Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale (*ordinamento ex D.M. 270/2004*)
in Economia e Finanza

Tesi di Laurea

Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

# La terza via nella gestione delle crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

## La gestione negoziata della crisi d'impresa tra tutela pubblicista e autonomia negoziale.

**Relatore**
Ch. Prof. Mauro Pizzigati

**Laureando**
Alessandro Scanferla
Matricola 822473

**Anno Accademico**
**2013 / 2014**

# INDICE

*pag.*

**Introduzione** 4

**Parte Prima**:
Gli accordi di ristrutturazione del debito: profili generali dell'istituto

**Capitolo 1**: Gli elementi caratterizzanti.

**1.1**: Economicità e crisi d'impresa: la preferenza per la soluzione privatistica. 9

**1.2**: Crisi, insolvenza e autonomia negoziale.

**1.2.1**: Dalla legge delle XII tavole al r.d. 16 Marzo 1942, 267: cenni sull'evoluzione della legislazione in ambito fallimentare. 13

**1.2.2**: L'autonomia privata nel confronto tra insolvenza "civile" e insolvenza concorsuale. 23

**1.2.3**: Il riconoscimento di un ruolo all'autonomia negoziale: dagli Accordi Stragiudiziali agli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti. 31

**1.3**: Finalità degli Accordi di ristrutturazione. 37

**1.4**: L'assenza del carattere di procedura concorsuale, il ruolo riconosciuto all'autonomia privata e al giudice. 40

**1.5**: Accordi di ristrutturazione, piani attestati di risanamento, concordato preventivo: una difficile convivenza. 46

**Capitolo 2**: La coesistenza di una natura stragiudiziale e giudiziale.

**2.1**: Il carattere stragiudiziale e il principio della *sovranità della volontà*. 56

**2.2**: Contenuto degli accordi: la controversa tipologia contrattuale. 61

**2.2.1**: Accordo tra le parti. 69

**2.2.2**: Causa e controllo del tribunale. 72

**2.2.3**: Oggetto. 74

**2.2.4**: Forma e l'efficacia. 78

**Parte Seconda**:

Il funzionamento degli accordi: presupposti, meccanismi operativi ed effetti.

**Capitolo 1**: La fase stragiudiziale.

**1.1**: Presupposto soggettivo. 83

**1.2**: Presupposto oggettivo. 89

**1.3**: La mancata presenza del ceto creditorio e il conteggio dei crediti. 94

**1.4**: L'ombrello protettivo. 98

**1.5**: Il ruolo dei terzi nell'istituto: l'ampliamento dell'ombrello protettivo. 104

**1.6**: La relazione del professionista. 108

**Capitolo 2**: La fase giudiziale.

**2.1:** Efficacia e omologazione dell'accordo. 113

**2.2:** Ulteriori effetti dell'omologa.

**2.2.1:** L'esenzione dai profili penali. 119

**2.2.2:** I crediti in prededuzione ex artt. 182-quater e 182-quinquies. 122

**Conclusioni** 127

**Bibliografia** 130

# INTRODUZIONE

Immaginando, per astrazione, di descrivere un mondo dove esistono vari congegni meccanici, ognuno con il proprio meccanismo specifico, ciascuno con le proprie funzioni ed esigenze di funzionamento, dovrà allora, dovrà esistere anche un soggetto che abbia per scopo ed interesse il controllo e la verifica del buon funzionamento di ciascun marchingegno, intervenendo ed aggiustandolo in caso di guasto e mal funzionamento. Costui avrà la funzione d'essere il manutentore di tali meccanismi.

Ebbene possiamo considerare tali meccanismi come le imprese che formano l'ambiente economico, ciascuna con le proprie caratteristiche, e differenti vesti giuridiche, competenze tecnico-manageriali, settori d'operatività e così via. Ogni impresa risulta essere a sua volta un soggetto complesso formato da varie parti (divisioni o funzioni a seconda della scelta operativa effettuata), ciascuna con diverse funzioni e obiettivi ma ognuna concorrente al corretto funzionamento dell'impresa stessa. Tali parti possono essere considerate i meccanismi del congegno meccanico "impresa" che pur essendo di varia misura ed assolvendo a differenti funzioni, operano all'unisono concorrendo al corretto, efficiente ed efficace funzionamento del dispositivo "impresa".

Risulta chiaro allora che ogni meccanismo con la propria complessità non è sottoposto solamente a difficoltà interne a cui far fronte (vuoi per attrito tra le parti, o per la rottura di singoli pezzi), ma, essendo inserito in un contesto ben più ampio, è sottoposto costantemente a spinte e forze dirette ed indirette dall'esterno. Qualora però tale congegno, vuoi per incuria dei manutentori, vuoi per il mutamento del contesto ambientale in cui esso è posto e che lo rende non più in grado di rispondere efficacemente alle sfide esterne, si trovi ad affrontare situazioni di stress, il corretto funzionamento potrebbe risultarne incrinato causando lo squilibrio tra le parti del meccanismo stesso. In questo caso se non si riuscirà a porre rimedio con tempestività e validità a questi cambiamenti, si giungerà ad una situazione di difficoltà che, in un crescendo negativo, passerà da momentanea a permanente con la rottura definitiva del marchingegno.

Mantenendo la finzione letteraria si ha che di fronte a questi mutamenti si possono indicare due possibili modalità di agire del manutentore: egli infatti può promuovere la distruzione del dispositivo meccanico attraverso lo smembramento ed eventualmente il

riutilizzo delle sue parti meccaniche in altri meccanismi, oppure, se riesce ad agire tempestivamente attraverso la manutenzione ordinaria, la riparazione dello stesso eventualmente cambiando le parti difettose, stringendo meglio le viti ed oliando nuovamente il tutto.

Se invece tale dispositivo fosse così complesso da avere esso stesso le capacità e competenze per auto regolare la situazione di crisi operando autonomamente le scelte ed attuando direttamente le operazioni volte a ripristinare lo stato precedente, è ancora necessario l'intervento diretto del manutentore? Non è forse preferibile lasciare che sia l'apparecchio stesso ad auto regolarsi intervenendo solamente in caso di fallimento dell'iniziativa dello stesso e solo allora decidere se rottamarlo definitivamente o tentare nuovamente di aggiustarlo, ma questa volta coattivamente? Qualora poi si consideri che questo ambiente immaginario si presenti più complesso per via della presenza di vari meccanismi con funzioni/capacità diverse, che possono essere molti i congegni che si guastano e che le procedure per ripararli o rottamarli siano piuttosto complesse e lunghe in termini temporali, è ancora saggio mantenere un controllo diretto su ciascuno di essi da parte del manutentore, correndo il rischio che questi non sia più in grado di seguire con efficacia ogni singola situazione? Oppure è preferibile favorire l'autoregolazione da parte dei congegni stessi?

Parlando fuor di metafora e tornando alla realtà dei fatti, sono varie le tematiche che si possono sviluppare nell'ambito complesso della crisi d'impresa.

La crisi stessa è connaturata all'attività d'impresa in quanto lo svolgimento di tale attività comporta in capo all'imprenditore l'assunzione di molti e complessi rischi, e la costante incertezza negli scenari futuri.

Con questo lavoro, allora, ci si propone di sviluppare l'analisi degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti, come delineati dall'art. 182-*bis* della Legge Fallimentare, istituto introdotto con lo scopo di dotare il panorama normativo di uno strumento che permettesse una risoluzione della crisi d'impresa con modalità alternative alle procedure concorsuali. La principale novità, rispetto agli istituti previsti nella legislazione fallimentare, della disciplina degli accordi stragiudiziali consiste nell'eccezionale carica autonomista garantita in capo ai soggetti che vi ricorrono rispetto alle precedenti procedure concorsuali: tanto l'imprenditore quanto i creditori sono liberi di cercare e concludere un accordo con il quale rispondere alle diverse esigenze, attraverso il quale

poter raggiungere il duplice (e certamente non facile) scopo di favorire il soddisfacimento delle pretese creditorie e di ripristinare l'economicità nella gestione dell'impresa, rimuovendo in tal modo la crisi stessa.

Così delineato, allora, l'istituto degli accordi va ad inserirsi in un panorama che ha visto una generale rivisitazione e modifica da parte del normatore al fine di rendere gli strumenti di risoluzione della crisi d'impresa e dell'insolvenza, più adatti ai tempi e maggiormente efficaci e rapidi nell'utilizzo. Tuttavia la complessità connessa allo "stato crisi" e il carattere eccezionalmente negoziale dell'istituto accordi di ristrutturazione, hanno fatto emergere alcune criticità nell'utilizzo alle quali il legislatore ha risposto a rilento e non sempre con efficacia.

L'istituto che con il tempo si è delineato allora presenta dei caratteri peculiari che si approfondiranno con questa tesi.

Volendo dare maggior spazio allo studio della caratteristica principale degli accordi, l'autonomia lasciata ai privati, si è diviso il lavoro in due parti:

- nella prima parte si evidenziano i caratteri principali dell'istituto approfondendo il rapporto tra autonomia privata, crisi d'impresa e intervento dell'autorità giudiziaria. Nella parte iniziale del primo capitolo si esaminerà il significato economico della crisi d'impresa e la tipologia di interventi che l'imprenditore (o il management) può adottare. Nel secondo sotto-capitolo si analizzerà il significato dell'autonomia privata nell'ambito della crisi d'impresa prima in una breve ricostruzione storica, successivamente attraverso il confronto tra l'insolvenza di tipo concorsuale e quella c.d. privata, infine si riprenderà il filone storico delineando le tappe che hanno portato all'introduzione dell'istituto degli accordi nella legge fallimentare, evidenziando il mutato atteggiamento del legislatore nei confronti delle dinamiche incidentali nella vita d'impresa.

  Il terzo sotto-capitolo evidenzierà le finalità e protezioni garantite agli accordi che verranno riprese e ampliate nei capitoli successivi del lavoro.

  Il quarto sotto-capitolo specifica e sottolinea la significativa assenza del carattere di concorsualità per l'istituto e dell'autonomia dello stesso, dal concordato preventivo.

Con il quinto, infine, inserendo gli accordi nelle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa, si effettuerà una comparazione dell'istituto con il concordato preventivo e con i piani di ristrutturazione attestati.

Nel secondo capitolo, invece, si inizia con l'analisi della coesistenza di una natura stragiudiziale e di una natura giudiziale nell'istituto, e si prosegue con i successivi sotto-capitoli nello studio degli accordi come contratto di ristrutturazione, secondo i requisiti fondamentali richiesti dalla legge, evidenziando, anche in questo caso, criticità e punti di forza di questo strumento.

- Nella seconda parte si evidenzierà il funzionamento degli accordi attraverso l'analisi della fase stragiudiziale nel primo capitolo, specificando allora i presupposti richiesti per accedere all'omologa e le protezioni previste e garantite dalla normativa (ciò che si vedrà essere il c.d. "ombrello protettivo"). Con il secondo capitolo invece si analizzerà la fase giudiziale, specificando la natura dell'intervento del Tribunale con l'omologazione e la tipologia degli effetti conseguenti ad un accordo omologato anche relativamente all'esenzione dai profili penali.

**PARTE PRIMA**:

Gli accordi di ristrutturazione del debito: profili generali dell'istituto

## CAPITOLO 1.I

Gli elementi caratterizzanti.

### 1.1 Economicità e crisi d'impresa: la preferenza per la soluzione privatistica.

Considerando la crisi di un'impresa come uno stato di natura, vale a dire un possibile e naturale sviluppo della vita di questa, giova chiarire cosa effettivamente si intenda con tale espressione dal momento che la sua definizione risulta essere decisiva per poter approfondire l'analisi dell'istituto degli accordi in modo adeguato. Nel giungere a questa nozione può essere maggiormente utile procedere a ritroso nell'analisi del declino d'impresa, partendo quindi dalla situazione definitiva dell'insolvenza.

Essa infatti non risulta mai essere un evento isolato, si presenta invece come l'ultima manifestazione esteriore e conseguenza diretta di un percorso, più o meno lungo, che vede il passaggio prima in altre fasi o stadi che presentano stretti legame di dipendenza tra di loro. In questa sede non ci si propone di approfondire tematiche già ampiamente affrontate nella letteratura economica e specialmente aziendalistica, si richiamano solo alcuni concetti che permettono di sviluppare meglio la trattazione[1].

Il dissesto di un'azienda è una situazione a carattere definitivo conseguente dall'insolvenza, la quale a sua volta discende da un percorso formato da due fasi distinte: declino e crisi.

Volendo rappresentare la vita di un'impresa con gli strumenti della geometria analitica la curva che risulta essere maggiormente efficace a tal scopo, e per questo più usata in letteratura, è certamente la parabola. La semplicità di questo strumento (utilizzato anche per raffigurare il ciclo di vita di un prodotto) consiste nel raffigurare efficacemente le tre classiche fasi di *crescita* (caratterizzata dal forte andamento crescente della curva), *maturità* (identificata con il vertice della parabola), *declino* (dall'andamento decrescente) della vita di un'impresa. La crisi quindi risulta essere solo l'ultima manifestazione esterna di questa progressione, successiva al declino, fase che si potrebbe concludere con la scomparsa dell'impresa dal mercato. Questo in base alle rappresentazioni classiche della vita di un'impresa. Si è rilevata, tuttavia, la presenza di

[1] Per un'analisi più approfondita si veda tra tutti L. Guatri, in *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, EGEA, 1995;

una ponderante modifica delle tre fasi sopra menzionate che ha comportato serie incidenze nello sviluppo dell'azienda. Infatti lo sviluppo economico avvenuto negli ultimi anni e la formazione di un mercato di carattere sempre più globale, hanno comportato una diffusa compressione della fase di maturità, mutamento che è stato ripreso anche nelle rappresentazioni grafiche: ora al vertice della parabola della vita d'impresa viene comunemente attribuita la fase di *declino*, non più di *maturità*, portando alla significativa conclusione che il processo che porta al dissesto ne risulta anticipato.

Questo evidente paradosso è stato ben evidenziato da A. Danovi[2] il quale affermando che "*il momento di inizio della crisi coincide con l'apice del successo*" spiega come in realtà "*in periodi di ipercompetizione, come l'attuale* (situazione economica dovuta alla globalizzazione), *per l'azienda è difficile difendere a lungo la propria posizione concorrenziale*" e per tal motivo "*non esiste più un durevole stato di maturità in cui l'impresa gode di un vantaggio competitivo sostenibile senza subire la minaccia dell'ambiente esterno e dei competitors*".

Pertanto in assenza di una costante spinta competitiva l'impresa non riesce a sfruttare pienamente e a proprio vantaggio la posizione di maturità conquistata, essa invece manifesta in anticipo gli squilibri finanziari e le inefficienze che sono causa delle prime perdite economiche - che non si evidenziano solo dal confronto con le *performance* passate ma anche in relazione alle aspettative di risultato future - e motivo di distruzione di valore. Qualora l'imprenditore o il management non riuscissero a fronteggiare la situazione adottando le misure adatte a contrastare le inefficienze e il deterioramento dell'immagine e dei rapporti con gli stakeholder, ciò che originariamente poteva essere solo uno squilibrio e una temporanea diminuzione dei flussi di cassa, inizia a manifestarsi come una situazione a carattere definitivo.

Come anticipato in assenza di interventi significativi alla fase di declino sopraggiunge una vera e propria *crisi* che oltre all'aggravamento delle difficoltà già esistenti comporta una seria perdita di credibilità nei confronti degli *stakeholders* (come ad esempio una maggior diffidenza da parte dei finanziatori, principalmente gli istituti di credito, a concedere nuovi fidi o semplicemente a confermare le esistenti linee di credito; l'eventualità che i fornitori possano decidere di ridurre i quantitativi di merce concordati

[2] A. Danovi in *Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano*, Milano, 2003, pag. 9.

qualora gli stessi non manifestino anche difficoltà a proseguire il rapporto economico di fornitura; oppure ancora un allontanamento della clientela che percepisce una riduzione della qualità dei servizi/prodotti offerti). Così alle prime consistenti difficoltà di cassa dovute alla mancanza di liquidità conseguono perdite patrimoniali che vanno ad intaccare in modo graduale ma costante, le riserve. Lo stadio ultimo di questa degenerazione non può che consistere nell'impossibilità da parte dell'imprenditore di far fronte alle obbligazioni assunte: in una parola si ha l'insolvenza.

La crisi allora deriva da situazioni ben più complesse e durature della semplice perdita rilevata alla conclusione di un esercizio annuale, queste situazioni manifestano anomalie e disfunzioni di tipo economico di non poca entità e spesso anche strutturali impedendo la formazione di valore e causa di quei flussi di cassa negativi che vanno ad alimentare le perdite. L'incertezza sui flussi di cassa futuri e la progressiva erosione del patrimonio dell'impresa comportano crescenti difficoltà ad adempiere regolarmente alle obbligazioni contratte fino ad una situazione definitiva di "incapienza" patrimoniale, che manifesta la condizione di decozione dell'imprenditore.

La presenza di imprese insolventi nella realtà economica comporta poi delle evidenti criticità per quei soggetti economici che sono ancora patrimonialmente e finanziariamente solidi, proprio per l'accentuata interdipendenza tra gli operatori nel mercato in seguito al fenomeno socio-economico della globalizzazione. Questo allora evidenzia il fatto che il successo economico delle imprese non deriva solamente dalle scelte del management o dell'imprenditore, ma risulta essere maggiormente dipendente da fattori esogeni alle dinamiche prettamente aziendali. Ecco quindi che per un'impresa patrimonialmente solida e redditualmente efficiente la presenza nel portafoglio clienti di soggetti in difficoltà economiche che richiedono, in modo sempre più persistente, dilazioni di pagamento o manifestanti una situazione d'insolvenza, comporta degli squilibri di liquidità che pur essendo isolati in un unico settore aziendale potrebbero riflettersi negativamente su tutta l'attività d'impresa, causando così anche dei fallimenti per la mancata riscossione dei crediti.

Questa situazione apparentemente senza via d'uscita richiede allora interventi mirati da parte dell'imprenditore che, per superare la crisi d'impresa e riuscire a tornare a produrre valore, attua delle *operazioni aziendali di ristrutturazione* volte a risolvere le difficoltà strutturali causa della situazione negativa. Quindi si predispone un piano di

interventi generali che gli studiosi in materia declinano nelle "*tre fondamentali aree tematiche* (dell'impresa): *i) riposizionamento industriale*; *ii) interventi sul capitale investito*; *iii) ristrutturazione della* (componente) *debitoria*"[3]. La prima area di interventi va a rivedere la strategia commerciale dell'impresa attraverso la chiusura di settori aziendali in forte perdita o tentando di "ravvivare" quei settori prima dinamici o legati al *core business* e quindi considerati trainanti per il successo aziendale. La seconda area d'interventi agisce sul Capitale Proprio dell'impresa e, se l'impresa è in forma societaria, sarà principalmente mirata alla raccolta di capitale azionario tra i soci già presenti o attraverso nuove emissioni azionarie con l'ampliamento della compagine sociale, o ancora agendo sulle obbligazioni convertibili con la conversione, appunto, delle stesse in azioni.

L'ultima area di interventi è quella su cui ci si concentrerà maggiormente nel presente lavoro in quanto relativa alla *ristrutturazione della* (componente) *debitoria*. Infatti gli interventi su questa tematica sono forse quelli maggiormente significativi per realizzare un'efficace ristrutturazione, certamente poi si presentano anche come quelli più delicati e complessi in quanto vanno ad agire su tutta una serie di rapporti esistenti tra l'impresa e i creditori (intendendo quei soggetti portatori di interessi sia convergenti, all'unico obiettivo di avere soddisfazione dei propri diritti, che conflittuali tra loro). E' proprio questa la tematica in cui si inseriscono gli accordi di ristrutturazione. Essi possono essere considerati come la "*legalizzazione*" dei piani di risanamento e ristrutturazione dell'impresa, ciò che contribuisce alla loro efficacia e che ne costituisce motivo di tutela da parte della legge.

Prima di procedere nella trattazione dell'istituto in esame, si ritiene utile, senza avere alcuna pretesa di essere esaustivi data la vasta letteratura che negli anni si è espressa in materia, ripercorrere brevemente lo sviluppo storico che si è avuto nel pensiero giuridico e nella prassi nella gestione dei fenomeni di inadempimento e di insolvenza, nell'ottica di evidenziare il ruolo affidato all'autonomia del privato nella gestione dell'insolvenza fino all'introduzione degli accordi di ristrutturazione del debito.

---

[3] Tale scomposizione è ripresa da F. Di Marzio in "*Contratto" e "Deliberazione" nella gestione della crisi d'impresa*, contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, 2010, pag. 77. Si citano anche i lavori di G. Bertoli, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, EGEA, 2000, pag. 213 e ss., e sempre L. Guatri, *Op. cit.*.

## 1.2 Crisi, Insolvenza e Autonomia negoziale.

### 1.2.1 Dalla legge delle XII tavole al r.d. 16 Marzo 1942, 267: cenni sull'evoluzione della legislazione in abito fallimentare.

Nello studio della storia del diritto[4] si riscontra che la situazione di insolvenza ha sempre evidenziato una risposta fortemente negativa da parte della comunità sociale e conseguentemente anche dal legislatore. Il confronto con questa dinamica incidentale nel rapporto economico tra due soggetti affonda le proprie radici agli albori della società umana, sviluppando però le prime importanti formulazione scritte nel diritto romano in epoca repubblicana e più specificamente nella legge delle *XII Tavole* del 450 a.C.. Dall'analisi di questa primordiale fonte normativa si deduce che il mancato pagamento dei debiti, risultanti da sentenza o confessione, comportava contro il debitore una procedura di carattere principalmente penale la cui esecuzione (contro la persona del fallito che, in mancanza di qualcuno che giungesse in suo soccorso, poteva essere ucciso o venduto come schiavo al fine di appropriarsi del suo patrimonio) veniva lasciata nella totalità in mano ai creditori. Qualora questi ultimi fossero una pluralità, la legge garantiva ad essi il diritto di ripartirsi tanto il patrimonio del debitore, o l'equivalente prezzo di vendita dello stesso, quanto le membra dell'insolvente una volta ucciso a rivalsa del credito vantato. Ciò che emerge da questa pratica è l'assenza di una nozione di insolvenza come situazione a carattere generale coinvolgente più creditori, poiché tale procedura era esclusivamente orientata al rapporto tra creditore e debitore in senso atomistico. Con la successiva *Lex Poetelia Papira* del 326 a.C.[5] si ha una parziale

---

[4] Significativo per lo sviluppo di questa tematica il lavoro di G. B. Portale il quale partendo dalla pratica medioevale della <<Pietra del vituperio>> (la quale prevedeva che il debitore insolvente calate *in pubblico le braghe* battesse *colle natiche tre volte sopra la balata o pietra del vituperio* pronunciando per tre volte le parole "*cedo bonis"*), sviluppa l'argomento mostrando l'evoluzione delle procedure esecutive in caso di fallimento del debitore dalle prime statuizioni repubblicane romane fino alle attuali formulazioni. G. B. Portale in *Dalla <<Pietra del Vituperio>> alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, *Giuffré*, 2010.

Per uno studio più approfondito v.d. M. Marrone in *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo Editore, 2006.

[5] La quale introdusse una prima distinzione tra inadempimento in mala fede o incolpevole e abolì il *Nexùm* con cui il debitore si asserviva al creditore a garanzia del prestito.

svolta: le controversie circa il mancato pagamento dei debiti vengono affidate al giudizio del pretore al quale spettava concedere l'autorizzazione affinché il creditore potesse agire personalmente nei confronti del debitore, oppure (l'evoluzione più importante) affinché fosse avviata un'esecuzione patrimoniale volta ad affidare alla custodia del creditore il patrimonio dell'insolvente a fini cautelativi (questa previsione si conserverà nelle formulazioni legislative successive). Permane tuttavia l'impostazione fortemente punitiva per il debitore insolvente anche in presenza di buona fede da parte di questi. Infatti se il creditore non si riteneva ancora soddisfatto entro trenta giorni dall'avviso da parte del pretore di tutti gli eventuali creditori della situazione di insolvenza (l'azione della *proscriptio* a cui si ricollega un minimo carattere di concorsualità), il debitore veniva dichiarato *infamis* ed era esposto sia all'umiliazione da parte della comunità, sia ad una limitazione dei propri diritti personali. Tale azione fu ridotta dalla successiva *Lex Iulia de cessione bonorum* del 7 a.C. con la quale si attuava la *cèssio bonòrum*: atto con il quale il debitore irrimediabilmente insolvente cedeva spontaneamente tutti i propri beni in favore dei suoi creditori al fine di evitare l'*infamia*. Nonostante questa maggior tutela del debitore e il graduale passaggio dall'esecuzione sulla persona del debitore ad una esecuzione sul patrimonio di questi, si è ancora ben lontani dal carattere procedurale e concorsuale delle procedure di tipo fallimentare che si svilupperanno secoli dopo. Permaneva poi un forte orientamento alla tutela degli interessi privati in luogo della massa dei creditori.

Un cambiamento verso una reale gestione concorsuale del trattamento legale dell'insolvenza si rivela solo secoli dopo e più precisamente nell'Italia Comunale. Difatti il Basso Medioevo è l'epoca in cui si ha uno sviluppo del commercio senza precedenti e oltre i confini dei territori feudali, questo ha portato alla nascita della classe sociale dei mercanti fino ad allora sconosciuta, citando le parole di R. Volante[6] "*il fallimento nasce dall'esperienza giuridica medievale* […] *con la figura del mercante, come prodromo dell'imprenditore*". Essendo la fortuna economica e l'importanza sociale di costoro fortemente dipendente dall'espansione dei loro commerci, veniva attribuita estrema importanza alla capacità di acquisire e mantenere la fiducia da parte

[6] V.d. R. Volante in *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, pag. 134, contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, *Giuffré*, 2010.

degli altri commercianti, considerata la base dalla quale ottenere un proficuo sviluppo dei traffici mercantili a livello sovranazionale (in realtà quest'ultima espressione per l'epoca è di uso forzato data la forte frammentazione territoriale e lo sviluppo di vere identità nazionali solo in epoche successive). L'operare in territori con normative diverse, dove la popolazione era sottoposta a balzelli e regole spesso arbitrarie e in continuo mutamento, e l'impostazione economica fortemente statica poiché orientata principalmente al diritto di proprietà dello *ius civili* romano, aveva palesato la necessità di garantire una diversa tutela all'operare dei mercanti. Come conseguenza si è avuta la nascita all'interno della classe dei *mercatores* di regole e norme prima su base consuetudinaria poi per iscritto, che diedero vita a vere e proprie codificazioni finalizzate a regolare i commerci. Disposizioni quindi che non presentavano un carattere esclusivamente territoriale e alle quali venne riconosciuta unanimemente (per la reciproca accettazione tra i mercanti) efficacia: nasce così il c.d. *ius mercatorum*. Poiché poi la classe mercatoria fondava la propria attività oltre che sulla capacità mercantile anche sulla fiducia (come visto poc'anzi), naturale conseguenza è stato uno sviluppo del credito senza pari rispetto ai periodi storici precedenti, si comprende allora come esso possa essere considerato una base dalla quale sviluppare una dinamica attività d'impresa. L'eventuale insorgere dell'insolvenza del debitore allora era considerato un evento gravissimo, al pari di un furto, da cui sorgeva una duplice necessità: da un lato di porvi rimedio al più presto soddisfacendo i creditori, dall'altro di punire il più gravemente possibile il mercante insolvente con il fine di limitare il riflettersi della sfiducia anche sui traffici degli altri commercianti.

Gli statuti delle città comunali furono ampiamente influenzati da queste consuetudini tra i mercanti (si ha la nascita del c.d. *diritto comune* in contrapposizione al *diritto dei mercanti*) e nacquero anche le prime formulazioni di stampo concorsuale che attribuiscono alla forza pubblica la disciplina delle procedure volendo limitare proprio gli abusi manifestatisi per l'egemonia lasciata ai privati in materia[7]. Dal momento che non era in alcun modo possibile conoscere dall'esterno la situazione di crisi in cui versava il mercante attraverso dati oggettivi, il concetto di insolvenza fu ritenuto

[7] Sempre G. B. Portale afferma che dal XIII secolo *"la cattura del debitore per autorità privata e la detenzione in carceri private vengono combattute […] di tal ché l'esecuzione personale diventa monopolio della pubblica autorità"*, in *Op. cit.*, pag. 6.

derivante dalle manifestazioni esteriori di fatti che dimostrassero la presenza di irrimediabili difficoltà economiche da parte del debitore (impostazione che permarrà anche nell'art. 5 della l. fall. del 1942): anche in epoca medioevale la fuga dell'obbligato fu considerata la conferma dello *status* di insolvente al quale si riconosceva in automatico anche l'*animus fraudator*[8]. Ciò che rileva ai fini della presente analisi è che se da un lato si mantiene la previsione di una forma di esecuzione patrimoniale derivante dall'applicazione della *cessio bonorum*, dall'altro si ha ancora la previsione di una sanzione di carattere personale che riprende il carattere della *infamia* dell'epoca romana. Significativo infatti è lo sviluppo proprio nell'Italia comunale dell'usanza della *Pietra del Vituperio* (e di altre procedure simili dalle quali sono derivate negli anni espressioni e modi di dire in uso ancora oggi[9]). A questa usanza veniva riconosciuta la specifica funzione di attuare la *cessio bonorum* attraverso un atto infamante e vergognoso per la persona del debitore da svolgersi sulla pubblica piazza per dare la più ampia visibilità possibile al fatto, cosicché tutti avessero modo di constatare e di essere messi in guardia che egli (e lui solo) fosse un pessimo pagatore.

Nonostante la durezza con cui in generale veniva trattato l'insolvente comunemente considerato un truffatore, si rintraccia in alcuni statuti comunali di quel periodo anche la possibilità di garantire una sorta di accordo negoziale tra fallito e creditore volto ad evitare la fuga del primo[10]. Tuttavia si manifestavano già all'epoca le stesse problematiche riconosciute agli accordi stragiudiziali prima e agli accordi *ex* art. 182-*bis* non omologati poi: in quanto negoziati privati questi presentavano connotati esclusivi tra debitore e alcuni creditori con chiare incertezze circa la validità dell'accordo nei

---

[8] Significative sono le parole del primo teorico del Diritto Commerciale Baldo degli Ubaldi il quale afferma che "*i falliti sono degli ingannatori e dei truffatori; né possono pretendere d'essere scusati per via d'un imprevisto colpo di sfortuna"*.

[9] Rilevante è la provenienza dell'ormai diffuso termine Bancarotta il quale se oggi indica il reato penale (v.d. artt. 216 e 217 della legge fall.) commesso dal fallito inizialmente identificava proprio l'atto fisico della "rottura del banco", ovvero dello spezzare lo strumento di lavoro utilizzato dal commerciante nell'esercizio della sua professione nella pubblica piazza con il fine di vietargli la prosecuzione del proprio esercizio.

[10] V.d. R. Volante, *Op. cit*., nota (7) pag. 130.

confronti dei creditori dissenzienti[11]. Derivando dal diritto ereditario romano l'istituto del *pactum ut minus solvatur* si ha la prima costituzione di un *pactum concordiae* tra obbligato e creditore che, a differenza delle procedure romanistiche orientate alla tutela del singolo rapporto debitorio, coinvolge "*un'*universitas *tra i creditori*" poiché "*la decozione del debitore comune crea la* (medesima) *necessità tra i creditori*" per via di "*un'inscindibile comunanza di interessi"* tra gli stessi. Venne cercata allora una possibile risoluzione alla questione della deroga al principio della relatività degli effetti del contratto con la possibilità che "*i creditori* (possano dichiarare) *la loro volontà* simul et semel*: insieme e in una sola occasione*"[12]. Si può derivare da questo anche un accenno di quel carattere assembleare proprio delle procedure concorsuali.

Con l'Età Moderna la generale espansione dell'attività mercantile, le prime forme di industrializzazione e una circolazione finanziaria senza precedenti hanno portato allo svilupparsi di una maggiore complessità dei rapporti obbligatori che svincola in modo definitivo la realtà del fallimento da faccenda privata, che si conclude con l'infamia del fallito, a fatto sempre più pubblico e coinvolgente una pluralità di interessi.

Inoltre la formazione degli Stati e della sovranità mutarono radicalmente la gestione dell'insolvenza: se in epoca medioevale si era lasciato spazio alla ricerca di soluzioni negoziali tra debitore e creditori, ora il potere centrale (di ispirazione assolutistica) si arrogava il diritto di intervenire anche nell'economia reale senza rispettare alcuna concorsualità a tutela dei creditori[13].

Lo sviluppo definitivo dello spirito autoritario delle procedure concorsuali in concorrenza della scelta negoziale si ha in seguito ai terribili e grandiosi avvenimenti succedutisi a cavallo tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo nel territorio transalpino. La Rivoluzione francese e gli scandali finanziari e fallimentari che ne seguirono rivelarono l'inadeguatezza della legislazione fallimentare dell'*Ancient*

---

[11] Per la tematica dell'opponibilità degli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* ai creditori estranei o dissenzienti vedi *ultra*.

[12] Per un'analisi maggiormente approfondita ed esaustiva sulla tematica v.d. sempre R. Volante, *Op. cit.*

[13] Il caso esemplare è quello francese delle *lettre de répit*, quei documenti ufficiali che se da un lato garantivano un po' di "respiro" ai mercanti insolventi che potevano richiedere così il blocco delle azioni esecutive nei loro confronti per un determinato periodo di tempo, dall'altro si erano rivelate invece un incredibile strumento attraverso il quale defraudare i creditori con la compressione dei loro diritti e assoggettare di fatto il potere economico al volere del sovrano. V.d. R. Volante, *Op. cit.*, pag. 145 e ss..

*Regime* rendendo necessario un organico intervento in materia[14], si giunse così al *Code de Commerce* del 1807 fortemente voluto dall'Imperatore Napoleone con il fine di regolamentare meglio la realtà economica e di delineare una disciplina sufficientemente rigida da impedire il verificarsi di ulteriori scandali fallimentari. Infatti il *Code* non solo aveva recepito un presupposto certamente più oggettivo per la dichiarazione di fallimento, identificandolo nella cessazione dei pagamenti in luogo della sola ipotesi della fuga del debitore, esso ora si presentava caratterizzato anche da una decisa limitazione dell'autonomia dei creditori, da un risoluto sfavore nei confronti del fallito (si prevedeva oltreché lo spossessamento di tutti i suoi beni anche l'incarcerazione di questi) e in generale da un carattere fortemente concorsuale: "*tutta la direzione del fallimento* (viene rimessa) *al giudice, che dovrà accertarne i presupposti e nominare le figure chiamate ad amministrarne le diverse fasi*"[15]. Tuttavia in fianco a questa impostazione costrittiva dell'autonomia privata convivevano anche due ipotesi di soluzioni negoziate dell'insolvenza quali: la possibilità di concludere un *concordat*, ossia un accordo tra debitore e la maggioranza dei creditori, in grado di impegnare l'intera massa creditoria, quindi anche la minoranza dissenziente o assente, che non comportasse per il debitore quell'insieme di limitazioni personali a cui è sottoposto il fallito. L'eventualità poi di attuare una *cession de biens* che poteva essere volontaria o giudiziaria e comportava la cessione, appunto, di tutti i beni del debitore ai propri creditori a cui sarebbe seguita la vendita con il fine di soddisfare tramite il prezzo i propri crediti. Solo in caso di cessione volontaria si richiedeva il consenso di tutti i creditori[16].

Nonostante queste possibilità in realtà non si riconobbe alcun reale ruolo all'autonomia negoziale con finalità di evitare il fallimento, anzi la riforma della legge del 1838 abolì la *cession de biens* ed incorporò il concordato entro la procedura concorsuale elevandolo a obiettivo primario del fallimento: si ha quindi un progressivo passaggio da un'impostazione individualistica nella gestione dell'insolvenza alla più ampia

---

[14] V.d. nota (2) pag. 162, di F. Mazzarella in *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerarii e figure fra otto e novecento*, contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, *Giuffré*, 2010.

[15] Citando sempre le parole di R. Volante, *Op. cit.*, pag. 151.

