

Introduzione

APPUNTI IN TEMA DI PRECONCORSUALITÀ SISTEMATIZZATA

1. Un celebre aforisma di Mao Tse-tung, ancor oggi di pregnante attualità, descrive perfettamente la situazione venutasi a creare in conseguenza dell'abbandono di un approccio sistematico agli istituti del diritto preconcorsuale: *grande è la confusione sotto il cielo* sovrastante gli istituti in discorso, e segnatamente gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Nell'arco di un decennio gli accordi hanno formato oggetto di una progressiva stratificazione di interventi legislativi affidati alla decretazione di urgenza e forieri di discrasie disciplinari delle quali è talvolta arduo scorgere la conformità a Costituzione. Il legislatore della crisi d'impresa si è mostrato decisamente irremovibile nel rinunciare ad una meditata revisione sistemica intesa a corrispondere ad esigenze di chiarezza ed organicità sempre più profondamente avvertite in progresso di tempo.

A loro volta, la giurisprudenza e la dottrina in termini (salvo alcune rilevanti eccezioni, delle quali darò conto in appresso) hanno confermato la perdurante attualità delle considerazioni formulate oltre settanta anni or sono da un insigne Maestro del processo civile, che in un mirabile saggio del 1942 su *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* si espresse testualmente nei seguenti termini: "Per nessuno meglio che per i giuristi è vera l'osservazione che *assai volte gli errori teorici d'oggi creano la realtà di domani. Se [...] la giurisprudenza comincia ad affermare che una certa norma giuridica significa tutto il contrario di quello che la lettera esprime*, gli uomini, a forza di sentirlo ripetere, cominceranno a crederci anche se non è vero, e *la pratica darà a posteriori ragione alla teoria*" (CALAMANDREI).

In particolare, la dottrina maggioritaria ha mostrato di tenere in non cale la qualificazione di *fonte culturale del diritto* ad essa assegnata da una autorevole corrente di pensiero (PIZZORUSSO, MENGONI, LANFRANCHI, SACCO, LOMBARDI VALLAURI, CARRATTA), dimenticando che "il nostro ordinamento non annovera, fra i canoni interpretativi, la regola che il significato delle di-

sposizioni legislative risulta determinato (e provato) dall'applicazione che esse ricevono" (BARTHOLINI).

Ciò ha comportato la formulazione di tesi non condivisibili alla luce di un corretto inquadramento ordinamentale del nostro istituto: quella del superamento del dogma della indisponibilità dell'insolvenza, che si riscontrerebbe nell'assetto legislativo degli accordi di ristrutturazione dei debiti; quella della contaminazione in senso pubblicistico del diritto dei contratti; e quella dell'ammissibilità, per il solo fatto della mancanza di una norma espressa in contrario senso, di accordi di ristrutturazione con finalità meramente liquidatorie.

Non è, ovviamente, questa la sede idonea a confutare *funditus* l'attendibilità delle opinioni qui criticate. Mi limiterò, pertanto, ad alcune riflessioni suscettibili di ulteriori approfondimenti. Non senza premettere che né la prassi applicativa di un istituto giuridico, né un difforme orientamento interpretativo della giurisprudenza, né la sussistenza di correnti dottrinali spesso irreflessivamente divergenti possono revertire la primazia ermeneutica del testo normativo. Primazia temperata, soltanto, dall'interpretazione adeguatrice, "che impone di privilegiare una possibile lettura conforme a Costituzione di un testo ambiguo rispetto ad una sua pur consolidata interpretazione incostituzionale" (PUGIOTTO) e che legittima anche esegesi in contrasto con la lettera della legge, se confortate dall'interpretazione sistematica (SALVATO).

2. La prima tesi non merita consenso per la decisiva ragione che il presupposto oggettivo degli accordi di ristrutturazione dei debiti è ontologicamente diverso dallo stato di insolvenza di cui all'art. 5 l. fall., consistente in "quella particolare incapacità di non più adempiere alle obbligazioni determinata da *un dissesto* accertato come *irreversibile per la verificata impossibilità di risanare l'impresa*" (VASSALLI).

La ontologica diversità del presupposto oggettivo degli accordi di ristrutturazione dei debiti rispetto a quello stato di conclamata ed *insanabile* insolvenza nel quale, all'opposto, l'istituto intende evitare all'impresa di precipitare si evince con chiarezza dall'*incipit* del comma 3 dell'art. 160 l. fall. ("Ai [soli] fini di cui al primo comma"), in virtù del quale *soltanto* lo stato di crisi positivamente preveduto quale presupposto oggettivo *per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo* "devesi ritenere comprensivo sia della situazione di insolvenza vera e propria che di uno stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni" (Cassazione, 6 agosto 2010, n. 18437). Per converso, lo stato di crisi *di cui al comma 1 dell'art. 182-bis* corrisponde appunto e soltanto alla seconda tipologia dianzi prospettata, atteso che "il concetto di risanabilità dell'impre-

sa” – e, dunque, di reversibilità della crisi – “rappresenta una situazione che *si contrappone* allo stato di insolvenza” (VASSALLI).

A conferma della fondatezza di quanto precede si pone la giurisprudenza in tema di concorso fra il giudizio di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento, che mostra di condividere senza riserve la tesi per cui lo stato di insolvenza esige l’accertamento negativo sulla risanabilità dell’impresa.

È stato, infatti, statuito che in tal caso ricorre un *rapporto di pregiudizialità logica e funzionale*, nel senso che “l’istanza di fallimento potrebbe essere accolta solo qualora non sussistessero le condizioni per procedere all’omologa degli accordi di ristrutturazione”; laddove, per contro, “sussistendo tali condizioni, ne risulterebbe per ciò stesso dimostrato il superamento di quello stato di crisi che degli accordi è il presupposto”. Di qui la coerente e inappuntabile conclusione che “il tribunale deve valutare prioritariamente se siano omologabili i detti accordi, e solo in caso di risposta negativa se sussistano i presupposti per la declaratoria di fallimento” (Trib. Milano, 10 novembre 2009).

La netta e precisa scansione giuridica e concettuale intercorrente fra crisi ed insolvenza si denota ulteriormente asseverata dalla disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale (art. 186-*bis* l. fall.), che ben chiarisce il reale significato – nonché la *esclusiva* attinenza alla procedura concordataria – della locuzione “per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza” (art. 160, comma 3, l. fall., inserito dall’art. 36 d.l. n. 273/2005), dettata allo specifico scopo di chiarire che anche dopo la riforma organica del biennio 2005-2006 l’impresa insolvente avrebbe continuato a poter beneficiare della procedura in discorso, come limpidamente statuito dall’art. 2221 cod. civ..

Ed invero la previsione, nel contesto del piano di concordato, della *prosecuzione dell’attività di impresa da parte del debitore* sottende e postula la sussistenza attuale di una tipologia di crisi reversibile, versandosi in presenza di un modello “indubbiamente accostabile all’abrogata amministrazione controllata” in quanto “il complesso aziendale alla fine [della procedura] rimane nella titolarità del proponente il concordato” (PACCHI), realizzando così la continuità imprenditoriale da parte del medesimo soggetto cui l’impresa fa capo (cosiddetto risanamento soggettivo: *infra*, § 4).

Ben altrimenti, i due ulteriori modelli concordatari alternativamente contemplati nel comma 1 dell’art. 186-*bis* l. fall. (cessione dell’azienda in esercizio; conferimento dell’azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione) implicano e presuppongono la sussistenza di un vero e proprio stato di insolvenza, la cui sistemazione esige una dissociazione fra la sorte dell’imprenditore insolvente e quella del complesso aziendale, destina-

to a formare oggetto di trasferimento in un'ottica non solo soddisfattiva dei diritti di credito ma anche di conservazione aggregata dei valori produttivi e di salvaguardia dei livelli occupazionali accedenti ad essi.

In definitiva, e in estrema sintesi, la nozione di stato di crisi di cui all'art. 182-*bis* l. fall. va intesa come una situazione attuale di squilibrio essenzialmente finanziario assimilabile a quella "temporanea difficoltà di adempiere" che costituisce il presupposto oggettivo dell'abrogata amministrazione controllata, la cui ontologica diversità dallo stato di insolvenza è stata ampiamente e persuasivamente dimostrata dalla più autorevole dottrina specialistica (FERRI, AMATUCCI, LANFRANCHI, VASSALLI), nonché ed ancor prima dai coevi *conditores* del codice civile e della legge fallimentare, non avendo i primi ricompreso l'amministrazione controllata fra le procedure di sistemazione dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale (art. 2221 cod. civ.), ed essendosi espressi i secondi, nel contesto della *Relazione ministeriale alla legge fallimentare* del 1942 (n. 41), nel senso che il presupposto oggettivo dell'istituto consisteva in "una temporanea crisi che rende impossibile l'immediato e regolare soddisfacimento delle obbligazioni, *senza che tuttavia si possa parlare d'insolvenza, e soprattutto di incapacità obbiettiva dell'impresa a riacquistare il suo normale equilibrio*".

Questa nozione si rinviene, altresì, nel contesto della disciplina del sovraindebitamento del debitore non fallibile (l. 27 gennaio 2012, n. 3) là dove si prevede un modello di composizione della crisi patrimoniale in atto consistente in "un accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti" (art. 7, comma 1) accessibile ove si versi in presenza di una *rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni* (art. 6, comma 2, lett. a). Sotto questo profilo va rimarcato che l'intenzione del legislatore, manifestata nel contesto della conferente *Relazione* illustrativa, è stata quella "di promuovere il risanamento aziendale o l'*exit* del consumatore dalla *crisi in stato non irreversibile quel è quello dell'insolvenza*", correttamente qualificata come "*definitiva incapacità di adempierle regolarmente*" (*ibidem*).

