

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 9 - dicembre 2013

DAL *DECOCTOR ERGO FRAUDATOR* ALLA
COMPOSIZIONE NEGOZIALE DELL'INSOLVENZA:
IL “VIAGGIO” DELL'AUTONOMIA PRIVATA
NEL DIRITTO FALLIMENTARE

Ivan Libero Nocera

**DAL *DECOCTOR ERGO FRAUDATOR* ALLA COMPOSIZIONE
NEGOZIALE DELL'INSOLVENZA: IL "VIAGGIO"
DELL'AUTONOMIA PRIVATA NEL DIRITTO FALLIMENTARE**

Ivan Libero Nocera

Dottore di ricerca presso la Scuola Sant'Anna di Pisa

I nuovi strumenti di gestione della crisi d'impresa hanno comportato un radicale cambiamento di prospettiva rispetto alla visione tradizionale, intrisa di pesante paternalismo statale, dove la finalità delle procedure concorsuali era prettamente identificata nella garanzia del soddisfacimento delle pretese creditorie tramite la liquidazione dell'impresa e del patrimonio del debitore.

Con le recenti riforme, invece, la disciplina appare finalizzata alla conservazione dell'impresa insolvente con un aumento del ruolo dell'autonomia privata e del contratto in ambito fallimentare.

È interessante osservare come spazi di utilizzo dell'autonomia privata in sede concorsuale fossero già presenti nella vigenza dei codici ottocenteschi. Si rivela, quindi, utile un esame "archeologico", "scavando" nella normativa anteriore, allo scopo di osservare come dalla legislazione ottocentesca alle recenti riforme fallimentari sia possibile ravvisare spazi di autonomia contrattuale al fine di evitare il fallimento, tentando di ricercare soluzioni più efficienti alla crisi d'impresa.

The new tools utilized to manage companies' crisis demand a radical change of perspective versus the one traditionally adopted, which has always been full of heavy state paternalism, and according to which the purpose of bankruptcy proceeding has been to purely guarantee creditors' payments via the liquidation of debtors' assets.

The recent legislative reform aims instead to preserve the insolvent companies by increasing the importance of private autonomy and of bankruptcy-law contracts.

It is interesting to observe that the concept of private autonomy in bankruptcy law was already to some extent included in the nineteenth-century codes.

It would therefore be useful to proceed with an "archaeological" examination, "digging into" the older legislation. This would allow to

discover how, from the nineteenth century legislation to the recent bankruptcy law reforms, the concept of private autonomy has been applied to avoid bankruptcy and, therefore, identify more efficient solutions to companies' crisis.

Sommario:

1. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un contratto per la gestione negoziale della crisi
2. Dalla finalità esclusivamente liquidatoria alla “cultura del salvataggio”
3. Il nuovo corso: diritto della crisi d’impresa e composizione negoziale dell’insolvenza
4. L’autonomia privata nel governo dell’insolvenza al tempo del codice di commercio
5. (*segue*) Il concordato stragiudiziale dopo la legge fallimentare del ‘42
6. Il fecondo incontro tra autonomia privata e insolvenza
7. La natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione dei debiti

1. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un contratto per la gestione negoziale della crisi

Nell'ambito della crisi macroeconomica, il legislatore ha tentato di fornire strumenti giuridici più adeguati a gestire le situazioni di crisi, agevolando la circolazione di ricchezze immobilizzate e la salvaguardia del valore d'impresa. Tali interventi hanno comportato un radicale cambiamento di prospettiva rispetto alla visione tradizionale, mutamento profondo quanto necessario per adeguare il diritto positivo al diritto dei privati già immanente al sistema degli affari, nella consapevolezza dell'esigenza di conformare ogni istituto ad un dato momento storico.

La tendenza alla conservazione dell'impresa insolvente e la sempre maggiore dilatazione dell'autonomia privata trovano un punto d'incontro nel nuovo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi, introdotto nella disciplina fallimentare dal d.l. n. 35 del 2005 all'art. 182-*bis* e successivamente riformato dal d.lgs. n. 169 del 2007, dal d.l. n. 78 del 2010, nonché, da ultimo, dal d.l. n. 83 del 2012 (c.d. Decreto Sviluppo)¹.

¹ Sugli accordi di ristrutturazione come riformati dalle recenti novelle si veda su tutti VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, 2012, Torino. È opportuno evidenziare che, sebbene il termine "ristrutturazione" rimandi principalmente alla finalità di riequilibrare le finanze dell'impresa conservando l'attività produttiva, l'istituto si adatta anche al perseguimento dell'obiettivo di prevenire l'insolvenza o anche di agevolare la liquidazione dell'impresa stessa. Infatti, il legislatore fa riferimento non ad una generale ristrutturazione economico-produttiva, ma, appunto, ad una "ristrutturazione dei debiti", perseguendo eventualmente in maniera indiretta il risanamento finanziario dell'impresa, senza tuttavia ostare ad una finalità integralmente liquidatoria. L'aspetto preventivo è considerato da OLIVA, *La privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, p. 825, con riferimento alle convenzioni stragiudiziali, mentre in relazione agli accordi *ex art. 182-bis l. fall.*, la dottrina maggioritaria evidenzia l'eventuale finalità liquidativa, come osservato da PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 2006, I, p. 16; PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2006, p. 129; AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, in JORIO (diretto da) - FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, 2007, p. 2538; *contra* FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1459; MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Il Fall.*, 2006, p. 101; NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fall.*, 2008, p. 708; VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, in NIGRO - SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Napoli, 2006, p. 1093; ROVELLI, *Il ruolo del trust nella*

Tale istituto rappresenta uno strumento di gestione negoziale della crisi dove il giudice si limita ad apporre un “sigillo di qualità” ad un accordo già perfezionato dalle parti, se, in assenza di opposizioni fondate, riscontra il rispetto di determinati requisiti: il consenso con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento del passivo; la documentazione indicata dall’art. 161 l. fall.; la relazione di attuabilità dell’accordo redatta da un professionista con particolare riferimento all’idoneità ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei all’accordo².

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

In posizione mediana si trovano gli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall’art. 182-bis l. fall., istituto che si configura, al pari dei concordati stragiudiziali, come un ordinario contratto di diritto privato a formazione progressiva, soggetto dunque alla disciplina del codice civile³. Tale *figura iuris* presenta un momento giudiziale

composizione negoziale dell’insolvenza di cui all’art. 182-bis l. fall., in *Trusts e att. fid.*, p. 398; *contra* Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, p. 701.

² Si considerano dunque tali requisiti come condizioni dell’omologazione dell’accordo e non presupposto ovvero elemento dello stesso come invece sostiene LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Il Fall.*, 2008, p. 995.

³ L’accordo è infatti «un fenomeno della vita sociale disciplinato dal diritto» (BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1987, p. 210), «elemento centrale» (BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Sillogie in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1993, p. 54) e «il più caratterizzante» (ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA - ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 23) del contratto. Sulla natura contrattuale dell’istituto si veda Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi*

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

Questa esenzione rappresenta uno strumento eccezionale al mero scopo di agevolare la ristrutturazione dei debiti, e dunque non suscettibile di applicazione estensiva agli atti che, pur inclusi nell'accordo non si pongono "in esecuzione" del piano di ristrutturazione, ovvero che non risultano funzionali ad esso⁴. Non si può dunque dilatarne la portata comprendendo anche gli atti realizzati dai vari creditori partecipanti in occasione o in funzione dell'accordo, e non equilibrati da un punto di vista sinallagmatico.

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

2. Dalla finalità esclusivamente liquidatoria alla "cultura del salvataggio"

Vale evidenziare come la disciplina che risulta dalle ultime riforme fallimentari appare fortemente caratterizzata in senso privatistico. Tale elemento che qualifica il nuovo diritto della crisi d'impresa segna una chiara inversione di tendenza rispetto alla tradizionale impostazione autarchica e paternalistica che connotava invece l'originaria versione della legge fallimentare del 1942.

Infatti, la normativa coeva al codice civile era, come questo, espressione della concezione corporativa che predicava l'intervento pubblico nell'economia e operante in un contesto economico connotato

d'impresa e ruolo del giudice, in *Il Fall.*, 2006, p. 188; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131; NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 704; MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 307.

⁴ Si considerino ad esempio gli atti con i quali il debitore conferisce i beni rimanenti dell'azienda o comunque del suo patrimonio ai suoi eredi o a terzi, dopo avere soddisfatto tutti i creditori aderenti, oppure a prescindere dalla soddisfazione dei creditori o in ogni caso alla continuità dell'attività di impresa.

dalla presenza predominante di piccole imprese individuali in cui il capitale reale tendeva a coincidere con quello di credito - era ancora fortemente impregnata dal carattere sanzionatorio che tradizionalmente caratterizzava il soggetto fallito⁵. Quest'ultimo era considerato «male infettivo da circoscrivere (...) e distruggere secondo un interesse supremo e statutale alla tutela dell'economia e del credito»⁶. Di conseguenza, era necessario l'immediato spossessamento, in particolare dei beni aziendali, e la preclusione di ogni potere d'influenza sulle modalità di compimento della liquidazione.

La finalità delle procedure concorsuali (considerando anche la scarsa diffusione nella prassi degli istituti del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata⁷) era prettamente identificata nella

⁵ Il particolare rigore che caratterizzava il procedimento concorsuale contro il debitore insolvente, il cui fallimento comportava l'infamia, oltre a sanzioni penali indipendentemente dall'accertamento della presenza della frode (*decoctor ergo fraudator*), discende direttamente dallo *ius mercatorum*, al quale a sua volta trae ispirazione dal diritto germanico e dal diritto romano. Sul punto vale richiamare SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964; GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980, p. 50; PRESTI - STANGHELLINI - VELLA (a cura di), *Il debitore civile: dalla prigione per debiti all'esdebitazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2004; DI MARZIO, *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Nota apologetica sul nuovo 'diritto fallimentare'*, in *www.ilcaso.it*, 2012. Del resto l'art. 543 del codice di commercio del 1865, rievocando le sanzioni penali, recita «Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti, è in istato di fallimento», con una formula confermata dal successivo codice del 1882.

⁶ Così D'AVACK in *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, p. 25. Toni meno crudi erano utilizzati per esprimere il medesimo concetto da EINAUDI, in *Intorno al credito industriale - Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911, p. 119, laddove sosteneva che per uscire dalla crisi fosse necessario «lasciar fallire coloro che non sono in grado di vivere. Le crisi industriali si sono sempre vinte in questa maniera: ed ancora non se ne è inventata un'altra». Emergeva quel meccanismo definito «visione darwiniana dell'economia» da JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 513. Del resto il codice di commercio del 1882 considerava il fallimento «come un fenomeno morboso che si deve prevenire con gravi sanzioni» e non come «una necessità fisiologica del commercio di cui il fallito non è che una vittima» (così VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, Milano, 1906, p. 453). Tale concezione fu supportata fino ad anni a noi più vicini in special modo dalla dottrina anglosassone come ARGENTI, *Corporate Collapse: The Causes and Symptoms*, Londra, 1976, p. 170.

⁷ Le c.d. procedure concorsuali minori hanno riscontrato un modesto successo in ragione dei rigidi criteri di ammissione, non sortendo inoltre l'effetto deflattivo sperato rispetto alle lentezze della procedura fallimentare; ciò sia riguardo al concordato

garanzia del soddisfacimento delle pretese creditorie tramite la liquidazione dell'impresa e del patrimonio del debitore. A questa corrispondeva però, indirettamente, la soddisfazione dell'interesse dello Stato alla tranquillità dei traffici e del mercato, affinché le risorse aggregate nell'impresa fallita potessero essere utilizzate in impieghi più produttivi⁸.

Il perseguimento dello scopo di tutela del ceto creditorio⁹ attraverso la liquidazione ha limitato anche l'applicazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento: unico istituto contemplato dalla disciplina fallimentare che avrebbe potuto realizzare l'interesse alla conservazione degli organismi produttivi e dei posti di lavoro, subordinandolo comunque alla salvaguardia dell'interesse dei creditori che si concretizza tramite la cessione a terzi dell'azienda. Non si consentiva a soggetti terzi di intrattenere rapporti con l'impresa in

preventivo con cessione dei beni, il quale raramente assicurava il pagamento del quaranta per cento dei crediti chirografari, sia con riferimento all'amministrazione controllata, che non disciplinava in alcun modo l'eventualità del risanamento dell'impresa, ed alla quale molto spesso seguiva il fallimento, essendo l'iniziativa posta nelle concitate mani del debitore. In proposito si veda QUATRARO, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Milano, 1982, p. 557; MAFFEI ALBERTI, *Amministrazione controllata: una procedura da abolire*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 961; CAVAZZUTI, *L'amministrazione controllata da procedura più lunga a procedura «più larga»*, *ibidem*, 1982, II, p. 613; BONSIGNORI, *Il fallimento*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, IX, Padova, 1986, p. 3.

⁸ Sugli interessi pubblicistici e privatistici ai quali mirava la disciplina del fallimento si richiama R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1962, p. 12; FERRARA - BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 46; A. MAFFEI ALBERTI, *La conservazione dell'attività di impresa nelle procedure concorsuali vigenti*, in *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, Atti del Convegno S.I.S.C.O., 10-11 marzo 1995, Milano, 1996, p. 19; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996; ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, in *Dir. fall.*, 2002, p. 666; STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, p. 301. In proposito vale ricordare la relazione alla legge fallimentare del ministro guardasigilli il quale al punto 3 dispone che «la legge fallimentare (...) vuole assicurare una più energica tutela agli interessi generali rispetto a quelli individuali dei creditori e del debitore».

⁹ In proposito, giova rammentare come ROCCO, in *Il fallimento*, Torino, 1917, ritenesse l'insolvenza «momento conclusivo di una continua condotta dolosa con cui il decotto, deliberatamente, ha voluto arrecare pregiudizio agli interessi dei suoi creditori».

crisi, preferendo distruggere di fatto la ricchezza aziendale cessandone l'attività¹⁰.

Lo scopo essenzialmente liquidatorio era, infatti, reputato quale fattore di equilibrio del mercato, che, una volta eliminata l'impresa "contaminata", poteva continuare ad essere ispirato alla regola della concorrenza¹¹.

La disciplina è stata dunque per molti lustri segnata da una procedura sanzionatoria di realizzazione della responsabilità patrimoniale, espressione di una visione di Stato "giudice-amministratore", che mirava a soddisfare le pretese creditorie all'interno, tuttavia, di un quadro d'interesse macroeconomico diretto a una nuova riallocazione del capitale¹².

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

¹⁰ Sul punto si veda RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, p. 124; CAVALAGLIO, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 234; JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., p. 498. In merito si rinvia inoltre alle osservazioni di BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, in *Dir. fall.*, 1996, p. 697.

¹¹ Sottolinea tale aspetto DE SENSI, *L'etica del fallimento*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 167.