[16] Per un'analisi più approfondita v.d. F. Mazzarella, *Op. cit.*, cap. 2 *L'autonomia contrattuale nel* Code de commerce*: <<concordat>> e <<cession de biens>>*, pag.166 e ss..

considerazione dell'insieme dei creditori, poiché le limitazioni alle capacità di autotutela dei singoli risultano compresse in favore della tutela della massa dei creditori garantita dall'intervento dell'autorità giudiziaria.

Fu questa impostazione francese - che tra l'altro limitava il fallimento ai soli commercianti in contrapposizione al regime di ascendenza germanica che invece estendeva il concorso a qualsiasi debitore - ad essere recepita nell'ordinamento italiano con il codice di commercio del 1882, in tal maniera la procedura del *fallimento* divenne strumento organizzato attraverso il quale l'amministrazione statale (attraverso l'espropriazione dell'impresa e la liquidazione dell'azienda) poteva garantire una sorta di tutela indiretta dell'economia nazionale attraverso la tutela diretta del ceto creditorio.

Ciò detto, però, non va ad escludere un qualsivoglia grado di autonomia negoziale per i privati, significativo per la presente analisi è comprendere come ancora una volta l'idea di raggiungere un accordo tra debitore e creditori al fine di evitare il fallimento o almeno di limitarne gli effetti, non risulti affatto così recente.

Si è discusso come in epoca medioevale questa possibilità fosse già stata considerata in alcuni statuti, si aggiunge qui che anche il codice del 1882 prevedeva tanto un "concordato giudiziale" sulla scorta di quello francese con la finalità di concludere positivamente il fallimento, quanto invece un "concordato amichevole o individuale" che poteva essere avanzato anche per impedire la decozione. Questo si presentava *libero* tanto "*nelle forme (*che) *nei contenuti*" poiché non era contenuto in alcuna esplicita previsione normativa, ma "*rientrava in tutto e per tutto nella disciplina generale dei contratti*", di talché esso poteva essere stipulato dal debitore solo "*con ciascuno dei creditori intervenuti nel fallimento*"[17]. In più esso estendeva i suoi effetti ai soli aderenti poiché non poteva produrre alcun effetto giuridico nei confronti degli altri creditori, i quali erano così liberi di attuare qualsiasi azione loro spettante a tutela del credito.

Con la legge n. 197, del 21 Maggio 1903, si disciplinò meglio il "concordato giudiziale" definendone uno strumento più efficace e definitivo negli effetti: nasce il concordato

[17] Sulla tematica v.d. F. Mazzarella, *Op. cit.*, pag. 184 e ss., il quale sviluppa l'argomento del "concordato amichevole" partendo dall'istituto della moratoria introdotto con il Codice del 1865 che garantiva la "*sospensione del fallimento, o la sua dilazione se non ancora dichiarato, nel caso in cui il debitore avesse dato prova che la cessazione dei pagamenti fosse dipesa da avvenimenti straordinari e che la situazione patrimoniale non fosse del tutto compromessa".*

preventivo. La svolta che si riconosce nella previsione di questo istituto consiste nel fatto che ora diviene uno strumento attraverso il quale poter efficacemente e, soprattutto, con la garanzia di una tutela della legge, attuare tutta quella serie di misure in concerto con i creditori volte ad evitare la possibile decozione finale. Dunque esso si presentava come un beneficio (in luogo della più invasiva procedura fallimentare) al quale poteva accedervi solo quel debitore ritenuto meritevole in quanto onesto e sfortunato (dimostrando che non ha in alcun modo peggiorato il dissesto), e che fosse in grado di risollevarsi dal periodo di difficoltà transitoria.

I profondi mutamenti politici che seguirono in Italia dopo la Grande Guerra con l'avvento del fascismo e l'instaurazione di un regime dittatoriale, ebbero un'influenza anche nell'ambito della gestione delle crisi d'impresa. Il complessivo disfavore con cui veniva considerato il fallimento nel tempo permane nella riforma della legislazione fallimentare attuata con una specifica previsione normativa nel r.d. 16 Marzo 1942, n. 267. Anzi si completa il passaggio da una logica individualistica, molecolare e atomistica di autotutela dei singoli interessi dei creditori derivante dallo *ius civile* e recepita anche nel *droit commercial*, ad una prospettiva di tutela collettiva, e quindi più complessa, volta a considerare l'insieme dei creditori. Si configura così più marcatamente un ceto creditorio inteso come un unico soggetto con proprio interesse e volontà che racchiude l'insieme degli interessi dei vari creditori e non la semplice somma dei singoli interessi dei soggetti coinvolti nella crisi. Per di più questo decisivo passaggio si completa proprio in quel periodo della storia italiana dove il potere centrale si proponeva di controllare la società in generale e in specie l'economia, favorendo l'egemonia dello Stato e dell'autorità giudiziaria a discapito dell'autonomia e iniziativa privata. Infatti la logica dominante era quella del mercato perfetto sotto il controllo statale entro il quale si esplicava il ruolo di un imprenditore che svolgeva un'attività utile socialmente, non nel significato attuale del termine, ma perché rispondeva ad esigenze individuate e disciplinate nelle linee guida statali ed era considerata utile alla società italiana nel suo complesso. Sicché la legislazione concorsuale non poteva che essere orientata ad una tutela pubblicistica del mercato, dove l'autorità giudiziaria era considerata come l'unico soggetto capace di garantire i diritti e il soddisfacimento dei creditori e terzi afflitti dal fallimento. Allora non si avvertiva alcuna necessità di preservare l'impresa in crisi, anzi essa doveva essere espulsa dal sistema economico e

liquidata al fine di soddisfare i creditori. All'imprenditore fallito poi (ritenuto incompetente in quanto si considerava il dissesto come diretta conseguenza di scelte gestionali e strategiche errate) non solo si sostituiva il tribunale nella gestione dell'azienda in liquidazione, ma andava impedito anche il ritorno all'esercizio dell'attività d'impresa poiché permaneva ancora la diffusa propensione a considerare l'imprenditore insolvente come "*fraudator*"[18].

Questa esigenza di tutela aveva così ribaltato l'ottica della gestione della crisi legata al concordato preventivo del 1903, si ritorna ad escludere qualsiasi forma di risanamento per l'azienda intesa proprio come quel "*complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*" (a norma dell'art. 2555 c.c.). Siccome, in ossequio al principio civilista della *responsabilità patrimoniale*, era considerata parte del patrimonio dell'imprenditore, essa doveva essere liquidata coattivamente al fine di ottenere le risorse necessarie per adempiere alle obbligazioni.

Inoltre l'espulsione dal mercato dell'imprenditore disonesto e insolvente (o insolvente perché disonesto) era ritenuta essenziale per evitare che il dissesto si diffondesse ad altre imprese collegate economicamente, considerandolo una minaccia per gli altri imprenditori "onesti", provocando così una crisi nel mercato. L'autorità giudiziaria venne allora dotata di pregnanti poteri nell'ambito della procedura fallimentare ricoprendo, non solo la funzione di controllo della stessa, ma, specialmente, di guida effettiva del procedimento operando anche scelte di tipo economico con il fine di tutelare gli interessi dei creditori garantendo la *par condicio creditorum*.

Diretta conseguenza di questo è la propensione ad ostacolare, se non vietare espressamente, ogni tentativo da parte del privato-debitore di evitare il fallimento

---

[18] Esemplificativo è il fatto che le norme di natura civile e penale volte a regolare i c.d. *reati concorsuali* (tutti quei fatti compiuti dal fallito o da altre persone diverse dal fallito nel periodo antecedente o durante la procedura concorsuale, che comportano un aggravamento del dissesto), sono state previste entro la cornice normativa della legge fallimentare stessa al Titolo VI e non lasciate a fonti normative diverse.

Significativo G. Terranova: "*il legislatore dell'epoca intendeva attribuire alle procedure concorsuali una valenza pubblicista, riassumibile nella ben nota formula (coniata da Cernelutti e poi ripresa da D'Avack) secondo la quale sarebbe stato necessario <mettere in quarantena> ed <eliminare dal mercato> le imprese insolventi, affinché non contagiassero le altre piante che crescevano nell'orto dell'economia"*, in *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Giapichelli, 2014, pag. 4.

attuando modalità e meccanismi contrattuali-negoziali con i creditori perché considerato come un mero tentativo di occultamento della crisi.

Da ciò certamente si comprende il persistente disfavore con cui il legislatore poteva considerare l'autonomia negoziale privata, poiché si riteneva incapace di garantire l'equanimità nel trattamento concorrenziale dei diritti dei creditori per l'adozione di comportamenti scorretti volti a favorire i pochi a discapito di molti.

### 1.2.2 L'autonomia privata nel confronto tra insolvenza "civile" e insolvenza concorsuale.

Come presentato nel paragrafo precedente l'ordinamento giuridico in ogni tempo e in ogni luogo ha riconosciuto grande importanza ai fenomeni di inadempimento e, nello specifico, ai casi di insolvenza. Specialmente con le ultime riforme apportate nell'ambito delle procedure concorsuali si è avuto un rinnovato interesse nei confronti della capacità di autotutela dei singoli contraenti, ai quali è stata riconosciuta la facoltà di gestire le difficoltà economico-finanziarie in luogo del preponderante ruolo dell'autorità giudiziaria. Allora, con il fine di comprendere meglio l'importanza accordata dal legislatore all'autonomia negoziale e le possibili implicazioni che questa scelta può avere nella realtà economica futura, si confronteranno le due diverse tipologie di insolvenza (civile e concorsuale) analizzando le differenze e cercandone i punti in comune, e si comprenderà meglio il ruolo dell'iniziativa privata e il necessario controllo giudiziario nella gestione delle crisi d'impresa. Inizieremo l'analisi riprendendo il profilo storico del precedente paragrafo e partendo così dalla disciplina civilistica del rapporto obbligatorio.

Poiché l'obbligazione è quel "*rapporto tra due soggetti in forza del quale il primo* (il soggetto passivo e quindi il debitore) *è tenuto, nei confronti del secondo* (il soggetto attivo e quindi il creditore), *ad una determinata prestazione*"[19], assume rilevanza massima tanto la definizione degli obblighi per le due parti quanto il rispetto degli stessi poiché solo così si potrà giungere ad una corretta conclusione del rapporto obbligatorio. Qualora il debitore non adempia, vuoi per impossibilità oggettiva o soggettiva dello stesso, vuoi per esplicita volontà, si configura allora l'inadempimento, e conseguentemente nasce la necessità di prevedere una specifica tutela per il creditore, cioè quel soggetto avente il diritto a richiedere non meno che l'esatto adempimento di una o più obbligazioni. Riprendendo velocemente quanto sopra esposto possiamo ripetere che a questa esigenza nei secoli si sono date varie risposte: se inizialmente il soddisfacimento del credito vantato avveniva attraverso un'esecuzione personale sull'inadempiente con il fine di conseguirne i beni esperita direttamente dal creditore (ai quali era garantita ampia libertà di azione), si sviluppa successivamente la necessità di

[19] *Manuale di Diritto Privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Giuffré, 2013, pag. 361.

far intervenire la forza pubblica in luogo dell'iniziativa personale, promuovendo anche un'esecuzione sul patrimonio del debitore.

Questa svolta si ebbe con lo sviluppo del principio di portata generale considerato ora la garanzia di qualsiasi rapporto obbligatorio: la *responsabilità patrimoniale del debitore*. Esso è riconosciuto nell'ordinamento italiano all'art. 2740 del codice civile e individua nella totalità del patrimonio del debitore la garanzia generica e generale a favore di tutti i creditori in caso di inadempimento. Infatti il debitore *risponde dell'adempimento dell'obbligazione con tutti i suoi beni* sia quelli già *presenti* nel proprio patrimonio sia quelli *futuri*. Ad oggi si sono definite nell'ordinamento giuridico forme di tutela per i creditori volte a sanzionare l'inesatto adempimento dell'obbligazione esperibili solo attraverso il ricorso all'autorità giudiziaria. Più precisamente si riconosce al creditore la facoltà di richiedere e ottenere il cosiddetto "titolo esecutivo" in forza del quale assicurare la soddisfazione del credito vantato. Esso consiste in una sentenza emessa dal tribunale che, dopo aver accertato nella figura del giudice l'inadempimento, condanni il debitore al pagamento della prestazione e permetta al creditore di avviare nei suoi confronti una *procedura esecutiva* che autorizzi la forza pubblica ad agire direttamente (qualora mancassero forme di garanzie specifiche) sulla totalità del patrimonio del debitore in nome del richiedente. Si ha così prima il pignoramento dei beni del patrimonio e successivamente, attraverso l'espropriazione e la loro vendita forzosa, la rivalsa sul prezzo di vendita del credito vantato[20].

Tali forme di tutela previste vanno a valutare il singolo rapporto obbligatorio e/o contrattuale nella sua considerazione atomistica rispetto all'insieme dei rapporti costituiti dal debitore, questo perché esse possono essere promosse dall'iniziativa del singolo creditore a tutela esclusiva del proprio diritto. Agiscono sui singoli beni del debitore (e non sulla totalità degli stessi come si potrebbe erroneamente pensare dalla garanzia della generalità del patrimonio), possono infine essere promosse indipendentemente dal fatto che ci si trovi in presenza di insolvenza o meno. Infatti

[20] Si fa qui riferimento all'art. 2910 c.c.. Unica eccezione limitativa a questo principio che tuttavia non costituisce alcuna deroga allo stesso, si ha con la possibilità riconosciuta dal legislatore di prevedere che alcuni cespiti costituiscano un *Patrimonio Separato* (come un *Fondo Patrimoniale*, *ex* artt. 167 e seguenti c.c.) sui quali possano agire esecutivamente solo determinate categorie di creditori indicate espressamente dal legislatore e non già tutti i creditori del soggetto.

citando le parole di F. Macario[21] le procedure esecutive individuali "*costituiscono più specificamente mezzi di tutela contro l'inadempimento definitivo del debitore*", esse non rilevano e anzi "*possono prescindere dalla valutazione delle* (sue) *condizioni patrimoniali*". Questa precisazione è basilare per comprendere che pur rilevando la mancanza nell'ordinamento generale di alcuna esplicita definizione di insolvenza del debitore cosiddetto civile, è manifestamente e pacificamente affermabile che le forme di tutela creditorie esistenti si presentano come mezzi esperibili dal singolo creditore volti ad evitare il raggiungimento di una situazione di inadempimento definitivo e quindi di insolvenza. Ulteriore conclusione importante si ha nella mancanza di alcuna forma di collegialità nella tutela, infatti le procedure esecutive civilistiche sono di tipo individualistico poiché si basano sul principio *prior in tempore, potior in iure*, non prendono mai in considerazione la possibilità di una concorrenza tra i diritti di più creditori (unica deroga al principio sono le *cause legittime di prelazione* che invece danno la priorità al soddisfacimento di quei creditori in possesso di un titolo di prelazione in luogo di altri che ne sono privi). Infine è importante sottolineare che l'insolvenza del debitore civile è sempre stata una situazione eventuale, da cui non si è mai sentita l'esigenza di sviluppare alcuna procedura che coinvolgesse più creditori.

In contrapposizione a questo si è visto che la necessità di garantire una tutela alle pretese di più creditori si è palesata in seguito alla nascita di una figura nuova nell'ambiente economico quale il mercante prima e imprenditore poi. Si è compreso che per queste figure economiche l'insorgere di uno stato di crisi è una casistica tutt'altro che eventuale, che il mancato pagamento regolare dello loro obbligazioni può manifestarsi con una frequenza prima sconosciuta, fino addirittura a considerare l'insolvenza come un possibile e naturale accadimento nella storia economica di questi soggetti, non sempre conseguente alla volontà di frodare il creditore. Conseguentemente si sono sviluppate nel tempo forme di tutela che considerano i creditori portatori di interessi non contrastanti tra loro e che necessitano di pari tutela, si sono sviluppate così

[21] in *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, contributo a *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, 2010, pag. 34 ss., dove l'autore nella difficile ricerca di una definizione unitaria di insolvenza presenta le differenze tra la disciplina civilistica delle obbligazioni e dei contratti e le relative tutele, e la disciplina concorsuale.

differenti procedure di tipo concorsuale volte a tutelare il ceto creditorio in base al principio della *par condicio creditorum*, recepito nell'ordinamento come deroga al principio della responsabilità patrimoniale. Questa eccezione è prevista esplicitamente nel codice civile per una particolare categoria di debitori: gli *imprenditori commerciali*, ai quali l'art. 2221, *in caso di insolvenza*, assoggetta "*alle* (diverse) *procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali*".

Da ciò rileva un fatto importante: come nell'ordinamento giuridico italiano si sono sviluppati separatamente la normativa civilistica e commerciale e per un lungo periodo esse hanno convissuto separate (significativo è il fatto che nel Regno d'Italia si presentavano separatamente un Codice Civile datato 1865 e un Codice di Commercio sviluppato in seguito nel 1882 la cui unione in un unico Codice Civile si è avuta solo al tramonto dell'epoca monarchica nel 1942), altrettanto separatamente si sono sviluppate due distinte definizioni di insolvenza l'una civile l'altra commerciale in quanto rispondenti a diverse esigenze di tutela riconosciute dal legislatore.

A voler essere più precisi, proprio perché lo stato di decozione del debitore civile è sempre stato un evento piuttosto isolato, la definizione del concetto di insolvenza non deriva dagli studi di diritto ma, in realtà, dall'ambito degli studi economico-finanziari in materia d'impresa e come tale è stata recepita dal diritto commerciale. Questa insolvenza (chiamata "concorsuale" perché coinvolgente più creditori) è strettamente legata ad una anomalia che si insinua nel regolare ciclo produttivo e di creazione della ricchezza, ed è fonte di una crescente incertezza sui flussi finanziari e di cassa futuri che comportano uno squilibrio finanziario. Quindi si ha prima l'impossibilità ad adempiere in modo regolare, inteso con mezzi normali e alle scadenze pattuite, alle obbligazioni contratte, poi il progressivo depauperamento del patrimonio aziendale dovuto all'erosione delle riserve per le perdite accumulate. Stante ciò però si evidenzia una costante difficoltà per il legislatore e per il tutore della legge legata all'impossibilità di riuscire a constatare il succedersi di queste importanti fasi che spesso anche per chi è coinvolto all'interno dell'impresa non sono così nettamente distinguibili se non attraverso l'ultima manifestazione. Inoltre i mercanti prima e gli imprenditori poi sono sempre stati restii a palesare esternamente una qualsiasi minima difficoltà economica o finanziaria per il perenne timore che così facendo ci sarebbe stato un peggioramento della propria situazione avvantaggiando i concorrenti: si decise allora di usare

l'espediente di far derivare lo stato di insolvenza da alcuni comportamenti del debitore e di coloro con cui è in rapporti economici, in grado di manifestare esternamente lo stato di decozione[22].

In ambito civile, invece, si rileva che l'attenzione del legislatore è stata sempre rivolta al singolo rapporto tra la parte passiva e attiva, da cui la mancata definizione di una nozione di insolvenza civile è dovuta allo sviluppo di misure a tutela del creditore finalizzate a favorire il soddisfacimento delle pretese creditorie prima del raggiungimento di una situazione di insolvibilità del debitore[23].

La già citata rarità dei fenomeni di dissesto civile avvenuti nel tempo e la naturale mancanza di un'eccessiva complessità nei rapporti economici dei privati (significativo è il fatto che lo *ius civili* si è sviluppato principalmente nella definizione e tutela del diritto di proprietà piuttosto che nella disciplina delle obbligazioni), da cui la rarità dei casi in cui si ha la concomitanza di interessi dei creditori, sono motivo del mancato sviluppo nel tempo di una tutela strutturata in caso di decozione del debitore "civile". Quindi anche la conseguente assenza nel codice civile di una definizione espressa della nozione di insolvenza "civile".

La mancanza di una tutela organica per il creditore danneggiato è stato motivo di diffusa doglianza da parte della giurisprudenza, specialmente in seguito ai profondi cambiamenti sociali avvenuti negli ultimi vent'anni dove si è manifestato un incremento nel ricorso al credito anche per i privati senza precedenti, e una conseguente maggior complessità nei loro rapporti economici dovuta all'indebitamento. L'attuale crisi economico-finanziaria che ha colpito, principalmente, le economie occidentali, ha portato allo sviluppo del tutto eccezionale di fenomeni diffusi di insolvenza anche

---

[22] Si è visto come in epoca medioevale lo stato di decozione si rilevava nella mancanza di credito e fiducia da parte degli altri mercanti, principalmente – e in ogni tempo - nella fuga del debitore, poi nel *Code* venne considerata invece la cessazione dei pagamenti. Nella legge fallimentare del 1942 l'art. 5 recepì le diverse impostazioni facendo derivare lo stato d'insolvenza da *inadempimenti o altri fatti esteriori* che siano in grado di dimostrare come il debitore avesse perso la capacità di *soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*.

[23] Significative in tal senso sono le parole di F. Macario, *Op. cit.*, pag. 41, il quale evidenzia che poiché la "*relazione bilaterale*" viene posta al "*centro della normativa* (allora) *le tutele non potranno che risultare conformate dal legislatore in modo da garantire al creditore una sorta di "via d'uscita" dal rapporto obbligatorio e/o contrattuale, in considerazione dell'insolvenza*".

nell'ambito prettamente civilista in seguito all'inusuale ricorso al credito da parte dei privati, conseguentemente ora la possibilità che il debitore civile non sia più solvibile è diventato un fenomeno decisamente più frequente al punto da rendere necessario un intervento in una materia prima impensabile. Infatti in risposta a queste nuove esigenze si è avuto un recentissimo sviluppo della questione (il modo con cui si è giunti a questa riforma attiene al classico sistema della decretazione d'urgenza volta a disciplinare in breve tempo la materia supplendo alla mancanza di lungimiranza da parte del legislatore). Si è avuto così un intervento organico con la legge n. 3 del 27 Gennaio del 2012, poi modificata dalla successiva legge n. 179 del Dicembre del medesimo anno, con le quali vennero introdotte nuove "procedure concorsuali" accessibili proprio da parte di quei soggetti che in precedenza ne erano esclusi ovvero gli imprenditori commerciali al di sotto delle soglie dimensionali previste nella legge fallimentare, gli enti commerciali, i liberi professionisti, e, novità più rilevante di tutte, anche i consumatori. Queste sono le procedure per le crisi da *sovraindebitamento*. Senza addentrarci ulteriormente nella questione che fuoriesce dalle finalità del presente lavoro, diremo che con questa nuova normativa si sono previste procedure di tipo concorsuale anche a tutela dei creditori di un debitore non fallibile, che quindi prima potevano ottenere l'escussione del proprio credito solo attraverso le procedure di tutela previste dal codice civile. Da questa nuova pronuncia del legislatore deriva anche la tanto richiesta definizione di insolvenza "civile" intesa in quest'ambito come sovra-indebitamento: ovvero "*la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente*"[24].

In precedenza, tuttavia, il vuoto normativo veniva colmato attraverso il confronto tra il principio civilista della responsabilità patrimoniale e l'analisi analogica del dettato dell'art. 5 l. fall., da ciò deriva la considerazione che il fenomeno di decozione del debitore civile, ovvero quella situazione di impossibilità ad adempiere dello stesso ai propri obblighi contrattuali, sia conseguenza diretta non di uno squilibrio finanziario ma

[24] Secondo la definizione fornita da N. Soldati in *Il sovraindebitamento del soggetto non fallibile e del consumatore. La liquidazione del patrimonio*, pag. 373, contributo al lavoro *Il fallimento e le procedure negoziali di soluzione della crisi*, AA. VV., Gruppo 24ore, 2013.

di un depauperamento patrimoniale. L'assenza di un concetto unitario di insolvenza ha, come anticipato, sviluppato nel tempo due forme di tutela distinte, tuttavia ai fini della presente analisi ci si soffermerà principalmente all'ambito della gestione delle crisi d'impresa. Si ribadisce che l'insolvenza considerata nella legge fallimentare e alla cui risoluzione sono volte le procedure concorsuali è unicamente di natura commerciale, e questa precisazione è dovuta dal comma primo dell'art. 1 della stessa legge fallimentare il quale afferma espressamente che "*Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale*", il soggetto giuridico risulta allora l'imprenditore così come delineato dall'art. 2082 del c.c. e in specie l'imprenditore commerciale che è soggetto "*all'obbligo dell' iscrizione nel registro delle imprese*" in quanto svolge le attività elencate all'art. 2195 del c.c..

In definitiva per le ragioni sopra descritte si è avuto nel tempo uno sviluppo separato di due nozioni di insolvenza per la contrapposizione tra tutela individuale e concorsuale, impedendone la formazione di un concetto unitario che sfugge ancora oggi[25]. Tuttavia se per i fenomeni di insolvenza "concorsuale" si è rilevata in passato l'esigenza di rimettere la gestione della procedura direttamente all'autorità giudiziaria quale unica assicurazione riconosciuta dall'ordinamento per garantire la parità di trattamento dei creditori, ora il legislatore stesso ha affidato all'autonomia negoziale privata un ruolo prima sconosciuto nella gestione e risoluzione della crisi d'impresa. Questo si è palesato nelle riforme succedutesi dal 2005 dove con la modifica degli istituti fondamentali del Concordato e della Revocatoria fallimentare si è avuto un deciso cambiamento di rotta nella considerazione dell'impresa in crisi, ritenendo maggiormente utile mantenere l'azienda attraverso soluzioni di tipo concordatario in luogo della liquidazione conseguente al fallimento[26].

---

[25] F. Macario, *Op. cit.*, pag. 26, evidenzia come *rimaneva nel pensiero degli studiosi […] la netta distinzione tra la tutela individuale e quella concorsuale del credito che, impedendo di fatto la* reductio ad unum *dell'insolvenza in senso giuridico, sembrava legittimare l'esigenza di mantenere distinte l'insolvenza <<civile>> e quella <<commerciale>>*. E questa distinzione permane nonostante la procedura di sovraindebitamento presentata brevemente sopra.

[26] Significativo è ancora F. Macario, *Op. cit.*, nota (32), pag. 45, che sottolinea come "*le vecchie esenzioni* (alla revocatoria) *configurano delle eccezioni al principio della* par condicio creditorum, *giustificate in ragione della causa del credito esentato, le esenzioni di recente introduzione, invece, mirano a*

Il concetto di stato di crisi che ne è derivato allora (quale presupposto oggettivo per accedere al concordato e come si vedrà anche all'omologazione degli accordi di ristrutturazione del debito) non può che svilupparsi dal confronto tra i due contesti, civile e commerciale, e dalle due nozioni di insolvenza derivanti. Da qui l'esigenza di giungere ad una nozione unitaria non tanto di insolvenza, quanto di presupposto per l'apertura di procedure alternative al fallimento che sia collegato quindi allo stato di crisi considerato come evento prodromico di una possibile futura non solvibilità del debitore e di conseguenza al "rischio d'insolvenza". Da cui la concezione dinamica che ne deriva decisamente diversa e scostante dalla nozione di insolvenza "civilista" che si è visto essere invece tipicamente statica perché derivante dal depauperamento del patrimonio. Lo stato di crisi ora non è esclusivamente dipendente dal mancato pagamento dei debiti, esso deriva dalla capacità reddituale dell'impresa intesa così nel suo costante divenire proprio perché attività dinamica, dipendente allora dallo sviluppo di adeguati flussi finanziari e di cassa. Rilevante è, pertanto, anche il credito di cui gode l'impresa nel mercato inteso come fiducia accordata tanto dal consumatore finale quanto dai fornitori e partner commerciali all'impresa, ed è interessante allora verificare come venga ripresa dal legislatore la vecchia logica medioevale che considerava la capacità commerciale del mercante fortemente legata alla sua capacità di conquistare e mantenere la fiducia degli altri commercianti. Il dinamismo tipico di un'attività d'impresa costantemente *in fieri* viene così riconosciuto dal legislatore che, finalmente, ha sviluppato un insieme di procedure e istituti finalizzati a garantire il prosieguo dell'azienda attraverso la risoluzione di dinamiche incidentali nel momento in cui esse vengono a sorgere, promuovibili con l'insieme dei soggetti interlocutori dell'imprenditore e quindi anch'essi interessati dalle possibili svolte negative conseguenti alla crisi.

Assume così notevole importanza comprendere come l'autonomia negoziale garantita dalle nuove norme possa esplicarsi e, specialmente, come si siano ridisegnati i confini tra la capacità del privato di autotutelarsi e l'intervento dell'autorità giudiziaria per garantire la *par condicio creditorum*.

---

*preservare il valore aziendale dell'impresa insolvente al fine di incentivare la soluzione concordataria della crisi per il risanamento dell'impresa*".

### 1.2.3 Il riconoscimento di un ruolo all'autonomia negoziale: dagli Accordi Stragiudiziali agli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti.

Dopo la sua approvazione l'impianto strutturale della legge fallimentare rimase pressoché immutato per quasi sessant'anni, invero vi sono state alcune riforme, ma tali modifiche non furono mai così significative da promuovere un reale cambiamento nel dettato e anche nello spirito della legge. Questo nonostante il radicale mutamento avvenuto negli anni successivi al secondo conflitto mondiale del sistema politico e, insieme, del contesto economico-sociale[27] della nazione.

L'entrata dell'Italia nell'Unione Europea e le spinte dovute alla globalizzazione dei mercati che hanno portato le imprese italiane da un lato ad affacciarsi in un ambiente internazionale dall'altro a confrontarsi con imprese estere operanti in Italia, avevano rilevato la necessità di una riforma organica della legge fallimentare del '42. Si richiedeva coralmente una radicale riorganizzazione della stessa che coinvolgesse maggiormente i soggetti interessati (il debitore, i creditori e in generale i terzi) nella gestione della crisi d'impresa, e che risolvesse le criticità - specialmente in merito alla durata dei processi e ai costi delle procedure - emerse negli anni. Inoltre la mutata prospettiva nei confronti dell'attività imprenditoriale, alla quale ora si riconosce un'utilità sociale nella stessa Costituzione, ha favorito lo svilupparsi, anche se piuttosto graduale, di una mutata propensione verso le situazioni di insolvenza. Si iniziò a considerare in un'ottica diversa la tematica della gestione della crisi d'impresa, riconoscendone un'importanza nuova volta alla minimizzazione dei possibili effetti dannosi sulla realtà economica e non più orientata esclusivamente agli interessi dei soli creditori, la priorità ora è quella di allargare la tutela agli interessi di tutti gli *stakeholder* che gravitano intorno all'impresa. In tal modo si è rivalutata la possibilità di proseguire l'attività attraverso il risanamento, in luogo di uno smembramento e liquidazione dei complessi aziendali. Questo mutamento ha portato all'introduzione della

[27] Si consideri che alla conclusione della Seconda Guerra Mondiale ha seguito una radicale trasformazione del sistema politico del Paese con la nascita della Repubblica in luogo della Monarchia, e il profondo mutamento del sistema economico dell'Italia che, da paese prevalentemente agricolo, muta con gli anni, in special modo nel periodo denominato del "boom economico", in industriale e alla nascita e sviluppo della c.d. "classe media" che ha rivoluzionato i consumi e portato ad una maggior distribuzione della ricchezza.

*Amministrazione straordinaria delle grandi imprese* (D.lgs. n.270 del 1999), procedura con la quale si persegue la massima priorità di preservare l'impresa, in luogo della liquidazione dei suoi impianti, proprio perché in quanto "*di grandi dimensioni*" gravitano intorno ad essa una moltitudine eterogenea di interessi che rimarrebbero insoddisfatti in caso di cessazione dell'attività. L'avvio di ponderanti e fondamentali riforme, susseguitesi dal 2005, hanno portato ad un ulteriore mutamento della prospettiva di protezione tipica delle procedure concorsuali, ponendo al centro del sistema una capacità, riconosciuta all'autonomia privata prima senza precedenti, tale che non sia più possibile considerare l'insolvenza come analizzabile solo da punti di vista separati[28].

Anzi, la sempre maggior importanza accordata all'autonomia negoziale come elemento fondamentale a cui affidare la gestione delle difficoltà economico-finanziarie ha portato allo sviluppo in fianco alle procedure concorsuali, della possibilità per i richiedenti di accedere alle c.d. risoluzioni stragiudiziali, attuando quello spostamento dell'attenzione, come affermato da Di Marzio[29], dalla tutela pubblicista alla autotutela dei contraenti attraverso il favorire la composizione stragiudiziale della crisi. Le riforme della revocatoria fallimentare e dell'istituto del concordato hanno favorito questo spostamento in tema di crisi d'impresa dando spazio alla soluzione stragiudiziale e riscuotendo un notevole successo nell'utilizzo[30], successo identificabile da diversi fattori e motivazioni sia "interne" alle valutazioni d'impresa che "esterne".

Tra le prime possiamo considerare la generale difficoltà a render pubblici i dati aziendali da parte dell'imprenditore. Ciò si verifica sia per la naturale diffidenza umana, che per l'esigenza di proteggere da comportamenti imitativi il bagaglio di conoscenze, competenze e prassi operative che nel tempo si sono sviluppate internamente all'azienda

---

[28] F. Di Marzio in "*Contratto" e "Deliberazione" nella gestione della crisi d'impresa*, in *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito, contributo a Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, 2010, pag. 73 e ss., dove lamenta l'errato uso del termine "privatizzazione" utilizzato per sintetizzare questo accentramento dell'autonomia in luogo della *vecchia regola pubblicista*, leggendone invece un non tanto velato richiamo al <<mercatismo>>.

[29] *Op. cit.*

[30] M. Sciuto nel suo contributo *Accordi Stragiudiziali*, in *Diritto Commerciale: Volume I*, Giapichelli, 2013, parla di "*propensione alla composizione stragiudiziale*" delle crisi d'impresa.

(oggi diremo "*know-how*") e che ne hanno decretato la sopravvivenza nel mercato. Infine l'imprenditore è restio a rendere pubblici i dati aziendali nell'occasione in cui si manifestino le prime difficoltà temendo lo sviluppo di uno stato di crisi successivo (qusta è la casistica principale in cui tale "istinto protettivo" si acuisce). Questo perché la conoscenza da parte dei terzi della situazione di crisi dell'impresa sarebbe cagione di un grave pregiudizio per la continuazione della stessa attività d'impresa, poiché ne conseguirebbe la possibile adozione di comportamenti opportunistici da parte dei concorrenti nel mercato volti a sfruttare a proprio vantaggio la situazione di difficoltà, mentre da parte dei creditori si ha la promozione di tutta una serie di misure volte a tutelare i crediti in essere e, per quanto possibile, ad evitare l'accensione di nuovi crediti da parte dei soggetti che intrattengono relazioni economiche con l'impresa. I fornitori poi si presenterebbero più restii a continuare il rapporto di fornitura, o almeno essi spingerebbero per "strappare" condizioni economiche a loro più favorevoli temendo la mancata escussione dei nuovi crediti commerciali; i creditori finanziari (che nello scenario economico italiano sono rappresentati principalmente dagli istituti di credito) si mostrerebbero meno disposti a concedere nuove aperture di credito e richiederebbero, in seguito a sconfinamenti del fido accordato e alla presenza di rate non pagate, la revisione delle condizioni generali di credito e la richiesta di nuove garanzie. In sostanza qualsiasi creditore, commerciale o finanziario, potrebbe farsi promotore di misure cautelari, se non addirittura avviare procedure esecutive individuali. In definitiva la sola conoscenza da parte di terzi di una situazione di difficoltà interna all'impresa risulta essa stessa momento prodromico ad un successivo ed effettivo aggravamento dello stato di crisi come anticamera dell'insolvenza.

In aggiunta si sottolinea che un ulteriore motivo di ritrosia, che comporta spesso una scelta attardata nell'avviare una procedura concorsuale da parte dell'imprenditore, è legato alla forte restrizione della libertà d'agire e di disposizione dei beni aziendali cui sarebbe sottoposto il debitore in seguito all'intromissione d'*imperio* dell'autorità giudiziaria[31].

[31] Infatti nelle procedure concorsuali il ruolo dell'autorità giudiziaria si esprime ai massimi livelli in quanto si ha una vera e propria sostituzione sia nella persona dell'imprenditore (attraverso il suo esautoramento e l'estromissione dalla guida dell'impresa), sia nelle funzioni dello stesso che, in merito alla destinazione futura dell'azienda, vengono ora avocate al Tribunale e agli stessi creditori.