3. La seconda tesi non può essere accolta perché "l'accordo di ristrutturazione dei debiti si colloca in un'area privatistica a sfondo negoziale e il sopravvenire dell'omologazione non attribuisce [ad esso] connotazione pubblicistica" (Cassazione penale, Sezioni Unite, 12 giugno 2009, n. 24468). Infatti l'omologazione non opera in funzione del perfezionamento o dell'efficacia della fattispecie negoziale, né interagisce in alcun modo sulla disciplina ad essa propria, bensì si pone quale requisito essenziale affinché l'accordo possa produrre effetti legali ulteriori alla dimensione contrattuale, destinati peraltro a dispiegarsi nell'ambito della eventuale procedura concorsuale successiva all'esito infausto del tentativo di risanamento (il riferimento

attiene alle disposizioni in materia di esenzione dall'azione revocatoria, di prededucibilità dei crediti di restituzione dei finanziamenti concessi e di preclusione della contestabilità dei reati di cui all'art. 217-*bis* l. fall.).

Detto questo, è opportuno soffermarsi sulla natura giuridica del nostro istituto e sulla tipologia strutturale ricorrente nella specie.

3.1. Sotto il primo profilo considerato, giova premettere che in esito ad ognuno degli interventi legislativi succedutisi nel quinquennio 2010-2015 si è manifestata una tendenza dottrinale volta a teorizzare una progressiva inclinazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti verso l'area della concorsualità. Tuttavia, nonostante la stratificazione legislativa di cui si è detto in principio, la teoria della traslazione dell'istituto dal contratto al concorso si denota chiaramente disattesa dalla conferente regolamentazione positiva.

Ed invero, come puntualizzato in dottrina e a tutt'oggi inconfutabile, “permangono intatti i caratteri peculiari che valgono a connotare in senso privatistico gli accordi di ristrutturazione, posto che l'imprenditore, senza che intervenga alcuno spossessamento, ha facoltà di scegliere in piena autonomia le controparti creditorie al di fuori di ogni regola concorsuale, determinando altresì il contenuto dell'accordo, in assenza di un procedimento di apertura o della nomina di organi della procedura e in spregio a ogni principio di concorsualità e di *par condicio creditorum*” (NOCERA).

La permanenza della natura privatistica dell'istituto pur dopo la sopravvenienza dell'art. 182-*septies* l. fall. (dettato, per ciò che qui specificamente interessa, in tema di accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari ed espressivo di disposizioni per più aspetti sindacabili dal giudice delle leggi) è stata assai bene dimostrata da qualificata dottrina, evidenziando che “se il legislatore ha avvertito il bisogno di richiamare l'art. 1372 [cod. civ.] per spiegare le motivazioni del dispiegarsi degli effetti dell'accordo anche nei confronti dei non aderenti è *evidentemente perché muove dall'implicito presupposto che quell'accordo abbia natura contrattuale*, e non procedurale né concorsuale”, e soggiungendo che “ad ulteriore conferma della natura negoziale dell'istituto figura anche la previsione di cui al comma 7 dell'art. 182-*septies*, che stabilisce che in nessun caso, per effetto di tali accordi, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti” (FALCONE).

A sostegno della fondatezza della ricostruzione che precede si pone un'autorevole corte territoriale, pronunciatasi successivamente all'entrata in vigore dell'art. 182-*septies* (la cui valenza meramente *integrativa* e *non mai sostitutiva* della disciplina di cui all'articolo 182-*bis* è chiaramente specificata nel comma 1) nei seguenti termini: “l'accordo di ristrutturazione dei debiti

non dà luogo ad una procedura concorsuale, essendo destinato a produrre effetti soltanto sul piano negoziale. Nel quadro delineato dall'art. 182-*bis* l. f. manca, invero, un provvedimento di apertura a cui facciano seguito progressivi adempimenti giudiziali, così come manca la nomina di organi di gestione o di controllo dell'impresa, che resta saldamente nelle mani dell'imprenditore e sotto la sua esclusiva responsabilità. Gli effetti dell'accordo, coerentemente, [...] non coinvolgono la massa dei creditori in quanto tale, ovvero non si riverberano *erga omnes*, ma restano limitati ai creditori aderenti, se non per l'introduzione di un modesto termine generale di moratoria" (App. Firenze, 7 aprile 2016).

Per tale ultimo aspetto, è opportuno specificare che la moratoria legale di cui alle lett. *a*) e *b*) del comma 1 dell'art. 182-*bis* è stata disposta nei confronti dei creditori estranei all'accordo in applicazione dell'art. 1372, comma 2, cod. civ., nella parte in cui prevede che il principio di relatività del contratto è temperato dalla possibilità che la legge disponga diversamente, prevedendo la produzione di effetti nei confronti dei terzi.

La soluzione accolta dal legislatore della crisi d'impresa è espressiva di una ragionevole e giustificata logica di bilanciamento fra il trattamento riservato ai creditori non aderenti, stante la capacità dell'accordo – *verificata sussistente in sede giurisdizionale* – di assicurare il pagamento di costoro nella misura integralmente contemplata dal titolo generatore del rispettivo credito, ed il superiore interesse al mantenimento in vita di imprese *risultate risanabili al vaglio dell'autorità giudiziaria*, da tempo dichiarato prevalente dal giudice delle leggi (Corte Costituzionale, 24 maggio 1991, n. 218). Ciò in quanto la moratoria legale non consente ai creditori estranei di aggredire il patrimonio del debitore subito dopo l'omologazione dell'accordo ove ad essa non consegua l'immediato pagamento integrale dei crediti in loro titolarità.

Resta ancora da dire che un ulteriore argomento a favore della natura contrattuale dell'istituto consiste in ciò che il diniego di omologazione dell'accordo non incide in alcun modo sul perfezionamento e sull'efficacia *inter partes* del negozio di diritto privato, salva la eventuale pattuizione di specifiche condizioni sospensive o risolutive al riguardo.

Ed invero i requisiti richiesti dal comma 1 dell'art. 182-*bis* l. fall. (capacità di procedere all'integrale pagamento dei creditori non aderenti nei termini di legge; raggiungimento, da parte dei creditori aderenti, della soglia di almeno il 60% della totalità dei crediti vantati nei confronti dell'imprenditore in stato di crisi) non costituiscono requisiti di perfezionamento dell'accordo, che è già stato stipulato con lo scambio dei consensi, bensì appunto e soltanto condizioni per l'omologazione dell'accordo stesso. Il che si denota del tutto coerente con il rilievo che il pagamento integrale e dilazionato dei cre-

ditori non aderenti *non costituisce una modalità esecutiva del piano di ristrutturazione* ma l'attuazione di una condizione di omologabilità dell'accordo, mentre ciò che viene compiuto in esecuzione di esso sono unicamente le attività concordate nel suo contesto con i creditori aderenti, proprio perché solo con essi, e non con gli estranei, un accordo è stato concluso.

3.2. Alla luce delle risultanze emergenti dalla disciplina positiva, la struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti è quella di un unico negozio plurilaterale di cui sono parti l'imprenditore in stato di crisi e tutti i creditori aderenti, riconducibile alla categoria dei *contratti plurilaterali con comunione di scopo*, la cui nozione è quella di "contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune" (art. 1420, prima pt., cod. civ.) e la cui disciplina specifica prevede che, qualora il vincolo contrattuale di una delle parti venga meno per nullità (art. 1420), annullamento (art. 1446) o risoluzione per inadempimento (art. 1459) o per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1466), ciò non comporta lo scioglimento del contratto plurilaterale rispetto alle altre parti, *salvo che* la prestazione venuta a mancare risulti *essenziale* per il raggiungimento dello scopo comune.

Ed invero, considerando che nella previsione legislativa l'oggetto della richiesta di omologazione e del deposito nel registro delle imprese è individuato nell'unitario accordo (art. 182-*bis*, commi 1 e 2, l. fall.), esso si evidenzia come un contratto plurilaterale sorretto da una causa unica, consistente *non già* nel superamento dello stato di crisi "attraverso qualsiasi forma" (art. 160, comma 1, lett. *a*), l. fall, dettato in tema di concordato preventivo e *non richiamato* nel contesto disciplinare del nostro istituto proprio per via della intrinseca correlazione fra *liquidazione* e *insolvenza*, suscettibile – quest'ultima – di costituire il presupposto oggettivo della procedura concorsuale ma *non anche* degli accordi di ristrutturazione dei debiti: *supra*, § 2), bensì nel *risanamento dell'impresa con prosecuzione dell'attività da parte del medesimo originario debitore* (*infra*, § 4), eventualmente anche in esito a ricapitalizzazioni che diano vita a nuovi assetti proprietari.

Per tale ultimo aspetto, va rimarcato che l'esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti richiede la stipulazione di negozi attuativi delle prestazioni ivi dedotte, quali ad esempio contratti di finanziamento, aumenti di capitale con esclusione del diritto di opzione mediante emissione di nuove azioni da attribuire ai finanziatori, costituzione di garanzie, emissione di obbligazioni o di altri titoli di debito (PROTO, ROPPO). Ond'è che la conclusione dei negozi attuativi dell'accordo di ristrutturazione costituisce l'oggetto delle obbligazioni contrattuali assunte in sede di accordo.

In questo quadro, è agevole individuare i riflessi plurioffensivi *sub specie*

damni dell'inadempimento contrattuale di una prestazione essenziale per il conseguimento dello scopo rappresentato dall'obiettivo del risanamento dell'impresa.

L'inadempimento di un creditore aderente *che precluda la realizzazione del piano di ristrutturazione accedente all'accordo* a motivo della essenzialità della prestazione mancata determina la risoluzione dell'intero accordo. Di talché l'inadempimento in questione può ben integrare la causa efficiente della sopravvenienza del definitivo dissesto imprenditoriale; con ogni conseguente riflesso in termini di insorgenza di *responsabilità risarcitoria per causazione del dissesto*, azionabile dal curatore dopo la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore divenuto insolvente (art. 43 l. fall.).