¹² Sul punto VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit, p. 234, affermava che «l'istituto del fallimento non appartiene alle leggi sostanziali perché non si propone di determinare quali sono i diritti, ma appartiene piuttosto alle leggi processuali, perché ha essenzialmente lo scopo di far conoscere diritti già esistenti all'apertura del fallimento». In proposito si veda PACCHI PESUCCI, *La posizione dei creditori nella legge di riforma italiana*, in RAGUSA MAGGIORE - TORTORICI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002, p. 430; BONGIORNO, *Il tramonto del carattere sanzionatorio del fallimento nella riforma del sistema normativo concorsuale: dall'infamia alla premiazione dell'imprenditore dissestato*, ivi, p. 210; LOMBARDI COMITE, *L'interesse pubblico nella impresa privatizzata in crisi*, ivi, p. 588.

finanza e dell'impresa, la quale non viene neppure definita come concetto in sé.

L'interesse alla tutela dei creditori, da un lato, e l'interesse pubblico ad evitare la perdita di posti di lavoro, dall'altro, sono stati spesso ritenuti antitetici, tanto che certa dottrina si è spinta a sostenere che le procedure concorsuali dovrebbero essere dirette a soddisfare interessi contrastanti con quelli dei creditori¹³.

Tuttavia, è opportuno evidenziare come tra i suddetti interessi non sia inevitabile un rapporto disocratico, potendo verificarsi l'ipotesi in cui l'impresa sia dotata di valore di avviamento senza necessità di una ristrutturazione industriale. Di conseguenza, tramite la continuazione dell'attività di impresa si soddisfa l'esigenza del ceto creditorio alla monetizzazione del suo valore di avviamento, mantenendo al contempo i posti di lavoro dei dipendenti¹⁴. Pertanto, è stato affiancato alla liquidazione, fino ad allora scopo unico della disciplina fallimentare, l'obiettivo della conservazione e del ricollocamento nel mercato del complesso produttivo per mezzo della definizione delle pretese dei creditori, nell'auspicio che ciò possa avere effetti positivi a livello economico.

Giova comunque ricordare come il legislatore italiano anche nella vigenza dei codici ottocenteschi non si fosse rivelato sordo alla possibilità di una "via di fuga" dal fallimento. Infatti, oltre a prevedere timidi esempi di soluzioni negoziali quali la moratoria (che si approfondirà nei successivi paragrafi), aveva mostrato interesse per l'esdebitazione, tramite il pagamento in percentuale dei crediti dell'imprenditore non più *in bonis* ma in una situazione di dissesto temporaneo, con l'introduzione dell'istituto del concordato preventivo, attuato con le leggi n. 197 del 1903, n. 473 del 1925, n. 995 del

¹³ Cfr. in merito D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 66; ID., *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 412.

¹⁴ Sul punto si veda STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 69. Infatti la conservazione degli *assets* e del plusvalore dei complessi aziendali rispetto ai singoli beni, che viceversa in caso di liquidazione atomistica del patrimonio sarebbero dispersi, non può che perseguire l'interesse dei creditori.

1930¹⁵. In tal modo si perseguiva l'obiettivo di soddisfare l'esigenza di garantire i creditori e di escludere il fallimento, permettendo al debitore meritevole di continuare la propria attività sgravata da parte del passivo e di evitare quindi, come osservava Bonelli «la vergogna e la diminuzione che porta con sé il fallimento»¹⁶.

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

In occasione della crisi della cultura liberale classica si incrementa l'interesse alla conservazione dell'impresa. Nondimeno, la successiva legge fallimentare di cui al r.d. n. 267 del 1942, recependo le indicazioni della prassi, introduce quindi la *cessio bonorum*, senza far riferimento all'esigenza di tutelare la continuazione dell'impresa, considerata al massimo mero strumento, privilegiando invece l'interesse dei creditori come fine primario della procedura¹⁷.

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

Si riscontra, infatti, che in alcuni casi, come qualora i debiti dell'imprenditore siano maggiori del valore dell'impresa produttrice di ricchezza¹⁸, i creditori - che nel corso della crisi subiscono una sorta di

¹⁵ Si veda in merito BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932, p. 2 e le riflessioni di CARNELUTTI, in *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 676.

¹⁶ Così BONELLI, in *Del fallimento*, in ANDRIOLI (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, III, Milano, 1939, p. 437. Basti pensare al termine utilizzato per la caratterizzazione della procedura, ovvero la parola "fallimento" dalle caratteristiche oggettivamente e soggettivamente negativi, mentre nell'ordinamento statunitense è stato adottato il vocabolo "*bankruptcy*" che deriva da "bancarotta", termine che nell'antico Medioevo identificava il mercante insolvente cui veniva appunto rotto il banco che utilizzava per la propria attività commerciale.

¹⁷ Cfr. in proposito Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Il Fall.*, 1991, p. 1248, con nota di PANZANI.

¹⁸ In questa fattispecie, nella quale il valore dell'impresa mantenuta in esercizio è superiore al suo valore di liquidazione dato dalla somma dei suoi componenti, si suole dire che l'impresa è munita di un valore di *going concern*.

patto leonino in quanto sono di fatto fornitori del capitale di rischio senza percepire gli utili né avere il controllo dell'impresa - sarebbero maggiormente tutelati nell'ipotesi di prosecuzione dell'attività di impresa. In questo modo possono infatti ottenere almeno parte del pagamento del loro credito grazie alla valorizzazione del patrimonio del debitore¹⁹.

Giova peraltro ricordare che nel panorama italiano sono per lo più le banche a costituire spesso la parte più consistente del ceto creditorio creando quello che viene spesso definito come “multibancarizzazione delle vie di crescita”, stante il loro intervento nello stesso credito commerciale per mezzo degli strumenti di anticipazione su fatture e la marginale emissione di strumenti finanziari di debito. A ciò deve aggiungersi la diffusa e costante sottocapitalizzazione delle imprese con molto credito a breve termine, utilizzato per la gestione ordinaria, e poco credito a medio e lungo termine, finalizzato al finanziamento degli investimenti ed alle strategie di crescita²⁰.

¹⁹ In merito STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 25, parla di creditori come “soci senza diritti”; si veda inoltre ID., *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1075; LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 332. Quest'ultimo autore osserva in particolare che «quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, fermo restando che sembra ragionevole concedere a chi abbia investito a rischio un'opzione privilegiata nel rinnovare l'investimento, se ciò non avviene e il capitale di rischio risulti azzerato e non rinnovato, la legittimazione alla gestione dell'impresa, ormai qualificata come in crisi perché incapace di produrre reddito per soddisfare nella naturale sequenza economica i debiti assunti, scende di uno scalino: passa cioè dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito, senza traumi particolari. Lo spossamento del debitore insolvente si traduce *tout court* nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata nella gestione dell'impresa rispetto all'investimento di rischio finché l'impresa sia *in bonis*, privilegiata rispetto a ogni altro quando l'impresa sia caduta in crisi». Per un'approfondita indagine economica si veda BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, in CAPRIO (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Studi e ricerche del Mediocredito Lombardo, 1997, n. 17, p. 79.

²⁰ Cfr. GOBBI, *Tendenze evolutive del rapporto banca-impresa in Italia*, in MONFERRÀ (a cura di), *Il rapporto banca-impresa in Italia*, Roma - Milano, 2007, e CERRINA FERONI - MORBIDELLI, *Banca e impresa. Nuovi scenari, nuove prospettive*, Torino, 2008.

Tali considerazioni, unite alla ben più forte esigenza pubblica di garantire la conservazione di livelli occupazionali²¹, hanno contribuito al passaggio da una visione meramente patrimonialistica ad una prospettiva funzionalistica e sociale dell'impresa, compiuta dalla c.d. legislazione di salvataggio iniziata negli anni settanta.

Il primo mutamento di prospettiva nella disciplina fallimentare è tuttavia riscontrabile già nella carta costituzionale laddove nell'art. 41, comma 2, ma anche negli artt. 35 e 36 è rintracciabile un'indicazione a favore della salvaguardia dei complessi produttivi²²: agli obblighi

²¹ Sul punto cfr. ALLEVA, *Fallimento e tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 221; CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, p. 624; FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, p. 8. Si ricorda che l'insolvenza del datore di lavoro non influisce sulla salvaguardia dei diritti dei lavoratori nel senso che la tutela dei loro interessi è equivalente a quella in caso di cessione dell'azienda fatta da un imprenditore *in bonis*: quindi perdurano i diritti acquisiti (art. 2112 c.c. e art. 47 della legge n. 428 del 1990 come modificato dal d.lgs. n. 18 del 2001); è previsto inoltre un fondo di garanzia per le retribuzioni non corrisposte dal datore di lavoro (d.lgs. n. 80 del 1992); è infine stabilito che il fallimento del datore di lavoro non può integrare una giusta causa di licenziamento (art. 2119 c.c.) ma comportare la cessazione del rapporto solo nei limiti del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. In ipotesi invece di liquidazione dell'attivo nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese si considera esplicitamente in maniera poziora la conservazione dei complessi aziendali in attività e dunque il mantenimento dei livelli occupazionali (art. 63 d.lgs. n. 270 del 1999).

²² Sul tema cfr. ANDRIOLI, *Incidenza della Costituzione nella materia fallimentare*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 1960, p. 399; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, bor. e tit. cred.*, 1997, p. 1; Atti del Convegno di Vicenza del giugno 1989 su *La Corte Costituzionale e le procedure concorsuali tra legislatore inerte e giudice solerte*, in *Il Fall.*, 1990, p. 113; ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 2. Si ricorda in particolare in merito all'art. 41 Cost. la lettura "sociale" e "dirigista" dell'iniziativa economica privata, che considerava il comma 2 dell'art. 41 Cost. come norma di coordinamento fra i principi costituzionali, e che riteneva quindi l'utilità sociale come elemento interno all'essenza della libertà di iniziativa privata (cfr. le analisi di PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte Costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, p. 489; e BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 156). A tale idea di "funzionalizzazione sociale" ha fatto seguito la concezione che distingueva il profilo dell'iniziativa, espresso dal primo comma, da quello del suo svolgimento, individuando dunque nell'utilità sociale un principio-valvola di adattamento dell'ordinamento al mutare degli atti sociali; in questo caso tuttavia l'utilità sociale è considerata come limite "esterno", nell'ambito del quale l'individuo possa esercitare la propria autonomia (cfr. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova,

disposti dall'art. 2088 c.c. a carico dell'imprenditore di uniformarsi ai principi dell'ordinamento corporativo si sostituisce la riserva legislativa di imporre programmi per indirizzare a fini sociali l'iniziativa economica. Risulta quindi possibile inquadrare la crisi come elemento fisiologico della vita dell'impresa tutelata costituzionalmente dall'art. 41, che giustifica dunque un intervento pubblico nella sfera di libertà economica solo in presenza di una previsione di legge²³.

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

Si fa riferimento specialmente alle normative quali la legge n. 184 del 1971 che istituiva la finanziaria pubblica GEPI (Società per le Gestioni e Partecipazioni Industriali) con il compito di entrare temporaneamente nel capitale di aziende private in crisi e di agevolarne la ristrutturazione; la legge n. 675 del 1977 sulla riconversione e ristrutturazione industriale²⁴; la legge n. 391 del 1978, che ha modificato l'art. 187 l. fall. sull'amministrazione controllata; e la n. 95 del 1979 c.d. "legge Prodi" relativa alla regolamentazione della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, oggetto di ben due condanne all'Italia da parte della Corte di Giustizia²⁵, che ha qualificato la procedura come aiuto di Stato illegittimo²⁶.

1983, 117; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, p. 380).

²³ Si veda in merito GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 15.

²⁴ Per la critica a tale normativa, che tenta di superare lo scopo essenzialmente liquidatorio della procedura tutelando il fattore lavoro, si veda su tutti COLESANTI, *Gli interventi amministrativi nella crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 411; JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., p. 519.

²⁵ Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, n. 295-97/1999, in *Il Fall.*, 1999, p. 1183.

²⁶ Sulla legislazione degli anni settanta si veda in generale GAMBINO, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1982, p. 713; TARZIA, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, I, 1982, p. 727; GALIOTO - PALUCHOWSKI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1991, p. 17. Si vedano inoltre gli atti del convegno tenuto a Verona il 28 - 29 ottobre 1977 su *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, i cui atti sono pubblicati in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 222. Più

Si mutava così la gerarchia degli interessi, tentando di perseguire in via preferenziale il salvataggio dell'impresa, intesa questa come valore di interesse anche collettivo e pubblico²⁷.

Tuttavia, questo corpo normativo, senza effettuare una riforma radicale della disciplina concorsuale, era diretto al mantenimento in vita delle sole imprese di grandi dimensioni, spesso anche contro l'interesse dei creditori, allocando sulla collettività il costo del risanamento dell'impresa in dissesto. Tale complesso di leggi ha consentito comunque l'introduzione nel nostro ordinamento di alcuni concetti innovativi, tra cui la disciplina della crisi di "gruppo", ancora oggi non disciplinata dalle procedure fallimentari ordinarie²⁸.

In aggiunta, è opportuno ricordare anche la diffusione di fenomeni quali il credito al consumo, il *leasing* finanziario e la ricerca di nuove forme di garanzie volte ad evitare lo spossessamento del debitore, che

recentemente in scia con le suddette leggi si sono poste il d.lgs. 270 del 1999 sull'amministrazione straordinaria (c.d. legge "Prodi-bis"), volta a tutelare sia il diritto dei creditori a vedere soddisfatto il proprio credito, sia il valore rappresentato dall'impresa per la collettività, e la legge n. 39 del 2004 (c.d. legge "Marzano") sulle misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza modificato in occasione della "crisi Alitalia" con la legge n. 166 del 2008, sui quali si veda BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (Legge "Marzano")*, in *Il Fall.*, 2004, p. 363; LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1115; ID., *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza*, *ibidem*, p. 1365; FABIANI - STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1337. In ogni caso sia la legge "Prodi" che la legge "Prodi-bis", tuttavia, non sono mai state in grado nella pratica di permettere un effettivo risanamento aziendale sfociando sempre in durevoli procedimenti di liquidazione.

²⁷ In proposito alla legge "Prodi" in particolare RORDORF, *Le procedure concorsuali e la par condicio fra diritto positivo, usi alternativi e prospettive di riforma*, in *Quaderni del C.S.M.*, Frascati, 1988, p. 23, affermava che «la gerarchia degli interessi è ribaltata non già per mano della giurisprudenza, sollecitata dalle circostanze, caso per caso, ad un alternativo delle procedure concorsuali, bensì dal legislatore stesso e quindi con una valenza generale ed astratta e con riflessi sistematici sull'intera normativa concorsuale».

²⁸ Si veda in proposito, *ex multis*, LO CASCIO, *Lineamenti generali della riforma societaria e fallimentare: luci ed ombre*, *ivi*, 2009, p. 1028; e ABETE, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1111.

sottolineano maggiormente l'esigenza di conservazione delle componenti positive dell'impresa²⁹.