Volendo ora capovolgere il punto di vista fin qui adottato e, attraverso uno stratagemma letterale, “indossare le lenti” dei creditori, si evidenzia - tra le motivazioni “esterne” - che anche questi ultimi mostrano la stessa preferenza per una regolazione stragiudiziale della crisi in luogo dell’avvio di procedure concorsuali.

Poiché il principale ed esclusivo interesse di costoro non può che consistere nell’esigenza di ottenere l’esatto soddisfacimento alle loro pretese creditorie, tale esigenza si scontra con una complessiva inefficienza, riscontrabile dalle procedure giudiziarie italiane. La lunghezza delle stesse (esemplificativo è il fatto che il tempo medio di chiusura del fallimento risulti pari a 7 anni), la loro onerosità (in quanto queste procedure sono complesse perché vari sono i soggetti coinvolti e di conseguenza elevati sono i costi di gestione) e, infine, la complessiva inefficienza dati i parziali risultati cui giungono (il recupero dei crediti è invero molto limitato e i creditori incorrono comunque in ingenti perdite patrimoniali), non ne fanno certamente una strada preferibile né dall’imprenditore né tantomeno dai creditori che, anzi, vi ricorrono quando costretti, ossia solo qualora qualsiasi altra strada percorribile si presenti ormai inattuabile o ritenuta non praticabile da una delle due parti. Considerando ciò allora è evidente la preferenza anche da parte dei creditori nei confronti di uno strumento per la risoluzione della crisi di tipo extragiudiziario, che risulti essere più snello nelle fasi del procedimento e quindi anche più veloce, e che sia in grado di favorire un soddisfacimento, forse non integrale ma certamente più rapido, delle pretese creditorie.

Tuttavia, in contrapposizione a questi fatti positivi e nonostante la generale preferenza accordata dagli operatori economici, il ricorso ad istituti stragiudiziali è stato fortemente ostacolato per la quasi totale assenza di una tutela giuridica nei confronti dei sottoscrittori, inficiando così la conclusione positiva di queste procedure qualora venissero comunque intraprese. Dal lato delle tutele si evidenzia però che per questi accordi, la cui formazione avviene solo tra limitate parti contrattuali, non è in alcun modo possibile far seguire agli effetti tipicamente negoziali anche quegli effetti legali che estenderebbero la loro portata *erga omnes* senza un adeguato intervento dell’autorità giudiziaria, intervento finalizzato a rendere privo di attriti lo spostamento degli stessi dalla sfera meramente negoziale a quella giuridica.

In mancanza di questo passaggio quindi permangono gli ostacoli che, riprendendo la classificazione proposta da M. Sciuto in *Diritto Commerciale: Volume I*[32], evidenziano cinque tipologie di "rischi" cui vanno incontro gli aderenti a questi accordi stragiudiziali:

- La possibilità che i creditori estranei all'accordo possano chiedere il fallimento dell'imprenditore sia durante le trattative dell'accordo che alla fine delle stesse.
- La possibilità che tale iniziativa sia accolta anche dagli stessi creditori aderenti.
- La mancata protezione degli atti compiuti dalla revocatoria fallimentare.
- La mancanza di alcuna tutela nei confronti dei prestatori della c.d. "nuova finanza" e quindi il rischio di incorrere nei casi di *ricorso abusivo al credito* a norma dell'art. 218 legge fall..
- Infine il rischio, in assoluto il più detestabile, che gli stessi creditori aderenti, che hanno accettato così dilazioni di pagamento, pagamenti parziali o comunque rinunce a parte delle loro pretese creditorie, possano essere ritenuti penalmente responsabili e incriminabili per il reato di *concorso in bancarotta* a norma dell'art. 216 legge fall..

Come già affermato più volte si è manifestato un mutamento nella propensione verso la soluzione negoziata della crisi in luogo del preponderante ruolo dell'autorità giudiziaria, si è sentita così sempre più pressante l'esigenza di risolvere tali criticità portando alla nascita degli attuali accordi di ristrutturazione del debito. Tuttavia il percorso di modifica, secondo una tipicità tutta italiana, non fu certo così rapido ne tantomeno lineare e organico come invece gli operatori economici e la stessa giurisprudenza richiedeva e sperava.

I lavori alla Camera iniziarono con la costituzione della *Commissione Trevisanato* nel 2001, commissione che ispirandosi al principio della soluzione negoziale della crisi aveva avanzato due proposte di riforma alla legge fallimentare, tuttavia i tempi ancora non erano maturi e non si riuscì a definire neanche un *disegno di legge*. L'anno successivo, il 2002, venne proposto un nuovo disegno di legge che avanzava qualche timido passo verso la modifica della legge fallimentare tanto da ricevere l'appellativo di "miniriforma", tuttavia il "testo Caruso" (dal nome del parlamentare proponente) non ottenne l'approvazione del Parlamento e rimase solo un disegno.

[32] *Op. cit.*

Passarono due ulteriori anni prima che la tematica venisse riconsiderata e l'iniziativa in quella occasione fu presa direttamente dal Governo che ripropose il vecchio testo Caruso all'interno di un maxi-emendamento, come a dare maggior forza alla cosa nella speranza che passasse e si potesse giungere infine alle votazioni. Ancora una volta gli sforzi furono vani e il tutto si risolse in un niente di fatto.

Solo al quarto tentativo si ottenne qualche risultato. Se la scelta della via ordinaria per la formazione delle leggi era risultata fallimentare perché troppo lunga e non suffragata da una maggioranza di opinioni e d'intenti così unanime, il nuovo Governo aveva allora deciso di intervenire autonomamente, e così, in ossequio al dettato dell'art. 77 della Costituzione, adottò nel caso di "*straordinaria necessità e urgenza*" un decreto-legge detto "sulla competitività" attraverso il quale furono apportate modifiche significative agli istituti della revocatoria fallimentare e del concordato preventivo, introducendo nel nostro ordinamento gli *Accordi di Ristrutturazione dei Debiti*. Era il d.l. n. 35 del 14 marzo 2005, che venne successivamente convertito in legge il 14 maggio 2005, con la Legge n. 80.

## 1.3 Finalità degli Accordi di ristrutturazione.

Gli accordi di ristrutturazione del debito rappresentarono una delle novità apportate dalla riforma della legge fallimentare attuata a metà del primo decennio del nuovo secolo. Essi furono introdotti dal d. l. n. 35 del 14 marzo 2005, successivamente convertito in legge con la Legge del 14 maggio 2005, n. 80, e inseriti nell'impianto della legge fallimentare con l'articolo 182-*bis*, presentandosi nel panorama normativo italiano in sordina per svilupparsi solo successivamente come istituto autonomo. La grande novità, conseguente alla loro introduzione, si sostanzia per l'obiettivo volto a conservare l'impresa in stato di crisi attraverso il risanamento, ricercando una soluzione negoziale con i creditori[33] in luogo della liquidazione della stessa. Sarà proprio questo riconoscimento di una "tendenza espansiva dell'autonomia privata" che ne costituirà un istituto diverso dalle procedure concorsuali, come verrà spiegato meglio in seguito. Ricorrendo allo strumento degli accordi l'imprenditore è in grado di incidere sulla configurazione dei debiti sia finanziari che commerciali dell'impresa in stato di crisi, gli viene riconosciuta così la possibilità di conseguire il risanamento della stessa andando a modificare autonomamente la struttura debitoria o, meglio, a rimodulare i rapporti di debito-credito dell'impresa avendo la garanzia della tutela della legge in sede di attuazione.

La forza innovativa di questo istituto, come vedremo, risiede proprio nella carica autonomistica che esso porta in sé, infatti l'imprenditore - o gli organi amministrativi in caso di società - non solo può perseguire e conseguire un accordo con i creditori senza necessariamente richiedere e sottostare all'intervento dell'autorità giudiziaria nella fase preliminare alla formazione vera e propria dell'accordo, ma, e questo forse è l'incentivo più significativo riconosciuto dal legislatore, egli mantiene il controllo e la direzione dell'impresa: non è prevista infatti alcun ingerenza di un terzo, intesa a spossessare

[33] V.d. I. Libero Nocera che in *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, estratto da *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno LXV, Fasc. 4, Giuffrè, 2011, il quale nell'incipit del lavoro ne parla come di un "*istituto fortemente caratterizzato da un profilo privatistico e al contempo munito di garanzie e tutele che ne assicurano una miglior efficacia, ribaltando la prospettiva officiosa della legge del '42 in base all'assunto che le parti private della crisi siano i migliori tutori dei loro interessi"*, pag. 1129.

l'imprenditore esautorandolo dal controllo e dalla gestione dell'impresa ed impendendogli così la libera disposizione dei beni aziendali.

Vengono poi garantiti ulteriori incentivi che nel presente lavoro verranno indicati (volendo formare macro-categorie) in due fattori principali e che rispondono positivamente a quelle criticità presentate in precedenza per gli accordi stragiudiziali che ne inficiavano la reale efficacia, ciò dimostra come gli accordi di ristrutturazione rappresentino una positiva prosecuzione nella strada della negozialità della crisi:

- Nel primo caso si riconosce una protezione degli accordi in sé, declinabile anch'esso in ulteriori due casistiche predefinite: una protezione che è possibile intendere come di tipo indiretto nei confronti della cosiddetta "nuova finanza"; una protezione di tipo diretto invece che, in gergo giuridico, è il cosiddetto "ombrello protettivo". Si vedrà che tale ombrello garantisce sia l'esclusione dal rischio di revocatoria in caso di successiva dichiarazione di fallimento degli atti di disposizione del patrimonio dell'impresa che l'imprenditore-debitore ha compiuto per l'esecuzione degli accordi; sia un periodo di moratoria e di blocco delle azioni esecutive dei creditori[34] prima (nella fase delle trattative), durante la formazione dell'accordo, e dopo la conclusione e omologazione dello stesso, al fine di permettere all'imprenditore in stato di crisi di recuperare, attraverso l'autofinanziamento, le risorse necessarie per il soddisfacimento successivo dei creditori esclusi dall'accordo, e di prevenire, se non evitare, il possibile incorrere successivamente nello stato d'insolvenza.
- Il secondo fattore incentivante invece è riferito alla protezione che viene garantita all'imprenditore-debitore che ricorre all'istituto degli accordi attraverso l'esenzione dalle ipotesi di responsabilità penale riconosciute nel reato di bancarotta semplice in caso di successivo fallimento.

Tuttavia prima di procedere con l'analisi del funzionamento degli accordi è importante definire l'ambito di applicabilità degli stessi, che inizialmente si presentava in concorrenza con un altro istituto da tempo presente nell'ambito delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa: il Concordato Preventivo.

[34] Si vedrà in seguito che questa protezione (che in letteratura viene indicata anche con il termine recepito dalla normativa statunitense di *automatic stay*) risulta essere quella più significativa e motivo di reale efficacia operativa dell'istituto.

Con questa riforma il legislatore si proponeva di dotare la realtà economica di uno strumento che desse la possibilità agli operatori del sistema di affrontare tempestivamente le situazioni di crisi dell'impresa affinché non sfociassero in definitivi fallimenti. Tuttavia l'istituto proposto in quell'occasione (anche se all'epoca erano forti i dubbi circa il riconoscere lo *status* di istituto agli accordi) era ben lungi dall'avere il carattere dell'autonomia e completezza che lo stesso ha – faticosamente - acquisito con le riforme apportate nei tempi successivi.

Infatti il legislatore del 2005 aveva inserito gli accordi nell'impianto procedurale del concordato preventivo, affidando ad essi l'esclusivo ruolo di sostenere il risanamento dell'esposizione debitoria di un'impresa in crisi e favorendo l'accesso a tale procedura concorsuale, l'obiettivo era quello di rendere più veloce e più semplice il ricorso da parte del debitore proprio perché prevedeva per lo stesso la possibilità di intraprendere autonomamente e liberamente le consultazioni con i creditori[35].

Da questo sorse spontaneamente una difficoltà iniziale in tema di applicabilità degli accordi che è possibile racchiudere in due motivazioni principali: la prima legata alla "*invasione della autonomia privata nell'area di insolvenza*"[36], precedentemente di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria, attraverso l'esercizio delle procedure concorsuali come strumenti di gestione della crisi d'impresa; la seconda dovuta al confronto diretto con altri due istituti già presenti nel nostro ordinamento, quali il concordato preventivo e il piano attestato di risanamento ex art 67, comma terzo, lett d), legge fallimentare.

---

[35] V.d. Relazione Illustrata al d.l. 35/2005: "*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*".

[36] V.d. I. Libero Nocera in "*Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*", riv. *Il diritto fallimentare*, maggio-agosto 2012; nel quale l'autore parla di "*tendenza alla privatizzazione della crisi d'impresa*".

## 1.4 L'assenza del carattere di procedura concorsuale, il ruolo riconosciuto all'autonomia privata e al giudice.

Con riguardo alla prima motivazione, l'invasione dell'autonomia privata nell'area di insolvenza, il fulcro del ragionamento - si è visto - consiste nella delicatezza dell'ambito in cui possono essere applicati gli accordi. La complessità economico sociale relativa a tutto il settore della gestione e soluzione delle crisi d'impresa ha rinvenuto nel legislatore ottocentesco prima e corporativo poi, la propensione a limitare il più possibile il ruolo che le parti in causa possano ricoprire nella procedura, per limitare l'insorgere di comportamenti opportunistici. Trattandosi di controversie certamente complesse e che coinvolgono più soggetti con gli interessi più vari, nel legislatore si è sempre ravvisata la propensione a rivolgersi all'autorità giudiziaria in quanto rappresentante quel soggetto istituzionale che, essendo slegato dalle motivazioni economiche sottostanti alla crisi, risulti imparziale nel giudizio e che possegga la forza della legge e la capacità operativa di dirimere la crisi, favorendo la *par condicio creditorum*. E' evidente quindi che il punto focale delle procedure concorsuali sia proprio il ruolo ricoperto nelle stesse dall'autorità giudiziaria, quale elemento imprescindibile e fondante perché si possa configurare lo *status* procedurale, infatti il legislatore corporativo rimetteva all'esclusivo giudizio del giudice e del tribunale competente la gestione di tutta la procedura concorsuale, attribuendo alle parti in causa (nelle figure dell'imprenditore-debitore, dei creditori e dei terzi) un ruolo del tutto marginale, se non da semplici spettatori.

Come già anticipato la produzione legislativa ha sempre seguito le dinamiche socio-economiche con il fine di regolarizzare i rapporti tra gli individui, da cui l'evoluzione dell'ambiente economico italiano è stata la principale fonte di mutamento dell'orientamento del legislatore e della dottrina nella materia fallimentare.

Infatti il graduale ampliamento dei confini del mercato nazionale (specialmente grazie all'entrata nel mercato unico europeo e al più generale fenomeno della globalizzazione), ha accresciuto le relazioni delle imprese italiane con le altre economie portando così da un lato all'aumento dei soggetti economici in esso operanti, sia in merito al numero che alla complessità delle organizzazioni, dall'altro lato ad un continuo confronto per le istituzioni con discipline e istituti di altri paesi. Questo ha costituito una sfida

principalmente per il legislatore, ma conseguentemente anche per la dottrina e la prassi come interpreti, nella ricerca di nuove risposte che potessero mettere ordine nelle dinamiche dei rapporti economici e nelle relative contese. A lungo quindi ci si è interrogati se nell'ambito delle crisi aziendali fosse ancora credibile (se non addirittura "anacronistico") mantenere l'esclusione aprioristica dalla reale gestione delle dinamiche relative alla crisi d'impresa dei soggetti economici interessati dal dissesto, in favore di un totalitario ruolo del giudice. Specialmente dal confronto con soluzioni alternative di altri paesi, ci si domandava ulteriormente se fosse possibile favorire in questo ambito l'autotutela dei privati attraverso il recepimento della disciplina contrattuale civilistica, portando così ad un rilassamento del controllo dell'autorità giudiziaria (senza necessariamente distoglierlo dall'alveo delle sue competenze). Conseguentemente divenne importante definire anche qual effettivo grado di autonomia fosse possibile accordare ai soggetti privati.

Come visto sopra nell'ordinamento italiano si è avuto un cambiamento dell'orientamento del legislatore e della dottrina in materia, passando così da un'idea di tutela pubblicista del mercato (volta ad eliminare l'imprenditore insolvente e a liquidare l'azienda per il soddisfacimento - spesso molto limitato - dei creditori), alla necessità di mantenere la capacità economica e reddituale dell'impresa in quanto centro d'imputazione di svariati interessi economico-sociali. Invero si ritiene[37] che il seme di questo cambiamento venne posto già dall'Assemblea Costituente nella stessa Costituzione Italiana, nello specifico l'art. 41, al secondo comma, prevede esplicitamente che l'iniziativa economica privata (e quindi certamente quella imprenditoriale) non possa "*svolgersi in contrasto con l'utilità sociale*", da cui l'intervento dello Stato dev'essere volto a regolare il processo produttivo, qualora insorgano casi di insolvenza, "*in funzione di assicurare la continuità e lo sviluppo della produzione*". L'interpretazione proposta quindi va ad ampliare la portata del dettato dell'articolo in questione, infatti se la dinamica delle crisi d'impresa e la fase della liquidazione concorsuale è considerata parte integrante dell'attività imprenditoriale nel suo significato più ampio, allora la disciplina prevista e, specialmente, l'intervento dello

[37] Come sostenuto da L. Boggio in *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi, ricostruzione di una disciplina*, Giuffré, 2007, pag. 81 e ss..

Stato, devono essere "*il più possibile esent*(i) *da riflessi dannosi sulla realtà economico-sociale in cui l'impresa in crisi è inserita*". Questo allora apre la strada alla possibilità di introdurre procedure prima escluse se queste "*si configurano come un mezzo idoneo a ridurre l'impatto negativo delle crisi d'impresa sulla restante parte del sistema economico*". Da cui si può dedurre che il legislatore pur rimanendo fedele allo spirito del dettato della legge fallimentare, perseguendo la tutela pubblicista del mercato nell'accezione macroeconomica del termine, può allo stesso tempo favorire l'esplicazione dell'autonomia negoziale del privato attraverso il riconoscimento e la tutela di accordi stragiudiziali volti ad evitare l'insorgere dell'insolvenza.

Quindi l'introduzione degli accordi di ristrutturazione del debito può essere considerato come il momento ultimo e culminante di questo processo di cambiamento nell'orientamento legislativo, oppure, al contrario, il primo passo nell'intraprendere un nuovo percorso volto ad esaltare la capacità "auto-regolativa" degli attori economici attraverso la definizione di strumenti e tutele finalizzate in tal senso. Infatti già con la riforma del 2005 il legislatore riconosce una maggiore autonomia e capacità ai privati attraverso l'attribuzione a loro di un ruolo di protagonismo nell'ambito delle procedure concorsuali[38], rimanendo comunque tuttora restio a rilasciare totalmente ed esclusivamente alla sfera negoziale privata la gestione della crisi d'impresa.

L'ulteriore interrogativo che sorge richiede una risposta che risulta fondamentale tanto per comprendere il futuro della legislazione fallimentare quanto per il sistema economico: fino a che livello il legislatore può dar spazio all'autonomia negoziale privata? Qui non si vuole disquisire in merito alle c.d. "privatizzazioni", intorno alle quali sono varie le pronunce degli interpreti, ma, rimanendo nell'ambito prettamente normativo, risulta certamente importante se non basilare, comprendere quale sarà nel futuro il ruolo accordato all'autorità giudiziaria. Ci si domanda fino a che punto sia possibile lasciare che l'imprenditore-debitore si accordi autonomamente con una parte ristretta del ceto creditorio (perché si vedrà che per l'omologazione dell'accordo il

[38] Infatti F. Macario, *Op. cit.*, pag. 22, afferma che all'autonomia privata "*il legislatore affida ora in prima battuta la gestione delle difficoltà economico-finanziarie"* mentre "*alla giurisdizione sembrerebbe così riservato un ruolo ancillare, che si esprime essenzialmente nelle diverse forme di controllo* con il fine di *garantire che l'esercizio della libertà negoziale dei privati non si svolga in pregiudizio di alcuni soggetti"*.

presupposto richiesto è relativo al valore totale dei crediti e non al numero dei creditori), consentendo però di estendere gli effetti di tale accordo di stampo esclusivamente privato anche a tutta la massa dei creditori, specialmente a quelli esclusi o dissenzienti. Dato il quasi unanime riconoscimento agli accordi della natura di *negozio giuridico di stampo privatistico*[39], si è cercata una prima risposta proprio attraverso l'interpretazione dei principi civilistici generali in materia contrattuale. Come sarà maggiormente approfondito in seguito il principio dell'autonomia contrattuale presenta due accezioni, una positiva e una negativa, si può anticipare in questa sede che il senso negativo così come delineato dall'art. 1321 limita la produzione di effetti di un contratto alle parti contrattuali ed esclude, anzi vieta, la produzione degli stessi indipendentemente dalla volontà del soggetto. L'art. 1372 invece delimita la portata di questo principio attraverso la previsione di una deroga che consente così di produrre tali effetti ai terzi *nei casi previsti dalla legge*. Quindi stando ai principi civilistici in materia di contratti è possibile giungere ad una prima risposta negativa al quesito che ci si era posti in precedenza: poiché la produzione degli effetti del negozio giuridico ai terzi estranei ad esso è di norma espressamente vietata, allora nel caso degli accordi di ristrutturazione tali effetti si possono produrre proprio grazie alla protezione garantita dall'intervento del tribunale durante la fase delle contrattazioni e con l'omologazione dell'accordo, in ossequio quindi alla deroga dell'art. 1372[40]. Si vedrà che proprio tale garanzia rappresenta la vera svolta nelle procedure di composizione negoziale della crisi, andando a risolvere quelle difficoltà applicative palesate dagli accordi stragiudiziali la cui efficacia poteva essere inficiata da qualsiasi terzo che ne avesse interesse.

Dunque, per quanto fin qui esposto, gli accordi manifestano un elevato grado di pericolo derivante dal rischio di un loro errato utilizzo che comporti un'elusione del vero scopo predisposto dal legislatore, e della possibilità di una collusione di interessi tra debitore e alcuni creditori che escluda dal pieno soddisfacimento gli altri creditori. Per ovviare a queste ponderanti problematiche, e sempre per l'esigenza di non lasciare totalmente nelle mani del privato la gestione della controversia, il legislatore ha previsto la

---

[39] V.d. ancora F. Di Marzio in "*Il diritto negoziale della crisi d'impresa*", *Giuffré Editore*, 2011, pag. 130, il quale va a dimostrare l'accordo di ristrutturazione "*in quanto fondato sul consenso, si sottrae dalle regole del concorso e non consiste in una procedura concorsuale*".

[40] V.d. *ultra* ai sotto-capitoli 1.4 e 1.5, Capitolo 1, Parte Seconda.

necessità di omologare l'accordo stragiudiziale ai fini dell'efficacia nei confronti dei terzi. L'obbligatorietà del passaggio di fronte all'autorità giudiziaria (anche se di natura formale più che sostanziale perché meramente volto a verificare l'esistenza dei presupposti per l'omologazione e il rispetto delle - scarne - norme prescritte) si vedrà essere così motivo fondante perché possano essere accordati al debitore determinati benefici e perché venga garantita in generale una protezione agli accordi sia prima che dopo l'omologazione. Proseguendo nel ragionamento è allora possibile anticipare quanto verrà trattato nel prosieguo del presente lavoro ovvero che il carattere stragiudiziale degli accordi pur risultando particolarmente ampio non è totale, e avanzando una previsione ci si sente di affermare che non lo sarà neanche in futuro. Certamente è riconosciuto un maggiore ruolo di protagonismo all'autonomia privata rispetto alle procedure concorsuali, permane comunque un controllo da parte del tribunale anche se solo successivo alla conclusione dell'accordo tra le parti in causa e con l'esclusivo ruolo di garantire la correttezza della procedura[41].

Quindi sorge un ulteriore interrogativo circa la natura degli accordi di ristrutturazione, interrogativo al quale la dottrina non ha ancora trovato una risposta piena, e intorno al quale si dibatte ancora a nove anni dall'entrata in vigore degli accordi: se si ritiene comunque necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria per la validità ed efficacia degli accordi, è possibile riconoscere la natura di procedura concorsuale all'istituto pur rimanendo prevalente per lo stesso il carattere negoziale?

E. Stanuovo-Polacco ne parla come di "*un tema tuttora controverso*"[42] in quanto l'argomento presenta implicazioni pratiche di non poca entità sulle quali manca ancora consenso unanime. Ciò nonostante la dottrina prevalente esclude la presenza di alcun carattere procedurale in quanto mancano le tre caratteristiche essenziali affinché si possa configurare una procedura di tipo concorsuale. Infatti quest'ultima si presenta dotata di: un esplicito carattere di universalità in quanto coinvolge l'insieme di interessi

[41] Il mutato ruolo dell'autorità giudiziaria è in verità relativo all'ambito generale delle procedure concorsuali novellate dagli interventi del legislatore sulla legge fallimentare succedutisi alla riforma del 2005. Si riscontra con il tempo una graduale riduzione del ruolo del giudice che ora ha il solo compito, citando le parole di L. Guglielmucci, *Op. cit.*, pag. 19, di "*garante della legalità*" e della correttezza della procedura, mentre si ravvisa una "*ampia valorizzazione dell'autonomia privata nelle pattuizioni concordatarie*".

[42] E. Stanuovo-Polacco, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffré, 2013, pag. 9-10.

dei creditori e l'intero patrimonio del debitore, si manifesta per il preponderante ruolo dell'autorità giudiziaria, ed infine, ha carattere escludente poiché è ritenuto inammissibile l'instaurazione di procedure concorrenti (siano esse esecutive o concorsuali). Negli accordi, al contrario, non si riscontra la presenza di alcuna di queste caratteristiche. Esso quindi non "*può essere inquadrato nel genus delle procedure concorsuali*" poiché "*ha natura esclusivamente privatistica e non può essere assimilato a nessuna delle procedure che regolano la soluzione dei conflitti aperti dal concorso dei creditori*"[43]. Infatti, come si vedrà nel prosieguo, essi non richiedono alcun provvedimento giudiziale di apertura della procedura, non è necessaria la nomina e formazione di alcun organo collegiale per la gestione della stessa, non si ha infine l'apertura del concorso tra creditori, proprio perché (fattore che forse tra tutti è quello maggiormente esemplificativo della natura negoziale dell'istituto) non si renderebbe necessario il rispetto della *par condicio creditorum* per la mancanza di una considerazione collettività dei creditori[44].

[43] Dal commento di F. Benassi a Tribunale di Bologna, sentenza del 17 Novembre 2011, in *www.ilcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 6716 - pubb. 12/12/2011.

[44] A sostegno di questa tesi *ex multis* I. Libero Nocera, *Riflessioni civilistiche sull'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, contributo a "*il Corriere Giuridico*" del 12/2013; e in giurisprudenza principalmente Trib. Bologna, 17 Novembre 2011, in www.ilFallimentarista.it, nota di F. Rolfi che afferma come vi siano "*una molteplicità di caratteri* (che) *induce a ritenere che l'accordo di ristrutturazione non sia riconducibile nell'ambito delle procedure concorsuali, ed abbia natura privatistica*".

## 1.5 Accordi di ristrutturazione, piani attestati di risanamento, concordato preventivo: una difficile convivenza.

Proseguendo nel ragionamento si precisa che l'introduzione dell'istituto qui oggetto di studio comportò varie incertezze tanto da parte degli operatori giuridici quanto da quelli economici, e dubbi interpretativi sia in relazione agli aspetti formali che sostanziali, nonché nella definizione della natura giuridica e dell'ambito di applicabilità dello stesso. Questo permette allora di affrontare la seconda difficoltà presentata nella conclusione del paragrafo sulla finalità degli accordi.

Si è già più volte affermato come questi vennero accolti con fatica al momento della introduzione, infatti solo successivamente ad un'organica riforma nel 2007 (quando fu maggiormente chiaro che il legislatore propendeva nel configurarli come un istituto autonomo) essi furono annoverati tra gli strumenti volti a favorire la composizione negoziale della crisi insieme ad altri due istituti: il "vecchio" concordato preventivo e il "nuovo" (perché introdotto anch'esso con la riforma del 2005) piano di risanamento attestato ex art 67, comma terzo, lett. d), legge fallimentare. Attualmente questi strumenti rappresentano i tre momenti nei quali si esplicano le *Procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*[45], mentre inizialmente l'annovero in questa triade non è stato affatto immediato né intuitivo e quindi certamente non condiviso in modo unanime. Era incerta la definizione del rapporto che intercorreva tra gli accordi, i piani attestati e il concordato, e permaneva l'incertezza anche nella definizione dei contesti in cui l'imprenditore poteva ricorrere agli uni in luogo degli altri.

Seguendo allora l'impostazione proposta da S. Bonfatti (procedendo con un crescendo a seconda del grado di "giurisdizionalizzazione" presentato da questi strumenti) si effettua qualche considerazione sull'evoluzione del rapporto tra questi istituti di composizione della crisi, presentandone le principali differenze e punti in comunanza tra gli stessi.

---

[45] V.d. S. Bonfatti che nella prima parte del contributo *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*, 2011, tratto da *www.ilcaso.it*, suddivide le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa in tre momenti ben distinti a seconda del ruolo attribuito all'autorità giudiziaria e pone l'istituto degli accordi in una via intermedia tra i piani attestati, dove si manifesta un intervento del tribunale nullo, e il concordato preventivo, invece, in cui "*il ruolo dell'Autorità giudiziaria è espresso al massimo livello*".

I piani attestati di risanamento *ex* lettera d), comma terzo, art. 67 della legge fallimentare, consistono nell'adozione, in modo autonomo da parte dell'imprenditore, di specifiche misure atte a ripristinare la capacità reddituale dell'impresa al fine di risanare l'esposizione debitoria della stessa, attraverso la ripresa della capacità di autofinanziamento. Esso quindi adotterà tutte quelle misure operative-commerciali-gestionali, volte a ripristinare o almeno a favorire una ripresa economica al fine di evitare il dissesto. Quindi i piani attestati si configurano come atti unilaterali del debitore ed escludono alcun intervento diretto da parte dei creditori o terzi, poiché la loro ingerenza è solo marginale e finalizzata a disciplinare singoli e specifici affari[46]. Conseguentemente non è necessaria il raggiungimento di una maggioranza per l'approvazione del piano in quanto non vi è alcun riconoscimento di un ceto creditorio come nella procedura fallimentare. Infine anche l'esecuzione del suddetto piano rimane esclusivamente in capo al debitore, non vi sono esplicite sanzioni in caso di mancata o parziale realizzazione se non le generali norme di protezione dei creditori previste nel codice civile, non vi è alcuna ingerenza di organi preposti al controllo della procedura.
Infatti non si presenta nessuna delle tre caratteristiche essenziali affinché si possa riconoscere il carattere procedurale. Da cui l'autorità giudiziaria ha un ruolo nullo perché non c'è una procedura dove esplicare le proprie capacità né risulta necessario il suo intervento per un'efficace conclusione operativa del contenuto dei piani, se non in via eventuale e a posteriori. Infatti l'intervento del tribunale può avvenire solo in un momento successivo alla formazione ed esecuzione dei piani, solo in caso di fallimento, ed anche in questo caso non potrà pronunciare alcun giudizio di merito sui punti del piano. Esso ha l'esclusivo compito di verificare che quegli "*atti, i pagamenti e garanzie concesse*" siano posti in essere "*in esecuzioni di un piano che appaia* idoneo *a consentire il risanamento",* riprendendo il dettato della lettera d), comma terzo, dell'art. 67, perché allora possano rientrare nella casistica normativa dei piani attestati di risanamento. Solo in questo caso essi sono "*non soggetti all'azione revocatoria*"

[46] G. Vettori in *Il contratto sulla crisi d'impresa*, contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, 2010, pag. 235.

garantendo allora il debitore e i terzi, che entrano in rapporti con lo stesso per l'esecuzione dei suddetti piani, qualora venga dichiarato successivamente fallimento[47].

Quindi è possibile verificare già che non vi è alcuna concorrenza tra i piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione, specialmente considerando che essendo i primi atti di tipo unilaterale, l'esclusione dei creditori può pesare notevolmente nel momento di esecuzione delle misure del piano. Non vi è, infatti, alcuna possibilità per il debitore di impedire o bloccare eventuali procedure esecutive individuali o cautelari promosse da creditori scontenti. Al contrario invece si vedrà che negli accordi l'imprenditore gode di un c.d. "ombrello protettivo" particolarmente ampio che garantisce una decisa tutela contro l'avvio di queste misure.

A voler ricercare comunque dei punti di convergenza tra i due istituti si ritiene giusto precisare che per entrambi è prevista sia l'esenzione dalla revocatoria fallimentare che l'inapplicabilità delle disposizioni penali relative ai reati di bancarotta preferenziale e semplice. Inoltre è possibile considerare un ulteriore punto in comune dall'espressione "attestati" (che invero non è affatto menzionata nella norma ma è stata coniata dalla prassi). Infatti con la riforma del 2012 anche per i piani di risanamento, come per gli accordi di ristrutturazione, la legge prescrive l'obbligo che l'imprenditore designi un professionista indipendente con il duplice compito di "*attestare la veridicità dei dati aziendali"* e di certificare la "*fattibilità del piano*".

Si è voluto così bilanciare la libertà concessa all'imprenditore con la necessità di ricorrere all'attestazione da parte di un soggetto indipendente, in questo modo si vuole evitare che l'importante strumento dei piani di risanamento venga utilizzato da debitori

[47] Importante evidenziare un'opinione decisamente discordante da quella espressa e non coincidente con quanto affermato e riportato da S. Bonfatti. Infatti F. Di Marzio, *Op. cit*., pag. 80 e ss., specifica che il piano di ristrutturazione attestato "*non integra un* istituto *autonomo*", in quanto "*atto negoziale unilaterale* (esso) *non si attua, ma si esegue perché costituisce fonte di una obbligazione a cui il prestatore è tenuto*". In definitiva al piano attestato non sarebbe in alcun modo possibile far corrispondere alcuna fattispecie giuridica che possa costituirne un istituto finalizzato alla soluzione negoziata della crisi d'impresa, e questo perché esso risulta "*privo del carattere dialogico*" attribuito ad accordi e concordati, mentre invece esso si evidenzia solo per la natura di tipo "*aziendale*" in quanto il piano predispone solo una schematica serie di interventi indicati dall'imprenditore. Sarà allora solo l'esecuzione del piano, e quindi solo successivamente alla formazione dello stesso, che si svilupperanno alcuni negozi giuridici tra debitore e creditori.

che abbiano l'intenzione di aggirare l'istituto della revocatoria fallimentare e ledere il soddisfacimento dei diritti dei creditori che così si troverebbero ad assistere impotenti a ponderanti modifiche del patrimonio dell'impresa[48].

Per quanto riguarda il concordato preventivo, al momento ci si soffermerà solo nel ribadire che esso favorisce la composizione negoziale della crisi sotto il diretto controllo del tribunale, attuandosi in una procedura che si manifesta nei tre momenti di: apertura del procedimento, formazione del piano di risanamento e degli accordi con la maggioranza dei creditori, ed esecuzione del piano. Da questo deriva il carattere procedurale che esso presenta fin dalla sua introduzione nel 1903. Il valore di procedura pubblicista allora proviene dalla presenza di un'autorità giudiziaria il cui operato è pregnante in ognuna delle tre fasi, si ha così una limitazione delle capacità del debitore in quanto questi allo stesso tempo viene escluso dalla gestione della crisi e spossessato dell'impresa. Ulteriormente per quanto attiene il ruolo rivestito dai creditori, invece, pur essendo prevista in entrambi gli istituti sia una loro suddivisione in classi omogenee di interesse che la soddisfazione del criterio della maggioranza, in realtà vedremo come tale principio venga declinato in modalità differenti nelle due casistiche. Brevemente si anticipa che nel concordato la maggioranza richiesta per l'apertura della procedura *ex* art. 160 l. fall. è relativa all'insieme dei creditori, negli accordi invece è considerata più come percentuale in quanto riferita al totale dei crediti vantati ed è richiesta solo per poter accedere alla procedura di omologazione. Quindi sebbene entrambi gli istituti cerchino di giungere alla medesima finalità di risanare un'impresa in crisi, è possibile affermare che essi giungono allo stesso obiettivo intraprendendo strade diverse: il concordato, proprio per il carattere procedurale, favorisce il soddisfacimento dell'insieme dei creditori in base al principio della *par condicio creditorum*, gli accordi invece dato il deciso stampo privatistico, non escludono la possibilità di accordare una preferenza ai creditori aderenti in luogo di quelli esclusi senza per questo ledere i loro diritti (come si approfondirà meglio nel prosieguo).

