sia ancora in atto, ma si preveda che giunga un momento nel quale l'impresa non sarà in condizione di fronteggiare il proprio indebitamento. L'istituto si segnalerebbe per esempio all'attenzione dell'imprenditore che avesse già proceduto ad una prima ristrutturazione del suo indebitamento (a breve termine); oppure avesse sostenuto l'impegno finanziario per la effettuazione di una operazione straordinaria di acquisizione (di una società, di una azienda, di una partecipazione azionaria), attraverso l'emissione di un prestito obbligazionario, il cui rimborso alla

realtà, sin da subito, la maggioranza degli autori ha evidenziato come un accordo di ristrutturazione dei debiti possa essere concepito solo in relazione ad un imprenditore che versi in stato di insolvenza o comunque in stato di crisi. È stato infatti rilevato come sia poco verosimile che un imprenditore, pur essendo *in bonis*, si esponga alla pubblicità negativa inevitabilmente connessa alla proposizione di un accordo di ristrutturazione ed evidenziata dall'iscrizione nel Registro delle Imprese²²¹. Si è osservato, inoltre, come l'istituto applicato ad un imprenditore "in buona salute" perderebbe il suo fondamentale senso normativo, e cioè la garanzia dell'immunità dalla revocatoria fallimentare²²². Anzi, proprio per evitare che l'accordo ex art. 182 bis l. fall. potesse essere utilizzato per finalità elusive²²³, doveva ritenersi opportuno il rigetto dell'omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti proposto da imprese non attualmente in crisi²²⁴.

Il decreto correttivo è però intervenuto sul punto al fine di eliminare ogni incertezza, sostituendo al termine "debitore" la dizione "imprenditore in crisi", così che l'istituto disciplinato dall'art. 182 bis l. fall. non può certamente essere utilizzato da un imprenditore che non si

scadenza stabilita (magari neppure prossima) si prevedesse già incerto e problematico >>.

²²¹ G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 379; rilievo condiviso da P. MARANO, *Sub art. 182 bis*, cit., 782, da V. ROPPO, *op. cit.*, 372 e da F. INNOCENTI, *op. cit.*, 931.

²²² Così PROTO, *op. e loc. ult. cit.*

²²³ Evidenziate da V. ROPPO, *op. cit.*, 373.

²²⁴ In arg. v. M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla << reorganisation >>*, in nota a Trib. Bari, decr., 21 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 263 e ss.

trovi in una situazione di difficoltà finanziaria ed economica.

Rimane da capire però a quale concetto di crisi il legislatore abbia fatto riferimento nella norma in esame, ed in particolare se debba intendersi per stato di crisi il mero squilibrio finanziario (c.d. pre-insolvenza), ovvero l'insolvenza vera e propria, ovvero ancora entrambe le ipotesi²²⁵.

L'art. 182 bis l. fall., infatti, usa solo il termine generico "stato di crisi", mentre ai fini dell'ammissione al concordato preventivo l'art. 160 l. fall., ult. co., esplicita che << ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza >>.

Proprio questa diversa disciplina, secondo una ricostruzione, evidenzerebbe una sostanziale differenza tra i due concetti di "stato di crisi" e di "insolvenza", di talché il legislatore avrebbe voluto, omettendo una uguale previsione nell'art. 182 bis l. fall., individuare due diverse nozioni di crisi: << la prima, *expressis verbis* comprensiva sia della cd. pre-insolvenza sia dell'insolvenza, destinata esclusivamente al concordato preventivo; la seconda, avente ad oggetto la pre-insolvenza, relativa ai soli accordi di ristrutturazione>>²²⁶.

²²⁵ In arg. A. VICARI, *I doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società nel diritto statunitense*, in *Riv. Soc.*, 1999, 1244 e ss., il quale precisa che ai sensi del *Bankruptcy Code*, 11 U.S.C. § 101 si ha insolvenza quando l'ammontare delle obbligazioni supera il netto patrimoniale valutato secondo un criterio di *market fairness*, mentre, secondo la giurisprudenza statunitense, si ha pre-insolvenza <<quando essa, pur mantenendo un netto attivo, si trova in una situazione di difficoltà finanziaria e non riesce a far regolarmente fronte alle proprie obbligazioni>>.

²²⁶ Così A. CARLI, *op. cit.*, 416.

Secondo questa ricostruzione insomma l'impresa che si trovi già in uno stato di insolvenza non potrebbe accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, visto che tale istituto riguarderebbe situazioni diverse da quelle cui fanno riferimento le procedure concorsuali.

In realtà il concetto di crisi rilevante ai fini di cui all'art. 182 bis l. fall. deve essere inteso in senso ampio, comprensivo sia dell'insolvenza che della pre-insolvenza²²⁷, in quanto fenomeno non ontologicamente diverso dall'insolvenza ma che la ricomprende in un rapporto di genere a specie²²⁸. Ciò non solo in forza di una, seppur possibile, applicazione analogica della disciplina in tema di concordato preventivo, ma soprattutto perché, come sopra evidenziato, la riforma in materia fallimentare ha elaborato delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa diverse ed alternative alle procedure concorsuali. Non si comprenderebbe allora, in assenza di

²²⁷ In questo senso anche S. AMBROSINI, *op. e loc. ult. cit.*; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, 898 e ss.; F. INNOCENTI, *op. e loc. ult. cit.* e nota 29, la quale evidenzia come anche altri interventi legislativi vadano in questo senso, come il d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122 in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, in cui la crisi d'impresa è parificata alle situazioni di sovraindebitamento e di non solidità finanziaria.

²²⁸ Per una disamina del concetto di crisi v. S. ROSSI, *Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento*, Milano, 2003, 44 e ss.; L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra economia e diritto*, loc. cit.; G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacità patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 547 e ss.; N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, 216 e ss.; in giurisprudenza v. Trib. Sulmona, 14 novembre 2005, in *Fall.*, 2005, 793 e ss.; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fall.*, 2006, 58 e ss.; Trib. Milano, 7 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 51 e ss.; Trib. Bari, 21 novembre 2005, cit.; Trib. Sulmona 14 novembre 2006, in *Fall.*, 2006, 109 e ss.

alcun divieto di legge in tal senso²²⁹, il motivo per cui impedire ad una impresa che, pur essendo già decotta, conservi una capacità contrattuale tale da concludere un accordo di ristrutturazione dei debiti con una percentuale rilevante dei propri creditori. Come più volte evidenziato, infatti, la fattispecie prevista dall'art. 182 bis, è caratterizzata da un contenuto tendenzialmente libero, in cui la molteplicità degli interessi coinvolti viene tutelata dall'intervento dall'autorità giudiziaria e dal necessario regolare pagamento dei creditori non aderenti. Sarà possibile allora che l'accordo di ristrutturazione non sia finalizzato al salvataggio dell'impresa ed al suo recupero ma semplicemente alla cessazione ed alla liquidazione dell'attività²³⁰.

Appare opportuno inoltre evidenziare come lo stato di crisi debba necessariamente essere oggetto di verifica da parte dell'autorità giudiziaria, dovendo essere considerato come una condizione di ammissibilità e, pertanto, di procedibilità degli accordi di ristrutturazione²³¹.

Questione di particolare rilevanza pratica è, invece, l'individuazione del momento in cui decorre il cd. periodo sospetto ai fini della revocatoria fallimentare di cui all'art. 767 l. fall., in una ipotesi, certamente possibile, di

²²⁹ Evidenzia questo elemento E. GABRIELLI, *op. cit.*, 1077.

²³⁰ Ipotesi considerata residuale ma possibile da F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull'insolvenza dell'impresa*, in *La nuova Legge fallimentare rivista e corretta*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2007, 254.

²³¹ In questo senso E. GABRIELLI, *op. cit.*, 1077. In senso contrario, ma prima del decreto correttivo, G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, I, 918 e ss; G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 954.

continuità tra accordo di ristrutturazione dei debiti ed eventuale consecutivo fallimento. Ci si deve porre, infatti, il problema se, qualora l'accordo ex art. 182 bis l. fall. sia stato stipulato da una impresa già insolvente, si possa ricorrere alla retrodatazione del periodo sospetto alla data di conclusione del contratto, posto che già a tale data era sussistente lo stato di insolvenza²³².

In realtà, come sopra evidenziato, gli accordi di ristrutturazione dei debiti non possono essere considerati una procedura concorsuale e pertanto non sembra possibile ipotizzare una continuità tra accordi e fallimento²³³. La retrodatazione del periodo sospetto non appare dunque compatibile con la struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti, visto che in tale fattispecie l'imprenditore non subisce alcuno spossessamento e visto che i creditori non aderenti, salva la finestra temporale di cui al terzo ed al sesto comma dell'art. 162 l. fall., possono continuare ad esercitare le azioni a tutela dei propri diritti²³⁴.

²³² La questione si è posta, con risposta affermativa, in tema di concordato preventivo, per cui v. G. B. NARDECCHIA, voce *Concordato preventivo*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006, 49. La giurisprudenza di legittimità ha sempre sostenuto la retrodatazione del periodo sospetto al momento del deposito del decreto di ammissione al concordato preventivo, per cui v., Cass., 30 luglio 2004, n. 14645, in *Fall.*, 2005, 511 e ss.

²³³ Cosa invece possibile tra concordato preventivo e fallimento, vista le analogie strutturali e funzionali tra le due procedure.

²³⁴ Così L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal decreto competitività*, cit., 52 e ss., il quale evidenzia anche la difficoltà di individuare, in relazione agli accordi di ristrutturazione dei debiti, il *dies ad quem*. Nello stesso senso anche M. FERRO, voce *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Le insinuazioni al passivo*, cit., 179.

2.5 La rilevanza della fase delle trattative. Il nuovo comma VI dell'art. 182 bis l. fall.

Il legislatore, con il d.l. 78/2010 ha dato risposta alle esigenze, manifestate in più occasioni dagli operatori giuridici²³⁵, introducendo un sistema di protezione del patrimonio del debitore da azioni esecutive e cautelari che può trovare applicazione sin dalla fase delle trattative con il ceto creditorio. In tale periodo, infatti, l'imprenditore in crisi è maggiormente esposto ad iniziative di creditori, anche molto piccoli, che potrebbero mettere in pericolo accordi molto seri e complessi che, ovviamente, necessitano di un periodo di contrattazione molto lungo²³⁶. Certo non si è permesso che la produzione di un effetto così importante, capace di influire sulla procedibilità di

²³⁵ S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 168; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 404; N. NISIVOCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 101 e ss.

²³⁶ Secondo la stessa relazione di accompagnamento, infatti, << la prassi applicativa evidenzia come momento cruciale e critico sia anche quello delle trattative, nel corso delle quali e' del pari importante eliminare eventuali azioni di disturbo e consentire alle parti in trattativa di fotografare con certezza i beni patrimoniali dell'impresa per determinare le misure concretamente realizzabili per la ristrutturazione dei debiti. La norma proposta mira a garantire la sospensione delle azioni esecutive e cautelari in corso anche durante le trattative, preservando al contempo i diritti dei creditori estranei, atteso che la predetta sospensione e' decisa dal giudice all'esito di un'udienza alla quale sono chiamati a partecipare tutti i creditori>>.

azioni normalmente spettanti ai creditori terzi, alla sola autonomia privata. La norma infatti precisa che il debitore, può solo richiedere, anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo, che gli venga concesso l'ombrello protettivo. Ancora una volta il legislatore è cosciente che la crisi d'impresa non può essere interamente affidata alla gestione negoziale o a meccanismi automatici, soprattutto qualora la soluzione della crisi passa per la produzione di effetti anche nelle sfere giuridiche di terzi estranei.

Il debitore, infatti, dovrà depositare presso il tribunale:

- la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma;
- una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti;
- una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la sussistenza delle condizioni per assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

L'istanza di sospensione con la quale l'imprenditore in crisi domanda che vengano bloccate le azioni esecutive e cautelari deve essere pubblicata nel registro delle imprese.

Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza nel registro delle imprese, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa.

Come è facile osservare in questo caso il legislatore esplicita che la forma della pubblicità dell'istanza nel registro delle imprese è quella del deposito.

La norma prevede poi un articolato procedimento, nel corso del quale il giudice, nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti e 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, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive.

È evidente che il controllo effettuato in questa sede dal giudice è diverso da quello effettuato in sede di omologa, perché diverso è il presupposto e diversa è la finalità. Qui l'attività del giudice è di verificare la serietà delle trattative, al fine di evitare che si ricorra a tale strumento solo per prendere tempo, inibendo così azioni legittimamente spettanti a terzi estranei. Tale effetto protettivo deve insomma essere riconosciuto solo quando sia effettivamente strumentale alla conclusione di un accordo e miri ad evitare non l'azione esecutiva o cautelare in sé, ma che questa azione ponga in pericolo la conclusione dell'accordo di ristrutturazione di debiti.

Per tali ragioni inoltre è previsto che il giudice assegni un termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma dell'art. 182 bis l. fall.

Il decreto con il quale il giudice dispone il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive è reclamabile.

A seguito del deposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano

applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma dell'art. 182 bis l. fall.²³⁷

²³⁷ Per cui v. *infra sub* par. 3.2.

2.6 Il contenuto degli accordi di ristrutturazione.

Come sopra evidenziato gli accordi di ristrutturazione dei debiti rintracciano il proprio elemento causale nella rimodulazione dei rapporti debito-credito tra l'imprenditore in crisi ed i propri creditori e nella capacità di tale operazione di generare risorse tali da garantire il regolare pagamento dei creditori estranei. Se questi sono gli elementi minimi essenziali, significa che il contenuto del piano di ristrutturazione sia tendenzialmente libero e demandato alla piena autonomia contrattuale, che potrà pertanto ridelineare come meglio crede i rapporti tra l'imprenditore ed i suoi creditori. Molto verosimilmente gli accordi di ristrutturazione configureranno un progetto composto da più fasi ed operazioni, che le parti coinvolte possono liberamente elaborare, anche, ma non necessariamente, in ragione dell'esistenza di cause legittime di prelazione. Anzi proprio questo sembra essere un elemento caratterizzante la natura economica della fattispecie in esame, visto che l'accordo di ristrutturazione potrebbe prescindere dal trattamento giuridico riservato ai singoli creditori partecipanti, che il trattamento dei creditori aderenti al patto non necessita del rispetto della regola della par condicio²³⁸, e che l'alternativa liquidatoria

²³⁸ Così S. AMBROSINI, *op. e loc. ult. cit.*, il quale evidenzia come da ciò discenda che << non solo debbono essere soddisfatti integralmente i creditori chirografari estranei all'accordo mentre possono subire decurtazioni delle loro pretese i creditori privilegiati che vi aderiscono, ma anche che non deve osservarsi alcun ordine prestabilito, né relativamente alla graduazione delle

rileva solo sulla scelta economica dei creditori di aderire o meno al progetto di ristrutturazione, non dovendo l'eventuale surplus di valore essere equamente distribuito tra i creditori²³⁹.

Il concetto di ristrutturazione dei debiti deve essere inteso in senso ampio, come rimodulazione dei rapporti debito-credito. L'accordo di ristrutturazione dunque potrà prevedere un intervento diretto sui debiti, mediante l'utilizzo di schemi dilatori, di remissioni totali o parziali agli interessi o ad una parte del capitale²⁴⁰, di pagamenti parziali, di mutamenti delle scansioni temporali del rimborso, di strumenti di assunzione del debito altrui²⁴¹,

cause di prelazione, nè riguardo alla preferenza per i creditori muniti di privilegio. Può così accadere che un creditore privilegiato più arrendevole venga trattato in maniera deteriore rispetto ad uno chirografario che si mostri recalcitrante ad aderire all'accordo, o che il credito di un artigiano fornitore dell'impresa debitrice venga pagato in percentuale superiore al credito di un dirigente dell'impresa medesima ove quest'ultimo si mostri più sensibile del primo alle esigenze della ristrutturazione >>. In arg. V. anche L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., 149 e ss.

²³⁹ In questo senso V. ROPPO, *op. cit.*, 379 e ss; M. SCIUTO, *op. cit.*, 347.

²⁴⁰ Molto probabilmente l'accordo conterrà spesso una pattuizione riconducibile allo schema del *pactum ut minus solvatur*, con il quale le parti non si fanno né reciproche concessioni (non partendo da una situazione contestata o di lite potenziale sull'entità del credito) né hanno alcuna intenzione di ipotizzare delle liberalità ma semplicemente il creditore, in forza di una valutazione utilitaristica, per ottenere quanto più possibile da un debitore in crisi, riduce la propria pretesa, considerando che tale riduzione consenta l'adempimento da parte del debitore.

²⁴¹ Per cui si rimanda all'ampia e approfondita analisi di U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di Diritto Civile*

ovvero potrà prevedere obblighi di tipo processuale, come ad esempio l'astensione dell'attivazione di procedure esecutive individuali²⁴², ovvero ancora potrà prevedere l'emissione di nuovi titoli di debito finalizzati a sostituire quelli originari²⁴³ o delle vere e proprie cartolarizzazioni²⁴⁴, l'istituzione di un *trust*²⁴⁵, ovvero il ricorso a complesse operazioni societarie, magari mediante la conversione del capitale di credito in capitale di rischio²⁴⁶. È da ritenere ammissibile, ancorché molto

e Commerciale già diretto da A.Cicu e F.Messineo, L.Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2009.

²⁴² Sull'analisi della configurabilità di un *pactum de non petendo* negli accordi di ristrutturazione dei debiti v. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 118 e ss.

²⁴³ Prevede questa opzione S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 165

²⁴⁴ In arg. M. CARUSO, *Appunti in tema di diritto fallimentare e operazioni di <<securization>>*, in *Fall.*, 2006, 893 e ss.

²⁴⁵ In arg. v. L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis legge fallimentare*, in *Fall.*, 2007, 595 e ss.; D. ZANCHI, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182-bis L.F.*, in *Trusts*, 2008, 155 e ss. In realtà i dubbi applicativi di tale soluzione sono legati al sistema di protezione e tutela che tale istituto riceve in generale nel nostro ordinamento, piuttosto che alla utilizzazione nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

²⁴⁶ Per una attenta disamina delle possibili operazioni societarie concretamente realizzabili v. F. GUERRERA E M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di <<riorganizzazione >>*, in *Riv. Soc.*, 2008, 22 e ss. e l'attenta indagine, anche sul piano comparatistico, di F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, 99 ss. V. anche G. PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2009, 1092 ss.

probabile, infine, che oggetto dell'accordo di ristrutturazione sia anche la previsione di alcune modalità operative di gestione della crisi, mediante l'individuazione di vincoli, o regole, anche per la gestione dell'impresa, quali ad esempio l'assunzione di obblighi di informazione o di consultazione dei creditori prima di assumere determinate decisioni aziendali²⁴⁷, ovvero la rinegoziazione di alcuni contratti, fino a spingersi anche ad obblighi di cessione di beni sociali a creditori o a terzi²⁴⁸, la dismissione di alcuni *assets* aziendali, o una diversa gestione del personale o degli organismi di *governance* societaria²⁴⁹.

Resta però da capire se l'accordo possa avere contenuto anche liquidatorio²⁵⁰. La soluzione del problema si ritiene possa essere positiva²⁵¹, proprio partendo dall'indagine

²⁴⁷ Così V. ROPPO, *op. cit.*, 376.

²⁴⁸ In questo senso E. GABRIELLI, *op. cit.*, 1085.

²⁴⁹ Concordano V. ROPPO, *op. e loc. ult. cit.*; E. GABRIELLI, *op. e loc. ult. cit.*; in senso dubitativo M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziale delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 598 e F. INNOCENTI, *op. cit.*, 928.

²⁵⁰ In senso contrario G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, *cit.*, 1452; P. MARANO, *op. cit.*, 102 e ss.

²⁵¹ In questo senso V. ROPPO, *op. e loc. ult. cit.*; E. GABRIELLI, *op. e loc. ult. cit.*; in giurisprudenza v. Trib. Roma, 20 maggio 2010 (decr.), in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2238.php>, secondo cui « dal momento che l'accordo di ristrutturazione deve essere tale da garantire il pagamento regolare dei creditori estranei, può ipotizzarsi la autosufficienza dell'accordo nel solo caso di ristrutturazione con finalità di liquidazione dell'impresa, perché in questa ipotesi l'attività di impresa cessa o viene ceduta a terzi, e quindi occorrerà solo dimostrare che le risorse messe a disposizione siano realmente disponibili nonché sufficienti a

degli elementi tipizzanti sopra effettuata. In particolare non si rintracciano motivi per negare l'ammissibilità di un accordo di ristrutturazione dei debiti in tutte quelle ipotesi in cui gli atti dismissivi siano prodromici ad una riorganizzazione dell'assetto societario, mediante una riallocazione più efficace delle risorse produttive. La soluzione negoziale della crisi d'impresa potrebbe inoltre divenire uno strumento di condivisione del progetto con i propri creditori, e ad esempio, qualora si innesti proprio nella fase liquidatoria, finalizzato a consentire una successiva e più agevole conclusione²⁵².

D'altro canto la tutela dei creditori non aderenti è la massima possibile, posto che l'accordo deve necessariamente prevedere la produzione di risorse tali da garantire il loro regolare pagamento e che tale idoneità, come meglio infra specificato, è oggetto di accertamento da parte del giudice in sede di omologa, quantomeno per il tramite della relazione del professionista²⁵³.

pagare i creditori, nella misura e nei tempi concordati nel caso degli aderenti al piano, per intero ed alla scadenza nel caso degli estranei >>.