Il sistema economico, sempre più articolato e in rapida evoluzione, avvertiva l'esigenza di regole flessibili finalizzate non solo alla soddisfazione dei creditori, ma, soprattutto, al risanamento dell'impresa mediante il ritorno *in bonis* dell'imprenditore, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, dirette a tentare la conservazione collocando i complessi aziendali presso terzi³⁰.

A tal fine, si è reso necessario un ampio mutamento di regole sfociate nella c.d. stagione delle riforme fallimentari. Queste hanno impresso una notevole modernizzazione alle procedure concorsuali, rese ancora più urgenti da importanti scandali finanziari all'inizio degli anni duemila³¹. Gli obiettivi che il legislatore della riforma ha tentato di perseguire sono: la riduzione dei costi e dei tempi delle procedure, una più tempestiva emersione della crisi, e, appunto, l'implementamento

²⁹ Il credito al consumo originariamente regolato dalla legge n. 142 del 1992 è stato poi disciplinato dal Testo unico bancario (d.lgs. 385 del 1993). In tema cfr. ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 6 e GORGONI, *Credito al consumo e «leasing» traslativo al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1123. È noto lo sviluppo di nuove forme di garanzie come il pegno rotativo, il pegno su beni immateriali quali la *floating charge* ed il pegno su marchio di impresa, sui quali si veda tra gli altri BARILLÀ, *Pegno rotativo e discipline anomale di pegno* in CIAN - ORLANDO (a cura di), *Studium Iuris*, 2002, p. 3; GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi dell'impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Banca d'Italia, Quad. ric. Giur.*, Roma, 2000, n. 51; GABRIELLI, *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust. Problemi generali*, in *Trusts e att. fid.*, 2002, p. 518; SALOMONE, *Pegno su marchio d'impresa: nuova garanzia per il credito industriale*, in *Impresa*, 2003, p. 457.

³⁰ Secondo gli economisti, infatti, il fallimento è diretto, tra i vari obiettivi, a perseguire la c.d. efficienza intermedia, ovvero quella relativa alle imprese in crisi prima dell'avvio di procedure concorsuali nella fase di c.d. *pre-insolvency*, e richiede strumenti che favoriscano la tempestiva emersione dello stato di difficoltà, scongiurando al pari condotte eccessivamente rischiose (c.d. *over-investments*) al fine di evitare l'insolvenza. Le operazioni azzardate, infatti, comportano costi sopportati maggiormente dai creditori, oltre ad avere come effetto la riduzione dell'incentivo ad investimenti con valore atteso positivo ma poco rischiosi, giacché diminuirebbero la variabilità dei rendimenti a svantaggio degli azionisti (c.d. *under-investments*). Si veda in proposito FIMMANÒ, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, I, p. 57.

³¹ Si fa riferimento agli eclatanti casi di Volare Web, Cirio, Parmalat, su cui DEMATTÉ, *Parmalat e Cirio: l'occasione per cambiare*, in *Econ. & Man.*, n. 2, 2004, p. 3.

dell'autonomia delle parti nella gestione della crisi e la continuazione dell'attività d'impresa³².

La stagione delle riforme della disciplina concorsuale, ha risposto altresì ad un'esigenza di omogeneità con le normative vigenti negli altri paesi dell'Unione Europea, dove risulta sempre più manifesta la necessità di approntare strumenti giuridici volti al risanamento dell'impresa³³. Del resto, la stessa Commissione Europea ha delineato alcuni orientamenti in materia di salvataggi e ristrutturazioni nella Comunicazione agli Stati membri n. 288/02 del 1999 laddove, nel quadro del mercato concorrenziale, si prevedono i c.d. aiuti alla ristrutturazione al fine di consentire un recupero dell'efficienza aziendale in un ragionevole periodo di tempo.

3. Il nuovo corso: diritto della crisi d'impresa e composizione negoziale dell'insolvenza

Come detto, la costruzione di tale "secondo binario" della disciplina delle procedure concorsuali, ovvero l'affermazione della "cultura del salvataggio" accanto alla finalità liquidativa, costituisce uno dei tratti essenziali della normativa fallimentare dopo le riforme di cui al d.l. n. 35 del 2005 convertito con modificazioni dalla legge n. 80 del 2005, cui sono seguite le novelle apportate con i d.lgs. n. 5 del 2006 e n. 169 del 2007, unitamente all'ampliamento del raggio dell'autonomia privata in ambito concorsuale³⁴. Questa, declinata come autonomia

³² Da un'indagine empirica effettuata da BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, cit., p. 79, considerando un campione di imprese entrate in procedura nel periodo 1981 - 1995, era infatti emersa una durata media del fallimento tra i cinque e i sei anni, con un rimborso del solo 10% per i creditori chirografari, e del 36,5% per i creditori privilegiati, senza considerare i casi di chiusura per insufficienza dell'attivo che riguardano il 43% dei fallimenti.

³³ Oltre ai meccanismi di composizione negoziale dell'insolvenza finalizzati alla conservazione dell'impresa, gli obiettivi del legislatore comprendevano essenzialmente l'eliminazione delle conseguenze afflittive della dichiarazione di fallimento nei confronti dell'imprenditore persona fisica, la velocizzazione della procedura, e la riduzione della soglia di fallibilità.

³⁴ Tale prospettiva attraversa orizzontalmente le recenti riforme che hanno caratterizzato l'ordinamento giuridico. Paradigmatica in tal senso è la norma che, nella novella che ha interessato il diritto societario, sostituisce il divieto di compiere nuove operazioni con il più elastico dovere di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio

negoziale dei soggetti coinvolti nella composizione della crisi, costituisce il perno della nuova disciplina di gestione dell'insolvenza³⁵.

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

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

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

sociale (art. 2486 c.c.). Al pari giova richiamare l'ampiezza dei poteri dei liquidatori, ai quali può essere attribuita la facoltà di porre in essere tutti gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, compreso l'esercizio provvisorio, anche di singoli rami d'azienda, in funzione del miglior realizzo (art. 2487 c.c.).

³⁵ Come si legge nella relazione al d.l. 35 del 2005, infatti, le soluzioni fondate sull'iniziativa privata sono volte al «fine di evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie». La riduzione della latitudine della discrezionalità del giudice risponde del resto all'esigenza di realizzare un coordinamento tra la disciplina fallimentare e il principio del giusto processo previsto dal novellato art. 111 Cost., come osserva LO CASCIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in FAUCEGLIA (a cura di), *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento. La recente disciplina della revocatoria*, Napoli, 2005, p. 64; ID., *Gli organi e la tutela giurisdizionale nella prospettiva di riforma*, in *Il Fall.*, 2004, p. 981; FERRI, *Tutela giurisdizionale nei procedimenti di composizione concordata e liquidazione*, in *Il Fall.*, suppl. n. 12, 2004, p. 50.

corrisponde il simmetrico ridimensionamento dei poteri gestori del giudice³⁶.

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

Valga in proposito ricordare la matrice civilistica dell'insolvenza - collocata nella parte generale delle obbligazioni e dei contratti sebbene sia definita dalla disciplina fallimentare - intesa come prodromica alla produzione di effetti quali, ai sensi dell'art. 1186 c.c., la decadenza dal beneficio del termine³⁷.

L'insolvenza in senso civilistico, infatti, si differenzia nettamente da quella in ambito concorsuale, benché si presentano entrambe come situazioni di dissesto patrimoniale, in quanto è connessa ad un'insufficienza anche temporanea del patrimonio del debitore. Tale

³⁶ Si veda in merito DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»*, Bologna, 2008, p. 488. È opportuno comunque osservare come nel codice di commercio del 1882 si riconosceva ai creditori il potere di chiedere la sostituzione del curatore nominato dal Giudice (art. 719), e di nominare la delegazione di sorveglianza (art. 723).

³⁷ L'incertezza che presiede alla definizione di insolvenza, concetto espressamente compreso nello stato di crisi, secondo l'ultimo comma dell'art. 160 l. fall., ha fatto sì che fosse accostata da ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 371, e da ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis l. fall.*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 399 «ad una delle massime acquisizioni della fisica teorica, a quel principio di indeterminazione (elaborato da Werner Heisenberg), per cui certi elementi della materia (specie nella sfera dell'«infinitamente piccolo») non sono suscettibili di percezione oggettiva, perché la stessa presenza attiva dell'osservatore - necessaria per acquisirla - altera l'oggetto su cui si esplicano, sicché questo oggetto risulta non osservabile (e dunque non conoscibile) in sé, nella stessa misura in cui l'osservazione (finalizzata alla conoscenza) di esso lo rende altro da sé». Peraltro la difficoltà di individuare una definizione unitaria di insolvenza era già presente all'inizio del secolo scorso laddove DE VINCENTIIS, voce *Insolvenza colpevole*, in *Dig. it.*, XIII, Torino, 1902-1906, p. 1202, osservava che «insolvenza è campo così vasto di ricerche che pervade e penetra quasi tutta la teorica delle obbligazioni, poiché essa, anche nei rapporti fra creditore e debitore, non dà luogo, nella nostra legge civile, a un istituto speciale, che ne stabilisca la nozione, ne fissi i criteri per determinarla, ne organizzi una valida difesa per premunirsene, ma è la risultante di disposizioni sparse nel codice civile, che ne fa menzione disciplinando solo taluni effetti senza nemmeno una disposizione che accenni al suo contenuto intrinseco».

insufficienza comporta, nel contesto del singolo rapporto obbligatorio, il mancato affidamento da parte del creditore sulla garanzia patrimoniale, e, dunque, l'attivazione di una serie di diritti potestativi di autotutela. Risulta quindi un concetto vicino all'idea di crisi in quanto comprende l'indebitamento anche ipoteticamente fisiologico dell'impresa.

Nell'ottica più propriamente commerciale, invece, l'insolvenza si ravvisa qualora vi sia, in forza di un giudizio *ex ante* e dunque con riferimento alla capacità dell'imprenditore di accedere al credito, l'impossibilità sostanzialmente irreversibile del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, incidendo sulla tutela creditoria nell'ambito della gestione di una pluralità di interessi in concorso³⁸. Infatti, la definizione offerta dall'art. 5 l. fall. riguarda solo il quadro economico interno all'impresa, ovvero lo sbilancio tra flussi finanziari che comporta il *deficit* di cassa, percepibile in via sintomatica solo da operatori professionali: può dunque sussistere anche qualora il valore del patrimonio dell'imprenditore sia maggiore dell'ammontare dei debiti, se i beni parte dell'attivo non sono facilmente liquidabili o i crediti non possono essere riscossi in tempo utile.

Di conseguenza, si assiste sempre più ad una "soggettivizzazione" dell'insolvenza, in quanto suo arbitro sarà l'operatore bancario o un altro potenziale finanziatore che, decidendo di mantenere o revocare le linee di credito, determina la manifestazione esteriore dell'insolvenza, ovvero quello stato che assume il crisma della giuridicità in quanto idoneo a coinvolgere i terzi che entrano in relazione con l'imprenditore (*claimholders*). L'ordinamento, infatti, si limita a disciplinare le manifestazioni esterne della crisi capaci di influire sulla situazione

³⁸ In merito alla differenza tra insolvenza civile e insolvenza concorsuale si veda TERRANOVA, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, Torino, 2007; BOCCHIOLA, *La nozione di «insolvenza» nell'art. 1186 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 205; e, in particolare, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, CICU - MESSINEO - MENGONI (diretto da), in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, p. 127, il quale osserva che «entrambe si presentano come situazioni di dissesto patrimoniale; tuttavia, ai fini del fallimento, tale dissesto non è di necessità rappresentato da una effettiva eccedenza delle passività rispetto alle attività, assumendo, invece, decisiva importanza, in ogni caso, l'essere costretto il debitore a ricorrere a mezzi anormali per fronteggiare i propri impegni. Ciò può forse riassumersi dicendo che quel che conta può anche essere non l'eccedenza, bensì la prevalenza, delle passività, la quale, in definitiva, può dimostrare l'intrinseca debolezza dell'impresa e, conseguentemente, l'opportunità di una liquidazione delle attività nell'interesse di tutti i creditori».

patrimoniale dei terzi creditori, ovvero l'effetto esternalizzato della condizione di difficoltà finanziaria in cui versa l'imprenditore, a prescindere dallo squilibrio economico-patrimoniale³⁹.

L'obiettivo della disciplina è dunque quello di bilanciare gli interessi contrapposti dell'imprenditore in difficoltà con quelli dei creditori, fornendo gli strumenti giuridici finalizzati a rimuovere non tanto la crisi, *strictu sensu* intesa, quanto i suoi effetti sul piano finanziario⁴⁰. Tale concezione relazionale e influenzata da comportamenti soggettivi segna dunque il superamento del c.d. dogma dell'insolvenza, stabilendo la possibilità che quest'ultima sia rimessa al governo dell'autonomia privata⁴¹.

Si afferma quindi un nuovo concetto a metà strada tra insolvenza civile e commerciale, che vale a unificare il sistema nell'intersezione tra la disciplina dell'atto e dell'attività: la nozione di crisi, mancante di tradizione giuridica e pertanto meno impegnativo, che sposta l'obiettivo dal soggetto all'attività, in quanto predicato di quest'ultima (a differenza del termine "insolvenza" che è invece predicato del soggetto)⁴².

³⁹ Giova in proposito differenziare gli effetti finanziari dagli effetti economici della crisi, relativi ad un piano endoaziendale e non direttamente pregiudizievoli per i terzi contraenti. Tali effetti sono rappresentati dallo squilibrio economico che emerge all'esterno mediante il bilancio d'esercizio in cui una prevalenza dei costi sui ricavi non è sintomatica dell'effetto economico di una crisi. Ma può tradursi in erosioni del capitale sociale minimo legale o in una riduzione della garanzia patrimoniale, generando dunque un danno ai creditori.

⁴⁰ A differenza degli accordi di ristrutturazione dei debiti, del piano di risanamento e del concordato preventivo, i piani industriali di ristrutturazione economica e finanziaria previsti dal d.lgs. 27 del 1999 e dalla legge 39 del 2004 a favore delle grandi imprese in stato di insolvenza che manifestano concrete prospettive di recupero, costituiscono uno strumento finanziario funzionale a rimuovere le cause della crisi, in ragione di superiori esigenze di carattere sociale e di politica economica nazionale.

⁴¹ Si vedano in proposito le riflessioni di ROVELLI, *L'amministrazione delle grandi imprese insolventi*, in PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, VI, § 4.2, Torino, 2002, p. 26; ID., *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1030; ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 371.

⁴² E ovviamente più vago, come stigmatizzando il concetto, ha osservato PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca, bor. e tit. cred.*, 2007, I, p. 369.

Il concetto di “crisi” infatti, assumendo la conformazione di un criterio giuridico “aperto” benché di derivazione economico-aziendale, consente di cogliere dinamicamente la tendenza della situazione economica dell’impresa, e costituisce il presupposto anche logico per l’attivazione degli strumenti di composizione negoziale delle situazioni di grave difficoltà finanziaria, in quanto permette di anticipare il tentativo di salvataggio ben prima di raggiungere uno stato di irreversibilità⁴⁵.