È noto, infatti, che la giurisprudenza è costantemente orientata in senso affermativo della legittimazione del curatore all'esperimento dell'azione risarcitoria nei confronti del terzo (creditore o no) che con comportamenti illeciti, contrattuali o extracontrattuali, abbia provocato la situazione di dissesto produttiva del fallimento.

La proiezione dannosa del comportamento del creditore inadempiente coinvolge e lede, altresì, la posizione giuridica e gli interessi economici degli altri creditori aderenti, legittimati a postulare nei suoi confronti il risarcimento dei danni ad essi cagionati dalla risoluzione dell'accordo.

Per completezza di trattazione, è d'uopo accennare che la risoluzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti non inficia gli atti compiuti in esecuzione di essi.

Ciò in quanto la stabilità degli effetti degli atti posti in essere in esecuzione di accordi omologati riposa sul dato positivo, atteso che l'accordo di ristrutturazione dei debiti è riconducibile alla categoria dei contratti *di durata*, rispetto ai quali l'art. 1458 cod. civ. dispone che l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

4. La terza tesi si denota, essa pure, non divisibile.

Come già evidenziato a suo luogo, la maggior parte della dottrina ha ritenuto che la mancanza, nel disposto dell'art. 182-*bis* l. fall., della espressa finalizzazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti alla prosecuzione dell'attività dell'impresa consentisse di affermare la legittimità dell'utilizzazione dell'istituto anche a fini liquidatori, ammettendo così la possibilità di articolare il contenuto degli accordi "intorno a piani di mera liquidazione del patrimonio del debitore, anziché di recupero del riequilibrio economico-finanziario dell'impresa in una prospettiva di continuazione della stessa" (MUNARI).

Questo orientamento è stato fermamente contrastato con motivate argomentazioni (MUNARI, CARLI, DI MAJO, MARANO) e apertamente disatteso dalla più meditata giurisprudenza, che si è del tutto divisibilmente espressa

nel senso che “*la prospettiva meramente liquidatoria del piano di ristrutturazione sembra tradire lo scopo perseguito dal legislatore volto a favorire piani di risanamento stragiudiziali e non certamente volto alla sola liquidazione dell’impresa*”. Non senza ulteriormente specificare che a fronte dell’utilizzo degli accordi “con finalità meramente liquidatorie e disgregatrici dell’impresa non [si avrebbe] alcuna giustificazione dell’esenzione da revocatoria, né della violazione del principio della *par condicio creditorum*” di cui all’art. 2741 cod. civ., “che ha un senso solamente nella volontà dei creditori partecipanti all’accordo di assicurare la salvaguardia dell’impresa” (Trib. Udine, 22 giugno 2007).

Una adeguata riflessione in chiave sistematica, incentrata sulla corretta individuazione del presupposto oggettivo dell’istituto (*supra*, § 2), si denota ampiamente sufficiente a confutare l’attendibilità della tesi qui criticata e a dimostrare la centralità della relazione intercorrente fra superamento dello stato di crisi e prosecuzione dell’attività d’impresa da parte del debitore (c.d. risanamento soggettivo).

La nozione di risanamento soggettivo risulta univocamente puntualizzata dai giudici delle leggi e della nomofilachia, concordi nell’affermare che un risultato di risanamento, *senza liquidazione dei beni*, in tanto può aversi in quanto sia il medesimo originario imprenditore a riprendere l’attività economica (Corte Costituzionale, 28 dicembre 2006, n. 456; Cassazione, 10 marzo 2006, n. 5301). Ed è di tutta evidenza che queste autorevoli statuizioni si pongono a conferma della fondatezza dell’approdo ricostruttivo per cui “la risanabilità che esclude l’insolvenza è solo quella che consente di non spezzare il rapporto tra l’imprenditore e la sua impresa che deve, dunque, permettere una continuazione e poi una ripresa *in bonis* dell’attività da parte del medesimo soggetto cui l’impresa fa capo” (VASSALLI). Ond’è che il fine della continuazione dell’attività d’impresa da parte dello stesso imprenditore si denota connaturato ed essenziale alla struttura logica e al contenuto normativo del nostro istituto.

5. La ricostruzione operata nelle pagine precedenti consente di individuare una netta assimilazione funzionale degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai piani attestati di risanamento, rispetto ai quali la giurisprudenza di legittimità si è inappuntabilmente espressa nei seguenti termini: “un piano di risanamento aziendale, redatto ai sensi dell’art. 67, comma 3, lett. *d*), della L. F., deve essere, o almeno apparire, idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria. È questo il motivo per cui i pagamenti effettuati in esecuzione del piano stesso sono esclusi dalla revocatoria fallimentare: si tratta, infatti, di *un piano* che, per i suoi contenuti e per l’attestazione che riceve da un professionista qualificato, deve essere *idoneo a consentire il ri-*

sanamento dell'impresa, per il valore che questa rappresenta per l'ordinamento; un piano, quindi, che deve essere redatto *in una prospettiva di continuazione dell'attività d'impresa e non già in funzione della sua liquidazione* al di fuori di qualsiasi controllo pubblico” (Cassazione penale, Sez. V, 3 marzo 2016, n. 8926).

A tale stregua, non può non suscitare ampie riserve e motivate perplessità la circostanza che l'art. 5, lett. a), del d.d.l. AC n. 3671-*bis*-A, recante *Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, prescrive che il principio direttivo ivi enunciato si applichi “all'accordo di ristrutturazione dei debiti *non liquidatorio*”; così implicitamente affermando la configurabilità di accordi d'indole liquidatoria ancora all'indomani dell'entrata in vigore della prospettata riforma.

È, questo, un segno evidente della distanza siderale che separa il legislatore nazionale da una ricostruzione sistematica degli istituti di diritto preconcorsuale mirata all'armonizzazione funzionale di essi nel senso della chiara indicazione offerta dalla Raccomandazione 2014/135/UE del 12 marzo 2014, il cui ambito soggettivo di applicazione ricomprende senza residui dubbi le imprese beneficiarie degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Viene in rilievo, in particolare, il Considerando 16, il quale specifica che il piano di ristrutturazione deve essere “tale da *impedire l'insolvenza e garantire la redditività dell'impresa proseguendo l'attività*”.

Ciò nondimeno, poiché “la raccomandazione della Commissione Europea è un atto non vincolante, del quale, tuttavia, il giudice nazionale deve tenere conto nella interpretazione del diritto interno” (Cassazione, Sezioni Unite, 15 maggio 2015, n. 9935), è auspicabile una sollecita approvazione della proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio COM (2016) 723 *final* del 22 novembre 2016, il cui Titolo II, inerente al *Sistema di ristrutturazione preventiva*, disegna i tratti qualificanti di “una ristrutturazione che, avviata *ai primi seri sintomi di crisi*, e quindi *ben prima del manifestarsi dell'insolvenza*, valga a *prevenire quest'ultima*” (DE CESARI-MONTELLA). A tale stregua appare evidente la palese incongruità di una definizione dello stato di crisi, tal quale quella recentemente avanzata dal legislatore nazionale, come “*probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica*” (art. 2, lett. c), d.d.l. n. 3671-*bis*-A, cit.).

ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO

Capitolo Primo

PROFILI SISTEMATICI E RICOSTRUTTIVI

Sommario

I. La natura giuridica del piano stragiudiziale attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti. – II. La finalità del piano stragiudiziale attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti. – III. La tipologia strutturale del piano stragiudiziale attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti. – IV. Il presupposto soggettivo (la qualità di *imprenditore commerciale*) e quello oggettivo (lo *stato di crisi*). – V. Piano stragiudiziale attestato, accordi di ristrutturazione dei debiti e principio della *par condicio creditorum*.

I. La natura giuridica del piano stragiudiziale attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti

1. Gli accordi di composizione negoziale delle crisi di impresa e le procedure concorsuali giurisdizionali di cui all'art. 2221 cod. civ. differiscono sensibilmente in ordine alla natura e alla qualificazione giuridica degli interessi tutelati e dei fini perseguiti.

Se infatti non v'è dubbio che le procedure concorsuali mirino innanzi tutto – se non esclusivamente – alla soddisfazione del ceto creditorio¹, e se neppure è dubbio che gli istituti legalmente tipizzati di composizione negoziale delle crisi di impresa, al contrario, mirino primariamente alla tutela della continuità aziendale² e solo secondariamente a quella del ceto creditorio,

¹ Anche “il concordato [preventivo] è una procedura di concorso per il soddisfacimento dei creditori” (M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incertezze ideologiche*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 6 agosto 2015, p. 11).

² In sede europea, come ricorda S. PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n. 848/2015 sulle procedure d'insolvenza*, in *fallimentiesocieta.it*, 2015, p. 2 s., si è affermato che “nella misura in cui la crisi non è più ritenuta una sconfitta bensì un'opportunità per apprendere dagli errori, per migliorare e per crescere, la liquidazione disgregativa ha ceduto la supremazia ad operazioni sul patrimonio e sull'impresa finalizzate alla continuità”; aggiungendo che “si tratta della transizione da una passiva accettazione delle cause dell'insolvenza, con autoritario smembramento del patri-

si deve affermare che esiste una ontologica diversità (quando non, anche, una vera e propria contrapposizione) tra le due categorie di istituti giuridici.

2. Tale affermazione è supportata da considerazioni di ordine sistematico afferenti la *summa divisio* tra diritto pubblico e diritto privato, che qui certamente rileva.

Va a tale proposito premesso, pur se in via estremamente sintetica e semplificata, che il diritto pubblico è costituito da norme giuridiche volte alla tutela – in via diretta o indiretta, e per lo più a opera di soggetti pubblici – di interessi collettivi, ovvero e in ogni caso metaindividuali, trascendenti cioè il diritto e/o l'interesse di un singolo soggetto, e che perciò sono caratterizzate, *in primis*, dal loro carattere cogente; laddove il diritto privato è invece costituito da norme giuridiche dirette alla tutela di interessi di singoli soggetti – per lo più privati – e che perciò sono caratterizzate, *in primis*, dal loro carattere dispositivo. Esse trovano cioè applicazione, e quindi validità ed efficacia giuridica, solo e nei limiti in cui vi sia, da parte del o dei soggetti privati interessati ad avvalersene, una espressa manifestazione di volontà in tal senso (si pensi, in particolare, al vasto e primario campo delle obbligazioni civili).