²⁵² Così G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., 889.

²⁵³ In arg. v. ancora Trib Roma 20 maggio 2010, cit., dove viene esplicitato che il pagamento dei creditori estranei deve essere assicurato perché l'intera operazione possa essere considerata attuabile, ponendo al centro dell'analisi la relazione del professionista che attesti la fattibilità dell'accordo con particolare riferimento alla possibilità di pagare per intero ed alle scadenze i creditori non aderenti. Il Trib., inoltre, più volte evidenzia la necessità di un piano che indichi la causa della crisi finanziaria e/o economica e di rimedi che si intendono attuare per evitare che l'impresa si trovi nella stessa situazione. V. anche App. Roma 1 giugno 2010, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2246.php>, secondo cui << l'accertamento che il Tribunale deve svolgere nella fase di

La possibilità di un allargamento dei margini di operatività e di applicabilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti passa, infatti, necessariamente dal riconoscimento di un ruolo incisivo e determinante del giudice in sede di omologa dell'accordo. Ciò non comporterà infatti un arretramento della tutela degli interessi privatistici coinvolti, ma semplicemente una diversa distribuzione della protezione degli interessi meritevoli di tutela.

Resta da capire, infine, se gli accordi di ristrutturazione dei debiti debbano o meno prevedere una falcidia che colpisca allo stesso modo tutti i creditori aderenti²⁵⁴. Certo se si riconducesse l'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis. l. fall. al concordato preventivo ovvero, in generale, alle procedure concorsuali una tale ricostruzione potrebbe essere sostenuta, ma, come sopra specificato, gli accordi di ristrutturazione conservano la loro natura negoziale, nonostante la previsione dell'intervento omologatorio del giudice.

La volontà negoziale insomma può certamente spingersi sino a decidere una falcidia diversa per i creditori partecipanti all'accordo, così come sarebbe possibile che un creditore privilegiato subisca un trattamento deteriore rispetto ad un creditore chirografario.

Anzi vi è da immaginare che siano proprio i creditori privilegiati, generalmente soggetti istituzionali come le banche, quelli che concretamente hanno più interesse ad

omologazione costituisce un controllo di legittimità teso a verificare il rispetto delle condizioni di omologazione>>, tra cui anche << l'attuabilità dell'accordo attraverso la verifica della relazione del professionista al fine di accertare che l'accordo assicuri il regolare pagamento dei creditori che non vi hanno preso parte >>.

²⁵⁴ In senso positivo C. PROTO, *op. cit.*, 129; in senso negativo S. AMBROSINI, *op. e loc. ult. cit.*

una soluzione negoziale della crisi d'impresa, che si sviluppi in tempi rapidi e consenta una rapida ripresa dell'attività e della capacità produttiva dell'impresa in crisi. In tale circostanza appare probabile che l'ente creditizio, nonostante la causa di prelazione, rinunci ad una fetta più consistente del proprio credito, mentre il piccolo creditore chirografario, presumibilmente, rimarrà estraneo all'accordo – conservando così il diritto al regolare pagamento del suo intero credito – ovvero parteciperà all'accordo di ristrutturazione solo se il piano preveda per lui una falciatura di scarsa entità o una semplice dilazione.

2.7 La forma degli accordi.

L'art. 182 bis 1. fall, anche nella sua nuova formulazione²⁵⁵, non prevede una determinata forma *ad substantiam* ma, nonostante ciò, si ritiene generalmente la forma scritta empiricamente necessaria, visto che l'accordo di ristrutturazione, perché possa integrare il procedimento e raggiungere gli effetti previsti da tale norma, deve essere depositato presso il Registro delle Imprese²⁵⁶.

²⁵⁵ Vi è infatti da segnalare che a fronte del Decreto correttivo del 2007 non è più previsto espressamente il deposito dell'accordo presso il giudice dell'omologa, ma le esigenze alla base delle dominanti impostazioni ricostruttive permangono integralmente. In arg. V. L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, cit., 53 e ss.

²⁵⁶ La stessa giurisprudenza che si è occupata di accordi di ristrutturazione dei debiti, tutte le volte che si è interessata alla questione si è espressa in tal senso, v. Trib. Bari, 21 novembre 2005, cit.; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 669. In dottrina C. PROTO, op. cit., 132; G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 674; L. JEANTET, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 219; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 169, V. ROPPO, op. cit., 374; L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, cit., 54, il quale parla di una << previsione implicita di forma *ad probationem* giustificata dall'esigenza di aver certezza del contenuto delle dichiarazioni negoziali delle parti, sia ai fini della conoscenza delle stesse da parte dei terzi (attraverso lo strumento pubblicitario), sia ai fini della eliminazione di ogni possibilità di equivoco riguardo al contenuto di quanto omologato dal giudice, posta la necessità di verificare – in occasione di eventuali azioni revocatorie – la

Certo la forma scritta deve riguardare il negozio configurativo ed è alla formazione di tale atto che deve guardarsi per individuare il momento di conclusione dell'accordo di ristrutturazione, anche nel caso in cui sia prevista una complessa attività negoziale che coinvolge più soggetti²⁵⁷.

Vi è da chiedersi però se l'accordo di ristrutturazione dei debiti debba essere anche autenticato nelle sottoscrizioni da parte di un notaio, vista la supposta << necessità insopprimibile di valorizzare la genuinità della manifestazione della volontà dei creditori unitamente al momento della successiva pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese >>²⁵⁸.

Tale ricostruzione, sostenuta anche in dottrina²⁵⁹, si fonda sulla necessità di garantire l'autenticità delle sottoscrizioni

sussistenza del requisito della natura esecutiva dell'accordo di ristrutturazione dell'atto revocando>>.

²⁵⁷ In arg. v. G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 576 e ss; G. FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 783; M. SCIUTO, *op. cit.*, 345 e ss.

²⁵⁸ Così, testualmente, Trib. Bari 21 novembre 2005, cit. Gli stessi Registri delle imprese, per la verità, non sembrano aver adottato un atteggiamento unanime, differenziandosi da luogo in luogo. Ne dà conto L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, *loc. ult. cit.*, nota 28.

²⁵⁹ Per cui v. M. FERRO, voce *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 171; P. MARANO, *op. cit.*, 774; G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 674; G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fall.*, 2006, 174; M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 382.

e la provenienza degli obblighi al fine di assicurare l'effettivo raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 182 bis l. fall.

La tesi non sembra però del tutto sufficiente a giustificare la necessaria autentica, non tanto per gli inconvenienti pratici e per gli eventuali costi accessori²⁶⁰, ma soprattutto perché non vi è nessuna previsione legislativa che imponga l'intervento del notaio²⁶¹.

La necessità dell'intervento notarile ai fini dell'autentica delle sottoscrizioni potrebbe, però, essere fatta discendere dal Regolamento di attuazione in materia di istituzione del

²⁶⁰ È stato rilevato come il necessario intervento del notaio produca un ostacolo pressoché insormontabile all'omologazione dell'accordo o comunque una formalità poco funzionale ad una sollecita conclusione dell'accordo, visto che, presumibilmente, i rapporti tra creditori ed imprenditore in crisi non sono distesi; in questo senso L. BOGGIO, *op. ult. cit.*, 55, nota 32 e G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, cit., 174. L'argomento non sembra però rilevante non solo sul piano giuridico ma anche in una visione concreta della realtà pratica. Dal notaio potrebbe, infatti, andare singolarmente ciascun contraente per la conclusione non contestuale del contratto, ma non bisogna dimenticare che l'accordo di ristrutturazione risponde ad interessi economici e viene concluso non da anime pie ma da soggetti economicamente interessati e disposti a fare quanto necessario alla soddisfazione di tali esigenze. Né sembra possa essere di ostacolo l'eventuale spesa per gli onorari notarili (per cui v. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit. 170) che, quando l'attività si limita all'autentica delle firme, sono molto contenuti e comunque irrilevanti, anche nel caso in cui i creditori siano numerosi, posto che probabilmente, come sopra sostenuto, gli accordi di ristrutturazione sono destinati a trovare applicazione soprattutto a crisi di ragguardevole dimensione.

²⁶¹ In questo senso G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, 589.

registro delle imprese (DPR n. 581 del 7 dicembre 1995) che prevede, all'art. 11 co. IV, l'autentica quale elemento necessario ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese. L'art. 182 bis l. fall., però, non esplicita in quale forma debba essere integrata la pubblicazione nel registro delle imprese ed in particolare se si tratti di iscrizione o deposito²⁶². Tale imprecisione, per la verità più volte riscontrabile nel nostro ordinamento²⁶³, impone all'interprete di capire a quale dei due tipi di pubblicazione esistenti, così come enunciato dall'art. 2448 cod. civ.²⁶⁴,

²⁶² Per questa seconda modalità l'art. 14 del DPR n. 581 del 7 dicembre 1995 non fa riferimento alla necessaria preventiva autentica delle sottoscrizioni.

²⁶³ Trovane ampia e dettagliata, ancorché non completa, casistica in L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, cit., 56, nota 36.

²⁶⁴ La norma è la riproduzione dell'art. 2457-ter, norma che era interamente modificata dall'art. 33, 2° comma della legge 24 novembre 2000, n. 340, recante disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi. Quest'ultima legge aveva già provveduto ad abrogare l'art. 2457-bis del codice, il quale prevedeva la pubblicazione delle delibere modificative nel Bollettino della società per azioni e a responsabilità limitata e nella Gazzetta Ufficia della Repubblica. Quest'ultimo articolo era rimasto formalmente in essere, perché non abrogato espressamente, nonostante la legge 7 agosto 1997, n. 266 (art. 29) avesse stabilito che "a decorrere dal 1 ottobre 1997, l'obbligo di pubblicazione degli atti e dei fatti per i quali la legge prevede la pubblicazione nel Bollettino ufficiale delle società per azioni e a responsabilità limitata o nel Bollettino ufficiale delle società cooperative, è assolto con l'iscrizione o il deposito nel registro delle imprese" e avesse specificato che "gli effetti della pubblicazione di cui all'articolo 2457-ter del codice civile decorrono dalla data di iscrizione o di deposito nel registro delle imprese".

gli accordi di ristrutturazione siano soggetti, visto che da tale pubblicazione acquistano efficacia.

Secondo una prima ricostruzione la pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti dovrebbe essere ricondotta all'istituto del deposito nel Registro delle Imprese, e dunque senza autentica delle sottoscrizioni, in quanto sufficiente a garantire una adeguata tutela degli interessi dei creditori estranei²⁶⁵. Secondo tale tesi, insomma, posto che il legislatore si preoccupa soprattutto della soluzione di fatto prodotta dall'atto e non delle modalità di realizzazione, l'imposizione dell'iscrizione dell'accordo sarebbe eccedente rispetto alle esigenze concrete, visto che le esigenze di tutela dei terzi sarebbero soddisfatte dall'intervento omologatorio del Tribunale, che deve assicurarsi circa il regolare pagamento dei creditori estranei²⁶⁶.

Tale ricostruzione non sembra però convincente proprio nel suo assunto iniziale: ai creditori estranei non interessa solo il fatto storico della conclusione dell'accordo di

²⁶⁵ Così L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, cit., 55 e ss.

²⁶⁶ Ancora L. BOGGIO, *op. e loc. ult. cit.*, il quale, in nota 47, sostiene << che il legislatore avrebbe ritenuto l'atto oggetto di deposito avere rilievo per il terzo, destinatario della pubblicità, per il solo fatto di essere stipulato, a prescindere delle attribuzioni patrimoniali che in esso in concreto può contenere, ammesso che effettivamente le contenga >>. Lo stesso A., inoltre sottolinea come vi siano nel nostro ordinamento casi in cui il deposito abbia una efficacia costitutiva, ma che tali ipotesi non siano, secondo la dottrina, "di regola" (così G. MARASÀ in G. Marasà – C. Ibba, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, 166) e che non subiscano eccezioni (P. ABBADESSA – F. GUERRERA, *Pubblicità degli atti societari*, in *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G. F. Campobasso, Milano, tomo I, 2003, 223).

ristrutturazione, ma interessa anche e soprattutto il suo contenuto. In relazione infatti al contenuto i creditori non aderenti decideranno se proporre o meno opposizione, ed il termine di trenta giorni previsto dall'art. 182 bis, co. IV, l. fall. decorre proprio dalla pubblicazione nel Registro delle imprese. Inoltre, qualora siano state radicate delle opposizioni, l'intervento di controllo del Tribunale assume dimensioni e profondità maggiori, in maniera da poter valutare concretamente le doglianze argomentate dai creditori oppositori²⁶⁷. D'altro canto, se fosse stato ritenuto sufficiente il solo controllo in sede di omologa, non si sarebbe previsto il diritto di opposizione dei creditori non aderenti.

In realtà, allora, sembra possibile ritenere che la pubblicazione nel Registro delle imprese cui fa riferimento l'art. 182 bis, co. IV, l. fall., sia da intendersi come iscrizione²⁶⁸, posto che la legge ricollega a tale pubblicità una serie di effetti legali, non supportabili da un mero deposito.

Sembra inoltre possibile poi sostenere che tale iscrizione abbia anche valenza costitutiva degli effetti legali individuati dalla norma in esame²⁶⁹; pur essendo infatti

²⁶⁷ In questo senso anche il decreto di omologa dell'accordo di ristrutturazione del debito del gruppo Zunino/Risanamento, Trib. Milano, 15 ottobre 2009, cit.

²⁶⁸ Così anche G. U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 581; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 136; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 342.

²⁶⁹ Così anche M. SCIUTO, *op. e loc. ult. cit.*, secondo cui si dovrebbe parlare di efficacia << “normativa”, in quanto quegli effetti non costituiscono di materia negoziale, non appartengono cioè al regolamento pattizio, essendo piuttosto una conseguenza legale della iscrizione-omologazione>>

l'accordo negoziale perfetto nella sua fattispecie genetica sin dalla conclusione del contratto, la produzione degli effetti legali (quali il blocco delle azioni esecutive individuali) discende in via di consecuzione alla verifica di una fase del procedimento, quale è l'iscrizione dell'accordo nel Registro delle imprese²⁷⁰.

Sembra allora possibile, proprio in forza della valutazione che la pubblicazione sia da ricondurre alla forma dell'iscrizione nel Registro delle imprese, e visto che possono essere iscritti solo gli atti autenticati nelle firme, affermare la necessità dell'intervento notarile in funzione di autentica delle sottoscrizioni²⁷¹.

²⁷⁰ L'iscrizione, insomma, svolge un ruolo diverso e maggiore dalla semplice conoscibilità e opponibilità dell'atto nei confronti dei terzi, caratteristiche della pubblicità con efficacia dichiarativa, che risponde alle esigenze di informazione, alla certezza dei traffici giuridici ed alla snellezza dei rapporti commerciali.

²⁷¹ In arg. v. il dibattito sorto in relazione alla disciplina sui soggetti legittimati alla trasmissione degli atti al registro delle imprese in via telematica e a quella che attribuisce determinate funzioni ai commercialisti.

2.8 La relazione dell'esperto.

La nuova formulazione dell'articolo 182 bis l. Fall. sembra aver risolto il dibattito, sorto in dottrina nel primo periodo successivo alla riforma del diritto fallimentare, circa il professionista che deve redigere la relazione. L'originaria formulazione, infatti, si limitava a prevedere che detta relazione fosse effettuata da un "esperto", senza fornire ulteriori indicazioni in merito. Ciò ha consentito il sorgere di diverse interpretazioni in dottrina²⁷², ma nessuna, in realtà supportata da un solido appiglio normativo²⁷³.

Il decreto correttivo è intervenuto sul punto disponendo che la relazione debba essere redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. III, lett. d) l. fall., il quale, a sua volta, contempla un ulteriore rinvio

²⁷² Secondo U. DE CRESCIENZO - L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare Dal maxiemendamento alla legge n. 80 del 2005*, Milano, 2005, 66, la mancanza di indicazioni da parte della legge consentiva si potesse presumere che la relazione potesse essere redatta da chiunque; in senso sostanzialmente analogo S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallim.: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2005, 950. Secondo G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 845, visto che la redazione della relazione implica necessariamente la conoscenza di competenze proprie della categoria dei commercialisti, quali l'accesso a contributi finanziari, si doveva fare riferimento all'albo dei dottori commercialisti e dei ragionieri sez. A; in senso analogo F. MICHELOTTI, *op. cit.*, 20. Sottolinea la gravità di tale mancanza F. INNOCENTI, *op. cit.*, 932, << poiché non risultava, a carico di tale esperto, la previsione di reati specifici per l'attestazione di reati specifici per l'attestazione di false dichiarazioni, o per l'evidenziazione di un passivo inferiore al vero>>.

²⁷³ Così L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione...*, cit., 55

alle lettere a) e b) dell'art. 28 l. fall. Detta norma fa riferimento ai professionisti iscritti all'albo dei revisori contabili e l'iscrizione nell'albo dei dottori commercialisti e degli avvocati, con diretta esclusione dei non professionisti, anche qualora abbiano già, nello svolgimento di funzioni di controllo e di vigilanza sulla gestione dell'attività d'impresa, dato prova di adeguate capacità imprenditoriali. L'esclusione, anche se a prima vista priva di un fondamento giustificativo²⁷⁴, deve essere ricondotta proprio alla funzione della relazione, che necessita di competenze necessariamente riconducibili allo svolgimento di una attività professionale qualificata.

La relazione allora potrà essere redatta da un professionista, eventualmente anche organizzato in forma associativa (studio professionale associato o società tra professionisti) purché sia individuato il soggetto responsabile della relazione²⁷⁵.

Sembra opportuno, inoltre, che il professionista incaricato debba effettuare una dichiarazione, da allegare alla

²⁷⁴ Cfr. L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 61, secondo il quale non sarebbe comprensibile la limitazione, sotto il profilo dei principi di uguaglianza, di libertà dell'iniziativa economica e di libertà di concorrenza, a professionisti iscritti a determinati ordini, anche in presenza di adeguate garanzie: << ciò almeno quando chi abbia dato prova di adeguate capacità imprenditoriali sia anche iscritto all'albo dei revisori contabili >>.

²⁷⁵ Sembra anche possibile che il professionista attestatore sia anche il consulente abituale dell'imprenditore, ferma restando la necessaria terzietà dell'esperto, così Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Foro it.*, 2009, I, 2370. In arg. v. A. ZORZI, *La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l. fall.*, in *Fall.*, 2010, 518 e ss.

relazione, con la quale attesti di non trovarsi in conflitto d'interessi²⁷⁶.

Passando ora all'analisi della relazione appare necessario interrogarsi, in primo luogo, sul suo contenuto e sull'oggetto dell'attestazione²⁷⁷.

²⁷⁶ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 144; G. B. NARDECCHIA, *op. cit.*, 59 e ss.

²⁷⁷ Nonostante la relazione strumentale all'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. sia finalizzata all'accertamento della dell'attuabilità dell'accordo con particolare attenzione al pagamento dei creditori non aderenti, mentre l'art. 67, co. III, lett. d) chiede solamente per i piani attestati l'accertamento della ragionevolezza del piano, si ritiene che, nonostante l'utilizzo di una terminologia diversa, la relazione debba avere in entrambi i casi un contenuto analogo. La diversa terminologia sottolinea una diversità di forma e di fenomeni ma ciò non deve essere inteso come momento di contrapposizione, tanto è vero che i diversi termini utilizzati si ritrovano congiuntamente usati per il concordato preventivo; così S. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 889 e ss.; << I concetti di ragionevolezza, fattibilità ed attuabilità quando riferiti, come nel caso delle procedure in esame, al giudizio da esprimere su un piano industriale non possono però che avere lo stesso contenuto, trattandosi di formulare un giudizio prognostico sulla sua idoneità al superamento dello stato di crisi e sulle probabilità di riuscita >> così G. SAVIOLI, *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2010, 272; in arg. v. M. BRUNO, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 263 e ss.; F. DIMUNDO, *Note minime in tema di designazione dell'esperto, ragionevolezza del piano di risanamento*, in *Fall.*, 2009, 75 e ss.; E. STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fall.*, 2009, 862 e ss.; A. PATTI, *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi d'impresa: alternative al fallimento*, in *Fall.*, 2008, 1067 e ss.; G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi:*

La prima questione da analizzare è se il professionista debba procedere alla valutazione circa la veridicità dei dati aziendali dell'impresa oggetto dell'accordo di ristrutturazione²⁷⁸.

Secondo una prima ricostruzione il professionista non dovrebbe certificare la veridicità dei dati aziendali, posto che tale accertamento è indispensabile nell'attestazione del piano nella procedura di concordato preventivo, così come previsto dall'art. 161, co. III, l. fall., mentre la relazione strumentale agli accordi di ristrutturazione dei debiti sarebbe orientata solo a certificare l'attuabilità dell'accordo e la sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei. Secondo questa impostazione l'attività del professionista non dovrebbe neanche essere indirizzata ad una sommaria verifica del passivo²⁷⁹.

In realtà, come evidenziato dalla giurisprudenza di merito che si è occupata della questione²⁸⁰, l'attestazione del professionista mira alla formulazione di un giudizio prognostico sulla idoneità dell'accordo al superamento

natura negoziale o pubblicistica?, in *Fall.*, 2008, 991 e ss.; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., 135 e ss.; CNDC, *Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione: relazioni del professionista*, in *www.cndc.it.*, 2006; L. ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazione del professionista*, Milano, 2006.