---

[48] Per un'analisi più approfondita delle modifiche apportate dalla riforma del 2012 ai piani attestati e per un confronto con gli accordi, si rimanda agli atti redatti dal Prof. Giuliano Buffelli del Convegno tenutosi a Bergamo il 13/12/2012 sulla "*Crisi d'impresa nella recente evoluzione normativa (D.L. n. 83/2012 convertito nella legge n. 134/2012): Il Piano attestato e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: novità aziendalistiche e fiscali".*

Poiché al momento della sua introduzione l'istituto si rivelò essere una novità per la legislazione fallimentare, esso incontrò non pochi dubbi interpretativi e difficoltà, alcune già esposte, specialmente nel rapporto con gli altri due strumenti di composizione negoziale della crisi. E' allora possibile immaginare l'istituto degli accordi come l'ultimo della "nidiata", che tiranneggiato dai fratelli maggiori cerca a fatica un proprio spazio dove poter esplicare meglio le sue reali capacità[49].

In realtà questa sorta di competizione era più relativa al concordato, infatti dalla prima formulazione degli accordi apparve chiaro che gli stessi pur avendo la medesima finalità del piano attestato di risanamento, si muovevano in un contesto diverso, che non vi fosse insomma una reale concorrenza nell'utilizzo dei due istituti. Ciò è proprio per il necessario coinvolgimento dei creditori e l'obbligatorio passaggio di fronte all'autorità giudiziaria richiesto agli accordi, e che invece manca del tutto per i piani *ex* art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall. Risultando così palese il differente ambito di applicabilità si può affermare che non vi siano dubbi in merito.

Il rapporto con il concordato invece è stato certamente più difficile e complesso. Come anticipato in prima battuta gli accordi furono inseriti quale parte integrante della procedura concorsuale, proponendosi come "*variante procedimentale abbreviata*" per l'accesso al concordato, negli anni successivi invece gli stessi hanno iniziato a distaccarsi dal loro "fratello maggiore" avocandosi uno spazio d'applicabilità proprio e schierando dottrina e giurisprudenza a difesa delle due tesi dominanti: l'una volta a ricondurre gli accordi nell'ampio alveo del concordato, l'altra indirizzata a sostenerne invece l'autonomia[50].

Certamente l'inserimento del "nuovo" articolo all'interno del Titolo III sul concordato non ha favorito il lavoro dell'interprete, infatti la mancata creazione di un nuovo titolo o capo nella legge fallimentare, ha permesso ai detrattori della tesi autonomistica di

---

[49] S. Ambrosini in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, sub art. 182-bis,* tratto da *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, pag. 2560, definisce gli accordi addirittura come "*stretti tra Scilla e Cariddi*".

[50] La tesi autonomista è sostenuta in dottrina da vari autori, tra i tanti: L. Guglielmucci, *Op. cit.*; B. Inzitari, *Op. cit.*; Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, 2006; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giapichelli, 2007. In giurisprudenza: Trib. Udine, 22 Gennaio 2007, che definisce gli accordi come "*procedure autonome e distinte*".

trovare valide argomentazioni adducendo una motivazione di tipo letterale che ricavava dal dettato della rubrica del Titolo III legge fallimentare - che con l'introduzione dell'istituto venne modificato in "Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione" - l'evidente volontà di collocare l'istituto all'interno della procedura del concordato in quanto inserito nel capo ad esso riferito. Tuttavia questa tesi non ebbe molta fortuna poiché il legislatore intervenne nel periodo immediatamente successivo, con il d.lgs 5/2006, risolvendo il dubbio interpretativo attraverso la modifica della rubrica del Capo V che, indicando separatamente i due istituti ("*Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione dei debiti*"), invalidò quest'argomentazione a sostegno dell'idea di subalternità dell'istituto in esame. Un ulteriore argomentazione a sostegno della tesi di subordinazione al concordato, prendeva forza dall'espresso rinvio inserito nell'art. 182-*bis* nei confronti degli artt. 161, 168, ritenendo sufficiente tale richiamo per riportare i recalcitranti accordi sotto l'ala paterna della procedura concorsuale. Tuttavia la debolezza di questa dissertazione si palesa nel momento in cui si da lettura delle norme del concordato rinviate (infatti a ben vedere non ci si riferiva alla totalità dell'articolo ma solo ad una parte dello stesso) dalle quali non si evince alcun momento essenziale della procedura concordataria o particolari comportamenti richiesti alle parti in causa, essi indicano solo la documentazione che deve fornire il debitore, necessaria per il deposito presso la cancelleria del Tribunale o la sospensione delle prescrizioni nella prima fase di attuazione dello stesso. Se questa argomentazione fosse ritenuta valida allora, ragionando per assurdo, si potrebbe ulteriormente domandarsi se tale istituto non possa essere riconducibile anche all'interno della procedura fallimentare facendo derivare ciò dal richiamo inserito nel sesto comma dell'art. 182-*bis* ai requisiti del professionista così come delineati dall'art. 67, terzo comma, lettera d) (ciò che non è minimamente sostenibile dato l'evidente e già specificato carattere stragiudiziale degli accordi).

Successivamente la tesi autonomistica ricevette la completa adesione da parte del legislatore attraverso la promozione di una generale riforma dell'istituto con il d.lgs n. 169 del 2007, giungendo poi con le riforme successive alla definitiva esclusione degli accordi dalla sfera della procedura concorsuale.

Attualmente gli accordi di ristrutturazione e il concordato, pur in presenza di numerosi punti in comune, si differenziano sotto vari aspetti riconducibili principalmente a tre fattori:

- il differente ruolo dell'autorità giudiziaria;
- l'importanza che il principio della *par condicio creditorum* riveste nei due istituti;
- il differente trattamento dei terzi e dei creditori non aderenti all'accordo.

Per quanto attiene al ruolo attribuito all'autorità giudiziaria si ribadisce che nel concordato il Tribunale Fallimentare e il Giudice delegato hanno un ruolo preponderante e pregnante in ognuna delle tre fasi in quanto ad essi spetta il controllo dell'intera procedura. Infatti è di competenza del Tribunale la valutazione iniziale dei presupposti richiesti per l'ammissione al concordato, l'autorizzazione o meno di tutti gli atti compiuti dal debitore di disposizione del patrimonio dell'impresa, la presidenza all'adunanza dei creditori (nella figura del solo giudice delegato però), la valutazione delle richieste di ognuno dopo che il tribunale ha provveduto alla valutazione della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi, e, infine, la verifica in sede di attuazione del rispetto dei piani da parte del debitore.

Nel concordato allora è la presenza costante dell'autorità giudiziaria che permette il pieno riconoscimento del valore di certezza e definitività dei risultati del procedimento sia tra le parti in causa che nei confronti dei terzi estranei al negozio, anzi diremo che il costante controllo del Tribunale è di per sé elemento fondante ed esclusivo per il riconoscimento della maggior tutela e delle più ampie garanzie previste dalla legge in materia di concordato preventivo

Per gli accordi invece si riprende e si anticipa qui brevemente i caratteri essenziali dell'istituto. Infatti è manifesta l'assenza del carattere procedurale[51], non è previsto il ricorso al tribunale affinché emetta un provvedimento di apertura della procedura, non c'è la formazione di alcun organo preposto alle diversi funzioni della procedura, l'imprenditore può autonomamente consultarsi con i vari creditori e sempre

[51] V.d. B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, 2011, *www.ilcaso.it*, dove l'autore elenca una serie di motivi che qui si sono ripresi, in base ai quali l'istituto degli accordi non può "*essere ricondotto alle procedure concorsuali*".

autonomamente raccogliere le adesioni e redigere il o i vari contratti senza dover mai richiedere l'intervento del Tribunale ai fini del raggiungimento dell'accordo stesso. L'intervento della autorità giudiziaria è solo eventuale durante la fase della formazione dell'accordo e avviene su esplicita richiesta del debitore con il fine di proteggere il debolissimo momento delle consultazioni attraverso l'attivazione della moratoria contro le azioni dei creditori. Infine il passaggio di fronte all'autorità giudiziaria si ha solo alla conclusione dell'accordo, nella cosiddetta fase giudiziale, in quanto essa ha il compito di verificare la correttezza della procedura e il rispetto dei requisiti richiesti ai fini dell'omologazione, infatti la produzione dei suoi effetti nei confronti del debitore e dei creditori aderenti è subordinata all'omologazione dello stesso dal Tribunale[52]. Questo è un segno distintivo del carattere stragiudiziale dell'istituto e dell'ampia autonomia riconosciuta ai privati.

In relazione al principio della *par condicio* la differenza tra accordi e concordato è rinvenibile considerando congiuntamente sia il significato sotteso dalla locuzione latina, sia riprendendo la differenza tra esecuzione individuale e concorsuale.

La *par condicio creditorum* è il principio della parità di trattamento sancito dall'art. 2741, comma primo del codice civile che statuisce che: "*i creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore*", quindi il soddisfacimento dei diritti dei creditori ha come garanzia generale il patrimonio del debitore in quanto formato dalla totalità dei suoi beni (salve le cause legittime di prelazione – di cui non tratteremo qui – che comportano un diritto di preferenza al soddisfacimento riconosciuto dalla legge). Qualora a scadenza il debitore non adempia esattamente alle obbligazioni contratte sono previsti comunque degli strumenti cui il creditore insoddisfatto può ricorrere per rivalersi del suo diritto e che formano le procedure esecutive.

Per quanto attiene l'esecuzione individuale trattandosi di rapporti individuali tra creditore e debitore, appunto, essi avranno per oggetto beni e diritti determinati che saranno diversi da quelli nati dai rapporti del debitore con un altro creditore. Il carattere dell'individualità allora comporta anche una certa frammentarietà dell'esecuzione stessa

[52] V.d. I. Libero Nocera che in *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, Giuffrè, 2011, pag. 1130, parla di "*presenza del giudice in funzione stabilizzatrice*" che "*non esercita alcun controllo sulla gestione del debitore dopo il deposito dell'accordo o dell'omologazione*".

nelle differenti forme di espropriazione, sia che esse abbiano ad oggetto beni mobili, sia che si tratti di beni immobili o di crediti. Inoltre l'esecuzione individuale è retta dal principio della "priorità temporale" quindi poiché, come detto poc'anzi, la garanzia generale per i creditori è costituita dal patrimonio del debitore "*chi arriva per primo si soddisfa integralmente, non importa se con esclusione degli altri*"[53].

L'esecuzione concorsuale invece si manifesta proprio per l'unitarietà della procedura, non ha per oggetto singoli beni o diritti ma tutti i beni e tutti i diritti del debitore (nella procedura fallimentare questo si manifesta come pignoramento generale).

Avendo ben chiara questa differenza vediamo che il concordato preventivo presenta sia il carattere di procedura concorsuale, sia una limitata capacità concessa alla autonomia negoziale privata (esemplificativo è il fatto che il debitore dopo aver formulato e presentato ai creditori una proposta di concordato viene praticamente esautorato dal Tribunale di qualsiasi ulteriore responsabilità nella gestione degli sviluppi successivi). Ecco quindi che il ceto creditorio è formato da soggetti portatori di interessi collettivi e strumentali al soddisfacimento di ogni componente in quanto essi si trovano a concorrere tutti in un'unica procedura e tutti hanno il medesimo diritto di rivalersi sul ricavato della vendita del patrimonio del debitore in proporzione con l'ammontare dei rispettivi crediti e osservando le cause di prelazione. Quindi nel concordato la mancanza di una maggioranza di creditori favorevoli alla proposta concordataria comporta la decadenza dell'intero procedimento e l'avvio della procedura fallimentare[54].

Nella disciplina degli accordi invece non è richiesto sia rispettata la parità di trattamento dei creditori, anzi, in tema di composizione stragiudiziale della crisi, l'accordo può essere concluso dal debitore anche con uno solo dei creditori senza che sia necessario consultare o semplicemente informare gli altri. Questo perché i creditori hanno interessi contrastanti tra loro, addirittura incompatibili, al punto da ritenere che la soddisfazione dell'interesse di uno di questi possa avvenire attraverso l'esclusione del soddisfacimento di un altro. Quindi, dal momento che la somma degli interessi dei

---

[53] F. Galgano, *Diritto Privato*, Cedam, 2008.

[54] V.d. art. 179 riguardo alla "Mancata approvazione del concordato" che nella spiegazione degli effetti rimanda all'art. 162 il quale invece tratta della "inammissibilità della domanda" statuendo al comma secondo che "*in tali casi il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore*".

creditori (che abbiamo detto non essere portatori di interessi collettivi ma particolari e spesso contrastanti) non è pari al totale degli interessi riconosciuti all'intera massa degli stessi, si potrebbe addirittura considerare erroneo, in ambito di composizione stragiudiziale della crisi, l'utilizzo del termine di ceto creditorio[55]. Si aggiunge poi che la mancata convocazione della massa dei creditori precedente alla definizione degli accordi e l'eventuale mancato raggiungimento della maggioranza qualificata del totale dei crediti non portano in alcun caso alla decadenza degli accordi e quindi dei contratti definiti, perciò si può ancora ampiamente escludere che essi abbiano natura procedurale. Essi sono considerati un contratto di diritto privato al quale il legislatore ha previsto la prosecuzione degli effetti giuridici solo dopo l'opportuna omologa in quanto andrebbero ad estendersi ai terzi.

In merito al trattamento dei terzi e dei creditori non aderenti all'accordo è chiaro che non si pone alcun problema in materia di concordato poiché essendo una procedura concorsuale essa coinvolge al suo interno tutti coloro che si sono rapportati con l'imprenditore, siano essi creditori o debitori dello stesso. In relazione agli accordi invece la tematica presenta importanza fondamentale e sarà trattata in modo più approfondito in un passaggio successivo. Qui si anticipa solo che con il d.l. 83/2012 il legislatore ha definitivamente chiarito e risposto alle pressanti domande e critiche avanzate dalla dottrina[56], definendo pienamente il ruolo e gli effetti sui terzi dell'istituto.

[55] Si vedrà poi che questa constatazione è alla base della richiesta della soglia del sessanta per cento della totalità di crediti come uno degli elementi integrativi dell'efficacia dell'accordo.

[56] Tra i tanti si veda S. Ambrosini in *Appunti flash per una "miniriforma" del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, da *www.ilcaso.it*.

## CAPITOLO 2.I

La coesistenza di una natura stragiudiziale e giudiziale.

### 2.1 Il carattere stragiudiziale e il principio della *sovranità della volontà*.

Il Decreto del Tribunale di Bari del 21 Novembre 2005 è stato il primo provvedimento giurisdizionale in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti. In quell'occasione il Tribunale si pronunciò su un caso pratico di applicazione degli accordi proponendosi così di chiarire meglio le implicazione delle "nuove" norme (art. 182-*bis*) inserite nella legge fallimentare e "*finalizzate al perseguimento di obiettivi innovativi, assolutamente estranei all'istituto tradizionale*". Questo istituto tradizionale, citato nel testo del decreto, si è già anticipato essere il concordato preventivo in quanto inizialmente il legislatore aveva previsto queste nuove norme con la finalità di favorire l'accesso dei debitori alla procedura concorsuale, cercando così di rendere la fase iniziale certamente più veloce ma anche più snella e flessibile[57]. Seguendo sempre il decreto in questione si riprende qui anche la medesima suddivisione degli accordi proposta allora dal Tribunale e accolta poi dalla prevalenza della dottrina, che suddivide temporalmente gli accordi in due fasi distinte[58]:

---

[57] L'iniziale incertezza circa la formazione di un nuovo istituto negli accordi o meno è intuibile dalla lettura del decreto stesso che ribadisce: "*la relazione illustrativa al d.l. 35/2005 invero non chiarisce se il nuovo istituto abbia una sua autonomia o sia piuttosto una particolare ipotesi di concordato preventivo* […] *in quanto essa, a tale proposito afferma che <<il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi d'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa>>*".

Come meglio si vedrà in seguito le opinioni degli autori sono state varie e certamente non unanimi.

[58] Concordando con questa tesi tra i tanti citiamo S. Bonfatti, *Op. cit.*, pag. 3, il quale mantiene la bipartizione tra "*fase iniziale" "nella quale si forma lo <Accordo> tra imprenditore e creditori con le modalità di volta in volta scelte dagli interessati*" e dove "*nessun ruolo è attribuito all'Autorità giudiziaria*", e la "*fase finale del procedimento* (dove) *il ruolo dell'Autorità giudiziaria diventa fondamentale perché l'accordo* (possa produrre) *i suoi effetti favorevoli per l'imprenditore e per i creditori*"; e E. Gabrielli, *Op. cit.*, pag. 276, che mantiene anch'egli la suddivisione tra "*fase stragiudiziale, governata dal principio dell'autonomia privata*" e una "*seconda fase*" che presenta "*carattere prettamente giudiziale ed attraverso di essa l'accordo viene sottoposto al vaglio del Tribunale cosicché possa produrre quegli effetti* erga omnes *che la legge gli riconosce e garantisce*".

Una fase iniziale di natura stragiudiziale (per la quale non esiste alcuna previsione normativa circa il suo svolgimento) dove "*l'imprenditore in crisi negozia con i creditori la propria situazione debitoria*" formulando dei contratti finalizzati a ristrutturare il debito; tale fase quindi presenta un chiaro ed esclusivo carattere negoziale la cui efficacia costitutiva "*non necessita di un ambito processuale di rilevanza, valendo* (il contratto) *autonomamente come fonte di obbligazione nei limiti posti dalla legge*"[59].

Solo successivamente si ha la fase conclusiva cosiddetta giudiziale, in quanto è di competenza del tribunale, con la quale "*l'accordo necessita della omologazione per essere produttivo di (*quegli) *effetti legali*" riconosciuti dall'art. 182-*bis* sia nei confronti della collettività che nei confronti dei terzi.

E' possibile allora affermare che il ponderante carattere stragiudiziale di questo istituto, riconosciuto unanimemente dalla dottrina, sia una diretta conseguenza del silenzio della norma che quindi si presenta "*simile ad un foglio bianco*" circa il contenuto degli accordi. Infatti né con l'art. 182-*bis* né in diverse norme della legge fallimentare o ulteriori disposizioni normative, il legislatore si è pronunciato in alcun modo chiarificatorio per la questione, da cui il sorgere delle notevoli perplessità, tanto in dottrina che in giurisprudenza, presentate precedentemente circa la natura giuridica attribuibile a questo istituto. Tuttavia proprio per la diversa finalità perseguita da questo strumento, volto a favorire soluzioni negoziali della crisi d'impresa in luogo dell'avvio di procedure concorsuali, si può pacificamente affermare che l'insufficiente definizione della fattispecie astratta da parte del legislatore è mirata a non circoscrivere in alcun modo, nel senso di porre un limite, la libertà negoziale garantita dall'art. 182-*bis*, così da non escludere aprioristicamente nessun tipo di accordo stipulabile tra imprenditore e creditore.

Difatti si è visto che l'istituto degli accordi si caratterizza per l'ampio ruolo attribuito all'autonomia negoziale e sono state analizzate anche le implicazioni legate al confronto tra insolvenza "civile" e "concorsuale" per l'eccezionalità del ruolo attribuito in questi due ambiti all'iniziativa del soggetto privato. Continueremo ora l'analisi cercando di comprendere come ed entro quali limiti, seppur di concreti confini si possa realmente parlare, gli accordi si caratterizzino per la loro "stragiudizialità" e conseguentemente

[59] F. Di Marzio, *Op. cit.*, pag. 85.

quale sia il ruolo ricoperto dall'autonomia negoziale privata accordata all'imprenditore-debitore.

Prima di procedere nel dare risposta a questo interrogativo però, si preferisce soffermarsi un momento a specificare meglio il significato e l'importanza che nel nostro ordinamento è attribuita al principio dell'autonomia negoziale o, in modo equivalente, contrattuale.

Riprendendo i concetti fondamentali in tema contrattuale dal diritto privato, senza tuttavia voler essere esaustivi, data la diversa finalità del presente lavoro, vediamo che "*la grande importanza* (accordata al) *contratto* […] *deriva dall'ampio riconoscimento legislativo della cosiddetta signoria della volontà, ossia dal fatto che la legge riconosce ai privati un ampio potere di provvedere, con proprio atto di volontà, alla costituzione, alla regolazione ed all'estinzione dei rapporti patrimoniali*"[60]. È la *signoria della volontà* che si esplica nello "accordo delle parti", così come statuito dall'art. 1321 c.c., in quanto punto fondamentale e fondante della validità del contratto poiché quest'ultimo scaturisce e viene ad esistere principalmente dalla concorde volontà dei due contraenti (che in questo caso sono le figure di imprenditore-debitore e creditore). Limitandosi solo a quanto detto apparirebbe allora preponderante il ruolo attribuito dal diritto all'autonomia dei privati nella formazione, gestione ed estinzione di qualsivoglia rapporto tra soggetti economici. Nella realtà però (come mostrato in precedenza) il legislatore ha avvertito la necessità di graduare questa libertà.

Una limitazione di portata generale è volta a riconoscere efficacia solo a quei contratti che rientrano nella normativa generale, o meglio a quelli che "*siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*". Si è voluto evitare così di legittimare e tutelare casistiche decisamente immeritevoli di tutela.

Stante questa limitazione generale vi sono poi due significati riconosciuti in dottrina alla stessa, volti da un lato a limitare ulteriormente questo principio, dall'altro ad esaltarlo.

Nella sua connotazione limitativa, e quindi negativa, si attribuisce all'autonomia negoziale un'importanza relativa, intendendo con quest'ultimo termine che la volontà delle parti è vincolante per le stesse (quindi relativamente alle stesse) ma nulla può imporre e certamente non può vincolare chi è estraneo all'accordo, quindi coloro che non hanno espresso la volontà di prendere parte ad esso. Questo principio è recepito

[60] F. Galgano, *Diritto Privato*, Cedam, 2008, pag. 223.

nell'art. 1372 che limita la produzione degli effetti del contratto alle parti contrattuali affermando che lo stesso "*non produce effetti rispetto ai terzi*". Nel caso degli accordi di ristrutturazione del debito vedremo che con la locuzione *terzi* si intendono sia tutti coloro che intrattengono rapporti con l'imprenditore, sia quei creditori non aderenti all'accordo, inoltre la forza innovativa di questo istituto (garantita solo con la più recente riforma) consiste nel fatto che, pur essendo uno strumento di stampo privatistico, esso rientra in quei "*casi previsti dalla legge*" che possono derogare al principio sopra espresso. Infatti solo in seguito all'omologa anche i terzi ne subiranno gli effetti.

Con riguardo all'accezione positiva del principio della "*sovranità della volontà*" prima di procedere con l'esplicazione dello stesso si preferisce soffermarsi ulteriormente su un'altra tematica che risulterà utile nella definizione della veste giuridica dell'accordo: la differenza tra tipicità e atipicità delle forme contrattuali.

L'ordinamento giuridico presente prevede e disciplina, una serie di tipi contrattuali definiti nella forma, causa, oggetto e in generale nei contenuti, dal codice civile o da altre leggi nelle materie specifiche: sono i cosiddetti contratti tipici. Insieme a tali forme contrattuali tipizzate, il legislatore non esclude però, proprio in base al principio della autonomia negoziale, i cosiddetti contratti atipici o innominati, con i quali i soggetti privati possono stipulare e concludere contratti diversi e non previsti. Quest'ultimo caso, in realtà, rappresenta la prassi in quanto raramente la previsione normativa è realmente capace di anticipare i fatti della realtà economica sempre mutevole e dinamica, anzi l'intervento del legislatore è spesso solo secondario e principalmente teso a normare, attraverso la previsione di specifiche fattispecie astratte, la realtà.

Ciò detto si evidenzia che in dottrina il significato positivo del principio della "sovranità della volontà" consiste nella capacità da parte dei privati di costituire, regolare o estinguere i rapporti patrimoniali con un proprio atto di volontà, quindi si ha che l'effetto giuridico del rapporto intercorso tra le due parti contrattuali è frutto della esplicita volontà dei due contraenti.

Risulta allora triplice la forma in cui questo principio può manifestarsi, tre stadi classificabili in base al grado di libertà garantito al privato.

Nel primo caso l'autonomia garantita al contraente è fortemente limitata ed esplicabile esclusivamente entro le previsioni normative del legislatore: i contraenti possono solo

scegliere tra i diversi tipi di contratto tipizzati nelle leggi e nei codici. Gli altri due casi sono invece deducibili dall'analisi dell'articolo 1322 del codice civile. Infatti nel primo comma perviene un grado di libertà di media intensità poiché è statuito che "*le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative)*". Quindi in questo caso l'autonomia si esplica nella possibilità delle parti di scegliere il regolamento contrattuale ovvero quelle clausole definite di comune accordo dalle parti, da inserire però in uno schema contrattuale prefissato.

L'ultima casistica, ravvisabile dal secondo comma dell'articolo 1322 c.c., manifesta un grado di autonomia di intensità massima poiché "*le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare*" e quindi, in base alla distinzione presentata in precedenza, dar vita a dei contratti atipici che rispondano ad esigenze e scopi che si manifestano nei rapporti tra soggetti privati e che non sono ancora stati previsti e regolamentati dal legislatore.

Perciò se si è affermato che l'istituto in esame tende ad esaltare il principio della sovranità della volontà, in assenza di esplicite previsioni da parte del legislatore è risultato, e continua ad esserlo tutt'ora, estremamente difficile comprendere e definire la veste giuridica degli accordi. Nello specifico, tanto dottrina che prassi si sono interrogate se con l'art. 182-*bis* il legislatore avesse contribuito a definire un nuovo tipo contrattuale entro il quale potesse esplicarsi in modo limitato tale autonomia negoziale, oppure se anche quest'ambito possa essere demandato totalmente alla volontà dei privati.

## 2.2 Contenuto degli accordi: la controversa tipologia contrattuale.

Per quanto detto è possibile ora affrontare con maggior consapevolezza, le problematiche relative alla veste contrattuale in cui possono avere esecuzione gli accordi. Si è ampiamente discusso come la loro natura negoziale si estrinsechi "*nella necessità che il debitore raggiunga un'intesa con i propri creditori*" al fine di evitare il tracollo finanziario ed economico attraverso la rinegoziazione della componente debitoria.

Stante quindi l'ampio ruolo garantito all'autonomia contrattuale delle parti, l'interrogativo emerso in dottrina è stato a lungo volto a comprendere quale effettiva natura giuridica fosse possibile attribuire agli accordi, ovverosia se riconoscere gli stessi come un istituto a "*natura e causa unitaria*" (attraverso il quale, riprendendo la suddivisione presentata precedentemente, il legislatore avrebbe dato vita ad una nuova forma contrattuale tipizzata esclusivamente finalizzata alla risoluzione della crisi d'impresa, dando la possibilità al debitore di stipulare un contratto unico per tutti i creditori), "*ovvero se si debbano ravvisare* (un insieme di) *tanti singoli accordi quanti siano i negozi che il debitore riesce a concludere*"[61]. La dottrina si è lungamente e diffusamente interrogata in merito, formulando negli anni due diverse correnti di pensiero proponenti soluzioni fortemente contrastanti tra loro.

Una parte della dottrina[62] riconosceva nell'intervento del legislatore la tipizzazione di una nuova tipologia contrattuale che individuava al suo interno un negozio con caratteristiche ben definite, sia per i contenuti che per la struttura e la formazione dell'accordo, finalizzato alla risoluzione negoziale delle difficoltà dell'azienda, attraverso la salvaguardia dei complessi aziendali. Pertanto si riteneva che la scelta di favorire soluzioni alternative al fallimento (finalizzate ad esaltare l'autonomia dei soggetti interessati) si palesasse nella creazione di una nuova tipologia negoziale in grado di attrarre la fattispecie concreta della ristrutturazione della crisi d'impresa. In

---

[61] E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 7-8.

[62] V.d. *ex multis* I. Libero Nocera, *Op. cit.* che parla esplicitamente della disciplina degli accordi come "nuova *figura iuris*"; A. Caiafa nel commento al decreto del Tribunale di Bari del 21 novembre 2005 *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, in *riv. Dir. fall.*, II, pag. 542.

questo modo il panorama giuridico sarebbe stato arricchito da una nuova tipizzazione contrattuale che si riteneva molto vicina all'esperienza statunitense della procedura di "Corporate Reorganization"[63].

Una seconda parte della dottrina, invece, riteneva che il silenzio del legislatore relativo a tutta la fase stragiudiziale, esprimesse la volontà dello stesso di non creare una nuova categoria contrattuale, che in definitiva non vi fosse stata alcuna nuova tipizzazione negoziale. Infatti l'assenza di indicazioni e previsioni circa le tipologie e la causa per gli accordi presentano la formazione di una "*fattispecie del tutto aperta*", la cui individuazione non avviene nei contenuti[64] ma dal "*tipo di effetti che da esso scaturiscono*"[65], effetti che sono conseguenti e ricompresi nel significato e volontà della legge. Si riconduce allora la "*species*" degli accordi di ristrutturazione del debito all'interno del più ampio "*genus*" degli accordi stragiudiziali (in luogo del concordato preventivo come visto sopra), massimizzando così il ruolo e la capacità di autoregolazione attribuita all'autonomia privata. In tal modo essa risulta in grado di esprimersi liberamente nella formazione di negozi atipici e diversi a seconda delle esigenze, tanto nei contenuti quanto nell'adesione e nel trattamento dei creditori.

I ripetuti intervenenti sul dettato dell'art. 182-*bis* nell'arco degli anni immediatamente successivi alla loro introduzione, propenderebbero nel dar ragione ai sostenitori della seconda ipotesi in quanto non sono mai stati volti a chiarire la fase stragiudiziale e nello specifico le modalità di raggiungimento dell'accordo, la struttura e il contenuto dello stesso. Ritenendo allora che nell'art. 182-*bis* non sia stata prevista una nuova forma contrattuale avente ad oggetto la risoluzione della crisi d'impresa, si è cercato di far discendere la tesi del contratto unico dall'interpretazione della discrasia presente

---

[63] Ci si riferisce qui ai modelli di *pre-packaged banckruptcy* statunitensi contenuti al Chapter 11 del Banckruptcy Code.

[64] Secondo B. Inzitari, *Op. cit.*, pag. 4, gli accordi di ristrutturazione, nell'accezione plurale del termine, "*indicano una serie aperta di negozialità, che potrà assumere i contenuti e le articolazioni più diverse a seconda delle specifiche esigenze tanto dei debitori quanto dei creditori*", e ancora che gli stessi sono "*riconoscibili ed ammissibili non perché realizzano un contenuto predeterminato*".

[65] Così L. Marchegiani, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare. Contributo allo studio del tipo*, pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Macerata, *Giuffrè Editore*, 2012, che parla di mancata definizione esplicita del tipo contrattuale ma di derivazione della stessa dagli effetti definiti nella norma.

nell'art. 182-*bis* dove nella rubrica ci si esprime al plurale con la locuzione "accordi", mentre nel contenuto precettivo della norma il redattore si è espresso al singolare[66]. Questa apparente contraddizione viene interpretata positivamente per il debitore perché amplia massimamente il grado di autonomia concesso ai soggetti interessati, per cui non è tuttora possibile escludere né la possibilità per il debitore di ricorrere alla stipula di un unico contratto atipico, né quella di formare un insieme di negozi tipici con i creditori. Ulteriormente si ha poi che neppure l'analisi degli effetti conseguenti agli accordi e presupposti dalla norma (effetti che come vedremo derivano dall'omologazione dell'accordo e sono differenti da quelli tipicamente contrattuali), permette di giungere ad una risposta all'interrogativo.

Infatti riprendendo la suddivisione avanzata da M. Sciuto[67], l'imprenditore potrebbe concludere tre tipologie di contratti di esecuzione dell'accordo con i creditori aderenti, che (senza addentrarci eccessivamente nella disamina dato il diverso scopo del presente lavoro) sono:

- La stipula di un *Contratto plurilaterale con comunione di scopo*, quindi una forma tipizzata capace di racchiudere nelle sue clausole i singoli accordi tra l'imprenditore-debitore e ciascun creditore aderente e dove si ha la presenza di più parti contrattuali (*parti* diversamente dalle *persone* perché intese in modo più ampio come centri di interesse diversi). Questa soluzione permetterebbe allora di considerare sia il diverso trattamento dei creditori suddivisi in classi d'interesse previsto dall'art. 182-*bis*, in deroga al principio della *par condicio creditorum*, sia di avvalersi della "*Regola della Conservazione del contratto*" cioè quel "*principio secondo cui le vicende che colpiscono uno dei vincoli non si estenderebbero all'intero contratto"*[68]. In tal modo anche in presenza di

[66] E. Gabrielli, in *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, 2010, pag. 267; afferma che "*l'accordo* (è una) *fattispecie dotata di una propria e unitaria struttura formale, seppur riguardata nella molteplicità delle forme*".

[67] nel suo contributo *Gli accordi di ristrutturazione omologati, ex art. 182-bis*, in *Diritto Commerciale: Volume I*, Guiapichelli, 2013, pag. 502; ma anche da G. Vettori in *Il contratto sulla crisi d'impresa*, contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, *Giuffré*, 2010, pag. 241; suddivisione ripresa anche da L. Marchegiani, *Op. cit.*, pag. 168 e ss.

[68] V.d. F. Caringella, G. De Marzo, *Manuale di diritto civile*, Giuffré, 2013, nota (1) a pag. 341; e in

defezioni tra i creditori è possibile procedere comunque all'esecuzione del contenuto dell'accordo, purché non contrastino con la percentuale di adesione necessaria ai fini dell'omologazione (ovvero che il venir meno della volontà di uno o più degli stessi non vada a ridurre la percentuale dei crediti aderenti portandola sotto la soglia del sessanta per cento, impedendone così l'omologazione).

- E' ritenuta egualmente valida anche la conclusione di un *Contratto bilatelare plurisoggettivo*, che considera quindi tutti i creditori aderenti come un'unica parte contrattuale formando un contratto unico tra debitore da un lato e l'insieme di tutti i creditori aderenti dall'altro, e *a causa unitaria*, quindi che raccolga tutte le singole cause dei singoli contratti sottostanti canalizzate nella più generale fattispecie della risoluzione della crisi d'impresa[69].
- Infine la veste contrattuale dell'accordo potrebbe manifestarsi come un *fascio di contratti*, quindi ognuno di essi indipendente e di tipo bilaterale, ma passanti tutti per uno stesso punto in quanto finalizzati al medesimo scopo, o meglio, come una "*serie di accordi e negozi, stipulati con i creditori, ciascuno autonomo dagli altri, stipulati* (quindi) *tra soggetti diversi e con una propria causa*"[70], tutti però collegati tra loro dato il comune obiettivo di risanamento dell'impresa.

Ciò che si evidenzia è che in tutte e tre le casistiche la funzione dell'accordo di risoluzione della crisi è unica, perché unitaria è la finalità dell'operazione economica sottostante e unitario è anche il processo giuridico al quale l'atto è sottoposto.

---

generale gli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c..

[69] Così E. Frascaroli Santi in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Cedam, 2009; in giurisprudenza il Tribunale di Milano con decreto del 24 gennaio 2007, *www.ilcaso.it*, che riconosce nella "*assenza di effetti remissori per i creditori dissenzienti (o semplicemente non aderenti al piano) e la necessità che i separati accordi con i creditori portanti almeno il 60% del debito complessivo siano raggiunti dalla impresa ricorrente nella fase endoprocessuale, come presupposto per l'inizio del giudizio di omologa, rendono l'istituto stesso assimilabile al* pactum de non petendo *e per la pluralità di parti, ad un negozio di diritto privato classificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria*".

[70] A. Filice in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, contributo a *Il fallimento e le procedure negoziali di soluzione della crisi*, A.A. V.V., Gruppo 24ore, 2013, pag. 344.