Ne consegue, con riferimento al settore dell'ordinamento che qui interessa, che il diritto concorsuale, poiché diretto a tutelare non già gli interessi dell'imprenditore insolvente (basti pensare alle conseguenze, sostanzialmente espropriative del patrimonio del fallito, derivanti dall'applicazione dell'art. 124 l. fall., ove e tutte le volte che il concordato fallimentare sia promosso da uno o più creditori o da un terzo), bensì e ben altrimenti gli interessi di più collettività di soggetti (i creditori dell'imprenditore insolvente, i lavoratori addetti all'impresa, i fornitori di quest'ultima), presenta la caratteristica di fondo propria del diritto pubblico: e in effetti esso si articola in procedure coat-

monio per ripartire il ricavato delle vendite dei singoli *assets* tra i creditori, ad immediati interventi sull'azienda e sull'impresa, negoziati e autogestiti, per conservare il valore dei complessi produttivi in funzione di una loro ristrutturazione o di una cessione". Analogamente P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Fallimento*, 2015, p. 1026 s., la quale osserva che "nella nuova prospettiva, la liquidazione del patrimonio del debitore non rappresenta più il fine principale della procedura d'insolvenza, bensì una mera opzione. Le finalità prioritarie diventano, infatti, il risanamento e la ristrutturazione, nonché la prosecuzione dell'attività dell'impresa al fine di promuovere la ripresa economica e la crescita sostenibile", e ancora, che "la raccomandazione invita gli Stati ad introdurre nei propri ordinamenti nuove procedure volte a salvare le imprese in stato di pre-insolvenza, e non di insolvenza conclamata, nonché a dare una seconda opportunità agli imprenditori «onesti», ammettendoli al beneficio della liberazione dai debiti contratti nel corso dell'attività, al fine di agevolarne il reinserimento nel contesto economico (*fresh start*)".

Il nuovo Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza, che sostituisce quello attualmente vigente (n. 1346/2000), si applicherà alle procedure di insolvenza a partire dal 26 giugno 2017.

tive (poiché, una volta instaurate, ancorché su iniziativa del debitore, si svolgono indipendentemente dalla volontà del soggetto passivo di esse), aperte e vigilate da un soggetto pubblico, quale l'autorità giudiziaria o amministrativa. Viceversa, il diritto preconcorsuale dell'economia, poiché volto a tutelare interessi privati (ritorno *in bonis* di un'impresa privata in stato di crisi reversibile; maggior ricavo a beneficio dei creditori rispetto all'alternativa concorsuale astrattamente praticabile, costituita dal concordato preventivo con continuità aziendale mediante prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore), presenta la caratteristica di fondo, pure dinanzi richiamata, propria del diritto privato: e in effetti esso rappresenta un settore del diritto privato, concretizzandosi in una serie di strumenti certamente privatistici in quanto connotati dall'assunzione di obbligazioni frutto esclusivo dell'autonomia contrattuale delle parti.

Il diritto concorsuale, dunque, alla luce degli interessi tutelati è diritto pubblico, mentre il diritto preconcorsuale dell'impresa è diritto privato. E ciò rileva evidentemente per più aspetti, e produce effetti di non poco conto, ad esempio in sede di delimitazione dei confini tra i rispettivi ambiti, ovvero al fine di individuare, tra più possibili interpretazioni di una specifica disposizione al riguardo, quella sistematicamente più corretta.

2.1. A tale ultimo proposito appare opportuno, a titolo esemplificativo, prospettare due profili di comparazione.

Il primo concerne la fase di avvio della procedura fallimentare, e più esattamente le conseguenze da ciò derivanti. È pacifico, infatti, che nella quasi totalità dei casi il deposito della istanza di fallimento è effettuato non già dal debitore, ma da uno o più creditori o dal pubblico ministero, la cui legittimazione all'istanza è emblematica della compresenza di interessi metaindividuali da tutelare a fronte dello stato di insolvenza che costituisce il presupposto oggettivo della procedura. Si tratta, perciò, di una procedura connotata da evidenti profili pubblicistici: sia per il suo carattere obbligatorio, sia perché destinata a una pluralità di soggetti, la maggior parte dei quali, peraltro, è sconosciuta allo stesso istante. Si tratta, cioè, di una procedura destinata a produrre effetti ben al di là e assai oltre gli interessi specifici che ne hanno determinato l'avvio; una procedura, pertanto, mirata a soddisfare interessi collettivi *per definizione*, e dunque pubblici e non già individuali. Non a caso, in proposito, nella *Relazione ministeriale della legge fallimentare* del 1942 si afferma testualmente che il diritto dei creditori (al plurale, e dunque considerati come ceto e non individualmente) al soddisfacimento delle proprie ragioni costituisce «un altissimo interesse pubblico».

Gli strumenti di composizione negoziale della crisi, al contrario, vengono in rilievo solo se e quando l'imprenditore decida di avvalersene; ciò che non

viene meno per il fatto che, con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti, siano previsti alcuni requisiti per l'efficace esercizio di siffatta facoltà (percentuale minima dei crediti in titolarità dei creditori aderenti all'Accordo) o che la produzione degli effetti legali ulteriori alla conclusione dell'Accordo sia subordinata al rispetto di determinate formalità (omologazione giudiziale dell'Accordo stesso). Tali aspetti rappresentano infatti, rispettivamente, una *condizione legale* di sussistenza della fattispecie regolata e una *formalità* – anch'essa *legale* – cui è subordinata la produzione di quei determinati effetti, ma non incidono in alcun modo e sotto alcun profilo sulla piena libertà dell'imprenditore di decidere se, quando e in quali termini fare ricorso a un siffatto Accordo³. La circostanza che un istituto giuridico sia oggetto di una qualche normazione di carattere imperativo non ne fa per ciò solo venir meno la natura privatistica, essendo quest'ultima ancorata *alla libertà del soggetto dell'ordinamento di avvalersene*.

2.2. Il secondo esempio afferisce i poteri del giudice.

Nel caso del fallimento, la procedura è interamente affidata al tribunale, il quale, una volta verificata la sussistenza di uno stato di insolvenza, ha l'obbligo di avviare e portare a termine la procedura concorsuale di liquidazione dell'impresa.

Ciò in ossequio alla natura metaindividuale degli interessi protetti, riducendo e perequando per quanto possibile gli inevitabili pregiudizi che il ceto creditorio, talvolta particolarmente ampio, è destinato a subire a fronte di una accertata impossibilità definitiva da parte dell'imprenditore-debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

Viceversa, nell'ambito degli istituti preconcorsuali di fonte legale la decisione di far ricorso a un piano stragiudiziale attestato piuttosto che ad accordi di ristrutturazione dei debiti è interamente affidata all'imprenditore.

Ciò in ossequio alla natura esclusivamente privatistica dell'interesse perseguito, quello di superare la situazione di crisi reversibile dell'impresa. Se infatti si versa in una situazione di crisi (quasi) certamente superabile (a ciò vale ed è volta l'attestazione dell'esperto, come meglio si vedrà oltre) non vi è alcuna ragione per negare all'imprenditore di continuare a esercitare il proprio diritto di libertà d'impresa, peraltro oggetto – come è noto – di tutela costituzionale *ex art. 41 Cost.*

³ In linea con l'orientamento della Commissione UE, la cui ottica, come sottolinea U. MACRÌ, *La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza. Un commento a prima lettura*, in *Fallimento*, 2014, p. 401, è quella per cui “la ristrutturazione andrebbe tendenzialmente gestita al di fuori dei tribunali: il debitore dovrebbe poter avviare il processo di ristrutturazione dell'impresa senza dover iniziare ufficialmente un'azione in giudizio”.

2.3. Le conclusioni appena raggiunte presentano una utilità sistematica, fornendo un ausilio determinante alla corretta collocazione degli strumenti in esame nell'ordinamento giuridico generale e, nel contempo, alla loro netta distinzione dalle procedure concorsuali. Di conseguenza, esse presentano altresì una indubbia utilità pratica in relazione alla corretta soluzione di numerosi dubbi interpretativi, come meglio si vedrà nel prosieguo.

Per ciò che qui specificamente interessa, si può affermare che i poteri del giudice in relazione agli istituti preconcorsuali non interferiscono sull'incontro delle volontà dell'imprenditore e dei creditori aderenti. La conferente normazione positiva riflette questa esigenza sistematica, nessun potere giurisdizionale essendo previsto per il piano stragiudiziale attestato e solo un potere tenue, poiché esplicantesi in sede di volontaria giurisdizione (omologazione, autorizzazioni *ex art. 182-quinquies*, provvedimenti *ex art. 182-bis*, commi 6 e 7, l. fall., ecc.), per gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il dettato legislativo, sul punto, appare dunque rispettoso del principio-guida dinanzi evidenziato; principio che a sua volta, come meglio si vedrà oltre, ha un inevitabile peso nel determinare i limiti dei poteri esercitabili dal giudice in sede omologatoria.