²⁷⁸ È interessante notare come il progetto di decreto legislativo predisposto dalla Commissione Giuliano si prevedeva espressamente che l'esperto dovesse certificare l'attendibilità dei dati aziendali posti a fondamento del piano.

²⁷⁹ Così F. INNOCENTI, *op. cit.*, 932, la quale però esplicita come il professionista << non potrà recepire acriticamente dati contabili che siano palesemente contraddittori, dovendo anche predisporre un controllo documentale>>. In arg. v. anche C. PROTO, *op. cit.*, 133; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 337.

²⁸⁰ Ci si riferisce a Trib. Milano, 15 ottobre 2009, cit.

dello stato di crisi e sulle sue probabilità di riuscire, fornendo così all'autorità giudiziaria gli strumenti per effettuare una adeguata valutazione ai fini dell'omologazione dell'accordo. Ovviamente per raggiungere tali finalità la relazione non può in alcun caso prescindere da una adeguata verifica sulla reale consistenza patrimoniale dell'azienda e della rispondenza con quanto dichiarato dall'imprenditore. Qualsiasi percorso logico argomentativo funzionale all'indagine della attuabilità dell'accordo ed alla sua idoneità a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei, infatti, rintraccia nella valutazione della veridicità dei dati aziendali un suo << presupposto logico indefettibile >>²⁸¹. Qualsiasi piano di ristrutturazione si basa su una situazione patrimoniale di riferimento, perché questa deve essere risanata e perché per sapere se un piano è idoneo o meno al superamento della crisi bisogna avere precisa contezza sia delle passività esistenti sia della composizione reale del patrimonio, dei beni strumentali esistenti, dei mezzi finanziari, delle giacenze²⁸². In conclusione, dunque, la valutazione circa la veridicità dei dati aziendali, pur essendo esplicitamente richiesta solo

²⁸¹ Così Trib. Milano, 15 ottobre 2009, cit.

²⁸² In arg. v. G. PRESTI, *op. cit.*, 398, secondo il quale la relazione << non potrà non contenere un giudizio di attendibilità dei dati aziendali la cui mancanza priverebbe di ogni effetto logico ed empirico la successiva attestazione di attuabilità dell'accordo e la sua idoneità ad assicurare la posizione dei creditori terzi. Del resto, il problema fondamentale del rapporto tra debitore e creditori è quello dell'asimmetria informativa e, quindi, l'intermediazione di un terzo ha senso non solo per il giudizio da lui espresso, ma prima ancora proprio per garantire l'attendibilità dei dati su cui il piano di ristrutturazione dei dati su cui il piano di ristrutturazione si appoggia.>>

per il concordato preventivo, è un elemento necessario anche dell'attestazione del professionista relativa agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.²⁸³

Certamente il professionista può benissimo rivolgersi anche a soggetti terzi per l'accertamento della veridicità dei dati o comunque per assumere tutti gli elementi necessari alla formazione del suo giudizio, fermo però restando che la relazione è sempre a lui riconducibile, con assunzione di responsabilità a riguardo.

Alla stessa soluzione deve inoltre giungersi anche qualora vi sia un soggetto, come una società di revisione, che abbia come oggetto istituzionale della sua attività proprio la certificazione dei dati contabili. Appare infatti necessario che il professionista non si limiti a recepire passivamente i dati forniti, ma debba comunque verificare quale sia stata l'attività svolta dalla società di revisione ed accertare la veridicità dei dati contabili²⁸⁴.

Una volta accertato che la relazione del professionista si compone di un contenuto preliminare dato dalla attestazione della attendibilità dei dati aziendali di

²⁸³ In questo senso G. SAVIOLI, *op. cit.*, 273 e ss. ove ampia disamina dei parametri di riferimento e delle metodologie di verifica; M. Bruno, *op. cit.*, 266 3 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 144; A. PATTI, *op. cit.*, 1067 e ss.; G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi...*, cit., 993; E. Stasi, *op. cit.*, 861; L. MANDRIOLI, *Le relazioni attestative del professionista*, in *Nuovo diritto delle società*, 2006, 37; S. AMBROSINI, *op. cit.*, 172; G. VERNA, *op. cit.*, 845. In arg. V. anche S. FORTUNATO, *op. cit.*, 892 e ss.; D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, cit., 1204 e ss.

²⁸⁴ Così G. B. NARDECCHIA, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 219.

partenza vi è da capire in cosa consista il suo nucleo centrale e cioè l'attestazione circa l'attuabilità dell'accordo. Certamente, essendo gli accordi di ristrutturazione dei debiti uno strumento di soluzione della crisi d'impresa che si fonda sulla gestione negoziale, il piano di superamento della crisi è anche un mezzo per coinvolgere i creditori in tale gestione ed il professionista deve effettuare una verifica sia delle coerenze esterne che di quelle interne, dando contezza nella relazione della potenziale idoneità del piano di ripristinare gli equilibri economico aziendali, o comunque di superare la crisi d'impresa.

Ciò che il professionista deve dunque fare è effettuare un giudizio prognostico sulla attuabilità dell'accordo in relazione al contenuto ed agli obiettivi in esso prefissati, dal quale sia possibile evincere se il piano sia in concreto realizzabile e se la gestione delle passività così come negoziate con i creditori sia idonea a liberare delle risorse in maniera da garantire il regolare pagamento dei creditori estranei²⁸⁵. La relazione del professionista, infatti, è

²⁸⁵ E' all'uopo molto interessante notare come, secondo il CNDC, op. cit., <<... la relazione del professionista si traduce in una prognosi sull'attuabilità dell'accordo, dunque in un giudizio asseverativo sulla portata del progetto, che va affermata sia per ciò che concerne coloro che vi hanno aderito sia quanto agli estranei. L'attuabilità attestata si aggiunge alle informazioni acquisite dai creditori stipulanti in sede di definizione contrattuale dell'accordo (che può essere inteso, come peraltro indicato dai primi commentatori, un accordo bilaterale plurisoggettivo ovvero un contratto plurilaterale a comunione di scopo), nel senso che deve contenere un *quid pluris*: il giudizio deve essere esplicativo della serietà dell'accordo e sulla reale probabilità che esso venga adempiuto, così assicurando il trattamento dei debiti come da intese raggiunte con il debitore. La stessa funzione certificatoria, ed anzi con una peculiare sottolineatura di motivazione, va riferita alle prospettive indirizzate ai creditori estranei. La particolare

funzionale non solo alla valutazione da parte dei creditori o ai terzi legittimati alla proposizione di opposizioni, ma anche al giudizio di omologazione da parte del tribunale²⁸⁶.

Il profilo di fattibilità del piano viene dunque scrutinato dall'autorità giudiziaria in base alla razionalità argomentativa della relazione, che pertanto deve essere accurata, logica, coerente ed esaustiva.

La relazione viene effettuata dal professionista con sua piena assunzione di responsabilità, sia nei confronti dell'imprenditore ai sensi dell'art. 2236 c.c.²⁸⁷, sia nei confronti dei creditori aderenti, certamente legittimati all'esercizio dell'azione risarcitoria qualora ne ricorrano i presupposti²⁸⁸, così come sembra possibile rintracciare una

misura assertiva imposta (<<assicurare il regolare pagamento>>) impone un livello assai alto di probabilità nell'affermare la proiezione di successo del piano rispetto a tali creditori.>>

²⁸⁶ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, 381, secondo cui << dipenderà in gran parte dal senso di responsabilità, dal livello di correttezza e competenza professionale dell'esperto autore della relazione, se potranno porsi le premesse affinché l'accordo di ristrutturazione funzioni in modo appropriato secondo la sua "causa" – più esplicitamente, affinché consenta di generare risorse aggiuntive anziché dissipare risorse esistenti >>.

²⁸⁷ Così G. COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 224.

²⁸⁸ In questo senso E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, 146; S. AMBROSINI, *op. cit.*, 172. Secondo G. COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, loc. cit., si tratterebbe certamente di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.

responsabilità, ancorché extracontrattuale, nei confronti dei terzi estranei²⁸⁹.

Appare però possibile riconoscere una limitazione della responsabilità del professionista, in relazione alla difficoltà della valutazione nel caso concreto in cui la complessità dell'organigramma aziendale e del contesto economico in cui opera l'impresa provochino dei problemi tecnici di valutazione²⁹⁰.

La responsabilità del professionista deve però ritenersi sussistere nella sua integrità anche qualora i conti dell'impresa su cui si è innestato un accordo di ristrutturazione siano stati certificati da una società di revisione²⁹¹. Il professionista, infatti, è l'unico soggetto responsabile ed il suo giudizio finale di attuabilità del piano è la fonte della sua responsabilità, indipendentemente dagli elementi utilizzati per decidere e valutare²⁹², mentre la responsabilità della società di revisione è autonomamente riscontrabile ad altri fini²⁹³.

²⁸⁹ G. PRESTI, *op. cit.*, 399, il quale ritiene dubbio se si tratti di responsabilità extracontrattuale o contrattuale per violazione di un dovere di protezione nei confronti dei terzi.

²⁹⁰ In questo senso E. FRASCAROLI SANTI, *op. ult. cit.*, 146; G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione...*, cit., 845 e ss.; in arg. v. anche G. B. NARDECCHIA, *op. cit.*, 62.

²⁹¹ V. però Trib. Milano 15 ottobre 2009, secondo il quale in tale ipotesi vi sarebbe una <<sommatoria e, allo stesso tempo, una distribuzione di responsabilità>>.

²⁹² Così G. B. NARDECCHIA, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 220, il quale ammette però la possibilità che il professionista si rivalga <<nei confronti della società di revisione qualora sia stato indotto a formulare il giudizio finale di veridicità dei dati aziendali, facendo legittimo affidamento sul risultato delle verifiche compiute con la revisione e dunque sulla particolare

Sembra inoltre possibile sostenere che, in caso di fallimento, sia il curatore il soggetto legittimato all'esercizio dell'azione di responsabilità, visto che l'incarico di effettuare la relazione è da inserirsi a pieno nell'attività d'impresa del debitore fallito²⁹⁴.

Non è invece ravvisabile una responsabilità penale prevista per gli ausiliari di giustizia ai sensi dell'art. 64 c. p. c., visto che non si tratta di un consulente tecnico nominato dal giudice ma di un esperto nominato dalle parti²⁹⁵.

attendibilità della situazione economico-patrimoniale della società quale rappresentata dai bilanci revisionati>>.

²⁹³ Ad esempio per il pregiudizio all'interesse di una corretta informazione ai sensi dell'art. 164 D. Lgs. 58/1998. Così sempre G. B. NARDECCHIA, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, loc. cit.

²⁹⁴ In senso dubitativo G. PRESTI, *op. e loc. ult. cit.*

²⁹⁵ Così anche E. FRASCAROLI SANTI, *op. e loc. ult. cit.*

2.9 L'omologazione e il reclamo.

Come più volte accennato, l'intervento omologatorio del tribunale assume, nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, posizione centrale e di assoluta preminenza. La possibilità che un accordo tra il debitore ed alcuni suoi creditori possa provocare alcune conseguenze, ancorché indirette, nella sfera giuridica di soggetti estranei (come l'inibizione per un determinato periodo alla proposizione di azioni esecutive individuali), ovvero la deroga ai principi generali delle norme che disciplinano le conseguenze dell'insolvenza patologica (come l'esenzione da revocatoria fallimentare degli atti posti in essere in esecuzione degli accordi ed il beneficio della prededucibilità per la nuova finanza), tale possibilità, si diceva, è strettamente connessa, e necessariamente interdipendente, con il ruolo dell'autorità giudiziaria. Al giudizio di omologazione, infatti, deve essere riconosciuto un contenuto minimo indefettibile, indipendentemente dalle circostanze contingenti che si determinano nelle fattispecie concrete, come ad esempio le eventuali opposizioni dei creditori. Questo contenuto minimo non può mai limitarsi, come pure è stato sostenuto in relazione al caso di assenza di opposizioni²⁹⁶, stante la mancanza di

²⁹⁶ L'opinione era stata espressa, seppur in forma dubitativa, da S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, cit., 949, ma lo stesso A., ritornando sull'argomento in un momento successivo, ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 179, ha sostenuto che, ad un più meditato esame, tale prospettazione appare di dubbia fondatezza. La tesi secondo cui il tribunale, in assenza di

indicazioni legislative in merito, alla verifica della sussistenza dei dati e dei requisiti formali. Ciò che consente, infatti, ad una soluzione negoziale della crisi d'impresa di esplicitare i suoi effetti al di là della sfera giuridica delle controparti contrattuali, provocando delle esternalità negative nei confronti di terzi estranei al negozio²⁹⁷, è proprio l'intervento in sede di omologa da parte del giudice. Ciò non rileva solo in termini di riconoscimento di una certa rilevanza pubblicistica della gestione della crisi d'impresa²⁹⁸, ma anche e soprattutto della possibilità di raggiungere e salvaguardare l'accordo

opposizioni, dovrebbe limitarsi a riscontrare l'avvenuta approvazione della proposta dalla maggioranza indicata dalla legge e la sussistenza della relazione dell'esperto e dei documenti prescritti dall'art. 161 l. fall., è stata sostenuta in dottrina da G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, cit., 1451; L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, 132; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 132; U. DE CRESCIENZO - L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 74; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 534.

²⁹⁷ Ci si riferisce ovviamente alla sola circostanza che, in caso di fallimento dell'impresa in seguito all'insuccesso di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, i creditori aderenti vedranno conservate le garanzie e gli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo in forza dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare, mentre i creditori estranei all'accordo vedranno, necessariamente, ridursi la massa di risorse patrimoniali su cui potersi rivalere in sede fallimentare; sulla inammissibilità della tesi secondo cui l'accordo possa prevedere una modifica dei rapporti obbligatori con i creditori estranei v. *supra*, par. 2.1.

²⁹⁸ Sulla cui rilevanza ed evoluzione sia rinvia a quanto detto nel precedente capitolo I.

negoziale mediante la produzione di determinati effetti²⁹⁹. Il contenuto minimo dell'oggetto del giudizio di omologazione, proprio perché funzionale alla produzione di questi effetti, deve essere costituito dalla, delicata e difficile, valutazione, nel merito, della attuabilità del piano di ristrutturazione e della sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei³⁰⁰. Si riconosce così in capo all'autorità giudiziaria un ruolo pregnante e pervasivo, che può dunque spingersi sino al giudizio del merito dell'accordo negoziale, la cui attuabilità dunque non è argomento di valutazione e trattativa solo contrattuale, ma è soprattutto oggetto di valutazione da parte del giudice, anche sulla scorta della relazione dell'esperto³⁰¹. È importante però sottolineare che questo apparente distacco dai principi generali del diritto privato non significa un arretramento della tutela, ma è strumentale alla produzione di determinati effetti e funzionale alla composizione negoziale della crisi d'impresa, che così potrà avere un contenuto più ampio.

²⁹⁹ In arg. v. C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2007, 188 e ss.

³⁰⁰ In arg. v. C. Appello Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. Fall.*, 2008, II, con nota di D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis l. fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*; la Corte ha stabilito che non sono idonei ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei gli accordi di ristrutturazione dei debiti che prevedano un pagamento, ancorché integrale, dilazionato dei creditori non aderenti.

³⁰¹ Sul punto V. ROPPO, *op. cit.*, 381, il quale esplicita come <<omologare l'accordo significa dare credito alla relazione dell'esperto (non designato dal giudice), e, in particolare alla sua asseverazione che l'accordo è idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. E non omologarlo implica sfiduciare quella relazione.>>

Proprio in ragione della pregnanza dell'intervento omologatorio, infatti, il negozio configurativo di ristrutturazione dei debiti potrà prevedere un'architettura contrattuale complessa e non limitarsi a semplici effetti dilatori³⁰².

Ed è proprio la presenza di una necessaria verifica giudiziale che serve a dotare gli accordi di ristrutturazione di certezza e stabilità negli effetti, esigenze molto sentite e

³⁰² La giurisprudenza di merito che si è fino ad ora occupata della questione non sembra aver assunto un atteggiamento univoco. Nel senso del testo sembra essere Trib. Milano, 11 gennaio 2007 (decr.), in *Dir. Fall.*, 2008, II, 150 e ss.; in senso contrario Trib. Roma, sez. fall., 5 novembre 2009, in *Corr. Giur.*, 2010, 241 e ss., ove è esplicitato che << nell'esercitare il controllo di legalità sulla relazione attestativa il giudice, prescindendo da ogni considerazione sulla convenienza dell'accordo e anche soltanto sul merito del piano, deve invece limitarsi a valutare se nella relazione siano presenti e rinvenibili quegli elementi necessari a far sì che essa possa corrispondere alla funzione legalmente attribuita: di fornire ai creditori e ai terzi interessati conferma della veridicità dei dati aziendali e di sottoporre al loro giudizio utili elementi di valutazione sull'attuabilità dell'accordo. In particolare, e limitando il discorso a quella che è stata detta attestazione in senso lato, ossia alla valutazione svolta dal professionista sull'attuabilità del piano e dell'accordo, il compito del giudice non è di sindacare - attraverso l'esame dell'attestazione - il merito del piano o dell'accordo, giacché oggetto di esame è - piuttosto che il piano o l'accordo - la valutazione svolta su di essi dal professionista. Compito del giudice nemmeno è di sindacare il merito della valutazione del professionista, esprimendo un giudizio di condivisione o meno delle conclusioni cui essa giunge (e così, ritenendo non attuabile un piano attestato, ossia valutato, come attuabile). Molto diversamente, il giudizio di legalità rimesso sul punto al giudice si realizza nella verifica di un aspetto estrinseco al contenuto, e consistente nella coerenza e completezza logico-argomentativa del discorso asseverativo svolto dal revisore >>.

che fungono da contraltare alla consustanziale poca riservatezza degli stessi accordi.

Ciò soprattutto perché la produzione degli effetti legali si lega, in un rapporto di diretta discendenza, con il provvedimento di omologazione dell'accordo. L'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare, infatti, non discende dall'accordo pattizio, ma dall'omologazione di questo, anche qualora l'omologa sia stata erroneamente concessa ad un accordo privo dei requisiti di legge³⁰³.

La pubblicazione nel registro delle imprese, la possibilità di opposizione da parte dei creditori estranei ed infine l'omologazione da parte del tribunale sono tutti elementi funzionali alla produzione degli effetti legali e ad assicurare stabilità e sicurezza degli accordi, che proprio in ciò si distinguono dai piani di risanamento attestati di cui all'art. 67, co. III, lett. d), l. fall. Questi ultimi, infatti, pur essendo a prima vista più duttili e semplici, vista la non necessità del consenso dei creditori e dunque la maggiore riservatezza, sono altamente rischiosi, in quanto privi di saldezza e di stabilità³⁰⁴, dato che l'eventuale verifica giudiziale successiva, qualora risulti che il piano non era obiettivamente idoneo ad assicurare il risanamento dell'impresa, provocherebbe, nonostante la diversa qualificazione delle parti, la caducazione *ex tunc* di tutti gli effetti o meglio, l'autorità giudiziaria stabilirà che quella fattispecie non si è mai prodotta, e con essa tutti gli effetti legali conseguenti³⁰⁵. In altri termini, anche

³⁰³ Così M. SCIUTO, *op. cit.*, il quale parla di << una efficacia non solo costitutiva, ma al limite anche sanante, del provvedimento di omologazione >>.

³⁰⁴ In arg. v., correttamente, F. DI MARZIO, “*Contratto*” e “*deliberazione*” nella gestione della crisi d'impresa, loc. cit.

³⁰⁵ D'altro canto è proprio nella situazione di fallimento del piano che si verifica l'utilità dello strumento giuridico: se il piano

l'istituto che da tanti è stato salutato come il definitivo superamento della centralità della gestione giudiziale della crisi d'impresa a favore di una gestione prettamente privatistica, conserva un necessario affidamento di ruolo in capo all'autorità giudiziaria, che abbandona il compito di gestire direttamente la crisi, a favore di un ruolo più propriamente giurisdizionale di controllo e valutazione di idoneità³⁰⁶.

Certo se questo è il contenuto minimo indefettibile del controllo giudiziale in sede di omologa, ciò non toglie che l'intervento del giudice possa avere un raggio ancora più ampio; anzi proprio qualora siano state radicate delle opposizioni da parte dei creditori sembra possibile prevedere che il giudice debba, con il decreto di omologazione, occuparsi anche delle questioni sollevate dai creditori oppositori. Probabilmente la presenza di opposizioni impone al tribunale un controllo più esteso,

produce il risanamento dell'impresa e questa riprende ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni non ci sarà nessun problema, ma tale ipotesi non necessitava di un intervento legislativo che non toglie né aggiunge niente alla normale disciplina di diritto privato. Qualora invece il piano si dimostrasse fallimentare i rischi di un piano di risanamento giudicato inadeguato sono altissimi e fecondi di effetti disastrosi, sia per il debitore che per i creditori che avevano fatto in qualche modo affidamento su detto piano. In questo senso A. JORIO, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in AA. VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, 105; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006, 58 e ss. Nello stesso ordine di idee M. SCIUTO, *op. cit.*, 344, il quale sottolinea come in questa ottica gli accordi di ristrutturazione omologati sembrano <<promettere>> qualcosa in più rispetto al piano attestato.

³⁰⁶ Si ritiene che il tribunale non possa in alcun modo apportare modifiche all'accordo in sede di omologazione. Così G. B. NARDECCHIA, *op. cit.*, 79.

che si colora di concretezza e pragmatismo, in diretta correlazione con le doglianze oggetto di opposizione³⁰⁷.