Del resto, lo stesso significato etimologico del termine crisi (dal greco κρίσις) rimanda ad una scelta, ovvero, nella fattispecie, all’esigenza di adottare la decisione gestionale nel senso della continuazione dell’attività economica, predisponendo un’operazione di risanamento, o della sua cessazione⁴⁴.

Giova considerare come con la recente legge n. 3 del 2012 in tema di sovraindebitamento del debitore non fallibile⁴⁵ si è introdotto un ulteriore presupposto, diverso dallo stato di crisi e dall’insolvenza, ovvero appunto il sovraindebitamento, intendendo con tale espressione «una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte», e «la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni»⁴⁶.

Il legislatore con tale definizione pare aver combinato elementi chiaramente propri dell’insolvenza in senso commerciale, con il riferimento al patrimonio liquidabile, e dell’insolvenza civilistica, ove

⁴⁵ Sulla definizione di stato di crisi quale presupposto oggettivo del concordato preventivo si veda TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 569; SCHIANO DI PEPE, *Insolvenza e gestione del credito bancario*, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 699; DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 193.

⁴⁴ Come afferma AUGUSTINE, *Come trasformare la crisi in un successo*, in *Harvard bus. rev.*, 1996, 5, p. 20, ogni situazione di crisi «ha, in sé, i germi del successo e le radici del fallimento. Trovare, coltivare e raccogliere quel successo potenziale è l’essenza della gestione della crisi. E viceversa l’essenza della cattiva gestione della crisi è la propensione a prendere in mano una situazione negativa e farla peggiorare».

⁴⁵ Si tratta di un accordo che consente alle piccole imprese e in generale a tutti i soggetti non sottoponibili alle procedure concorsuali di evitare l’esecuzione forzata favorendo tuttavia i creditori in quanto permette loro di non dover anticipare gli oneri della procedura e di ridurre i tempi dell’eventuale esecuzione. Per una disamina della normativa si veda MACARIO, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell’accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contratti*, 2012, p. 229.

⁴⁶ In tal senso, con una tecnica di *drafting* di chiara matrice comunitaria, l’art. 6 della legge n. 3 del 2012 che esplicita le finalità e le definizioni della normativa.

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

Il debitore quindi deve versare in uno stato di impotenza attuale, funzionale e non transitoria, che non gli consente di poter soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, facendo ricorso al livello del reddito corrente, alle integrazioni eventualmente possibili e/o alla ragionevole liquidazione del patrimonio disponibile⁴⁷.

Il sistema complessivo che risulta in generale dall'ordinamento dunque, sebbene le riforme alla disciplina concorsuale siano state attuate con novelle ed una parziale abrogazione (la delega, pur ampia, non consentiva una completa soppressione della vigente legge fallimentare), innova radicalmente le finalità dei procedimenti concorsuali per la tutela del credito. Si tenta, infatti, di appagare l'esigenza di apportare soluzioni efficienti, idonee al rapido superamento del dissesto dell'impresa nell'interesse dei creditori, con la possibilità di conservare gli organismi risanabili, in un quadro di economia di mercato⁴⁸.

La continuazione dell'attività d'impresa può consentire di mantenere sul mercato il debitore, di conservare il complesso aziendale salvaguardando il suo avviamento, oltre che permettere il pagamento di una maggiore quota di debito con gli utili originati dall'ordinario

⁴⁷ Si veda in merito l'analisi di FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/212), in *www.ilcaso.it*, 2012.

⁴⁸ Gli strumenti che l'imprenditore può utilizzare per superare lo stato di crisi possono essere suddivisi in mezzi interni ed esterni all'impresa. I primi sono i piani redatti dall'imprenditore in decozione che predispone unilateralmente scelte strategiche, ritenute da lui più opportune, finalizzate a modificare la realtà aziendale; mentre i secondi sono appunto rappresentati dagli accordi conclusi tra l'imprenditore e i creditori. Per tale distinzione si veda B. PAGAMICI, *Gli accordi per la ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall. & crisi d'impr.*, 2007, p. 85.

esercizio, senza che la notizia dell'apertura di procedure concorsuali possa provocare la fine della rete di rapporti che "a monte" e "a valle" reggono l'azienda produttiva⁴⁹.

Nella normativa fallimentare novellata, oltre a ridurre l'ambito dell'azione revocatoria aumentandone i casi di esenzione⁵⁰ e introdurre l'affitto di azienda⁵¹, sono state introdotte varie modalità attraverso le quali, con l'espansione dell'autonomia privata in varie gradazioni, si consente di addivenire alla conservazione dell'impresa per mezzo della c.d. ristrutturazione dei debiti, a seconda della gravità della crisi: l'accordo "procedimentalizzato" con creditori a contenuto libero,

⁴⁹ Si vedano in merito COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, I, 1, Milano, 1999, p. 195; OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, p. 825; ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 603. È opportuno rammentare LIBONATI in *Gli indirizzi della Commissione ministeriale di riforma delle procedure concorsuali*, in *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca d'Italia, Quad. ric. Giur.*, Roma, 1997, n. 44, p. 22, ove si osserva che «la normativa concorsuale deve consistere in una disciplina di governo della crisi diretta a realizzare quella che può definirsi una riallocazione della ricchezza da un'attività in perdita ad un impiego produttivo; ciò – ovviamente – soprattutto quando l'originaria destinazione impressa alle risorse risulti incontrovertibilmente compromessa e, dunque, priva dei margini necessari per la propria normalizzazione e per il proprio risanamento». Dello stesso avviso STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, cit., p. 1075, laddove ribadisce che «l'impresa che non riesce a restare sul mercato deve infatti cessare, ma solo dopo che si sia valutata l'impossibilità di salvare, se necessario mediante ristrutturazioni anche profonde, il patrimonio di conoscenze e di relazioni che in essa si è accumulato. Qualora tali ristrutturazioni avvengano secondo corrette regole di mercato, e dunque con attori che paghino per le conseguenze delle loro errate valutazioni, l'impresa non merita l'espulsione».

⁵⁰ Rispetto alla disposizione precedente alla riforma si rileva un notevole depotenziamento dello strumento revocatorio se si osserva anche la riduzione ad un anno del periodo in cui "aleggia il sospetto", realizzata nell'intento di garantire un più rapido consolidamento degli atti posti in essere nell'esercizio dell'impresa. Cfr. tra gli altri FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Il Fall.*, 2005, p. 581; BONFATTI - CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006; TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006.

⁵¹ In tal caso tuttavia l'affitto è vincolato funzionalmente al fine della vendita dell'azienda e dunque improntata alla liquidazione benché a scopo riallocativo. Si veda in proposito FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., p. 57; MARTORANO, *La circolazione «di ritorno» dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 1.

previsto dal nuovo concordato preventivo⁵², gli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis, il piano attestato di risanamento dell'impresa di cui all'art. 67, comma 3, lett. d)⁵³.

Si ricava, dunque, una disciplina per la composizione negoziale della crisi d'impresa o meglio un sottosistema che offre un ventaglio di strumenti in cui, in una sorta di "scala di grigi", si osserva un graduale ridursi della componente procedurale e del ruolo dell'Autorità giudiziaria cui corrisponde un ampliamento della latitudine riservata all'autonomia privata⁵⁴. È ovvio come, benché la tendenza evidenziata dalle recenti riforme sia quella di un ampliamento delle soluzioni negoziali alla crisi, più che una contrapposizione, si riscontri una complementarità tra i vari strumenti offerti dall'ordinamento, in ragione della concreta situazione in cui versa l'impresa determinata⁵⁵.

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

⁵² Tra i numerosi contributi in tema valga richiamare LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 270; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008; DE CICCO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo*. Appunti sulla par condicio creditorum, Napoli, 2007; AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Il Fall.*, 2007, p. 1267.

⁵³ Sui piani attestati di risanamento dell'esposizione debitoria e di riequilibrio della situazione finanziaria si veda S. BONFATTI, *Le fattispecie di «esenzione» dalla azione revocatoria fallimentare*, in FAUCEGLIA - PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, XV, p. 652; ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 2007, p. 617; M. FERRO, *Piano attestato di risanamento*, in *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, p. 545.

⁵⁴ Per un approfondimento in merito si rinvia alle riflessioni di COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in DI MARZIO - MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 209; MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, ivi, p. 19; VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, ivi, p. 233; DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, in VIETTI - MAROTTA - DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, Torino, 2007, p. 17.

⁵⁵ Si vedano in proposito le riflessioni di PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, p. 561.

dell'insolvenza⁵⁶. Vi è dunque un incontro virtuoso tra la disciplina del diritto civile, la quale presenta un articolato di tutele concepite per essere esperite nel contesto atomistico del rapporto obbligatorio, e le esigenze dell'attività economica d'impresa che immancabilmente si declina in un ambito pluralistico di interessi, valorizzando l'incrocio tra il sistema normativo dell'atto e dell'attività. Si origina, quindi, una nozione di "contratto sulla crisi d'impresa" che comprende tutti gli accordi stipulati fra l'impresa e i suoi creditori⁵⁷.

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

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

La scarna disciplina dell'istituto *de quo*, contenuta unicamente nell'art. 182-*bis* e 182-*quater*, esalta l'autonomia delle parti e giustifica

⁵⁶ In merito infatti DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, cit., p. 18, individua quale finalità della riforma fallimentare quella di «incentivare il contratto sulla crisi d'impresa, premiando i suoi protagonisti; e dunque di favorire la composizione negoziale della crisi, nel mercato e secondo le regole del contratto».

⁵⁷ Esplicitamente sul contratto sulla crisi d'impresa si veda VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, cit., p. 233.

gli sforzi interpretativi del formante dottrinale, allo scopo precipuo di individuare il regime giuridico applicabile sia all'accordo inteso come atto, sia al rapporto da esso derivante.

Infatti, il legislatore si è limitato a regolamentare la fase per giungere alla omologazione giudiziale dell'accordo di ristrutturazione, che produce l'effetto dell'esenzione dall'azione revocatoria, tralasciando la fase di esecuzione dell'accordo in riferimento alla quale risulta prevalentemente richiamata la disciplina generale del contratto.

Del resto, un criterio interpretativo logico consente di giustificare la *mens legis*, corroborando l'esegesi privatistica dell'istituto, individuato come il risultato di una precisa scelta di politica del diritto che adotta un'asciutta tipizzazione di uno strumento invalso nella prassi. Il legislatore, infatti, ha rifiutato di disciplinare gli istituti di allerta e prevenzione adottati nell'ordinamento francese, oltre alla procedura concordata della crisi, disattendendo le indicazioni dello schema di d.d.l. elaborato dalla Commissione Trevisanato in composizione ristretta⁵⁸.

4. L'autonomia privata nel governo dell'insolvenza al tempo del codice di commercio

Si rivela utile un esame "archeologico", "scavando" nella normativa anteriore, in quanto spazi di autonomia contrattuale al fine di evitare il fallimento erano già riconosciuti nei codici ottocenteschi, dove il presupposto oggettivo non era ancora lo stato d'insolvenza, introdotto nel 1942, ma l'inadempimento.

Nell'antico codice di commercio del 1865 era stato reso obbligatorio il tentativo di concordato, lasciando «all'iniziativa individuale, di chi può avervi interesse, il provocare la convocazione per trattare del concordato, quando siavi probabilità di successo» (art. 615). L'obbligatorietà dell'esperimento concordatario, comportando spesso solo inutili ritardi, veniva meno con il codice del 1882 dove la procedura giudiziale era prevista come inevitabile. Infatti, benché si promuovesse comunque l'esperimento di concordati stragiudiziali in

⁵⁸ Si tratta del documento elaborato dal gruppo ristretto della "Commissione Trevisanato", istituito con d.m. 27 febbraio 2004, e presentato agli uffici legislativi dei Ministeri della Giustizia e dell'Economia nel 2004.

ogni stadio della procedura, su iniziativa del curatore, dei creditori o del fallito, si affermava come «la speranza di ottenerlo non deve mai essere di ostacolo al corso regolare della procedura giudiziale di fallimento»⁵⁹. Tali accordi erano dunque diffusi pur costituendo una «arruffatissima matassa»⁶⁰ per l'interprete che, nel silenzio del legislatore, era chiamato a confrontarsi con tali forme spontanee di regolazione.

L'abrogazione del tentativo obbligatorio di concordato, considerato d'intralcio alla celerità della procedura, veniva bilanciata con l'introduzione all'art. 825 del nuovo istituto dell'accordo amichevole, poi abrogato dalla legge n. 197 del 1903. Si trattava di una figura prevista nell'ambito della disciplina della moratoria di cui all'art. 819 e ss., prevista per crisi d'impresa ritenute reversibili⁶¹. Infatti, si considerava il dissesto come uno squilibrio temporaneo fra attività liquide e passività scadute.

La moratoria rappresentava una figura molto simile agli attuali accordi di ristrutturazione dei debiti in quanto si trattava sostanzialmente di un accordo stragiudiziale finalizzato a superare il dissesto.

Qualora il fallito fosse stato in grado di dimostrare con valide prove che la cessazione dei pagamenti fosse stata dovuta ad avvenimenti straordinari ed imprevedibili o scusabili, ed inoltre che l'attivo del suo patrimonio superasse il passivo, l'Autorità giudiziaria, dopo un'indagine di fatto, concedeva al debitore in accordo con i propri creditori una dilazione del fallimento o la sospensione dell'esecuzione della sentenza di fallimento per un periodo massimo di sei mesi⁶². Tuttavia, il debitore era obbligato a soddisfare l'intero proprio ceto creditorio, infatti dopo la convocazione dei creditori, una volta ritenuta ammissibile la domanda di moratoria, il Tribunale accordava al

⁵⁹ Così VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1900-1908, n. 8080, p. 596.

⁶⁰ In tal senso ancora VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1898, p. 5.

⁶¹ In generale sulla moratoria si vedano BOLAFFIO, *Alcune questioni sull'istituto della moratoria*, in *Mon. trib.*, 1886, p. 945; MARTINI, *Della moratoria*, Roma, 1890; TORLAI, *I concordati, le moratorie e i piccoli fallimenti*, Torino, 1927; BUTERA, *Moratoria, concordato preventivo, procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938.

⁶² Occorreva inoltre, ai sensi dell'art. 819, presentare i libri di commercio regolarmente tenuti, il bilancio e l'elenco dei creditori con l'indicazione dei relativi crediti, e inoltre assicurarsi il favore della maggioranza dei creditori.

debitore, considerando il voto espresso dalla maggioranza dei creditori, un termine non superiore a sei mesi al fine di procedere al pagamento di tutti i debiti scaduti⁶³.