3. La natura negoziale del piano stragiudiziale attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti⁴ è confermata dalla circostanza che essi, al pari dei tradizionali accordi stragiudiziali puri, si articolano per lo più in contratti

⁴ Sostenuta di recente anche da L. ABETE, *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2014, p. 1008. Hanno sostenuto la natura negoziale degli istituti in esame, tra gli altri, F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, Relazione al Convegno tenutosi a Lanciano il 13 ottobre 2007 su «La nuova legge fallimentare “rivista e corretta”» [anche in M. VIETTI-F. MAROTTA-F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, 2007, p. 19 ss.], p. 1 ss.; M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 902 ss., il quale ha ribadito tale opinione anche dopo il d.l. n. 83/2015 (cfr. M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, p. 1269 ss.; nonché M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies l. fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in *Fallimento*, 2016, p. 924 s., ove osserva che “benché il colpo assestato col nuovo art. 182-septies sia di rilevantissimo impatto, il guado che separa gli accordi dalla concorsualità a me pare ancora presente perché il debitore non è spossessato, perché non esiste un provvedimento di apertura di un procedimento, perché i creditori aderenti possono essere trattati diversamente (anche se ora, forzatamente), perché non c'è un organo che vigila sul procedimento, anche se, poi, pur non esistendo una regola parallela a quella dell'art. 184 l. fall., alcuni effetti di questa disposizione si applicano”; S. DELLE MONACHE, *Profili dei “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *judicium.it*, 2013. Ha sostenuto la natura negoziale del piano e dell'accordo anche R. TAROLLI, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 790 ss.

per così dire *di secondo grado*, in contratti cioè caratterizzati dalla circostanza di trovare il proprio presupposto e la propria giustificazione in precedenti analoghi contratti, rispetto ai quali si differenziano esclusivamente per il fatto di presentare un oggetto nuovo e/o in qualche forma e/o in qualche misura ri-determinato.

Nella rinegoziazione di tali preesistenti contratti, infatti, restano immutate sia le parti (anche ove si addivenga alla sostituzione di più contratti bilaterali con un contratto plurilaterale, in tal caso modificandosi solo la modalità tecnico-giuridica di formazione delle reciproche obbligazioni), sia la forma (poiché resta quella prescritta dalla legge per quel contratto, ovvero quella in precedenza osservata), sia la causa (cioè la funzione economico-sociale propria del contratto); cambia solo l'oggetto, ovvero le reciproche prestazioni delle parti.

Tale modifica rappresenta il mezzo attraverso il quale perseguire lo scopo del piano, rappresentato dal risanamento dell'impresa che si trovi in una situazione di crisi reversibile. In questa prospettiva non v'è dubbio che gli istituti preconcorsuali in esame siano senz'altro assimilabili agli accordi stragiudiziali c.d. puri; e ciò sia sotto un profilo strutturale, perché essi si concretizzano in una rivisitazione dei precedenti accordi quanto ai tempi e/o ai modi di adempimento delle obbligazioni già assunte con i preesistenti contratti (che potremmo perciò definire *di primo grado*), sia sotto un profilo funzionale (e dunque *causale*), perché mirano a consentire la fuoriuscita dell'impresa dalla situazione di temporanea difficoltà.

Una differenza di notevole rilievo, soprattutto in relazione ai riflessi conseguenti a un (eventuale) successivo fallimento dell'impresa beneficiaria, è da ravvisare nella circostanza che gli accordi stragiudiziali puri sono contratti atipici, cioè contratti non specificamente previsti dall'ordinamento giuridico, e in quanto tali sottoposti alla verifica di meritevolezza dell'interesse perseguito secondo la regola generale dettata dall'art. 1322, comma 2, cod. civ. Viceversa, il piano stragiudiziale attestato e gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono istituti di fonte legale, ovvero tipizzati quanto ai loro tratti caratteristici e qualificanti ed alla meritevolezza dell'interesse perseguito (il risanamento dell'impresa). Ne consegue che essi sfuggono al controllo di meritevolezza dell'interesse perseguito, essendo questo stato effettuato a monte, e con esito positivo, dal legislatore.

In altri termini, nel momento in cui il legislatore ha introdotto gli istituti preconcorsuali di cui si tratta ha evidentemente ritenuto che essi potessero entrare legittimamente a far parte dell'ordinamento giuridico; e in tale operazione valutativa ha evidentemente ritenuto, seppur in via implicita, che l'interesse dagli stessi perseguito fosse al contempo lecito e meritevole di positiva considerazione.

Altra correlata conseguenza è che tutti i contratti facenti parte del Piano o

dell'Accordo sono connotati, oltre che dalla propria causa tipica – quella prevista dalla legge per ciascun contratto – anche dalla sussistenza di una *causa ulteriore ed esterna*, rappresentata da quella comunanza di scopo data dal loro essere strumentali al perseguimento del salvataggio dell'impresa. Ciò determina la sottoposizione degli istituti preconcorsuali di cui si tratta alla disciplina dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, secondo quanto preveduto dagli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 cod. civ.⁵.

4. Sulla natura negoziale e privatistica degli istituti in esame occorre ulteriormente soffermarsi, atteso che per quanto concerne, in particolare, gli accordi di ristrutturazione dei debiti non vi è, in dottrina, unanimità di opinioni.

Le perplessità nascono dalla previsione della omologazione, ovvero dalla circostanza che detti accordi sono destinati a produrre effetti legali ulteriori al perfezionamento di essi solo ed esclusivamente allorché si concluda favorevolmente la fase di omologazione che si svolge dinanzi al tribunale territorialmente competente.

La domanda che ci si è posti è se tale Accordo “presenti una natura negoziale, ovvero [se] prevalga l'elemento giurisdizionale, in maniera tale da qualificare come giudiziale la natura dell'accordo medesimo”⁶. Questa struttura bifasica ha infatti ingenerato un interrogativo circa la natura della fattispecie in esame, vale a dire se la stessa costituisca una articolazione del concordato preventivo o se sia viceversa dotata di una propria autonomia strutturale e funzionale, dando vita a opinioni in antitesi fra loro: una prima, “autonomista”⁷, e una se-

⁵ Sull'argomento cfr. per tutti L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, spec. p. 114 ss.

⁶ M. BASSANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Roma, 2013, p. 35.

⁷ Per questa tesi A. CASTIELLO D'ANTONIO, *I finanziamenti alle imprese in crisi negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, p. 214 ss. e p. 224. Conf., *ex multis*, S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla “miniriforma” del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, in S. AMBROSINI (diretto da), *Strumenti del diritto – Diritto Fallimentare*, Padova, 2012, p. 6 ss. e p. 39 s., il quale osserva che essa “appare senz'altro preferibile, soprattutto in ragione dell'assenza, rispetto a quanto avviene nel concordato, di effetti remissori per i creditori che non aderiscono all'accordo, ma anche del fatto che, mentre in base al disposto dell'art. 182-bis l'accordo con i creditori precede l'intervento del tribunale e ne costituisce il necessario presupposto, nel concordato preventivo il piano proposto dal debitore rimane un'attività interna al debitore fino all'approvazione da parte dei creditori”; aggiungendo al riguardo che “non è senza significato, del resto, che la legge parli nell'un caso di «accordi» e nell'altro, appunto, di «piano»; e neppure lo sono, verosimilmente, la circostanza che nell'art. 67, comma 3, lett. e), concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione siano considerati in modo nettamente separato, e l'avvenuto inserimento nella rubrica del Titolo III, che prima della riforma del 2005 recitava «Del concordato preventivo», della locuzione «e degli accordi di ristrutturazione»; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incertezze ideologiche*, cit., p. 20 s.; ID., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, cit., p. 902 ss.

conda, tesa a considerare l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti quale “*species* del più ampio *genus* concordato preventivo”⁸.

In questo quadro, non par dubbio che la previsione di una fase di omologazione dinanzi al tribunale rappresenti una circostanza del tutto inidonea a incidere sulla natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che è e che resta totalmente negoziale⁹.

Valgano, in questa direzione, le considerazioni che seguono.

In primo luogo, il contenuto e la forma degli accordi in esame sono totalmente devoluti alle libere scelte dell'imprenditore e dei suoi creditori, sicché sotto alcun profilo soggetti esterni, e men che mai l'autorità giurisdizionale, potrebbe sindacarne né modificarne il contenuto.

In secondo luogo, neppure dubbio vi è sulla circostanza che in caso di mancata omologazione dell'Accordo – e fatta salva, naturalmente, l'ipotesi in cui siano state previste espresse condizioni risolutive – i nuovi patti intercorsi tra le parti debbano valere, tra le stesse, quale nuova regolamentazione dei propri rapporti e delle reciproche obbligazioni.

In terzo luogo, va osservato che siccome in sede di omologazione il giudice adito, in mancanza di opposizioni, è deputato a operare una valutazione di mera legittimità, anche successivamente all'omologazione ciò che disciplinerà il rapporto sostanziale tra le parti sarà solo ed esclusivamente il contenuto degli accordi tra le stesse liberamente stipulati (si tratta dei contratti dinanzi definiti *di secondo grado*).

L'omologazione, dunque, non incide e non può incidere sul contenuto negoziale degli accordi intercorsi tra le parti, rappresentando essa, al contrario, un elemento sostanzialmente accessorio, poiché avente la sola funzione di attribuire ai creditori aderenti, in caso di insuccesso del piano e susseguente fallimento, una serie di benefici volti a bilanciare, almeno in parte, i sacrifici a detto fine dagli stessi compiuti. La fase giudiziale si concretizza così in un elemento del tutto *esterno* agli accordi, cioè in un elemento che non incide minimamente né sul loro contenuto, del tutto immodificabile da parte del giudice¹⁰, né sulla loro esecuzione successiva all'intervenuta l'omologazione.

⁸ Sul tema cfr. F. PENNAFINA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. CASTIELLO D'ANTONIO-R. CUONZO-F. PENNAFINA, *La prevenzione dello stato di insolvenza nel nuovo diritto della crisi d'impresa*, Napoli, 2008, p. 95 ss.

⁹ Sull'autonomia degli accordi di ristrutturazione dei debiti rispetto al concordato preventivo cfr., tra i contributi più recenti, G. BUCCARELLA, *I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013, p. 49 ss.