Deve ritenersi, inoltre, che la presenza di opposizioni provochi l'apertura di un procedimento a cognizione piena, con la possibilità che il giudice non si limiti a decidere sull'omologazione allo stato degli atti, magari richiedendo l'ausilio di una consulenza tecnica d'ufficio, ma compia anche attività istruttorie³⁰⁸.

³⁰⁷In questo senso Trib. Milano 23 gennaio 2007, cit., secondo cui <<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, con particolare riferimento alla concreta attuabilità del piano>>. Ma v. di recente Trib. Roma, 5 novembre 2009, cit., dove si afferma che il sindacato del tribunale verte sulla sola coerenza e completezza logico-argomentativa della relazione dell'esperto. Pertanto, afferma il Tribunale di Roma, "nell'esercitare il controllo di legalità sulla relazione attestativa il giudice, prescindendo da ogni considerazione sulla convenienza dell'accordo e anche soltanto sul merito del piano, deve invece limitarsi a valutare se nella relazione siano presenti e rinvenibili quegli elementi necessari a far sì che essa possa corrispondere alla funzione legalmente attribuita: fornire ai creditori e ai terzi interessati conferma della veridicità dei dati aziendali e sottoporre a loro giudizio utili elementi di valutazione sulla attuabilità dell'accordo [...] Il compito del giudice non è di sindacare – attraverso l'esame della attestazione – il merito del piano o dell'accordo [...], giacché oggetto di esame è – piuttosto che il piano o l'accordo – la valutazione svolta su di essi dal professionista".

³⁰⁸Al contrario in assenza di opposizioni, in rispetto delle esigenze di celerità del procedimento deve ritenersi che il giudice si limiti a valutare sulla base degli elementi offerti dall'imprenditore e sulla

In altri termini, se in assenza di opposizioni il tribunale deve valutare, sulla base della relazione dell'esperto, l'idoneità del piano al raggiungimento degli obiettivi e la sua capacità di assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, qualora siano state radicate delle opposizioni il giudice deve anche rispondere in merito alla (in)fondatezza delle questioni sollevate e le censure svolte dai creditori oppositori.

L'art. 182 bis l. fall., in relazione alla procedura da seguire per l'ottenimento dell'omologa, si limita a dire che l'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti e che il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Deve però ritenersi che si debbano applicare tutte le disposizioni in tema di procedimenti in camera di consiglio³⁰⁹, previsti per quelle materie di interesse generale che, di regola, non risolvono controversie, ma controllano ed integrano attività di privati, ed in particolare che si debba osservare il principio del contraddittorio. In questo caso, oltre alla decisione

scorta della relazione del professionista, al massimo supportato dalle valutazioni di un consulente tecnico d'ufficio. In questo senso L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, cit., 63, nota 65.

³⁰⁹ *Contra* E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 152 e ss., la quale, riconducendo gli accordi di ristrutturazione nell'alveo delle procedure concorsuali, coerentemente ritiene applicabili analogicamente le norme del procedimento più affine, e cioè il concordato preventivo, ed in particolare l'art. 180 l. fall. che ne disciplina il giudizio di omologazione.

collegiale, sarà necessaria anche l'assistenza obbligatoria di un difensore, secondo le norme del codice di rito (artt. 82 comma 2, 83, 84 c. p. c.), al fine di garantire un effettivo contraddittorio³¹⁰.

Per quanto riguarda la competenza territoriale è necessario stabilire se questa spetti al tribunale del luogo dove è posta la sede legale dell'impresa ovvero se competente a pronunciarsi sia il tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sua sede principale. Sembra preferibile questa seconda soluzione, perché quello della sede effettiva è un criterio tipicamente utilizzato nella disciplina fallimentare e della crisi d'impresa, indipendentemente dalla pubblicazione nel registro delle imprese³¹¹.

Problema di ampia rilevanza concreta è quello dell'applicabilità agli accordi di ristrutturazione dei debiti della norma prevista in tema di concordato preventivo all'art. 161 l. fall., e , in seguito al D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, anche in ambito fallimentare all'art. 9 l. fall., secondo cui il trasferimento della sede principale, intervenuto

³¹⁰ Il decreto, inoltre, dovrà essere notificato al debitore, al fine di consentire il diritto di replica. In arg. v. G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 920 e ss.; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 180.

³¹¹ Così G. PRESTI, *op. cit.*, 399, il quale evidenzia come anche in tema di fallimento o di concordato preventivo è prevista la pubblicazione nel registro delle imprese e non necessariamente questo luogo coincide con quello del tribunale di omologa. In arg. v. anche S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 180, il quale evidenzia come l'iscrizione nel registro delle imprese deve essere fatta ai sensi dell'art. 2196 c.c., che fa riferimento, secondo la dottrina unanime, al luogo in cui l'imprenditore realizza l'attività di amministrazione dell'impresa.

nell'anno antecedente, non rileva ai fini della competenza³¹².

Secondo una parte della dottrina³¹³, seguita anche da un intervento della giurisprudenza di merito³¹⁴, bisogna ragionare sulla scorta della considerazione che gli accordi di ristrutturazione siano fattispecie assai diverse dal concordato preventivo, ed a maggior ragione dal fallimento; pertanto, proprio per evitare un inutile appiattimento dell'istituto in esame sulla disciplina del concordato, le relative regole, ed in particolare il principio della *perpetuatio jurisdictionis*, non possono essere ritenute applicabili in via automatica³¹⁵. Cosa diversa

³¹² Secondo G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 141, tale soluzione legislativa, pur rispondendo ad esigenze effettivamente sentite, ha il limite di sacrificare, in caso di effettivo trasferimento della sede avvenuto nell'anno anteriore alla domanda di fallimento, il principio della competenza della sede attuale.

³¹³ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, cit., 130; V. RINALDI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 666; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 181.

³¹⁴ Trib. Milano 23 gennaio 2007, cit.

³¹⁵ In arg. v. L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, cit., 71, il quale, pur evidenziando la frattura sistematica prodotta da una tale interpretazione, tenta di ricomporla sulla considerazione che nella procedura prefallimentare vi è assenza di pubblicità, nella ristrutturazione del debito vi è l'opportunità di mantenere presso luoghi tra loro più prossimi le attività ad esso funzionali, visto che le pubblicazioni di cui all'art. 182 bis l. fall. non possono essere effettuate in un registro delle imprese diverso da quello in cui ha sede la società. Lo stesso A. però ammette che l'argomento è alquanto debole, mentre la tesi della inapplicabilità dalla

sarebbe se l'imprenditore, nonostante la variazione formale, abbia continuato a svolgere l'attività di direzione, di amministrazione e di organizzazione dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi nel luogo in cui prima era stabilita la sede: in questo caso è l'applicazione della regola generale, che fa riferimento alla sede effettiva, che consente di considerare irrilevante il mutamento della sede³¹⁶.

perpetuatio <<potrebbe avere il vantaggio di favorire la coincidenza del Tribunale dell'eventuale dichiarazione di fallimento successiva alla risoluzione/annullamento dell'accordo omologato con il Tribunale dell'omologazione dell'accordo, facilitando al curatore del fallimento la proposizione dell'azione risoluzione/annullamento.>>

³¹⁶ Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 181. V. anche V. DE SANTIS, *Giurisdizione e competenza*, in *Commentario* diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2010, 52 e ss. In una delle sue pronunzie più recenti e compiute, la Cassazione, con la sentenza 9 luglio 2005, n. 14462, in *Mass. Foro it.*, 2005, ha stabilito che, ai fini della corretta individuazione del tribunale territorialmente competente a conoscere della domanda di fallimento di società commerciali, la presunzione di coincidenza della sede effettiva con la sede legale dell'ente opera, nel caso di trasferimento, con riferimento alla sede precedente e non a quella successiva nei seguenti casi: *a)* quando il trasferimento stesso sia temporalmente vicino a detta domanda e quindi, ancorché anteriore, compreso in epoca in cui debba considerarsi già manifestata, o quanto meno imminente, la crisi economica dell'impresa, atteso che in tale evenienza, venendo a mancare un collegamento con l'evoluzione delle esigenze dell'impresa, il trasferimento della sede diviene equivoco, o, talvolta, palesemente preordinato ad incidere proprio sulla competenza territoriale, e non consente, quindi, di fondare alcuna presunzione su di esso; *b)* quando sussista la prova che al trasferimento della sede non corrisponda un reale trasferimento del centro propulsore dell'impresa; *c)* quando al compimento delle

In realtà l'applicazione analogica potrebbe essere fatta discendere non tanto in via automatica dalla circostanza che la normativa sia prevista in tema di fallimento e di concordato preventivo, quanto piuttosto dal fatto che l'esigenza alla base del principio della *perpetuatio jurisdictionis* è quella di evitare i trasferimenti strumentali della sede legale che possano complicare i meccanismi informativi predisposti dall'ordinamento. Questa esigenza è riscontrabile anche in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, ed anzi sembra ancora più forte in un complesso istituto che si sviluppa in più fasi e che nasce da un meccanismo contrattuale. A fronte di quanto detto sembra allora possibile sostenere l'estensione della irrilevanza del trasferimento della sede nell'anno anteriore al deposito del ricorso anche ai fini della individuazione del tribunale competente ad omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.

Il giudizio di omologazione può concludersi, ovviamente, o con un decreto di omologa, qualora rispetti tutti i requisiti formali e sostanziali, ovvero con la reiezione della domanda in caso di inammissibilità della stessa³¹⁷.

formalità inerenti al trasferimento della sede non si accompagni l'effettivo esercizio dell'attività di impresa nella nuova sede. Pertanto, il trasferimento della sede legale dell'impresa, che avvenga nell'imminenza del manifestarsi dell'insolvenza, ovvero che non sia accompagnato dal trasferimento del centro dell'attività direttiva, amministrativa, organizzativa dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi, o che non sia caratterizzato da una prosecuzione dell'attività d'impresa, è inidoneo a radicare la competenza per la dichiarazione di fallimento nel tribunale nel cui circondario si trova la nuova sede legale.

³¹⁷ Se il tribunale accoglie l'istanza, il provvedimento può essere modificato o revocato dallo stesso giudice che l'ha pronunciato, ma solo in presenza di nuove circostanze su ricorso della parte interessata. Analogamente accade in caso di rigetto del ricorso. Il

Contro la decisione del tribunale è ammesso reclamo innanzi alla Corte d'Appello. Secondo l'art. 27 co. IV c. p. c., la proposizione del reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento, anche se il presidente del collegio, in presenza di gravi motivi, può disporre la sospensione con decreto motivato

Infine questione di particolare importanza riguarda il profilo dell'orizzonte temporale in relazione al quale deve essere formulato il giudizio di omologa, vista la concreta possibilità che eventi imprevisi, ed imprevedibili al momento dell'omologa, possano incidere sui termini di attuazione e di attuabilità del piano oggetto dell'accordo di ristrutturazione. Di recente si è espresso sul tema il Trib. di Milano³¹⁸ che si è occupato di una fattispecie molto complessa ed articolata, basata su un unico progetto imprenditoriale di largo respiro, come tale contraddistinto da una considerevole durata³¹⁹.

Al riguardo, nel decreto emesso dal giudice milanese si legge che “le valutazioni che il tribunale può compiere con riferimento ad un momento temporale così distante sono inevitabilmente poco analitiche e perciò sfornite di un adeguato tasso di verosimiglianza probabilistica”. Del resto, “su interventi imprenditoriali di [notevoli] dimensioni incombono comunque molteplici rischi, oggettivi e proporzionali al rilievo dell'operazione”. “I rischi che il tribunale può [...] considerare e valutare sono

comma 2 dell'art. 26 c.p.c., infatti, permette la riproposizione dell'istanza solo se fondata su "nuovi presupposti di fatto". Questo vuol dire che non è consentito riproporre l'istanza facendo valere nuove circostanze di natura giuridica, ma solo se si evidenziano "fatti nuovi".

³¹⁸ Trib. Milano, 15 ottobre 2009, cit.

³¹⁹ In arg. v. S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*, in www.ilcaso.it

[...] solo quelli noti e conosciuti in questo momento, sulla base degli atti del procedimento”. L’omologazione è stata dunque concessa in forza della “capacità del piano di generare in tempi molto brevi la disponibilità di risorse liquide certe [...] che appaiono idonee, come evidenziato dall’esperto, a fronteggiare tutti i debiti scaduti e in scadenza sino [...] ad oltre un anno da oggi. [...] Tutto ciò che si colloca nel presente e nell’immediato futuro può e deve essere scrutinato in dettaglio e con adeguato livello di concretezza; per contro, fatti e circostanze destinati a verificarsi a distanza di anni sono maggiormente esposti a variabili non controllate e si prestano quindi ad un apprezzamento di portata più generale, rapportato quasi esclusivamente alla coerenza delle argomentazioni svolte dall’esperto”.

Capitolo Terzo

Gli effetti e le conseguenze degli accordi di ristrutturazione dei debiti

3.1 L'efficacia nei confronti dei terzi. I terzi non creditori. Il regolare pagamento dei creditori estranei. L'opposizione dei creditori.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti è uno strumento pattizio di gestione della crisi d'impresa che si configura in una attività negoziale intercorrente tra il debitore ed alcuni suoi creditori. Ciò comporta necessariamente l'obbligo di doversi preoccupare delle possibili influenze che questa contrattazione privata potrebbe comportare all'esterno verso i terzi, ed in particolare nei confronti dei creditori estranei. Qui, infatti, non si ha quel passaggio preliminare, elemento tipizzante delle procedure concorsuali, che è l'attrazione di tutti gli interessati in un unico procedimento, il concorso in una unica procedura. Nelle procedure concorsuali non vi è un problema di terzi, perché chiunque abbia avuto rapporti con l'imprenditore in crisi viene coinvolto nella procedura³²⁰.

³²⁰ In arg. v. l'ampia analisi di GIU. TARZIA, *Le parti e i terzi nelle procedure concorsuali*, in *Cinquant'anni della legge fallimentare*, Milano, 1994, 99 e ss.; A. JORIO, *I terzi contraenti*, *ivi*, 159 e ss.; A. MAFFEI ALBERTI, *I terzi interessati*, *ivi*, 179 e ss.

Al contrario, nell'analisi della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti che, come sopra dimostrato³²¹, devono essere allontanati dall'alveo della categoria delle procedure concorsuali, lo studio della capacità di produrre effetti nei confronti dei terzi assume un ruolo centrale³²².

A stretto rigor di logica l'attività contrattuale svolge i suoi effetti solo tra le parti, mentre la sfera giuridica dei terzi non dovrebbe essere intaccata dovendo l'accordo atteggiarsi come *res inter alios acta* e dunque incapace di nuocere all'esterno. L'art. 182 bis l. fall. in merito non solo sembra aderire ai principi civilistici generali, ma sembra voler rafforzare il concetto, prevedendo espressamente che ai creditori estranei debba essere assicurato il regolare pagamento.

È chiaro come già l'interpretazione del termine "regolare" possa essere considerato il fulcro dell'analisi dell'istituto, anzi proprio la ricostruzione della posizione dei diversi soggetti coinvolti, in via diretta o indiretta, sembra essere lo strumento necessario per individuare il reale meccanismo di funzionamento degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il creditore che decide di partecipare alla gestione negoziale della crisi del proprio debitore rinunciando ad una parte del suo credito, o concedendo una dilazione del pagamento, non lo fa certamente per porre in essere una attribuzione liberale nei confronti del debitore, ma è disposto a stipulare un accordo di ristrutturazione del debito perché è pienamente cosciente della crisi del suo

³²¹ V. *supra* paragrafi 2.1 e 2.2.

³²² Sostiene che il vero problema sia la posizione dei terzi estranei all'accordo, disciplinata efficacemente nel concordato preventivo ed in modo molto dubbio negli accordi di ristrutturazione G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, cit., 250.

debitore e del fatto che detta crisi potrebbe portare al fallimento, ed ad una necessaria decurtazione del valore economico del suo credito, che si ritroverebbe a concorrere con gli altri crediti in una unica procedura. Il creditore sa bene che se con l'accordo di ristrutturazione l'impresa si risollewa, i creditori rimasti estranei gioverebbero degli effetti benefici, ottenendo l'adempimento integrale senza alcuna decurtazione.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti potrebbe poi provocare concretamente degli effetti, indiretti, anche in capo a soggetti terzi completamente estranei all'attività d'impresa, che non hanno mai avuto a che fare con l'imprenditore in crisi. Si pensi ad esempio ad un accordo di ristrutturazione che, tra le maglie della sua complessa architettura contrattuale, preveda anche la dismissione di alcuni assets o di alcuni beni aziendali. L'acquirente in questo caso non dovrebbe minimamente essere intaccato dalla preoccupazione che invece investe normalmente tutti gli acquirenti da un imprenditore. La compravendita, infatti, posta in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ex art. 182 bis l. fall., è esente da revocatoria fallimentare.

Certamente un accordo di ristrutturazione dei debiti che sia capace di sollevare le sorti dell'impresa produce, come sopra accennato, un effetto benefico in capo ai creditori rimasti estranei che si ritroverebbero il proprio debitore *in bonis* dopo aver rischiato l'insolvenza e la procedura fallimentare.

Secondo una parte della dottrina sarebbe possibile intravedere, in questo beneficio indiretto, lo schema del contratto a favore di terzi ai sensi dell'art. 1411 cod. civ., con l'imprenditore debitore quale promittente, i creditori aderenti quali stipulanti ed i terzi estranei all'accordo nel

ruolo di beneficiari³²³. Il regolare pagamento consisterebbe secondo questa impostazione in un vero e proprio elemento integrante della causa negoziale come legalmente prefigurata³²⁴.

Sembra però preferibile la tesi di chi ricostruisce la fattispecie come un'ipotesi di contratto "con effetti favorevoli al terzo" piuttosto che "a favore di terzi"³²⁵. Appare molto difficile infatti inquadrare il debitore nel ruolo del promittente visto che l'obbligazione cui è tenuto verso i creditori non aderenti non sorge certamente dal perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione ma lo precede, ponendosi così al di fuori dello schema del contratto a favore di terzi³²⁶. Inoltre, ciò che integra la causa dell'accordo, come sopra detto, non è la esecuzione

³²³ In questo senso M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 349 e ss. Fa riferimento allo schema del contratto a favore di terzi anche V. ROPPO, *op. cit.*, 387, ma per spiegare un effetto ulteriore e cioè l'esenzione da revocatoria dei pagamenti fatti ai creditori rimasti estranei, su cui v. *infra* par. 3.3. Per la partecipazione all'accordo di terzi v. anche E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 738 e ss.

³²⁴ Secondo questa dottrina si avrebbe un contratto a favore di terzi la cui causa dovrebbe essere individuata nel rafforzamento del credito altrui preesistente; in questo modo il terzo, aderendo e rendendo la stipulazione irrevocabile in suo favore, dichiarando di volerne profittare, acquisterebbe un diritto immediato contro lo stipulante, in ipotesi anche maggiore o più garantito di quello già esistente. << Anche in tal caso, in definitiva, conseguenza ne sarebbe che quello che ai fini dell'omologazione sia stato considerato come creditore estraneo finisca con l'essere... estraneo fino ad un certo punto >>. Così M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 350.

³²⁵ Così F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni...*, cit., 831.

³²⁶ Così sempre F. FERRO-LUZZI, *op. e loc. ult. cit.*

delle prestazioni nei confronti dei terzi rimasti estranei, ma l'attitudine dell'accordo a generare risorse capaci di assicurare il regolare pagamento dei creditori non aderenti. Ma il creditore aderente è anche pienamente cosciente del fatto che l'impresa potrebbe benissimo non risollevarsi e che non si riesca ad evitare il fallimento. Ed è in questa prospettiva che sono orientati gli accordi di ristrutturazione dei debiti: se ci si muovesse nella considerazione che tutto vada bene, e che la crisi d'impresa trovi necessariamente una soluzione positiva, non ci sarebbe motivo di preoccuparsi e forse non ci sarebbero le ragioni dell'intervento legislativo in materia.

Il creditore che conviene la ristrutturazione del debito, con l'accordo di cui all'art. 182 bis l. fall., si pone al riparo dell'eventuale fallimento del debitore, posto che gli atti in esecuzione dell'accordo sono esenti da revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, co. III, lett. e), l. fall.³²⁷ e che qualora venga erogata nuova finanza godrà del beneficio della prededuzione³²⁸. Proprio per tali ragioni già da una veloce analisi della pratica utilizzazione dell'istituto in esame sembra potersi desumere che la naturale applicazione sia quella delle crisi d'impresa di notevole dimensione o che comunque coinvolge creditori

³²⁷ Illuminante in tal senso G. PRESTI, *op. cit.*, 390 e ss., il quale evidenzia come <<considerato che la soglia del 60% tende a scoraggiare l'opportunismo dei creditori non piccoli, si può osservare che probabilmente è economicamente efficiente che i piccoli creditori commerciali si comportino da "parassiti" a spese di quelli maggiori giacché questi ultimi sono più attrezzati per valutare *ex ante* il rischio del credito e gestirlo professionalmente, monitorare la situazione economica e finanziaria del comune debitore, vagliare le concrete possibilità di ristrutturazione e negoziarla>>.

³²⁸ Su cui v. *infra* par. 3.5.

istituzionali³²⁹. L'esenzione da revocatoria fallimentare è allora la contropartita che il legislatore ha previsto per il creditore aderente e che si riversa interamente sui creditori rimasti estranei.