Si riconosceva, quindi, all'accordo, previa omologazione da parte del Tribunale, la stessa efficacia del concordato preventivo quanto alla chiusura del fallimento, nel caso in cui il debitore avesse ottenuto il consenso dei creditori pari ad almeno i tre quarti del passivo e l'assunzione dell'obbligo da parte dei creditori aderenti di risolvere insieme con il debitore le conseguenze di ogni lite con i dissenzienti, provvedendo se necessario anche all'intero pagamento dei loro crediti⁶⁴. Inoltre, l'art. 824 prevedeva, dopo l'ottenimento della moratoria, il divieto di intraprendere nei confronti del debitore ogni azione esecutiva da parte dei creditori, senza tuttavia che si assegnasse a tale proibizione un'efficacia retroattiva.

Tuttavia, nel codice di commercio del 1882 era presente un istituto che rappresentava una sicura innovazione, essendo ignoto alla tradizione transalpina della quale il nostro legislatore rimaneva debitore⁶⁵. Era infatti contemplata una forma stragiudiziale di concordato detta "amichevole" o "individuale", in quanto stipulato con ciascuno dei creditori intervenuti nel fallimento. La regolamentazione di tale convenzione era interamente lasciata alla libera autonomia privata, in ossequio alle regole generali sui contratti e sulle obbligazioni, potendo essere concluso anche solo con alcuni creditori, qualora fosse stato stipulato prima della declaratoria di fallimento.

⁶³ Come prescritto dall'art. 822, successivamente il giudice nominava una commissione di creditori incaricata di vigilare sull'amministrazione e sulla fase liquidativa del patrimonio. Durante la moratoria, al debitore era anche data la facoltà di liquidare volontariamente l'attivo, d'accordo con la commissione dei creditori, ed estinguere così il passivo, eventualmente beneficiando di una nuova moratoria nel caso in cui avesse già pagato una parte rilevante di creditori e ottenuto il consenso dei creditori in rappresentanza di almeno la metà del passivo rimanente (artt. 823 e 828).

⁶⁴ Per un'approfondita analisi sul concordato stragiudiziale nel codice di commercio del 1882 si veda FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, p. 45; e MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra otto e novecento*, in DI MARZIO - MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 161. Sulle varie forme di concordato si veda la disamina di MONTESANO, in *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 1974, I, p. 485.

⁶⁵ Esplicitamente in tal senso BONELLI, *Del fallimento*, in ANDRIOLI (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

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

Peraltro, negli stessi anni, in Inghilterra veniva approvato il Bankruptcy Act del 1883, il quale prevedeva, prima di iniziare la procedura fallimentare davanti alla Corte, una adunanza preliminare, dove il magistrato valutava la situazione ed emanava eventuali provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio del debitore. Oltre a ciò, la disciplina inglese stabiliva, nella stessa fase preliminare, la convocazione obbligatoria di una riunione dei creditori, nella quale era possibile raggiungere una “*composition or scheme of arrangement*”⁶⁶.

Nell'ordinamento italiano emergeva già, dunque, la considerazione della giurisdizione quale fattore di possibile inefficienza: il giudice, infatti, interveniva unicamente non per dare efficacia ad un contratto privato, di per sé già perfetto ed efficace, ma per terminare la procedura di fallimento e reimmettere il fallito nella piena amministrazione del proprio patrimonio⁶⁷. Il codice di commercio,

⁶⁶ Art. 16 : “As soon as may be after the makings: of a First and other meetings of receiving order against a debtor a general meeting of his creditors (in this Act referred to as the first meeting of creditors) shall be held for the purpose of considering whether a proposal for a composition or scheme of arrangement shall be entertained, or whether it is expedient that the debtor shall be adjudged bankrupt, and generally as to the mode of dealing with the debtor's property”. Per l'intero testo si consulti il sito internet

Archive.org/stream/bankruptcyactwi00houggoog/bankruptcyactwi00houggoog_djvu.txt

⁶⁷ Il Tribunale era infatti chiamato ad accertare che tutti i creditori avessero prestato il consenso alla chiusura del fallimento e che avessero effettivamente concordato la composizione del credito. Cfr. BONELLI, *Del fallimento*, cit., VIII, Milano, 1923, 666, n. 719.

tuttavia, assegnava al giudice delegato per tutte le operazioni non eseguite dal curatore una sorta di potere di veto (art. 728), il cui potere di direzione fu accentuato dalla legge n. 995 del 1930⁶⁸.

L'autonomia privata era esaltata e promossa nell'ambito fallimentare, campo tradizionalmente ad essa alieno⁶⁹. La dottrina era concorde nel considerare il concordato amichevole un contratto di diritto privato, essendo bensì divisa sulla specifica natura giuridica contrattuale da attribuirgli. Infatti, per Bonelli si componeva di «un complesso di accordi modificativi o estintivi dei singoli rapporti di obbligazione già esistenti tra il fallito e ciascuno dei creditori»⁷⁰, mentre per Vidari si trattava di un «contratto bilaterale *sui generis*, commerciale, stragiudiziale, per cui, da una parte, i creditori rimettono volontariamente al debitore una porzione de' suoi debiti, e dall'altra, si nova la obbligazione di prima per la residua parte non rimessa, sostituendo alla causa primitiva una nuova causa di debito»⁷¹.

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

⁶⁸ Si richiamano le riflessioni di LIBONATI in *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, cit., p. 330, laddove afferma che «la facoltà con cui si ricorre ad un potere superiore nel dirimere questioni fra privati è tipica della *civil law*, e non si esprime né soltanto, né soprattutto nel diritto fallimentare. Il ricorso al giudizio dei propri pari ad esempio, proclamato in Inghilterra dalla *Magna Charta*, non si ripete nelle strutture continentali, dove per difendersi dai poteri locali l'appello al potere centrale è stato necessario in maggiore misura, spianandosi così la via allo stato centralizzato e a modelli che hanno facilitato l'espansione dell'intervento governativo nella vita economica e sociale».

⁶⁹ In proposito VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, cit., n. 8303, p. 3, affermava che «meno l'autorità giudiziaria si impiccia degli affari privati, e meglio questi possono essere composti con soddisfazione comune e con minori spese», giacché «i privati sono ingegnosi nel trovare mille vie d'uscita, mille ripieghi ed accomodamenti per definire le controversie: vie e ripieghi a cui sempre male si presta la rigidità di una procedura giudiziaria e la severa sentenza del magistrato».

⁷⁰ Così ancora BONELLI, *Del fallimento*, cit., VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

⁷¹ In tal senso VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, cit., n. 8309, p. 3.

di teste che di valore necessaria per perfezionare validamente il concordato che avrebbe avuto effetti *erga omnes*.

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

La dottrina spiegava l'efficacia vincolante verso tutti i creditori in ragione della formazione ad opera dei creditori di una comunione qualificata, caratterizzata dall'obbligo di esercitare collettivamente e contemporaneamente i loro diritti personali e reali fino al termine della procedura di fallimento⁷². In tal modo, poiché si individuava in capo ai creditori una volontà collettiva derivante dalla deliberazione della maggioranza assembleare, sempre secondo tale autorevole dottrina, si assisteva alla stipula di un contratto bilaterale tra il debitore e la collettività dei creditori⁷³.

Come anticipato, la legge del 1903 sul concordato preventivo ha abrogato la disciplina della moratoria e del suddetto art. 825 del codice di commercio, che non avevano avuto grande diffusione derivante dall'onere richiesto al debitore e alla non chiara regolamentazione⁷⁴.

⁷² In tal senso ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 152, il quale individua la presenza di un organo consultivo e ispettivo quale la delegazione dei creditori, e di un organo deliberativo quale l'assemblea dei creditori in modo da promuovere l'interesse comune.

⁷³ *Ibidem*, p. 167.

⁷⁴ In proposito infatti VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, in *Mon. trib.*, 1922, p. 41, osservava che la figura giuridica «cadde perché regolata da norme incoerenti, che diedero luogo a controversie insolubili; la giurisprudenza non riuscì mai a piantarla su solide basi».

Nonostante ciò, sulla scia del concordato *per abandon d'actif* francese⁷⁵, la forma di “autodifesa privata”⁷⁶ del concordato stragiudiziale, stipulato dal debitore con i creditori *uti singuli* e vincolante i soli aderenti, si presentava talvolta come un concordato con *cessio bonorum*, attuato mediante un mandato irrevocabile a uno o più creditori, i quali si assumevano l’onere di realizzare le attività e di tacitare gli altri a stralcio oppure integralmente. Tuttavia, tale contratto, considerato una *cessio in solutum*, poteva dirsi efficace solo quando la cessione era accettata da tutti i creditori e risolutivamente condizionato nel caso di successiva decozione, in quanto subordinato al non verificarsi dei presupposti del fallimento⁷⁷.

La moratoria venne tuttavia reintrodotta nel 1915 al solo scopo di far fronte alle insolvenze causate dallo stato di guerra, considerato quale caso di forza maggiore ai sensi dell’art. 1226 del codice civile allora imperante⁷⁸. Il beneficio della moratoria veniva accordato secondo il prudente apprezzamento del giudice, a prescindere dal parere espresso dai creditori.

L’istituto giuridico fu in seguito definitivamente ripristinato nel 1921⁷⁹, più che per rimediare ai problemi della riconversione della produzione bellica, allo scopo di comporre il dissesto della Banca Italiana di Sconto, suscitando non poche critiche in dottrina⁸⁰.

⁷⁵ Si fa riferimento al concordato per abbandono dell’attivo introdotto nell’ordinamento francese nel 1856, il quale prevedeva la liberazione del fallito al momento della cessione dei beni e la continuazione della liquidazione fallimentare per conto dei creditori e in assenza del fallito.

⁷⁶ Così PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, p. 2755.

⁷⁷ Cfr. App. Bologna, 15 dicembre 1931, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, p. 97.

⁷⁸ D.l.l., 27 maggio 1915, n. 739 e 25 luglio 1915, n. 1143.

⁷⁹ Si veda in proposito R.d.l., 28 dicembre 1921, n. 1861, che ne circoscriveva l’applicazione alle società cooperative esercenti il credito e alle società anonime o in accomandita per azioni, con capitale non inferiore a cinque milioni di lire, le quali avrebbero dovuto dimostrare che la loro cessazione dei pagamenti fosse dovuta ad avvenimenti straordinari e impreveduti o scusabili, ovvero sussistessero evidenti ragioni di interesse per i creditori.

⁸⁰ In merito si vedano le osservazioni GUIDI, *Il crack della Banca Italiana di Sconto davanti alla critica giuridica*, in *Dir. e prat. comm.*, 1922, I, p. 33; BENEDICENTI, *La moratoria del R. D. L., 28 dicembre 1921*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 209; e soprattutto VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, cit., p. 41, il quale definiva il ripristino dell’istituto come «legislazione farragginosa, di violenza, che prolunga ed esaspera gli effetti della legislazione di guerra, senza averne le ragioni giustificatrici: non è più neanche legislazione, anzi non si sa neppure come qualificarla. (...) Siamo a

5. (segue) Il concordato stragiudiziale dopo la legge fallimentare del '42

Con l'imperio della normativa fallimentare del 1942 - intrisa del pesante paternalismo dell'epoca corporativa e della concezione gentiliana dello Stato etico, basata a sua volta sulla primazia dell'economia nazionale sull'esigenze del singolo imprenditore⁸¹ - l'impianto officioso che aveva caratterizzato fino ad allora la disciplina precedente si intensifica.

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

Nella disciplina fallimentare il Tribunale ed il giudice delegato rimangono depositari di un potere palesemente invasivo della gestione ed amministrazione della crisi, per intervento diretto o attraverso la nomina discrezionale dell'organo preposto alla liquidazione. Inoltre, solo il Tribunale ha la potestà di concedere "all'imprenditore onesto e sfortunato"⁸², dopo aver effettuato un duplice controllo di legalità e meritevolezza, il beneficio del concordato preventivo, che consentiva di eliminare il differente trattamento tra creditori che si realizzava tramite gli accordi stragiudiziali⁸³.

poco a poco arrivati (...) alla menomazione aperta e quasi sistematica del corpo delle leggi fondamentali dello Stato, senza ritegno e talora (cosa enorme) senza alcuna necessità, per giungere ora ai provvedimenti politico-legislativi presi, diciamo apertamente, *intuitu personae* e con effetti retroattivi. Questo è dispotismo, non ha altro nome».

⁸¹ La Relazione del Guardasigilli al Re al r.d. 16 marzo n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 3, si evidenzia che la finalità generale delle procedure concorsuali è quella di favorire «una più energica tutela degli interessi generali sugli interessi particolari dei creditori e del debitore».

⁸² Così testualmente nella Relazione del Guardasigilli, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 1, dalla quale emerge altresì come il legislatore del 1942 reputava il concordato preventivo come uno strumento funzionale alla composizione di quelle «crisi economiche che non sono indici di mancanza di vitalità dell'impresa, e che possono essere superate senza arrivare alla liquidazione dell'impresa stessa». Cfr. sul tema le osservazioni di MIGLIORINO in *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, 1999.

⁸³ Valga in merito richiamare ancora la Relazione del Guardasigilli al Re al r.d. 16 marzo n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 37, là dove afferma che il concordato elimina le «forme stragiudiziali di accomodamento che si

Si affermava, dunque, un modello caratterizzato da una prospettiva standardizzata di interesse generale, dove i creditori con le loro esigenze e l'imprenditore, non più *in bonis* ma magari capace di un risanamento, si trovano ad essere non protagonisti di un conflitto fra privati, ma semplici fruitori della procedura, che si muove per impulso d'ufficio, sebbene ispirata da finalità di soddisfazione degli interessi privati dei creditori stessi⁸⁴. L'interesse alla tutela del diritto di credito infatti coincideva con l'interesse superiore alla soppressione ed espulsione dell'impresa ritenuta inefficiente.

Peraltro, l'istituto del concordato preventivo non tutelava adeguatamente i creditori, giacché consentiva agli imprenditori di evitare il fallimento con il pagamento di una modesta percentuale, beneficiando del divieto di risolvere il concordato mediante cessione⁸⁵. Non prevedeva, inoltre, l'immediata consegna dei beni mobili prima al commissario giudiziale e poi al liquidatore, ben potendo essere distratti da parte dell'imprenditore⁸⁶.

Nelle intenzioni del legislatore con l'introduzione del concordato mediante *cessio bonorum*, si voleva tuttavia riconoscere una qualche autonomia nella gestione della crisi sempre però sotto lo stretto controllo dell'Autorità giudiziaria⁸⁷.

risolvono in una sperequazione fra i creditori e spesso in un disastro per lo stesso debitore che nonostante il suo sacrificio non consegue la liberazione».

⁸⁴ Si veda in proposito LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, cit., p. 331; CAVALAGLIO, *Nuove regole per le crisi dell'impresa tra giurisdizione e amministrazione e soluzioni stragiudiziali*, in JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, p. 252; SANSONE, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, cit., p. 762.

⁸⁵ Si vedano in merito le riflessioni di BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, sub art. 160 legge fallim., in BRICOLA - GALGANO - SANTINI (diretto da), *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1979, p. 60.