¹⁰ Milita in tal senso, del resto, la circostanza che l'accordo, dovendo essere contestualmente pubblicato nel registro delle imprese al fine di consentire eventuali opposizioni da parte dei creditori non aderenti e di ogni altro eventuale interessato, deve essere sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria già completo di tutti i suoi elementi, intervenendo il tribunale solo concedendo o ne-

Del resto, a ben vedere, la fase giudiziale in questione è mirata a tutt'altro e duplice fine, affatto diverso da quello di sindacare e/o intervenire sul contenuto degli accordi. In primo luogo, essa mira a rafforzare la funzione incentivante dello strumento in esame: a fronte della omologazione, che offre di per sé una maggiore garanzia ai creditori in ordine alla sussistenza delle condizioni e dei requisiti previsti dalla legge, il legislatore ha infatti concesso ben tre rilevanti benefici per l'eventualità di un successivo fallimento dell'impresa beneficiaria dell'istituto: l'esenzione da revocatoria, la prededucibilità dei crediti di restituzione, e l'esclusione di talune fattispecie penali. In questa prospettiva non v'è dubbio, perciò, che l'omologazione abbia una funzione meramente incentivante, e che sia al contrario del tutto inidonea a consentire una qualificazione in termini giudiziali degli accordi in parola.

In secondo luogo l'omologazione, pur essendo volta ad attribuire taluni concreti benefici ai creditori che abbiano partecipato al tentativo di salvataggio, non presenta però alcuna *immediata portata sostanziale*, non produce cioè alcun *reale e concreto effetto giuridico* sugli accordi, né sulla fase di esecuzione degli stessi. Come è infatti noto – e pacifico – gli effetti derivanti dall'omologazione possono prodursi soltanto nella ipotesi – futura ed eventuale – di insuccesso del piano e di sottoposizione dell'impresa alla procedura concorsuale: sì che, ove a quest'ultima non si pervenga (come è del resto ragionevole e presumibile ritenere, versandosi in presenza di una crisi reversibile e superabile, appunto, attraverso il ricorso al Piano o all'Accordo), dalla omologazione non deriverebbe alcun effetto giuridico, rimanendo le parti soggette esclusivamente agli effetti promananti dal contenuto sostanziale degli accordi tra le stesse intercorsi (gli stessi che si sarebbero avuti ove gli accordi non fossero stati sottoposti a omologazione, ovvero non fossero stati ritenuti omologabili).

Si deve allora concludere nel senso che gli istituti preconcorsuali in esame sono strumenti prettamente negoziali, cioè frutto esclusivo degli accordi privati intercorsi tra le parti in virtù della loro autonomia negoziale, dovendosi viceversa escludere, pur in presenza di una omologazione da parte del competente tribunale, qualsiasi loro connotazione giudiziale.

Infine, come pure si è osservato in dottrina, “non v'è dubbio che la declinazione al plurale, piuttosto che al singolare (il titolo III reca la dicitura *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*), sia già di per sé idonea a dar conto di una maggiore libertà, rispetto al concordato preventivo, in sede di esplicazione dell'autonomia contrattuale, nel senso

gando l'omologazione. Su tale aspetto cfr. M. BASSANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 37, nonché S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, Padova, 2008, p. 114 ss.

che la fattispecie si caratterizza per un maggior grado di apertura dal punto di vista dei contenuti che possono alimentarla”; pertanto – si conclude – “gli accordi di ristrutturazione sono veri e propri contratti”¹¹.

5. Sempre con riferimento alla natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti, va altresì escluso che essi rappresentino una procedura concorsuale, non essendo ravvisabile alcuno degli elementi tipici e caratterizzanti dette procedure¹², e consistenti nella regolamentazione coattiva dei rapporti fra

¹¹ L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 285.

¹² Come sostenuto, da ultimo, da Trib. Milano, Sez. II civile, 10 novembre 2016, pubblicata sul sito *ilcaso.it*, 2016, e massimata da F. BENASSI, il quale ha così statuito: “l’accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all’art. 182-bis legge fall. non ha natura di procedura concorsuale, in quanto: 1) non è ravvisabile un provvedimento giudiziale di apertura; 2) è assente un organo deputato alla gestione della procedura; 3) non si realizza l’apertura del concorso fra i creditori; 4) non risulta operante un rigoroso meccanismo di rispetto della *par condicio creditorum* (ed anzi l’accordo opera in senso quasi opposto); 5) non è ravvisabile uno spossamento dell’imprenditore; 6) non si crea alcuna soluzione di continuità tra crediti «anteriori» e crediti «posteriori» (operando semmai la distinzione tra creditori aderenti e creditori non aderenti)”.

Negli stessi termini, in dottrina, con argomentazioni simili, cfr. S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Il fallimento*, 2012, p. 1138 (il quale ribadisce l’opinione in S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla “miniriforma” del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, cit., p. 42, nonché, *amplius*, p. 107 ss., laddove conclude – p. 109 – osservando che la “soluzione opposta [...] tende a enfatizzare la struttura c.d. bifasica della fattispecie e i «momenti giudiziali» [...] e suscita l’impressione che in tal modo si finisca per sovrapporre due piani, quello della giurisdizione e quello della concorsualità, che sono – e vanno tenuti – concettualmente distinti”), e I.L. NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d’impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 391 ss., per il fatto che per potersi parlare di concorsualità sarebbe necessaria la sussistenza di una serie stringente di presupposti: un provvedimento giudiziale destinato ad avviare la procedura, con la nomina di appositi organi; l’universalità degli effetti, in termini oggettivi (tutto il patrimonio del debitore) e soggettivi (tutti i creditori); il blocco degli interessi sui crediti chirografari; la parità (almeno tendenziale) di trattamento tra i creditori; il funzionamento del principio di maggioranza rispetto alla collettività da essi rappresentata; l’imposizione di limiti al potere dispositivo del debitore.

Della stessa opinione, *ex multis*, E. CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *judicium.it*, 2013, p. 2, il quale evidenzia come in tale direzione milita anche la lettera dell’art. 182-bis l. fall. laddove parla di accordo, escludendo altresì che “i possibili limitati effetti per i creditori estranei previsti dalla norma di cui all’art. 182-bis l. fall. e l’effetto della prededucibilità ora assicurato dall’art. 182-quater l. fall. siano significativi per attestare una virata dell’istituto, nel suo [in allora] più recente restyling, verso la concorsualità”.

In giurisprudenza si vedano anche: Corte d’Appello di Napoli, Sez. I, 1° dicembre 2014, n. 5322, in *unijuris.it*, la quale ha statuito che “l’istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui all’art. 182-bis l. fall., è ontologicamente diverso dalle procedure concorsuali, atteso che esso è diretto ad assicurare che un accordo di natura negoziale produca determinati effetti giuridici, i quali, in mancanza di omologazione dell’accordo stesso, non potrebbero determinarsi”; Trib. Verona, Sez. II, decreto 16 febbraio 2015, in *ilcaso.it*, per il quale “l’accordo di ristrutturazione del

l'imprenditore e *tutti* i suoi creditori¹³, nella imposizione di vincoli sul patrimonio dell'imprenditore giustificata dalla attuazione della responsabilità patrimoniale di costui, e nella costituzione di uno specifico centro di competenza che subentra all'imprenditore, ovvero che a esso si affianca¹⁴.

debito *ex art. 182-bis l. fall.* è una fattispecie che presenta caratteristiche prettamente privatistiche, e come tale è estranea alle procedure concorsuali in genere, non essendo prevista una fase di ammissione dei crediti, non essendovi organi pubblici destinati alla gestione del procedimento, non applicandosi il principio maggioritario e quello della *par condicio creditorum* e non sussistendo luogo deputato per la discussione e approvazione della proposta". Ha invece ravvisato una sia pur lieve connotazione pubblicistica dell'istituto Trib. Reggio Emilia, Sez. I, ordinanza 13 aprile 2015, in *ilcaso.it*, all'uopo affermando che "gli accordi di ristrutturazione si collocano in una posizione intermedia tra una dimensione strettamente privatistica-contrattuale e il controllo pubblicistico che tende al soddisfacimento degli interessi superiori di ristrutturazione dell'impresa; infatti, il debitore non subisce alcuna forma di spossessamento o di limitazione dei poteri e sceglie sia i creditori con cui accordarsi, sia il contenuto dell'accordo, con la conseguenza che il suo patrimonio rimane pienamente vulnerabile in tutta la fase anteriore alla presentazione dell'accordo e al deposito presso il registro delle imprese e il tribunale; tuttavia, pur rimanendo gli accordi di ristrutturazione dei debiti negozi tra privati, si deve constatare la possibilità che essi producano degli effetti che in qualche modo coinvolgono anche gli interessi estranei a quelli dei contraenti (nonostante l'innegabile ampliamento dei confini dell'autonomia privata nella materia fallimentare), attraverso l'intervento della valutazione ad opera dell'autorità giudiziaria, in quel delicatissimo equilibrio tra interessi pubblici e interessi privati che investono la gestione della crisi d'impresa; allora, deve ritenersi che gli accordi di ristrutturazione abbiano «effetti» anche nei confronti dei creditori rimasti estranei agli accordi".

¹³ Così M. VITIELLO, *Piani attestati, accordi di ristrutturazione, concordato e successivo fallimento "in consecuzione"*, Relazione al Convegno *Modifica e revisione dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione nella crisi d'impresa*, Milano, 24-25 maggio 2011, il quale osserva che "la mancanza di alcuna forma di concorso e quindi di *par condicio* (nemmeno nella forma attenuata derivante dall'introduzione delle classi) tra i creditori stessi, è di per sé decisiva per escludere ogni inerenza del procedimento [*ex art. 182-bis l. fall.*] al concetto di procedura concorsuale"; e conclude affermando che "quello previsto dall'*art. 182-bis l. fall.* è un istituto ontologicamente diverso dalle procedure concorsuali".