Dalla esenzione da revoca e dalla prededuzione, infatti, nascono le possibili (o meglio probabili) esternalità negative per i creditori non aderenti, in quanto, in caso di esito negativo della soluzione negoziale della crisi e successivo fallimento si ritroveranno con un patrimonio da aggredire più piccolo o con un ordine di priorità legali sovvertito rispetto alla situazione originaria.

Rimandando ai paragrafi successivi per individuare in cosa consistano l'esenzione da revoca (ed a quali atti si applichi) ed il beneficio della prededuzione, resta allora da stabilire cosa comporti l'accordo di ristrutturazione per i creditori rimasti terzi estranei.

Certamente l'unica interpretazione possibile della dizione "regolare pagamento dei creditori estranei" è dunque quella, sostenuta da dottrina e giurisprudenza maggioritaria³³⁰, che prevede il pagamento integrale alla scadenza e con le modalità stabilite dal titolo costitutivo

³²⁹ In questo senso, G. B. NARDECCHIA, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 216.

³³⁰ Così G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., 396; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 139; A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra privatizzazione e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 1457; V. ROPPO, op. cit., 385; in giurisprudenza Trib. Brescia, (decr.), 22 febbraio 2006, cit., con nota di G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*; Trib. Bari, (decr.), 21 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 263, con nota di M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla << reorganization >>* ed in *Fall.* 2006, 169 con nota di G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*.

del rapporto obbligatorio (l'esatto adempimento), poiché è necessario per la modifica del rapporto creditorio il suo intervento, nel rispetto del principio dell'intangibilità della sfera giuridica del terzo³³¹.

Come visto, dunque, l'accordo di ristrutturazione dei debiti non è un semplice accordo tra due parti, ma si innesta in una crisi d'impresa già in atto, e necessita, ai fini dell'integrazione dei requisiti causali, che sia prevista la liberazione di risorse sufficienti a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei, e che ciò sia oggetto di valutazione da parte del giudice in sede di omologa, proprio perché è uno strumento capace di provocare delle conseguenze, indirette, nella sfera giuridica di soggetti terzi.

L'intervento del giudice, allora, come sopra esplicitato³³², è strumento di garanzia di corretta applicazione dell'istituto, poiché finalizzato all'accertamento che l'accordo di ristrutturazione sia capace di liberare risorse che assicurino il regolare pagamento dei creditori estranei.

³³¹ In argomento v. A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, cit., 648, il quale però ritiene giusta la conclusione ma sulla base di un diverso ragionamento. Secondo detto A., infatti, << è vero che la sfera giuridica del terzo è impermeabile ad effetti sfavorevoli ma non a quelli strumentali o comunque connessi ad effetti fondamentali favorevoli. [...] L'unica obiezione a ciò è che la ristrutturazione appare nel complesso favorevole (non in assoluto ma) solo a chi la preferisce. [...] Ecco dunque la vera ragione per cui la ristrutturazione non può nell'accordo essere come nel concordato estesa agli altri creditori: perché non si formano le condizioni sostanziali e procedurali per stabilire se gli effetti della ristrutturazione proposta sono a ben vedere prevalentemente favorevoli, e così derogare legittimamente al principio di intangibilità del terzo>>.

³³² V. supra par. 2.9.

L'istituto in esame si colora, dunque, di elementi pubblicistici di garanzia del regolare utilizzo di uno strumento, come l'accordo di ristrutturazione dei debiti, che in via indiretta e mediata produce delle esternalità negative nei confronti dei creditori estranei, i quali, in caso di successivo fallimento del debitore, potrebbero ritrovare la loro garanzia generica (data dal patrimonio del debitore) diminuita senza che sia possibile ricorrere allo strumento perequativo della revocatoria così come potrebbe darsi che i creditori aderenti si siano procurati un trattamento preferenziale modificando l'ordine delle priorità legali.

Questo è proprio il fulcro di tutta la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti: in caso di insuccesso dell'accordo, e di conseguente fallimento, i creditori estranei subiranno la falce concorsuale, mentre gli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato sono esenti da revocatoria, e ciò, come autorevolmente sostenuto, «<gioca ai creditori aderenti (che per esempio salvano la garanzia reale acquisita a fronte della dilazione concessa, e nuoce ai creditori non aderenti (che vedono ridursi la massa di risorse disponibili per la soddisfazione del loro credito concorsuale)>>³³³.

La produzione di questo effetto indiretto negativo viene in qualche modo controbilanciato dall'intervento dell'autorità giudiziaria in sede di omologa e dalla possibilità, riconosciuta ai creditori non aderenti di proporre opposizione.

Come è noto, infatti, l'art. 182 bis l. fall. prevede che i creditori e ogni altro interessato possano proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese.

³³³ Così testualmente V. ROPPO, *op. cit.*, 385.

La norma non fornisce però ulteriori dettagli sia in relazione al merito dell'opposizione, sia in ordine alle modalità e pertanto spetta all'interprete definire i contorni dell'istituto ed i suoi elementi caratterizzanti.

Ciò che sembra certo è che l'opposizione non possa essere fondata su mere ragioni di diniego dell'omologazione, ma debba innestarsi e basarsi su precise e specifiche motivazioni.

Per quanto riguarda i motivi oggetto di opposizione si ritiene che possano investire sia aspetti formali o procedurali, quali la ritenuta erronea individuazione della competenza o vizi della procedure ovvero ancora errori materiali circa l'ammontare dei crediti, sia aspetti sostanziali, tra i quali deve essere riconosciuta posizione preminente al giudizio di merito sulla inattuabilità dell'accordo e del piano di ristrutturazione³³⁴.

Per quanto riguarda i soggetti legittimati a proporre opposizione la norma fa certamente riferimento, come ipotesi di default, ai creditori che, rimasti estranei, considerino l'accordo incapace di garantire l'esatta esecuzione dei rapporti obbligatori facenti loro capo, con la conseguenza che, in caso di eventuale successivo fallimento del debitore, si possa verificare una lesione dei loro interessi a fronte della diminuzione del patrimonio del debitore ed alla esenzione dalla revocatoria fallimentare.

Sembra invece non sufficiente a sostenere l'opposizione dei creditori estranei la circostanza che l'accordo preveda un trattamento deteriore rispetto a quello possibile in caso di fallimento o di altro sblocco della crisi. Come più volte esplicitato, infatti, l'accordo di ristrutturazione dei debiti non può in alcun modo influire in via diretta sulla sfera

³³⁴ In arg. C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 134.

giuridica dei creditori rimasti estranei modificando il contenuto del loro diritto di credito.

La norma in esame prevede poi che l'opposizione possa essere presentata <<da ogni altro interessato>>: certamente deve sussistere, allora, un interesse giuridicamente ed economicamente rilevante, ancorché in via indiretta³³⁵. La dizione sembra far riferimento ai garanti dell'imprenditore, che, al contrario di ciò che avviene per il concordato preventivo, non potrebbero beneficiare degli effetti esdebitatori dell'accordo³³⁶.

Secondo parte della dottrina ad essere legittimati alla presentazione dell'opposizione sono non solo i creditori estranei all'accordo o i terzi interessati ma anche i creditori aderenti che in un momento successivo alla conclusione abbiano valutato l'accordo non sufficientemente capace di garantire l'attuabilità del piano³³⁷.

La ricostruzione non sembra però condivisibile, non tanto in applicazione della regola dell'art. 1326 c.c. che stabilisce che in seguito alla conclusione del contratto non sia più possibile la revoca del consenso prestato³³⁸, ma in

³³⁵ In questo senso E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 147, la quale ricorre all'esempio dei lavoratori dipendenti dell'impresa che reputino che l'accordo non tuteli adeguatamente il loro interesse al mantenimento del posto di lavoro.

³³⁶ Per cui v. *infra sub* par. 3.4.

³³⁷ G. B. NARDECCHIA, *op. cit.*, 68; M. FERRO, *Sub art. 182 bis*, cit., 1434

³³⁸ Tale premessa è infatti condivisa da tutti gli A. sopra citati. In arg. v. però la posizione di E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 149, la quale, in coerenza alla sua tesi che considera gli accordi di ristrutturazione dei debiti una procedura concorsuale, sostiene che una volta avviata la fase giudiziale, l'accordo sarebbe sottratto alla disciplina privatistica e pertanto sarebbe possibile ogni

applicazione dei principi generali: proporre opposizione in relazione ad un accordo negoziale precedentemente concluso e stipulato sembrerebbe una violazione diretta del principio secondo cui *nemo potest venire contra factum proprium*³³⁹.

Né sembra possibile inoltre attribuire la legittimazione a proporre opposizione in capo ai creditori aderenti in tutte quelle circostanze in cui vi sia stata una variazione degli assetti economici su cui l'accordo di ristrutturazione si innesta, posto che qualsiasi accordo, sempre secondo i principi generali, si regge *rebus sic stantibus*, e che il creditore, nel momento in cui consente alla conclusione dell'accordo, è pienamente cosciente del fatto che la ristrutturazione riguarda una crisi d'impresa, e pertanto naturalmente dinamica.

Il giudizio del creditore aderente, d'altro canto, è strutturalmente orientato in forza di una valutazione positiva della fattibilità del piano ed è quindi frutto di un giudizio soggettivamente prognostico della attuabilità dell'accordo di ristrutturazione e della soluzione della crisi d'impresa. Il contesto negoziale è infatti molto particolare ed appare necessario riconoscere una certa aleatorietà ad un contratto che mira ad una ristrutturazione del passivo, ma che si fonda sul rischio d'impresa e si radica,

ripensamento ma solo con << il rimedio consentito e, cioè, l'opposizione all'omologazione che peraltro solo in caso di suo accoglimento, produce l'effetto di riportare i contraenti nella loro posizioni contrattuali originarie>>.

³³⁹ Cfr. *ex multis* Cass. civ., sez. I, 12/02/1992, n.1715 in *Giust. Civ.*, 1993, I, 505). Il principio secondo cui una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto ad un intendimento che ha ingenerato nell'altra parte e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento è sancito anche dall'art. 1.9. dei principi internazionali UNIDROIT in materia contrattuale.

trovandone giustificazione causale, in una situazione di insolvenza³⁴⁰. Qualora poi il creditore avesse ritenuto necessario far rilevare piani di interessi diversi ed ulteriori rispetto a quelli presi in considerazione dall'accordo sottoscritto avrebbe certamente potuto fare in modo, o comunque richiedere come presupposto della sua adesione, l'inserimento di alcuni meccanismi condizionali, sicuramente ammissibili.

Infine secondo altri autori la legittimazione *ad opponendum* dei creditori aderenti dovrebbe essere riconosciuto in tutti quei casi in cui non sia stata raggiunta la maggioranza, dipendendo l'attuabilità dell'accordo in tale ipotesi dal raggiungimento di una determinata soglia³⁴¹.

Ma anche tale impostazione non sembra condivisibile. Come infatti sopra esplicitato, la maggioranza del 60 % dei creditori non deve sussistere solo al momento della omologazione ma è un requisito che l'accordo deve avere già al momento pubblicazione nel registro delle imprese³⁴².

³⁴⁰ Così anche M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 357, che in forza di tali considerazioni e del fatto che l'accordo, per la funzione perseguita, risulta causalmente connaturato a significative rinunce, esclude in via di principio l'applicabilità della rescissione per lesione.

³⁴¹ Così L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 351.

³⁴² Nello stesso senso G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 675; M. FERRO, *Sub Art. 182 bis*, cit., 1424; P. VALENZISE, *Sub Art 182 bis Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1100; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 132; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 130. In senso dubitativo F. INNOCENTI, *op. cit.*, 936. In giurisprudenza Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, cit.; *contra* Trib. Milano, 23 gennaio 2007, cit., secondo cui il raggiungimento

Passando ora alle modalità di presentazione delle opposizioni si ritiene che il termine di trenta giorni dalla iscrizione nel registro delle imprese sia perentorio in forza della natura di termine di impugnazione ed in rispetto delle esigenze di celerità e certezza certamente molto rilevanti nella gestione della crisi d'impresa³⁴³. È evidente che la legge sembra voler maggiormente proteggere tali esigenze piuttosto che il diritto di difesa dei creditori estranei, vista l'esiguità del termine di trenta giorni³⁴⁴.

Deve inoltre ritenersi applicabile, così come sostenuto da una recente giurisprudenza di merito³⁴⁵, la sospensione feriale dal primo di agosto al quindici di settembre, rientrando nella previsione generale dell'art. 1 l. 742/1969 e non essendo possibile ricondurre la fattispecie in esame alle ipotesi per cui è prevista la prosecuzione dei processi nel periodo feriale, vista la natura eccezionale di tali ipotesi³⁴⁶.

della maggioranza si può conseguire anche nelle more del giudizio di omologazione.

³⁴³ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 149.

³⁴⁴ Critico G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.*, cit., 872 e ss.

³⁴⁵ Trib. Enna 27 settembre 2006, in *Fall.*, 2007, 196 e ss.

³⁴⁶ In arg. v. L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, cit., 78, il quale però sottolinea come << la soluzione accolta, di fatto, svuota la previsione di sospensione delle azioni contenuta nel nuovo terzo comma dell'articolo 182 bis, quando l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia pubblicato nell'imminenza del primo agosto di ciascun anno, poiché, mentre il termine dell'opposizione all'omologazione resta sospeso, così non può dirsi di quello di sessanta giorni durante i quali non possono essere iniziate o proseguite azioni cautelari, facendo per queste la legge (cfr. art. 3 l. n. 742/69) un'eccezione alla regola della sospensione>>.

Per quanto riguarda la forma, nonostante l'art. 182 bis. 1. fall. nulla dica in merito, si ritiene che l'opposizione debba essere presentata con ricorso³⁴⁷, presentato da un avvocato, essendo la difesa tecnica necessaria, posto che le forme, come sopra detto, sono quelle del procedimento in camera di consiglio³⁴⁸.

Dato che una richiesta di omologazione appare essenziale e che i due procedimenti debbano essere riuniti, avendo ad oggetto il medesimo procedimento, appare naturale che il ricorso per l'omologazione venga effettuato per primo e così il ricorso in opposizione sarà promosso in via incidentale; ma è ben possibile che sia il ricorso per l'opposizione ad essere presentato in via principale ed in tal caso sarà la richiesta dell'omologazione ad essere radicata in via incidentale³⁴⁹.

Si deve ritenere infine che, essendo l'opposizione uno strumento di tutela non solo dei creditori non aderenti ma anche di tutti i terzi interessati, e non essendo dunque individuabili *ex ante*, non sia possibile che il tribunale decida sull'omologazione prima dello scadere dei trenta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese³⁵⁰.

³⁴⁷ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 150.

³⁴⁸ Così M. FABIANI, <<Competizione>> *tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, cit., 211.

³⁴⁹ In questi termini sempre M. FABIANI, <<Competizione>> *tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, loc. cit.

³⁵⁰ In senso contrario però Trib. Lamezia Terme, 23 giugno 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 224 e ss che ha omologato un accordo di ristrutturazione prima dello scadere dei trenta giorni sul presupposto della rinuncia preventiva all'opposizione dei creditori non aderenti all'accordo.

3.2 Gli effetti degli accordi di ristrutturazione: L'inibizione dalle azioni individuali.

Il decreto correttivo ha introdotto al comma III dell'art. 182 bis l. fall., la regola secondo cui «dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Si applica l'art. 168 secondo comma».

La dottrina aveva infatti da tempo auspicato l'introduzione di una tale previsione, in linea con le normative esistenti in altri ordinamenti³⁵¹. Si era infatti evidenziato come l'inesistenza di strumenti di protezione del patrimonio del debitore rendesse lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti poco appetibile, in quanto suscettibile di essere vanificato in ogni momento dall'intervento di qualsiasi creditore³⁵².

La finalità dell'intervento è dunque, così come si desume anche dalla relazione illustrativa al decreto, quello di rendere più agevole l'utilizzazione dell'istituto, evitando così iniziative di terzi finalizzate ad intralciare il percorso

³⁵¹ V. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 404, il quale prende in considerazione le esperienze francesi ed inglesi. In particolare nell'ordinamento francese attraverso il richiamo da parte dell'art. L611-7, co. V, *Code de commerce* agli artt. da 1244-1 a 1244-3 del *code civil*. Nell'ordinamento inglese, invece, la *Insolvency Act* del 2000 prevede la possibilità che il giudice possa disporre il blocco delle azioni esecutive per i *Company Voluntary Agreements* delle *small companies*.

³⁵² G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, 914.

negoziale intrapreso dall'imprenditore in crisi con alcuni suoi creditori.

D'altro canto proprio la limitazione temporale a soli sessanta giorni evidenzia come l'innovazione in esame non sia finalizzata ad assicurare la *par condicio creditorum* ovvero ad attribuire elementi di concorsualità agli accordi di ristrutturazione dei debiti³⁵³, ma come semplicemente miri ad assicurare che nella fase che precede l'omologazione il patrimonio del debitore non sia inciso da azioni cautelative o esecutive tali da vanificare l'accordo di ristrutturazione o comunque capaci di complicarne molto il percorso. Ciò significa che questa norma è finalizzata a proteggere più i creditori aderenti all'accordo che il debitore stesso, il quale potrebbe in ogni caso porre in essere atti dismissivi o dispositivi in via autonoma, sempre salva la sua responsabilità per inadempimento contrattuale.

La protezione del patrimonio del debitore scaturisce in via automatica al momento della iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese³⁵⁴, al contrario di ciò che avviene nel caso in cui il blocco esecutivo si innesti nella fase precontrattuale o comunque antecedente al deposito dell'accordo così come stabilito al nuovo comma VI dell'art. 182 bis introdotto dal d.l. 78 del 2010, sopra

³⁵³ Contra G. B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 29 e ss., secondo il quale l'introduzione del blocco automatico delle azioni esecutive potrebbe riprendere vigore la tesi della natura di procedura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, visto che è un elemento tipizzante di tutte le procedure.

³⁵⁴ In arg. G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 953.

analizzato³⁵⁵, in cui l'effetto scaturisce da una decisione del giudice.

La creazione di un ombrello protettivo da azioni esecutive e cautelari è una protezione che, in sostanza, ripropone gli effetti previsti in tema di fallimento e di concordato preventivo, rispettivamente dagli artt. 51 e 168 l. fall., ma notevoli sono le differenze di disciplina.

In particolare la protezione del patrimonio del debitore che ha stipulato un accordo di ristrutturazione dei debiti si riferisce ai soli creditori anteriori alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, anche perché, visto il limite temporale molto ristretto, sembra difficile ipotizzare azioni cautelari o esecutive da parte di nuovi creditori³⁵⁶.

Ma la differenza fondamentale è che l'ombrello protettivo previsto per gli accordi di ristrutturazione dei debiti è limitato nel tempo, come accennato, a soli sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese e non per tutto il periodo in cui si svolge il giudizio di omologazione.

Chiaramente il legislatore ha considerato il termine di sessanta giorni come sufficiente al fine di completare la

³⁵⁵ Cfr. par. 2.5.

³⁵⁶ Così L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal decreto competitività*, cit., 62. In arg. v. anche V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, Torino, 2008, 449, il quale << tale esclusione può creare problemi in considerazione del fatto che l'impresa proponente debba presumersi ancora attiva e quindi ancora pienamente operativa sul fronte dell'acquisto di beni e servizi con la conseguenza che i nuovi creditori potrebbero non solo pregiudicare con le loro azioni la fattibilità ma anche danneggiare i creditori estranei allo stesso e ciò nonostante impossibilitati ad agire>>.

procedura di omologazione, o forse, più semplicemente, un lasso di tempo così ristretto è stato stabilito proprio al fine di agevolare una accelerazione dei tempi del procedimento. Certo è che forse sarebbe stato opportuno effettuare delle previsioni in relazione al caso in cui il giudizio di omologazione si prolunghi nel tempo. Basti pensare, infatti, che la pubblicazione nel registro delle imprese non è solo il *dies a quo* del blocco delle azioni esecutive e cautelari, ma anche del termine di trenta giorni per la presentazione delle opposizioni, con la conseguenza che residueranno solamente trenta giorni per l'esaurimento del procedimento di omologazione, visto che il tribunale non può, come sopra detto, decidere prima della scadenza del termine per le opposizioni³⁵⁷.

Né d'altro canto sembra ammissibile, a fronte di una assenza di disposizioni legislative in merito³⁵⁸, una proroga stabilita dal giudice qualora la decisione di omologazione sia particolarmente difficile o complicata, anche a seguito del radicamento di numerose opposizioni³⁵⁹. D'altronde

³⁵⁷ Esplicita tale sovrapposizione di tempi e la e la probabilità che di fatto il blocco delle azioni non protegga l'intero procedimento L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal decreto competitività*, cit., 62 e ss.

³⁵⁸ E anche considerando il fatto che il legislatore è di recente, con il d. l. 78/2010, intervenuto sugli accordi di ristrutturazione del debito, ed in particolare sul blocco delle azioni esecutive nella fase precontrattuale degli accordi, senza però prevedere deroghe o eccezioni possibili al termine di sessanta giorni.

³⁵⁹ Diversamente però G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, legge fallim.)*, loc. cit., il quale, per evitare opposizioni fatte dai creditori non aderenti proprio al fine di complicare il procedimento di omologazione e conseguentemente eludere il temporaneo blocco delle azioni cautelari e d'esecutive in corso o che è in procinto di intraprendere, ritiene « allora che, nelle more del procedimento di opposizione, su richiesta del

con il richiamo al solo comma II dell'art. 168 l. fall. è evidente l'intenzione di limitare il profilo temporale della protezione ai soli sessanta giorni e non già sino al decreto di omologazione.

La norma poi non esplicita, al contrario di ciò che succede in tema di concordato preventivo, come concretamente si atteggi il blocco delle azioni cautelari ed esecutive in relazione a quelle in corso ed a quelle ancora da iniziare.

Vi è innanzitutto da capire se possa essere applicato in via analogica la norma dell'art. 168 l. fall. che al comma I prevede che <<dalla data della presentazione del ricorso e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore>>. La nullità delle azioni esecutive comporterebbe la definitiva caducazione delle azioni e la perdita di tutti gli effetti già prodotti. Ma ciò, francamente, sembra eccessivo se applicato agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Nel concordato preventivo, infatti, il patrimonio del debitore deve assolvere il compito primario di assicurare il pagamento dei creditori nelle percentuali indicate dal piano, oggetto di ammissione e di omologazione da parte del tribunale, ed approvato dai creditori in sede di adunanza, e le eventuali azioni esecutive stravolgerebbero l'intero piano impedendo il raggiungimento degli obiettivi³⁶⁰. La nullità delle azioni

debitore, il tribunale possa concedere una proroga fino alla pubblicazione del decreto con cui viene deciso il ricorso del debitore e l'opposizione del creditore>>. Tale proroga, secondo l'A., non dovrebbe estendersi a tutti i creditori ma solo a quelli che hanno proposto opposizione.

³⁶⁰ Così M. FERRO, *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario*

esecutive, e non a caso solo di quelle, è strettamente connessa con l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori, con la presenza di un commissario giudiziale e di un comitato dei creditori che svolgono attività di controllo e, soprattutto, con la stabilità degli effetti. Tutto ciò non avviene nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in cui l'imprenditore in crisi continua a gestire l'impresa, ed il blocco delle azioni esecutive e cautelari è funzionale non alla riuscita del piano ma semplicemente al mantenimento del patrimonio del debitore fino alla conclusione del procedimento e quindi all'omologazione degli accordi.

L'unica soluzione possibile appare dunque quella di interpretare il comma III dell'art. 182 bis l. fall. nel senso che le azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore iniziate dai creditori per titolo e causa anteriore alla data della pubblicazione nel registro delle imprese non possano esplicare alcun effetto nei confronti del patrimonio dell'imprenditore che abbia proposto un accordo di ristrutturazione³⁶¹. Ciò significa che l'ombrello protettivo previsto si esplica in una sospensione temporale degli effetti delle azioni, che conserveranno pertanto i loro effetti tipici in vista della scadenza dell'intervallo temporale di sessanta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese³⁶².

diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2010, 1094.

³⁶¹ Ritiene non così stravagante rifugiarsi nella categoria della improponibilità/improcedibilità M. FABIANI, <<Competizione>> *tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, cit., 209.

³⁶² In questo senso L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal decreto competitività*, cit., 67.

La conseguenza sul piano processualistico del blocco delle azioni esecutive è dunque quella della improcedibilità delle azioni esecutive e cautelari, le quali nonostante possono essere proposte ma non potranno essere coltivate mentre, se già iniziate, saranno sospese dal giudice una volta accertata la pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo di ristrutturazione.

Resta da valutare infine se la norma che prevede il blocco delle azioni esecutive e cautelari si estenda anche alla proposizione dell'istanza di fallimento.

Secondo alcuni autori, infatti, la pubblicazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti non provocherebbe la improcedibilità dell'iniziativa finalizzata alla dichiarazione di fallimento³⁶³. Tale ricostruzione parte dalla considerazione che l'art. 182 bis l. fall. non contemplerebbe, neanche implicitamente, i ricorsi ai sensi dell'art. 6 l. fall. La norma in esame non si applicherebbe all'istanza di fallimento, posto che questa non è di per sé idonea a creare o consolidare posizioni di vantaggio per alcuni creditori soltanto ovvero a pregiudicare la libera disponibilità del patrimonio del fallito. In altre parole, l'istanza di fallimento non potrebbe essere assimilata alle azioni esecutive, quantomeno nell'ottica del III comma dell'art. 182 bis l. fall. e della sua *ratio* ispiratrice³⁶⁴.

La tesi non sembra però convincente, per diversi ordini di ragioni. La *ratio* della norma, infatti, è quella di evitare che le finalità dell'accordo vengano pregiudicate da azioni di terzi, consentendo così che il procedimento di omologazione degli accordi si svolga senza che l'iniziativa

³⁶³ Così D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, 307.

³⁶⁴ Questa tesi è stata sostenuta da Trib. Milano 15 ottobre 2009, cit.

di estranei produca un distrazione del patrimonio del debitore, tale da destabilizzare il piano di ristrutturazione oggetto dell'accordo³⁶⁵. Le stesse esigenze di protezione del patrimonio del debitore, in quanto funzionalmente orientato alla soluzione negoziale della crisi in corso, sembrano sussistere anche in relazione alla richiesta di fallimento. Né sembra possibile ricondurre la norma che prevede l'inibizione della prosecuzione o della instaurazione delle azioni esecutive o cautelari alla esigenza di evitare la concorrenza tra azioni esecutive individuali ed azioni esecutive collettive, posto che gli accordi di ristrutturazione dei debiti, non essendo delle procedure concorsuali, non possono essere, per il loro meccanismo di funzionamento, ricondotte alla categoria delle azioni collettive³⁶⁶. Infine sembra confermare la tesi che estende il blocco delle azioni al fallimento anche la lettera della legge, che parla di azioni esecutive *tout court*, e quindi non solo le procedure individuali ma anche quelle collettive³⁶⁷, tra cui deve essere certamente incluso anche il fallimento³⁶⁸.

³⁶⁵ In questo senso M. FABIANI, <<Competizione>> *tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, cit., 208.

³⁶⁶ In arg. v. *supra* par. 2.2.

³⁶⁷ Così M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 356, nota 50.

³⁶⁸ Lo sottolinea M. FABIANI, <<Competizione>> *tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, cit., 207, secondo il quale anche << il più avanzato sostenitore del fallimento quale mera disciplina organizzativa della crisi d'impresa, [non può] negare che il fallimento è anche una procedure esecutiva perché: a) attua la responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.); b) in funzione della soddisfazione dei creditori; c) contro la volontà del debitore; d) privato del potere di disporre del suo patrimonio; e) nel contesto di un processo che l'ordinamento

Come è noto però l'art. 6 l. fall. prevede che il fallimento possa essere dichiarato su richiesta del Pubblico Ministero. Deve perciò indagarsi se l'inibizione delle azioni esecutive e cautelari si estenda anche all'azione del P. M., posto che l'art. 182 bis. l. fall., si riferisce alle sole azioni promosse da creditori per titolo o causa anteriore alla data della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. In realtà però il ruolo dell'intervento del Pubblico Ministero è finalizzato ad una sostituzione processuale³⁶⁹ e pertanto soggetta agli stessi limiti previsti per i creditori.

In forza di tutte queste considerazioni, ed a fronte di una valutazione degli interessi contrapposti e della temporaneità della protezione del patrimonio del debitore, sembra allora possibile affermare come il blocco delle azioni esecutive e cautelari si estenda anche alla iniziativa del P. M. per la dichiarazione di fallimento.

Cosa diversa è qualora l'istanza di fallimento sia presentata antecedentemente alla richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ovvero che l'iniziativa per fallimento sia stata avviata dopo il trascorso dei sessanta giorni dell'ombrello protettivo. In entrambi i casi non è possibile procedere a quel bilanciamento di interessi sopra effettuato e l'interesse, anche pubblicistico, di accertare l'incapacità patologica dell'impresa di far fronte alle proprie obbligazioni³⁷⁰. Certamente vi è da riconoscere un nesso di connessione e pregiudizialità logica tra la procedura fallimentare e l'accordo di ristrutturazione dei debiti che impone la

statuale appresta allo scopo, con l'impiego di mezzi e strutture dell'apparato giurisdizionale>>.

³⁶⁹ Cfr. M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 271 e ss.

³⁷⁰ Così anche Milano 15 ottobre 2009, cit.

valutazione in un unico contesto, visto che entrambi investono la stessa crisi d'impresa, visto che il nostro sistema giuridico accorda una netta preferenza verso il processo simultaneo³⁷¹ e visto che è necessario comprendere se l'accordo presentato in sede di omologa sia idoneo a determinare il superamento della crisi o la sua soluzione, ed in particolare se, consentendo la liberazione di risorse adatte ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, sia capace di escludere la possibilità di dichiarare fallimento³⁷².

³⁷¹ In questo senso M. FABIANI, <<Competizione>> *tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, cit., 210.

³⁷² Ovviamente la capacità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di escludere il fallimento non è definitiva, ma, al contrario, qualora l'imprenditore non sia capace di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, in un periodo successivo all'accordo omologato, è certamente possibile dichiararne il fallimento.

3.3 Gli effetti degli accordi di ristrutturazione: l'esenzione dalla revocatoria fallimentare.

La conseguenza giuridica principale della omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti è che, ai sensi dell'art. 67, co. , lett. e), l. fall., non sono soggetti all'azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis.³⁷³

Questo effetto è uno degli elementi caratterizzanti di tutta la disciplina, poiché, come sopra esplicitato³⁷⁴, è proprio in vista, o meglio in ragione della inattaccabilità in via revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione, in caso di eventuale successivo fallimento, che i creditori aderenti al patto arrivano a sacrificare una parte del loro credito o a ritenersi soddisfatti con mezzi diversi dall'esatto adempimento.

L'operazione di ristrutturazione del debito, allora, si connota di aspetti particolari in forza della sua capacità di influire sugli equilibri tra creditori in sede fallimentare, equilibri che vengono ritenuti meritevoli di minore protezione qualora si acceda ad una soluzione negoziale della crisi d'impresa.

³⁷³ Frutto anche della scelta di esentare dalla revocatoria il creditore che, al fine di evitare una costosa e non sempre efficiente procedura concorsuale, << abbia collaborato con l'imprenditore ad una soluzione cercata in buona fede e con mezzi idonei >>. Così L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 94.

³⁷⁴ V. *supra* par. 3.1.

La nuova formulazione dell'art. 67 l. fall. ha certamente molto limitato la concreta rilevanza dell'azione revocatoria nella procedura fallimentare, provocando anche una incertezza sulla natura e sulla funzione che tale azione attualmente ricopre³⁷⁵.

Certo è sempre possibile³⁷⁶ rintracciare la funzione, da una parte, di fornire incentivi ai soggetti che entrano in contatto con l'imprenditore evitando che questi sia privo di controlli e, dall'altra, di redistribuire il costo dell'insolvenza su tutti i soggetti in rapporto con lui³⁷⁷.

Ma l'intervento legislativo, come risulta dalla stessa relazione ministeriale di accompagnamento, nell'ultimo periodo, appare finalizzato ad una rimodulazione dell'azione, «attraverso un intervento che, da un lato, precisa meglio i presupposti per l'esercizio dell'azione (oggi sovente fonte di incertezze applicative e di contrasti giurisprudenziali) e, dall'altro, inserisce una completa disciplina di esenzioni dalla revocatoria, al fine di evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie conseguenti all'accertata insolvenza del destinatario dei pagamenti»³⁷⁸.

³⁷⁵ Cfr. D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, 340, il quale evidenzia come la riforma «< sembra ispirata più alla volontà di depotenziarne in generale l'efficacia, che ad un preciso obiettivo sistematico>>».

³⁷⁶ In tale senso, ancora recentemente ed in una chiave anche di analisi economica, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 274

³⁷⁷ A. PATTI, *Le azioni di inefficacia*, in *Commentario* diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2010, 270.

³⁷⁸ In arg. v. M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Fall.*, 2005, 575 e ss. Ma v. anche F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee*

Anzi l'esistenza di un'area di esenzione oggettiva dall'azione revocatoria fallimentare, costituisce l'elemento di maggiore rilevanza interpretativa, anche al fine di individuare il suo esatto ambito applicativo.

In particolare per ciò che riguarda l'esclusione degli atti posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, probabilmente vi è l'esigenza, considerata primaria, di agevolare tutte quelle condotte utili al superamento della crisi o alla conservazione dei valori organizzativi dell'impresa, così rendendo appetibili gli strumenti negoziali di soluzioni della crisi d'impresa.

Certamente però con l'introduzione di un regime di esenzioni di natura oggettiva si sono voluti svalutare gli interessi distributivi delle perdite derivanti dall'insolvenza che stanno alla base delle teorie antindennitarie, in maniera tale da favorire determinate operazioni ritenute meritevoli di tutela, anche se la crisi sia a perfetta conoscenza di entrambe le parti³⁷⁹. L'esclusione dalla revocatoria

della riforma: profili generali, cit., 330, il quale sottolinea come la drastica riduzione del campo di applicazione assegnato all'azione revocatoria sia in contrasto con la proclamata esigenza di aumentare il soddisfacimento del ceto creditorio.

³⁷⁹ V. anche N. ABRIANI E L. QUAGLIOTTI, *An e quantum della «novissima» revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fall.*, 2008, 378, secondo cui è possibile riscontrare una nuova collocazione funzionale della revocatoria fallimentare, che, interagendo con gli strumenti tesi al salvataggio dell'impresa, dovrebbe rappresentare lo spartiacque tra gli imprenditori che illegittimamente scelgono di affrontare la fase pre-fallimentare compiendo atti funzionali alla protezione dei propri interessi (eventualmente anche attraverso pagamenti preferenziali) ed imprenditori che invece si adoperano per la salvaguardia del valore oggettivo della propria impresa, mediante il ricorso ai nuovi istituti alternativi al fallimento. Vi è da notare, però, che l'effetto dell'esenzione non è frutto della semplice

fallimentare è infatti oggettiva, non dipendendo dalla conoscenza o ignoranza dell'esistenza dell'accordo omologato da parte del terzo contraente³⁸⁰.

Entrando nel dettaglio dell'effetto protettivo dall'azione revocatoria fallimentare per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182 bis [art. 67, 3° co., lett.e)], bisogna indagare quali azioni in essa rientrino.

In dottrina si sono sostenute praticamente tutte le tesi possibili. Secondo alcuni autori, infatti, deve essere fornita un'interpretazione estensiva, capace di includere nell'ambito di applicazione delle esenzioni non solo le azioni previste dagli artt. 64, 65 e 66 l. fall. ma anche tutte le azioni di inefficacia e l'azione revocatoria ordinaria³⁸¹.

Secondo altri è opportuno limitare l'esclusione della revocatoria ai soli atti anormali e normali di cui all'art. 67 commi I e II, l. fall.³⁸².

In realtà, per quanto riguarda in particolare l'azione revocatoria ordinaria, è l'intero procedimento di omologazione che sembra escluderne l'operatività; il terzo contraente, anche qualora fosse dimostrata la sua *scientia decoctionis*, avrebbe agito sulla scorta di un accordo omologato dal tribunale, e dunque giudicato idoneo

scelta dell'imprenditore in crisi, ma è subordinato ad un giudizio di valore dell'autorità giudiziaria.

³⁸⁰ Così G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, legge fallim.)*, cit., 958.

³⁸¹ In questo senso S. BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*, in S. Bonfatti (a cura di), *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005, 139.

³⁸² In questo senso G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, legge fallim.)*, loc. cit. In senso sostanzialmente analogo A. PATTI, *Le azioni di inefficacia*, cit., 254 e ss.

dall'autorità giudiziaria al superamento della crisi. Il negozio da revocare in via ordinaria sarebbe allora basato non sulla consapevolezza dello stato di insolvenza, ma sul probabile superamento della stessa, così come accertato in sede di omologa³⁸³.

Nonostante il complesso panorama interpretativo, appare opportuno includere nell'esenzione prevista dall'art. 67, 3° co., lett.e) anche le azioni previste dagli artt. 64 e 65 l. fall.³⁸⁴, visto che, se l'atto è effettuato in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione, si colora di quella stessa causa esterna. L'accordo, infatti, inquadrato quale negozio di configurazione, può anche prevedere degli atti a titolo gratuito, ovvero altri pagamenti, ma tutte queste operazioni sono momenti esecutivi dell'accordo di ristrutturazione e pertanto, non sembrano esservi ostacoli ad estendere l'esenzione da revocatoria anche a questi atti.

Per quanto riguarda l'individuazione degli atti che non sono revocabili si deve ritenere che l'esenzione da revocatoria debba essere estesa, oltre che, ovviamente, ai negozi espressamente previsti dal negozio configurativo di ristrutturazione, anche a quegli atti, pagamenti e garanzie effettuati in diretta esecuzione dell'accordo, sulla base di un collegamento funzionale. Ci si riferisce però ai soli atti che, pur non essendo espressamente previsti, si debbano ritenere strettamente necessari in quanto strumentali o

³⁸³ Così G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, legge fallim.)*, cit., 959, secondo il quale per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria è necessario che il soggetto procedente dimostri l'esistenza di un piano <<ordito dal debitore o dal terzo di porre in atto il negozio revocando con l'intento di eludere i controlli del professionista(o, peggio, giovandosi della convivenza di questi) e di frodare i creditori>>.

³⁸⁴ In questo senso GIO. TARZIA, *L'ambito di applicazione delle esenzioni nel nuovo art. 67 l. fall.*, in *Fall.*, 2008, 640.

funzionali alla realizzazione dell'architettura contrattuale predisposta dall'accordo di ristrutturazione. Non sarebbe d'altro canto possibile ipotizzare che l'accordo di ristrutturazione omologato provochi una sostanziale immunità da revocatoria fallimentare di tutti gli atti posti in essere dal debitore con i creditori aderenti all'accordo, anche dei negozi che nessun nesso o relazione hanno con l'accordo omologato stesso.

Ma l'esenzione dalla revocatoria fallimentare copre anche i pagamenti fatti ai creditori estranei?

Secondo alcuni autori, infatti, essendo l'accordo di ristrutturazione omologato in quanto idoneo a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei, detti pagamenti sarebbero effettuati in esecuzione dell'accordo stesso³⁸⁵. Inoltre si sostiene l'estensione dell'ombrello protettivo anche ai pagamenti fatti ai creditori non aderenti sulla scorta della considerazione che sarebbe strano che i creditori estranei oltre a dover subire l'altrui esenzione dalla revoca, fossero anche destinati a subirla in proprio³⁸⁶.

La ricostruzione però non convince.

Certamente non estendere l'esenzione da revocatoria ai pagamenti fatti ai creditori estranei comporterebbe una struttura maggiormente efficiente: chi aderisce subisce una decurtazione della pretesa creditoria ma acquista sicurezza,

³⁸⁵ Così V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., 387.

³⁸⁶ In questo senso G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 397, il quale evidenzia anche come la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese faciliterebbe la prova della *scientia decoctionis*. Sostanzialmente nello stesso senso P. MARANO, *op. cit.*, 103.

mentre chi rimane estraneo conserva la sua intera posizione ma rischia³⁸⁷.

Ma non può essere ovviamente questa la ragione della non estensione dell'esenzione ai pagamenti fatti ai creditori estranei.

La ragione è invece giuridica. Come più volte notato l'art. 67, co. III, lett. e) esclude che siano revocabili gli atti posti in essere in esecuzione degli accordi di ristrutturazione omologati. Ma è proprio questo l'elemento mancante in relazione ai pagamenti fatti ai creditori estranei, il cui titolo legittimante non è l'accordo di ristrutturazione. I pagamenti fatti ai creditori estranei vengono effettuati in attuazione e secondo i tempi e le modalità di cui al titolo costitutivo del rapporto obbligatorio, che non viene intaccato o modificato dall'accordo di ristrutturazione, né potrebbe essere altrimenti vista l'impossibilità di inquadrare tali accordi tra le procedure concorsuali³⁸⁸.

Inoltre ciò che viene preso in considerazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti non è il pagamento del debito nei confronti dei creditori estranei, ma la capacità

³⁸⁷ Così A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, cit., 650, secondo cui in questo modo si otterrebbe una maggiore adesione alla *ratio legis*, che vorrebbe incentivare la soluzione della crisi attraverso un ragionevole esercizio dell'autonomia privata. Al contrario se si estendesse la revocatoria ai pagamenti fatti ai creditori estranei, si incentiverebbe i creditori a non aderire, visto che otterrebbero gli stessi vantaggi senza pagare alcun prezzo o subire alcuna decurtazione.

³⁸⁸ Osserva esattamente A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, cit., 651, che si potrebbe tutt'al più supporre che detti pagamenti vengano eseguiti *anche* in forza dell'accordo di ristrutturazione, ma che tale concorso è <<illusione ottica>>, visto che i pagamenti dei non aderenti non avvengono in esecuzione di un accordo di ristrutturazione, ma vengono eseguiti solo in quanto sia previsto nei titoli.

dell'accordo di liberare delle risorse che siano idonee a garantire il regolare pagamento dei creditori non aderenti. Il pagamento dei creditori estranei, insomma, non è oggetto di accordo di ristrutturazione, né lo potrebbe essere, visto che detti creditori non sono parti contrattuali. Sembra allora possibile giungere alla conclusione secondo cui, non essendo i pagamenti fatti ai creditori estranei effettuati in esecuzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, non sono esenti dalla revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, co. III, lett. e), l. fall.

3.4 Gli effetti degli accordi di ristrutturazione: i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in regresso.

Appare necessario, inoltre, cercare di capire se l'accordo di ristrutturazione dei debiti, che ad esempio contenga elementi remissori possa, in qualche modo, giovare, o comunque produrre effetti, anche nei confronti di eventuali coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso. È ben possibile, infatti, che, in un periodo immediatamente precedente l'accordo, l'imprenditore sia riuscito ad ottenere la concessione di garanzie fideiussorie, da parte di soggetti che, ovviamente, rimangono estranei all'accordo negoziale stesso.

L'analisi non può prescindere dall'esistenza, in tema di concordato preventivo, della norma di cui all'art. 184 l. fall, che, in deroga a quanto previsto nella disciplina di diritto comune, prevede che i creditori conservino impregiudicati i propri diritti contro i fideiussori, i coobbligati e gli obbligati in via di regresso³⁸⁹.

Bisogna dunque chiedersi se per gli accordi di ristrutturazione dei debiti si debba far riferimento alla disciplina di diritto comune che regola la solidarietà

³⁸⁹ In arg. v. da ultimo M. FERRO, *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2010, 1096 e ss. il quale precisa che dal << confronto con l'analoga e forse più perspicua disposizione dettata (ancora oggi) dall'art. 135, 2° co., in materia di concordato fallimentare, si desume che i creditori possono agire nei confronti dei suddetti soggetti per l'intero credito >>.

passiva, ed in particolare l'art. 1301 cod. civ.³⁹⁰, ovvero sia possibile applicare in via analogica la disciplina dei concordati giudiziali³⁹¹.

Appare evidente che la risposta sia nel secondo senso per tutti coloro che ritengono gli accordi di ristrutturazione dei debiti una forma semplificata di concordato preventivo, o che comunque li fanno rientrare tra le procedure concorsuali³⁹².

L'applicazione analogica dell'art. 184 l. fall., potrebbe discendere dalla ricostruzione di una identità di *ratio* e di funzione degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo, rintracciabile nell'obiettivo di ricostituzione dell'intera struttura d'impresa³⁹³. In questa ottica "unitaria" si effettuerebbe una sorta di svalutazione

³⁹⁰ Secondo cui, come è noto, la remissione effettuata a favore di uno dei debitori in solido libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri.

³⁹¹ In senso favorevole all'applicazione analogica dell'art. 184 l. fall. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, 902; G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 1107. In senso contrario all'applicazione analogica S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 168. In senso dubitativo C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 134.

³⁹² In questo senso infatti E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 184 e ss., che distingue tra accordi stragiudiziali, la cui disciplina è quella di diritto comune, ed accordi omologati ex art. 182 bis l. fall., che, rientrando, secondo tale A., tra le procedure concorsuali potrebbe essere rilevata una omogeneità di situazioni che consentirebbe, mediante l'applicazione dell'art. 184 l. fall., la conservazione dei diritti verso fideiussori e coobbligati in solido.

³⁹³ In questo senso M. SCIUTO, *op. cit.*, 348, nota 28. V. anche G. FERRI J., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 747 e ss.

del singolo rapporto obbligatorio, con conseguente esclusione dei coobbligati e dei fideiussori.

In realtà la questione merita una analisi forse un po' più articolata. Innanzitutto bisogna lasciare fuori dal campo il cosiddetto *pactum de non petendo*, la cui inestensibilità nei confronti dei coobbligati discende dalla sua natura, visto che non esime il beneficiario dal regresso ma si sostanzia, essenzialmente, nella riserva del creditore dell'intero credito verso gli altri coobbligati.

Nella ipotesi che l' accordo di ristrutturazione dei debiti contenga una remissione, ancorché parziale, sembra inadatta l'applicazione in via analogica della norma in tema di concordato preventivo che conserva integri i diritti contro i fideiussori, i coobbligati e gli obbligati in via di regresso. Come sopra precisato infatti, gli accordi di ristrutturazione dei debiti conservano una natura, ed una struttura, tipicamente negoziale, mentre l'intervento del giudice in sede di omologa è strumentale per il raggiungimento di determinati effetti, non di altri.

D'altro canto non si capirebbe quale sia l'esigenza di mantenere, a fronte di una remissione del debito, nella loro originaria consistenza i diritti nei confronti degli obbligati in solido, soprattutto in quei casi in cui la solidarietà è di tipo disuguale, perché frutto di una obbligazione di garanzia. Né sembra possibile rintracciare una supposta esigenza di politica economica incentivante la soluzione negoziale della crisi d'impresa: i creditori sono spinti alla conclusione di un accordo di ristrutturazione perché questi possono in qualche modo soddisfare l'esigenza di soluzione della crisi d'impresa, rendendo gli atti posti in esecuzione esenti da revocatoria fallimentare, non perché conservano integralmente i propri diritti verso i coobbligati in solido.

Tale esigenza al contrario continua a sussistere nei concordati preventivi, dato che l'art. 184 l. fall., che è norma sostanziale mantenuta dal legislatore della riforma e che evidenzia il profilo pubblicistico del concordato preventivo, in tale natura concorsuale e pubblicistica trova giustificazione. In detta sede infatti l'effetto esdebitatorio favorevole al debitore difficilmente potrebbe essere qualificato come una remissione in senso tecnico, ma deve essere invece ricondotto alle figure del *pactum de non petendo* e dell'obbligazione naturale³⁹⁴ e pertanto i coobbligati e obbligati in via di regresso finiscono per sopportare le conseguenze della crisi dell'imprenditore, essendo tenuti a rispondere dell'intero debito.

³⁹⁴ Così M. FERRO, *op. ult. cit.*, 1103, secondo cui << che si tratti di una deroga connessa alla rapportabilità degli effetti del concordato al provvedimento di omologa piuttosto che alla volontà delle parti, trova conferma non solo nell'affermazione della piena applicabilità delle regole comuni in caso di ulteriori accordi di natura remissoria intercorsi tra debitore e singoli creditori dopo l'omologazione stessa, ma anche nella esclusione di analoga disciplina derogatoria in altre procedure concorsuali che non la contemplano espressamente >>.

3.5 Il problema della nuova finanza e della prededucibilità. Il nuovo art. 182 *quater* l. fall.

La sorte della nuova finanza, pressoché necessaria in concreto, concessa ed erogata in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ha fortemente interessato la dottrina sin dai momenti immediatamente successivi alla introduzione dell'istituto nel nostro ordinamento.

La maggioranza degli autori sosteneva che la nuova finanza, pur potendo essere assistita da garanzie non revocabili in sede fallimentare, non potesse godere di prededucazione in caso di successivo eventuale fallimento³⁹⁵. Tale ricostruzione si fondava, sostanzialmente, sulla circostanza che la prededucazione è concessa o in via diretta dalla legge o in relazione ai crediti sorti in occasione di procedure concorsuali e presuppone l'esistenza di un preventivo controllo

³⁹⁵ Cfr. *ex multis* V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., 388; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 405. M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla << reorganisation >>*, cit., 264; G. D. MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, 379. Sul tema della nuova finanza si veda A. NIGRO, *"Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, 359 e ss.; P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, 538 e ss.; A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 487 ss.

giudiziale della fase genetica del credito che ne è munito e sua approvazione³⁹⁶. Tali circostanze non sussistevano per gli accordi di ristrutturazione che, come più volte esplicitato, non sono riconducibili alla categoria delle procedure concorsuali³⁹⁷.

Ovviamente a diversa conclusione giungeva quella parte della dottrina che inquadrava gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella categoria delle procedure concorsuali³⁹⁸. Secondo questa impostazione sarebbe stato possibile applicare l'art. 111, ult. co., l.fall., e riconoscere la prededucibilità a quei crediti finalizzati al conseguimento dell'obiettivo dell'accordo e dunque al risanamento dell'impresa, mentre il vaglio del Tribunale in sede di omologa avrebbe assolto le esigenze di controllo connaturate alla prededuzione.

In argomento è però intervenuto di recente il legislatore che, all'art. 48 d.l. 78/2010 ha introdotto un nuovo art. 182 *quater* l. fall. che stabilisce che sono “parificati” ai prededucibili, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111 l. fall.:

³⁹⁶ In arg. v. L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia*, cit., 286.

³⁹⁷ Così G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, loc. ult. cit., il quale evidenziava anche come l'assenza di prededucibilità potesse essere spiegata anche come un incentivo a perseguire l'esito positivo del piano di ristrutturazione; in altre parole, non essendo la nuova finanza assistita da trattamento preferenziale il soggetto che l'ha erogata avrebbe tutto l'interesse che il procedimento di ristrutturazione si concluda e si esegua positivamente.

³⁹⁸ Ci si riferisce ad E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 170

- i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in esecuzione [...] di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis;
- i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dagli stessi soggetti 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, ovvero in caso di diniego di omologazione quando le somme finanziate siano state destinate al pagamento di altri creditori.

L'innovazione è senza dubbio da salutare positivamente, sia perché pone fine ad un acceso dibattito in dottrina, ma soprattutto perché risolve un problema molto sentito nella applicazione pratica dell'istituto in esame e che ha fortemente limitato l'utilizzazione dello strumento negoziale di soluzione della crisi d'impresa.

L'erogazione di nuovi finanziamenti, infatti, pur essendo spesso essenziale per la soluzione della crisi, comporta però un ulteriore accrescimento del rischio di credito da parte del finanziatore, il quale si ritrova a finanziare una impresa che dichiara di essere in crisi. Allora, come esplicitato anche nella relazione di accompagnamento, il riconoscimento, sia pur in presenza di specifiche condizioni, del beneficio della prededucibilità potrebbe rappresentare un importante incentivo nella loro erogazione a sostegno dell'impresa.

Il primo comma dell'art. 182-quater prevede la prededucibilità della nuova finanza concessa all'impresa in

crisi “in esecuzione” di un accordo di ristrutturazione omologato che preveda l'immissione di ulteriori risorse finanziarie e dunque non puramente liquidatorio.

Il secondo comma si riferisce ai finanziamenti concessi “in funzione” della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, producendo l'effetto di estendere l'area della prededucibilità a quei crediti che risultino, in concreto, strumentali all'accesso dell'impresa in crisi all'istituto in esame³⁹⁹. Ci si riferisce, infatti, a quei finanziamenti - ponte che consentono molto spesso all'impresa di sopravvivere nella fase precedente il deposito delle domande di omologa degli accordi di ristrutturazione, anche considerando il fatto che la soluzione negoziale della crisi d'impresa normalmente necessita di una fase di trattative molto ampia, periodo durante il quale il finanziamento svolge un ruolo determinante per la conservazione della capacità produttiva dell'azienda.

Vi è da chiedersi se tale innovazione abbia anche carattere sistematico ed in particolare se la previsione della prededucibilità sia conferma legislativa di una visione che riconduce gli accordi di ristrutturazione alle procedure concorsuali. Sembra però che non sia possibile giungere a tanto. L'introduzione del nuovo art. 182 *quater* l. fall. sembra infatti rispondere solamente ad esigenze di carattere pratico evidenziate dalla prassi applicativa e messe in risalto dagli operatori giuridici, ma senza alcuna volontà sistematica. D'altro canto, e l'elemento non sembra abbia solo valenza letterale, il legislatore ha

³⁹⁹ Così S. AMBROSINI, *Appunti “flash” sull'art. 182-quater della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it, documento n. 204/2010.

precisato⁴⁰⁰ che i crediti sono “parificati” a quelli prededucibili, così escludendo qualsiasi volontà sistematica.

È interessante però notare come la prededuzione sia stata limitata, a tutela della massa dei creditori, solo con riferimento agli strumenti di risanamento configurati dalla nuova legge fallimentare che prevedono l'intervento, in sede di omologa, dell'autorità giudiziaria, mentre rimane, si ritiene correttamente, esclusa la prededuzione dei crediti sorti in seguito al piano attestato di cui all'art. 67, co. III, lett. d). Il legislatore, infatti, in aderenza al principio secondo cui la prededuzione è frutto di controlli preventivi del sorgere dell'obbligazione, ha ritenuto a tal fine sufficiente il controllo giudiziario effettuato in sede di omologa, che è assente nel caso del piano attestato. A conferma di ciò in sede di approvazione con modifiche del decreto legge si è altresì previsto che la prededuzione debba espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale omologa l'accordo.

La norma è intervenuta anche su altri aspetti particolarmente delicati in tema di prededucibilità.

Al comma terzo dell'art. 182 quater l. fall. si prevede che, in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, si considerino prededucibili anche i finanziamenti effettuati dai soci a favore dell'impresa in crisi “in esecuzione” di un accordo di ristrutturazione omologato, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare. Al contrario di ciò che succede normalmente in tema di s.r.l. e di operazioni infragruppo, i soci e le

⁴⁰⁰ In effetti il testo originario è stato modificato in sede di approvazione con un emendamento che ha introdotto la dizione “parificati ai”.

società controllanti, vengono considerati terzi e come tali godono della prededucibilità⁴⁰¹.

Si è inoltre prevista la prededucibilità per i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui all'art. 182-bis l. fall, purché l'accordo sia omologato. Tale innovazione, certamente opportuna per evitare che il professionista non venga protetto per la sua attività in funzione della soluzione negoziale della crisi d'impresa, ha però il difetto di limitare la prededucibilità al solo professionista che ha predisposto la relazione, quando invece la pratica ha ampiamente dimostrato il necessario intervento di altri operatori professionali, primi tra tutti gli avvocati, visto che, come sopra evidenziato, devono ritenersi applicabili tutte le disposizioni in tema di procedimenti in camera di consiglio.

Il nuovo art. 182 *quater* l. fall., infine, prevede che i creditori che hanno concesso nuova finanza in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, così come i soci o le società controllanti, ed il professionista che ha predisposto la relazione, sono esclusi dal voto e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma. Questi creditori infatti sono

⁴⁰¹ In arg. v. G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata, sub. art. 2467*, in *Il Codice Civile Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010, 441 e ss. Sulla natura di regola generale della postergazione dei crediti dei soci e dunque sulla estensibilità dell'art. 2467c.c. alle s.p.a. V. Salafia, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Le Società*, 2005, 1077 e ss. In giurisprudenza v. Trib. Udine 21 febbraio 2009, in www.unijuris.it/node/248, che ritiene possibile (e doverosa in una lettura costituzionalmente orientata) l'applicazione in via analogica dell'art. 2467 c.c., ogni qualvolta la s.p.a. si presenti con una struttura chiusa simile alla s.r.l.

sorti in occasione dell'accordo di ristrutturazione mentre la maggioranza dei creditori del 60% cui fa riferimento l'art. 182 bis l. fall., si riferisce a creditori già esistenti, che vengono così coinvolti nella gestione negoziale della crisi d'impresa.

3.6 Rapporti con i reati fallimentari.

L'introduzione nel nostro ordinamento di soluzioni negoziali della crisi d'impresa non è stata accompagnata, almeno in un primo momento, da un intervento relativo al sistema penalistico concorsuale che, nella sua originaria impostazione prescindeva assolutamente da sconosciuti meccanismi privatistici.

Come non ha mancato di sottolineare tutta la dottrina nei primi anni di applicazione della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'assenza di disposizioni penali rende l'istituto in esame poco appetibile⁴⁰²; l'imprenditore in crisi, se non adeguatamente protetto anche dal punto di vista penalistico, difficilmente si adopererà per la soluzione negoziale della crisi della sua impresa, così come difficilmente vi aderiranno i creditori, visto il rischio di essere coinvolti in forza delle norme sul concorso di persone nel reato⁴⁰³.

⁴⁰² In questi termini F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Diritto e pratica del fallimento*, 2006, 34 e ss.; A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, 147 e ss.; G. Falcone, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., 796 e ss.; E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito ed unicità dell'operazione economica*, cit., 1074; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., 388; v. anche G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., il quale ritiene che sia un bene l'assenza di un salvacondotto che escluda in via automatico, visto che l'omologazione, fornirà una presunzione semplice di liceità, trattandosi di un vaglio giurisprudenziale troppo blando.

⁴⁰³ Nello stesso ordine di idee F. VASSALLI, *I riflessi penalistici delle composizioni concordate della crisi*, in AA VV, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, 153.

Come è noto vengono puniti la bancarotta preferenziale (art. 216, co. III. 1. fall.) i pagamenti e le simulazioni di titoli di prelazione, posti in essere dal debitore allo scopo di favorire alcuni creditori a scapito di altri.

Ma è proprio questo il punto: gli accordi di ristrutturazione intervengono, per loro natura, tra il debitore ed alcuni creditori, con i quali l'imprenditore in crisi prevede la ristrutturazione del passivo.

Secondo alcuni autori l'esistenza di un accordo di ristrutturazione dei debiti, pur non comportando automaticamente l'esclusione della bancarotta preferenziale, potrebbe essere fatta valere come elemento idoneo ad escludere il dolo specifico di cui al co. III, art. 216 l. fall.⁴⁰⁴.

Secondo altri autori, invece, l'introduzione di una disciplina specifica come quella delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa ha provocato una modifica sul piano oggettivo della fattispecie incriminatrice; non sarebbe allora possibile rintracciare condotte preferenziali negli atti posti in essere in esecuzione di piani di ristrutturazione la cui fattibilità ed attuabilità è stata attestata da un professionista e vagliata dall'autorità giudiziaria in sede di omologa⁴⁰⁵.

La lacuna sembra essere stata però colmata dal d. l. 78/2010 che ha introdotto un nuovo art. 217-*bis* (esenzioni dai reati di bancarotta), dove si prevede espressamente che le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 l. fall. non si applicano ai pagamenti e alle operazioni

⁴⁰⁴ In questo senso V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., 388

⁴⁰⁵ Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 183.

compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 l. fall. o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis l. fall. ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d). l. fall.

Il legislatore è insomma intervenuto sul piano dei riflessi penali delle soluzioni della crisi d'impresa alternative al fallimento istituendo una esenzione automatica dei reati di bancarotta semplice o preferenziale, qualora l'atto sia stato posto in essere in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione omologato, ovvero di un piano di risanamento attestato.

L'esclusione automatica ha certamente il pregio di non riconoscere un ruolo al giudizio di ragionevolezza delle dichiarazioni del debitore o dell'esperto da parte del giudice⁴⁰⁶.

Nonostante questo intervento legislativo sia stato, come sopra detto, auspicato da larga parte della dottrina, non sembra però esente da critiche. La particolare conformazione dei diversi procedimenti, infatti, avrebbe imposto un trattamento differenziato, capace di coglierne le differenze strutturali e farne discendere le relative conseguenze sul piano penale.

Sarebbe stato forse più opportuno, infine, prevedere una nuova fattispecie penale capace di punire le condotte dei debitori, ovvero dei creditori e dei professionisti coinvolti, che utilizzino gli strumenti negoziali della crisi d'impresa

⁴⁰⁶ Sottolinea la necessità che il giudizio di ragionevolezza rimanga fuori dalla rilevanza sul piano della determinazione del precetto penale F. VASSALLI, *I riflessi penalistici delle composizioni concordate della crisi*, cit., 164.

come mezzi per realizzare delle vere e proprie frodi nei confronti degli altri creditori⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ In questi termini, ma prima del decreto 78/2010, anche F. VASSALLI, *I riflessi penalistici delle composizioni concordate della crisi*, loc. cit.

Capitolo Quarto

Conclusioni.

L'analisi della normativa sugli accordi di ristrutturazione dei debiti effettuata nel corso della presente indagine ha consentito, non solo di ricostruire la disciplina che regola tale istituto, ma anche di rilevare alcuni aspetti fondamentali dell'intera riforma del diritto fallimentare.

In particolare è stato possibile, anche sulla scorta dell'analisi storica sulla evoluzione degli interessi giudicati meritevoli di protezione dai vari ordinamenti che si sono succeduti nel tempo, dare contezza del termine, invalso nella dottrina specialistica, "privatizzazione" dell'insolvenza commerciale, che non deve essere inteso come integrale attribuzione ai privati della gestione della crisi d'impresa e contemporanea esclusione dell'intervento dell'autorità giudiziaria (c.d. degiurisdizionalizzazione).

Infatti, come si è tentato di dimostrare, l'obiettivo primario della riforma è quello di coinvolgere il più possibile i privati nella gestione della crisi d'impresa, attribuendo loro un ruolo sempre più rilevante, senza tuttavia comportare l'esclusivo affidamento di tutta la composizione della insolvenza commerciale.

La crisi d'impresa riguarda una pluralità di interessi, sia di natura privatistica che di tipo pubblicistico, diversi ed ulteriori rispetto a quelli del debitore e dei creditori che partecipano alla conclusione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Si è dunque sottolineato come proprio le esigenze di protezione di questi diversi interessi impongano l'intervento dell'autorità giudiziaria. Ovviamente il ruolo

del giudice disegnato dall'impianto scaturente dalla riforma del diritto fallimentare è molto lontano e diverso da quello del giudice delegato previsto nelle procedure concorsuali dalla legge del 1942, in cui era protagonista attivo ed indiscusso.

Negli accordi di ristrutturazione dei debiti, invece, la decisione sulla scelta degli strumenti ritenuti più idonei a comporre la crisi d'impresa è completamente demandata alla libera determinazione delle parti nella loro piena autonomia contrattuale. Ma dato che la loro contrattazione potrebbe avere degli effetti, ancorché solamente indiretti, sulla sfera giuridica di soggetti terzi estranei, si rende opportuno e necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria che, in sede di omologa dovrà effettuare un giudizio di merito circa l'attitudine dell'accordo a svolgere la sua funzione di soluzione della crisi imprenditoriale e la sua idoneità a garantire l'integrale pagamento dei creditori estranei. Questi ultimi, infatti, rimangono terzi rispetto al negozio di ristrutturazione e, secondo i principi generali, qui certamente applicabili, non possono risentire in via diretta degli effetti dell'accordo. Visto che la legge prevede che gli atti posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti siano esenti da revocatoria qualora l'accordo si riveli inidoneo a risolvere la crisi e dunque si giunga ad un successivo fallimento dell'imprenditore insolvente, l'autorità giudiziaria omologante dovrà valutare attentamente, secondo un giudizio prognostico, la serietà del piano e l'attitudine dell'accordo a svolgere correttamente al sua funzione. In questa prospettiva, dunque, appare errato parlare di un degiurisdizionalizzazione della crisi d'impresa, dovendosi al massimo, spinti da una irrefrenabile esigenza

classificatoria, ricorrere al concetto di disintermediazione giudiziaria.