Non a torto quindi è possibile interpretare il comma primo dell'art. 182-*bis* esclusivamente come una cornice normativa entro la quale (grazie alla successiva omologazione e approvazione dell'autorità giudiziaria) possa esplicarsi pienamente l'autonomia privata producendo esaurientemente tutta una serie di effetti giuridici successivi. In definitiva il difetto di uno specifico schema astratto per gli accordi di ristrutturazione è elemento sufficiente per giungere a comprendere il reale intento del legislatore oltre ogni possibile interpretazione posteriore, ossia che lo stesso non era intenzionato a dar vita ad una nuova categoria e schema contrattuale, esso ha individuato e definito esclusivamente tutta una serie di effetti legali che possono manifestarsi unicamente in un tempo successivo ad un procedimento che presenta nell'accordo negoziale tra privati il suo momento introduttivo ed organizzativo.

Quindi sul piano dei rapporti tra le parti, avendo riguardo al contenuto e alla tipologia di accordi che è possibile concludere, la dottrina si manifesta unanime nell'affermare che questi siano caratterizzati da una "*assoluta atipicità*"[71] data la molteplicità delle cause e quindi dei contenuti considerabili, oppure, e forse è la definizione più appropriata, che gli stessi si manifestino come un *"istituto <<a geometria variabile>>"*[72] se non addirittura "camaleontico", presentandosi in tal modo capace di adattarsi ai contesti in cui viene applicato e soprattutto al numero di negozi tra debitore e creditori pur mantenendo medesima la finalità perseguita.

Appurato ciò è da considerare che all'atto pratico, data la delicatezza più volte sottolineata del contesto dal quale scaturiscono gli accordi di ristrutturazione, molto difficilmente si riuscirà a definire un contratto completo e sul quale tutte le parti in causa siano concordi, già nella fase iniziale, cioè quella subito successiva alle consultazioni promosse dall'imprenditore (sia nel caso in cui tale contratto si presenti in una veste unica o come insieme di una pluralità di negozi). Poiché la celerità è fondamentale per la buona riuscita degli accordi, è impensabile che il legislatore (nonostante la produzione normativa dell'istituto sia avvenuta in tempi tutt'altro che brevi, presentandosi da subito poco organica e con varie lacune) richieda che gli accordi omologandi siano già dei contratti completi nella struttura. Si ritiene invece che la richiesta adesione di quei creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei

[71] Riprendendo ancora A. Filice, *Op. cit.*, pag. 343.

[72] Sempre E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 8.

crediti, sia relativamente al complessivo piano di ristrutturazione, come quadro generale entro i cui termini e in seguito al quale saranno stipulati successivamente l'insieme dei contratti bilaterali di attuazione con le singole parti creditorie, attraverso i quali l'accordo si sviluppa[73]. Queste considerazioni sono state ampiamente discusse e argomentate specialmente da quegli autori studiosi dell'ambito privatistico. Tra questi citiamo E. Gabrielli che, aderendo alla tesi in questione, riconduce gli accordi alla recente fattispecie del *negozio configurativo*: data la necessaria celerità con cui essi debbono svilupparsi perché possano essere efficaci e la difficoltà, quasi patologica, cui va incontro il debitore nel cercare di ottenere l'adesione da parte dei creditori, si ritiene più corretto considerare in modo ancor più ampio il ruolo attribuito alla autonomia negoziale. Perciò essendo il dettato dell'art. 182-*bis* una "*cornice entro la quale il potere di autonomia delle parti può liberamente realizzare forme di composizione e di regolamentazione della crisi d'impresa*", non è allora escludibile che tale autonomia possa esplicarsi anche nel potere dei privati di regolare il procedimento di formazione del contratto, formulando così un negozio di configurazione che preveda "*un'unica ed unitaria operazione economica* (cioè la rimozione della crisi) *strutturata mediante una pluralità di fasi tra loro intrinsecamente e funzionalmente collegate* (quali le modalità attraverso le quali si da esecuzione all'accordo stesso, il perfezionamento di contratti rivolti a singoli affari, ma anche la possibilità di prevedere ulteriori adesioni successive)*, di modo che ciascuna di esse rappresenti l'antecedente necessario alla fase successiva*"[74].

Nella parte iniziale del Capitolo primo si è evidenziato che gli accordi di ristrutturazione sono principalmente volti alla ristrutturazione della componente debitoria, tuttavia è da aggiungersi che il contratto vero e proprio stipulato con i creditori è solo una parte del contenuto effettivo degli accordi di ristrutturazione. Perché il ricorso a questo istituto possa essere realmente efficace per il debitore nel superare la crisi e riacquisire la capacità reddituale, si rendono necessari anche ulteriori interventi che, in quella sede, abbiamo classificato come "di riposizionamento industriale" e "di intervento sul capitale investito". Per aumentare (se non riprendere in quanto perduta) la capacità di

[73] M. Sciuto, afferma che "*l'accordo si distribuisce in due livelli <a monte> con l'intesa quadro e <a valle> con la pluralità di negozi attuativi*", *Op. cit.*, pag. 501.

[74] E. Gabrielli, *Op. cit.*, pag. 269 e 277.

autofinanziamento dell'impresa in crisi, non è sufficiente concordare dilazioni di pagamento o concedere nuove garanzie sui debiti, si rende quindi necessaria una vera e propria ristrutturazione della capacità operativa e commerciale dell'impresa affinché il possibile pervenire dell'insolvenza non sia solo rimandato.

Questa necessità nella previsione originaria dell'art. 182-*bis* non era stata prevista rilasciandolo così alla discrezione del debitore. La norma infatti richiedeva che insieme alla domanda di omologazione dell'accordo venisse depositata anche "*la documentazione di cui all'articolo 161* (l. fall.)" (l'insieme dei documenti richiesti per la presentazione della domanda di concordato preventivo), ma non vi era alcun richiamo che richiedesse esplicitamente la formazione di un piano apposito. In realtà è anche vero che difficilmente vi potrebbe essere una efficace composizione negoziale della crisi in assenza di un'adeguata informazione proprio di coloro che con l'adesione all'accordo dovranno accettare condizioni che, con molta probabilità, saranno peggiorative dei rapporti di credito già esistenti. Si rende allora automaticamente necessario la formazione di un piano che indichi le modalità di esecuzione degli accordi e, più in generale, di come si prevede di risanare l'impresa. La carica informativa connessa a questa "razionalizzazione degli intenti" derivante proprio dalla formazione del suddetto piano, è la discriminante di scelta per i creditori, infatti come correttamente evidenziato da F. Di Marzio[75] "*la composizione della crisi d'impresa non può prescindere dalla coerente organizzazione del dato aziendale*", da cui la necessità di *formalizzare* in un piano l'insieme degli interventi e modifiche che si intende attuare. Questo permette così sia di schematizzare le operazioni che andranno svolte riducendone la complessità, facilitando la messa in pratica degli interventi, favorendo la verifica dei risultati sia in corso d'opera che a conclusione; sia di rendere il più possibile "apprezzabile" la cosa per i creditori rendendo così più oggettiva la loro scelta. Infatti l'importanza di formulare un piano per favorire l'adesione dei creditori all'operazione di ristrutturazione deriva proprio dalla constatazione che "*l'insolvenza commerciale assume una dimensione spiccatamente relazionale"* in quanto incide direttamente sui rapporti obbligatori.

Il legislatore con l'ultima modifica del testo della legge fallimentare (con il c.d. "Decreto Sviluppo" del 2012) ha ritenuto importante recepire nel contenuto prescrittivo

[75] *Op. cit.*. pag. 78.

della norma questa necessità palesatasi nella prassi applicativa del concordato di pianificazione degli interventi sulla crisi, aggiungendo un ulteriore lettera al comma primo dell'articolo 161 che richiede ora agli imprenditori di depositare anche "*un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*". Dato il richiamo contenuto nell'art. 182-*bis* a questa norma si ritiene allora che tale documentazione vada preparata e depositata anche per i richiedenti l'omologazione dell'accordo.

Ecco quindi che in parallelo agli accordi contrattuali con i creditori l'imprenditore approntera anche un *piano di risanamento* indicante le cause della crisi, lo stato attuale di solvibilità e di liquidabilità, le caratteristiche specifiche dell'impresa e di conseguenza anche le modifiche alla gestione della stessa, gli interventi strutturali volti ad efficientare il sistema produttivo, ad inserirsi in nuovi business o ad abbandonare settori ritenuti secondari e non trainanti, e, infine e specialmente, indicare come verranno reperite le nuove risorse finanziarie essenziali per la ricomposizione della crisi (i cosiddetti "finanziamenti ponte" per i quali il legislatore ha riconosciuto nel tempo una sempre maggior tutela e garanzia ai fornitori di risorse finanziarie in una situazione di continuità aziendale[76]). Per favorire il vaglio del tribunale ai fini dell'omologa è richiesto che anche questo piano strategico come l'accordo in sé, sia oggetto della relazione sull'attuabilità da parte di un professionista esterno, così come prescritto dal comma primo dell'art. 182-*bis*.

Pur permanendo significativo il silenzio della norma e l'assenza di indicazioni precise in altre fonti normative con le ultime modifiche apportate con la recente riforma, per l'operatore economico è possibile ora scorgere una maggiore indicazione circa il contenuto degli accordi, rimanendo lo stesso il più ampio e indefinito possibile così da spingere gli interpreti a ricorrere alla normativa civilistica in tema di contratti dato il deciso carattere autonomistico più volte evidenziato. Quindi ora seguendo pariteticamente il dettato dell'art. 1325 del codice civile analizziamo i quattro requisiti fondamentali del contratto (ai fini della validità ed efficacia dello stesso): l'accordo tra le parti, la causa, l'oggetto e la forma.

---

[76] In tema di finanziamenti alle imprese in crisi v.d. D. Galletti in *Tecniche e rischi del finanziamento all'impresa in crisi*, contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, 2010, pag. 315 e ss..

### 2.2.1 Accordo tra le parti.

In merito all'accordo tra le parti dalla lettura dell'art. 182-*bis* sono ravvisabili due profili: il primo che prevede dei limiti di tipo quantitativo e qualitativo, il secondo invece attiene alle modalità di raccolta dei consensi da parte dell'imprenditore-debitore.
Sotto il primo profilo un'indicazione è ravvisabile dalla lettura della norma stessa poiché ai fini dell'omologazione è richiesto il consenso dei "*creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti*". Quindi, interpretando nel suo significato più ampio il termine creditori, i soggetti legittimati a partecipare all'accordo sono non solo il debitore ed i suoi creditori, ma anche tutti coloro che manifestino l'interesse a parteciparvi. Questa conclusione va a confermare ancora una volta l'ampio grado di autonomia concesso ai privati: come si è già ricordato il carattere privatistico si manifesta particolarmente ampio nell'istituto in esame, portando in tal modo ad un vero e proprio superamento del principio della *par condicio creditorum*. Ecco allora che non è in alcun modo escludibile la possibilità che nell'accordo si preveda un diverso trattamento dei creditori in base alla tipologia dei loro interessi, questo proprio per la non necessaria applicazione del principio in questione. Quindi in merito alla qualità delle parti contrattuali si può affermare senza fallo che non è possibile in alcun modo escludere dalla partecipazione all'accordo alcuno di quei "*soggetti che siano a vario modo portatori di un interesse connesso alla ristrutturazione*"[77], anche se costoro in precedenza non avevano nessun collegamento con l'imprenditore. Vedremo che questo amplia notevolmente anche la tipologia di interventi che possono essere considerati ed avviati per risolvere la crisi (come la possibilità di attuare la transazione fiscale *ex* art. 182-*ter*[78]), e conseguentemente anche il possibile contenuto dell'accordo.
Sotto il profilo quantitativo invece la soglia indicata nel sessanta per cento non può in alcun modo essere considerare come un criterio di maggioranza al pari di quello richiesto dalle diverse procedure concorsuali, né esso può essere rilevante ai fini della validità degli accordi. Questo sia per l'assenza di una natura procedimentale, sia perché

[77] E. Gabrielli, *Op. cit.*, pag. 270.

[78] In base all'art. 182-ter la **transazione fiscale** è una procedura che permette all'imprenditore in crisi di ottenere il riconoscimento della consistenza del proprio debito tributario da parte dell'Amministrazione finanziaria, garantendone in seguito anche il pieno assolvimento.

il criterio prescritto dalla norma non risulta in alcun modo essenziale per l'efficacia del o dei contratti in sé (dato il principio della sovranità della volontà affrontato in precedenza un simile criterio avrebbe esistenza solo per espressa volontà delle parti, e questo non già nel contratto stesso di attuazione dell'accordo, ma prima, nel suo negozio configurativo).

La soglia indicata dalla norma ha valore esclusivo per l'accesso alla fase giudiziale e il riconoscimento dell'accordo ai fini dell'omologazione, perciò per ricevere l'*imprimatur* di validità da parte dell'autorità giudiziaria e le conseguenti forme di protezione previste dalla legge.

Inoltre, e ciò costituisce ulteriore segno di discontinuità rispetto alle procedure concorsuali, la soglia in questione non è relativa al numero dei creditori, recependo allora la modalità di "votazione per teste" sempre in ossequio al principio di parità di trattamento, ma alla totalità dei crediti vantati. Ciò comporta quindi anche la possibilità, tutt'altro che rara, di assistere alla formazione e omologazione di accordi costituiti con una parte minoritaria del ceto creditorio, se non addirittura nella figura di un unico creditore (questo sempre in relazione alla composizione dei finanziamenti di cui usufruiscono le imprese nel sistema economico italiano, mostrando di essere esposte principalmente con istituti bancari).

Il secondo profilo attiene invece alle modalità di raccolta dei consensi da parte dell'imprenditore-debitore in quanto "*il contratto è l'accordo di due o più parti*".

Poiché la norma non statuisce alcuna procedura di convocazione del ceto creditorio, si ritiene che anche le decisioni in questo ambito siano lasciate all'autonomia delle parti in causa, e che possano quindi avvenire tanto individualmente, di volta in volta con ciascun creditore, quanto in un'unica occasione assembleare. Poiché "*il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte*", si avrà che il perfezionamento in caso di contratto consensuale plurilaterale si avrà quando l'accettazione da parte dell'ultimo creditore giunge a conoscenza di tutte le parti in causa oppure, ed è il caso più evidente, con la pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo stesso che ne da conoscibilità al pubblico. Relativamente invece al caso di un fascio di contratti bilaterali, il perfezionamento si ha di volta in volta, per ogni singolo contratto. Infine, qualora l'accordo consti in un contratto bilatelare plurisoggettivo, la raccolta dei consensi

avverrà in un’unica occasione, con la volontà espressa di tutti i creditori perché considerati come unica parte contrattuale.

### 2.2.2 Causa e controllo del tribunale.

Riprendendo la suddivisione presentata in precedenza sulla veste giuridica dell'accordo, vediamo che non si manifesta alcun dubbio in merito alla causa qualora si abbia la formazione di una serie di contratti. Essendo questi finalizzati a singoli e specifici affari è affermabile senza dubbio che le parti ricorrano a contratti già previsti nell'ordinamento, e quindi tipizzati, allora non si presenta alcuna problematica in relazione alla causa degli stessi poiché il legislatore ha già accertato nelle previsioni normative la ricorrenza della loro funzione economico-sociale (in questi casi si parla infatti di "causa tipica").

Diversamente, e non potrebbe essere altrimenti, sarà invece nel caso in cui si stipulerà un unico contratto atipico. In questo caso la libertà delle parti di definire accordi che perseguano una differente funzione è garantita dall'ordinamento, tuttavia, come si è già ricordato, il legislatore ha previsto al comma secondo dell'art. 1322, una limitazione all'autonomia contrattuale del contraente che si manifesta tramite un controllo giudiziario volto esclusivamente ad accertare che gli accordi intercorsi "*siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*". In realtà il controllo avviene solo in via eventuale e perciò in un momento successivo alla formazione dell'accordo e conclusione del contratto, e anche in questo caso tale controllo si ha solo in caso di controversia tra le parti o con i terzi (che così giustificherebbe il passaggio di verifica di fronte al Tribunale). Invece in merito agli accordi di ristrutturazione del debito omologati si anticipa che il controllo dell'autorità giudiziaria è obbligatorio ai fini della validità ed efficacia degli stessi. Il giudizio di merito si avrà allora all'inizio della c.d. fase giudiziale dove, ai fini dell'omologazione dell'accordo, il tribunale effettuerà un controllo sia in senso negativo che positivo.

Nel primo caso esso andrà a verificare l'assenza di una "causa illecita"[79], controllando che non vi sia violazione di "*norme imperative*, di *ordine pubblico o* di *buon costume*", qualora le parti definiscano modalità di superamento della crisi con atti ritenuti illeciti. In senso positivo invece esso verificherà che gli interessi perseguiti dalle parti pur essendo leciti siano "*meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*", quindi

[79] V.d. art. 1343 c.c.: "*La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume*".

nell'accezione più ampia il Tribunale appurerà che l'imprenditore sia seriamente intenzionato a dar seguito al piano di risanamento e a rispettare gli accordi e che non vi sia invece un tentativo di occultare o depauperare il patrimonio aziendale per ledere il diritto dei creditori in caso di successivo fallimento.

Inoltre nell'ambito esclusivo dell'istituto degli accordi il potere del giudice ha una duplice finalità in quanto esso esercita tale controllo non solo a protezione degli stessi contraenti (come tutela primaria degli interessi dei creditori aderenti) ma, specialmente, il giudice andrà a verificare che essi siano idonei "*ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei*" all'accordo, ampliando allora il profilo causale del contratto. Questa è la tipicità degli accordi di ristrutturazione, voluta espressamente dal legislatore ed inserita nell'art. 182-*bis*, senza la quale non avrebbero alcuna possibilità di essere economicamente interessanti per le parti in causa.

Stante ciò allora è possibile affermare che l'elemento causale non dei contratti ma degli accordi in sé, intendendone quindi la funzione concreta, consiste nella *"rimozione della situazione della crisi d'impresa e nel pagamento integrale dei creditori non aderenti*[80]. Quindi la fattispecie concreta nell'istituto degli accordi consiste, nello specifico, nella soluzione negoziale della crisi principalmente attraverso la rimodulazione dei rapporti debitori.

[80] E. Gabrielli, *Op. cit.*, pag. 270, in seguito alla riforma del 2012 ora si richiede che il pagamento sia integrale e non più regolare.

### 2.2.3 Oggetto.

Che l'accordo consista in un unico contratto o che presenti la forma di un fascio di negozi, è importante non confondere l'oggetto del o dei contratti stipulati con il contenuto del piano di esecuzione dello stesso.

La finalità di questi accordi è già stata palesata, avendo per obiettivo la modifica strutturale del debito dell'impresa essi andranno ad incidere proprio sugli elementi caratterizzanti di quest'ultimo, cercando di rendere le condizioni contrattuali più favorevoli per l'imprenditore in difficoltà. Essi allora incideranno sulle garanzie prestate, sui tempi di pagamento e quindi sulla scadenza, l'ammontare del debito e gli interessi da pagare. Da ciò l'oggetto del o dei contratti stipulati, facendo riferimento esclusivamente al debito, varia a seconda di quegli elementi che vengono modificati. Pertanto, data la situazione di difficoltà in cui versa l'impresa, l'accordo non potrà che contemplare tutte le cause di estinzione delle obbligazioni diverse dall'esatto adempimento.

Avremo allora la possibilità di prevedere dilazioni di pagamento (che in conseguenza considera sia il caso di corresponsione degli interessi dilatori o no), la novazione del debito e quindi l'estinzione dello stesso e la contrattazione di nuovi accordi, la compensazione delle ragioni di debito e credito, e l'acquisizione di nuove garanzie in favore dei creditori[81]. Potrà inoltre essere considerato anche un contenuto liquidatorio dell'accordo che comporti la possibilità di prevedere la cessione ai creditori di beni, crediti o rami d'azienda secondo l'istituto della "*datio in solutum*". Infine, in ottica di continuità aziendale e di facilitazione di una ripresa dell'efficienza dell'impresa, potrebbero essere considerati anche l'avvio di nuove transazioni commerciali ed eventuali rinunce di posizioni creditorie siano esse parziali o totali[82].

In merito alle dilazioni di pagamento sopra citate si ritiene utile fare una precisazione. Come anticipato i creditori principali delle imprese che possono essere maggiormente interessati o coinvolti negli accordi di ristrutturazione sono gli istituti di credito, perché

[81] Se si considera che in genere tutti i contratti conclusi dal debitore nel "periodo sospetto" aventi per oggetto i casi sopra indicati sono generalmente colpiti dalla revocatoria fallimentare, si comprende meglio l'importanza di questa misura d'incentivazione per gli accordi prevista dal legislatore.

[82] Secondo l'istituto della *remissione* del debito a norma degli art. 1236-1237.

nell'ambiente economico italiano i principali finanziatori delle attività d'impresa rimangono le banche. E' da sottolineare in merito che l'istituto di credito ha maggior interesse a proseguire il pur difficile e rischioso rapporto di credito (attraverso una modifica delle condizioni di fido sfavorevole per la stessa) piuttosto che interromperlo, questo perché la banca è ben consapevole che operando in tal modo essa sarebbe promotrice di un ulteriore aggravamento della situazione dell'impresa, che da stato di crisi potrebbe giungere ad insolvenza irreversibile, incorrendo essa stessa in ingenti perdite patrimoniali per la mancata escussione – se non in minima parte – del credito concesso. Si ritiene però, in merito all'oggetto degli accordi, che una eventuale moratoria nei pagamenti dei debiti da finanziamento o dilazioni di pagamento possano essere solo conseguenza esclusiva di accordi bilaterali tra banca e impresa volti a ristrutturare il debito, escludendo allora che ci si possa riferire alla c.d. "moratoria mutui PMI".

Tale moratoria nasce da un accordo intercorso tra l'ABI, le associazioni d'impresa e il Governo con l'intento di sostenere l'economia nazionale. Nato il 3 agosto 2009 con finalità di durata temporanee esso è stato più volte revisionato prolungandone la durata negli anni a seguire (viene infatti rinnovato il 16 febbraio 2011 e infine il 28 febbraio 2012). Nello specifico lo stesso è volto a favorire la ripresa delle piccole e medie imprese attraverso tre misure particolari che consistono in: la *sospensione dei finanziamenti*, che permette di "congelare" per 12 mesi la quota capitale delle rate del mutuo o dei canoni di leasing immobiliare e mobiliare; la possibilità di ottenere un *allungamento dei finanziamenti* prorogando la scadenza dei mutui (di 3 anni se chirografari, 4 anni se ipotecari), mentre per l'anticipazione di crediti esigibili l'allungamento si ha spostando avanti fino a 270 giorni le scadenze del credito a breve termine per esigenze di cassa oppure l'allungamento fino a 120 giorni delle scadenze per il caso di credito agrario di conduzione. L'ultima misura è volta a *facilitare le operazioni finalizzate a promuovere la ripresa e lo sviluppo di attività* (come il sostegno ai processi di rafforzamento patrimoniale delle imprese).

Come affermato in precedenza questa tipologia di moratoria si ritiene non recepibile entro il contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, e quindi inapplicabile, in quanto le parti sociali, dal cui accordo nasce questo strumento, hanno esplicitamente richiesto e previsto che il presupposto oggettivo del debitore richiedente la moratoria

escluda categoricamente qualsiasi stato di crisi intesa come difficoltà non momentanea[83].

Tornando all'oggetto dell'accordo di ristrutturazione si sottolinea che l'intervento diretto sui debiti non è l'unica strada percorribile, ma che l'oggetto di questi accordi può essere ben più ampio e diverso.

Infatti possono essere ricompresi anche obblighi di natura diversa come l'astensione da parte dei creditori dall'attivare procedure esecutive individuali; o la possibilità di un intervento di un soggetto terzo (sia esso un imprenditore individuale o una società o un gruppo societario) volto a farsi garante dei debiti, o finalizzato all'assunzione di una parte debitoria, oppure per fornire nuova finanza attraverso l'acquisizione di quote societarie. In quest'ultimo caso allora non è da escludere anche che gli accordi abbiano per oggetto l'avvio di procedure straordinarie quali la scissione dell'impresa in due soggetti distinti per ragioni strategiche (come per esempio la cessione di una parte dell'attività per favorire l'uscita da un settore economico non più ritenuto strategico o perché fonte principale delle perdite economiche accusate), oppure la possibile fusione per incorporazione con un soggetto più solido in grado di assorbire la crisi e di assumersi i debiti contratti.

Non si può ulteriormente escludere anche che oggetto degli accordi possa essere l'attivazione di interventi sulle politiche gestionali dell'impresa che incidano sul personale avviando trattative anche con le parti sindacali finalizzate a valutare la possibilità di sospendere alcuni rapporti lavorativi, di anticipare la quiescenza dei

---

[83] V.d. il documento dell'*Accordo per il credito* 2013, concluso il 21 marzo 2013 con il quale "*le Parti hanno concordato un'ulteriore proroga, al 30 giugno 2013, del periodo di validità delle* "Nuove Misure per il Credito alle PMI", con il quale si prevedono tre requisiti fondamentali ovvero che:

"*Possono beneficiare […]le piccole e medie imprese (PMI) operanti in Italia appartenenti a tutti i settori";* che tali PMI siano *in bonis* ovvero che *"al momento di presentazione della domanda, non devono avere posizioni debitorie classificate dalla banca o dall'intermediario finanziario vigilato come "sofferenze", "partite incagliate", "esposizioni ristrutturate" o "esposizioni scadute/sconfinanti" da oltre 90 giorni, né procedure esecutive in corso."* Infine, in quanto misura straordinaria nata in seguito alla recente crisi economico-finanziaria mondiale, vengono ammesse alla moratoria anche le imprese che pur essendo *in bonis* manifestino *"una temporanea tensione finanziaria generata dalla congiuntura economica riscontrabile per la presenza di uno o più dei seguenti fenomeni: i) riduzione del fatturato; ii) riduzione del margine operativo rispetto al fatturato; iii) aumento dell'incidenza degli oneri finanziari sul fatturato; iv) riduzione della capacità di autofinanziamento aziendale."*

lavoratori con più anni di servizio, di richiedere l'attivazione della *cassa d'integrazione* o la modifica delle clausole dei contratti di lavoro (quindi sia in merito alla modifica degli orari di lavoro che come incidenza negativa in ambito retributivo). L'intervento può anche avvenire sugli organi societari attraverso un generale riassetto degli stessi come la nomina di un nuovo Consiglio di Amministrazione o la sostituzione dei quadri direzionali aziendali.

Ciò che è importante sottolineare è che l'ampio grado di autonomia concessa ai soggetti privati si sostanzia anche nel fatto che non si ha in nessun caso l'intervento e inserimento di un soggetto esterno preposto alla gestione dell'impresa come avviene nella procedura fallimentare nella figura del curatore. L'intervento di un terzo (sia esso nella forma di una persona fisica o come società esterna operante nel settore della risoluzione della crisi d'impresa) è solo eventuale e in seguito ad esplicita volontà dell'imprenditore o del C.d.A. della società.

### 2.2.4 Forma.

Anche in merito a quest'ultimo requisito contrattuale il legislatore non si è pronunciato in modo chiaro, e ancora una volta sia dottrina che prassi si sono lungamente interrogate al riguardo nell'interpretare il silenzio della norma. Infatti né con la prima formulazione dell'art. 182-*bis* né con le riforme successive, si è prevista esplicitamente alcuna determinata forma "*ad substantiam*", anche se in realtà qualche spiraglio per l'interprete esiste rinvenendo qualche indicazione in merito dal dettato della norma stessa. Più precisamente al comma secondo è richiesto il deposito dell'accordo omologando presso la Cancelleria del Tribunale Fallimentare[84] e la pubblicazione nel Registro delle Imprese con l'esplicita funzione di pubblicità costitutiva quindi non solo di rendere i fatti giuridici conoscibili a chiunque sia interessato e di renderlo opponibile ai terzi, ma come requisito necessario affinché l'accordo possa acquisire efficacia e perché possa essere capace di produrre i suoi effetti giuridici. Da questo si è ritenuto unanime considerare necessaria la forma scritta per gli accordi. Pacifica quindi l'interpretazione in merito alla forma, nulla è stato precisato circa la necessità ulteriore di certificare la volontà delle parti di fronte ad un terzo che sia indipendente e al quale sia riconosciuto il ruolo di pubblico ufficiale fidefacente.

Questa misura aggiuntiva è volta a garantire la sicurezza che non vi siano "improvvisi ripensamenti" da parte dei firmatari che possano inficiare il raggiungimento delle maggioranze richieste arrivando a contestare non solo le clausole ma direttamente la loro partecipazione all'accordo, oppure che vi siano aperte opposizioni da parte di creditori non aderenti o dissenzienti o da parte dei terzi che contestino la mancata osservanza delle norme generali in sede di trattativa e di formazione dell'accordo. Come forma di protezione risulterebbe automatico allora ritenere necessario l'autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un terzo competente. Questo perché, come è noto, la fase delle trattative iniziali non è certamente serena e tranquilla, importanti e variegati sono gli interessi economici in gioco e difficili e tesi i rapporti tra le parti. Queste allora, ciascuna per proprio conto, cercheranno da un lato di ottenere il maggiore vantaggio dalla situazione a discapito delle controparti, o decidere di ritirarsi o, ancora, di

[84] I requisiti di competenza del tribunale sono i medesimi previsti per la procedura fallimentare quindi si ritiene applicabili gli articoli 9, 9-*bis* e 9-ter.

intraprendere iniziative personali a protezione del credito vantato. Dato il silenzio del legislatore in materia si ritiene che l'autenticazione delle sottoscrizioni sia a discrezione del debitore e dei creditori interessati (in realtà questa possibilità non è solo eventuale ma nella prassi si ricorre sempre all'autenticazione) mentre l'onere della prova in caso di contestazione degli accordi spetterebbe così ai creditori o ai terzi che ne hanno interesse. A questo riguardo è da segnalare che la giurisprudenza accoglie in modo pressoché unanime come strumento per garantire una forma di protezione la Scrittura Privata Autenticata.

Stante ciò ci si è chiesti allora quale sia la figura che possa adempiere appieno alla funzione di autenticatore. Appare subito chiaro che questo ufficio non può essere svolto dal "professionista" designato nel comma primo dell'art. 182-*bis* poiché allo stesso il legislatore riconosce un compito decisamente differente; è inoltre da escludere che si possa far riferimento al cancelliere o al responsabile della conservatoria del Tribunale dove viene depositato l'accordo, in quanto queste figure intervengono solo a trattative concluse e quando l'accordo risulta essere già stato ratificato[85]. Rimarrebbe quindi proprio il soggetto a cui l'ordinamento riconosce la qualifica di pubblico ufficiale e che abbia, tra le altre, la funzione di farsi garante della validità dei contratti attraverso l'attribuzione di pubblica fede agli atti e alle sottoscrizioni sugli stessi apposti in sua presenza: il notaio[86].

Tuttavia né nella norma in esame né in alcuna altra norma collegata è previsto il necessario intervento del notaio. Allora alla mancanza normativa si è risolto nella prassi di percorrere la strada inversa. L'intervento notarile ai fini dell'autenticazione è stato giustificato in un primo momento ricorrendo direttamente alle norme del Regolamento di attuazione in materia di istituzione del Registro delle Imprese, il Dpr n. 581 del 7 Dicembre del 1995, il quale all'art. 11, comma quarto statuisce che l'atto da iscrivere

---

[85] Nel contributo della Dott.ssa C. Evanghelia Papadimitriu in commento al Decreto del Tribunale Reggio Calabria del 24 Gennaio 2012, la stessa si pronuncia "*La Dottrina e Giurisprudenza maggioritaria ritengono che la funzione di autenticazione non possa essere svolta da esperto demandato ad attestare l'attuabilità dell'accordo perché, per il legislatore, questi ha un compito diverso. Neanche il cancelliere o il conservatore possono poi svolgere l'autenticazione".* V.d. Riv. Dir. Fall. n. 6 del 2012, pag. 716 e ss..

[86] V.d. art. 1 legge 89/1913 che statuisce: "*I notari sono ufficiali pubblici istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti."*

debba essere depositato in originale, con scrittura autenticata ove trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio, è quindi prevista l'autenticazione quale elemento necessario ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese[87].

Tornando alle previsioni della norma in esame rimane un ulteriore questione da dirimere: in che forma avverrà la pubblicazione nel registro delle imprese? Anche in questo caso è stato lasciato ampio spazio all'interpretazione del giurista data la mancanza di precise indicazioni da parte del legislatore, e la questione non è certo meno importante in quanto discende proprio dalla pubblicazione l'acquisizione di efficacia degli accordi.

L'interrogativo che sorge è quindi capire se la pubblicazione in questione faccia riferimento al Deposito o alla Iscrizione degli accordi.

Dello stesso avviso è il Tribunale di Roma che con il decreto del 20 Maggio 2010, ribadisce che "*oggetto dell'indagine del collegio*" dev'essere la verifica dell'esistenza delle "*autenticazioni delle sottoscrizioni degli accordi"* in quanto "*la mancanza dell'autenticazione della firma costituisce quindi un requisito di ammissibilità dell'accordo stesso, condizionando l'esecuzione di un indispensabile adempimento pubblicitario*".

Nel caso del deposito allora, ricorrendo sempre all'interpretazione della norma alla luce del regolamento del registro delle imprese, si ha che, in base a quanto statuisce l'art. 14 del dpr 581/1995, non risulterebbe essere necessaria alcuna preventiva autenticazione delle sottoscrizioni in quanto è la forma stessa del deposito ad essere "*sufficiente a garantire una adeguata tutela degli interessi dei creditori estranei*"[88].

Tuttavia, sempre attraverso l'interpretazione delle norme, la forma con cui integrare la pubblicazione sottintesa dall'art. 182-*bis* sembra essere riconducibile proprio alla seconda casistica: l'iscrizione. Questo perché la legge definisce tutta una serie di effetti

---

[87] V.d. il decreto del Tribunale di Milano del 25 Marzo 2010: "*L'autenticazione della firma del soggetto che sia parte del singolo accordo integra un requisito di ammissibilità dell'accordo stesso* […] *inerendo ad una formalità indispensabile ai fini pubblicitari"* che presenta anche "*una funzione sostanziale, poiché non si vede come potrebbero considerarsi opponibili ai terzi (ed erga omnes) accordi che nemmeno rechino una sottoscrizione autenticata, tale cioè da essere senza incertezze ed almeno formalmente ascrivibile all'apparente creditore consenziente*".

[88] V.d. Dott.ssa C. Evanghelia Papadimitriu in commento al Decreto del Tribunale Reggio Calabria del 24 Gennaio 2012, *riv. Dir. Fall.* n. 6 del 2012, pag. 716 e ss..

legali alla pubblicazione che non possono essere supportabili e conseguenti al semplice deposito. Da ciò allora è possibile, muovendo a ritroso, dare una soluzione più chiara alle problematiche poste in precedenza e alle quali si è data una risposta parziale.

In merito al ruolo del notaio è possibile affermare che poiché la pubblicazione nel registro delle imprese deve avvenire nella forma dell'iscrizione, ne è diretta conseguenza che gli accordi debbano anche essere precedentemente vidimati (infatti possono essere iscritti solo quegli atti autenticati nelle firme). Ecco quindi che, in base a questo ragionamento, si rende ulteriormente necessario l'intervento notarile in quanto esso è un pubblico ufficiale fidefacente con la capacità di garantire maggior sicurezza e quindi stabilità degli accordi stessi. Questo almeno in base alla dottrina e alla prassi maggioritaria, tuttavia, nonostante gli interventi riformisti avutisi sull'istituto negli anni successivi non abbiano mai risolto appieno la problematica, si è riscontrato un tendenziale mutamento di prospettiva da parte della giurisprudenza[89] rendendo ancora una volta difficile, in assenza di ulteriori interventi chiarificatori da parte del Parlamento, giungere ad un punto condiviso che ponga un termine a questa tematica.

[89] Infatti il Tribunale di Reggio Calabria risulta di differente avviso rispetto alle sentenze sopra citate poiché esso con il decreto n.  del 24 Gennaio 2012, si pronuncia contro la necessità della autenticazione delle sottoscrizioni poiché "*l'art. 182-bis non fa riferimento a tale necessità e né essa può farsi discendere da un supposto obbligo del tribunale di valutare la genuinità del consenso dei creditori aderenti*".