¹⁴ Così B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 13 ss.; in questi termini anche M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nella soluzioni concordate*, cit., p. 902, il quale sottolinea come gli accordi di ristrutturazione dei debiti non possano essere considerati una procedura concorsuale a tutti gli effetti per le seguenti ragioni: *i*) non è previsto un procedimento né un provvedimento di apertura; *ii*) non vi è la nomina di organi (un commissario, un giudice delegato, un comitato di creditori); *iii*) non c'è una regolazione concorsuale del dissesto (non tutti i creditori sono coinvolti); *iv*) i creditori non sono organizzati come collettività ma come somma di tante teste; *v*) il debitore resta il *dominus* dell'impresa, non solo perché continua a dirigerla, ma anche perché non vi è alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato: i suoi atti non sono assoggettati né a vincoli, né a controlli. Di diverso avviso A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (Presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. Fall.*, 2011, p. 14 ss., il quale osserva che l'ampliamento della cognizione del tribunale in sede di omologazione derivante dalle ipotesi di prededuzione introdotte nel 2010 (ma sul punto cfr. quanto diversamente sostenuto *infra*) confermerebbe "la natura di procedura concorsuale del procedimento di omologazione di tali accordi".

E ancora, si è osservato che nella stessa direzione militano da un lato “il difetto della *par condicio creditorum*”, e dall’altro la “forte procedimentalizzazione delle procedure concorsuali”: argomenti, questi, che “consentono di escludere la natura concorsuale” degli accordi¹⁵. Aggiungendo che per quanto concerne la normativa concorsuale essa, “pur se non esclusivamente, è soprattutto legge processuale che regola il procedimento di apertura ed i suoi effetti, nonché gli svariati *subprocedimenti* dell’accertamento del passivo, della liquidazione dei beni del fallito, della ripartizione tra i creditori concorrenti del ricavato della liquidazione”; in relazione agli accordi di ristrutturazione dei debiti, invece, “l’art. 182-*bis* non prevede una fase di ammissibilità dell’accordo, e dunque la pronuncia di un provvedimento di apertura, né prevede la nomina di organi concorsuali, quali il curatore, il commissario giudiziale, il giudice delegato o il comitato dei creditori; non prevede una fase di accertamento del passivo, neppure la formazione di elenchi dei creditori ammessi al voto, né una fase di liquidazione e di ripartizione dell’attivo. Non vi è alcuna forma di spossessamento e di limitazione dei poteri di direzione e gestione dell’attività aziendale, che rimangono sottratti anche ad un regime meramente autorizzatorio, così come del tutto libera rimane la fase esecutiva”¹⁶.

Inoltre, come di recente ribadito dalla migliore dottrina¹⁷, la sicura e perdurante estraneità degli accordi di ristrutturazione dei debiti alla categoria delle procedure concorsuali è confermata alla stregua di due ulteriori dati normativi: da una parte “la riscrittura dell’art. 101, comma 5, d.P.R. 917/1986, operata dal comma 5, art. 33, d.l. n. 83/2012. Il primo periodo della novellata disposizione è, infatti, espressivo di una netta e precisa scansione giuridica e concettuale là dove recita: «se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato»; ribadendo così, inequivocabilmente, la natura preconcorsuale dell’istituto”.

¹⁵ G. BUCCARELLA, *I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 52 s. In questi termini anche R. MARINO, *Il professionista attestatore negli accordi di ristrutturazione dei debiti: ruolo e responsabilità*, Napoli, 2013, p. 78 s., la quale afferma che “la natura concorsuale degli ADR è da escludersi, anzitutto in considerazione della mancanza di elementi che caratterizzano le procedure concorsuali, quali un provvedimento di apertura, un organo di gestione, il mancato coinvolgimento nell’accordo di tutti i creditori”.

¹⁶ G. BUCCARELLA, *I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 53; conf. E. STAUNOVO-POLACCO, in F. ROLFI e E. STAUNOVO-POLACCO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Autonomia negoziale e concorsualità*, Milano, 2013, p. 10 per il quale il dato normativo è tale da non autorizzare una conclusione nel senso della concorsualità dell’istituto.

¹⁷ A. CASTIELLO D’ANTONIO, *I chiaroscuri della riforma del diritto preconcorsuale italiano*, in S. BONFATTI e G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, 2014, p. 144 s. (la tesi era stata già prospettata in A. CASTIELLO D’ANTONIO, *Riflessioni sparse sul diritto preconcorsuale rivisitato*, in R. CUONZO, *L’evoluzione legislativa del diritto preconcorsuale dell’economia*, Napoli, 2012, *Introduzione*, p. XXVIII s.).

Dall'altra, il “nuovo ultimo comma dell'art. 69-bis l. fall., là dove la disposta retrodatazione del computo del periodo sospetto ai fini dell'esperimento delle azioni revocatorie e di inefficacia ivi richiamate trae la sua ragion d'essere dalla sussistenza di una sequenza di procedure *entrambe concorsuali*”; cossicché, “nel caso in cui alla domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (o alla proposta di accordo *ex art. 182-bis*, comma 6, l. fall.) segua la dichiarazione di fallimento, i suddetti termini decorrono dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese della sentenza di fallimento, che è *la sola procedura concorsuale* ricorrente nella specie”.

Anche la giurisprudenza prevalente, che qui si condivide, ha statuito nei seguenti termini: “l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis, r.d. n. 267/1942 (*legge fallimentare*) ha natura esclusivamente privatistica e non può essere assimilato a nessuna delle procedure che regolano la soluzione dei conflitti aperti dal concorso dei creditori. L'istituto in questione, pertanto, non solo è del tutto indipendente dal concordato preventivo ma neppure può essere inquadrato nel *genus* delle procedure concorsuali in quanto: *i*) non prevede una fase di ammissibilità e, dunque, la pronuncia di un provvedimento di apertura di una procedura o la nomina di organi concorsuali; *ii*) non realizza alcuna forma di spossessamento e di limitazione dei poteri di direzione e gestione dell'attività dell'impresa, i quali rimangono sottratti anche ad un regime meramente autorizzatorio, così come rimane libera anche la fase esecutiva; *iii*) vincola, in applicazione di principi di natura contrattuale, soltanto i creditori aderenti e non comporta l'applicazione del principio di concorsualità sistemizzata tipico delle procedure concorsuali vere e proprie, con la conseguenza che i creditori non aderenti sono comunque liberi di aggredire ed escutere il patrimonio del debitore anche dopo l'omologazione dell'accordo e le parti contraenti sono libere di prevedere trattamenti diversificati tra creditori di pari rango anche in assenza di omogeneità giuridica e di interessi economici; *iv*) può comportare la alterazione delle cause legittime di prelazione con l'ulteriore conseguenza che ai crediti che nascono dopo l'omologazione degli accordi di ristrutturazione non è di regola applicabile il regime della prededuzione”¹⁸.

Non da ultimo, si noti che la finalità di pervenire alla liquidazione dell'impresa, propria delle procedure concorsuali, è per definizione assente negli istituti preconcorsuali, diretti come sono al superamento dello stato di crisi e al ritorno *in bonis* dell'impresa: “nel contesto del piano sottostante a[ll']accordo di ristrutturazione dei debiti può ammettersi soltanto la previsione della liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa o di rami

¹⁸ Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, 1, 2, p. 64 ss.

aziendali non adibiti alla gestione caratteristica dell'impresa stessa"¹⁹.

Secondo parte della dottrina, invece, qui si sarebbe in presenza di un procedimento che presenta le caratteristiche proprie delle procedure concorsuali. Tale impostazione teorica muove dalla considerazione che il principio del concorso, che accomuna tutti i procedimenti concorsuali, si attua attraverso peculiari momenti che non si manifesterebbero necessariamente tutti insieme e con la medesima intensità nei singoli procedimenti, pervenendosi così ad affermare che nella fattispecie in esame (accordi di ristrutturazione dei debiti) detti elementi peculiari sarebbero rappresentati "dal divieto di esercizio sul patrimonio del debitore di azioni cautelari o esecutive individuali da parte dei creditori"²⁰; dalla possibilità data a tutti i creditori mediante un sistema di pubblicità dell'accordo di partecipare od opporsi all'accordo stesso; dalla previsione di una percentuale di creditori consenzienti che rappresenti il 60% dei crediti; dal soddisfacimento di tutti i creditori: quelli aderenti all'accordo in base a quanto pattuito, e «regolarmente» [oggi «integralmente»] quelli rimasti estranei all'accordo; dalla esenzione in caso di successivo fallimento dalla revocatoria per le somme erogate dal debitore in esecuzione dell'accordo"²¹.

In altri termini, secondo i fautori di questa opinione, ciò che più conterebbe sarebbe il fatto "che anche gli accordi di ristrutturazione, in definitiva, attuano l'esigenza dell'universalità, presentando così il tratto che forse è fondamentale nelle procedure concorsuali: l'attitudine a comprendere, cioè, l'intero patrimonio del debitore in vista della soddisfazione della totalità dei suoi creditori"²².

¹⁹ A. CASTIELLO D'ANTONIO, *I finanziamenti alle imprese in crisi negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 224.

²⁰ Osserva in contrario G. BUCCARELLA, *I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 53, che "la previsione dell'*automatic stay* delle iniziative dei creditori individuali per sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese o l'estensione del blocco anche alla fase delle trattative, non è capace di conferire all'accordo di ristrutturazione il carattere di concorsualità. Infatti, sebbene l'art. 182-*bis* replichi, in tema di blocco delle azioni esecutive, il comma 1 dell'art. 168, è evidente che l'inibitoria contenuta nella prima norma non è affatto funzionale all'obiettivo cui è votato l'art. 168 di evitare la concorrenza tra azioni esecutive individuali e collettive e di assicurare ai creditori il mantenimento delle condizioni di parità nel concorso, per il caso che, non giungendo il concordato a buon fine, si apra il fallimento, ma è volto, più semplicemente, a favorire il buon esito dell'accordo di salvataggio, impedendo nella fase più delicata degli accordi l'azione dei *free riders* che, nell'esperienza dei tentativi di composizione stragiudiziale della crisi d'impresa, ha sempre costituito uno dei maggiori fattori di rischio"; in questi termini, in giurisprudenza, cfr. Trib. Bologna, 17 novembre 2011, cit. (sopra, nt. 18).

²¹ C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013, p. 70 ss. (spec. p. 92).