Ampia analisi è stata poi dedicata alla natura giuridica ed alla struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Appare possibile identificare gli accordi come strumenti alternativi, e dunque diversi, da tutte le procedure concorsuali, compreso il concordato preventivo che, nonostante sia certamente istituto molto vicino, ne differisce sia in relazione alle modalità di formazione che agli effetti.

Il legislatore ha semplicemente inteso disciplinare determinati effetti conseguenti alla omologazione di un accordo, qualificabile come negozio di configurazione, con il quale il debitore in crisi ed alcuni creditori prospettino la soluzione della crisi, purché siano riscontrabili in questo accordo determinate caratteristiche sostanziali e procedurali.

Tali conclusioni sono apparse confermate anche dalla analisi degli effetti degli accordi di ristrutturazione sia nei confronti dei creditori aderenti, ma anche e soprattutto in relazione ai creditori estranei, su cui impattano non solo la citata esenzione da revocatoria fallimentare, ma anche il blocco delle azioni esecutive ed individuali che, come auspicato dagli operatori giuridici, può intervenire, a seguito del d.l. 78/2010, anche durante la fase delle trattative, ma solo a seguito della valutazione del giudice. Questa ulteriore precisazione sta, ancora una volta, a confermare come l'autonomia privata, pur assumendo un ruolo attivo rilevante e determinante, non può gestire in via autonoma la crisi d'impresa.

Ulteriore conferma di quanto affermato deve essere rintracciato nel nuovo art. 182 *quater* l. fall. che, prevedendo il beneficio della prededuzione per la nuova

finanza erogata in esecuzione ed in funzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti (e del concordato preventivo), ma non dei piani di risanamento attestati ex art. 67 co. III, lett. d), ha ulteriormente confermato il ruolo dall'autorità giudiziaria, che continua ad essere centrale anche nelle ipotesi di gestione negoziale della crisi d'impresa.

Bibliografia

- P. ABBADESSA, *Liquidazione dell'impresa in dissesto e terapia alternativa dell'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, I, 1979, 114.
- P. ABBADESSA – F. GUERRERA, *Pubblicità degli atti societari*, in *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G. F. Campobasso, Milano, tomo I, 2003.
- N. ABRIANI e L. QUAGLIOTTI, *An e quantum della «novissima» revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fall.*, 2008, 378 e ss.
- A. ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960.
- A. ALBANESE, *Il contratto normativo*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996.
- A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, 147 e ss.
- S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2005, 949 e ss.
- S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, sub art. 182 bis*, in *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005.
- S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di Diritto Commerciale* diretto da G. Cottino, Padova, 2008.

- S. AMBROSINI, *La domanda di concordato e i provvedimenti del Tribunale*, in S. AMBROSINI – P. G. DEMARCHI – M. VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Torino, 2009.
- S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*, in www.ilcaso.it, documento n. 180/2009.
- S. AMBROSINI, *Appunti “flash” sull’art. 182-quater della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it, documento n. 204/2010.
- M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell’impresa in crisi*, in *Fall.*, 2008, 1239.
- A. ASCOLI, *La moratoria e il concordato preventivo*, Milano, 1896.
- G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984;.
- M. BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in Italia nei primi anni ‘90*, Milano, 1996.
- 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, 498.
- G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- G. BENTIVENGA, *I presupposti del fallimento nell’attuale contesto economico-sociale*, in *Dir. Fall.*, 1979, I, 108 e ss.
- M. BESSONE – A. D’ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986.
- I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino, 2002.

- L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del “decreto competitività”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 51.
- L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007.
- L. BOLAFFIO, *I componenti privati per evitare il fallimento*, in *Temi Veneta*, 1887.
- L. BOLAFFIO, *Il diritto commerciale: Legislazione commerciale - Persone nell'esercizio del commercio - Atti singoli di commercio oggettivi - Obbligazioni commerciali in generale - Diritto cambiario - Depositi commerciali - Fallimento*, Torino, 1925.
- G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commento al Codice di Commercio* a cura di Andrioli Milano, 1923.
- F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 488 e ss.
- S. BONFATTI – F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007.
- S. BONFATTI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza (“legge Marzano”)*, in www.judicium.it.
- S. BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziata della crisi d'impresa*, in S. Bonfatti (a cura di), *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005.
- S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa*, in S. BONFATTI – F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006.
- A. BONSIGNORI, *Del concordato*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Legge

Fallimentare, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna – Roma, 1977.

- L. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d'Italia* annotato, parte II, Torino-Napoli, 1869.
- G. BOZZA, *Il concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2009.
- G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 954.
- A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932.
- M. BRUNO, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 263 e ss.
- A. BUTERA, *Moratoria, concordato preventivo, procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938.
- M. CAFFI, *Considerazioni sul nuovo art. 182 bis della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 878 e ss.
- A. CAIAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 542.
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, sesta edizione a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 62.
- G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, I, 918 e ss.
- A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937.
- A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr. e impr.*, 2009, 410 e ss.

- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951.
- M. CARUSO, *Appunti in tema di diritto fallimentare e operazioni di <<securization>>*, in *Fall.*, 2006, 893 e ss.
- A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 606 e ss.
- A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riforma della legge fallimentare e imprese soggette a procedure concorsuali speciali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 921 e ss.
- A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1963.
- F. CENSONI – S. BONFATTI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007.
- R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968.
- S. CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano.
- P. CIOCCA, *Un diritto per l'economia?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 887 e ss.
- CNDC, *Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione: relazioni del professionista*, in *www.cndc.it.*, 2006.
- R. COOTER, R. PARDOLESI, U. MATTEI, P.G. MONATERI E T. ULEN , *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999
- A. COPPOLA, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, in (a cura di) Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005.
- G. COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in *Autonomia negoziale e*

crisi d'impresa a cura di F. Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 207 e ss.

- F. D'ALESSANDRO, *La crisi d'impresa tra diagnosi precoci ed accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 04, 411 e ss.
- F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. Civ.*, 2006, 329 e ss.
- C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2006.
- S. D'AMORA, *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in *fallimentoon-line.it*, 2005, 10.
- A. D'ANGELO – M. BESSONE, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986.
- C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009.
- U. DE CRESCIENZO – L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare Dal maxiemendamento alla legge n. 80 del 2005*, Milano, 2005.
- B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958.
- F. DE SANTIS, *Il giudice delegato fallimentare tra <<gestione>> e <<giurisdizione>>; tracce per una riflessione de iure condendo*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 495 e ss.
- F. DE SANTIS, *Giurisdizione e competenza*, in *Commentario* diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2010.

- F. DENOZZA, *Le regole della globalizzazione tra (pretesa) efficienza e (finti) mercati: il caso dei modelli di corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 168 e ss.
- A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in *Corr. Giur.*, 2010, 245 e ss.
- F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004.
- F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull'insolvenza dell'impresa*, in *La nuova Legge fallimentare "rivista e corretta"*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2007.
- F. DI MARZIO, *"Contratto" e "deliberazione" nella gestione della crisi d'impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 73 e ss.
- F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la << meno incerta >> via italiana alla << reorganization >>?*, in *Fall.*, 2007, 703 e ss.
- F. DIMUNDO, *Note minime in tema di designazione dell'esperto, ragionevolezza del piano di risanamento*, in *Fall.*, 2009, 75 e ss.
- M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Fall.*, 2005, 575 e ss.
- M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla << reorganization >>*, in *Foro it.*, 2006, I, 263 e ss.
- M. FABIANI, *Terzietà del giudice fallimentare: sintonie e asimmetrie fra consulta e legislatore*, in *Foro it.*, 2006, I, 639 e ss.
- M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009.

- M. FABIANI, <<Competizione>> *tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, in *Fall.*, 2010, 206 e ss.
- G. FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008.
- A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, ora in ristampa anastatica, Napoli.
- L. FARENGA, *La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato*, in *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, 593 e ss.
- G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Fall.*, 2005, 1450 e ss.
- G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 1107.
- G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 847 e ss.
- F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959.
- F. FERRARA, voce *Concordato fallimentare*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961.
- G. FERRI J., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 747 e ss.
- G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- G. B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994.
- G. B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994.

- M. FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, 49.
- M. FERRO, *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2010..
- M. FERRO, *sub Art. 182 bis*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, Padova, 2007
- M. FERRO, voce *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006.
- 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, 828
- F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, 99 ss.
- S. FORTUNATO – A. JORIO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004.
- S. FORTUNATO, *Rilievi sulle principali novità della riforma del fallimento*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1027 e ss.
- S. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 889 e ss.
- E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d'impresa*, Padova, 1999
- E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econom.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2005.

- E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.
- E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990.
- E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 738 e ss.
- E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 1071 e ss. e anche in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 259 e ss.
- F. GALGANO, *Repliche in tema di società di persone, principio di maggioranza e collegialità*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 218 e ss.
- F. GALGANO, *Lex Mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993.
- F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 189 e ss.
- D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1200.
- D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio dell'insolvenza. Il diritto fallimentare tra economia e diritto*, Bologna, 2006.
- A. GAMBINO, *Limiti costituzionali dell'iniziativa economica nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 490 e ss.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.
- A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. Fall.*, 2009, I, 633 e ss., 640.
- G. GHIDINI, *La concorrenza sleale: i principi*, in *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. Dir. comm. e del*

dir. pubbl. econ., diretto da F. Galgano, Padova, 1981.

- 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, 1170.
- F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Diritto e pratica del fallimento*, 2006, 34 e ss.
- V. GRECO, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 643.
- G. GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985.
- G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1970.
- P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 156 e ss.
- U. GUALAZZINI e C. PECORELLA, voce *Fallimento (Premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 220 e ss.
- F. GUERRERA – P. ABBADESSA, *Pubblicità degli atti societari*, in *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G. F. Campobasso, Milano, tomo I, 2003
- F. GUERRERA e M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di << riorganizzazione >>*, in *Riv. Soc.*, 2008, 22 e ss.
- L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007.

- L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005.
- F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 926.
- B. INZITARI, *Dal consumo capitalistico ai consumi sociali*, in *Democrazia e diritto*, 1977, p. 83 e ss.
- B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978.
- B. INZITARI, *La <<vulnerabile>> persona giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, 680 e ss.
- B. INZITARI, *Sistema del concorso e modello di garanzia nell'esperienza italiana e straniera*, in *Dir. fall.*, 1991, I, 540 e ss.
- B. INZITARI, *I creditori (la tradizione del codice di commercio e del codice civile del 1865)*, in *Cinquant'anni della legge fallimentare*, Milano, 1994, 131 e ss.
- B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito; abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, 280 e ss.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.
- N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 438 e ss.
- P. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964.
- P. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, 101 e ss.
- L. JEANTET, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 219.

- A. JORIO, *I terzi contraenti*, in *Cinquant'anni della legge fallimentare*, Milano, 1994.
- A. Jorio – S. Fortunato, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004.
- A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 1457 e ss. ed in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, 39 e ss.
- A. JORIO, *I lineamenti di una nuova...improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 324 e ss.
- A. JORIO, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in AA VV, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Torino, 2007.
- U. LA PORTA, *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005.
- U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* già diretto da A.Cicu e F.Messineo, L.Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2009
- A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1882.
- A. LATTES, *Il fallito nel diritto comune e nella legislazione bancaria della Repubblica di Venezia*, Venezia, 1880.
- M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 359 e ss.
- B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 330 e ss.

- G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 385 e ss.
- G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008.
- G. LO CASCIO, *La nuova legge fallim.: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 362 e ss.
- G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Fall.*, 2008, 991 e ss.
- G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Fall.*, 2008, 991 e ss.
- G. LO CASCIO, *Risanamento dell'impresa in crisi ed evoluzione normativa ed interpretativa del sistema concorsuale*, in *Fall.*, 2000, 42 e ss.
- J. G. LOCRÉ, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, trad. it. Di G. Cioffi, Napoli, 1843.
- F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 19 e ss.
- F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 102 e ss.
- A. MAFFEI ALBERTI, *I terzi interessati*, in *Cinquant'anni della legge fallimentare*, Milano, 1994.
- M. MALTONI E F. GUERRERA, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di << riorganizzazione >>*, in *Riv. Soc.*, 2008, 22 e ss.

- L. MANDRIOLI, *Le relazioni attestative del professionista*, in *Nuovo diritto delle società*, 2006.
- D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, II, 2008, 311.
- P. MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fall.*, 2006, 102 e ss.
- P. MARANO, *Sub art. 182 bis*, in *Il nuovo fallimento a cura di Santangeli*, Milano, 2006, 781
- G. MARASÀ in G. MARASÀ – C. IBBA, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997.
- U. MATTEI, R. PARDOLESI, R. COOTER, P.G. MONATERI E T. ULEN , *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999
- F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure tra otto e novecento*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa a cura di F. Di Marzio e F. Macario*, Milano, 2010, 161 e ss.
- A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, 652 e ss.
- F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Torino, 2006.
- F. MILONE, *Il concorso o fallimento nel diritto romano*, in *Arch. Giur.*, XVI, p. 169 e ss.
- G. MINERVINI, *Nuove riflessioni sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. Comm.*, 1977, p. 689 e ss.
- G. MINUTOLI, *La riforma della legge fallimentare e il nuovo ruolo della giurisdizione*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 834 e ss.

- G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1047 e ss.
- P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, R. COOTER, U. MATTEI, E T. ULEN , *Il mercato delle regole*, Bologna,1999.
- L. MORTARA, *Sulla interpretazione dell'art. 825 cod. comm. (accordo amichevole nella moratoria)*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 187 e ss.
- L. MORTARA, *Gli effetti dell'accordo amichevole nella moratoria rispetto ai creditori dissenzienti*, in *Giur. it.*, 1894, I, 2, 588 e ss.
- D. MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, 37373 e ss.
- G. B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale, aggiornato con il D. Lgs. n. 169/2007*, Milano, 2007.
- G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 699 e ss.
- G. B. NARDECCHIA, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2010, 216 e ss.
- G. B. NARDECCHIA, voce *Concordato preventivo*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006.
- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974.
- R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, sub artt. 2740-2741*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1955.

- R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, sub artt. 2740-2741*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1955.
- A. NIGRO, “*Privatizzazione*” *delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, 359 e ss.
- N. NISIVOCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 101 e ss.
- P. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 1999, 826 e ss.
- G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841 e ss.
- A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003.
- A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.
- G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991.
- G. PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2009, 1092 ss.
- L. PANZANI – U. DE CRESCIENZO, *Il nuovo diritto fallimentare Dal maxiemendamento alla legge n. 80 del 2005*, Milano, 2005.
- R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto Civile*, I, Torino, 1987, 309 e ss.
- R. PARDOLESI, R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI E T. ULEN , *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999.
- R. PARDOLESI E B. TASSONE, *I giudici e l'analisi economica del diritto*, Bologna, 2003.

- A. PATTI, *Le azioni di inefficacia*, in *Commentario* diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2010.
- A. PATTI, *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi d'impresa: alternative al fallimento*, in *Fall.*, 2008, 1067 e ss.
- C. PECORELLA e U. GUALAZZINI, voce *Fallimento (Premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 220 e ss.
- P. PELLEGRINELLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La legge fallimentare commentata. Linee interpretative e profili operativi dopo gli interventi della riforma*, Milano, 2008.
- F. PENNAFINA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in CASTIELLO D'ANTONIO – CUONZO – PENNAFINA, *La prevenzione dello stato di insolvenza nel nuovo diritto della crisi d'impresa*, Napoli, 2008.
- A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Torino, 1902.
- G. M. PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 205 e ss.
- C. PETRUCCI, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 521.
- P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, 538 e ss.
- G. B. PORTALE, *Dalla << pietra del vituperio >> alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Autonomia negoziale e*

crisi d'impresa a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 3 e ss.

- G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006.
- G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fall.*, 2006, 174.
- G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il piano di risanamento*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa* a cura di A. Jorio, Milano, 2009
- R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 136 e ss.
- C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2007, 188 e ss.
- C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 131 e ss.
- R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 1955.
- R. PROVINCIALI, voce *Procedure concorsuali*, in *Noviss. Digesto it.*, XIII, 1011 e ss.
- L. QUAGLIOTTI e N. ABRIANI, *An e quantum della «novissima» revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fall.*, 2008, 378
- G. RAGUSA MAGGIORE, *La legge fallimentare nella sua realtà economico – sociale, Relazione generale*, in *Dir. fall.*, I, 1979, p. 102.
- P. RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vigente)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961.
- D. RESTUCCIA, *Brevi note in tema di fallimento del socio illimitatamente responsabile: questioni*

superate e problemi ancora aperti, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 103 e ss.

- D. RESTUCCIA, *Grado dei privilegi e transazione fiscale*, in *Dir. Fall.*, 2009, II, 66 e ss.
- V. RINALDI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007.
- N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, 216 e ss.
- A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902.
- A. ROCCO, *Il fallimento; Teoria generale ed origine storica*, Torino, 1917.
- SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.
- V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 366 e ss.
- S. ROSSI, *Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento*, Milano, 2003.
- G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006.
- L. ROVELLI, *Quale competitività per le imprese dopo le trasformazioni della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 105 e ss.
- L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis legge fallimentare*, in *Fall.*, 2007, 595 e ss.
- L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fall.*, 2009, 1029 e ss.
- D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937.

- D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1971.
- R. SACCO E G. DE NOVA, *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, X, Torino, 1982.
- V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Le Società*, 2005, 1077 e ss.
- G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, VIII ed., Torino, 1921.
- G. SANSONE, *Il caso Tripovich*, in *Fall.*, 1996, 833 e ss.
- U. SANTARELLI, *Legge Fallimentare, Disposizioni generali, Dichiarazioni di fallimento*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1974.
- U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, 133.
- F. SANTORO- PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964.
- S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952.
- G. SAVIOLI, *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2010, 272.
- P. SCHLESINGER, *Crisi d'impresa e nuove regole: le esigenze dell'economia*, in. *Nuove regole per le crisi d'impresa* a cura di A. Jorio, Milano, 2001, 155 ss.;

- M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 344.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 318 e ss., ora in ristampa seconda edizione, Napoli, 2008.
- V. SPARANO, *La crisi dell'impresa nell'evoluzione delle leggi sulle procedure concorsuali. La tutela dei creditori*, in *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, 859 e ss.
- L. STANGHELLINI, *Creditori <<forti>> e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 378 e ss.
- L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007.
- L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 94.
- E. STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fall.*, 2009, 862 e ss.
- B. TASSONE E R. PARDOLESI, *I giudici e l'analisi economica del diritto*, Bologna, 2003.
- GIO. TARZIA, *L'ambito di applicazione delle esenzioni nel nuovo art. 67 l. fall.*, in *Fall.*, 2008, 640.
- GIUS. TARZIA, *Le parti e i terzi nelle procedure concorsuali*, in *Cinquant'anni della legge fallimentare*, Milano, 1994.
- GIUS. TARZIA, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 259 e ss.
- U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006.

- G. TERRANOVA, *Lo stato d'insolvenza: per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1996., p. 82 e ss.
- G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006.
- G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 254 e ss.
- G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 547 e ss.
- G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, Torino, 2007.
- T. ULEN, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, R. COOTER E U. MATTEI, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999.
- P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA VV, *La riforma del diritto fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006.
- P. VALENZISE, *Sub Art 182 bis Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Nigro e Sandulli, 2006, 1086 e ss.
- M. VASELLI, *Concordato preventivo*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961.
- F. VASSALLI, *I riflessi penalistici delle composizioni concordate della crisi*, in AA. VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007.
- A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955.
- G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 233 e ss.

- G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”* a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008.
- G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 871 e ss.
- A. VICARI, *I doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società nel diritto statunitense*, in *Riv. Soc.*, 1999, 1244 e ss.
- A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 487 e ss.
- G. VISENTINI, *Le nuove frontiere del diritto commerciale nella crisi economica*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 597 e ss.
- A. VITALE, *Lo spirito delle norme fallimentari prima della legge del 1942*, in *Dir. Fall.*, 1979, I, 105 e ss.
- M. VITALEVI, *La moratoria nel nuovo codice di commercio in relazione ai codici olandese e belga*, Torino, 1884.
- R. VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi Srl*, in *Fall.*, 1996, 843 e ss.
- R. VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, in *Fall.*, 2003, 933 e ss.
- R. VIVALDI, *Il nuovo concordato*, in G. FEDERICO E R. VIVALDI, *La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*, Rimini, 2005.
- C. VIVANTE, *Il fallimento civile; Appendice al Trattato di Diritto Commerciale*, I, Milano, 1935.
- R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, in *Autonomia negoziale e crisi d’impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 125 e ss.

- G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010.
- D. ZANCHI, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182-bis L.F.*, in *Trusts*, 2008, 155 e ss.
- V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006.
- V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, Torino, 2008.
- L. ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazione del professionista*, Milano, 2006.
- A. ZORZI, *La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l. fall.*, in *Fall.*, 2010, 518 e ss.