⁸⁶ Sulle critiche al concordato preventivo si veda STANGHELLINI, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, I, 1993, p. 246; VITTONI, *Rimedi alla incapacienza dei creditori chirografari nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Dir. fall.*, I, 1967, p. 930; CASANOVA, *Concordato preventivo ordinario con offerta ai creditori e liquidazione dei beni*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 92; ID., *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, ivi, 1963, I, p. 632. Peraltro da una ricerca svolta negli anni novanta emergeva come almeno il 50% delle imprese in concordato sfociasse nel fallimento: cfr. BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, cit., p. 81.

⁸⁷ Infatti la Relazione del Guardasigilli al Re al r.d. 16 marzo n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 37, p. 813, affermava come «non si

La rigidità e l'inefficienza propria del carattere officioso delle procedure giudiziali previste dalla normativa *ante riforma*⁸⁸ hanno incoraggiato l'uso dei concordati stragiudiziali⁸⁹, privi di ogni regolamentazione, soprattutto al fine di tutelare il valore economico dell'impresa e il complesso aziendale⁹⁰. Tali concordati, benché

sono voluti stabilire schemi rigidi di cessione per lasciare agli interessati di raggiungere l'accordo nel modo più conveniente sotto la guida del giudice».

⁸⁸ Si segnalano tra gli altri: un numero di fallimenti dichiarati oscillante tra i dodici e i tredicimila l'anno con una durata media delle procedure di circa sette anni; i rilevanti costi del concordato preventivo che spesso esauriscono gran parte dell'attivo ricavato dalla vendita dei beni del fallito (in particolare si ricorda la somma, necessaria per la procedura, che il Tribunale impone di depositare entro quindici giorni dal decreto di ammissione al concordato preventivo ai sensi artt. 163 e 188 l. fall.), di gran lunga le più elevate d'Europa a fronte di percentuali di recupero tra le più basse in assoluto; l'eccessiva durata dei procedimenti necessari per giungere alla vendita effettiva dei cespiti relitti dal fallito segnalata da varie condanne della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. Caso *Luordo c. Italia* del 23 maggio 2001, ricorso n. 32190/96, Caso *Bottaro c. Italia* del 23 maggio 2002, ricorso n. 56298/00); la forte limitazione dei poteri del debitore nella gestione dell'impresa a causa della presenza del commissario giudiziale, oltre che del particolare regime autorizzativo disposto per una serie di atti di cui all'art. 167 l. fall.; la necessità di soddisfare integralmente ed immediatamente i creditori privilegiati, subito dopo l'omologazione; la difficoltà di procurarsi le garanzie reali o personali necessarie per l'ammissione alla procedura, spesso richieste nella prassi giudiziaria anche per l'ammissione all'amministrazione controllata; l'alta falciatura normalmente subita dai creditori, soprattutto chirografari. Si veda in proposito AA. VV., *La prassi dei Tribunali italiani in materia di fallimento*, I, in *Quad. giur. Comm.*, Milano, 1978, n. 15, II, in *Quad. giur. Comm.*, Milano, 1982, n. 40; GHIA, *Gli obiettivi della guida legislative sull'insolvenza dell'UNCITRAL*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1229; MARCUCCI, *The inefficiency of current italian insolvency legislation and the prospects of a reform*, in AA. VV., *Bankruptcy legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, in *Quad. ric. Giur. Banca d'Italia*, Roma, 2001, n. 51, p. 47; FIMMANÒ, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in *Il Fall.*, 2004, p. 459.

⁸⁹ L'espressione "concordato stragiudiziale" era ritenuta errata da BOLAFFIO, in *Sul cosiddetto concordato stragiudiziale*, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, p. 369 e ID., *Il componimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, in *Giur. it.*, 1934, I, 1, p. 490, in base alla convinzione per cui il concordato poteva essere solamente giudiziale per cui gli accordi amichevoli anteriori al fallimento avrebbero assunto sempre carattere privatistico non avendo alcun riscontro nella legge.

⁹⁰ In merito si veda BONELLI, in *Del fallimento*, in *Commentario al cod. comm.*, cit., 1939, p. 650; BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 610; PROVINCIALI, *Sul concordato stragiudiziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, p. 104. In merito alle soluzioni stragiudiziali in epoca più recente valga segnalare tra gli altri DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, in *Il Fall.*, 1996, p. 841; BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle*

certamente più rischiosi delle procedure concorsuali in termini di responsabilità civile e penale, oltretutto di esposizione alle azioni esecutive e revocatorie, risultavano sicuramente più efficienti in quanto ad un costo inferiore assicuravano maggiore rapidità e consentivano una maggiore riservatezza della crisi, evitando inoltre i controlli giudiziali sulla gestione.

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

Alcuna giurisprudenza di merito li considerava tuttavia contratti non meritevoli di tutela ed in frode alla legge in quanto elusivi delle procedure concorsuali minori⁹¹. Si ammettevano infatti esclusivamente

imprese, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 488; CENSONI, *(Le forme) e gli effetti degli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi di impresa*, in BONFATTI - FALCONE (a cura di), *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 1999, p. 30; PANZANI, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 1997, p. 553; ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, *Riv. soc.*, 1996, p. 321; VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, in *Il Fall.*, 2003, p. 933; SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1998, p. 609. Per l'origine storica degli accordi stragiudiziali tra debitore e creditori si veda A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902; ID., *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Milano, 1962, p. 198; FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 9; SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 278; CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII e XIV*, Torino, 1938, p. 126.

⁹¹ Tra le sentenze che dubitavano sulla validità del concordato stragiudiziale si veda *ex multis* le non troppo remote Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 306, con nota di MENGHI, dove il giudice affermava l'obbligo in capo al debitore insolvente di richiedere in proprio il fallimento e «non avventurarsi in un concordato stragiudiziale che costituisce di per sé colpa grave», in quanto la disciplina fallimentare «sembra aver tolto ogni spazio residuo al concordato stragiudiziale»; Trib. Roma, 1° aprile 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 646, con nota di SARALE; App. Roma, 1° luglio 1985, in *Il Fall.*, 1986, p. 971; Trib. Roma, 6 dicembre 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 533; Trib. Napoli, 17 luglio 1987, in *Dir. e giur.*, 1987, p. 552; Trib. Torino, 7 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 655. In dottrina cfr. le voci critiche di

i concordati relativi a situazioni di crisi reversibili che quindi non potevano dar luogo ad un vero e proprio stato d'insolvenza. Ciò in quanto si riteneva che l'imprenditore commerciale in stato di decozione avesse l'onere di chiedere il proprio fallimento avviando dunque uno dei procedimenti concorsuali tipizzati, giacché qualora avesse percorso la rischiosa via dell'accordo stragiudiziale con un esito infausto sarebbe stato configurabile in tale condotta il reato di bancarotta semplice di cui all'art. 217 n. 4 l. fall., se non il più grave reato di bancarotta preferenziale *ex art.* 216, comma 3, l. fall., con conseguente nullità del concordato stragiudiziale per violazione di una norma imperativa⁹².

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

Ciononostante tali strumenti sono stati riconosciuti validi da varie pronunce di legittimità oltre ad essersi progressivamente affermati nella prassi, specie nei dissesti di maggiori dimensioni⁹³.

BOLAFFIO, *Il componimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, cit., p. 490; DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Il Fall.*, 1996, p. 905; BONGIORNO, *Il soddisfacimento dei creditori nella fase prefallimentare*, in *Atti del convegno “I problemi della dichiarazione di fallimento: composizione dell'insolvenza, piccolo imprenditore”*, Udine, 1994, p. 19, il quale ritiene che ammettere il concordato stragiudiziale comporti la lesione del principio della *par condicio creditorum* in quanto difficilmente tutti i creditori aderiranno all'accordo. Per un quadro di sintesi si vedano PETRUCCI, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 523 e AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2537.

⁹² In particolare ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, cit., 668, affermava l'illiceità del concordato stragiudiziale in forza della legittimazione officiosa del Tribunale alla dichiarazione di fallimento.

⁹³ Per alcuni dati derivanti dall'osservazione della prassi si veda SCALERA, *Utilità o no del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1971, I, p. 13; BRONZINI, *Il fallimento del fallimento*, in

Il principale vantaggio offerto dalle convenzioni stragiudiziali è stato la totale libertà delle parti di determinare l'utilizzo ed i contenuti, in quanto consentono al debitore di mantenere la gestione dell'impresa, permettendo di adattare ciascun progetto di salvataggio alle peculiarità dell'impresa⁹⁴, alla possibilità dei partecipanti ed alle condizioni del relativo mercato, con notevole risparmio di costi e di tempo rispetto alle procedure concorsuali legali. Infatti, si evita la perdita dell'avviamento, la senescenza e l'obsolescenza dei beni aziendali che può conseguire in attesa delle vendite nella procedura liquidativa.

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

Risulta dunque evidente la difficoltà di ottenere l'adesione dei creditori dell'impresa in crisi, senza alcuna disposizione che imponga loro di prestare il consenso o di sottomettersi alla decisione della

Dir. fall., 1972, I, p. 110. Più recentemente si richiamano in questa sede gli accordi di risanamento riguardanti i dissesti dei gruppi Belleli, Montedison, Cameli, Varasi-Santavaleria, Serafino Ferruzzi, Tripcovich sui quali si veda: F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, cit.; SANSONE, *Il caso Tripcovich*, in *Il Fall.*, 1996, p. 833; BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi nei primi anni '90*, Milano, 1997; VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi s.r.l.*, in *Il Fall.*, 1996, p. 843. Il formante giurisprudenziale ha dato il suo contributo riconoscendo piena validità alle convenzioni stragiudiziali sebbene permanessero divergenze in merito alla pretesa unanimità dei consensi dei creditori ai fini della rimozione dell'insolvenza (si veda dopo l'iniziale Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951; Cass., 8 febbraio 1989, n. 795 in *Il Fall.*, 1989, p. 609; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 713; Cass., 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Il Fall.*, 1993, p. 352). Cfr. inoltre FAUCEGLIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, commento sub. Art. 182 bis*, in, *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milano, 2008, p. 1605.

⁹⁴ Valutando ad esempio la struttura dell'impresa, il tipo di attività, la dimensione e le eventuali implicazioni socio-politiche. Sul punto si veda SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, cit., p. 618.

maggioranza⁹⁵, con la costante “spada di Damocle” rappresentata dalla possibile azione esecutiva esperita da uno o più creditori sui beni dell'imprenditore o perfino dall'eventuale successiva dichiarazione di fallimento, accertato d'ufficio (prima della riforma) o su ricorso di parte⁹⁶. Inoltre, l'efficienza degli accordi stragiudiziali è inficiata dalle eventuali asimmetrie informative, dovute alla mancanza di un organo giudiziario dotato di poteri autoritativi tali da permettergli di verificare la veridicità delle prospettazioni offerte dall'imprenditore in crisi.

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

Infatti, gli accordi di ristrutturazione sono *naturaliter* contraddistinti dall'esigenza di rintracciare nuova finanza ovvero liquidità per mezzo di operazioni di valorizzazione degli *assets* e dei beni aziendali reputati non strategici, in modo tale da permettere la prosecuzione dell'attività d'impresa e il pagamento dei creditori⁹⁷. La volatilità di alcuni *assets* aziendali strettamente associati al c.d. *going concern* comporta una perdita effettiva di valori economici nell'ambito delle crisi d'impresa, se non è compensata da una gestione capace di creare le condizioni per ottenere l'erogazione di nuova finanza.

Bisogna inoltre considerare l'esposizione, una volta dichiarato il fallimento, alla revocatoria fallimentare e al rischio di essere qualificati penalmente illeciti. È infatti concreta la possibilità, per gli istituti di

⁹⁵ In merito cfr. GALGANO, *Note sull'organizzazione collegiale dei creditori concorsuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, p. 254; GALLESIO PIUMA, *Le adesioni alla proposta di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 115; BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, XXIII, Padova, 1997, p. 218.

⁹⁶ Sul punto si veda ABBADESSA, *Liquidazione dell'impresa in dissesto e terapie alternative dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 1979, p. 113 e MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989.

⁹⁷ Infatti, diretta conseguenza della crisi è la riduzione improvvisa dell'eventuale liquidità residua dell'impresa, a causa delle richieste di pagamento anticipato da parte dei fornitori, o della cessazione delle forniture che ostacola la prosecuzione dell'attività. In proposito si vedano le approfondite osservazioni di BONSIGNORE, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Il Fall.*, 2009, allegato, p. 37.

credito che abbiano erogato nuova finanza in esecuzione dell'accordo, di essere sottoposti all'imputazione per bancarotta e ricorso abusivo al credito, e per l'imprenditore di essere imputato sia di bancarotta semplice per aver aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, sia di bancarotta preferenziale ai sensi dell'art. 216 l. fall.. Gli accordi stragiudiziali risultavano dunque in bilico tra possibilità di realizzare il risanamento dell'impresa ed il pericolo di essere incriminati per aver concorso ad aggravare il dissesto.

Da qui l'esigenza, accolta dalla stagione delle riforme fallimentari, di regolamentare tali strumenti tramite la previsione dell'art. 182-*bis* l. fall., diretto a salvare il compendio produttivo dell'impresa in crisi⁹⁸. Si raffigura un istituto fortemente connotato da un profilo privatistico e al contempo munito di garanzie e di tutele che ne assicurino una migliore efficacia. Si ribalta quindi la prospettiva officiosa della legge del '42 in base all'assunto che le parti private della crisi siano i migliori tutori dei

⁹⁸ Non è presente nell'ordinamento una norma che possa definire lo stato di crisi, generando, come detto, un'inevitabile incertezza. Una definizione normativa delle diverse fasi della crisi d'impresa risulterebbe invece utile al fine di identificare il presupposto oggettivo minimo per accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione *ex art.* 182-*bis*, e altresì allo scopo di predisporre un'operazione di salvataggio che corrisponda alle esigenze particolari e dunque al livello di gravità della crisi dell'impresa. In assenza di una definizione normativa è necessario rivolgersi ai criteri sviluppati dalla scienza aziendalistica, la quale nell'individuare le ragioni della crisi d'impresa, differenzia tra fattori interni e fattori esterni della stessa. Sotto questo profilo la dottrina aziendalistica ha identificato quattro fasi del processo patologico della crisi d'impresa. La fase iniziale detta di "incubazione del declino" è caratterizzata dai primi indizi di squilibrio frequentemente non percepibili agevolmente. La seconda fase è quella della "maturazione del declino" che si rivela con perdite di valore del capitale e la diminuzione dei flussi reddituali. La terza fase è quella delle "ripercussioni delle perdite" sui flussi finanziari, sull'immagine e la fiducia dell'impresa sul mercato, contraddistinta da un forte squilibrio economico. La quarta e ultima fase è quella in cui la crisi è ormai irreversibile e si manifesta nelle due forme dell'insolvenza o del dissesto. Nello stadio dell'insolvenza la ristrutturazione dell'impresa appare ancora possibile, anche se problematica e con fioche possibilità di successo. Con il dissesto invece l'impresa percorre la fase terminale della sua crisi distinta da un costante squilibrio economico, finanziario e patrimoniale, per cui la disgregazione del complesso aziendale diviene una risultato non evitabile con un'operazione di ristrutturazione. Si vedano in merito le riflessioni di PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Il Fall.*, 2009, p. 25; e GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, p. 110.

loro interessi, rifiutando al contempo la concezione assistenzialistica della già vista legislazione iniziata negli anni settanta⁹⁹.

6. Il fecondo incontro tra autonomia privata e insolvenza

All'accentuazione del profilo negoziale corrisponde - quale tratto di fondo della nuova disciplina concorsuale - l'individuazione della giurisdizione in sé come fattore anticompetitivo, in quanto questa costituisce una delle maggiori cause di rallentamento e del costo elevato della procedura, oltre ad essere spesso d'ostacolo ai tentativi di risanamento delle imprese¹⁰⁰. Non a caso prima della riforma fallimentare una ricerca della Banca d'Italia riportava come, a fronte di una durata di settantadue mesi e di quote di realizzo pari al trenta per cento per le procedure giudiziali, le convenzioni stragiudiziali

⁹⁹ Riecheggiano le parole di SCHLESINGER in *Crisi d'impresa e nuove regole: le esigenze dell'economia*, in JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, p. 155, il quale premettendo che «l'amministrazione della giustizia non può reggere il peso, assolutamente sproporzionato, di un accesso libero ed incondizionato al processo da parte di chiunque, per qualsiasi tipo di conflitto», osserva che anche nella disciplina concorsuale sia necessario introdurre dei filtri «con i quali limitare e regolare l'avvio di procedure giudiziali», affidando ai privati il tentativo di soluzione della crisi «senza subire né le prevaricazioni dell'imprenditore decotto, né i tempi burocratici di scelte giudiziali su materie che completamente fuoriescono dalla competenza e dalla cultura dei giudici».

¹⁰⁰ In proposito si vedano i risultati riportati in MASCIANDARO - RIOLO (a cura di), *Crisi d'impresa e risanamento - Ruolo delle banche e prospettive di riforma*, Milano, 1997; MINUTOLI, *Art. 25 l. f.*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2006, p. 199. All'interno della riforma sono numerosi gli elementi introdotti a scopo «deflattivo», basti pensare all'introduzione di soglie quantitative per l'applicazione della disciplina concorsuale che rappresenta una misura finalizzata ad eliminare il ricorso alle procedure per l'insolvenza di piccole imprese, naturali candidate alla chiusura per insufficienza di attivo e per le quali non avrebbe senso economico sostenere i costi connessi a complessi procedimenti. Anche l'istruttoria prefallimentare disciplinata dal nuovo art. 15 l. fall. mira alla stessa finalità «deflattiva» laddove si afferma che non si fa luogo a dichiarazione di fallimento se la complessiva esposizione debitoria, risultante dagli atti dell'istruttoria e relativa a debiti scaduti e non pagati, risulta inferiore ad una soglia pari a trentamila euro. In tal modo si evita l'apertura della procedura fallimentare nei casi in cui si possa presumere che i costi superino i ricavi.

consentissero di ottenere quote di realizzo pari al sessanta per cento in diciannove mesi¹⁰¹.

Alla c.d. “degiurisdizionalizzazione”¹⁰² corrisponde la valorizzazione dell’autonomia negoziale¹⁰³ ed in particolar modo del contratto appunto quale strumento privilegiato di regolazione delle relazioni commerciali durante il dissesto¹⁰⁴.

¹⁰¹ I risultati di tale ricerca sono riportati da TARTAGLIA, *Revocatoria fallimentare dei versamenti in conto corrente e ruolo delle banche nella crisi d’impresa*, in APICE (a cura di), *L’impresa in crisi: tra liquidazione e conservazione*, Roma, 2002, p. 213. Peraltro già negli anni cinquanta ASCARELLI, *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, p. 504, evidenziava come la procedura comportasse una diminuzione dell’attivo ed un aumento del passivo. Sull’inefficienza della disciplina fallimentare e la sua incapacità a conservare i valori aziendali si vedano le riflessioni di JAEGER, *Crisi delle imprese e poteri del giudice*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 869; SANSONE, *Risanamento dell’impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, in *Il Fall.*, 1998, p. 761; JORIO, *Dal concordato stragiudiziale alla soluzione stragiudiziale delle crisi d’impresa*, in *Il Fall.*, 1999, p. 759; VIETTI, *Diritto fallimentare e prospettive di riforma: da disciplina della crisi d’impresa a regola della relazione commerciale*, in *Il Fall.*, 2004, p. 601.

¹⁰² Il termine è diffuso anche da prima della riforma come dimostra D’ALESSANDRO, in *La crisi dell’impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, cit., p. 418. Si veda inoltre FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 67. Sulla problematica compatibilità della “degiurisdizionalizzazione” con la cornice costituzionale, si veda COSTANTINO, *Economia e processo, Contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 7.

¹⁰³ Si richiama a mo’ di esempio l’espunzione dal corpo dell’art. 6 l. fall. dell’iniziativa d’ufficio, la predeterminazione nell’art. 7 l. fall. dei casi in cui il p.m. è legittimato a proporre la richiesta di fallimento, l’eliminazione del potere del giudice di apportare d’ufficio variazioni al progetto di ripartizione presentato dal curatore, i maggiori poteri attribuiti al comitato dei creditori, l’innovativa possibilità nel concordato preventivo di suddividere i creditori in classi riservando a classi diverse trattamenti differenziati. Si veda in proposito l’approfondita analisi di GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell’accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 349; e inoltre AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008; GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 907; MINUTOLI, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Il Fall.*, 2008, p. 214. Tuttavia FABIANI, in *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1098, rileva come «la presenza del p.m., quand’anche non pervasiva e, magari riletta in chiave di strumento di collaborazione per favorire l’uscita dalla crisi, spiega che il legislatore considera tuttora il fenomeno dell’insolvenza come un accadimento che non può essere confinato nel rapporto creditore-debitore, posto che sono incisi interessi superindividuali, spesso non catalogabili a priori».

¹⁰⁴ In merito ROSSI, nell’introduzione agli *Atti del convegno di studi “Crisi dell’impresa e riforme delle procedure concorsuali”*, Milano, 2006, p. 11, parla di

L'intervento dell'Autorità giudiziaria nella gestione della crisi dell'impresa si è viepiù attenuato a vantaggio dell'esperimento di soluzioni stragiudiziali a prescindere dalla prospettiva individuata nel risanamento dell'impresa ovvero nella sua liquidazione. Tuttavia, è evidente come l'arretramento del ruolo giudiziale si giustifichi maggiormente allorché si debba continuare un'attività economica per cui si dimostra più coerente ed efficiente adottare le regole che hanno precedentemente retto quell'attività rispetto ad affidarla ad un soggetto che non garantisce specifiche competenze economiche¹⁰⁵. È possibile infatti osservare un progressivo affievolimento del ruolo di *dominus* della procedura e dei destini dell'impresa tradizionalmente attribuito all'organo giudiziario.

L'istituto degli accordi di ristrutturazione deve essere, quindi, interpretato *magis ut valeat*, ossia al meglio delle sue capacità espansive¹⁰⁶, per scopi di salvataggio o di liquidazione, potendo essere impiegato da imprese in stato di insolvenza o che ancora non versano in tale situazione, come anche all'esito di un pre-concordato, ricevendo una maggiore garanzia di fattibilità e una maggiore tutela in caso di inadempimento¹⁰⁷.

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

¹⁰⁵ Sul punto si veda DE SANTIS, *Il giudice delegato fallimentare tra «gestione» e «giurisdizione»; tracce per una riflessione de iure condendo*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 492.

¹⁰⁶ Tale principio, cardine della scienza interpretativa civilistica (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*, Iul. l. 12 D. *de rebus dubiis* 34, 5), è codificato anche in diversi ordinamenti nazionali ed sovranazionali, infatti si rinviene, oltre che nell'art. 1367 c.c. e nei corrispondenti artt. 1157 del *code civil* e 1284 del *código civil* spagnolo, anche all'art. 5.101 dei *Pecl*, all'art. 4.1 degli *Unidroit Principles*, e nel recente *Draft* all'art. II - 8:101.

¹⁰⁷ Per l'opposta tesi secondo la quale gli accordi di ristrutturazione dovrebbero interessare solo imprese non insolventi si veda CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 410; DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull'insolvenza dell'impresa*, in BONFATTI -

Invero, l'accordo di risanamento debitorio può conciliarsi sia con la liquidazione concordata dell'impresa che con il salvataggio della stessa; mentre l'accordo di salvataggio ovvero di ristrutturazione in senso stretto, è finalizzato a realizzare un determinato programma di rilancio imprenditoriale¹⁰⁸.

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

Gli accordi di ristrutturazione consentono invece o di preservare l'impresa in un'ottica di continuità o di liquidare l'attivo in maniera ordinata ed efficiente, facendo gestire all'imprenditore ed ai creditori aderenti - con la previsione di garanzie per i creditori rimasti estranei - tale delicata fase impedendo il c.d. "assalto alla diligenza"¹⁰⁹.

È possibile apprezzare il complesso fenomeno della ristrutturazione dei debiti come intreccio dei profili riferibili all'attività di impresa e al suo finanziamento, e a quelli relativi ai singoli crediti implicati. Infatti, la ristrutturazione dei debiti comporta la sostituzione della pluralità di fonti e dei titoli "originari" dei singoli rapporti obbligatori, i quali, all'esito della ristrutturazione saranno soddisfatti e dunque estinti¹¹⁰.

FALCONE (a cura di), *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*, Milano, 2008, p. 253.

¹⁰⁸ Si vedano in merito le osservazioni di LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in DI MARZIO - MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 359.

¹⁰⁹ In proposito una oculata ricerca ha analizzato i problemi giuseconomici connessi all'azione collettiva nell'ambito delle procedure concorsuali. Con l'interesse ad una efficiente liquidazione dell'attivo si ribadisce inoltre l'importanza che assumono i meccanismi del diritto fallimentare nello sviluppo del sistema economico e nel funzionamento del mercato, per cui l'adozione di metodi efficienti di risoluzione della crisi influisce notevolmente sulla disponibilità degli imprenditori a conferire capitale di rischio: cfr. BIANCO - MARCUCCI, *La riforma delle procedure concorsuali. Le soluzioni normative negli Stati Uniti e in alcuni paesi europei*, in *Banca impresa soc.*, 2001, p. 19.

¹¹⁰ L'espressione "ristrutturazione dei debiti" indica un'attività di riorganizzazione complessiva dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa, relativa all'intero coacervo di rapporti in corso. Il termine "ristrutturazione", di derivazione

Occorre, tuttavia, distinguere tra soddisfazione dei crediti e ristrutturazione, in quanto quest'ultima non si riferisce unicamente ai crediti anteriori, ma ammette e anzi tenta di favorire la presenza di nuovi apporti finanziari¹¹¹.

7. La natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione dei debiti

È possibile, quindi, considerare gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* l. fall. come la naturale evoluzione degli accordi stragiudiziali, implementati e puntellati da tutele legali. Infatti, le problematiche già evidenziate con riferimento agli accordi stragiudiziali sono state recepite, pur non in un'unica riforma, dalle novelle che a partire dalla seconda metà degli anni 2000 hanno implementato l'istituto degli accordi di ristrutturazione.

aziendalistica ed estraneo al linguaggio del codice del 1942, si rintraccia nella legge n. 39 del 2004 (c.d. "Legge Marzano) relativa alla ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, e nell'art. 27, comma 2, lett. g) del d.lgs. n. 270 del 1999 in materia di condizioni per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, laddove si afferma che le concrete prospettive di un recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali devono potersi realizzare anche «tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata superiore a due anni (programma di ristrutturazione)». Si vedano sul punto ancora PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131, e FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 842. Si vedano in generale sul tema tra gli altri FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, II, Padova, 2008, p. 1418; BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 157; FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.

¹¹¹ In merito alla differenza tra soddisfazione e ristrutturazione dei crediti FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2006, p. 747, osserva che si tratta «non già di una duplicità di punti di vista del medesimo fenomeno, bensì di una duplicità di forme di rilevanza giuridica ad esso ricondotte. In questa prospettiva, sembra in particolare potersi affermare che la ristrutturazione dei debiti, proprio in quanto fissazione di un nuovo statuto unitario del complessivo finanziamento dell'impresa, valga ad assorbire, ed a sostituire, la pluralità di fonti e di titoli "originari", tra loro diversi, dei singoli rapporti obbligatori: i quali allora, all'esito della ristrutturazione, risulteranno - per utilizzare un linguaggio tradizionale - "estinti"; ed è proprio quello di estinzione di tutti i crediti, e dunque dei corrispondenti debiti, il significato tecnico che, in questo contesto, deve essere assegnato al termine "soddisfazione"».

In particolare è stata ampliata la protezione del patrimonio dell'imprenditore che intende accedere all'istituto. Infatti, la riforma del 2007¹¹² ha introdotto la sospensione delle azioni cautelari o esecutive dei creditori per titolo e causa anteriore sul patrimonio del debitore (pur senza comminare esplicitamente alcuna sanzione in caso di violazione del divieto di agire), per sessanta giorni a partire dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (nelle more le prescrizioni rimangono sospese e le scadenze non si verificano), in maniera simile a quanto previsto nel *Chapter XI* con l'*automatic stay*¹¹³. In tal modo, si è evitato che, prima dell'omologazione dell'accordo i singoli creditori possano avvalersi autonomamente dei rimedi civilistici di tutela individuale e preventiva del credito stabiliti per le ipotesi di insolvenza del debitore (quale tra gli altri la decadenza del debitore dal beneficio del termine ai sensi dell'art. 1186 c.c.), sottraendosi quindi alle regole e ai principi del concorso, nonché pregiudicando l'operazione di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi¹¹⁴.

La funzione della disposizione è quella di proteggere temporaneamente il patrimonio dell'imprenditore in crisi per consentirgli di predisporre gli accordi al riparo da azioni individuali dei creditori.

Con la novella del 2010¹¹⁵ si è assistito ad un'ulteriore dilatazione della tutela patrimoniale, nel solco dell'ordinamento statunitense,

¹¹² Una panoramica sulle modifiche apportate dal d.lgs. n. 169 del 2007 è ricavabile da INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, cit., p. 917, e MARENGO - CARATTOZZOLO, *Il correttivo e i nuovi accordi di ristrutturazione*, in VIETTI - MAROTTA - DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavoratori preparatori e obiettivi*, Torino, 2008, p. 181.

¹¹³ Analogamente la circolare del Ministero del Lavoro – D.G. Ammortizzatori sociali – Div. IV – N. prot. 14/4314 del 17 marzo 2009 ammette le imprese che hanno stipulato un accordo di ristrutturazione al trattamento di Cassa Integrazione Straordinaria a decorrere dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, condizionato alla mancata omologazione dell'accordo.

¹¹⁴ Si ricorda infatti che nelle procedure individuali i creditori hanno facoltà di avvalersi singolarmente ed autonomamente delle azioni a tutela della loro pretesa, in considerazione della circostanza che il debitore può soddisfare i propri creditori nell'ordine in cui si presentano, secondo la regola espressa dal noto brocardo *prior in tempore potior in iure*.

¹¹⁵ Per un'ampia analisi della riforma operata dal d.l. n. 78 del 2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 122 del 2010, si veda AMBROSINI, in *Il nuovo diritto*

impedendo, come già stabilito dall'art. L 611-4 ss. del *Code de Commerce* francese riguardo al tentativo di *conciliation*¹¹⁶, che il patrimonio destinato a sostenere l'operazione di ristrutturazione possa essere disgregato dalle azioni esecutive dei singoli creditori insoddisfatti nella fase di ricerca e di edificazione dell'accordo. Lo scopo evidente di tale protezione si rintraccia nell'evitare operazioni di c.d. "*moral hazard*" che potrebbero favorire singoli creditori a scapito della possibilità di buon esito del tentativo di ristrutturazione. In particolare, si sancisce il divieto per sessanta giorni, su istanza dell'imprenditore, di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive anche durante la negoziazione.

La stessa riforma, con la novella di cui all'art. 182-*quater* l. fall., ha, altresì, assegnato alla c.d. nuova finanza, ovvero ai finanziamenti concessi "in esecuzione" dell'accordo omologato un rango prededucibile, in modo da favorire la circolazione di ricchezze immobilizzate in tempi più brevi, con sacrifici ripartiti teoricamente su più soggetti¹¹⁷.

fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, in JORIO - FABIANI (a cura di), *Commentario sistematico*, Bologna, 2010, p. 1168; RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in BUONOCORE - BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, I, Padova, 2010, p. 470.

¹¹⁶ Si veda merito GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 265.

¹¹⁷ Prima della riforma era controverso se la nuova finanza erogata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, in particolare quella non garantita, potesse godere del beneficio della prededucibilità ai sensi dell'art. 111, comma 2, l. fall. secondo il quale sono considerati prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione della procedure concorsuali di cui alla presente legge. Una parte della dottrina escludeva l'applicazione di tale norma agli accordi di ristrutturazione in considerazione della natura autonoma di quest'ultimo istituto rispetto al concordato preventivo, e dell'assenza di un controllo del giudice nella fase esecutiva dell'accordo successiva all'omologazione (in tal senso si veda *ex multis* FERRO, *Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, n. 24, p. 56; VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*, cit., p. 871; MARABINI, *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, cit., p. 259; AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2557). Altri invece affermavano l'applicazione della suddetta norma ritenendo che in ogni caso gli accordi di ristrutturazione dovessero qualificarsi quale procedura concorsuale benché autonoma dal concordato preventivo (per tale posizione cfr. su tutti FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 85; GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare, La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, p. 255; VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, p.

Inoltre, si è avuta l'introduzione dell'art. 217-bis l. fall., secondo il quale le disposizioni penali in tema di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato e del piano di risanamento.

Da ultimo, la recente legge n. 134 del 2012 ha reso possibile il passaggio dal concordato preventivo agli accordi di ristrutturazione dei debiti (e viceversa) anche nel corso di un'istruttoria fallimentare, conservando inalterate le tutele delle trattative e anzi, anticipandole nel tempo con l'introduzione del c.d. concordato preventivo c.d. "in bianco". In quest'ultimo caso, il debitore può attivare la procedura prima ancora di aver concluso gli accordi con i creditori, depositando un semplice ricorso, con la riserva di depositare in un secondo momento il piano, la proposta e gli ulteriori documenti entro un termine stabilito dal giudice. In tal modo si anticipa la protezione dalle azioni esecutive e cautelari, nonché gli effetti del concordato al momento della pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese.

Gi accordi di ristrutturazione conservano anche dopo le su menzionate riforme la loro natura essenzialmente contrattuale. Infatti, in tale istituto si verificano le dinamiche prettamente negoziali, difettando invece gli elementi tipici che connotano le procedure concorsuali¹¹⁸.

495; VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1107, il quale in particolare riteneva che bisognasse riconoscere la prededucibilità unicamente a quella nuova finanza esplicitamente prevista dall'accordo e nella misura in esso contemplata).

¹¹⁸ Sia consentito in merito il rinvio a NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, p. 376. Si vedano, inoltre, le lucide riflessioni di AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008, p. 172; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, cit., p. 561; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, p. 12; NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 382; PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Fallimento*, 2006, p. 193; FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2566; CASTIELLO d'Antonio, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 609; SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 347; PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, p. 104. Per una differente visione si vedano *ex multis* le riflessioni di DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.*, in *Corr. giur.*, 2010, 2, p. 245, e FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*,

Tramite gli accordi di ristrutturazione il diritto fallimentare, invero, adotta una forma di contratto rafforzato dalla presenza del giudice in funzione stabilizzatrice: non più *iudex gestor* ma *iudex statutor*. Il giudice non esercita infatti alcun controllo sulla gestione del debitore dopo il deposito dell'accordo o dopo l'omologazione, né la legge stabilisce un trattamento predeterminato o comunque paritario dei creditori aderenti¹¹⁹.

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

Inoltre, manca il carattere dell'officiosità e non opera la regola della maggioranza, in quanto la circostanza che essa sia raggiunta con il sessanta per cento dell'esposizione debitoria rappresenta solo una soglia di rilevanza esterna ed oggettiva di affidabilità del tentativo di risanamento. Tale percentuale integra una condizione per l'omologazione¹²⁰,

Padova, 2009, p. 151. Cfr. in giurisprudenza gli spunti offerti da Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, e Trib. Milano, 21 dicembre 2005, entrambi in *Fallimento*, 2006, 669; Trib. Milano, 25 gennaio 2007, *ivi*, 2007, 701; Trib. Udine, 22 giugno 2007, *ivi*, 2008, 701 e Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in www.ilcaso.it.

¹¹⁹ Si vedano in proposito le riflessioni di STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 316 e TARZIA, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 259. Per un'analisi della normativa si veda PICONE, *La Reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993 e FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 65. Nella disciplina anteriore alla riforma BONGIORNO, *Il tramonto del carattere sanzionatorio del fallimento nella riforma del sistema normativo concorsuale: dall'infamia alla premiazione dell'imprenditore dissestato*, cit., p. 223, evidenziava che il rischio dei concordati stragiudiziali si rintraccia nei non chiari metodi di soddisfacimento dei creditori, fondati per lo più su un trattamento differenziato tra i diversi creditori, e pertanto auspicava l'intervento del giudice allo scopo di assicurare una corretta gestione, anche in considerazione dell'interesse pubblico al fenomeno dell'insolvenza.

¹²⁰ In tal senso si vedano PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, *Fallimento*, 2006, p. 189; DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, in *Fallimento*, 2007, p. 710; MANENTE, *Non omologabilità degli ac-*

potendo di conseguenza essere conseguita anche quando gli accordi sono già in corso di esecuzione¹²¹.

La mancata soggezione alle regole concorsuali non si arresta, peraltro, neppure alla deroga al principio della *par condicio creditorum* là dove ciascun creditore raggiunge un accordo con l'imprenditore convenendo qualsiasi tipo di trattamento del suo credito. Infatti, l'istituto *ex art. 182-bis l. fall.* non coinvolge tutti i creditori, i quali non sono organizzati come collettività dei creditori ma come somma di tante teste. Risulta dunque assente anche l'elemento di universalità proprio delle procedure concorsuali. Pertanto, l'imprenditore in crisi può regolare, nel pieno rispetto dell'autonomia privata, la definizione dei rapporti al fine di ottenere un sufficiente numero di consensi e scegliere i creditori cui proporre l'accordo.

Nondimeno, la caratteristica essenziale che non consente di annoverare gli accordi di ristrutturazione tra le procedure concorsuali è la mancanza della finalità di regolazione del dissesto in ossequio al principio del concorso. Invero, l'istituto di cui all'*art. 182-bis l. fall.*, benché presenti l'inibizione delle azioni individuali, non presenta una concorsualità né di ordine processuale, come volta a preservare la *par condicio creditorum*, esauendosi nell'attuare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, né di ordine sostanziale, volta ad assicurare una gestione unitaria della crisi approntando un regime normativo quale quello che disciplina l'espressione del voto nel concordato

cordi ex art. 182 bis l. fall. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore, in *Dir. fall.*, 2008, p. 309; COPPOLA, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, su www.fallimentoonline.it, 2006.. In giurisprudenza si veda Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 136, e Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in www.ilcaso.it. L'opinione contraria secondo la quale l'ottenimento della percentuale minima come requisito deve sussistere prima dell'omologazione, per cui le eventuali adesioni dei creditori pervenute successivamente non sanerebbero il mancato raggiungimento della soglia del sessanta per cento è supportata da NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 675; VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1100; FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in ID. (a cura di), *La legge fallimentare*, II, Padova, 2008, p. 1428; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 895; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 577; ed in giurisprudenza Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 669; App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 297.

¹²¹ Si veda in merito MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fallimento*, 2008, p. 1054.

preventivo¹²². Infatti, difetta una sovrastruttura che vigila sulla gestione e sulla regolare attuazione degli accordi che il giudice deve omologare, e inoltre il divieto di esperire azioni esecutive e cautelari ha un'efficacia limitata a sessanta giorni.

Inoltre, il procedimento di concessione della protezione della fase delle trattative rappresenta una misura automatica che deriva non da un provvedimento giudiziale ma direttamente dalla legge, e che termina necessariamente dopo sessanta giorni dalla pubblicazione, dopo i quali il diritto dei creditori di aggredire il patrimonio dell'imprenditore si riepande. La moratoria delle azioni esecutive è quindi meramente funzionale a facilitare la riuscita dell'operazione, proteggendo l'accordo dall'azione dei creditori c.d. *free riders*. Il legislatore della riforma, inoltre, ha voluto porre l'imprenditore più che l'accordo in una "campana di vetro" in vista dell'omologazione, in quanto la proposta di accordo depositata ai sensi del comma 6 dell'art. 182-*bis* l. fall., potrebbe essere anche totalmente differente dall'accordo depositato ai fini dell'omologa, senza che sussista alcun obbligo di corrispondenza.

Alla natura contrattuale degli accordi non osta neppure il trattamento riservato ai creditori non aderenti in quanto il pagamento integrale dei creditori estranei rappresenterebbe un elemento fondante l'accordo stesso. Infatti, l'assicurazione dell'integrale pagamento per i creditori che non sottoscrivono l'accordo è una condizione dell'omologabilità della ristrutturazione, ovvero un requisito *ex lege* per ottenere l'esenzione dall'azione revocatoria. In altre parole, l'integrale soddisfazione dei creditori estranei rileva non in quanto requisito dell'atto, bensì come condizione esterna ad esso, non certo integrante una condizione di validità¹²³.

¹²² Sul punto infatti DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, Roma, 2009, p. 236, definisce la concorsualità come «un regime giuridico di disciplina di situazioni generalmente caratterizzate da conflittualità tra più soggetti e che non è funzionale in termini esclusivi rispetto al concorso, andando ad abbracciare obiettivi più ampi che oggi sono anche di tipo gestionale e partecipativo».

¹²³ In tal senso, cfr. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in DI MARZIO - MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 233, *contra* DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 8, che lo considera un requisito per l'omologa.

Al pari, non si può ritenere rilevante ai fini della qualificazione la c.d. moratoria di pagamento fino a quattro mesi per i creditori estranei, prescritta dall'ultima riforma del 2012 all'art. 182-*bis* l. fall.: il contratto di cui all'art. 182-*bis* l. fall. produce infatti certamente effetti *ultra vires* sul piano oggettivo, ma non su quello soggettivo¹²⁴.

In particolare, la norma che prescrive una c.d. moratoria di quattro mesi non impone un differimento operante *ex lege* dell'originario termine di scadenza dell'obbligazione, ma incide sul profilo dell'esigibilità dei crediti, i quali non saranno esigibili benché scaduti. Peraltro, lo stesso art. 1372 c.c. nell'escludere che il contratto produca effetti per i terzi, fa salvi i casi previsti dalla legge.

Pertanto, l'accordo di ristrutturazione anche dopo l'introduzione della c.d. moratoria per i creditori estranei, resta una *res inter alios acta*, coerentemente con l'assunto, affermato dalla nota pronuncia di legittimità sul c.d. caso Meroni, per cui il principio dell'art. 1372 c.c. non riguarda "gli effetti riflessi che il contratto, per il solo fatto della sua esistenza, può produrre anche fuori della sfera giuridica dei contraenti"¹²⁵.

Nell'armamentario offerto dal legislatore nella stagione delle riforme, l'accordo di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi di cui all'art. 182-*bis* l. fall. incarna, dunque, lo strumento principe in cui si esalta l'incontro tra autonomia negoziale e insolvenza, espressione del nuovo corso che privilegia la volontà dei creditori limitando l'intervento giurisdizionale e i rimedi concorsuali a carattere processual-pubblicistico¹²⁶.

¹²⁴ In argomento, valgono le osservazioni ancora di DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 33; GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 349; ID., *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 633.

¹²⁵ In tal senso cfr. Cass., sez. un., 16 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, p. 142. Nella stessa decisione si legge che l'art. 1372 c.c. "statuendo che, salvi i casi previsti dalla legge, il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, significa soltanto che, in ossequio al principio di autonomia contrattuale, il contratto non può produrre gli effetti, che esso è destinato a creare ed in vista dei quali è stato stipulato, a vantaggio o a danno di altri soggetti che non abbiano partecipato alla sua formazione: quel che la norma esclude è, dunque, soltanto l'indebita proiezione degli effetti propri del contratto nella sfera giuridica dei terzi".

¹²⁶ In generale sul vigore e sulla continua centralità del codice civile ed in particolare della parte generale del diritto dei contratti si vedano le riflessioni di BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv.*

Si verifica, in questo senso, una sorta di “ritorno al futuro” dal momento che si recupera, sotto l’insegna del diritto comune, quella vicinanza tra la disciplina delle imprese e la materia fallimentare, poi interrotta dal legislatore del ‘42, che caratterizzava anche topograficamente il codice di commercio del 1882, in cui era presente l’accordo amichevole di natura contrattuale¹²⁷.

A tale vicinanza corrisponde adesso una nuova considerazione della crisi come fenomeno fisiologico nella vita delle imprese le quali possono utilizzare il dissesto per risanarsi mediante il c.d. *turnaround* e, come l’araba fenice, tornare a produrre valore¹²⁸, non su impulso del pubblico potere, ma valorizzando le istanze delle voci del mercato all’interno di una nuova cornice normativa.

crit. dir. priv., 2008, p. 347; BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, in AA. VV., *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglese e italiana a confronto*, Milano, 1983, p. 211; DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 9; GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, p. 211.

¹²⁷ Sul punto cfr. ancora FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 49.

¹²⁸ Si veda in proposito GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, con, in appendice, l’illustrazione del dissesto e del risanamento del gruppo Rizzoli negli anni 1982-1984.