**PARTE SECONDA**:

Il funzionamento degli accordi: presupposti, meccanismi operativi e effetti

## CAPITOLO 1.II

Il funzionamento degli accordi: profili, meccanismi operativi e finalità.

### 1. Il "funzionamento" degli accordi: la Fase Stragiudiziale

#### 1.1 Presupposto soggettivo.

La prima formulazione dell'art. 182-*bis* proposta con il d.l. n. 35 del 2005 non prevedeva alcun presupposto soggettivo né oggettivo, essa identificava solo il soggetto che poteva accedere a tale istituto nella generica figura del "debitore" generando molti dubbi interpretativi e dando vita alla speranza che questa tipologia di strumento potesse essere utilizzata in qualsiasi ambito, tanto dal debitore commerciale quanto, novità assoluta e totalmente priva di precedenti, dal debitore civile.

Nonostante questa mancanza di chiarezza l'interprete ha invece considerato con estrema difficoltà la possibilità concreta che tale disciplina potesse essere applicata anche ai rapporti di debito-credito nell'ambito privato: essendo la disciplina degli accordi inserita con l'art. 182-*bis* nell'impianto della legge fallimentare e, nello specifico, entro gli articoli relativi al concordato, la possibilità di applicare lo strumento nell'ambito dell'insolvenza civile si escludeva quasi automaticamente[90]. Inoltre l'espressa esenzione da revocatoria di quegli atti e pagamenti posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione (così come sancisce l'art. 67, comma terzo, lettera e)) è stato uno degli argomenti portanti dell'esclusione, dalla sfera dei presupposti soggettivi, delle figure diverse dall'imprenditore assoggettato al fallimento. Da ciò la conclusione secondo la quale la figura del debitore in questione non potesse essere che assimilabile a quella dell'imprenditore commerciale iscritto al registro delle imprese, quindi a norma degli artt. 2082 e 2195 del codice civile. In tal modo si rientra pienamente nell'ambito del presupposto soggettivo previsto all'art. 1 della legge fallimentare che prevede applicabili le norme sul fallimento ai soli "*imprenditori (non piccoli) che esercitino*

[90] E. Gabrielli in *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, contributo a *Op. cit.*, pag. 263, afferma che l'ampiezza del concetto di imprenditore "*non può certamente indurre a ritenere che dell'istituto possano usufruire quei soggetti che svolgono un'attività diversa da quella commerciale, essendo la procedura di ristrutturazione inserita all'interno di un complesso normativo nel quale viene espressamente disciplinata la crisi e l'insolvenza delle imprese commerciali non piccole così come definite dall'art. 1 l. fall.*"

*un'attività commerciale*"[91]. Quindi si propendeva nel restringere la figura del debitore al solo imprenditore, e, ancora, non qualunque tipo di imprenditore ma solo quelli esercitanti "*un'attività commerciale con esclusione degli enti pubblici*", *ex* art. 1 della legge fallimentare.

Il decreto correttivo della riforma del 2007 pur non riuscendo a fugare ogni dubbio in merito da parte di alcuni autori, comportò un deciso passo avanti grazie alla nuova formulazione con la quale si è definitivamente chiarito che il soggetto abilitato a ricorrere a questi accordi possa essere solo "*l'imprenditore*", rientrando così pienamente e definitivamente entro l'alveo della legge fallimentare. A questo punto l'unica incertezza che poteva rimanere atteneva alla tipologia o, meglio, alla "dimensione" del soggetto in questione, incerto quindi era capire se ai sensi del dettato dell'art. 182-*bis* rientrava anche la figura del c.d. "piccolo imprenditore" o se si recepivano anche in questo caso le soglie dimensionali previste dall'art. 1 l. fall.

Furono necessari due interventi da parte del legislatore, il primo (in senso cronologico) in un qualche modo "interno" alla legge stessa, il secondo invece "esterno" ad essa perché andava a disciplinare un ambito diverso.

Infatti il progredire e peggiorare della recente crisi ha messo a nudo tutte le criticità e inefficienze del sistema economico italiano, accentuando così anche le già evidenti difficoltà degli imprenditori operanti nel settore primario. La decisione di escludere gli stessi dalla possibilità di ricorrere alle procedure concorsuali se da un lato era volta a proteggere questo tipo di attività economica, da sempre ritenuta certamente non paragonabile in termini di rischio e quantità di capitali utilizzati all'attività imprenditoriale, dall'altro ha comportato una pesante lacuna nell'ordinamento dovuta alla mancanza di previsioni volte a definire specifici strumenti che dessero la possibilità anche agli imprenditori agricoli di fronteggiare le situazioni di crisi economica, se non insolvenza, che non fossero quelli già presenti e previsti nel diritto privato. Così per favorire la ripresa dell'attività agricola anche attraverso un più snello e, soprattutto, un più tutelato strumento di gestione e rinegoziazione del debito, il legislatore, con l'usuale

[91] Sarebbe stato infatti "*alquanto singolare l'inserimento nell'ambito della legge fallimentare di una previsione idonea ad applicarsi oltre i limiti di operatività generale della legge stessa, senza che tuttavia ciò venisse stabilito in modo assolutamente inequivoco*", come afferma F. Rolfi in F. Rolfi e E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 17.

sistema della decretazione d'urgenza volta a tappare le falle che si erano presentate nello scafo legislativo, propose il decreto legge n. 98 del 2011. All'interno di questo intervento venne estesa l'applicabilità dell'istituto in esame anche all'imprenditore agricolo ampliando allora la nozione di imprenditore considerata dall'art. 182-*bis* che in tal modo comprende ora sia il dettato dell'art. 2195 c.c. che il dettato dell'art. 2135 c.c. Questo ha comportato un ulteriore superamento delle rigide previsioni della procedura fallimentare considerando ora figure e soggetti che prima ne erano esclusi.

In tal modo si potrebbe affermare che se in precedenza nell'art. 182-*bis* si poteva riconoscere un implicito richiamo al dettato dell'art. 1, con la riforma del 2011 si è così avanzata una deroga al contenuto tipico di quell'articolo. In realtà parlare di deroga in mancanza di esplicito richiamo non è corretto, sia per la mancanza di espliciti riferimenti o richiami, sia per la sostanziale diversità della procedura fallimentare dall'istituto degli accordi. Nonostante questo però permane l'esclusione dalla possibilità di ottenere l'omologazione dell'accordo da parte dell'imprenditore c.d. "piccolo"[92], ovvero quel soggetto che non rientra nelle soglie dimensionali del più volte citato art. 1 l. fall.

In merito all'intervento che in precedenza si era qualificato come "esterno" al testo normativo fallimentare, deriva invece dalla definizione di una disciplina nuova e specifica per la "*composizione delle crisi da sovraindebitamento*"[93], con essa si prendono in considerazione ora tutti quei soggetti considerati non fallibili secondo le disposizioni della legge fallimentare.

Stante ciò permangono ancora alcune incertezze che si manifestano in sede di attuazione dell'istituto e relativamente all'individuazione di quei soggetti cui è possibile estendere l'applicazione della disciplina. Nel nostro ordinamento esistono infatti alcune categorie particolari di imprenditori per i quali si ha *ex lege* l'assoggettamento a procedure concorsuali, in caso di degenerazione dell'equilibrio economico-finanziario d'impresa,

---

[92] Invero anche la locuzione "piccolo imprenditore" è errata in quanto la figura in questione, delineata esclusivamente nel dettato normativo, non esiste più. Con la riforma dell'art. 1 della legge fallimentare ora l'esclusione dalla procedura concorsuale si ha solo per quegli imprenditori la cui attività presenti dei valori quantitativi nell'attivo, passivo e patrimonio, inferiori a quelli previsti nel testo normativo. Si è passati quindi da una qualità soggettiva ad una qualità oggettiva che ha permesso di superare quelle difficoltà applicative manifestatesi in passato.

[93] V.d. *supra* pag. 28.

speciali e specifiche, proprio in ragione della tipologia di attività che essi svolgono cui l'ordinamento riconosce una disciplina caratteristica. Da questo la possibilità per queste categorie di imprenditori di ricorrere all'utilizzo degli accordi è una tematica non così chiara e tuttora controversa. Sia in giurisprudenza che in dottrina si sono avute varie pronunce al riguardo, da cui la questione è ancora dibattuta e certamente non priva di ulteriori svolgimenti futuri.

Sviluppando brevemente si ha che:

- La disciplina per le Imprese Bancarie è contenuta nel d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, nel cui testo all'art. 80, comma 6, è definitivamente escluso l'assoggettamento a procedure concorsuali diverse dalla Liquidazione Coatta Amministrativa. Tuttavia la tesi maggioritaria presentata alla conclusione del capitolo 1, che sostiene la non riconducibilità degli accordi di ristrutturazione nell'ambito delle procedure concorsuali, porta ad aggirare la disposizione dell'art. 80 da cui non sarebbe in alcun modo sostenibile la tesi che impedirebbe anche a queste imprese il ricorso a questo istituto.
- Nel caso degli intermediari finanziari e nello specifico per le Sim e le SICAV, la disciplina giuridica in materia, dettata dal d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, è chiara: secondo gli art. 56, comma 4 (che statuisce l'inapplicabilità dell'intero Titolo IV della legge fallimentare), e art. 57 (che richiama invece l'art. 80 del T.U.B.). Tuttavia proprio la citata esclusione degli accordi dall'annovero delle procedure concorsuali ha portato il Tribunale di Bologna, con decreto del 17 novembre 2011[94], a pronunciarsi favorevolmente in merito alla possibilità da parte di una "*società esercente attività di intermediazione finanziaria*" a ricorrere all'art. 182-*bis* nonostante, nel caso citato, la stessa fosse anche sottoposta alla procedura di Amministrazione Straordinaria.
- Per le Imprese di Assicurazione, invece, la questione si presenta più semplice in quanto il testo normativo della disciplina, il d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209, all'art. 238, stabilisce l'inapplicabilità del Titolo III della legge fallimentare, titolo entro il quale è compresa la disciplina degli accordi.

Perciò pare che questa incertezza non derivi tanto dalla disciplina dell'istituto stesso (che configurandosi come soluzione alla crisi d'impresa di stampo privatistico non

[94] Trib. Bologna, 17 novembre 2011, *ilFallimentarista.it*, nota di F. Rolfi.

presenterebbe in sé espliciti caratteri di esclusione nell'utilizzo), quanto in relazione alla "*tecnica di normazione*" che manifestandosi con un insieme di "*richiami*" in luogo di un unico testo normativo, non permette una comprensione della materia in modo "*lineare e univoco*"[95] per l'interprete.

Ciò detto permangono ancora due questioni da affrontare prima di considerare completa la questione relativa al presupposto soggettivo.

Nel caso di società di fatto o occulta che svolga attività commerciale non si riscontra alcun motivo che possa ostare alla possibilità da parte degli amministratori di questa di ricorrere agli accordi di ristrutturazione del debito. Infatti tale forma societaria è regolata dalle norme della collettiva irregolare e una volta provata la sua esistenza essa è sottoposta al fallimento al pari di ogni altro imprenditore commerciale[96], e di conseguenza non vi è alcun divieto che essa possa eventualmente ricorrere anche all'istituto disciplinato dall'art. 182-*bis*.

Infine nel caso delle gruppi societari la questione è più complessa e ancora aperta in quanto si ha un'assoluta mancanza di esplicite previsioni in merito nella legge fallimentare, la casistica dell'insolvenza di un gruppo si presenta così priva di una specifica disciplina volta a regolarla. La difficoltà principale avvertita dalla prassi in materia consiste nell'impossibilità di giungere ad una sorta di unitarietà nella gestione della crisi. In merito agli accordi queste difficoltà possono risultare insuperabili e fondanti della possibilità che il ricorso all'istituto comporti un fallimento. L'autonomia giuridica delle singole società che fanno parte del gruppo è motivo di formazione di più e diversi accordi con i creditori[97], da cui anche la possibilità che si verifichi una

---

[95] F. Rolfi e E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 22.

[96] V.d. art. 147, comma quarto, l. fall., nel quale si sancisce che "*se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili* (che sono i c.d. soci occulti i quali operano occultamente, appunto, per non rivelare l'esistenza di tale società ai terzi, agendo così individualmente ma per conto della società senza la spendita del nome che altrimenti li renderebbe i suoi rappresentanti legali), *il Tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi*" .

[97] V.d. Tribunale Monza che nel decreto del 27 maggio 2011 ha ritenuto che ciascuna società del gruppo debba presentare autonomamente il ricorso per l'omologazione con relativo autonomo piano industriale e autonoma relazione del professionista, in *ilFallimentarista.it*, nota di F. Rolfi.

Di senso contrario la pronuncia precedente del Tribunale di Milano del 17 giugno 2009, che in relazione alla proposta di omologazione di un accordo di ristrutturazione da parte di una società capogruppo

concorrenza per la stessa materia tra tribunali diversi (in quanto ognuno relativo al luogo ove le imprese, appartenenti al gruppo, hanno la sede legale) e conseguentemente, di difficoltà a coordinare le procedure. Inoltre si ha che la partecipazione in un gruppo societario comporta, in caso di crisi di una o più società ad esso appartenenti, l'assunzione di obblighi specifici nei confronti delle imprese che manifestino difficoltà economiche. La focalizzazione e l'obiettivo sottostante alla formazione di questi accordi e la partecipazione agli stessi da parte delle imprese del gruppo allora non è esclusivamente volta alla risoluzione della singola crisi societaria con gli altri creditori, ma alla soluzione dello "*stato di crisi del gruppo*"[98]. Da ciò allora anche la compagine dei creditori aderenti all'accordo è diversa e in un qualche modo distorta, operando a livello di contenuto dell'accordo si hanno principalmente compensazioni legali nei rapporti di debito-credito tra le imprese appartenenti al gruppo, oppure di destinazione di proventi e in generale di flussi positivi di cassa da parte delle imprese "in bonis" alle società in stato di crisi.

---

richiedeva invece che lo stesso fosse formato e costituito in maniera unitaria, in ragione proprio della attività di direzione e controllo che la capogruppo necessariamente esercita, in *Dir. Fall.*, 2011, 1 , 2, 40.

[98] V.d. B. Inzitari in "*Gli accordi di ristrutturazione* ex *art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*", in www.ilcaso.it, II, 263/2011, pag. 9, il quale parlando di focalizzazione al benessere del gruppo afferma che: "*la adesione all'accordo potrebbe avere la finalità di venire in aiuto alla o alle società del gruppo, che già si trovino in stato di crisi al fine di pervenire oppure di evitare che la crisi di questa si comunichi all'intero gruppo e coinvolga anche le società aderenti che non si trovano in una crisi attuale*".

## 1.2 Il presupposto oggettivo.

Come già anticipato in precedenza la prima formulazione dell'art. 182-*bis* non forniva alcuna indicazione che permettesse di risalire alle condizioni minime in grado di indicare il presupposto oggettivo per l'accesso all'istituto degli accordi.

Tale mancanza aveva portato la prassi operativa a ritenere ammissibile la formazione di accordi anche da parte di quegli imprenditori che fossero "in bonis" con lo scopo di volersi tutelare nella previsione di perdite future o difficoltà finanziarie. Questa pratica portava così ad un uso distorto dell'istituto, utilizzo che così facendo aveva focalizzato l'attenzione più sulla salvaguardia dell'imprenditore dal possibile discredito e sfiducia del mercato, piuttosto che (ciò che invece era ed è il principale intento del legislatore[99]) la tutela dell'impresa nel suo complesso, quindi dalle strutture e impianti all'insieme degli stakeholder gravitanti intorno ad essa, in quanto la conservazione dell'impresa è centro di interesse di matrice pubblica.

Ecco allora che nei primi tempi di applicazione della norma si era manifestato il rilevante rischio che l'istituto degli accordi potesse essere utilizzato con finalità elusive, in sostanza che quegli imprenditori "in buona salute" sfruttassero questo strumento con la finalità di mettere al riparo dalla revocatoria fallimentare atti ed accordi a discapito degli altri creditori in caso di un conseguente fallimento, favorendo così possibili manovre economicamente azzardate, riconducibili entro i comportamenti di "*moral hazard*", ed eludendo il vero scopo dell'istituto.

La carica autonomista insita nello strumento degli accordi e la conseguente ampia libertà lasciata agli operatori economici non poteva però giustificare comportamenti opportunistici che stravolgessero le diverse finalità delle procedure di soluzione alternativa alla crisi d'impresa. Da ciò allora nel successivo decreto correttivo del 2007

---

[99] "L*a formulazione precedente al c.d. decreto correttivo, non richiamando in alcun modo il presupposto dello "stato di crisi", lasciava ampio spazio alla tesi che riteneva che a tale istituto potesse accedere anche l'impresa in boni,* [...] *potevano così crearsi situazioni di abuso e/o uso distorsivo del contratto di ristrutturazione, tutte le volte che un imprenditore non in crisi mirasse, piuttosto, ad eludere il regolare adempimento delle proprie obbligazioni o ad ottenere una moratoria delle azioni cautelari ed esecutive da parte dei creditori aderenti all'accordo, anche a costo di incorrere in una pubblicità negativa*". Riportando quanto affermato da L. Marchegiani, *Op. cit.*, pag. 132.

il legislatore risolse la questione statuendo che l'omologazione di questi accordi è possibile solo qualora l'imprenditore versi in stato di “crisi”.

Si è già discusso di come la definizione di tale stato sia complicata in quanto racchiuderebbe una situazione dinamica piuttosto che statica, inoltre permangono ancora dei dubbi circa l’individuazione di un effettivo significato del termine “crisi” introdotto nella norma.

Nella sua declinazione pratica tale *status* oggettivo ha portato comunque all’insorgere di dubbi relativamente alla difficoltà di far corrispondere la fattispecie astratta descritta nella norma alla fattispecie reale non sempre così chiara e precisa. L’interrogativo nasce dal fatto che con la medesima riforma del Titolo III della legge fallimentare attuata con il d.l. 35/2005, il legislatore aveva ampiamente modificato anche la procedura concorsuale del concordato preventivo ampliandone l’ambito di applicabilità. Quindi tale procedura riformata può ora essere promossa ed avviata non più da parte di un imprenditore già decotto ma “di buone intenzioni”, ma anche in un momento antecedente di crisi economico-finanziaria dello stesso(e che non necessariamente debba sfociare poi in insolvenza).

Se inizialmente gli accordi sono stati introdotti entro tale procedura concorsuale una volta esclusi dalla stessa con il “decreto correttivo” si presentarono difficoltà nella definizione di “crisi”, questo perché all’interno del dettato dell’art. 182-*bis* non vi è né un’esplicitazione di tale presupposto, né alcun richiamo o semplice riferimento ai presupposti di ammissione alla procedura del concordato preventivo. Ciò nonostante la dottrina ha ritenuto naturale effettuare dei paralleli sia con la nozione di “stato di crisi” proposta con la modifica dell’art. 160 l. f. sia con la nozione di stato d’insolvenza presente nell’art. 5 della legge fallimentare.

Partendo dalla definizione di insolvenza è pacificamente affermabile che questa situazione presenta un carattere di definitività, se non di irreversibilità. Essa infatti si manifesta quando il debitore “*non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”, dove con il termine *regolarmente* si va ad intendere sia che tale pagamento avvenga entro un periodo ragionevole di tempo, quindi alle debite scadenze, sia in merito ai mezzi di pagamento ritenuti normali e non straordinari o eventuali.

Lo stato di crisi, invece, è una situazione che racchiude ancora un certo dinamismo implicito, infatti essa può essere tanto l'anticamera di una futura insolvenza quanto una

mera difficoltà momentanea che va a risolversi in un rafforzamento strategico-economico dell'impresa.

In realtà lo "stato di crisi" è desumibile solo in parte dal dettato dell'art. 160 della legge fallimentare[100], ma deriva maggiormente dagli studi economici in materia d'impresa ed è quindi lasciata all'interpretazione del giurista.

Dal punto di vista prettamente economico tale stato di crisi è declinabile in due situazioni che, in uno stadio di difficoltà avanzata tendono a sommarsi: la crisi economica e la crisi finanziaria.

Riprendendo brevemente quanto esposto nel primo capitolo si ha che la prima deriva dalla situazione in cui l'impresa manifesta delle perdite di tipo strutturale, quindi una progressiva erosione dei margini operativi che deriva da una concomitanza di fattori quali: difficoltà di mantenere prezzi concorrenziali nel mercato, l'aumento dei costi delle materie prime ed obsolescenza macchinari o del *know how*, il mutamento delle condizioni di business che possono non risultare più remunerative.

La crisi finanziaria invece si manifesta in seguito ad uno squilibrio tra fabbisogni e fonti di finanziamento dell'impresa legate ad un eccessivo indebitamento, oppure (e spesso anche) ad un allungamento del ciclo economico e quindi degli incassi rispetto ai pagamenti. In generale è tale crisi si evidenzia nella mancanza di risorse finanziarie che permettano di far fronte ad esigenze improvvise e non previste di cassa.

L'interrogativo in questione è allora comprendere se il legislatore ha fatto riferimento al criterio di crisi inteso esclusivamente come uno squilibrio economico-finanziario (e allora sarebbe riferibile ad una situazione di difficoltà momentanea dove il debitore pur non riuscendo ad adempiere alla scadenza è comunque in grado di reperire i normali mezzi di pagamento in un arco di tempo "ragionevole"), oppure se egli considerasse anche situazioni di difficoltà temporanea dove il debitore non è in grado di reperire i normali mezzi di pagamento se non oltre un arco di tempo "ragionevole" e considerando allora anche lo stato di insolvenza. Con quest'ultimo caso si rientrerebbe così nella definizione di insolvenza presente nel citato art. 5 l. fallimentare. Come conseguenza si ha che la confusione a questo punto è totale, e l'unica azione che può

[100] L'unica indicazione fornita dal legislatore al riguardo è ravvisabile dal terzo comma all'art. 160 il quale precisa solamente che "*per stato di crisi si intende anche lo stato d'insolvenza*".

ragionevolmente compiere il giurista in questo caso è considerare entrambe le soluzioni in presenza di un "*concetto dal contenuto ampio e complesso*"[101].

Si aggiunge poi che data la forte carica autonomista insita nell'istituto, il legislatore avrebbe accordato all'operatore economico un grado di autonomia sufficientemente ampio da non poter escludere aprioristicamente qualsiasi tipo di soluzione.

Quindi in assenza di ulteriori precisazioni nei vari interventi di modifica e riforma attuati negli anni successivi, tanto prassi che dottrina si sono decise nel non escludere alcuno dei due casi ai fini dell'applicabilità dell'istituto, anzi, sia nel considerarli entrambi che le situazioni ad essi intermedie.

Tra i tanti autori che si sono espressi in merito riprendiamo qui quanto affermato da L. Guglielmucci in *Diritto Fallimentare*[102] il quale attribuisce allo stato di crisi un significato "più ampio" del mero stato d'insolvenza ricomprendendo in esso: "*la temporanea difficoltà ad adempiere*"; "*il rischio di insolvenza*" (caso in cui l'imprenditore è certo non sarà in grado di far fronte alle obbligazioni nell'immediato futuro e paventa quindi una situazione di irreversibilità); lo sbilancio patrimoniale (o più comunemente il caso di "*sovraindebitamento quando l'imprenditore è persona giuridica*", perciò quando il passivo patrimoniale è sovradimensionato rispetto all'attivo); "*la riduzione del patrimonio netto al di sotto del minimo legale*" (che, a norma dell'art. 2467, comma secondo, è una delle cause di scioglimento della società di fronte alla quale è ammesso il proseguo dell'attività d'impresa con il solo scopo di conservarne il valore ai fini della futura liquidazione, *ex* art. 2487, comma primo).

Allora nonostante il rischio di un utilizzo "abusivo" dell'istituto come presentato prima, formalmente possono ricorrere a questo istituto tutti quegli imprenditori che anche solo "sentano" l'avvicinarsi di gravi tensioni economiche in quanto sono ammessi, in una escalation di gravità, sia coloro che si trovino in stato di pre-crisi, crisi, pre-insolvenza e addirittura insolvenza conclamata.

Questo è decisamente esemplificativo del fatto che la fattispecie delineata dall'art. 182-*bis* presenta un contenuto libero proprio per meglio comprendere tutta una molteplicità di interessi particolari che riceveranno un'effettiva tutela solo in un momento successivo, con l'intervento dell'autorità giudiziaria. Ecco allora che l'ampia varietà di

[101] Sempre L. Marchegiani, *Op. cit*., pag. 135.

[102] V Edizione, Giapichelli, 2012, pag. 323.

contenuti permette all'imprenditore di perseguire anche le più differenti finalità, che risultano diverse a seconda della situazione di difficoltà iniziale che ne ha reso necessario l'utilizzo. Infatti se essi erano stati previsti in prima battuta con l'esclusivo scopo di ricomprendere e disciplinare tutte quelle situazioni di "difficoltà economico-finanziaria" dell'imprenditore che non erano riconducibili alle procedure concorsuali, risulta chiaro il mutamento dell'intento del legislatore che si manifesta ora maggiormente propenso a lasciare ampio margine all'autonomia negoziale privata riservando l'intervento dell'autorità giudiziaria solo in un momento successivo ai fini della ratifica dell'accordo e della reale efficacia dello stesso.

Rimane quindi fondamentale l'intervento del Tribunale nella verifica dei presupposti, nell'individuare nella realtà dei fatti la fattispecie astratta dello "stato di crisi" non tanto per la formazione dell'accordo in sé[103], ma per le implicazioni sui terzi e sui creditori aderenti che l'omologazione dell'accordo comporta. Difatti il legislatore ha previsto nell'art. 182-*bis* tutta una serie di effetti protettivi dell'accordo che fuoriescono e ampliano l'efficacia del contratto, e che divengono fondamentali affinché possa avvenire un'efficace ristrutturazione aziendale. Su questo allora verterà il delicato lavoro di verifica dei presupposti da parte del Tribunale competente in sede di omologazione.

Si ribadisce infine che i presupposti oggettivo e soggettivo desumibili dal dettato della norma in esame non definiscono i caratteri dell'accordo (per il quale si è più volte ricordato che il contenuto è libero), ma essi rilevano solo ai fini dell'omologazione. Essi quindi indicano quei caratteri fondamentali ed essenziali che devono possedere gli accordi stragiudiziali ai fini dell'avvio e funzionamento della procedura relativa all'omologa, definendo in tal modo la differenza tra l'accordo di ristrutturazione passato al vaglio del Tribunale e un qualsiasi altro accordo stragiudiziale.

[103] Si è visto infatti che l'ordinamento non esclude alcuna possibilità alle parti di formare i c.d. accordi stragiudiziali che acquisiscono efficacia senza ulteriori interventi secondo la disciplina dei contratti

## 1.3 La mancata presenza del ceto creditorio e il conteggio dei crediti.

Attraverso una forzatura è possibile individuare due ulteriori presupposti che gli aderenti all'accordo e l'accordo stesso devono rispettare per ottenere l'omologazione, o meglio dei requisiti che l'accordo deve avere perché possa essere considerato valido ai sensi dell'art. 182-*bis*.

Uno relativo alla percentuale del computo dei crediti rappresentati dai creditori aderenti all'accordo, un altro invece attinente alla verifica di fattibilità del piano attraverso la relazione del professionista.

In questo contesto andremo a sviluppare il primo dei due ulteriori requisiti, quello relativo alla "soglia dimensionale" su cui verterà la verifica del Tribunale fallimentare, ovvero che l'accordo si sia formato con l'adesione dei creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti o, ed è lo stesso, dell'esposizione debitoria dell'imprenditore.

Riprendendo quanto affermato nel primo capitolo l'autonomia preponderante dell'istituto in esame si manifesta anche attraverso il diverso trattamento dei creditori rispetto alle altre procedure concorsuali. Si è ampiamente discusso del fatto che negli accordi non è richiesto il rispetto del principio della *par condicio creditorum* per la presenza di interessi creditori contrastanti e il cui soddisfacimento non è necessariamente passante attraverso la soddisfazione dell'insieme degli interessi della massa, da questo allora si è palesata un'evidente difficoltà nel riconoscere la formazione di un ceto creditorio, come nella procedura fallimentare, entro i cui termini gravitino tutti gli interessi di rivalsa sul patrimonio aziendale. Si ritiene invece più adeguato parlare di massa creditoria in quanto la genericità esplicita di questo aggettivo si presenta maggiormente adatta a descrivere l'insieme dei soggetti avanzanti pretese di soddisfacimento sull'impresa in crisi, e ad esplicitare il diverso trattamento previsto dall'istituto cui gli stessi sono coinvolti.

Inoltre si evidenzia un ulteriore distacco degli accordi dalle altre procedure concorsuali, la mancata esigenza di rispettare il principio della *par condicio creditorum* ha portato il legislatore a non richiedere alcuna maggioranza, sia essa qualificata o no, ma di rispettare una mera percentuale alla quale subordinare l'approvazione dell'accordo.

Significativo è il fatto che non si parli di deroga al principio ma di vera e propria mancanza della necessità di sottostarvi in quanto risulta "*logicamente incompatibile con la struttura convenzionale del negozio*"[104]. Il principio desumibile dall'art. 2741 del codice civile fa riferimento a pretese creditorie che derivano da obbligazioni già contratte dal debitore, ed è sulla totalità di queste che va garantita la parità di trattamento. Con l'accordo di ristrutturazione invece si ha la formazione di un nuovo negozio, quindi di nuove obbligazioni e di nuove posizioni e rapporti di debito-credito. L'obbligo di rispettare la *par condicio creditorum* tra gli aderenti e firmatari di un contratto è decisamente incompatibile con l'autonomia negoziale e con l'ulteriore principio della *sovranità della volontà* che, si è visto, è finalizzato a regolare i rapporti contrattuali. Essendo allora l'istituto degli accordi "*basato sul consenso*" tra le parti non può che ritenersi, a rigor di logica, inapplicabile questo principio[105].

Ulteriore segno distintivo è che tale percentuale è da calcolare sulla totalità dei crediti vantati, non considera più il numero dei creditori[106], in tal modo (se ne era già parlato) avremo accordi ugualmente validi e quindi omologabili, anche se presentano tra gli aderenti un numero decisamente ridotto di controparti se non addirittura un unico creditore, tutto dipende dalla composizione dell'esposizione debitoria dell'impresa. Non è allora più possibile parlare di maggioranze o di minoranze intese nel senso classico delle procedure concorsuali.

Si aggiunge poi che perché l'accordo possa essere omologato esso deve presentare anche il requisito di idoneità a soddisfare i creditori estranei, tale requisito andrà prima verificato dal professionista attestatore, e in secondo luogo dal Tribunale competente.

---

[104] Citando le parole di F. Di Marzo, *Op. cit.*, pag. 137, il quale poi continua: "*un accordo non è mai soggetto, né assoggettabile, alla parità di trattamento per come essa è intesa nel diritto concorsuale*".

[105] Sempre F. Di Marzo, *Op. cit.*, ribadisce che l'obbligo per il debitore di trattare i creditori in egual maniera è di tipo solamente eventuale in quanto si avrebbe solo se "*oggetto dell'accordo*" tra gli interessati. Continua poi, in sostegno della tesi che non riconosce carattere di concorsualità agli accordi, ribadendo che "*la regola* (della parità di trattamento) *manca necessariamente: perché la sua presenza sarebbe incompatibile con la natura stessa dell'accordo essendo teoricamente concepibile e praticamente operativa solamente per fallimento e concordati*".

[106] E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 32, ricorda che "*la lettera della norma è inequivoca nel senso che il raggiungimento della percentuale va calcolato non <<per teste>> ma <<per quote>>* in quanto il debitore deve raggiungere un accordo con *"i creditori <<rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti>>"*.

Stante allora il requisito da soddisfare della "percentuale qualificata" si profilano ora delle problematiche nell'ambito pratico in quanto risulta necessario stabilire esattamente la totalità dei debiti contratti ed i relativi creditori.

La questione del computo dei crediti non è così agevole come apparentemente presentato dalla norma, infatti rimangono incertezze relative ai crediti contestati, ovvero quei crediti vantati da alcuni soggetti ma non riconosciuti, o non accettati che in parte, dal debitore. Ulteriormente la norma non da alcuna indicazione circa la possibilità di considerare o meno i crediti non scaduti al pari di quelli scaduti. A riguardo non è in alcun modo applicabile il dettato dell'art. 55 l. fall. in base al quale si potrebbe aggirare il problema considerando fittiziamente scaduti tali crediti al momento dell'avvio delle consultazioni. Dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 24330, del 18 novembre 2011, si ritiene ora applicabile al riguardo il dettato dell'art. 1186 del codice civile secondo il quale "*il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse*".

Medesimi dubbi si manifestano in relazione ai crediti privilegiati, postergati (derivanti da disposizioni di legge o per volontà dei creditori che avevano accettato spontaneamente tale postergazione prima dell'avvio delle consultazioni per gli accordi) e subordinati.

Per tutte le casistiche sopra presentate è possibile giungere ad una soluzione comune che discende proprio dal mancato assoggettamento dell'istituto al principio della *par condicio creditorum*, da cui i crediti non scaduti possono essere considerati nel conteggio al pari di quelli scaduti. Allo stesso modo possono essere considerati senza errore anche i crediti privilegiati (per i quali non vi è alcun obbligo per il debitore di soddisfarli integralmente né di rispettare le cause di prelazione nel soddisfacimento dei crediti)[107], e tanto i crediti postergati[108] quanto quelli subordinati.

---

[107] V.d. la pronuncia del Tribunale di Brescia che con decreto del 22 febbraio 2009, tratto da *www.ilcaso.it*, dove il Tribunale afferma che "*Ai fini del computo dei creditori aderenti al piano di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis l. fall., la percentuale del sessanta per cento dei crediti va calcolata, secondo la lettera della norma, sul totale dei crediti, comprendendo quindi non solo i creditori dissenzienti, ma anche i privilegiati e quelli eventualmente rimasti estranei o non avvisati dal debitore*".

[108] In senso contrario invece la pronuncia della Corte di Appello di Venezia del 23 febbraio 2012, in Fall., 2012, 673, che invece (pronunciandosi in sede concordataria) afferma che "*i creditori postergati per*

Da questo l'unica soluzione che apparirebbe più corretta e che permetterebbe di facilitare e velocizzare la fase delle trattative e di formazione dell'accordo, sembrerebbe quella di considerare tutte le tipologie ai fini della conteggio per il raggiungimento della percentuale, e lasciare al Tribunale (che in tal senso andrebbe solo ad esercitare le sue funzioni) in sede di omologazione la verifica di ogni contestazione sui crediti. Inoltre è evidente che anche per il debitore è conveniente non escludere alcun credito dal conteggio della percentuale richiesta, così facendo si ampliano le possibilità di avere successo nella formazione dell'accordo di ristrutturazione[109].

Al creditore che eventualmente fossero state respinte le pretese sul passivo dell'impresa, contestandone così il credito, rimarrebbe comunque la possibilità, garantita dall'art. 182-*bis* al comma quarto, di "*proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione*" dell'accordo nel registro delle imprese.

---

*finanziamenti effettuati a favore di società concordataria vanno considerati creditori extraconcorsuali e come tali sono esclusi dal voto*", quindi in questa sede non andrebbero considerati al momento del conteggio dei crediti.

[109] Sempre E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 33, afferma che "*dal punto di vista pratico, risulterà prudenziale includere i crediti contestati nel computo delle percentuali tutte le volte in cui le pretese fatte valere non appaiono manifestamente infondate e siano come tali suscettibili di essere valutate dal Tribunale*".

## 1.4 L'ombrello protettivo.

E' chiaro ormai che l'iniziale formulazione degli accordi non aveva contribuito all'introduzione di un procedimento così "snello" e "rapido" nell'utilizzo come si sperava. Varie erano le criticità emerse in sede di utilizzo, prima fra tutte il pericolo che gli sforzi effettuati affinché accordi molto difficili e articolati (e necessitanti quindi di un lungo periodo perché potessero essere conclusi) fossero produttivi, venissero vanificati dalle iniziative di senso opposto dei creditori esclusi, se non addirittura da parte di quelli aderenti. Infatti l'iniziale formulazione dell'art. 182-*bis* nulla diceva in merito, e permaneva la possibilità da parte dei creditori di porre in atto azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore incrinando i già tesi rapporti tra l'imprenditore e i creditori interessati a pervenire ad un accordo.

Oltre alla mancanza di previsioni esplicite il legislatore della riforma poi non aveva neanche inserito alcun richiamo nel dettato della norma degli accordi alle disposizioni in materia presenti nel concordato preventivo, disposizioni che invece prevedevano una ampia tutela in tal senso[110].

Per favorire il reale utilizzo dell'istituto in esame da parte degli operatori economici e risolvere questa problematica il legislatore è intervenuto in tre riprese successive: con il decreto correttivo d. lgs. 169/2007, con la riforma proposta dal d. l. 78/2010 poi legge 122/2010 e l'ultima con il d. l. 83/2012 poi legge 134/2012.

Con il primo intervento si ha l'introduzione di un terzo comma all'art. 182-*bis* nel quale di prevede ora l'impossibilità da parte dei debitori "*per titolo o causa anteriore a tale data*" di "*iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore*".

[110] Nella disciplina del concordato preventivo questi effetti protettivi erano previsti sia contro gli atti dei creditori che rischiavano di compromettere il raggiungimento dell'accordo sia contro atti di malgoverno del debitore già prima della riforma del 2005. Si era reso già necessario un intervento simile proprio per lo spirito dell'istituto che consisteva in un accordo da raggiungere con la maggioranza dei creditori che fosse vincolante anche per la minoranza di essi che fosse dissenziente, si vedano gli artt. 167 e 168 l.fall.. Nel fallimento una disposizione simile è invece ravvisabile nell'art. 51 l.fall. che dispone il "*divieto* (di intraprendere) *azioni esecutive* (o cautelari) *individuali*". La differenza sostanziale che conferma l'assenza del carattere di concorsualità negli accordi, consiste che tali forme di protezione nelle procedure concorsuali sono finalizzate a garantire la *par condicio creditorum*, nell'istituto disciplinato dall'art. 182-*bis* invece vanno a proteggere l'accordo stesso, o meglio, la ristrutturazione aziendale.

Questa previsione normativa introdusse il cosiddetto *ombrello protettivo* (o anche *automatic stay* recependo il termine dalla legislazione fallimentare statunitense)[111]: uno specifico sistema di protezione degli accordi di ristrutturazione dei debiti che permettesse uno sviluppo senza interferenze ed una conclusione efficace negli effetti. L'importante passo avanti per la risoluzione di queste problematiche consisteva nella previsione di un blocco automatico per tutte le azioni esecutive ad opera dei creditori che non richiedeva alcuno esplicito intervento da parte dell'imprenditore diretto in tal senso. Questa protezione si attiva ora automaticamente con la pubblicazione nel Registro delle imprese dell'accordo di ristrutturazione, garantendo così un periodo di moratoria legale per il debitore della durata di sessanta giorni[112].

In questo modo si garantiva una fondamentale tutela, anche se limitata in senso temporale, che andava a assicurare sia gli aderenti all'accordo sia il Tribunale competente affinché potesse proseguire con "*l'esame della istanza di omologazione, dell'accordo, della documentazione e della relazione del professionista ad esso correlata, senza che possano verificarsi* medio tempore *modifiche nella situazione patrimoniale del debitore*". Questo perché eventuali azioni cautelari o esecutive, modificando il passivo, andrebbero a vanificare concretamente sia il piano di ristrutturazione che la relazione del professionista su cui si basano le verifiche dell'organo giudiziario. "*Si trattava, dunque, di una temporanea cristallizzazione del patrimonio al fine di assicurare una assoluta corrispondenza tra la situazione patrimoniale descritta e presa in considerazione nell'accordo e quella reale*"[113].

Eppure tale tutela si innescava solo nei confronti di un accordo che risulta, però, già formato. Attivandosi così solo successivamente alla fase realmente problematica per la buona riuscita degli accordi (l'iniziale fase negoziale) era manifesta la sostanziale inefficacia di questa protezione perché limitata solo a garantire l'attuazione

---

[111] Con questo intervento si è ritenuto che il legislatore abbia dato "*ingresso anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione al cosiddetto automatic stay, istituto previsto nell'ordinamento statunitense*" citando le parole di F. Rolfi in *L'anticipazione della c.d. protezione negli accordi di ristrutturazione: caratteri e criticità*, www.ilFallimentarista.it, Giuffrè, 2011.

[112] Conseguentemente vedremo che il legislatore detta implicitamente anche un periodo entro il quale il Tribunale dovrà pronunciarsi sull'omologazione dell'accordo, per non inficiare lo stesso accordo omologato in quanto corrispondente ad una situazione reale che nel frattempo è mutata.

[113] V.d. B. Inzitari, *Op. cit.*, pag. 21.

dell'accordo, non anche la formazione dello stesso. Di fronte alla possibilità che gli altri creditori non interessati all'accordo, e che anzi "fiutando" la crisi imminente e l'oggettiva impossibilità di rientrare dei crediti vantati, decidano di assicurarsi titoli di prelazione nei confronti dell'imprenditore-debitore a discapito degli altri creditori aderenti, difficilmente la parte consenziente dei creditori avrebbe accettato dilazioni di pagamento e anche diminuzioni del credito vantato. Parlando metaforicamente rimaneva ancora molto ristretta la superficie di questo ombrello protettivo, e quindi inefficace.

Con la seconda riforma dell'istituto avanzata con il decreto legge 78/2010 il legislatore ha accolto favorevolmente le varie critiche e proposte avanzate dalla dottrina e le esigenze manifestate dagli operatori giuridici, e ha introdotto un comma sesto all'art. 182-*bis* con una funzione ben specifica: proteggere il patrimonio del debitore da azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori anche durante la fase iniziale delle trattative in modo da "*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*"[114]. Si ha ora l'estensione degli effetti dettati dal comma terzo anche prima dell'attuazione dell'accordo, tuttavia questi effetti non decorrono automaticamente con l'inizio delle consultazioni (anche perché, come si è visto, queste consultazioni avvengono privatamente e non si ha l'adunata della massa dei creditori che invece permetterebbe la definizione temporale con certezza di un inizio della procedura), ma sono attivabili solo su richiesta dell'imprenditore: permettono allo stesso di beneficiare di un'anticipazione temporanea[115] della moratoria sulle azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori dissenzienti o estranei alle contrattazioni.

L'imprenditore vi può accedere quindi con esplicita richiesta, attraverso il ricorso al Tribunale fallimentare depositando presso la cancelleria dello stesso la documentazione richiesta dal comma sesto della disposizione in esame: a norma dell'art. 161 l. f., la proposta dell'accordo (che tuttavia pur non necessitando di essere dettagliata non deve limitarsi neanche ad essere solo una iniziativa senza seguito), l'autocertificazione dell'imprenditore che attesti la reale possibilità di una effettiva esecuzione del piano,

[114] V.d. relazione al d.l 78/2010.

[115] Il carattere della temporaneità è deducibile dal richiamo che la norma fa nei confronti del comma terzo che prevede una moratoria di sessanta giorni.

infine la dichiarazione dell'esperto in merito alla attuabilità dell'accordo e sulla veridicità dei dati aziendali.

Tale protezione si manifesta in tre forme distinte, le prime due sono le medesime che si attivano automaticamente con la pubblicazione dell'accordo dato il richiamo al comma terzo: il "*divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari e azioni esecutive*". La terza invece venne prevista esclusivamente con l'introduzione del comma sesto che aggiunge agli effetti dell'istanza di sospensione pubblicata anche il divieto di acquisire "*titoli di prelazione se non concordati*". Chiara risultava così l'incoerenza del legislatore lasciando il difficile compito all'interprete e alla dottrina che si interrogavano sul motivo e il senso di garantire una protezione che si presentava ampia e completa in sede di trattative e di formulazione degli accordi, per poi contrarsi nella fase di esecuzione per il mancato blocco anche della possibilità per i creditori di ottenere titoli di prelazione. L'ultimo intervento del legislatore sulla materia si ebbe con il d. l. 83/2012 che, almeno in merito a questo tema, risolse l'incongruenza[116] modificando il dettato del comma terzo dell'art. 182-*bis* e ampliando ulteriormente la portata dell'ombrello protettivo: è ora vietato ai creditori anche l'acquisizione di "*titoli di prelazione*" sul patrimonio del debitore a meno che non siano con esso "concordati".

Risolta questa problematica rimangono, tuttavia, ancora delle perplessità circa l'espressione *non concordati* in quanto permarrebbe così una sorta di deroga alla tutela prevista con l'ombrello protettivo o, meglio, sarebbe l'unica casistica in cui le norme in tema di accordi non vanno in deroga alla normativa civilistica. Rimane infatti da

[116] Questa incongruenza venne ben sottolineata da S. Bonfatti nel suo contributo: *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Gli "accordi di ristrutturazione*", da www.ilcaso.it. In questo lavoro l'autore in merito al divieto di acquisizione di titoli di prelazione se non concordati evidenziava un chiaro problema interpretativo. Se il legislatore aveva compiuto un passo in avanti con la previsione dell'istanza di sospensione in esame questa riforma, con una tipicità tutta italiana, non era stata affatto completa in quanto "*alla pubblicazione di quest'ultimo* (intendendo l'accordo di ristrutturazione formalizzato) *non è collegata la produzione del divieto di acquisizione di titoli di prelazione non concordati né in via generale* (poiché non era prevista ancora dal comma terzo che verrà riformato in tal senso solo nel 2012), *né per l'ipotesi particolare nella quale l'accordo definitivo sia stato preceduto dal pre-accordo depositato con la istanza di sospensione delle azioni aggressive*", pag. 29.

chiarire la figura di coloro che siano legittimati ad effettuare tale concordato e, specialmente, se sia necessario il vaglio dei creditori aderenti e/o del Tribunale.

Si è proposto di risolvere la questione attraverso l'applicazione dell'art. 168, comma 3, in quanto esaminerebbe la medesima materia. Così facendo si andrebbe a recepire nella disciplina degli accordi il sistema protettivo previsto in tema di concordato preventivo che consentirebbe allora ai creditori di "*acquistare diritti di prelazione*" in seguito ad espressa "*autorizzazione del giudice*". Tuttavia tale soluzione non soddisfa affatto in quanto si è ampiamente dimostrata l'alterità degli accordi dalle procedure concorsuali, per cui il recepimento di un articolo inserito nel contesto concorsuale in mancanza di un espresso richiamo nell'art. 182-*bis* risulterebbe essere una forzatura[117]. Perciò non spetterebbe al giudice autorizzare l'acquisizione di titoli di prelazione. Ci si è quindi chiesti se, in ossequio alla caratteristica principale di autonomia negoziale dell'istituto, la definizione di tali titoli debba comunque passare al vaglio dei creditori aderenti oppure se possa essere decisa autonomamente e direttamente dall'imprenditore. Si ritiene, riprendendo l'impostazione di S. Bonfatti[118], che il "se non concordati" abbia da intendersi come "se non sono liberamente disposti dall'imprenditore". Poiché si è visto che l'accordo può essere formato da un insieme di patti bilaterali, ciascuno stipulato anche con un solo creditore, allora solamente all'imprenditore spetterà la decisione in merito, mentre l'autorizzazione da parte dei creditori sarebbe richiesta solo qualora tali titoli di prelazione fossero inseriti in un accordo stipulato con più creditori, compresi quindi coloro che non beneficerebbero di tale acquisizione.

Infine si aggiunge che gli effetti protettivi previsti nell'art. 182-*bis* non hanno lo scopo di sanzionare comportamenti dell'imprenditore, infatti gli stessi non implicano alcun divieto di disporre del patrimonio dell'impresa in quanto non esclude allo stesso di effettuare pagamenti o vendite di beni o, ancora, di stipulare nuovi contratti, quando non sono parte integrante dell'accordo di ristrutturazione.

---

[117] Sempre S. Bonfatti, *Op. cit.*, pag. 29, afferma: "*l'accordo di ristrutturazione non è una procedura concorsuale*" perciò "*l'applicazione di disposizioni specialmente caratterizzanti le (effettive) procedure concorsuali, stante la relativa eccezionalità, è strettamente subordinata alla presenza di norme esplicite di rinvio (che nel caso mancano del tutto)*".

[118] *Op. cit., pag. 31.*

E' proprio l'ottica di garantire la continuità aziendale senza esautorare l'imprenditore dal governo dell'impresa che si evidenzia nella mancanza di disposizioni in senso contrario volte a sanzionare il debitore. Perciò anche dopo aver stipulato e depositato l'accordo per l'omologa egli "*rimane libero di disporre del suo patrimonio a suo piacimento*"[119].

[119] Sempre S. Bonfatti, *Op. cit.*, pag 30.

## 1.5 Il ruolo dei terzi nell'istituto: l'ampliamento dell'ombrello protettivo.

Si è già visto come in materia contrattuale non si ha alcun intaccamento della sfera giuridica dei terzi per la accezione negativa del principio della autonomia negoziale espressa dall'art. 1372 del codice civile, questo principio è il fulcro del ragionamento che si svilupperà intorno al ruolo dei terzi.

Di fronte alla crisi del debitore i creditori adotteranno tutta una serie di comportamenti volti a garantirsi il pagamento del credito vantato, anche a discapito degli altri creditori, spesso sconfinanti nel *moral hazard*, mentre i terzi subiranno delle conseguenze in proporzione agli interessi economici e alla tipologia di rapporti intercorsi con il debitore. Si è mostrato come il carattere concorsuale delle procedure in tema di crisi o insolvenza dell'imprenditore sia dato dalla concorrenza dei diritti di tutti i creditori sull'intero patrimonio del debitore, in quanto unica reale ed effettiva garanzia del soddisfacimento degli interessi degli stessi, e sull'applicazione della *par condicio creditorum*.

Si è constatato poi che questo non è il caso degli accordi di ristrutturazione i quali non possono essere considerati una procedura concorsuale, ma è altrettanto chiaro, proprio per il passaggio obbligato di fronte all'autorità giudiziaria in sede di omologazione, che essi non si presentano neanche come un istituto la cui gestione rimane esclusivamente e totalmente in mano al soggetto privato.

Ciò detto si precisa che con il termine terzi in questo caso si vuole intendere tutti coloro che sono terzi agli accordi stipulati, quindi sia i creditori esclusi o dissenzienti sia tutti coloro che hanno intessuto rapporti con il debitore.

Stante ciò il legislatore ha previsto una deroga al principio di cui sopra in due casistiche ben precise che rendono così necessario l'intervento del Tribunale e che incidono sui terzi nell'accezione sopra espressa:

- la previsione di una moratoria all'*integrale* pagamento dei creditori estranei per un periodo ora pari a 120 giorni,
- la sottrazione alla revocatoria fallimentare di tutti gli atti di disposizione del patrimonio dell'impresa compiuti dall'imprenditore in caso di insuccesso degli accordi nella risoluzione della crisi e di dichiarazione di fallimento.

Entrambe sono due deroghe importanti che non sarebbero in alcun modo possibili se non esistesse un'esplicita previsione normativa, e per tal motivo è possibile ritenerle un'estensione di quello "ombrello protettivo" di cui sopra che risulta costituire la motivazione principale che spinge i soggetti privati a ricorrere all'istituto invece che operare per l'apertura di una procedura concorsuale.

In relazione alla moratoria nei pagamenti sono da menzionare due aspetti importanti.

Innanzitutto sotto il profilo della produzione degli effetti l'accordo di ristrutturazione può ottenere l'omologa solo se, tra le altre cose, si manifesta idoneo al pagamento dei creditori estranei. Nella prima formulazione dell'art. 182-*bis* il legislatore richiedeva che nella relazione dell'esperto fosse fatto un "particolare riferimento" all'idoneità del piano ad assicurare il *regolare* pagamento dei creditori estranei. Questa previsione fu oggetto di numerose critiche e proposte da parte della dottrina[120] alle quali fu effettivamente data risposta solamente con l'ultima importante riforma apportata con il d. l. 83/2012. Come poteva un imprenditore in crisi e quindi privo della disponibilità economico-finanziaria per rispettare le scadenze contrattuali pattuite, riuscire a pagare il quaranta per cento della totalità dei sui debiti con regolarità? Poiché, come si è già visto nel commentare la definizione di insolvenza, con il termine regolare si indica sia alle scadenze contrattuali sia con mezzi normali di pagamento.

Questa problematica minava alla base l'efficace funzionamento degli accordi anche perché la moratoria sulla sospensione delle azioni esecutive o cautelari dei creditori non aveva valore definitivo ma solo temporaneo, quindi trascorsi i sessanta giorni previsti dal comma terzo i creditori, che non avevano di certo perduto il loro diritto al regolare pagamento, riacquistavano la possibilità di assumere iniziative volte a soddisfare pienamente i loro crediti, vanificando così gli sforzi compiuti dall'imprenditore.

Con il d. l. 83/2012 non si è operato per un ulteriore ampliamento del periodo di moratoria ma si è scelto di prevenire le azioni dei creditori estranei tramite la modifica del dettato della norma di modo che fosse garantita loro, invece che il regolare pagamento, comunque la certezza di ottenere un *integrale* pagamento prevedendo così uno riscadenziamento *ex lege* dei debiti in questione. In questo modo si è prevista una tutela sia l'imprenditore che per i creditori estranei e i creditori aderenti.

---

[120] Tra i tanti si veda S. Ambrosini in *appunti flash per una "miniriforma" del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, da *www.ilcaso.it*.

Il debitore infatti ha ora la possibilità di godere di una protezione totale sia prima, nella fase delle trattative, durante la formazione e omologazione accordo, e dopo la conclusione degli accordi, che gli conceda la concreta possibilità di superare la situazione di crisi. Relativamente ai creditori estranei, invece, non essendo in alcun modo messa in dubbio la possibilità di ottenere comunque il pagamento dei crediti vantati per intero, difficilmente andrebbero ora ad attivare misure cautelative sul patrimonio dell'impresa. Infine i creditori aderenti non vedrebbero vanificati gli sforzi e le rinunce fatte aderendo all'accordo.

Il secondo aspetto attiene invece alla durata temporale della moratoria. Come si è detto la riforma ha previsto una nuova scadenza per i debiti estranei pari ora a quattro mesi che decorrono dalla data originaria di scadenza per i crediti non ancora scaduti alla data dell'omologa, oppure che decorrano dalla data dell'omologazione dell'accordo se tali crediti erano scaduti in precedenza.

Infine l'estensione massima dell'ombrello protettivo si ha proprio con l'esenzione dalla revocatoria fallimentare, come statuito direttamente dalle disposizioni in tema di fallimento[121], che estende ben oltre l'ambito della procedura stessa la tutela garantita.

Questo è l'elemento caratterizzante dell'istituto che ne costituisce anche il principale punto di forza. Infatti in seguito all'omologazione si ha che tutti gli "*atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo*" sono esenti dalle ipotesi di revocatoria in caso di successivo fallimento dell'impresa.

La questione da evidenziare massimamente al riguardo è che l'inattaccabilità dalla azione revocatoria fallimentare non dipende da valutazioni soggettive del Tribunale finalizzate a dimostrare la presenza di una *scientia decoctionis* da parte dell'imprenditore e del o dei creditori[122]. Anche gli atti a titolo gratuito o i pagamenti con mezzi solitamente ritenuti anormali, o ancora la concessione di nuove garanzie su debiti già in essere (che solitamente sono tutti quegli atti colpiti dalla revocatoria proprio perché indicanti quella irregolarità nei pagamenti che, a norma dell'art. 5 l. fall., contraddistingue lo stato d'insolvenza) se derivanti e posti in essere in esecuzione di un

[121] V.d. art. 67,comma terzo, lett. e): "*non sono soggetti all'azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione* […] *dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-bis*".

[122] In tal senso l'eventuale volontà di frodare non può che essere attribuibile ad entrambe le parti data la veste negoziale dell'istituto in quanto l'accordo si basa sul consenso tra le parti.

accordo di ristrutturazione sono ammessi. Perciò l'esenzione agisce automaticamente in seguito all'omologazione dell'accordo e deriva da fatti oggettivi, non da valutazioni. Stante ciò è possibile affermare senza fallo che è proprio la necessità che l'accordo ottenga l'*imprimatur* da parte del Tribunale a garantire l'esenzione, e allora è possibile avanzare un ulteriore ipotesi di risposta in senso positivo alla domanda che ci si è posti all'inizio di questo lavoro in base alla quale gli effetti legali nei confronti dei terzi di un accordo di tipo privato si manifestano esclusivamente dopo e grazie all'attento vaglio dell'autorità giudiziaria.

## 1.6 La relazione del professionista.[123]

Ai fini di verificare e attestare la validità del piano sottostante l'accordo, ovvero di valutare che esso possa essere realmente utile al fine di risanare l'impresa giustificando così anche le limitazioni ai diritti dei terzi esclusi dall'accordo, il legislatore ha previsto la figura di un professionista che possa redigere una relazione sulla attuabilità dell'accordo e, in specie, sulla sua idoneità a soddisfare i creditori estranei allo stesso.

In realtà la prima formulazione richiedeva che tale relazione fosse redatta da un *esperto*, e questa indicazione così generica ha fatto sorgere ben presto degli evidenti dubbi interpretativi. La mancanza di alcuna informazione né rimando ad altre norme che indicasse i requisiti soggettivi che lo stesso doveva possedere, e l'assenza di precisazioni sul contenuto della stessa relazione, la quale nel confronto con quelle richieste nelle altre procedure concorsuali appariva allora poco chiara, lasciavano l'interprete particolarmente dubbioso in merito.

Dopo gli interventi correttivi del 2007 e del 2012 queste importanti lacune sono state colmate statuendo che l'esperto della prima formulazione abbia ora la qualifica di "*professionista*", in quanto da questa figura dell'attestatore o professionista deriva e dipende la reale efficacia del piano e l'effettiva omologazione dell'accordo stesso da parte del Tribunale.

Ora la qualità soggettiva della persona è derivabile dal richiamo nell'art. 182-*bis* dell'art. 67, comma terzo, lettera d), ovvero che questi presenti gli stessi requisiti e competenze richieste all'attestatore dei piani di risanamento. Quindi, con un ulteriore rimando, che lo stesso abbia le medesime qualifiche e i requisiti richiesti al curatore nell'art. 28, lettere a) e b), l. fall., che "*sia in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile*".

---

[123] Per un approfondimento più puntuale cfr. tra i tanti G. B. Nardecchia in "*La relazione del professionista*", e l'inserto a "*Il commercialista veneto*", n. 213 – maggio/giugno 2013, "*L'art. 67, 3° comma, lett. d) nell'ambito degli istituti di composizione della crisi d'impresa. Inquadramento giuridico*", quale Contributo di sintesi al workshop *Gli Istituti di composizione della Crisi di Impresa. I piani attestati ex art. 67 L.F. Dubbi, incertezze e pratiche operative*, organizzato dalla Commissione Contabilità Finanza e Controllo dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Treviso il 16 maggio 2013.

Inoltre è espressamente richiesto il rispetto dei requisiti di:

- Terzietà: richiedendo allora che lo stesso sia persona diversa dal soggetto (il debitore stesso o un altro professionista) che ha redatto il piano di attuazione dell'accordo di ristrutturazione.
- Indipendenza: ovvero che il professionista non sia "*legato (lui ed i suoi colleghi dello studio professionale) all'imprenditore in crisi da rapporti personali o di lavoro*"[124] che possa così generare conflitti di interesse tra questi e il debitore e rendere non più oggettivo il giudizio di attestazione.

Si ha inoltre che il legislatore ha espressamente previsto che tale professionista dovrà essere designato dal debitore, questo se da un lato costituisce un ulteriore esempio dell'autonomia garantita dall'istituto ai soggetti che vi ricorrono, dall'altro non può che scontrarsi con il principio di indipendenza richiesto dalla disciplina.

Per quanto attiene la relazione stessa essa assume una particolare importanza specialmente per quanto attiene al suo contenuto e all'oggetto della stessa.

Si è visto che per ottenere lo "status" di accordo di ristrutturazione omologato l'oggetto del contratto di ristrutturazione deve sia essere finalizzato a "*liberare risorse sufficienti a soddisfare integralmente* […] *le obbligazioni dell'imprenditore verso i creditori estranei*", sia che tale ristrutturazione sia "*qualificata, accertata e/o attestata, e/o certificata dalla relazione redatta dal professionista*"[125].

Come il requisito della maggioranza qualificata dei crediti allora anche la relazione è fondamentale affinché vi possa essere un accordo omologato e non un semplice "contratto stragiudiziale" [126]. Anche in questo caso l'ampio grado di autonomia tipico degli accordi si palesa nel sostanziale silenzio del legislatore in merito lasciando il più ampio margine di operatività ai soggetti ricorrenti poiché dalla norma in esame sono

---

[124] Tratto da Inserto a "*Il commercialista veneto*", n. 213 – maggio/giugno 2013, *Op. cit.*, pag. 3.

[125] Secondo l'impostazione seguita di L. Marchegiani, *Op. cit.*, pag. 144, che sviluppa lo studio della relazione del professionista richiesta nell'art. 182-*bis* partendo dall'oggetto del "contratto di ristrutturazione".

[126] Sempre L. Marchegiani, *Op. cit.*, pag. 145, ribadisce che la "*relazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo* […] *rileva quale indispensabile presupposto*" e quindi "*senza la relazione del professionista la ristrutturazione del debito è un bene (e/o oggetto) diverso da quello tipico, semmai deducibile in un diverso (e solo socialmente tipico) contratto di concordato stragiudiziale*".

desumibili (dopo la riforma con il d. l. 83/2012) solo due indicazioni fondamentali circa il contenuto della relazione, sancendo così che l'oggetto della relazione sia duplice.

L'assenza di esplicitazioni nella norma aveva fatto emergere un problema di non poco conto, ben evidenziato da F. Di Marzio in "*Il diritto negoziale della crisi d'impresa*"[127]: l'oggetto dell'attestazione è l'accordo in sé o il conseguente piano di attuazione dello stesso?

La questione è rilevante poiché avendo l'accordo la veste e l'essenza di un contratto, in quanto fonte di obbligazioni per gli aderenti, esso è strumento autonomo di produzione di effetti giuridici e non necessita di alcuna attestazione ai fini dell'efficacia. L'unico controllo che può avvenire sul negozio attiene solo al profilo causale e non potrà che essere successivo alla conclusione del contratto, di tipo eventuale in quanto dipendente dalla richiesta dei contraenti o di chi ne abbia interesse, e attuato esclusivamente dall'autorità giudiziaria.

Inoltre si è visto che l'accordo in sé non contiene la definizione particolareggiata di tutti gli interventi finalizzati alla ristrutturazione, ma che lo stesso si presenta come un *negozio configurativo* da cui derivano e dipendono l'insieme dei contratti attuativi del programma di ristrutturazione in esso esplicitato, parte della strategia di ristrutturazione. Perciò l'oggetto dell'attestazione del professionista non può che essere proprio questo piano definito nell'accordo, non l'accordo in sé. Allora la finalità della relazione è quella di "*attestare che, a seguito dell'esecuzione dell'accordo, le risorse dell'impresa sono tali da consentire l'integrale e puntuale adempimento delle obbligazioni contratte dal debitore nei confronti del ceto creditorio non aderente*"[128].

Da cui l'attestatore andrà a "verificare i dati aziendali" che siano veritieri e rispecchianti la realtà dei fatti, in quanto fondamento imprescindibile dell'efficacia degli accordi e del piano in essi presente[129]. Successivamente anche la reale "attuabilità dell'accordo",

---

[127] *Giuffré Editore*, 2011.

[128] Decreto del Tribunale di Milano del 17 giugno 2009.

[129] L'obbligo di verifica della "veridicità dei dati aziendali" è stato inserito solo con l'ultima riforma dell'istituto, tuttavia in precedenza alla mancata previsione del legislatore ha in più occasioni sopperito la giurisprudenza, essa in numerosi decreti si è pronunciata in favore di tale verifica senza la quale attestare l'attuabilità di un accordo diverrebbe un mero esercizio teorico privo di applicazioni reali.

perciò egli effettuerà una "*valutazione circa l'idoneità dell'attivo disponibile all'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal piano*" che necessariamente avrà "*carattere prognostico*"[130] e fortemente legato a condizioni cui è subordinata la valutazione.

Vi è infine un ulteriore profilo di indagine complesso intorno al quale tanto dottrina che giurisprudenza si sono lungamente espresse e sul quale ancora il legislatore non si è pronunciato in modo definitivo: la responsabilità dell'attestatore.

Qui si scrive solo, rimandando lo studio a testi più approfonditi, che come per tutti i professionisti esso è soggetto alle ipotesi di responsabilità civile in caso di dichiarazioni non veritiere. Infatti l'affidabilità o meno della relazione da questi redatta è fondamentale prima per convincere i creditori ad aderire alla proposta, successivamente per le valutazioni di merito da parte del Tribunale in quanto requisito di ammissibilità del ricorso per l'omologazione degli accordi.

Conseguentemente , per quanto concerne la natura di tale responsabilità, è da dire che l'orientamento prevalente riconosce al professionista l'imputabilità secondo i profili della responsabilità contrattuale nei confronti del debitore, quindi ai sensi dell'art. 2236 del codice civile, poiché l'incarico di attestatore deriva dalla nomina da parte dell'imprenditore-debitore, e in conseguenza di ciò l'attestatore è anche responsabile ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Nei confronti dei creditori e in generale dei terzi la disciplina applicata è invece quella relativa alla "*responsabilità extra-contrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., nei confronti dei creditori che abbiano prestato il proprio consenso all'accordo di ristrutturazione*"[131].

Con un intervento del 2012 il legislatore ha ulteriormente allargato le ipotesi di responsabilità del professionista anche all'ambito penale, ora infatti con l'art. 236-*bis* della legge fallimentare è stato disciplinato il nuovo "*reato di falso in attestazione*" in

---

Così Tribunale di Bologna con decreto del 17 novembre 2011, il Tribunale di Roma con decreto del 20 maggio 2010, Tribunale di Milano con decreto del 10 novembre 2009 e Tribunale di Roma con decreto del 5 novembre 2009.

[130] Così E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 64.

[131] Per un ulteriore approfondimento sul ruolo e responsabilità del professionista cfr G. Costantino in "*La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*", contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, *Giuffré*, 2010, pag. 224.

base al quale è prevista una "*multa da 50.000 a 100.000 euro*" e anche la possibilità di "*reclusione da due a cinque anni*", da commutare a quel professionista attestatore che nella relazione abbia esposto "*informazioni false ovvero* (di omissione nel) *riferire informazioni rilevanti*".

## CAPITOLO 2. II
La fase giudiziale.

### 2.1 Efficacia e omologazione dell'accordo.

Sul tema dell'efficacia è importante, prima di procedere nella disamina dell'omologazione, riprendere quando detto in tema di accordo di ristrutturazione come contratto e distinguere con chiarezza l'efficacia contrattuale dello stesso dall'efficacia che esso ottiene con l'omologa.

La caratteristica negoziale dell'istituto, esplicandosi appunto in un contratto, è fonte di efficacia dell'accordo di per sé, in quanto vi è il rispetto dei requisiti essenziali ai fini di validità previsti nelle disposizioni del codice civile. In tal modo gli effetti legali del contratto si esplicano perché derivanti direttamente dallo stesso. Non vi è alcuna necessità di inserire il negozio in un procedimento processuale perché lo stesso sia fonte di obbligazioni.

Altro tipo di efficacia invece discende dall'omologazione, essendo la stessa "*esterna* (al contratto in sé), *non essenziale ma aggiuntiva* (agli effetti contrattuali)"[132]. Si è visto infatti che lo *status* di accordo di ristrutturazione, in luogo di un mero accordo stragiudiziale, discende dal passaggio procedimentale (solamente successivo alla fase negoziale) davanti all'organo giudiziario poiché unicamente in seguito all'approvazione del Tribunale si possono esplicare pienamente quegli effetti, che indichiamo come "extra-contrattuali" in quanto nei confronti della collettività[133] e dei terzi al contratto stesso, che contraddistinguono quelle protezioni previste dal legislatore nell'art. 182-

[132] V.d. F. Di Marzio, *Op. cit.*, pag. 141, l'autore poi ricorda che: "*la natura contrattuale dell'istituto traspare sia sul piano genetico che sul piano funzionale. Sul primo, per la considerazione che un accordo di ristrutturazione è perfezionato tramite il consenso. Sul piano funzionale, perché le condizioni di efficacia dell'accordo di ristrutturazione non dipendono dall'omologazione che per specifici e determinati effetti*", pag. 140.

[133] Per collettività in questo ambito si vorrebbe ricomprendere anche l'insieme degli aderenti all'accordo, che quindi renderebbe erroneo l'utilizzo del termine extra-contrattuale. Tuttavia ricordando ancora una volta che la mancata esigenza di rispettare la *par condicio creditorum* porta alla coesistenza di creditori aderenti allo stesso accordo ma con interessi diversi e contrastanti, per cui il soddisfacimento delle pretese di uno di questi può passare anche attraverso il sacrificio dell'altro, si estenderebbe il concetto di extra-contrattuale considerando l'eventualità di un accordo come fascio di contratti.

*bis*, e che costituiscono l'efficacia dell'accordo omologato. Ribadendo il concetto allora il controllo giurisdizionale è solo *eventuale* perché discende dalla esplicita volontà delle parti di richiederne l'omologazione, *successivo* alla fase di consultazione e formazione dell'accordo, *preventivo* alla formazione degli effetti perché l'efficacia dell'accordo omologato dipende e discende dall'inserimento dello stesso nel procedimento di verifica da parte del Tribunale. Quindi stante la completa autosufficienza dell'accordo come contratto l'intervento dell'autorità giudiziaria va solo ad ampliarne l'efficacia, in quanto elemento integrativo, portando lo stesso ad essere così opponibile alla massa[134].

Rimane ora da comprendere in cosa si sostanzia il controllo del Tribunale e, soprattutto, se lo stesso possa sindacare il contenuto dell'accordo stesso o se invece debba solo verificare la legittimità della proposta e l'osservanza delle disposizioni in merito.

In dottrina si è ricorsi come fattore discriminante per comprendere meglio la questione, alla presenza o meno di opposizioni all'accordo da parte di creditori dissenzienti o di terzi.

Infatti essendo uno strumento finalizzato alla soluzione negoziale della crisi, in base al principio della *sovranità della volontà* qualora le parti contrattuali siano tutte concordi e non vi siano opposizioni da parte di coloro che ne abbiano interesse (perché eventualmente ritengano che vi sia un'ingiusta lesione dei loro diritti), il Tribunale non sarebbe tenuto, proprio perché non richiesto da alcuno, a compiere nessuna valutazione di merito della proposta[135]. Esso effettuerebbe così solo un controllo di legittimità

---

[134] Andando a fornire un ulteriore argomentazione a favore della tesi secondo cui gli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* non manifestano le caratteristiche di un procedimento concorsuale, ma, secondo E. Gabrielli, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, contributo a *Op. cit.*, pag. 277, come "*un atto di autonomia privata inserito in un procedimento giurisdizionale*".

[135] Fondamentale risulta allora la relazione del professionista sulla fattibilità del piano relativo all'accordo, ricordando quanto affermato in quell'occasione il Tribunale andrà a verificare l'accordo sulla scorta di tale relazione "fidandosi" in tal modo del giudizio espresso dall'attestatore. Al riguardo cfr. B. Inzitari, *Op. cit.*, www.ilcaso.it, pag. 16, il quale afferma che "*il rinvio alla sola documentazione* (quella per l'accesso alla procedura concordataria come indicato nell'art. 161 per l'espresso rinvio dell'art. 182-*bis* l. fall.) *non può essere inteso anche come rinvio all'obbligo di attestare la veridicità*" dei dati aziendali oggetto della relazione. Significativa è poi anche la pronuncia del Tribunale di Roma che con decreto del 5 novembre 2009, in *Dir. Fall.* 2010, 6,m 2, 526, indica esplicitamente che il vaglio dell'autorità giudiziaria non può che basarsi sulla relazione del professionista, infatti "*nell'esercitare il*

finalizzato alla verifica della sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'omologazione (quindi verifica del presupposto soggettivo e del presupposto oggettivo), e delle c.d. "condizioni processuali di accesso". Queste ultime sono nello specifico il raggiungimento dei requisiti richiesti (il rispetto della percentuale di adesioni del 60% dei crediti relativamente al passivo complessivo del debitore, la verifica dei crediti computati per il raggiungimento della percentuale), e la verifica della documentazione richiesta: il deposito dell'accordo presso la cancelleria del Tribunale, della relazione del professionista che attesti la fattibilità dell'accordo, e l'iscrizione dell'accordo nel Registro delle Imprese.

Conclusi i profili preliminari si ha il controllo vero e proprio dell'accordo. Il giudizio di attuabilità discende allora dall'attestazione dell'esperto e "*comprende una valutazione di affidabilità dei dati contabili e fattuali raccolti*"[136], verificando tramite questo che l'accordo sia idoneo a garantire il pagamento integrale dei creditori estranei. Poiché in tal modo non va a sindacare il merito dell'accordo esso è anche detto "controllo indiretto".

La concessione della deroga dalle ipotesi di revocatoria fallimentare con l'omologazione discende allora proprio dall'aver verificato l'idoneità dell'accordo di soddisfare le pretese sia dei creditori aderenti che dei creditori estranei, quindi proprio di coloro nei confronti dei quali il curatore, in caso di successivo fallimento, andrebbe a promuovere l'azione revocatoria sugli atti compiuti (nella chiara ipotesi in cui non esistesse tale esenzione).

La presenza di opposizioni invece, secondo questa ricostruzione, tenderebbe a modificare il comportamento adottato dall'autorità giudiziaria.

Innanzitutto l'art. 182-*bis* legittima a proporre opposizioni all'accordo non solo dai creditori ma anche da parte di "*ogni altro interessato*" come sancisce il comma quarto,

---

*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 giudizio utili elementi di valutazione sulla attuabilità dell'accordo*"; perciò "*il compito del giudice non è quello di sindacare il merito del piano o dell'accordo* […], *giacché oggetto dell'esame è la valutazione svolta su di essi dal professionista*".

[136] Ancora B. Inzitari, *Op. cit.*, pag 16.

soggetti che però siano portatori di un interesse rilevante di tipo patrimoniale che possa subire un pregiudizio dall'attuazione dell'accordo[137]. In presenza di opposizioni allora il giudice dovrà dare un giudizio circa la fondatezza o meno delle questioni sollevate dai creditori opponenti, ampliando così il merito del suo intervento, quindi è possibile considerare in tal caso un effettivo controllo più esteso da parte del Tribunale rispetto all'assenza di pronunce contrarie all'accordo.

Si riconoscerebbe allora la possibilità che il Tribunale effettui un controllo di merito, oltre a quello di legittimità, del ricorso presentato dal debitore istante finalizzato in questo caso a valutare la concreta attuabilità del piano e delle concrete possibilità circa il suo realizzo, valutare poi se la liquidità residua alla stipula dell'accordo è sufficiente al soddisfacimento per intero dei creditori estranei.

Tuttavia si ritiene non presente tale differenza, concordando quindi con quanto affermato in prima battuta da S. Ambrosini, secondo il quale "*l'oggetto del giudizio di omologazione è, in linea teorica, sempre il medesimo, a prescindere dalla proposizione di gravami*"[138], e M. Libertini[139] che pronunciandosi successivamente va prima a precisare che pur configurandosi il controllo di merito nel potere di fare "*qualsiasi rilievo sul contenuto dell'atto controllato, sino al punto di poter*(lo) *giudicare negativamente*", mentre il controllo di legittimità comporta "*una valutazione di coerenza dell'atto rispetto alle finalità per cui la legge lo prevede e disciplina*", nella sostanza dei fatti, per quanto attiene al procedimento di omologazione, essi tenderebbero a coincidere.

Inoltre non è possibile rinvenire tra le funzioni del Tribunale anche quella di effettuare un controllo di merito in quanto si ha l'espressa mancanza di alcun richiamato nella norma, mentre nel secondo caso la verifica di legittimità non potrà essere solo formale,

---

[137] Cfr. B. Inzitari, *Op. cit.*, pag. 18, "*si deve ritenere che solo coloro che siano titolari di un diritto di credito certo, determinato ed attuale siano effettivamente legittimati a far valere l'opposizione*", e E. Frascaroli Santi, *Op. cit.*, pag. 147, che relativamente ai soggetti legittimati a proporre opposizione fa l'esempio dei lavoratori dipendenti dell'impresa che potrebbero reputare l'accordo incapace di tutelare adeguatamente i loro diritti, nello specifico il mantenimento del posto di lavoro.

[138] S. Ambrosini in "*Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*", documento n. 180/2009, www.ilcaso.it, pag. 4.

[139] In "*Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*", contributo al lavoro *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, *Giuffré*, 2010, pag. 390.

limitandosi così ad una valutazione di conformità delle procedure di formazione dell'accordo e dei requisiti alle disposizioni, ma dovrà essere di tipo sostanziale proprio perché dall'omologazione discende proprio la produzione degli effetti nei confronti dei terzi al di fuori delle parti contrattuali.

In tal modo l'omologazione vera e propria consisterebbe in una via di mezzo tra le due tipologie di controllo delineate, e non potrà mai constare in una mera verifica di legalità formale in assenza di opposizioni.

Perciò l'estensione dell'oggetto di indagine da parte del Tribunale di cui si è parlato in precedenza avviene solamente perché al giudizio sull'accordo si va ad aggiungere anche quello sulle opposizioni avanzate in quanto rappresentanti circostanze ulteriori agli elementi attinenti all'accordo in sé. Perciò l'assenza del carattere procedurale negli accordi ci porta ancora una volta ad affermare che l'estensione degli effetti dell'accordo oltre la sfera contrattuale deriva esclusivamente dall'*imprimatur* dell'autorità giudiziaria, proprio per la mancanza nell'istituto delle specifiche caratteristiche di garanzia presenti invece in un procedimento concorsuale, volte ad assicurare la parità di trattamento. Questo giustifica "*l'esigenza di un controllo finale del Tribunale non meramente formale e <<cartaceo>>* (il c.d. controllo indiretto di cui si è parlato)*, ma diretto e sostanziale*"[140]. Si precisa però che la valutazione in questione non potrà che essere di tipo oggettivo perché l'analisi circa la convenienza dell'accordo rimane esclusivamente in capo ai creditori aderenti e si verifica in sede di formazione dell'accordo.

Una volta vagliato l'accordo e trovatolo meritevole dell'approvazione, il Tribunale, decise le eventuali opposizioni, procede tramite decreto con parere motivato all'omologazione in camera di consiglio. Qualora invece esso non ritenga l'accordo fattibile si avrà un provvedimento di diniego. In tal caso la mancata omologazione sarà motivo solo della mancata produzione ai terzi degli effetti ulteriori, non sarebbe in alcun modo sostenibile l'ipotesi di inefficacia dell'accordo e dei conseguenti contratti di attuazione dello stesso[141], a meno che le parti stesse non abbiano deciso, e allora sarebbe

---

[140] V.d. F. Rolfi, in F. Rolfi e E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 140.

[141] Cfr. ancora M. Libertini, *Op. cit.*, pag. 392, secondo il quale in assenza di omologazione non si ha il "*venir meno dell'effetto vincolante dell'accordo, né* (si) *determina, come conseguenza giuridica necessaria, la dichiarazione di fallimento*", e inoltre che "*l'eventuale risoluzione dell'accordo non*

inserito nell'accordo, di non dar seguito al piano di ristrutturazione in caso di rigetto dell'istanza di omologazione.

---

*intacca direttamente l'efficacia dei singoli atti compiuti in esecuzione dell'accordo-quadro medesimo, né incide sull'esenzione dalla revocatoria degli atti compiuti in esecuzione dell'accordo stesso, prima della risoluzione*".

## 2.2 Ulteriori effetti dell'omologa.

### 2.2.1 L'esenzione dai profili penali.

Tra le varie criticità relative agli accordi stragiudiziale ulteriore motivo di inefficacia di questo strumento ai fini di favorire la risoluzione della crisi d'impresa, si è visto essere relativo ai profili penali imputabili agli aderenti ed esecutori dell'accordo. Infatti tanto l'imprenditore-debitore quanto i creditori aderenti possono essere ritenuti penalmente responsabili e incriminabili per i reati di *bancarotta fraudolenta* a norma dell'art. 216 legge fall. e per *bancarotta semplice ex* art. 217 l. f. (per i creditori invece sono applicabili solo le disposizioni in tema di *concorso* al reato di bancarotta fraudolenta), proprio perché hanno posto in essere atti e fatti che, in sede fallimentare, appaiono finalizzati a *distrarre, occultare, dissimulare, distruggere* o *dissipare* i beni dell'impresa "*allo scopo di recare pregiudizio ai creditori*" estranei all'accordo, oppure per il debitore che in tal modo abbia "*aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra colpa grave*".

La criticità al riguardo consiste proprio nel fatto che la fattispecie prevista dall'art. 182-*bis* si sostanzia proprio nelle "*possibilità* (per gli aderenti all'accordo di ristrutturazione) *di effettuare pagamenti o altri atti che si traducono* (esattamente) *nella violazione della regola generale della* par condicio"[142], proprio per la possibilità di suddividere i creditori in classi d'interessi diverse, di non dover rispettare le cause di prelazione e in generale per il fatto che rimane in capo all'imprenditore la capacità di disporre del patrimonio aziendale senza la necessità di ottenere alcuna autorizzazione né dall'autorità giudiziaria né tanto meno da parte dei creditori. Perciò presentandosi gli accordi così configurati dal legislatore come istituto dalla spiccata alterità rispetto alle procedure concorsuali, e, lo si è ribadito più volte, privo di alcuna caratteristica che possa rivelarne un carattere concorsuale, gli atti posti in essere ai fini della loro esecuzione si trovano, sempre in caso di successivo fallimento dell'impresa, esposti alla concreta possibilità di imputazioni penali per bancarotta.

Questo problema era molto sentito dalla dottrina[143] che nel primo periodo di applicazione della disciplina richiedeva a più voci un intervento del legislatore in merito

[142] Così F. Rolfi, in F. Rolfi e E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 154.

[143] Cfr. *ex multi* E. Gabrielli, *Op. cit.* e G. Presti in "Gli accordi di ristrutturazione dei debiti", *Op. cit.*.

che rendesse così gli accordi maggiormente appetibili dall'operatore economico proprio perché garantiti da una protezione anche in sede di profili penali.

Vi è ulteriormente da aggiungere che la mancata protezione dalle ipotesi dei reati fallimentari non solo gravava *a posteriori* sugli aderenti all'accordo, ma era causa stessa di mancata formazione dello stesso. Paventando rilevanti effetti sotto i profili penali molto difficilmente l'imprenditore avrebbe trovato aderenti alla proposta concordataria, o qualora le consultazioni avessero avuto esito positivo vi sarebbero stati certamente dei ritiri e ripensamenti inficiando la stessa omologabilità dell'accordo per il mancato raggiungimento della percentuale di adesione prescritta dalla legge.

Con il d. l. n. 78 del 2010 il legislatore si risolse di intervenire, finalmente, sulla questione garantendo così una protezione dell'istituto che ora si presenta piena e completa, l'estensione dello "ombrello protettivo" è massima[144].

Tale intervento è configurabile come esterno alle disposizioni disciplinanti l'accordo e si sostanzia nell'introduzione di un ulteriore articolo nel Titolo VI, Capo I della legge fallimentare, quindi in sede delle "*disposizioni penali*". L'art. 217-*bis* infatti parla di "*esenzione dai reati di bancarotta*" con il quale si dispone l'inapplicabilità, ai "*pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione* […] *di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato*" delle disposizioni di cui all'art. 216, terzo comma, e 217. In questo modo si è disposto per garantire una esenzione, operante in automatico successivamente all'omologa, dei reati di bancarotta semplice o preferenziale. Con il successivo intervento nel 2012 si è ulteriormente ampliata l'estensione della norma in questione prevedendo così l'esenzione dai profili penali anche per quei soggetti che, in ossequio alle disposizioni dell'art. 182-*quinquies*, forniscono finanziamenti all'impresa in crisi nell'ottica di favorire la continuità aziendale e, in tal modo, di favorire un efficace prosecuzione ed attuazione delle disposizioni derivanti dall'accordo di ristrutturazione. Per questi soggetti allora non si configurano le ipotesi, previste invece in sede fallimentare, di concessione abusiva del credito.

---

[144] M. Galardo in "*Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Finalità, contenuto e valutazione del tribunale*", Maggioli Editore, 2011, pag.161, il quale afferma che "*Ciò costituisce un'ulteriore conferma dell'intenzione del legislatore di valorizzare gli strumenti funzionali ad una definizione concordata della crisi d'impresa*".

Ciò detto allora possiamo considerare che l'esenzione dalle disposizioni penali discende dal rispetto di due requisiti deducibili dalla disciplina, o, riprendendo la schematizzazione proposta da F. Rolfi[145], due "*presupposti per l'operatività della fattispecie*". Il primo consiste nella qualifica degli atti o pagamenti esentati, ovvero che gli stessi siano esclusivamente posti in essere in esecuzione dell'accordo e, nello specifico, del piano finalizzato alla ristrutturazione in esso contenuto. Il secondo invece, e ribadisce quanto affermato in più occasioni circa la necessità dello *imprimatur* da parte della autorità giudiziaria, discende dall'omologazione dell'accordo. Si ricorda infatti che l'omologa costituisce "*elemento integrativo dell'efficacia della fattispecie*"[146] da cui discendono quegli effetti nei confronti della massa che costituiscono protezione per l'accordo e per gli aderenti ad esso, e quindi efficienza dell'istituto nel perseguire la risoluzione della crisi d'impresa.

Assolti i due presupposti richiesti allora dalla norma si dedurrebbe che vi sia un certo automatismo nell'esenzione dai profili penali che consegue direttamente all'omologazione dell'accordo, in questo modo allora il tribunale non sarebbe tenuto a fornire nessun giudizio o valutazione ulteriore perché si abbia attuazione di tale esenzione. E' ancora una volta il vaglio dell'autorità giudiziaria che attesta, anche se tale intervento non è direttamente rivolto in questo senso, "*l'insussistenza dell'elemento psicologico del reato*", perciò non sarebbe in alcun modo imputabile ai soggetti aderenti all'accordo l'ipotesi di dolo nella bancarotta.

[145] Sempre in F. Rolfi e E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 154

[146] Così E. Gabrielli, *Op. cit.*, pag 281.

### 2.2.2 I crediti in prededuzione ex artt. 182-quater e 182-quinquies

L'esecuzione delle disposizioni derivanti da un accordo di ristrutturazione, e dal più generale piano di risanamento, richiede la capacità di disporre di cospicui investimenti per darne attuazione, da cui la maggior difficoltà per l'imprenditore di riuscire ad ottenere tale liquidità in una situazione di crisi generale per l'impresa. Questo comporta la nascita di un evidente paradosso in cui si trova ogni impresa in difficoltà economico/finanziaria: se lo stato di crisi comporta l'incapacità prospettica e crescente di far fronte alle obbligazioni contratte per uno sbilancio tra le fonti e i fabbisogni di finanziamento, si ha contestualmente che la "*condicio sine qua non*" per poter attuare l'accordo e perseguire il risanamento dell'impresa consiste proprio nella capacità del debitore di riuscire a trovare nuove fonti di finanziamento.

Questa ulteriore criticità che afflisse l'iniziale applicazione pratica degli accordi dimostrò ulteriormente la mancanza di lungimiranza del legislatore, se egli con l'art. 182-*bis* aveva introdotto nel panorama normativo fallimentare uno strumento che perseguisse una risoluzione negoziale della crisi d'impresa, nella realtà dei fatti non si erano affatto superate tutte quelle difficoltà (indicate in precedenza) che rendevano gli accordi stragiudiziali così inefficaci. Nello specifico la mancanza di alcuna considerazione in senso cautelativo di coloro che accettano di fornire "nuova finanza" ad un'impresa che versa già in uno stato di crisi, ha reso lo strumento degli accordi poco attuabile perché poco "appetibile" per questi investitori esterni.

Invero la contestuale riforma della revocatoria fallimentare esonerava dalla stessa tutti quei "pagamenti e garanzie" posti in essere per l'esecuzione di un accordo omologato[147], ma la tutela in questione risultava tutt'altro che completa perché solo successiva alla formazione e attuazione dell'accordo, e specialmente essa era solo eventuale (si attiva solo in caso di apertura della procedura fallimentare). Certamente poi, fattore che risultava essere di maggiore interesse, non garantiva i finanziatori dal rientro del capitale concesso per la mancanza di una garanzia di trattamento preferenziale in sede di ripartizione dell'attivo. In aggiunta si sottolinea che anche in seguito al decreto correttivo del 2007 permanevano ancora le ipotesi di imputazione ai finanziatori di

[147] *Ex* art. 67, comma 3, lettera e).

responsabilità di tipo penale per concorso in bancarotta, e per concessione abusiva del credito[148].

L'iniziale mancanza di previsioni esplicite in tal senso derivava dal fatto che il legislatore con l'introduzione dello strumento in esame aveva ritenuto implicitamente applicabili anche per gli accordi le disposizione dell'art. 111, comma 2, l. fall., norma che garantisce la prededucibilità a tutti quei crediti "*sorti in occasione o funzione di una procedura concorsuale*". Tuttavia i dubbi avanzati dalla dottrina circa la possibilità di riconoscere un'autonomia agli accordi nei confronti del concordato e la conseguente discordanza di opinioni nell'individuare o meno negli stessi il carattere di procedura concorsuale, erano causa di dubbi sulla reale applicabilità delle disposizioni in tema di prededuzione e, conseguentemente, anche di scoraggiamento per un intervento concreto da parte dei finanziatori che si sentivano scarsamente tutelati.

Così la "*necessità di aumentare la competitività dello strumento rispetto alle altre forme di composizione concordataria*"[149] ha portato ad un primo intervento a cinque anni dall'introduzione dell'istituto, con il d. l. n. 78 del 2010 si ebbe quindi l'inserimento nel testo fallimentare di un articolo 182-*quater* con il quale si recepiscono le disposizioni in tema di prededucibilità per quei "*crediti derivanti da finanziamenti*", attraverso un esplicito richiamo dell'art. 111. In questo modo l'incertezza in merito venne risolta garantendo allora una maggior efficacia agli accordi stessi. Con l'ulteriore intervento in materia con il d. l. n. 83 del 2012 si è giunti a configurare in modo più completo lo strumento della prededuzione, rendendolo maggiormente adatto alla caratteristica stragiudiziale degli accordi. Infatti si evidenzia che se la libertà concessa al

---

[148] F. S. Filocamo in "*La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*", Riv. *Il Fallimento*, 9/2013, pag. 1149 e ss., nel presentare il percorso di modifica per l'introduzione degli accordi palesa il problema legato alla "*insufficienza di tali incentivi*" garantiti nelle prime formulazioni, ciò che ha spinto il legislatore ad approntare un piano di interventi specifici negli anni successivi con il fine di colmare le lacune dell'istituto e di "*rafforzare ulteriormente il quadro di favore normativo verso gli strumenti di gestione concordataria delle crisi imprenditoriali*". Questo con l'ulteriore scopo, evidenziante lo spostamento di prospettiva nel legislatore palesato in precedenza, di sviluppare tali strumenti perché "*ritenuti più idonei a salvaguardare i valori aziendali a beneficio di tutti i soggetti coinvolti nelle crisi stesse e del sistema economico nel suo complesso*".

[149] F. Abate in "*La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*", contributo a Riv. *Il Fallimento*, 9/2013, pag. 1174.

debitore è massima specialmente perché non si manifesta alcuna esigenza di rispettare la parità di trattamento dei creditori, proprio per il carattere di *alterità* degli accordi rispetto alle procedure concorsuali, difficile era comprendere per qual motivo il legislatore accordava la prededuzione in sede fallimentare alle sole "*banche e intermediari finanziari*", limitando di fatto il gruppo dei possibili soggetti finanziatori dell'impresa[150]. L'intervento del 2012 allora da un lato ha modificato l'art. 182-*quater* abrogando il richiamo alle banche e agli intermediari finanziari stabilendo che le medesime disposizioni sono ora applicabili ai finanziamenti "*in qualsiasi forma effettuati*", dall'altro ha introdotto un ulteriore articolo, il 182-*quinquies*, con il quale il Tribunale con espressa autorizzazione estende gli effetti dell'art. 111 anche a quei finanziamenti in "*continuità aziendale*" contratti dal debitore, purché gli stessi risultino "*funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*".

Riassunte brevemente le tappe che hanno portato a recepire la disciplina in questione anche per un accordo negoziale la dottrina ha individuato tre tipologie di finanziamenti, e tale tripartizione ha sia un senso cronologico sia un significato di tipo funzionale in quanto finalizzati alle tre fasi che contraddistinguono l'accordo[151].

Infatti si individuano nell'art. 182-*quater* due tipologie di finanziamenti, la prima indicata nel comma secondo dei finanziamenti "*in funzione*" (i c.d. "*finanziamenti ponte*") alla presentazione della domanda di omologazione dell'accordo[152], la seconda

---

[150] S. Ambrosini, "*Appunti* flash *per una <miniriforma> del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*", *Op. cit.*, in tema di finanziamenti bancari scriveva per sollecitare una riforma, succedutasi poi con la legge n. 134 del 7 agosto 2012, che "*è diffusamente avvertita la necessità di disporre di un quadro normativo connotato da un più elevato livello di certezza, specie tenuto conto della peculiare rischiosità, per la banca, dell'investimento in un'impresa in crisi*". In tal modo egli sollecitava "*l'introduzione, con un ipotetico art. 182 quinquies, di una norma incentrata sull'intervento autorizzativo del tribunale ad effettuare*" i finanziamenti in continuità aziendale.

[151] In questo caso non ci si riferisce alla bipartizione presentata in precedenza relativa al ruolo dell'autorità giudiziaria, ma alla sequenza logica di: formazione del consenso e dell'accordo (dove l'obiettivo sarà quello di limitare l'aggravarsi ulteriore della crisi), omologazione dello stesso (e quindi adozione di una prima serie di interventi limitata principalmente alla riorganizzazione dell'impresa), esecuzione delle disposizioni inerenti il piano di risanamento.

[152] Cioè destinati a "*procurare all'impresa quella liquidità essenziale minima per consentire la predisposizione e la presentazione della domanda di omologazione*", F. Rolfi, in F. Rolfi e E. Stanuovo-Polacco, *Op. cit.*, pag. 189.

invece relativa ai finanziamenti "*in esecuzione*", cioè finalizzati a dotare l'impresa dei mezzi finanziari necessari per poter realizzare efficacemente l'accordo, quindi operanti nella fase di concretizzazione della disposizioni approvate dalle parti contrattuali.

In entrambi i casi le condizioni relative a questi finanziamenti sono parte integrante dell'accordo di ristrutturazione, in tal modo allora l'approvazione di quest'ultimo comporta l'implicita approvazione degli stessi. Così la prededucibilità agisce in automatico ed è conseguenza diretta del provvedimento con cui il Tribunale dispone l'omologazione.

La terza tipologia di finanziamenti è invece descritta nell'art. 182-*quinquies* ed è relativa ai "*finanziamenti interinali*" che abbiamo indicato come finalizzati in generale a favorire la continuità aziendale e il soddisfacimento dei creditori per un'efficace esecuzione del piano sottostante agli accordi. In questo caso il legislatore ha previsto un passaggio obbligatorio ai fini autorizzativi in sede giudiziaria perché sia garantita a questi crediti la successiva preferenza nel soddisfacimento in sede fallimentare. Tale autorizzazione può essere richiesta sia contestualmente alla domanda di omologazione dell'accordo, sia nella fase precedente al c.d. pre-accordo o della proposta di accordo, dove il debitore ha la possibilità di richiedere al Tribunale la concessione della protezione anticipata così come garantita dal comma sesto, art. 182-*bis*. Sorge la necessità di predisporre un'autorizzazione apposita proprio in relazione alla tipologia di questi finanziamenti, infatti nella prassi essi pur essendo previsti nel momento di formazione dell'accordo, ma esternamente allo stesso, vengono erogati solo successivamente alla formazione di questo, fuoriuscendo così dalle ipotesi di tutela garantite con l'omologa.

In conclusione, evidenziamo tre ulteriori questioni in tema di prededuzione.

La prima va a precisare che la legge non dispone alcun obbligo di condizionare l'assunzione di questi finanziamenti (anche in sede di verifica per l'autorizzazione disposta dall'art. 182-*quinquies*), alla sola finalità di favorire il recupero e la ripresa dell'impresa in crisi, tali tipologie di finanziamenti sono accessibili anche qualora si sia configurato un accordo di ristrutturazione con finalità di liquidazione del patrimonio dell'impresa.

La seconda invece discende dalle nuove disposizioni in tema di concordato predisposte dopo la modifica dell'art. 161, comma sesto, con il d. l. 21 giugno 2013, n. 69. In tal

modo il legislatore ha previsto la casistica del tutto nuova della possibilità per il debitore di presentare al Tribunale anche la domanda di ammissione alla procedura di un "concordato in bianco", predisponendo che "*nello stesso termine* (dei sessanta o centoventi giorni dalla presentazione della domanda entro i quali dovrà presentare la proposta di concordato)*, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma*". E' stata così ulteriormente garantita al debitore la possibilità di promuovere e perseguire soluzioni concordatarie alla crisi in luogo del fallimento, e ancor più si evidenzia la preferenza per l'accordo negoziale in luogo di una procedura concorsuale. Per quanto attiene all'ambito della prededucibilità, tuttavia, questo fa emergere nuove e ulteriori criticità. Il libero passaggio tra un istituto ed un altro comporta l'indecisione in merito al trattamento dei crediti sorti in sede di formazione dell'accordo ma non ratificati dal Tribunale per la mancata omologa, in tal caso la soluzione adottata in dottrina è quella di considerare tali finanziamenti entro le disposizioni relative al comma settimo, art. 161 della legge fallimentare. Infatti nel caso di mancata omologa i crediti in questione vengono considerati relativi sia ad atti di ordinaria amministrazione che ad "*atti urgenti di straordinaria amministrazione*", da adottare previa autorizzazione da parte del tribunale, in quanto tali ad essi è garantita la prededuzione[153].

La terza infine precisa e dimostra ancora una volta che la compressione dei diritti dei soggetti terzi derivante dall'esecuzione dell'accordo (compressione che deriva dall'accordare una preferenza nel soddisfacimento di alcuni crediti in luogo di altri, anche se, si ripete, solo successiva ed eventuale), dipende e non può che derivare da un preventivo ed apposito vaglio dell'autorità giudiziaria. Infatti spetta al Tribunale autorizzare il debitore a contrarre tali finanziamenti, sia che questa autorizzazione si palesi in un provvedimento apposito *ex* art. 182-*quinquies*, sia che derivi indirettamente dall'omologazione stessa dell'accordo.

[153] Sempre il comma sesto, art. 161 statuisce che "*i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111*".

# CONCLUSIONI

L'esame dell'istituto degli accordi di ristrutturazione, prima sotto il profilo storico poi relativo all'istituto stesso, ha permesso di ricostruire la disciplina che, pur in modo frammentato e disorganico, si è formata negli anni. Si è potuto così sottolineare l'importanza che il legislatore con il tempo ha accordato a questo strumento, delineandolo come possibile alternativa percorribile dall'imprenditore in crisi alle più invadenti procedure concorsuali. E' infatti proprio il carattere negoziale che ne costituisce il principale motivo di forza e di successo nella scelta da parte dell'imprenditore versante in uno stato di crisi, e che dispone ora di uno strumento più efficace per la risoluzione della crisi d'impresa.

Infatti nell'ambito delle soluzioni concordatarie gli accordi si evidenziano proprio per l'ampio spazio riconosciuto alle parti interessate. Quest'ultime hanno la possibilità di perseguire l'obiettivo della risoluzione della crisi con una autonomia prima sconosciuta o, meglio, non riconosciuta dal legislatore. Tale autonomia allora non poteva che esplicarsi nella formazione di un apposito contratto (o anche fascio di contratti, come si è visto) in quanto espressione autentica della volontà delle parti, è proprio nel negozio che convogliano gli interessi dei creditori con il fine di perseguire il risanamento dell'impresa attraverso la ridefinizione degli obiettivi contrattuali delle parti.

Si è evidenziato che nella prassi economica la formazione di accordi stragiudiziali per regolare la crisi sia in realtà tutt'altro che nuova, perciò l'innovazione avanzata dal legislatore (ormai da quasi un decennio) consiste proprio nell'aver recepito nella normativa fallimentare tali soluzioni utilizzate nella prassi, attribuendone però capacità e protezioni che hanno così permesso di allargare ed ampliare gli effetti del negozio, effetti che ora possono esplicarsi anche nei confronti dei terzi.

Questo è stato possibile in seguito ad una generale ridefinizione del ruolo dell'autorità giudiziaria le cui funzioni risultano ridimensionate rispetto al passato, o, meglio, si esplicano in modo diverso. Ciò che ne risulta è allora uno spostamento del baricentro della gestione dei fenomeni di crisi e di insolvenza negli istituti definiti nella legge fallimentare: attualmente le parti coinvolte nel dissesto hanno la possibilità di essere maggiormente protagoniste proprio perché ritenute più adatte a gestire i loro interessi,

conseguentemente al Tribunale spetta un ruolo di verifica e garanzia generale della correttezza della procedura, piuttosto che di diretta gestione della stessa.
Specialmente con l'istituto degli accordi viene quindi riconosciuto un ampio margine di intervento alle parti che si esplica proprio con il riconoscimento di un nuovo ruolo all'autonomia negoziale privata e con il superamento della logica della parità di trattamento, che passa così da principio cardine a principio di portata generale operante ora solo in via residuale nei casi dove non risulta essere previsto altrimenti. Si è riservato l'intervento dell'autorità giudiziaria solo in un momento successivo all'esplicazione di tale libertà, necessario solo ai fini della ratifica dell'accordo e con l'obiettivo di garantire un deciso ampliamento dell'efficacia dello stesso oltre i confini esclusivamente contrattuali. L'incidenza sugli interessi dei terzi, e in generale la modifica o la parziale restrizione dei diritti dei soggetti non aderenti all'accordo, deriva allora unicamente e solo successivamente al vaglio preventivo dell'autorità giudiziaria.
Dunque si può affermare che risulta mutato il ruolo del giudice, proprio per le diverse funzioni ad esso attribuite, la necessità dell'omologazione dimostra come il passaggio attraverso il vaglio dell'autorità giudiziaria, anche se solo in un tempo successivo, sia ancora una volta fondamentale quale unica garanzia di tutela dei diritti dei terzi. Il pur ampio ruolo riconosciuto all'autonomia negoziale non potrà mai essere totale in quanto pur favorendo l'autonoma gestione della crisi, le funzioni di garanzia conseguenti al vaglio del Tribunale non potranno mai essere demandate ai privati.
Si è interpretato questo fenomeno con il termine corretto di "degiurisdizionalizzazione", volendo indicare l'accesso di una sorta di liberismo in un settore prima di competenza diretta ed esclusiva dell'autorità giudiziaria. Nel lavoro è stato palesato poi come questo cambiamento sia stato graduale, a tratti quasi non così cercato dal legislatore. Se con la generale riforma della legge fallimentare del 2005 si è avviato questo nuovo percorso, si può parimenti attribuire un ruolo di spinta successiva proprio ai disastrosi effetti conseguenti alla recente crisi economico-finanziaria che hanno costretto il legislatore ad operare con una decisione e completezza certamente non identificabile nell'introduzione dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Questa fondamentale spinta esterna, unita al necessario confronto con le normative degli altri paesi, sia UE che extra-UE, hanno portato così alla formazione (pur frammentata, disorganica e in arco di tempo non breve) di uno strumento che, ad avviso di chi scrive, risulterebbe essere la

soluzione migliore e più facilmente percorribile per tutti quegli imprenditori in crisi (concetto che si è visto essere particolarmente esteso ed ulteriormente estendibile) che vogliano operare affinché vi sia una prosecuzione dell'attività d'impresa in luogo della chiusura degli impianti, ciò che ora risulta essere il principale obiettivo anche del legislatore.

In conclusione si evidenzia come il favore per una soluzione concordataria della crisi d'impresa abbia portato il legislatore ad un ulteriore e fondamentale passo nella via della negozialità: con la riforma dell'articolo 161 della legge fallimentare si prevede ora la possibilità di effettuare un passaggio, quasi automatico, dagli accordi al concordato e viceversa, che permette così alle parti di ottenere una maggior tutela dal Tribunale in caso di mancata omologazione.

Questo mostra ulteriormente come gli strumenti di gestione dei fenomeni degenerativi della vita d'impresa si siano orientati in un'ottica di prevenzione in luogo dell'intervento ad insolvenza conclamata. Ecco allora che favorendo un corretto uso di questi istituti la stessa stabilità dell'economia nazionale ne risulterebbe rafforzata attraverso una migliore tutela degli interessi dei creditori.

## BIBLIOGRAFIA


- A.A. V.V., Diritto Commerciale: Volume I, Giapichelli, 2013.
- A.A. V.V., Il fallimento e le procedure negoziali di soluzione della crisi, Gruppo 24ore, 2013.
- F. ABATE, La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità, Riv. Il Fallimento, 9/2013.
- S. AMBROSINI e P. DEMARCHI, Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Giuffré, 2005.
- S. AMBROSINI, Appunti *flash* per una "miniriforma" del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, documento n. 293/2012, www.ilcaso.it.
- S. AMBROSINI, a cura di, La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina, Zanichelli, 2006.
- S. AMBROSINI, Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese, documento n. 180/2009, www.ilcaso.it.
- F. ANELLI e C. GRANELLI, a cura di, Manuale di Diritto Privato, Giuffré, 2013.
- G. BERTOLI, Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore, EGEA, 2000.
- L. BOGGIO, Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi, ricostruzione di una disciplina, Giuffré, 2007.
- S. BONFATTI, Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa, 2011, www.ilcaso.it.
- A. DANOVI, Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano, Milano, 2003.
- A. DI CARLO e M. BISOGNO, Crisi e risanamento di impresa in una prospettiva internazionale, Franco Angeli, 2012.
- F. DI MARZIO e F. MACARIO, a cura di, Autonomia negoziale e crisi d'impresa, Giuffré, 2010.
- G. FAUCEGLIA, Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, Diritto Fallimentare, 2005.

- F. S. FILOCAMO, La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, Riv. Il Fallimento, 9/2013.
- E. FRASCAROLI SANTI, Accordi di ristrutturazione: un nuovo procedimento concorsuale, CEDAM, 2009.
- M. GALARDO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Finalità, contenuto e valutazione del tribunale, Maggioli Editore, 2011.
- F. GALGANO, Diritto Privato, Cedam, 2008.
- F. GALGANO, Lex Mercatoria, Il Mulino, 1993.
- L. GUATRI, Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore, EGEA, 1995.
- L. GUGLIELMUCCI, Diritto Fallimentare, Giapichelli, 2012.
- B. INZITARI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi, 2011, www.ilcaso.it.
- I. LIBERO NOCERA, Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile, Giuffrè, 2011.
- I. LIBERO NOCERA, Dal decoctor ergo fraudator alla composizione negoziale dell'insolvenza: il "viaggio" dell'autonomia privata nel diritto fallimentare, Riv. IANUS, 9/2013.
- I. LIBERO NOCERA, Riflessioni civilistiche sull'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti, contributo a "il Corriere Giuridico" del 12/2013.
- L. MARCHEGIANI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare, Contributo allo studio del tipo, pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Macerata, Giuffrè Editore, 2012.
- F. MARRELLA, La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale, in Trattato di diritto commerciale dell'economia diretto da F. GALGANO, Vol. XXX, CEDAM, Padova, 2003.
- M. MARRONE, Istituzioni di diritto romano, Palumbo Editore, 2006.
- G. PRESTI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, 2006
- F. ROLFI, L'anticipazione della c.d. protezione negli accordi di ristrutturazione: caratteristiche e criticità, Riv. IlFallimentarista.it, 2011.

- F. ROLFI e E. STANUOVO-POLACCO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: autonomia negoziale e concorsualità, Giuffré, 2013.
- L. STANGHELLINI, La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza, Bologna, 2007.
- G. TERRANOVA, Stato di crisi e stato d'insolvenza, Torino, 2007.
- V. ZANICHELLI, La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali, UTET, 2007.

**SITOGRAFIA:**

- www.altalex.com
- www.ilcaso.it
- www.ilfallimentarista.it
- www.ilsole24ore.com