²² S. DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 10, il quale aggiunge che nel piano sotteso agli accordi di ristrutturazione "tutti i creditori sono coinvolti; gli aderenti, perché dovranno essere soddisfatti secondo le intese; i non aderenti, perché conser-

Militerebbe altresì nel senso indicato, come di recente ribadito²³, “la pre-deducibilità dei crediti nell’eventuale successivo fallimento e l’esonazione dai reati di cui agli artt. 216, comma 3, e 217 l. fall.”.

La tesi affermativa della concorsualità dell’istituto non può essere condivisa, dovendosi viceversa aderire a quella autorevole dottrina che, in senso contrario, ha evidenziato che benché “l’istituto abbia alcuni requisiti formali delle procedure concorsuali, in particolare l’omologazione da parte del tribunale, non ne abbia invece i requisiti sostanziali, dal momento che non accoglie né la regola della *par condicio creditorum*, né il principio di maggioranza”²⁴.

Invero, l’accordo di ristrutturazione dei debiti rappresenta e costituisce un istituto totalmente privatistico²⁵, un accordo cioè che produce tra le parti gli

vano il diritto al pagamento integrale, toccando al professionista attestare, nella sua relazione, che l’accordo è idoneo ad assicurare questo esito, nel rispetto dei termini oggi sanciti dall’art. 182-bis, comma 1, l. fall.”. Si schiera a favore di questa tesi, da ultimo, E. GRIGÒ, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e fondi comuni di investimento: una possibile “diversa” lettura?*, in *Fallimento*, 2016, p. 964 ss.

²³ E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’art. 182-bis l. fall.*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI (diretto da), *Le altre procedure concorsuali*, vol. IV del *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, p. 474 ss.; EAD., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, p. 554 s. Nel senso della concorsualità degli accordi di ristrutturazione dei debiti si esprime anche G. TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013, p. 116 ss.

²⁴ A. MAFFEI ALBERTI, *La privatizzazione degli strumenti per il superamento della crisi d’impresa*, in *Scritti in onore di Massimo di Lauro*, Padova, 2012, p. 280. Anche M. BASSANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 44, sottolinea che tra le argomentazioni che militano a sostegno dell’autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo vi è la circostanza che per essi, “come in tutti i casi di composizione stragiudiziale delle situazioni di crisi e/o insolvenza, non è richiesto il rispetto del principio della *par condicio creditorum*”; nella stessa direzione, aggiunge l’Autore, milita altresì la circostanza che non è neppure richiesta né è necessaria alcuna votazione.

²⁵ In questi termini I.L. NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d’impresa oltre le procedure concorsuali*, cit., p. 391, il quale sostiene che appare “preferibile qualificare gli accordi di ristrutturazione quale contratto di diritto privato valorizzando la componente negoziale”. Così anche la giurisprudenza, la quale ha statuito che “gli accordi di ristrutturazione dei debiti disciplinati dall’art. 182-bis l. fall. non costituiscono una forma di concordato preventivo semplificato, ma integrano un autonomo istituto giuridico assimilabile ad un *pactum de non petendo* e, per la pluralità di parti, ad un negozio di diritto privato qualificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria” (Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Fallimento*, 2007, 6, 701 ss., con nota di F. DIMUNDO), e, ancora, che “l’accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all’art. 182-bis l. fall. ha natura esclusivamente privatistica e non può essere assimilato a nessuna delle procedure che regolano la soluzione dei conflitti aperti dal concorso dei creditori” (Trib. Bologna, 17 novembre 2011, cit.). Sulla stessa linea si pone R. MARINO, *Il professionista attestatore negli accordi di ristrutturazione dei debiti: ruolo e responsabilità*, cit., p. 30, la quale afferma con decisione che “non è vero che si è abdicato al precedente carattere pub-

ordinari effetti contrattuali, rispetto ai quali il successivo provvedimento giudiziale di omologazione determina effetti legali *ulteriori*, effetti cioè che si collocano oggettivamente al di fuori delle pattuizioni intercorse tra le parti e contenute nel piano sotteso all'accordo di ristrutturazione (o nel piano attestato)²⁶; come dimostra la circostanza che l'accordo, in caso di mancata omologazione (e il piano stragiudiziale di risanamento in caso di mancata attestazione), produrrà comunque i suoi effetti contrattuali tra le parti, essendo viceversa inibiti solo gli effetti ulteriori legislativamente previsti, e cioè, nell'eventuale successivo fallimento, la esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie, la prededucibilità dei crediti derivanti dai relativi finanziamenti e operazioni²⁷, e la esclusione di talune fattispecie penali.

Inoltre, nella fattispecie in esame è sempre presente – e comunque determinante – la volontà dell'imprenditore: ciò che consente e impone di affermare la natura totalmente privatistica e non concorsuale dell'istituto in esame²⁸.

Milita nella stessa direzione la circostanza che l'obiettivo espressamente perseguito dal legislatore è stato quello di agevolare la composizione negoziale delle crisi di impresa, e quindi di incentivare l'imprenditore che si trovi in una situazione di crisi reversibile, al fine di fuoriuscire da siffatta situazione, a far ricorso *motu proprio* a taluni strumenti appunto negoziali che, in quanto tali, non possono che essere espressione della sua (perdurante) piena autonomia contrattuale: ciò che di per sé esclude la possibilità di configurare la sussistenza di uno strumento di natura concorsuale.

Sul punto, come accennato, non vi è però unanimità di opinioni, essendo-

blicistico del governo della crisi d'impresa, in favore di quello privatistico”, e prosegue aggiungendo (p. 31 ss.) che “non è affatto superato il dogma della indisponibilità della insolvenza: non v'è dunque alcuna privatizzazione della legge fallimentare, né alcuna restrizione dei poteri conferiti al giudicante [...], cosicché non si comprende come si possa parlare di ricorso all'autonomia privata per evitare l'intervento dell'autorità giudiziaria; [...] né vi è ampliamento dei confini dell'autonomia privata”.

²⁶ Sembra porsi in questa prospettiva L. MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare: contributo allo studio del tipo*, Milano, 2012, p. 142, laddove sostiene che il legislatore della riforma avrebbe “introdotto uno schema contrattuale del quale ha inteso «mettere a fuoco» non tanto il contenuto delle prestazioni in esso deducibili (contenuto che resta, appunto, variabile), quanto piuttosto il «tipo di effetti» che da esso scaturiscono”.

²⁷ Di talché, come osserva correttamente A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Gli accordi di ristrutturazione ai sensi degli artt. 182 bis e quater l. fall.*, Relazione al Convegno *Modifica e revisione dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione nella crisi d'impresa*, Milano, 24-25 maggio 2011, “è ben possibile (ed anzi, *ex parte creditorum*, opportuno) che l'accordo venga risolutivamente condizionato al diniego di omologa”.

²⁸ Così, con riferimento al piano stragiudiziale attestato, anche S. AMBROSINI e M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, cit., p. 4 s.

vi chi sostiene l'accordo *ex art. 182-bis* l. fall. presenterebbe natura concorsuale, emergendo ciò “dal richiamo espresso alla *documentazione* di cui all'art. 161 l. fall., dal blocco delle azioni cautelari ed esecutive per sessanta giorni, dal sistema di pubblicità dell'accordo, dall'obbligo di pagamento integrale dei creditori non partecipanti all'accordo, dall'esenzione da revocatoria *ex art. 67* l. fall., dal soddisfacimento di almeno il 60% dei creditori, dalla possibilità di utilizzare la transazione fiscale all'interno degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-ter*, ultimo comma l. fall., dal controllo giurisdizionale rappresentato dall'omologazione oltre che dal regime del reclamo che è identico a quello disciplinato per il concordato preventivo”²⁹.

In realtà, la impossibilità di configurare l'Accordo in termini di procedura concorsuale deriva già dalla mancanza della universalità soggettiva propria delle procedure della specie (v. artt. 52, comma 2, e 184, comma 1, l. fall.), stante la previsione legislativa della «categoria» dei creditori non aderenti all'accordo stesso e, come tali, destinatari dell'integrale pagamento dei crediti in loro titolarità.

Non può perciò essere condivisa neppure l'opinione di chi, valorizzando la “volontà legislativa tesa a conformare lo statuto degli accordi alle regole della concorsualità”, e traendo ispirazione dall'opinione secondo la quale gli accordi di ristrutturazione potrebbero essere ritenuti un “istituto” concorsuale³⁰, ha concluso propugnando una “concezione di moderna concorsualità”, e ciò nel senso che “l'attuale «statuto» degli accordi illuminato dal profilo causale, che è la regolazione della crisi dell'impresa attraverso la soddisfazione dei creditori, ne autorizza l'inclusione nel novero delle procedure concorsuali”³¹.

²⁹ Così L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, cit., p. 528, con la conseguenza che “per gli accordi di ristrutturazione, in ragione della loro natura concorsuale, deve trovare applicazione l'art. 111, ultimo comma, l. fall. per cui «sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali»” (p. 533): ciò che prescinde – aggiunge l'Autore – dalla espressa previsione al riguardo contenuta nell'art. 182-*quater* l. fall., concretizzandosi perciò quest'ultima in “una norma che, sgombrando ogni perplessità rispetto al passato, anche se molti ritenevano già sussistere la prededuzione in caso di finanziamenti funzionali ad accordi di ristrutturazione ed a proposte di concordato preventivo, fissa principi chiari in materia” (*loc. ult. cit.*). Parimenti ribadisce “gli aspetti per così dire processual-pubblicistici della [...] disciplina, inquadrando l'istituto [degli accordi di ristrutturazione dei debiti] come un concordato semplificato o, comunque, in una prospettiva concorsuale”, P. VALENSISE, *Articolo 182-bis, Accordi di ristrutturazione dei debiti* (commento), in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* (Commento per articoli), Torino, 2014, p. 397 s.

³⁰ M. FABIANI, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fallimento*, 2013, p. 769 ss.

³¹ F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fallimento*, 2013, p. 1179 ss. Dopo la riforma del 2015, anche M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato*