



Università
Ca' Foscari
Venezia

Scuola Dottorale di Ateneo

Graduate School

Dottorato di ricerca

in Diritto, mercato e persona

Ciclo XXVII

Anno di discussione 2015

Gli accordi di ristrutturazione delle imprese in crisi

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: Diritto commerciale IUS/04

Tesi di Dottorato di Alberto Barbazza, matricola 955913

Coordinatore del Dottorato

Prof. Luigi Benvenuti

Tutore del Dottorando

Prof. Alberto Urbani

INDICE

INTRODUZIONE

I. DEFINIZIONE ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

1. DEFINIZIONE DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO IN OTTICA ECONOMICO – AZIENDALISTICA
2. IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO
3. GLI INCENTIVI ALLA DIFFUSIONE DELL'ISTITUTO NELLE RIFORME DEL 2007 E DEL 2010

II. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE IN OTTICA COMPARATA E COMUNITARIA

1. LE PRINCIPALI LEGISLAZIONI STRANIERE IN TEMA DI PROCEDURE CONCORSUALI: IN PARTICOLARE, QUELLE PREVISTE NEGLI STATI UNITI (IL *CHAPTER 11*, COSIDDETTO “*CORPORATE REORGANIZATION*” DEL *BANKRUPTCY CODE* DEL 1978), IN INGHILTERRA (IL *LONDON APPROACH* CONTENUTO NELL’*INSOLVENCY ACT*) ED IN GERMANIA (L’*INSOLVENZORDNUNG*)
2. L’ESPERIENZA COMUNITARIA IN MATERIA DI *INSOLVENCY LAW* E SOLUZIONI CONCORDATE DELLA CRISI D’IMPRESA
3. CONSIDERAZIONI SULLA PROPOSTA DI RIFORMA DEL REGOLAMENTO UE 1346/2000

III. INQUADRAMENTO CIVILISTICO DELLA FATTISPECIE

1. NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO
2. LA CAUSA E I MOTIVI DEL CONTRATTO
 - 2.1 IN PARTICOLARE, LA CAUSA DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE
3. CONTENUTO DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE
4. SULL'EFFICACIA *ERGA OMNES* DELL'ACCORDO
5. L'INADEMPIMENTO DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE ED I RELATIVI EFFETTI

IV. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO NELLA DISCIPLINA DELLA L. FALL.

1. LA *RATIO* DELL'INTRODUZIONE DI UNA NUOVA PROCEDURA FALLIMENTARE
2. I SOGGETTI E LA DOMANDA
3. LA PROTEZIONE TEMPORANEA DALLE AZIONI ESECUTIVE E CAUTELARI
4. LE OPPOSIZIONI: IL PROCEDIMENTO, LA DECISIONE, IL RECLAMO E L'ESECUZIONE
5. IL COMPLESSO RAPPORTO FRA L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO E LA REVOCATORIA FALLIMENTARE

V. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO E LE SOLUZIONI DELLA CRISI DI IMPRESA

1. IL DECRETO LEGGE 22 DICEMBRE 2011, N. 212: LA COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO
 - 1.1 L'ACCORDO IN RIMEDIO DEL SOVRAINDEBITAMENTO RAGGIUNTO ATTRAVERSO LA PROCEDURA
 - 1.2 LA PREVISIONE DI UN'UNICA PROCEDURA PER INSOLVENZE CIVILI E COMMERCIALI E IL RUOLO DEL GIUDICE
2. I NUOVI STRUMENTI PER LA SOLUZIONE CONCORDATA DELLE CRISI DI IMPRESA
 - 2.1 IL CONCORDATO "IN BIANCO" O "CON RISERVA"
 - 2.2 IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITA' AZIENDALE
 - 2.3 I LIMITI DEL CONTROLLO DEL TRIBUNALE SULLA FATTIBILITA' DEL PIANO
3. IL RAPPORTO TRA LE PROCEDURE DI CONCORDATO PREVENTIVO ED IL FALLIMENTO
4. LA TRANSAZIONE FISCALE EX ART. 182-TER L. FALL.

VI. STUDIO DELLA CASISTICA GIURISPRUDENZIALE

1. L'ITER NATURALE: IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE, IL DEPOSITO DELL'ACCORDO
2. LA COMPETENZA
3. I CONTROLLI SULLA DOCUMENTAZIONE (ARTT. 182 *BIS* L. FALL. – 161 L. FALL.)
4. L'OMOLOGA DELL'ACCORDO
5. IL CONTROLLO SULL'ESECUZIONE DELL'ACCORDO
6. IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE E NELLE ALTRE SOLUZIONI DELLA CRISI DELL'IMPRESA
 - 6.1 IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO NEL PROCEDIMENTO PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO E NELL'AMBITO DELLA PROCEDURA PER L'AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO (ARTT. 161 SS. L. FALL.)

VII. QUESTIONI CONTROVERSE INERENTI L'ART. 182 *BIS* L. FALL.

1. SULLA PREDEDUCIBILITÀ DEI CREDITI CONTRATTI PER LA RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA
2. LA PROTEZIONE PATRIMONIALE CAUTELARE DELL'ACCORDO NON ANCORA OMOLOGATO
3. IL RECLAMO ALLA CORTE D'APPELLO ED IL RICORSO PER CASSAZIONE

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA DELLE GIURISDIZIONI SUPERIORI

GIURISPRUDENZA DI MERITO

INTRODUZIONE

E' affermazione diffusa fra gli interpreti del diritto quella secondo cui uno dei tratti distintivi della rinnovata disciplina del fallimento – così come si è venuta delineando all'esito di un complesso percorso di riforma iniziato con l'approvazione del decreto legge n. 35 del 2005, passato attraverso il decreto legislativo n. 269 del 2007 (cosiddetto "decreto correttivo") e culminato negli ulteriori atti emendativi di cui al decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 – sia la valorizzazione della scelta di forme negoziate di soluzione della crisi d'impresa.

Ad una disamina più approfondita, tuttavia, ci si avvede che già la disciplina previgente – almeno nell'interpretazione propostane dalla giurisprudenza, anche di legittimità – offriva modelli di soluzione della crisi alternativi alla dichiarazione di fallimento, sebbene più orientati verso l'obiettivo della liquidazione dell'impresa, che non di conservazione della stessa. In tale prospettiva, dunque, il vero elemento di novità, introdotto dal legislatore della riforma, è consistito nel farsi espressamente carico del problema che costituiva il maggior ostacolo alla diffusione di pattuizioni di tale natura: la loro inidoneità, in assenza di specifica normativa (giusto il disposto dell'art. 1372 cod. civ.), ad esplicare effetti protettivi, per i creditori partecipanti all'accordo, anche nei confronti di quelli che non vi aderiscano.

A tale problema ha inteso, appunto, offrire risposta l'art. 182 *bis* della l. fall., dettando una disciplina in relazione alla quale, tuttavia, sono stati individuati alcuni profili di criticità, che saranno oggetto d'esame nella parte conclusiva di questo studio, alla quale rimandiamo per una più approfondita analisi. Tra questi: il significato da attribuire all'espressione "regolare" pagamento dei crediti estranei; il valore da riconoscere all'accordo in assenza di sua omologazione, ovvero, nell'ipotesi opposta, l'individuazione dei limiti entro i quali può esplicarsi l'intervento dell'autorità giudiziaria (a riguardo, la giurisprudenza oscilla fra la tesi che ipotizza un mero controllo sul rispetto della procedura, e quella che predica, invece, la necessità di un riscontro sulla concreta attuabilità del piano di rientro); il riconoscimento dell'irretroattività di un eventuale accordo in frode ai creditori (problema che involge, evidentemente, quello dei rapporti fra la norma suddetta e l'art. 67, comma 3, lettera e) l. fall.)

A far da sfondo a tali interrogativi vi è il problema di natura più squisitamente dogmatica e civilistica, che sarà oggetto d'esame nel secondo capitolo, della riconducibilità o meno di simili "contratti bilaterali plurisoggettivi" (come sono stati definiti dalla giurisprudenza di merito) entro schemi negoziali tipici.

I. DEFINIZIONE ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

SOMMARIO: 1. DEFINIZIONE DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO IN OTTICA ECONOMICO - AZIENDALISTICA; 2. IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO; 3. GLI INCENTIVI ALLA DIFFUSIONE DELL'ISTITUTO NELLE RIFORME DEL 2007 E DEL 2010

1. DEFINIZIONE DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO IN OTTICA ECONOMICO – AZIENDALE

Nell'affrontare lo studio approfondito degli accordi di ristrutturazione, è opportuno aver chiaro sin dal principio quali siano i contorni di tale istituto.

Una definizione giuridica della figura emerge con evidenza dall'esegesi dell'attuale disposizione di cui all'art. 182 *bis* l. fall. così come emerge dai numerosi interventi riformatori¹ succedutisi nel tempo.

Allo studio di tale disciplina, di cui ci occuperemo nei capitoli che seguono, è necessario premettere la definizione non meno importante sviluppata dalla scienza economico – aziendale.

In particolare, da tale punto di vista, la definizione generale di cosa si intenda per “ristrutturazione del debito” può essere desunta dallo studio dei principi contabili diffusi dall'Organismo Italiano di Contabilità (OIC) e volti alla disciplina degli aspetti contabili connessi alla ristrutturazione del debito.

A tal riguardo il principio OIC n. 6 definisce il trattamento contabile e l'informativa integrativa per una corretta rappresentazione del bilancio di esercizio: tali regole sono destinate a trovare applicazione in tutti i casi di accordi fra debitore e creditore che siano volti a fornire una ristrutturazione del debito, a prescindere dallo strumento utilizzato a tal fine, sia esso riconducibile alla figura del concordato preventivo ovvero a quella dell'accordo ex art. 182 *bis* l. fall. ovvero ancora a quella del piano attestato di risanamento (art. 67, comma terzo, l. fall.) o ancora ad ulteriori diverse figure estranee al diritto fallimentare.

Il concetto di ristrutturazione fornito è quello di “un'operazione mediante la quale uno o più creditori effettuano, per ragioni economiche, una concessione ad un debitore in considerazione delle difficoltà finanziarie dello stesso, concessione che altrimenti non avrebbero accordato”². Tale

¹ Introdotta dal d. l. 35/2005, l'istituto ha subito, infatti, una prima riforma ad opera del d. lgs. 169/2007 ed una successiva riscrittura con la legge 122/2010, sino a giungere all'attuale regime a seguito del d.l. 83/2012 e del d.l. 69/2013.

² Cfr., Organismo Italiano di contabilità, OIC 6 11, 8.

concessione consisterà, pertanto, dal punto di vista giuridico, nella rinuncia a determinati crediti nascenti da un rapporto obbligatorio solitamente di natura contrattuale, cui risulterà correlato un vantaggio patrimoniale del debitore ed una perdita corrispettiva per il creditore. Dal versante economico – aziendale, invece, l’operazione tratteggiata sarà configurabile qualora il debitore si trovi in situazione di difficoltà finanziaria, ossia non abbia e non riesca a procurarsi i mezzi finanziari adeguati, per quantità e qualità, a soddisfare le esigenze della gestione e le connesse obbligazioni di pagamento³.

La difficoltà finanziaria potrebbe comportare degli squilibri economici nella gestione aziendale dell’impresa, nel caso in cui porti ad un rapporto squilibrato fra fabbisogno finanziario e fonti di finanziamento che implicherà un inadempimento ai termini di pagamento contrattualmente assunti.

Nel caso, però, in cui la società operi in condizioni di equilibrio economico, in quanto la sua gestione, ed in particolar modo il suo *core business*, si presenti in grado di remunerare, in condizioni di mercato normali, con i ricavi i fattori produttivi impiegati per l’intero processo produttivo, la difficoltà finanziaria non si rifletterà in uno squilibrio della gestione aziendale.

Questa analisi dimostra come la ristrutturazione possa essere attuata fruttuosamente anche da imprese in grado di generare profitto ma che presentano uno stato transeunte di difficoltà finanziaria generato da una eccessiva esposizione debitoria, e non solo da imprese sull’orlo dello stato di decozione.

Infatti, in tale ultima ipotesi, l’impresa è certamente in grado di generare un profitto sufficiente a coprire il costo scaturente dalla gestione corrente ordinaria, ma non di ripagare anche solo in parte le rate dei mutui o dei debiti scaduti o di affrontare le spese estranee alla gestione corrente (quali potrebbero ad esempio essere i pagamenti dei trattamenti di fine rapporto dei dipendenti).

Deve essere notato che il concetto di ristrutturazione del debito è stato affrontato anche a livello di legislazione bancaria, nell’ambito delle procedure disposte dalla Banca d’Italia per la definizione della matrice dei conti ai fini della vigilanza bancaria e finanziaria⁴. Le banche autorizzate in Italia e le filiali delle banche comunitarie stabilite in Italia, iscritte nell’Albo di cui all’art. 13 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia⁵ nonché gli altri soggetti tenuti da specifiche normative a sottostare al disposto dell’art. 51 T.u.b.⁶, nel classificare la qualità del credito devono porre in essere una ripartizione fra crediti a sofferenza, partite incagliate ed esposizioni ristrutturate.

³ Cfr., Organismo Italiano di contabilità, OIC 6 11, 8.

⁴ Cfr., Banca d’Italia, “Matrice dei conti”, circolare n. 272 del 30 luglio 2008, aggiornamento del 16 luglio 2013.

⁵ D. Lgs. n. 385/1993.

⁶ Si tratta del caso, a titolo d’esempio, di Poste Italiane Spa per le attività poste in essere come cosiddetto Bancoposta.

Laddove, per crediti qualificati “a sofferenza” devono intendersi quelle esposizioni sia per cassa che fuori bilancio, quali, ad esempio, finanziamenti o investimenti in strumenti derivati o titoli, nei confronti di soggetti in stato di insolvenza, anche in assenza di pronuncia giurisprudenziale sul punto, indipendentemente dalle previsioni di recupero formulate dall’istituto di credito erogante.

Per partita ad incaglio deve, invece, essere fatto riferimento a quell’esposizione per cassa e fuori bilancio nei confronti di soggetti che si trovino in una temporanea situazione di oggettiva difficoltà, ma comunque tale da far ritenere, in base a criteri oggettivi e dati contabili, che possa essere rimossa in un congruo periodo di tempo.

Quanto alle esposizioni ristrutturate, il riferimento è a quei crediti per i quali uno o più Intermediari, a causa del deterioramento delle condizioni economico – finanziarie del cliente, acconsentano ad apportare modifiche alle condizioni contrattuali originariamente pattuite, concedendo proroghe dei termini di pagamento o riduzioni del capitale o degli interessi, che comportino per la banca un’esposizione debitoria.

Anche in tal caso, la definizione di credito ristrutturato appare certamente in linea con quella di cui al Principio OIC 6, in quanto anche nelle linee guida della Banca d’Italia il “ deterioramento delle condizioni economico-finanziario del debitore” e la presenza di una “ perdita” integrano quei requisiti necessari affinché possa operare la ristrutturazione in relazione a quei crediti che siano già stati classificati quali posizioni ad incaglio o come esposizione scadute.

Come accennato in precedenza, la definizione di ristrutturazione del debito in ottica giuridica assume connotati parzialmente differenti, in quanto può essere definita come una complessiva attività di riorganizzazione dei rapporti contrattuali (*rectius*, obbligatori) delle imprese, in un’ottica che non può essere riconducibile al singolo rapporto ma dovrà indirizzarsi all’intera esposizione debitoria dell’imprenditore mediante accordi dal contenuto eterogeneo⁷. Il concetto di ristrutturazione del debito si è sviluppato essenzialmente nell’ambito dell’esegesi dell’art. 160, primo comma, l. fall., avendo di mira il concordato preventivo e la conseguente proposta dei creditori di un piano che, come recita la disposizione citata, possa prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, ivi compresa l’attribuzione ai creditori di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito. In tale ambito, pertanto, le nozioni di ristrutturazione del debito sono collegate da quello che è stato autorevolmente definito un nesso di

⁷ Cfr. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fall.: Natura, profili funzionali e i limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 14.

conseguenzialità⁸ che lega, da un lato, la ristrutturazione dei debiti intesa quale ridefinizione, revisione e riprogrammazione dell'intera esposizione debitoria con conseguente consolidamento, riduzione di interessi, postergazioni e così via⁹ (consentendo quindi all'imprenditore una riprogrammazione relativa all'entità e alla scadenza dei propri debiti ovvero una rideterminazione quantitativa degli stessi nel loro importo capitale o nei tassi di interesse, e si estende certamente al di là della semplice rimodulazione delle scadenze¹⁰) e, dall'altro, il soddisfacimento dei crediti, mediante la concreta individuazione delle modalità di adempimento del debito ristrutturato per il tramite di qualsiasi forma giuridica quale, ad esempio, la cessione dei beni, l'accollo di debiti, ovvero altre operazioni straordinarie.

Da quanto esposto emerge un'accezione del concetto di ristrutturazione del debito proprio della scienza aziendalistica, tanto è vero che lo stesso principio OIC 6 fa riferimento a una diversità di azioni raggruppate principalmente secondo tale modalità, ossia la modifica dei termini originari del debito o l'emissione di nuovo capitale con assegnazione dello stesso ai creditori ad estinzione totale o parziale dell'esposizione.

Quanto alla modifica dei termini originari del debito, essa consisterà nella rettifica delle condizioni originariamente stipulate e potrà riguardare una modificazione nell'ammontare o nella tempistica dell'adempimento del debitore. In particolare, le operazioni che prevedono un cambiamento nell'ammontare potranno essere la riduzione dell'ammontare del capitale da rimborsare (valore scadenza del debito), la riduzione dell'ammontare degli interessi maturati (anche moratori) e non ancora pagati, oppure la riduzione dell'ammontare degli interessi che matureranno a partire dal momento della concessione e fino all'estinzione dell'obbligazione (interessi maturandi).

Le operazioni che avranno di mira, invece, la modifica della tempistica dei pagamenti originariamente pattuiti consisteranno in una dilazione delle scadenze previste per l'adempimento dell'obbligazione, sia in termini di capitale che di interessi.

Tale distinzione rileva in quanto, in base a come viene effettuata tale modifica dei termini originari, si avrà anche un mutamento degli effetti ai fini della formazione del bilancio d'esercizio e delle

⁸ L. MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei piani di risanamento e dei progetti di ristrutturazione del concordato preventivo negli accordi di composizione extragiudiziale delle situazioni di crisi*, in S. BONFATTI G. FALCONE (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa* – Atti del convegno di Lanciano, 17-18 marzo 2006, in *Quad. giur. comm.*, 296, Milano, 2006,460.

⁹ Cfr. G. ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1131.

¹⁰ Cfr. M. SANDULLI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fall.*, 2006, 611; S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in E. BERTACCHINI L. GUALANDI S. PACCHI G. PACCHI G. SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 429; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 543.

informazioni da inserire nella nota integrativa: infatti, in conseguenza della ristrutturazione del debito, il valore economico dello stesso corrisponderà al valore attuale dei futuri pagamenti che il debitore dovrà corrispondere al creditore, a titolo di capitale e di interessi, scontati al tasso di interesse effettivo dell'operazione posta in essere prima della ristrutturazione¹¹. La modifica delle condizioni iniziali dell'obbligazione comporterà una variazione negativa per il valore economico del debito rispetto al valore contabile precedente alla ristrutturazione posta in essere; tale variazione, da un lato, indicherà il vantaggio per il debitore e, dall'altro, costituirà un utile che il debitore stesso esporrà a bilancio nei soli casi in cui comporterà una riduzione dell'ammontare del capitale da rimborsare o degli interessi già maturati.

In conclusione, sulla base di un accordo di ristrutturazione, il debitore potrà concordare l'estinzione del debito mediante pagamento di una somma di denaro derivante dalla cessione di un'attività oppure mediante trasferimento al creditore di parte delle attività da lui poste in essere.

Tuttavia, risulta frequente nella prassi che il debitore, per recuperare liquidità più velocemente, in un'ottica di continuazione dell'attività aziendale, si determini ad una cessione di partecipazioni o titoli (iscritti nell'attivo immobilizzato o che non costituiscono immobilizzazioni), di crediti, immobilizzazioni materiali e immateriali, rami d'azienda o altri diritti, spesso con l'aggiunta dell'intervento di un terzo che garantisca l'adempimento delle obbligazioni assunte.

Infine, è bene sottolineare che l'imprenditore che cerchi la ristrutturazione dell'esposizione debitoria potrà estinguere il proprio debito anche mediante conversione del capitale, attraverso l'emissione o l'assegnazione di quote o azioni ai creditori, sulla base di un predeterminato rapporto di cambio.

2. IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO

A seguito della riforma posta in essere dal legislatore nel 2007 mediante il d. lgs. 169/2007, l'istituto dell'accordo di ristrutturazione, mentre in precedenza la disciplina prevedeva che potesse avvalersi dell'istituto qualunque "debitore", oggi la figura è stata riservata all'imprenditore in stato di crisi. Dall'analisi ermeneutica di tale presupposto soggettivo sono emerse due tesi.

Secondo una prima impostazione, ancorata ad un'interpretazione lessicale, si potrebbe sia ammettere che negare una dilatazione soggettiva in base ai singoli riferimenti interni della disciplina di settore; secondo una prima tesi, andrebbe valorizzato il mutamento nello statuto

¹¹ Cfr. OIC 6 11, 19.

civilistico che l'opponente della domanda al tribunale otterrebbe per i rapporti giuridici obbligatori da lui contratti¹². Per tale seconda impostazione, risulterebbe più omogeneo il quadro dell'intera l. fall. qualora non si ammettesse all'accordo qualunque imprenditore, anche agricolo o non fallibile in base al disposto di cui all'art. 1, secondo comma, l. l. fall.

Rimane tuttavia aperto il quesito relativo alla possibilità di accedere all'istituto per le banche, le società di intermediazione mobiliare e le società di gestione del risparmio, in quanto si tratta di enti assoggettabili alla legislazione speciale in materia; il dubbio pare possa risolversi sulla base della considerazione che la funzione dell'istituto di cui all'art. 182 *bis* l. fall. debba essere ammesso alla stregua di una qualsiasi altra procedura non concorsuale¹³.

In conclusione, pertanto, alla tesi prevalente che riserva l'accordo di ristrutturazione ai soli imprenditori commerciali assoggettabili al fallimento¹⁴, anche sulla base delle norme che prevedono la pubblicità dello stesso nel registro delle imprese¹⁵, si contrappone un diverso orientamento che, sulla scorta di un'interpretazione letterale, amplia il profilo soggettivo anche ai soggetti che non sono imprenditori commerciali, come l'imprenditore agricolo o coloro che non soddisfano i nuovi requisiti dimensionali¹⁶: nell'ambito di tale indirizzo, non sono mancati però autori¹⁷ che sulla base di una ricostruzione dell'accordo come essenzialmente diretto all'esonero dell'azione revocatoria fallimentare (e non a quelle ordinaria), hanno attribuito un'importanza maggiore alla qualità di imprenditore commerciale sotto il profilo della carenza di interesse ad agire più che del presupposto soggettivo, con risultati pratici che tendono, alla fine, ad equivalersi¹⁸.

¹² Cfr. G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il piano attestato di risanamento*, Atti del seminario CSM del 24-25 ottobre 2005, Roma, in *Le riforma del diritto concorsuale del 2005 e le nuove attività del giudice*, 1-23.

¹³ Cfr. G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2008, 703.

¹⁴ S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova l. fall.: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2005, 949; A. JORIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Comm. Jorio – Fabiani, Agg.*, 2007, 57; F. VASSALLI, *Il decreto correttivo della riforma della l. fall.*, in *www.fallimentonline.it*, 2007, 25; A. CAIAFA, *La l. fall. riformata e corretta*, Padova, 2008, 783.

¹⁵ F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la “meno incerta” via italiana alla reorganization?*, in *Fall.*, 2007, 703.

¹⁶ L. PANZANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i limiti del sindacato del giudice*, in *Dir. fall.*, 2006, 171.

¹⁷ A. VALERIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, 657.

¹⁸ S. BONFATTI P. F. CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della l. fall.*, in *Manuale di diritto fallimentare, Appendice*, Padova, 2008, 96.

3. GLI INCENTIVI ALLA DIFFUSIONE DELL'ISTITUTO NELLE RIFORME DEL 2007 E DEL 2010

A seguito dell'intervento correttivo operato dal legislatore nel 2007, sono state introdotte alcune modificazioni alla struttura inizialmente prevista per l'istituto, al fine di renderlo più appetibile per i debitori ed al contempo meno esposto alle iniziative esecutive e cautelari dei creditori e più omogeneo con l'impostazione complessiva della l. fall..

In particolare, la novella ha agito anche sulla natura degli accordi di ristrutturazione¹⁹, accentuando il carattere di autonomia dell'accordo.

Anche la novella apportata a seguito della riforma di cui al d. l. 78/2010 ha messo in discussione gli approdi interpretativi sul punto²⁰: infatti, è stata considerata in via generale coerente con la precedente disciplina l'introduzione di una nuova norma in materia di blocco dei pagamenti, ritenendosi che il debitore possa perfezionare l'accordo raggiunto usufruendo dei giorni di sospensione da azioni esecutive cautelari per poterlo ulteriormente integrare alla stregua di un *pactum de non petendo*²¹.

Tuttavia, ancora oggi, l'istituto gode di scarsa applicazione, scontando in parte anche il conservatorismo culturale che induce a fare preferire, soprattutto in contesti maggiormente cosmopoliti, le consolidate possibilità di accedere a concordati preventivi o ad altri strumenti del diritto fallimentare di consolidata tradizione.

¹⁹ Per un approfondimento, vedi *infra*, cap. III, par. 3.

²⁰ A. BONECHI, *Accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis*, Milano, 2010, 157.

²¹ G. LO CASCIO, *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, in *Fall.*, 2007, 865.

II. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE IN OTTICA COMPARATA E COMUNITARIA

SOMMARIO: 1. LE PRINCIPALI LEGISLAZIONI STRANIERE IN TEMA DI PROCEDURE CONCORSUALI: IN PARTICOLARE, QUELLE PREVISTE NEGLI STATI UNITI (IL *CHAPTER 11*, COSIDDETTO “*CORPORATE REORGANIZATION*” DEL *BANKRUPTCY CODE* DEL 1978), IN INGHILTERRA (IL *LONDON APPROACH* CONTENUTO NELL’*INSOLVENCY ACT*) ED IN GERMANIA (L’ *INSOLVENZORDNUNG*); 2. L’ESPERIENZA COMUNITARIA IN MATERIA DI *INSOLVENCY LAW* E SOLUZIONI CONCORDATE DELLA CRISI D’IMPRESA; 3. CONSIDERAZIONI SULLA PROPOSTA DI RIFORMA DEL REGOLAMENTO UE 1346/2000.

1. LE PRINCIPALI LEGISLAZIONI STRANIERE IN TEMA DI PROCEDURE CONCORSUALI: IN PARTICOLARE, QUELLE PREVISTE NEGLI STATI UNITI (IL *CHAPTER 11*, COSIDDETTO “*CORPORATE REORGANIZATION*” DEL *BANKRUPTCY CODE* DEL 1978), IN INGHILTERRA (IL *LONDON APPROACH* CONTENUTO NELL’*INSOLVENCY ACT*) ED IN GERMANIA (L’ *INSOLVENZORDNUNG*)

Nei principali ordinamenti stranieri la legislazione in tema di crisi dell’impresa si era nel frattempo arricchita di nuove soluzioni, tutte improntate ad una maggiore attenzione verso la necessità di una composizione equilibrata delle contrapposte esigenze che tipicamente confliggono in caso d’insolvenza, ossia la tutela dei creditori da un lato, e la salvaguardia delle possibilità di conservazione dell’impresa dall’altro²².

Di recente Banca d’Italia ha sottolineato i problemi di azione collettiva che sono inevitabilmente connessi alla procedura fallimentare e che sono stati messi in luce soprattutto dalla dottrina economica.

Infatti, quando vi sono molti creditori e le attività dell’imprenditore sono inferiori alle passività, vi è il rischio che i creditori sprechino risorse nel tentativo di appropriarsi per primi dei beni del debitore al fine di soddisfare i loro crediti. Ciò conduce inevitabilmente alla liquidazione dell’impresa e ad una perdita collettiva là dove l’impresa nel suo insieme abbia un valore complessivo maggiore rispetto a quello che risulta dalla somma dei singoli beni che la compongono. E’ perciò interesse di tutti i creditori che, in caso di insolvenza, la liquidazione dell’attivo abbia luogo in modo ordinato, attraverso una procedura collettiva che impedisca agli stessi di disporre autonomamente di beni o parti dell’impresa.

²² J. PULGAR EZQUERRA, *La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma della ley concursal spagnola 22/2003*, in *Dir. Fall.*, 2012, 3-4, 1, 454.

Nella sua indagine la Banca d'Italia ricostruisce gli approcci dei legislatori stranieri nei confronti delle procedure concorsuali.

In particolare viene osservata, nell'ambito dei diversi ordinamenti, una comune tendenza all'adozione di modelli di soluzione della crisi che, caratterizzati da un'elevata elasticità, consentono di comporre il conflitto tra debitore e creditori nel modo più rispondente alle esigenze dell'impresa.

Tale obiettivo viene perseguito, in primo luogo, attraverso l'introduzione di strumenti che riducono le probabilità di liquidazione delle imprese fondamentalmente sane che si trovino ad affrontare difficoltà giudicate solo temporanee.

In secondo luogo, si cerca di agevolare, in ogni fase di ciascuna procedura concorsuale, il passaggio ad un'altra procedura, nel caso in cui si verifichi un mutamento dei presupposti che ne hanno giustificato l'avvio.

I vari ordinamenti presentano poi un comune atteggiamento di favore per la composizione "consensuale" del conflitto tra debitore in dissesto e creditori, prevedendo norme finalizzate ad agevolare la conclusione di accordi per il superamento della crisi.

L'orientamento delle più recenti legislazioni straniere si muove perciò verso la creazione di procedure concorsuali "neutre", finalizzate più al superamento della crisi dell'impresa che non a sanzionare il debitore insolvente, il quale non è punito per il mero fatto dell'insorgere della crisi, ma solo per le eventuali responsabilità ad esso imputabili nella causazione del dissesto. La Banca d'Italia osserva al riguardo che, rendendo le procedure concorsuali neutrali rispetto alle cause che ne hanno determinato l'apertura ed alle eventuali responsabilità dell'imprenditore, esse possono essere meglio utilizzate per il perseguimento di finalità di riorganizzazione e di salvataggio dell'impresa.

Infine, nell'indagine si sottolinea l'importanza che rivestono i meccanismi del diritto fallimentare nello sviluppo del sistema economico e nel funzionamento del mercato. L'adozione di metodi efficienti di risoluzione della crisi, infatti, incide sensibilmente sulla disponibilità degli imprenditori a conferire capitale di rischio.

Volendo, poi, tracciare un quadro sommario delle principali legislazioni in tema di procedure concorsuali attuate in alcuni Paesi stranieri, di particolare interesse sono quelle previste negli Stati Uniti, in Inghilterra ed in Germania.

Negli Stati Uniti una particolare normativa sull'insolvenza è dettata dal Cap. 11 (noto come *Chapter 11*) del *Bankruptcy Code* del 1978, conosciuto come *Corporate reorganization*, in cui occupano un posto centrale gli accordi tra debitore e creditori, nell'ottica di una maggiore

sensibilità per le ragioni dell'impresa e dell'imprenditore (*debtor oriented*), cui si cerca di fornire il cosiddetto *fresh start*, ovvero una nuova opportunità di operare sul mercato²³.

Nella procedura statunitense è prevista anche la suddivisione dei creditori in classi secondo interessi omogenei, ed il trattamento differenziato delle singole classi. Inoltre, se vi è almeno una classe di creditori a favore dell'accordo, quest'ultimo si impone anche ai creditori il cui dissenso non è giustificato perché non ricevono un trattamento iniquo, ovvero inferiore a quanto potrebbero ricevere in sede di liquidazione dell'impresa (regola del c.d. *cram down*).

Negli Stati Uniti vige perciò un sistema largamente impostato sulla libertà degli accordi tra le parti coinvolte nel dissesto, pensato più per i casi di crisi temporanea e quindi superabile, che per le ipotesi di insolvenza irreversibile.

Anche la legislazione inglese in tema di insolvenza, contenuta nel *Bankruptcy Code*, accorda un largo favore alle soluzioni alternative alla liquidazione fallimentare. L'intera normativa è improntata, da un lato, ad offrire un'opportunità di ripresa al debitore "onesto ma sfortunato" che si trovi in difficoltà economiche perché vittima delle congiunture del mercato e, dall'altro lato, a dettare severe sanzioni nei confronti del debitore fraudolento.

La disciplina tedesca sull'insolvenza (*Insolvenzordnung*), dettata dalla legge del 5 ottobre 1994 ed entrata in vigore il 1 gennaio 1999, prevede, invece, un'unica procedura, chiamata appunto "procedura dell'insolvenza", la quale può aprirsi, su iniziativa dell'imprenditore, anche nei casi di difficoltà temporanea, e quindi a prescindere da una concreta insolvenza.

Una volta iniziata, tale procedura prosegue, seguendo i classici schemi fallimentari, nella direzione della liquidazione del patrimonio del debitore. La peculiarità di tale disciplina sta nel fatto che in ogni momento, e quindi sin dall'inizio, può inserirsi la proposta di un piano alternativo, chiamato "piano dell'insolvenza" e dal contenuto vario (ad es. ristrutturazione dell'impresa, cessione parziale o totale dei beni, liquidazione pura e semplice), ma avente comunque lo scopo di offrire una soluzione più consona per i creditori rispetto a quella che deriverebbe dalla liquidazione dei singoli beni dell'impresa.

2. L'ESPERIENZA COMUNITARIA IN MATERIA DI *INSOLVENCY LAW* E SOLUZIONI CONCORDATE DELLA CRISI D'IMPRESA

²³ M. FERRO, *L'esperienza del Chapter 11. Procedure di riorganizzazione delle imprese in prospettiva di novità legislative*, in *Giur.comm.*, 2002, 65.

A livello europeo²⁴ si è riusciti ad introdurre un regolamento²⁵ che istituisce un quadro europeo per le procedure d'insolvenza transfrontaliere²⁶.

La normativa si applica ai casi in cui il debitore, persona fisica o giuridica, abbia beni o creditori in più di uno Stato membro e determina il foro competente per l'apertura della procedura d'insolvenza: la procedura principale va avviata nello Stato membro in cui il debitore ha il centro degli interessi principali, e produce effetti riconosciuti in tutta l'Unione europea; la procedura secondaria può essere avviata nel luogo in cui il debitore ha una dipendenza, e produce effetti limitatamente ai beni che si trovano in quello Stato. Il regolamento contiene altresì norme sulla legge applicabile e sul coordinamento tra la procedura principale e quella secondaria²⁷.

Adottato nel maggio del 2000, il regolamento è in vigore dal 31 maggio 2002; tuttavia, a distanza di oltre dieci anni la Commissione ha ritenuto opportuno analizzarne la concreta operatività, giungendo alla conclusione che sia necessario apportarvi una serie di modifiche²⁸.

Infatti, benché venga considerato in termini generali uno strumento efficace per facilitare le procedure d'insolvenza transfrontaliere all'interno dell'Unione, sono stati messi in luce una serie di problemi relativi alla concreta applicazione di questo strumento.

Il regolamento, peraltro, è stato evidenziato²⁹ che non rispecchierebbe sufficientemente le attuali priorità dell'Unione né le prassi nazionali in diritto fallimentare, in particolare per quanto riguarda la promozione del salvataggio delle imprese in crisi.

In sostanza, la valutazione del regolamento ha identificato cinque aree di intervento correttivo.

²⁴ PIETRO FAZZINI, MATTEO M. WINKLER, *La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2013, 1, 141.

²⁵ COUNCIL REGULATION (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings.

²⁶ Cfr. anche la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza, il quale vuole introdurre alcune modifiche al regolamento sopra citato.

²⁷ Esso si applica in tutti gli Stati membri salvo la Danimarca, che non partecipa alla cooperazione giudiziaria ai sensi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

²⁸ COM (2012) 744 2012/0360/COD Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza. Si tratta di una proposta di modifica da adottare con la procedura di codecisione, il cui capofila è Viviane Reding e che, dal 6 giugno 2014, è in discussione al Consiglio, dopo avere ottenuto il parere favorevole del Parlamento Europeo in prima lettura in data 5 febbraio 2014.

²⁹ A. COHEN, *Makeover for European Insolvency Regulation: because it's worth it?*, Clifford Chance Opinion, 2013.

La prima è che, nel campo d'applicazione del regolamento, non sono state fatte rientrare né le procedure nazionali per la ristrutturazione delle società in fase di pre-insolvenza ("procedure di pre-insolvenza") né le procedure che mantengono in carica la dirigenza esistente ("procedure ibride"), introdotte in molti Stati membri e considerate un utile strumento per favorire la riuscita della ristrutturazione di imprese. Inoltre, non sono ricomprese nel campo d'applicazione del regolamento nemmeno alcune procedure d'insolvenza delle persone fisiche.

La seconda area riguarda la difficoltà di determinare quale sia lo Stato membro competente per aprire le procedure d'insolvenza³⁰: da un lato, vi è ampio consenso sull'attribuzione della competenza per l'apertura della procedura principale allo Stato membro in cui il debitore ha il centro degli interessi principali; dall'altro, però, applicare concretamente questo concetto risulta difficile. Le norme del regolamento in materia di competenza sono state oggetto di forti critiche anche perché consentono alle società e alle persone fisiche di scegliere il foro competente in funzione dei propri interessi (cosiddetto *forum shopping*) attraverso uno spostamento pretestuoso del centro degli interessi principali³¹.

Il terzo settore da riformare riguarda le procedure secondarie, la cui apertura rischia di danneggiare l'efficiente gestione del patrimonio del debitore. Con l'avvio della procedura secondaria, il curatore della procedura principale, infatti, non ha più il controllo dei beni situati nell'altro Stato membro, per cui diventa più difficile procedere alla cessione dell'impresa insolvente sulla base del principio di continuità aziendale³². Inoltre, l'obbligo attualmente vigente secondo cui le procedure secondarie debbano essere procedure di liquidazione rappresenta un ostacolo alla riuscita della ristrutturazione del debitore.

La quarta area attiene alle norme in materia di pubblicità delle procedure d'insolvenza e d'insinuazione al passivo dei crediti. Non vi è alcun obbligo di pubblicazione o registrazione di tali decisioni negli Stati membri in cui sia aperta una procedura, né in quelli in cui si trovi una dipendenza. Manca anche un registro fallimentare europeo che consenta ricerche in più registri nazionali.

³⁰ Per una panoramica sulle procedure nazionali di pre-insolvenza e ibride, si veda la sezione 2 della relazione della Commissione, del 12.12.2012, sulla valutazione del regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza.

³¹ A. CASTRINOU, *Forum shopping under the EC Regulation on Insolvency Proceedings*, in *International Company and Commercial Law Review*, 2013, 24(1), 20-23.

³² La "continuità aziendale" è un concetto utilizzato principalmente in contabilità, in base al quale, nel redigere il bilancio, si presume che l'impresa non sarà messa in liquidazione nel corso dei successivi 12 mesi.

Eppure il buon funzionamento delle procedure d'insolvenza transfrontaliere poggia in larga misura sulla pubblicità delle decisioni relative a una procedura d'insolvenza: i giudici devono poter essere al corrente delle procedure già avviate in un altro Stato membro e i creditori attuali o potenziali devono poter sapere che una procedura è avviata.

Inoltre, in vigore del regolamento per i piccoli creditori e le PMI, in particolare, insinuare un credito al passivo resta difficile e oneroso.

Infine, il regolamento non contiene norme specifiche in materia d'insolvenza di gruppi societari multinazionali, nonostante il fatto che buona parte delle situazioni d'insolvenza transfrontaliere riguardi gruppi d'impresa. Il presupposto di base del regolamento è che debbano aprirsi procedure distinte per ciascun membro del gruppo e che queste procedure siano totalmente indipendenti le une dalle altre. La mancanza di norme specifiche per l'insolvenza dei gruppi spesso diminuisce le possibilità di una conclusione positiva della ristrutturazione del gruppo nella sua interezza e può portare alla sua disgregazione.

L'obiettivo generale della modifica del regolamento è migliorare l'efficienza del quadro europeo per la risoluzione dei casi transfrontalieri d'insolvenza, in modo da garantire il buon funzionamento del mercato interno e la sua resilienza in tempi di crisi economica. Questo obiettivo si collega alle attuali priorità strategiche dell'Unione europea quali definite dalla strategia Europa 2020, ovvero promuovere la ripresa economica e la crescita sostenibile, un tasso di investimento più elevato e la conservazione dei posti di lavoro, oltre a spianare la strada allo sviluppo e alla sopravvivenza delle imprese, come si legge nello Small Business Act³³, e rappresenta al contempo una delle azioni fondamentali enunciate dall'Atto per il mercato unico³⁴.

Ebbene, quanto alle evidenziate aree di intervento, sia consentito avanzare alcune considerazioni, elaborate al termine di un periodo di studio a contatto con i rappresentanti delle Istituzioni Europee. Relativamente all'estensione del campo d'applicazione del regolamento, appare necessario che esso trovi applicazione anche con riferimento alle procedure di pre-insolvenza e alle procedure ibride, modificando la definizione di "procedura d'insolvenza", al fine di includervi anche queste ultime, oltre alle procedure di remissione del debito e ad altre applicabili alle persone fisiche che attualmente non corrispondono alla definizione³⁵.

³³ COM(2008)394 del 25.6.2008.

³⁴ COM(2012) 573 final del 3.10.2012.

³⁵ E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento concorsuale da inserire nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000: lo richiede la Commissione Europea*, in *Dir. Fall.*, 2013, 4, 1, 348.

Quanto alle specifiche procedure da includere e, in particolare, ai casi in cui dovrebbe essere obbligatorio il controllo del giudice, vi è la necessità di applicare il regolamento anche ai consumatori e ai lavoratori autonomi, i quali necessitano di trovare adeguate tutele del loro credito.

Relativamente alla competenza, dovrebbe trovare applicazione il concetto di “centro degli interessi principali” come base per localizzare la procedura principale, anche se deve osservarsi che l’interpretazione giurisprudenziale del concetto ha causato problemi in pratica, soprattutto con riferimento ai casi di presunto spostamento pretestuoso del centro degli interessi principali³⁶.

Quanto alla pubblicità delle procedure, occorre introdurre un meccanismo di pubblicazione obbligatoria della decisione di apertura della procedura d’insolvenza, prevedendo l’obbligo per gli Stati membri di pubblicare le decisioni giudiziarie relative ai casi transfrontalieri d’insolvenza in un registro elettronico accessibile al pubblico e dotato di interconnessione con i registri fallimentari nazionali, introducendo altresì moduli standard per l’insinuazione al passivo dei crediti.

Quanto all’insolvenza di gruppi d’imprese, il regolamento non pare funzionare in modo efficiente nel caso d’insolvenza di società che fanno parte di un gruppo societario multinazionale, pertanto appare necessario coordinare le procedure d’insolvenza riguardanti società diverse facenti parte dello stesso gruppo societario, obbligando i curatori e i giudici coinvolti nelle varie procedure a cooperare e comunicare tra loro e fornendo ai curatori in questione gli strumenti procedurali per ottenere la sospensione delle altre procedure e per proporre un piano di salvataggio delle società facenti parte del gruppo sottoposte a procedura d’insolvenza³⁷.

Infine, quanto alle procedure secondarie, è necessario prevedere una gestione più efficiente delle procedure d’insolvenza, consentendo al giudice di negare l’apertura di una procedura secondaria laddove non sia necessaria ai fini della tutela degli interessi dei creditori locali, abolendo il requisito per cui la procedura secondaria è obbligatoriamente una procedura di liquidazione e migliorando il coordinamento tra procedura principale e secondarie, in particolare estendendo l’obbligo di cooperazione ai giudici coinvolti.

Tenuto conto di tali considerazioni, è stata elaborata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell’Unione Europea una proposta di riforma che estende il campo d’applicazione del regolamento

³⁶ Per quanto riguarda l’estensione di questo fenomeno, si veda la sezione 3.4.1 della valutazione d’impatto per la modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza, redatta dalla Commissione.

³⁷ S. BARIATTI, *Le garanzie finanziarie nell’insolvenza transnazionale: l’attuazione della direttiva 2002/47/CE*, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 2004, 841.

UE n. 1346/2000³⁸, modificando l'attuale definizione di "procedura d'insolvenza" di cui all'art. 1, par. 1. Al riguardo, la proposta include nel campo d'applicazione le procedure che non comportano l'intervento di un curatore ma in cui i beni e gli affari del debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza del giudice. Con questo emendamento le procedure in cui il debitore non viene spossessato e in cui non viene nominato un curatore possono beneficiare del riconoscimento in tutta l'Unione europea degli effetti della procedura d'insolvenza apportati dal regolamento, e si ottiene per giunta di estendere l'applicazione di quest'ultimo a un numero maggiore di procedure d'insolvenza delle persone fisiche. Inoltre, si propone d'introdurre un riferimento esplicito alle procedure di ristrutturazione del debito e alla finalità del salvataggio, al fine di ricomprendere anche queste procedure destinate a permettere al debitore di trovare un accordo con i suoi creditori nella fase di pre-insolvenza³⁹.

L'estensione del campo d'applicazione del regolamento è importante per garantire la gestione efficiente delle procedure ibride e di pre-insolvenza in un contesto transfrontaliero, ma non dovrebbe spingersi sino a ricomprendere procedure d'insolvenza di carattere confidenziale. Vi è in effetti un certo numero di situazioni di pre-insolvenza in cui il debitore avvia trattative con uno o più creditori per trovare un accordo in merito ad un suo rifinanziamento o ad una sua riorganizzazione, senza tuttavia che queste informazioni siano rese pubbliche.

Queste procedure possono comportare la sospensione di singole misure di esecuzione o impedire ai creditori di chiedere l'apertura della procedura d'insolvenza per un dato periodo, così da consentire al debitore di "prendere fiato". Benché svolgano un ruolo importante in alcuni Stati membri, la

³⁸ La proposta è diretta a modificare il regolamento (CE) n. 1346/2000 la cui base giuridica erano l'art. 61, lett. c) e l'art. 67, par. 1, del Trattato che istituisce la Comunità Europea. Dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la base giuridica corrispondente è l'art. 81, par. 2, lett. a), c) ed f) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Inoltre, va ricordato che il titolo V della parte terza del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea non è applicabile alla Danimarca a motivo del protocollo sulla posizione di tale paese, allegato ai trattati. Lo stesso titolo V non è applicabile al Regno Unito e all'Irlanda, salvo qualora questi due paesi decidano altrimenti, conformemente alle pertinenti disposizioni del protocollo sulle loro rispettive posizioni rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tuttavia, se una proposta della Commissione modifica un atto esistente e il Regno Unito e l'Irlanda non esercitano il loro diritto di partecipare alla misura modificativa, il Consiglio, deliberando su proposta della Commissione, può decidere che la non partecipazione di uno o l'altro dei due Stati alla versione modificata della misura in vigore rende l'applicazione della misura stessa impraticabile per altri Stati membri o per l'Unione; in tal caso il termine per effettuare la notifica di partecipazione è esteso. Se uno o l'altro dei due Stati non opta per partecipare alla misura entro la scadenza del termine esteso, la misura in vigore non è più vincolante o applicabile nei suoi confronti.

³⁹ Le modifiche sono altresì destinate ad avvicinare maggiormente il regolamento all'approccio adottato dalla legge modello UNCITRAL sull'insolvenza transfrontaliera.

natura contrattuale e il carattere confidenziale di tali procedure⁴⁰ renderebbero difficile riconoscerne gli effetti in tutta l'Unione europea, dal momento che un giudice o un creditore in un altro Stato membro non sarebbero al corrente della loro pendenza⁴¹.

La proposta conserva il concetto di “centro degli interessi principali”, sulla considerazione che garantisce che il caso venga trattato in una giurisdizione che ha con il debitore un legame effettivo, piuttosto che nel foro scelto in base alla sede statutaria della società. Questo approccio è altresì coerente con gli sviluppi internazionali in quanto è stato scelto da UNCITRAL nella legge modello sull'insolvenza transfrontaliera come norma in materia di competenza giurisdizionale.

Per guidare gli operatori del diritto nell'identificare il centro degli interessi principali, la proposta ne completa la definizione e introduce una disposizione che permette di individuarlo in riferimento alle persone fisiche.

Inoltre, un nuovo considerando chiarisce le circostanze in cui può essere confutata la presunzione che il centro degli interessi principali di una persona giuridica sia situato nel luogo della sede statutaria; il testo di questo considerando si rifà alla sentenza Interedil della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴².

La proposta migliora anche il quadro procedurale per l'accertamento della competenza giurisdizionale ad avviare la procedura, imponendo al giudice di esaminare d'ufficio la questione della propria competenza prima di aprire la procedura d'insolvenza, e di specificare nella sua decisione su quale base si fonda detta competenza⁴³.

Inoltre, la proposta conferisce a tutti i creditori stranieri il diritto di impugnare la decisione di apertura e, perché tale diritto sia effettivo, assicura che quelli siano informati della decisione. Queste modifiche mirano a far sì che sia avviata una procedura solo se lo Stato membro interessato

⁴⁰ La proposta di modifica, tuttavia, non prevede di cambiare il meccanismo vigente secondo cui le procedure concorsuali nazionali disciplinate dal regolamento sono elencate nell'allegato A e gli Stati membri decidono se notificare una data procedura affinché rientri in detto elenco; essa introduce però un meccanismo con cui la Commissione verifica se una procedura concorsuale nazionale notificata risponde effettivamente alle condizioni della definizione modificata, in modo tale da garantire che l'allegato contenga solo procedure che rispettano le norme del regolamento.

⁴¹ Ciò non toglie tuttavia che il regolamento possa disciplinarle in un secondo tempo, dacché diventano di dominio pubblico.

⁴² Sentenza del 20 ottobre 2011 nella causa C-396/09.

⁴³ E. SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso “Francovich” in Cassazione (nota a sent. Cass., Sez. Lav., 19 gennaio 1996 n. 401, Pres. Cons. c. Inps e altro; Cass., Sez. Lav., 11 ottobre 1995 n. 10617, Pres. Cons. c. Mariotti e altro)*, in *Foro It.*, 1996, I, c. 503.

è realmente competente, riducendo così i casi di *forum shopping* realizzato attraverso lo spostamento pretestuoso e fittizio del centro degli interessi principali.

Infine, la proposta chiarisce che i giudici che aprono la procedura d'insolvenza sono competenti anche per le azioni che derivano direttamente dalla procedura e che vi si inseriscono strettamente, come le azioni revocatorie⁴⁴.

La proposta prevede che, nel caso in cui un'azione sia connessa ad un'altra di diritto civile e commerciale generale contro lo stesso convenuto, il curatore possa ottenere la riunione delle due azioni dinanzi ai giudici del luogo del domicilio del convenuto, se detti giudici sono competenti ai sensi del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale⁴⁵.

Sono state anche avanzate diverse proposte di modifica aventi lo scopo di rendere più efficiente la gestione del patrimonio del debitore nei casi in cui questi abbia una dipendenza in un altro Stato membro.

In particolare, si è ritenuto di avanzare l'ipotesi che il giudice a cui è chiesto di avviare una procedura secondaria debba avere la facoltà, su istanza del curatore nella procedura principale, di poter rifiutare l'apertura o rinviare la decisione qualora detta apertura non sia necessaria ai fini della tutela degli interessi dei creditori locali⁴⁶.

L'apertura di una procedura secondaria non appare necessaria neppure nel caso in cui il curatore della procedura principale s'impegni nei confronti dei creditori locali ad assicurare loro un trattamento nel quadro della procedura principale pari a quello di cui avrebbero goduto se fosse stata aperta la procedura secondaria, con il conseguente rispetto dei diritti che avrebbero vantato in termini di determinazione e grado dei loro crediti al momento del riparto dell'attivo⁴⁷.

⁴⁴ Questa modifica riprende la giurisprudenza della Corte di giustizia nella sentenza *DekoMarty*, Sentenza del 12 febbraio 2009 nella causa C-339/07.

⁴⁵ GU L 12 del 16.1.2001, pag. 1. In base a questa norma, ad esempio, un curatore potrà chiedere la riunione dinanzi al medesimo giudice di un'azione di diritto fallimentare per responsabilità degli amministratori della società, e di un'azione per responsabilità extracontrattuale o di diritto societario contro gli stessi amministratori.

⁴⁶ Questo è il caso, ad esempio, di un investitore che abbia fatto un'offerta di acquisto della società sul presupposto della continuità aziendale, e detta offerta sia più interessante per i creditori locali rispetto alla liquidazione dell'attivo della società.

⁴⁷ La pratica di una tale "procedura secondaria sintetica" è stata sviluppata in diversi casi di insolvenza transfrontalieri nei quali la procedura principale era stata avviata nel Regno Unito (segnatamente, nelle procedure d'insolvenza riguardanti *Collins&Aikman*, *MG Rover* e *Nortel Networks*). I giudici inglesi avevano, nel caso di specie, accettato che

La modifica proposta, tuttavia, non osta a che il curatore possa chiedere l'apertura della procedura secondaria laddove ciò faciliti la gestione di casi complessi, ad esempio quando sono previsti numerosi licenziamenti nello Stato della dipendenza.

L'avvio di una procedura e la nomina di un curatore in loco potranno allora risultare utili a garantire una gestione efficiente del patrimonio del debitore.

Il giudice adito sarà invece obbligato a sentire il curatore della procedura principale prima di decidere di avviare la procedura secondaria. La modifica in questione mira a far sì che il giudice adito per l'apertura della procedura secondaria sia pienamente al corrente di qualunque opzione di salvataggio o riorganizzazione contemplata dal curatore e sia in grado di valutare tutte le conseguenze dell'eventuale apertura di una procedura secondaria⁴⁸.

La proposta poi abolisce il requisito attuale per cui una procedura secondaria è obbligatoriamente una procedura di liquidazione, consentendo al giudice che dispone l'apertura della procedura secondaria di scegliere tra la gamma completa di procedure che offre il diritto nazionale, compresa la ristrutturazione.

Con questa modifica l'avvio di una procedura secondaria non comprometterà automaticamente il salvataggio o la ristrutturazione del debito dell'imprenditore, salvaguardando al contempo le norme in materia di recupero degli aiuti di Stato e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di recupero presso società in stato di insolvenza⁴⁹.

Inoltre, la proposta migliora il coordinamento tra procedura principale e procedure secondarie estendendo l'obbligo di cooperazione, attualmente imposto solo ai curatori, anche ai giudici coinvolti nelle procedure.

Ne deriva che i giudici dovranno cooperare e comunicare tra loro, e i curatori dovranno fare altrettanto con il giudice nell'altro Stato membro coinvolto nella procedura.

La cooperazione a livello dei giudici migliorerà il coordinamento tra procedura principale e procedure secondarie e può dimostrarsi determinante per la riuscita di una ristrutturazione, ad esempio per l'approvazione del protocollo che definisce un piano di salvataggio.

i curatori inglesi potessero distribuire parte dell'attivo ai sensi del diritto dello Stato membro in cui si trovava la dipendenza. Dal momento che una simile prassi non è attualmente ammessa ai sensi del diritto di molti Stati membri, la proposta introduce una norma di diritto sostanziale che consente al curatore di assumere questi impegni nei riguardi dei creditori locali, con effetti vincolanti sul patrimonio.

⁴⁸ A complemento di quest'obbligo è introdotto il diritto del curatore di contestare la decisione di apertura della procedura secondaria.

⁴⁹ Sentenza del 13 ottobre 2011 nella causa C-454/09, Commissione/Italia – “New Interline”.

Quanto alla pubblicità della procedura e all'insinuazione dei crediti, la proposta prevede l'obbligo di pubblicare determinate informazioni minime riguardanti la procedura d'insolvenza in un registro elettronico accessibile gratuitamente al pubblico via internet⁵⁰.

In ragione delle divergenze tra ordinamenti giuridici nazionali riguardo alla pubblicazione delle procedure d'insolvenza e alle necessità dei creditori, l'obbligo di pubblicare queste informazioni è limitato alle società, ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti, senza gravare sulle procedure che riguardano i consumatori.

La proposta prevede, inoltre, la creazione di un sistema di interconnessione dei registri nazionali, che diventeranno accessibili attraverso il portale europeo della giustizia elettronica⁵¹.

Considerazione fondamentale è che la proposta pare agevoli l'insinuazione dei crediti per i creditori stranieri, in particolare piccoli creditori e PMI, in tre modi: in primo luogo, prevedendo che siano introdotti, mediante atti di esecuzione, due moduli standard, uno per l'avviso da inviare ai creditori e l'altro per l'insinuazione del credito, entrambi disponibili in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea, con relativa riduzione dei costi di traduzione; in secondo luogo, e a prescindere da eventuali termini inferiori applicabili ai sensi del diritto nazionale, riconoscendo ai creditori stranieri un minimo di 45 giorni per insinuare i crediti, a seguito della pubblicazione dell'avviso di apertura della procedura d'insolvenza nel registro fallimentare. Essi dovranno essere informati qualora il loro credito sia contestato e dovranno avere la possibilità di produrre prove ulteriori a sostegno delle loro pretese; in terzo luogo, esonerando i creditori stranieri dall'obbligo di farsi rappresentare da un legale ai fini dell'insinuazione del credito presso la giurisdizione straniera, con conseguente riduzione dei costi per i creditori.

⁵⁰ Quest'obbligo riguarda il giudice che ha aperto la procedura d'insolvenza, la data di apertura e – per la procedura principale – la data di chiusura della procedura stessa, il tipo di procedura, il debitore, il curatore nominato, la decisione di apertura della procedura oltre a quella di nomina del curatore se diversa, e il termine per l'insinuazione dei crediti.

⁵¹ La Commissione determinerà, mediante atti di esecuzione e in base alle informazioni da pubblicarsi nei registri fallimentari, criteri minimi comuni per la consultazione dei registri e il recupero dei dati. L'interconnessione dei registri nazionali permetterà a un giudice adito per l'apertura di una procedura d'insolvenza di stabilire se sia stata avviata una procedura a carico del medesimo debitore in un altro Stato membro, e ai creditori di scoprire se sia stata avviata una procedura riguardo allo stesso debitore e, in tal caso, quali siano gli eventuali poteri del curatore. Per i debitori che sono società, gli Stati membri potranno basarsi sugli obblighi derivanti dalla direttiva 2012/17/UE, del 13 giugno 2012, in materia di interconnessione dei registri centrali, commerciali e delle imprese, anche se, ai fini del presente regolamento, l'informazione dell'avvenuta apertura della procedura a carico di un debitore non è sufficiente per il coordinamento delle procedure transfrontaliere e per consentire ai creditori di esercitare i loro diritti in tale contesto, cfr. GU L 156 del 16.6.2012, pag. 1.

Per la questione dell'insolvenza delle società che fanno parte di un gruppo societario, pur mantenendo l'approccio individuale dell'attuale regolamento verso ciascuna entità giuridica, la proposta crea un quadro giuridico specifico per disciplinare le situazioni d'insolvenza delle società che fanno parte di un gruppo societario. Si introduce l'obbligo di coordinare le procedure d'insolvenza riguardanti diverse società che fanno parte dello stesso gruppo societario, imponendo ai curatori e ai giudici coinvolti di cooperare tra loro così come già accade nell'ambito delle procedure principale e secondaria.

Tale cooperazione può assumere forme diverse a seconda delle circostanze del caso: i curatori devono, in particolare, scambiarsi le informazioni pertinenti e cooperare, ove opportuno, all'elaborazione di un piano di salvataggio o riorganizzazione; al fine di riconoscerne l'importanza dal punto di vista pratico e di promuoverne ulteriormente l'uso, è prevista esplicitamente la possibilità di cooperare mediante protocolli; i giudici a loro volta devono cooperare, in particolare scambiando informazioni, coordinando, ove opportuno, la nomina di curatori che possano collaborare tra loro e approvandone i protocolli.

Inoltre, la proposta attribuisce a ciascun curatore il diritto di prendere parte alla procedura relativa a qualunque altra società dello stesso gruppo, conferendogli in particolare il diritto di essere sentito in quella sede, di chiedere la sospensione della procedura in questione e di proporre un piano di ristrutturazione che consenta al rispettivo comitato dei creditori o al giudice di decidere in merito. Il curatore ha altresì il diritto di partecipare alle riunioni del comitato dei creditori⁵².

Pur introducendo il coordinamento delle varie procedure relative alle società di un medesimo gruppo, la proposta non si occupa però di impedire l'attuale prassi, tipica dei gruppi societari altamente integrati, che consiste nell'individuare il centro degli interessi principali di tutte le società partecipate in uno stesso ed unico luogo, e avviare di conseguenza la procedura d'insolvenza in una sola giurisdizione⁵³.

⁵² Questi strumenti procedurali permettono al curatore che ha il maggior interesse alla riuscita della ristrutturazione di tutte le società interessate, di presentare ufficialmente il proprio piano di ristrutturazione nell'ambito della procedura relativa ad una delle società del gruppo, anche qualora il curatore della procedura in questione non intenda collaborare o si opponga al piano.

⁵³ Occorre, da ultimo, precisare che i vari elementi della modifica del regolamento sopra descritti rispettano i requisiti di sussidiarietà e proporzionalità. Quanto alla sussidiarietà, le modifiche proposte non possono essere realizzate dagli Stati membri, dal momento che richiedono un intervento su norme vigenti del regolamento riguardanti il campo d'applicazione, la competenza giurisdizionale, le procedure secondarie, le misure di pubblicità delle decisioni e l'insinuazione dei crediti. La revisione del regolamento necessita, per definizione, l'intervento del legislatore dell'Unione. Infatti, se anche gli Stati membri possono in teoria creare i registri fallimentari elettronici da soli, la loro

3. CONSIDERAZIONI SULLA RIFORMA DEL REGOLAMENTO UE 1346/2000

La proposta di modifica del regolamento UE 1346/2000 sulle procedure di insolvenza affronta, come abbiamo evidenziato, molti degli aspetti problematici lasciati scoperti dalla normativa citata, tuttavia evitando di affrontare alcuni aspetti essenziali⁵⁴.

Primo fra tutti, quello che sembra rappresentare il nucleo centrale del problema, ossia la necessità di giungere ad un'armonizzazione delle norme nazionali.

Inoltre il regolamento, nonostante stabilisca norme sulla giurisdizione, sul riconoscimento delle sentenze e sulla legge applicabile nelle procedure di fallimento transfrontaliero, non si applica ai casi di ristrutturazione del debito.

Infine, il criterio di collegamento: quello adottato dal legislatore europeo è il criterio del “centro dei principali interessi” del debitore insolvente (cosiddetto COMI). Il COMI, tuttavia, ha sollevato molti dubbi nella pratica e per la sua natura è considerato incapace di prevenire il fenomeno del *forum shopping*.

Nella proposta di riforma, si è cercato di adottare una nuova formulazione del COMI, finalizzata a prevenire tale fenomeno, unitamente all'introduzione nel regolamento di disposizioni in materia di insolvenza transfrontaliera dei gruppi di imprese e di creazione di un registro europeo sui fallimenti⁵⁵. Si chiariscono le circostanze per soddisfare tale requisito affermando che è possibile confutare la presunzione di legame alla sede sociale se l'amministrazione centrale dell'azienda si trova in un altro stato membro, purché sia chiaro ai terzi che la gestione dei suoi interessi si trova in un altro stato membro.

interconnessione richiederebbe comunque un'azione a livello dell'Unione. Gli obiettivi dell'azione proposta (consentire l'interconnessione dei registri fallimentari a livello di tutta l'UE) non possono quindi essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, ma possono essere conseguiti meglio a livello di Unione. In merito alla proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione proposta si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi del trattato. Inoltre, la valutazione d'impatto allegata alla presente proposta dimostra che i benefici di ciascuna delle modifiche proposte sono superiori ai rispettivi costi e che tali modifiche sono pertanto proporzionate.

⁵⁴ E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento concorsuale*, cit., 349.

⁵⁵ Nel dicembre del 2012, la Commissione ha adottato una proposta di modifica del regolamento che si proponeva di ampliare la portata dello stesso al fine di disciplinare non solo il fallimento, ma anche la ristrutturazione del debito volta ad evitare la liquidazione. La proposta sarebbe anche quella di affrontare il tema della pubblicità e della trasparenza, obbligando gli stati membri ad adottare un registro dei fallimenti nel portale e-Justice e di pubblicare le più rilevanti decisioni dei Tribunali.

Al Tribunale che inizia il procedimento principale sarà richiesto di accertare dove si trovi il centro principale degli interessi e, laddove ci siano circostanze che danno luogo a dubbi, saranno sentiti i debitori e i creditori.

Nei casi in cui non ci sia stata alcuna decisione del Tribunale (ad esempio in caso di accordo volontario o liquidazione volontaria dei creditori) sarà cura del liquidatore nominato specificare i motivi su cui si fonda la giurisdizione.

Gli emendamenti prevedono, inoltre, che la legge applicabile alla procedura principale d'insolvenza dovrebbe avere giurisdizione per azioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e sono strettamente legate con loro, quali azioni di rivendica (ad esempio dove c'è stato un trattamento preferenziale rispetto ai creditori particolari).

Deve essere evidenziato, poi, che seppur la proposta di modifica, come detto, non prevede alcuna forma di armonizzazione delle procedure concorsuali nazionali, la Commissione ha annunciato che analizzerà l'impatto delle divergenze tra le legislazioni nazionali al riguardo e che sarà diffuso uno studio a riguardo⁵⁶.

Le differenze tra procedure concorsuali nazionali certamente giustificano la necessità di armonizzare alcuni aspetti, tuttavia l'idea, pur suggestiva, deve essere introdotta con cautela: non può essere infatti dimenticata la dimensione politica tipica del diritto fallimentare, con la conseguenza che norme di armonizzazione rischierebbero di divenire inattuabili in quanto finirebbero per favorire alcune categorie di creditori, in eventuale contrasto con le decisioni politiche nazionali.

La *ratio* alla base della proposta di aggiornare la legge europea sul fallimento è certamente quella di rendere più facile la ristrutturazione delle imprese in difficoltà finanziarie, così da arginare l'attuale perdita di 1,7 milioni di posti di lavoro e delle 200.000 imprese che ogni anno falliscono nell'Unione Europea, un quarto delle quali hanno un elemento transfrontaliero.

Sotto il regime attuale, poi, è possibile avere due distinti procedimenti di insolvenza nei confronti dello stesso debitore.

La proposta, invece, consente ai curatori nella causa principale di richiedere che la procedura secondaria non inizi o venga rinviata, se tali procedimenti non sono necessari per tutelare gli interessi dei creditori locali. Questo specialmente nei casi dove il curatore della procedura principale si impegna a trattare i creditori locali come se fosse stata aperta la procedura secondaria.

⁵⁶ In un comune documento, la *City of London Law Society*, l'*Insolvency Lawyers' Association* e la *Association of Business Recovery Professionals* hanno accolto favorevolmente la proposta di modifica riguardante il fallimento transfrontaliero, ritenendo che le procedure potrebbero divenire più efficienti e veloci.

Rilevante il caso in cui il procedimento principale e secondario siano aperti nei confronti dello stesso debitore. I curatori sarebbero così costretti a collaborare e comunicare tra di loro, compresa tra le altre cose, la verifica della possibilità di ristrutturazione del debito. La proposta prevede anche che la procedura secondaria non sia più limitata alla liquidazione.

Nel caso di insolvenza dei membri di un gruppo societario, la proposta prevede che i liquidatori possono convenire di concedere ulteriori poteri ai liquidatori in un procedimento dove tale accordo è consentito dalle norme applicabili a ciascuno dei procedimenti stessi⁵⁷.

Come già accennato, dal punto di vista del creditore garantito le garanzie rimangono intatte.

Oltre a mantenere le misure di salvaguardia, la proposta riguarda anche le norme sulla localizzazione dei beni appartenenti al debitore insolvente.

Le proposte riguardano l'emissione di: a) azioni nominative nel territorio dove l'azienda, che ha emesso le azioni, ha sede legale; b) strumenti finanziari, i quali titoli di entrata sono evidenziati dalle voci in un registro di conto (registro dei titoli di entrata), situato nello stato membro in cui viene mantenuto il registro o il conto; c) contanti tenuti in conto presso un istituto di credito situato nello stato membro indicato nel codice IBAN del conto.

In conclusione, a cinque anni dall'inizio della crisi finanziaria mondiale, l'Unione europea comincia a dare segni di ripresa economica. Si tratta però di segnali ancora troppo deboli per avere effetti benefici sulle persone più colpite, in particolare i giovani disoccupati, e in tal senso occorrerà consolidare i risultati fin qui ottenuti e portare avanti il processo di riforma negli Stati membri che subiscono le maggiori pressioni.

Si avvertono comunque segnali certi che l'Europa sta gradualmente emergendo dalla crisi più forte e più solida di prima, grazie ai profondi riordini economici, finanziari e di bilancio e alle misure ben calibrate di rilancio della crescita e dell'occupazione a livello europeo.

Il 2015 dovrebbe essere un anno di realizzazioni e risultati concreti: le numerose proposte di rilancio della crescita ancora in sospeso dovranno essere adottate e realmente attuate in tempi veloci.

Promuovere la crescita e l'occupazione rimane la priorità del programma di lavoro della Commissione europea per il 2015, una priorità che guiderà sia l'analisi delle riforme necessarie in ambito nazionale – gli Stati membri dovranno continuare gli sforzi volti a risanare le finanze

⁵⁷ La proposta prevede anche un liquidatore con potere di partecipazione nei procedimenti aperti, nel rispetto di qualsiasi altra società del gruppo. Ciò include la possibilità di richiedere una sospensione di altri procedimenti fino a sei mesi, di proporre un piano di salvataggio, concordato o in misura analoga per promuovere il salvataggio di gruppo, consentendo, inoltre, ai tribunali di cooperare con gli altri tramite qualsiasi mezzo appropriato.

pubbliche, riformare la struttura economica e realizzare investimenti capaci di stimolare la crescita – sia le iniziative che saranno proposte in ambito europeo per sostenere ed incentivare la ripresa economica e l'occupazione e riassorbire le conseguenze sociali della crisi.

In questi cinque anni lo sforzo congiunto delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri volto a affrontare i principali problemi dell'Europa ha dato evidenti risultati: la solidità dell'euro è stata preservata e rafforzata, è stato introdotto un sistema di *governance* economica più rigoroso, è stato posto in essere un nuovo sistema di vigilanza e regolamentazione finanziaria e sono state gettate le basi dell'Unione bancaria, sono stati intensificati i lavori per il mercato unico ed è stato infine raggiunto un accordo politico sul bilancio dell'UE, principale fonte di finanziamento della crescita e degli investimenti in Europa.

In ogni caso i problemi insoluti sono ancora notevoli. La disoccupazione, soprattutto tra i giovani, raggiunge livelli economicamente e socialmente inammissibili. Le piccole imprese, colonna portante dell'economia europea, non riescono a ottenere i finanziamenti necessari per crescere e creare posti di lavoro, mentre il mercato unico, malgrado i progressi, è ancora al di sotto delle aspettative, soprattutto in comparti importanti come l'economia digitale, l'energia e i servizi.

In tale quadro economico, la riforma delle procedure di insolvenza, pur con le lacune evidenziate, deve essere vista con favore, in quanto destinata ad assumere un ruolo non solo giuridico ma anche socio-economico di rilievo, permettendo ai creditori di imprese in decozione di guardare con maggior fiducia ad una celere realizzazione seppur parziale delle loro pretese.

III. INQUADRAMENTO CIVILISTICO DELLA FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO; 2. LA CAUSA E I MOTIVI DEL CONTRATTO 2.1 IN PARTICOLARE, LA CAUSA DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE; 3. CONTENUTO DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE; 4. SULL'EFFICACIA *ERGA OMNES* DELL'ACCORDO; 5. L'INADEMPIMENTO DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE ED I RELATIVI EFFETTI

1. NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO

Con la recente sentenza della sezione III, 8 maggio 2006, n. 10490, la Cassazione ha osservato che “La causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio, bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti”.

Questo il caso concreto: Tizio, quale amministratore della società Alfa, stipula con la società Beta due successivi contratti di consulenza. In virtù di tali contratti, lo stesso Tizio viene inserito negli organi amministrativi di varie società facenti capo a Beta.

Richiesto il pagamento dei corrispettivi derivatigli – a suo dire – dall'aver svolto attività di consulenza in favore di tali società, Tizio riceve un netto rifiuto da parte di Beta in virtù del fatto che le attività svolte come “consulente” erano sostanzialmente le “stesse” di quelle che egli avrebbe dovuto svolgere in qualità di “amministratore” delle collegate di Beta.

Tizio, allora, conviene Beta in giudizio per ottenere il pagamento delle sue competenze, ritenendo l'ipotesi de qua sussumibile entro lo schema del contratto d'opera ex art. 2222 cod. civ.

Tuttavia, sia il Tribunale che la Corte d'Appello – dopo aver posto in evidenza che il rapporto, in realtà, si era instaurato “direttamente” tra Tizio e Beta, avendo la società Alfa svolto soltanto un ruolo di “schermo” per fini di elusione fiscale – rigettano la sua domanda e dichiarano la nullità del contratto di consulenza per difetto di causa, ritenendo che i compiti oggetto della “consulenza” erano coincidenti con quelli che Tizio avrebbe comunque dovuto svolgere in virtù delle cariche sociali ricoperte nelle collegate di Beta.

La Cassazione ha confermato le statuizioni dei giudici di merito, decretando anch'essa la nullità del contratto in questione, ma ha ritenuto doveroso “correggere” l'impostazione delle decisioni

precedenti, basate sul tradizionale schema della causa come funzione economico-sociale, e ha colto l'occasione per decretare ufficialmente l'adesione alla teoria della funzione economico-individuale. Il tema della causa del contratto costituisce una delle problematiche più affascinanti e, al contempo, più insidiose del diritto civile.

Le prime difficoltà si riscontrano già nel momento in cui si cerca di fornirne una definizione, giacché lo stesso legislatore del 1942, dopo averla eletta ad "elemento essenziale" del contratto (art. 1325, n. 2, cod. civ.), non dice in cosa essa consista.

Volendo, comunque, tentare di darne una nozione sintetica, può dirsi che la causa è "il perché" del contratto, ossia l'elemento essenziale che giustifica ogni spostamento di ricchezza all'interno della singola operazione negoziale.

In sostanza, in un ordinamento giuridico che garantisce autonomia negoziale ai privati con l'unico limite della "meritevolezza di tutela" degli interessi portati a realizzazione attraverso lo strumento negoziale (art. 1322, comma 2, cod. civ.), la causa rappresenta la "cartina di tornasole", ossia lo "strumento di controllo" che lo stesso ordinamento mette a disposizione del giudice per verificare che il singolo contratto sia rispettoso di tale limite.

In assenza di una definizione normativa espressa, dottrina e giurisprudenza si sono fatte carico di cercare di dare un risposta a tale quesito⁵⁸.

Stando ad una prima definizione, la causa è la funzione economico-sociale del contratto, ossia la sintesi dei suoi effetti essenziali.

Volendo utilizzare una terminologia più empirica, la teoria oggettiva riassume in un'unica formula "ciò che il contratto è idoneo a fare".

Essa è, al contempo, funzione economica, perché il contratto è pur sempre un affare, e funzione sociale, perché permette all'ordinamento di compiere uno scrutinio circa la sua utilità⁵⁹.

La teoria in questione, risalente ad Emilio Betti, è stata accolta dal legislatore del '42 per la sua capacità – particolarmente sentita nel periodo storico di gemmazione del vigente codice civile – di permettere un sindacato giudiziale particolarmente penetrante sul singolo contratto.

L'interesse manifestato dal regime fascista per l'economia nazionale, infatti, premia una definizione di causa che guarda alla dimensione "oggettiva" del contratto, visto come veicolo di spostamento della ricchezza da sottoporre a controllo giudiziale.

⁵⁸ E' proprio per tale ragione che nel corso degli ultimi sessant'anni si è assistito ad un susseguirsi di teorie elaborate attorno al tema in questione assai diverse fra loro, ma tutte accomunate dal fatto di comportare, come conseguenza della loro adozione, una serie di precipitati pratici di grande rilevanza.

⁵⁹ Le parole sono tratte da R. SACCO, *Trattato di Diritto Civile - Il Contratto*, Milano, 2004, 572.

Così intesa, la causa si allontana dal singolo contratto, visto nella sua dimensione concreta, per divenire elemento unificatore di tutti i contratti appartenenti al “tipo”, a prescindere dai “motivi” che hanno spinto le parti a concluderlo, relegati al rango di semplici scopi individuali irrilevanti per l’ordinamento.

Il merito della teoria della funzione economico-sociale risiede nell’aver inserito tra gli elementi essenziali del contratto uno strumento – la causa – particolarmente capace di permettere al giudice un sindacato sulla meritevolezza della tutela richiesta.

A tale riguardo, si è osservato come quello di causa sia un concetto “teleologicamente orientato”, in ragione del fatto che la definizione adottata risponde a delle precise esigenze di carattere politico-economico, avvertite dall’ordinamento giuridico in un particolare momento storico.

Tuttavia, tale teoria si presta a diverse critiche nel momento in cui, riducendo la causa a sintesi degli effetti essenziali prodotti dal contratto⁶⁰, tende a trascurare lo scopo in concreto perseguito dalle parti, a confondersi col limitrofo concetto di “tipo” legale e, soprattutto, non riesce a concepire un contratto tipico illecito.

In risposta a tali obiezioni, i sostenitori della teoria della funzione economico sociale hanno sostenuto che gli scopi avuti di mira dalle parti – corrispondenti ai “motivi” – sono per l’ordinamento giuridicamente irrilevanti, salvo il disposto dell’art. 1345 cod. civ., che “mentre la causa è la funzione che il contratto svolge, il tipo è la struttura necessaria a produrre tali effetti” e che non esiste alcuna incapacità a concepire un contratto tipico illecito perché in tal caso l’illiceità è insita nello scopo pratico realizzato⁶¹.

La teoria soggettiva o dello scopo ultimo, sorta in contrapposizione a quella testé analizzata, ritiene che la causa del contratto rappresenti lo scopo della parte, ossia la ragione per cui viene assunta l’obbligazione.

E’ evidente che, così ragionando, si tende a confondere la causa con la motivazione del consenso⁶², ossia con i “motivi” che il legislatore considera – al di fuori dell’ipotesi consacrata nell’art. 1345 cod. civ. – giuridicamente irrilevanti.

Al fine di superare detta impasse, i sostenitori della teoria in parola precisano che lo scopo di cui essa parla non va confuso con quello avuto di mira *uti singulus* da ciascun contraente, ma concerne lo scopo ultimo perseguito da entrambi.

⁶⁰ Emblematico è l’esempio secondo cui causa della vendita è lo scambio tra una *res* ed un prezzo.

⁶¹ A. PARZIALE, *Interest rate swap: il valore della dichiarazione di operatore qualificato e la nullità per difetto di causa al vaglio delle corti pugliesi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 6, 787.

⁶² Le parole sono di C. M. BIANCA, *Diritto Civile, n. 3, Il contratto*, Roma, 2000, 448.

Così argomentando, si tenderebbe a distinguere, da un lato, i motivi individuali, destinati a rimanere nell'intima sfera di ciascun contraente e, quindi, come tali, giuridicamente irrilevanti, e, dall'altro lato, la causa che, vista in un'accezione dinamica, sintetizza e pone in rilievo i vantaggi che le parti conseguono attraverso il contratto.

A ben vedere, tuttavia, la teoria in questione si palesa semplicemente come una "variante terminologica" di quella della funzione economico-sociale.

Infatti, lo scopo ultimo altro non è se non la sintesi degli effetti del contratto vista, però, sotto un diverso angolo visuale: mentre la teoria soggettiva pone l'accento sulla rappresentazione psichica delle parti, quella oggettiva guarda agli effetti che il contratto produce⁶³.

Entrambe le teorie passate in rassegna innanzi non convincono per una serie di ragioni, prima fra tutte la loro "assolutezza".

Quanto alla teoria della funzione economico-sociale, si nota come la stessa pecchi di un eccessivo "astrattismo", atteso che tende a guardare al contratto nella sua architettura strutturale fino a ridursi ad "... un'inutile ripetizione del contenuto complessivo..."⁶⁴ dello stesso, trascurando del tutto gli interessi avuti in concreto di mira, cestinandoli come semplici "moventi individuali" irrilevanti per l'ordinamento giuridico.

Donde le già citate difficoltà nell'attribuire importanza alcuna agli scopi delle parti, nel distinguere la "causa" dal "tipo" e nel concepire un contratto tipico con causa illecita.

Quanto alla teoria dello scopo ultimo, se concepita nella sua struttura più evoluta, tende a confondersi con quella della funzione economico-sociale⁶⁵; se, invece, analizzata nella sua articolazione primigenia, scende all'opposto in un inaccettabile "relativismo" che non si coniuga con il carattere di elemento "generale" della causa, così creando non pochi intoppi alle esigenze di certezza dei traffici giuridici⁶⁶.

Senza dimenticare, tra l'altro, il rischio – tutt'altro che teorico – di confondere "causa" e "motivi". Pertanto, tra i due poli "opposti" la via maestra da seguire è, ancora una volta, quella "mediana", adottando una definizione di causa che, al contempo, non trascuri gli interessi avuti di mira dalle

⁶³ L. ZAPPALÀ, *Le oscillazioni del pendolo: la riforma "continua" del contratto di lavoro a tempo determinato nelle p.a.*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2008, 2, 277.

⁶⁴ R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, 1975, 577.

⁶⁵ A. OLIVIERI, *La natura giuridica del termine nel contratto di lavoro: alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 2, 367.

⁶⁶ Cfr., A. SCARPA, *L'introduzione e la trattazione della causa*, in *Giur. merito*, 2011, 1, 254.

parti e non tradisca le caratteristiche di generalità ed astrattezza che si richiedono nell'analisi di un elemento essenziale del contratto⁶⁷.

A fornire risposta ad una tale esigenza sovviene la teoria semioggettiva o della funzione economico-individuale, secondo cui causa del contratto è la concreta composizione di contrapposti interessi che attraverso il meccanismo contrattuale vengono contemporaneamente soddisfatti⁶⁸.

Come si vede, la teoria in esame sposta l'attenzione dallo sterile schema contrattuale al concreto e dinamico assetto di interessi programmato dalle parti: la causa non è più sintesi di effetti negoziali, ma di interessi che il contratto, così come concretamente concepito dalle parti, è idoneo a realizzare. Gli effetti negoziali, tanto cari alla teoria della funzione economico-sociale, in quest'ottica diventano il "risvolto fattuale" degli interessi avuti di mira dalle parti, la loro realizzazione pratica. Quello che, invece, realmente conta è che il contratto abbia effettiva attitudine a realizzare un concreto assetto di interessi.

Spostando l'analisi sul versante dei risvolti pratici del contratto – come si vede – si pone attenzione a quello che le parti vogliono dal contratto senza, però, sfociare nell'errore di attribuire giuridico rilievo agli intimi motivi individuali⁶⁹.

E' in quest'ottica che trova origine il concetto di causa concreta, intesa come ragione concreta del contratto ovvero elemento che giustifica il sacrificio di una o di entrambe le parti nell'ambito del singolo contratto posto in essere⁷⁰, sorta in seno alla c.d. teoria pluralista – evoluzione di quella della funzione economico-individuale – che vede tra i primi suoi sostenitori Sacco, secondo cui la causa va analizzata caso per caso, non potendosi individuare a priori "una volta per tutte", ma con attenzione al singolo e specifico contratto, visto quale veicolo di realizzazione degli interessi concretamente perseguiti⁷¹.

L'opzione per tale teoria è foriera di una serie notevole di vantaggi.

⁶⁷ B. UBERTAZZI, *La legge applicabile ai contratti di trasferimento di tecnologia*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 2, 118; P. DONATO, *La chiamata in causa dell'assicuratore nel giudizio amministrativo risarcitorio*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2007, 3, 769.

⁶⁸ V. anche l'opinione di P. CORRIAS, *Prestazioni di facere e causa del contratto di assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 2, 367.

⁶⁹ P. PIRRUCCIO, *La nullità del contratto tra causa illecita e motivo illecito comune*, in *Giur. merito*, 2005, 1, 203.

⁷⁰ S. ROMANO, *Contratto preliminare di permuta di cosa presente con cosa futura e fallimento della società costruttrice: la trascrizione della domanda ex art. 2932 cod. civ. tutela il promissario acquirente?*, in *Riv. notariato*, 2005, 2, 360.

⁷¹ U. LA PORTA, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, 6, 708.

Innanzitutto, diviene agevole distinguere la causa dai limitrofi concetti di tipo, da un lato, e di motivo, dall'altro.

Quanto alla prima distinzione, mentre la causa è la sintesi degli interessi in concreto realizzati e, come tale, cambia di volta in volta ed anche a parità di contratto, il "tipo" rappresenta lo schema del negozio, ossia la sua architettura strutturale descrittiva degli effetti, in quanto tale, destinato a non cambiare quando questi ultimi coincidono.

Ebbene, è evidente che ogni singolo individuo potrà utilizzare un medesimo meccanismo contrattuale per realizzare un particolare assetto di interessi variabile di caso in caso.

Quanto alla seconda distinzione, i "motivi" sono le ragioni individuali che spingono il singolo contraente ad addivenire alla stipulazione, laddove la causa è la finalità comune ad entrambe le parti.

In secondo luogo, a fronte di tale chiarezza descrittiva, diviene agevole inquadrare dogmaticamente una serie di figure negoziali nuove, un tempo destinate a rimanere nell'ambito del "giuridicamente irrilevante": il che spiega la massiccia adesione della dottrina alla teoria in parola che, finalmente, ha registrato il suo ingresso ufficiale nella giurisprudenza di legittimità⁷².

Si intende fare riferimento ad alcuni fenomeni in particolare e, segnatamente, al pagamento traslativo, ai negozi a causa incompleta o variabile e, ancora, al contratto gratuito atipico⁷³.

In tutte queste ipotesi, infatti, optando per una nozione della causa come sintesi degli effetti che il contratto produce, tipica della teoria della funzione economico-sociale, non sarebbe possibile fornire una congrua giustificazione giuridica a siffatte figure negoziali, atteso che ci si limiterebbe ad analizzarne gli effetti indipendentemente dall'interesse che viene portato a realizzazione: conseguentemente, si giungerebbe, a seconda dei casi, ad una declaratoria di nullità per difetto causale, in base al combinato disposto degli artt. 1325, n. 2 e 1418, astrattamente rientrante nel paradigma normativo dell'art. 2222 cod. civ., è "perfettamente inutile" in quanto meramente "ripetitivo" delle prestazioni che Tizio avrebbe già dovuto compiere in qualità di amministratore.

⁷² Tuttavia, come si avrà modo di vedere più avanti, la figura della causa concreta — sebbene implicitamente — è stata già adottata in passato in qualche « timida » decisione della giurisprudenza, ma è solo con la sentenza n. 10490/2006 che la Cassazione ammette apertamente di aderirvi.

⁷³ V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dir. relaz. ind.*, 2003, 2, 225; A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, 6, 251.

Ragionando, invece, in termini di causa concreta e, quindi, guardando il concreto interesse avuto di mira dal singolo ovvero da entrambi i contraenti, si riesce a spiegare il perché di tali figure negoziali⁷⁴.

Volendo senza pretesa di esaustività passare in rassegna, a mero titolo esemplificativo, alcuni dei risultati pratici della teoria della funzione economico-individuale, una delle applicazioni più paradigmatiche è sicuramente rappresentata dalle prestazioni isolate e dal contratto gratuito atipico. Si intende far riferimento a quel fenomeno “a metà strada” tra la vendita e la donazione che si ha allorquando un soggetto compie una prestazione, di *facere* o di *dare*, a favore di altro soggetto in assenza di alcun corrispettivo.

La figura in questione si distingue, da un lato, dalla vendita per la già dedotta mancanza di controprestazione e, dall’altro lato, dalla donazione perché non è mossa da uno spirito liberale di mero arricchimento della controparte, ma, al contrario, realizza un interesse egoistico del disponente di natura *lato sensu* economica⁷⁵.

Orbene, facendo uso della teoria della funzione economico-sociale che – come detto – guarda soltanto agli effetti prodotti dal contratto, non si riuscirebbe a concepire la ragione di una prestazione patrimoniale isolata e la conseguenza obbligata sarebbe una declaratoria di nullità del contratto per difetto causale in base al combinato disposto degli artt. 1325, n. 2 e 1418, comma 2, cod. civ.

Se si opta, invece, per una teoria della causa – quale quella della funzione economico-individuale – che guarda agli interessi concretamente perseguiti, le cose cambiano e di gran lunga⁷⁶.

Infatti, nel caso di prestazioni patrimoniali non accompagnate da alcun correlativo sacrificio è possibile individuare un interesse del promittente di natura *lato sensu* patrimoniale, distinto dallo spirito di liberalità che anima la donazione.

Come nel caso della donazione si registra l’assenza di un corrispettivo, ma con la differenza – guardando agli interessi – che il soggetto che si obbliga è mosso dalla prospettiva di un tornaconto che, a seconda dei casi, potrebbe risiedere nell’esigenza di farsi pubblicità ovvero di realizzare un risparmio di spesa e così via⁷⁷.

⁷⁴ R. E. ARENA, *La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. suo recepimento nell’ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giur. merito*, 1998, 1, 156.

⁷⁵ P. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 3, 354.

⁷⁶ R. DE NEGRI, *La tutela di matrice comunitaria nei confronti delle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Dir. comm. internaz.*, 1998, 1, 173.

Considerazioni, in parte, analoghe portano ad accogliere la figura del c.d. “pagamento traslativo”. L’ordinamento giuridico italiano è improntato al c.d. “principio consensualistico”, alla stregua del quale – giusta il disposto dell’art. 1376 cod. civ. – nei contratti che trasferiscono la proprietà o altri diritti reali “... la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”.

Ne consegue che, a differenza di altri ordinamenti (come, ad es., quello tedesco) in cui si immagina una sequela contrattuale nella quale vi siano un contratto (ad efficacia obbligatoria) che obbliga a trasferire la proprietà ed uno (ad efficacia reale) che adempia a tale obbligo, quello italiano non è in grado – quantomeno soffermandosi ad un’analisi del tessuto normativo – di concepire una tale scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*⁷⁸.

Ciò perché, guardando ancora una volta agli effetti prodotti dal secondo contratto, non si riesce a concepire che lo stesso possa produrre un trasferimento della proprietà senza alcun correlativo e contestuale sacrificio.

Da tempo, però, in dottrina si va facendo strada una teoria che, guardando al concreto interesse realizzato attraverso il singolo contratto, ha dato la stura ad un concetto di c.d. “causa esterna” (evoluzione della figura della causa concreta), secondo cui la causa del contratto non dev’essere necessariamente rinvenuta all’interno dello stesso, ma può risiedere al suo esterno, costituendo attuazione di un obbligo precedentemente assunto.

E’, per l’appunto, il pagamento traslativo, fenomeno – assai vicino al “collegamento negoziale” – nel quale si crea una sequela di contratti in cui il primo crea l’obbligo di trasferire la proprietà ed il secondo lo realizza.

Orbene, solo guardando al concreto interesse realizzato, si riesce a fornire una giustificazione causale al secondo contratto concluso “a valle”, il cui perché risiede nella natura attuativa⁷⁹ dell’obbligo precedentemente assunto con il contratto stipulato “a monte”.

Se, invece, ci si fermasse ad un’analisi degli effetti prodotti, non si potrebbe far altro che prendere atto del fatto che si assiste ad un trasferimento di un diritto non accompagnato da controprestazione.

⁷⁷ Si pensi a chi si obbliga, quanto alle prestazioni di *facere*, a tenere un concerto gratuitamente ovvero, quanto alle prestazioni di dare, a regalare delle magliette con il marchio della propria griffe per farsi pubblicità.

⁷⁸ V. TENORE, *La sospensione cautelare del lavoratore nel pubblico impiego privatizzato dopo il contratto collettivo nazionale di lavoro comparto ministeri 2002 – 2005*, in *Giust. civ.*, 2004, 1, 21.

⁷⁹ Si parla, a tale riguardo, di negozio *solvendi causa* al fine di sottolineare la finalità di adempimento di un obbligo precedentemente assunto con diverso contratto ad efficacia obbligatoria.

Un ultimo fenomeno da prendere in considerazione è quello dei negozi a causa incompleta o variabile.

Per poter capire di cosa si tratti, va premesso che a volte la legge crea degli “schemi negoziali”, concepiti al fine di realizzare una determinata funzione, la quale, però, trova origine e giustificazione nelle più svariate ragioni.

Si parla, a tale riguardo, di negozi con causa incompleta o variabile, al fine di sottolineare che la causa c'è, ma va rimpinguata, ovvero varia a seconda dei casi.

A mero titolo esemplificativo, la cessione di un credito può derivare da una serie di ragioni⁸⁰: può essere lo strumento per adempiere un debito che il creditore cedente ha nei confronti del cessionario (natura solutoria), può essere il frutto di un mero atto di liberalità (natura donativa), ovvero, ancora, può costituire un'elargizione interessata al fine di ottenere un vantaggio mediato (natura patrimoniale).

A tale riguardo, se si guardasse soltanto agli effetti prodotti, non si riuscirebbe a comprendere esattamente il fenomeno in questione, con la conseguenza di giungere alla conclusione obbligata secondo cui l'art. 1260 cod. civ. non individua un negozio produttivo di un determinato effetto, ma descrive soltanto l'effetto prodotto da un diverso negozio, tipico o atipico che sia⁸¹.

Ancora una volta, solo aderendo alla teoria della causa concreta e, quindi, solo guardando all'interesse in concreto realizzato si riesce a concepire la cessione del credito come un negozio giuridico produttivo dell'effetto di trasferire una posizione creditoria sulla base di una giustificazione causale variabile *case by case*⁸².

A fronte di tali importanti riflessi derivanti dall'opzione per la teoria della funzione economico-individuale, la giurisprudenza ha mostrato—quasi pervicacemente— nel corso degli anni una costante adesione alla teoria codicistica della funzione economico-sociale.

⁸⁰ Rinviando, per i relativi approfondimenti, a F. CARINGELLA, op. ult. cit., 399 s., il problema della natura giuridica della cessione — risolto dalla teoria della funzione economico-individuale nel senso della sua negozialità — ha costituito l'occasione per distinguere i concetti di causa incompleta e variabile. Infatti, se si ritiene che la cessione non abbia una sua causa e che questa coincida con quella del contratto trasferito, si dovrà concludere che esso è un contratto a causa variabile. La tesi è sostenuta da F. CARRESI, *Cessione del contratto*, 1959. Se, invece, preferibilmente si opta per la tesi secondo cui la cessione ha una sua causa « generica » che « si colora » di volta in volta in virtù dell'interesse concretamente perseguito dalle parti (cedente e cessionario), si dovrà concludere che trattasi di contratto a causa incompleta.

⁸¹ Per un approfondimento del tema si rinvia a F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Civile - II. Le obbligazioni*, 2006, 535 ss.

⁸² La conclusione testé rassegnata è ormai unanimemente patrocinata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

Ciò ha comportato che in diverse circostanze contratti che realizzavano un interesse meritevole di tutela, analizzati nell'ottica degli effetti prodotti, sono stati dichiarati nulli per difetto causale.

Emblematico, a tal proposito, è il caso della “cessione di autolinee” sottoposto al vaglio della Cassazione e deciso con sentenza 20 novembre 1992, n. 12401⁸³.

Si trattava del caso di una cessione gratuita di autolinee, risultata sconveniente, che avrebbe comportato un risparmio di spesa per il cedente.

Ebbene, la Suprema Corte, a fronte della mancanza di un prezzo versato a titolo di corrispettivo, ha decretato la nullità del contratto in questione per difetto causale.

Aderendo, invece, alla teoria della funzione economico-individuale e, quindi, ponendo attenzione agli interessi portati concretamente a realizzazione, tale contratto è dotato di piena dignità causale, atteso che il disponente è mosso da un interesse economico, sub specie di risparmio di spesa (e, quindi, di guadagno), come tale meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ.

Dai tempi di quella pronuncia ad oggi lo scenario di riferimento è mutato notevolmente e, probabilmente, in virtù degli sviluppi registratisi attorno alla teoria patrocinata in questa sede, oggi quel medesimo contratto non sarebbe destinato ad una declaratoria di nullità.

A fronte di tale situazione, la Cassazione nel corso degli ultimi anni ha cominciato a maturare l'idea dell'inadeguatezza della teoria della funzione economico sociale a spiegare i fenomeni *de quibus*, attesa la sua obsolescenza⁸⁴, con la conseguenza di dover giungere ad applicare i dettami della più giovane teoria della funzione economico-individuale.

Tuttavia, ciò ha fatto in maniera “occulta” e, peraltro, assai sporadicamente.

In sostanza, la Cassazione, pur non mutando ufficialmente indirizzo di pensiero, ha nei fatti applicato la teoria della causa concreta.

Emblematica, a tale riguardo, è la tormentata vita del contratto di *sale and lease back*, come noto, da sempre guardato con sospetto dalle nostre Corti per la sua idoneità a confliggere con il divieto del c.d. “patto commissorio” di cui all'art. 2744 cod. civ.

Ebbene, nelle poche pronunce in cui la Cassazione ha salvato tale contratto dalla naturale “condanna a morte”, derivante dalla sterile analisi degli effetti prodotti, ciò è stato possibile grazie

⁸³ In *Foro it.*, 1993, I, 1506, con nota di F. CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, e in *Corr. giur.*, con nota di V. MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*.

⁸⁴ E' proprio questa la terminologia utilizzata nella sentenza n. 10490/2006, in cui si parla testualmente di obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale. Il testo integrale è tratto da *Juris Data*, n. 1/07.

all'attenzione rivolta agli interessi in concreto realizzati⁸⁵ e, in particolare, alla distinzione – sempre all'interno della teoria bettiana della funzione economico-sociale – tra una causa “ in astratto “, corrispondente alla sintesi degli effetti prodotti dal tipo negoziale, e una causa “ in concreto “, volta a valorizzare l'effetto (*rectius* l'interesse) concretamente voluto⁸⁶.

Com'è agevole vedere, nel corso di questi anni, quindi, la Cassazione ha maturato la consapevolezza dell'inadeguatezza della vecchia concezione causale senza, però, mai giungere ad abbandonarla del tutto.

Pertanto, va salutato con favore il *revirement* (sempre che così si possa realmente definirlo) registratosi con la sentenza qui in commento.

Finalmente, infatti, la Cassazione abbandona la vecchia teoria della funzione economico-sociale per dare “ufficialmente” (quindi, senza mascheramenti) ingresso a quella della funzione economico-individuale, statuendo espressamente che si discorre da tempo di una fattispecie causale “concreta”, e si elabora una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo⁸⁷, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale⁸⁸.

⁸⁵ Sul punto si registra una recente sentenza della Cassazione, la n. 5438/2006, riportata in F. CARINGELLA, op. ult. cit., 200. Per un'analisi del contratto si rinvia a p. 1474 della stessa opera.

⁸⁶ Per un'analisi in chiave storica del fenomeno si rinvia F. ROLFI, *La causa come « funzione economico sociale »: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, n. 12/06, 1720 s.

⁸⁷ M. GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI TUB, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, 2, 323.

⁸⁸ A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 3, 725; M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 4, 755.

Riprendendo quanto sinteticamente esposto sub 1, il caso sottoposto al vaglio dei Giudici di Legittimità riguarda Tizio, amministratore della società Alfa, che conclude con la società Beta due successivi contratti di consulenza e che pretende il pagamento dei corrispettivi derivatigli dall'aver svolto la propria attività in favore di alcune società controllate da quest'ultima, invero già rientrate tra i compiti spettantigli in qualità di amministratore.

Orbene, a fronte del rifiuto oppostogli dalla predetta società, Tizio agisce in giudizio per ottenere il pagamento delle sue spettanze, asserendo che l'ipotesi *de qua* sia astrattamente suscumbibile entro lo schema dell'art. 2222 cod. civ. e che, quindi, configuri un contratto d'opera.

In tutti e tre i gradi di giudizio, come detto, la sua pretesa viene rigettata a seguito di declaratoria di nullità del contratto per difetto causale, in virtù del combinato disposto degli artt. 1325, n. 2 e 1418, comma 2, cod. civ.

Ma, mentre il Tribunale e la Corte d'Appello fondano la propria decisione basandosi sulla teoria della funzione economico-sociale e, quindi, rilevando la mancanza – in chiave sinallagmatica – di una delle due prestazioni (quella d'opera) all'interno dello schema astratto di cui all'art. 2222 cod. civ., la Corte di Cassazione va oltre, guardando non al paradigma contrattuale di riferimento, bensì alla carenza di un concreto interesse sotteso all'operazione, e “ coglie l'occasione” per decretare il tramonto della vecchia teoria bettiana e dare il benvenuto a quella della funzione economico-sociale.

La declaratoria di nullità per difetto causale pronunciata dalla Suprema Corte, infatti, non si basa sull'analisi della mancanza di un elemento fondamentale del contratto – quale la prestazione di un'attività di consulenza – rispetto alla struttura dell'art. 2222 cod. civ. (elemento, peraltro, analizzato nella motivazione), ma sull'assenza di un concreto interesse che giustifichi l'operazione posta in essere⁸⁹.

In sostanza, i Giudici di Legittimità non prendono in considerazione il “tipo” contrattuale di riferimento per denunciare – come fatto in sede di merito – la carenza di un “effetto” che il contratto dovrebbe produrre e che, invece, non ha prodotto, perché non vi è bisogno.

Il contratto *de quo*, infatti, pur potendo astrattamente rientrare nello schema tracciato dall'art. 2222 cod. civ., non produce alcun utile per le parti e, quindi, non muove alcun concreto interesse per le stesse⁹⁰.

⁸⁹ C. A. PUPPO, *Prevalenza dell'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare nel conflitto con il privilegio speciale in favore del promissario acquirente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 1, 61.

⁹⁰ S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2010, 3, 527.

Detto ciò, guardando con attenzione al *casus decisis* dalla terza sezione della Cassazione, si nota una particolarità.

Fin qui si è parlato della teoria della funzione economico-individuale al fine di poter dare dignità causale ad alcune operazioni negoziali nei casi in cui la diversa teoria della funzione economico-sociale non era in grado di fornire una spiegazione.

Il problema che ci si pone ora è, invece, diametralmente opposto.

A fronte, infatti, di un contratto astrattamente rientrante nel paradigma negoziale di cui all'art. 2222 cod. civ. e che, pertanto, sulla scorta di una teoria che guarda solo agli effetti potrebbe essere considerato dotato di causa, compito della teoria della causa concreta è denunciare l'assenza di un effettivo interesse realizzato dall'operazione posta in essere.

E' questa, forse, la più importante novità della sentenza in commento: i due contratti di consulenza stipulati tra Tizio e Beta, infatti, sono perfettamente sussumibili nelle maglie dell'art. 2222 cod. civ. Ma la mancanza di causa non è tanto da ascrivere al fatto che tale contratto è improduttivo di un effetto (ossia, la prestazione astrattamente dovuta da Tizio per aver diritto al pagamento), quanto alla mancanza di un concreto interesse a creare un vincolo negoziale inidoneo a dar vita ad alcun *novum* nella sfera patrimoniale delle parti contraenti⁹¹.

Pertanto, mentre in passato il ruolo della teoria della funzione economico-individuale era quello di supplire alla miopia della diversa teoria della funzione economico-sociale⁹², non in grado di scorgere un addentellato causale laddove, in realtà, era presente, oggi le si conferisce il compito di epurare l'ordinamento da quelle ipotesi in cui, al contrario, una causa sembrerebbe esserci e, invece, non esiste⁹³.

In entrambi i casi, comunque, la teoria in questione brilla per la sua capacità di guardare sempre all'interesse (sempre meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ.) concreto che il contratto realizza⁹⁴.

⁹¹ M. VENUTI, *I crediti e le operazioni su crediti (cessione dei crediti, factoring, cartolarizzazioni e contratti affini) nel bilancio codicistico e nel bilancio IAS/IFRS*, in *Riv. soc.*, 2010, 4, 745.

⁹² L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 3, 785; M. CUCCOVILLO, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 4, 431.

⁹³ F. SIOTTO, *Fuga dal tempo misurato: il contratto di lavoro tra subordinazione e lavoro immateriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 2, 411; L. BUGIOLACCHI, *Previdenza e finanza nei contratti del ramo vita. prospettive e limiti della soluzione delle sezioni unite in tema di fallimento del contraente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 6, 1283.

⁹⁴ E. GABRIELLI, *Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2008, 3, 738.

La decisione passata in rassegna in questa sede, quindi, è da salutare con favore non solo perché finalmente ufficializza l'ingresso della teoria della funzione economico-individuale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, così da dare probabilmente la stura ad una stagione di decisioni che in futuro ammetteranno una serie di figure negoziali in passato destinate ad essere colpite da declaratoria di nullità per difetto causale, ma anche – e questa è la più grande novità – perché si è colta l'occasione per evidenziare il merito di tale scuola di pensiero di aver posto l'accento sul ruolo della causa di “strumento di giustificazione” degli spostamenti di ricchezza che solo un'attenta analisi degli interessi in concreto realizzati può svolgere.

2. LA CAUSA E I MOTIVI DEL CONTRATTO

Il principio della causalità negoziale non è unanimemente accolto dagli ordinamenti giuridici europei⁹⁵.

Vi sono ordinamenti, (in particolare, dell'Europa Settentrionale) che, avvertendo l'esigenza di tutelare la sicurezza dei traffici giuridici, hanno scelto, infatti, di non elevare la causa ad elemento necessario del contratto, riconoscendo il fondamento della rilevanza giuridica di quest'ultimo nel consenso manifestato in modo libero e consapevole. In questi sistemi basta il nudo consenso, ossia il mero patto, a giustificare l'effetto obbligatorio come quello reale. L'indagine giudiziale penetra cioè l'effettività della volontà, non la ragione del consenso, rimessa alla non sindacabile sfera interna del singolo.

Le ragioni di questa opzione si annidano nella citata esigenza di certezza e stabilità dei traffici giuridici⁹⁶.

Recepire il principio causalistico significa, infatti, introdurre un fattore di forte instabilità nelle contrattazioni, specie laddove si presti adesione alla teoria della causa quale ragione pratica o funzione economico – individuale del contratto⁹⁷ (che come vedremo, in Italia, ha ricevuto di recente l'avallo della Suprema Corte).

⁹⁵ F. MACARIO, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 6, 736; E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 3, 905.

⁹⁶ A. MALATESTA, *Il principio di continuità dei contratti dopo l'euro al vaglio della disciplina sulle clausole abusive*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, 1, 105.

⁹⁷ M. PERRINI, *I contratti di swap nella recente giurisprudenza arbitrale*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, 1, 63.

E' evidente che il controllo sulla causa concreta dell'operazione negoziale implica un'indagine opinabile e complessa che difficilmente può essere svolta da soggetti estranei alla contrattazione. Questi ultimi, dunque, rischierebbero di vedere travolte le proprie operazioni negoziali (si pensi agli acquisti), anche laddove l'assenza di una ragione che giustifichi il contratto stipulato dal dante causa non sia da essi percepibile⁹⁸.

La nullità del contratto è, infatti, sempre opponibile ai terzi (in buona o mala fede, a titolo oneroso o gratuito)⁹⁹.

Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, l'esigenza di speditezza dei traffici economici viene fronteggiata *receptendo*, per i trasferimenti dei diritti reali, una scissione tra *titulus* e *modus* *acquirendi*. Il *titulus* è costituito da un contratto ad efficacia obbligatoria cui fa seguito il *modus* rappresentato da un atto traslativo non negoziale, con funzione meramente esecutiva del primo. Il *modus*, dunque, è un atto completamente astratto, che produce l'effetto traslativo, programmato dal *titulus*, a prescindere dall'esistenza di eventuali vizi inficianti quest'ultimo (vedi par. 812 BGB, che parla di *Rechtsgrund*, o fondamento giuridico, a sua volta distinto dallo *Zweck*, o scopo-intento di un atto di trasferimento che, per giustificare il mantenimento dell'effetto, deve essere congruente con la sua ragione oggettiva).

Nei paesi di Common Law, invece, si ha una contrapposizione tra negozi solenni e negozi non formali. I primi non sono sottoposti ad alcun controllo causale; per i secondi si fa, invece, ricorso alla nozione di *consideration*, ritenendo, in linea di massima, che l'esistenza di un corrispettivo (benefit) costituisca, in un sistema attento alla dimensione schiettamente economica del *bargain*, una ragione sufficiente per obbligarsi.

E' evidente che in tali ordinamenti opera una logica di alternatività tra formalismo e causa, abbastanza distante dalla nostra tradizione giuridica.

Come vedremo, invece, in Italia, anche i negozi per i quali una specifica forma è richiesta *ad substantiam* devono essere sorretti da una valida giustificazione causale¹⁰⁰.

⁹⁸ M. MUSTO, G. RECCIA, *Funzione ed efficacia della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. notariato*, 1998, 3, 379.

⁹⁹ G. CONTALDI, *Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, 3, 421.

¹⁰⁰ E', però, interessante osservare che i pochi casi di negozi sostanzialmente astratti (vedi i titoli di credito o la promessa al pubblico) ammessi dal nostro ordinamento sono negozi formali. Da quest'ultima considerazione sembra, dunque, trasparire l'adesione ad una logica di compensabilità dell'assenza di causa con il rigore formale quanto meno per l'individuazione delle eccezioni al principio causalistico.

Infine, per chiudere questa carrellata comparata, i principi *Unidroit* e *Lando*, proprio perché geneticamente volti ad agevolare i traffici, richiedono il solo consenso libero e rinunciano ad una gotica indagine causale. Di qui il celebre motto *no need for causa, no need for consideration*.

Il nostro ordinamento, tributario di un debito costitutivo verso il codice napoleonico, non rinuncia invece alla capacità di seduzione e fascinazione della causa.

Nell'architettura codicistica, infatti, la causa è espressamente indicata tra gli elementi essenziali del contratto (art. 1325 n. 2 cod. civ.) e la sua mancanza comporta nullità strutturale dello stesso (art. 1418 II co)¹⁰¹.

Affinchè il contratto sia giuridicamente vincolante non è, dunque, sufficiente il mero incontro dei consensi, il cd. nudo patto, essendo necessaria l'esistenza di una ragione oggettiva ed apprezzabile che giustifichi l'operazione¹⁰². Tale principio è ricavabile oltre che dal combinato disposto degli artt. 1325 n. 2 e 1418 II comma, anche da altre norme codicistiche, si pensi, a titolo semplificativo agli artt. 1322, secondo comma, 1343, 1344, e 1411. In particolare quest'ultima disposizione, statuendo che "è valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse", chiarisce che nei trasferimenti patrimoniali il principio causalistico opera non solo *inter partes* ma anche nei confronti dei terzi. Dunque, anche la clausola, con cui le parti manifestano la volontà di spostare nella sfera giuridica di un terzo gli effetti favorevoli del negozio, deve essere sorretta da una specifica ragione giustificativa¹⁰³.

E' opportuno, inoltre, evidenziare, che il principio causalistico non concerne solo i contratti, ma anche le altre esplicazioni dell'autonomia negoziale.

Per le promesse unilaterali depone in tal senso la nuova lettura dell'art. 1333 cod. civ. in combinato disposto con l'art. 1987 cod. civ. La dottrina più avveduta¹⁰⁴, infatti, riconosce al contratto con obbligazioni a carico del solo proponente natura di negozio giuridico unilaterale.

La "proposta", infatti, di cui all'art. 1333 cod. civ., al di là del *nomen*, non presenta i caratteri tipici della proposta quale atto precontrattuale¹⁰⁵. Essa diviene irrevocabile non appena perviene a

¹⁰¹ F. BASENGHI, *Contratti di lavoro e recesso: considerazioni sulla contaminazione dei modelli regolativi*, in *Dir. relaz. ind.*, 2007, 4, 1109.

¹⁰² P. E. MERLINO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 2, 191.

¹⁰³ A. SPANGARO, *Il danno non patrimoniale da contratto: l'ipotesi del danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 3, 719.

¹⁰⁴ A. GAMBUTO, S. FRIGNANI, *Il divieto di monomandato nel contratto di agenzia assicurativa: contrarietà o conformità al diritto europeo della concorrenza?*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2006, 3, 751.

conoscenza della parte alla quale è destinata, senza che la legge preveda alcun termine cui subordinare il mantenimento dell'impegno del proponente. L'art. 1333, secondo comma, cod. civ. pone, invece, un termine al potere di rifiuto dell'oblato. Ora, se la "proposta" ex art. 1333 cod. civ. fosse effettivamente una comune proposta contrattuale non si sarebbe ancora prodotta alcuna conseguenza giuridica, e dunque non si spiegherebbe la previsione legislativa del "rifiuto" che è, per definizione, volto ad eliminare effetti già venuti in essere, seppur ancora non stabilizzati. Inoltre, la generica formulazione dell'art. 1987 cod. civ., in virtù del quale "la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge" rende plausibile che il rinvio non sia limitato (come si era, in passato, sostenuto) ai soli articoli immediatamente successivi, ma sia esteso a tutte le norme codicistiche, ivi compreso l'art. 1333 cod. civ.

Ai nostri fini, è rilevante sottolineare in questa sede che il legislatore, utilizzando il termine "contratto" nel testo e nella rubrica dell'art. 1333 cod. civ. e collocando tale disposizione nel libro IV, titolo II, ha voluto sottoporre anche il negozio giuridico unilaterale di cui all'art. 1333 cod. civ. alla normativa regolante il contratto in generale, e dunque anche al principio della necessità della causa.

A conclusione non dissimili, si perviene anche per gli altri negozi giuridici unilaterali (es. la rinuncia al diritto di proprietà o ad un diritto reale su cosa altrui), ai quali le norme che regolano il contratto in generale si applicano "in quanto compatibili" in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 1324 cod. civ. E', infatti, evidente che non superano il vaglio della compatibilità solo le norme che presuppongono la natura bilaterale del negozio (ad es. art. 1326, primo comma).

Quanto all'ammissibilità di negozi sostanzialmente ed assolutamente astratti, si può affermare che, quanto meno relativamente ad un'ipotesi di astrazione sostanziale assoluta non vi sono, nel pensiero prevalente degli autori, rilevanti dubbi: si tratta dei titoli di credito¹⁰⁶.

In particolare, l'emissione del titolo deve essere causalmente giustificata, così come il trasferimento dello stesso al primo prenditore.

Rispetto ai successivi prenditori, che siano legittimati in base alla legge di circolazione del titolo, l'assunzione dell'obbligazione presenta, invece, carattere astratto, nel senso che chi ha emesso il

¹⁰⁵ N. BASSI, *I contratti e le convenzioni tripartiti di obiettivi fra comunità, stati membri e autorità regionali e locali: un tentativo di inquadramento sistematico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 3, 493.

¹⁰⁶ F. DI MARZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, 11, 513.

titolo è tenuto ad eseguire l'obbligazione calcolare, senza poter far valere le eccezioni inerenti al rapporto fondamentale, ivi compresa l'assenza di causa (art. 1993 cod. civ.).

Secondo alcuni, un altro esempio di negozio sostanzialmente ed assolutamente astratto è costituito dalla promessa al pubblico: chi promette, rivolgendosi al pubblico, una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione è vincolato dalla promessa non appena questa è, in qualsiasi forma, resa pubblica¹⁰⁷. Si sostiene, dunque, che l'articolo 1989 cod. civ. non dia alcun rilievo alla ragione per cui la promessa è effettuata, ritenendo sufficiente la pubblicità della stessa a far sorgere il vincolo giuridico.

Tuttavia, altra parte della dottrina, reputa, al contrario, necessaria l'esistenza di un interesse patrimoniale liberale del promittente alla situazione o azione cui la promessa è collegata¹⁰⁸.

Nel nostro ordinamento sono, inoltre, accolti alcuni temperamenti al principio causalistico.

In primo luogo, è ammessa l'astrazione processuale e cioè l'inversione dell'onere della prova circa l'esistenza della causa del negozio¹⁰⁹.

Basti pensare alla promessa di pagamento e dalla ricognizione del debito in base al disposto dell'articolo 1988 cod. civ., le quali dispensano il destinatario dall'onere di provare il rapporto fondamentale, la cui esistenza si presume fino a prova contraria.

In secondo luogo, sono ravvisabili alcune ipotesi di astrattezza relativa o di rilevanza ritardata della causa, in cui, sulla falsariga del sistema germanico, l'esistenza di una valida giustificazione causale è necessaria per la produzione degli effetti del negozio, ma per il mantenimento degli stessi.

A titolo esemplificativo si pensi al meccanismo operante nella delegazione pura in base all'articolo 1271 cod. civ., la quale è configurabile laddove i rapporti di base (rapporti di provvista e di valuta) non vengano espressamente richiamati a fondamento dell'obbligazione assunta dal delegato.

In caso, se il rapporto di provvista intercorrente tra delegante e delegato non è sorretto da una ragione giustificativa, il delegato non può opporre la relativa eccezione al delegatario.

Successivamente al pagamento può, però, esperire l'azione di ripetizione di un debito nei confronti del delegante, avendo procurato quest'ultimo un ingiustificato vantaggio economico, *sub specie* di liberazione dell'obbligo da questi assunto nei confronti del delegatario.

¹⁰⁷ G. SEMINO, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di factoring anche alla luce della recente legge 21 febbraio 1991, n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente*, in *Giur. comm.*, 1995, 5, 697.

¹⁰⁸ M. GORGONI, *Delimitazione del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, 359.

¹⁰⁹ F. DEL BENE, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti: l'ipotesi del fallimento del concedente nel contratto di leasing*, in *Giust. civ.*, 1995, 9, 403.

Se, invece, è il rapporto di valuta intercorrente tra delegante e delegato ad essere inficiato da difetto di causa, fermo restando che anche in tal caso al delegatario non è opponibile la relativa eccezione, successivamente al pagamento il delegato può esercitare la rivalsa nei confronti del delegato, il quale, a sua volta, è legittimato ad agire per la ripetizione di un debito nei confronti del delegatario. Un altro esempio di astrattezza relativa è costituito dal contratto autonomo di garanzia¹¹⁰.

Dunque, nei casi di astrattezza relativa o di rilevanza ritardata della causa, il negozio, nonostante sia privo di una ragione che lo giustifichi, è produttivo di effetti, i quali sono, però, successivamente inutilizzabili in sede di ripetizione di indebito.

Infine, sono spesso impropriamente annoverati tra i temperamenti al principio della causalità negoziale ammessi dall'ordinamento i negozi a causa variabile.

Si tratta di schemi contrattuali o negoziali incompleti, suscettibili di assumere una diversa fisionomia a seconda degli interessi in concreto perseguiti dalle parti.

Si pensi a titolo esemplificativo alla cessione del credito, alla delegazione, all'accollo, all'espromissione, alla novazione, alla cessione del contratto ed alla clausola ex art. 1411 cod. civ. E' evidente che, intendendo la causa come funzione economico - sociale del contratto, tali negozi presenterebbero la particolarità di non avere alla base una causa fissa, poi determinata dal legislatore, e sarebbero dunque qualificabili come astratti¹¹¹.

Viceversa, accogliendo una nozione di causa quale ragione concreta dell'operazione negoziale la variabilità della causa cessa di essere un'anomalia, divenendo la regola.

In quest'ottica, infatti, tutti i contratti, compresi quelli tipici, hanno una causa variabile coincidente con il concreto e dinamico assetto di interessi di volta in volta programmato dalle parti¹¹².

¹¹⁰ Tale fattispecie si distingue dalla fideiussione *solve et repete* in quanto è connotato da un'autonomia sostanziale e non solo procedimentale. Il garante, infatti, non può far valere l'assenza di una valida ragione giustificativa alla fase del rapporto garantito né per paralizzare la pretesa del creditore, né agendo in ripetizione nei confronti di quest'ultimo; può però esercitare la rivalsa nei confronti del debitore, a sua volta legittimando la ripetizione di indebito. Diversa è l'ipotesi in cui il garante non se ne sia avvalso, pur sussistendo i presupposti, delle eccezioni relative al contratto di garanzia o dell'*exceptio doli*. In tale circostanza il garante può solo esperire la *condictio indebiti* verso il creditore, essendo, viceversa escluso il diritto di esercitare la rivalsa nei confronti del debitore.

¹¹¹ G. VETRUGNO, E. D'ALOJA, F. PAOLACCI, D. DE MERCURIO, *Aspetti attuali della valutazione delle infermità contratte a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati*, in *Riv. it. medicina legale* (dal 2012 *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*), 2001, 6, 1015.

¹¹² F. BELVISO, *Contratto di società e contratto di amministrazione nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 2001, 4, 713.

Le considerazioni da ultimo svolte risulteranno, comunque, più chiare dopo aver passato in rassegna le più significative teorie elaborate nel corso degli anni attorno alla nozione di causa del contratto¹¹³.

Per oltre sessant'anni, la dottrina prevalente ha accolto la nozione di causa quale obiettiva funzione economico-sociale del contratto, ovverosia quale sintesi dei suoi effetti essenziali¹¹⁴.

Questa è la definizione di causa risalente ancora all'opera di Emilio Betti e sottesa, pur se non è esplicitata, all'impianto codicistico di cui al codice civile del 1942.

Il legislatore dell'epoca, infatti, inserendo la causa degli elementi essenziali del contratto intendeva farla assurgere a strumento di controllo dell'autonomia negoziale.

Tale finalità è stata proseguita, innanzitutto, riferendo la causa all'operazione negoziale complessiva e non alla singola obbligazione assunta da ciascun contraente¹¹⁵.

Diviene dunque evidente il mutamento di prospettiva rispetto al codice civile previgente risalente al 1865: nel vigore in quest'ultimo, infatti, la dottrina prevalente non riconoscendo efficacia traslativa al consenso legittimante prestato dalle parti, concepiva il contratto come la risultante delle promesse individuali provenienti da entrambi i soggetti negoziali, con la conseguenza che si ammetteva quale unico schema contrattuale il contratto ad effetto obbligatorio.

Quanto alla causa, essa veniva espressamente menzionata dall'articolo 1104 del codice civile del 1865 tra i requisiti dell'obbligazione. In tale contesto trovavano terreno fertile le teorie di stampo soggettivo tendenti a far coincidere la causa con lo scopo, ossia il motivo ultimo che induce il singolo soggetto alla stipulazione del contratto, ponendo in tal modo l'accento sull'utilità perseguita da ciascun contraente, piuttosto che sulla funzione svolta dal negozio stesso.

Il legislatore del 1942 ritenne di abbandonare definitivamente tale impostazione e di identificare la causa proprio con quella funzione oggettiva ed astratta del contratto.

2.1 IN PARTICOLARE, LA CAUSA DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE

¹¹³ G. PRESTI, L. PATRONI GRIFFI, *Concorso tra il privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 4, 476.

¹¹⁴ S. PICCININI, *Il comportamento del debitore ceduto nel contratto di factoring*, in *Giust. civ.*, 2001, 1, 27.

¹¹⁵ G. TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 4, 476.

Gli accordi di ristrutturazione costituiscono figure contrattuali. Al di fuori di ipotesi concordatarie il piano di ristrutturazione o di liquidazione costituisce un contratto che può essere stipulato dal debitore con una molteplicità di soggetti ed in particolare con quei soggetti qualificati che sono i creditori¹¹⁶.

L'idea del contratto è suscitata dal rilievo che, se il piano non deve necessariamente essere presentato a tutti i creditori, certamente deve esserlo a tutti i creditori per i quali si prevedono in esso variazioni del rapporto obbligatorio: e dunque sacrifici rispetto al contenuto originario del diritto di credito¹¹⁷. Tali creditori devono infatti decidere se accettare o meno la rinegoziazione dell'obbligazione in vista del piano, il quale non può trovare attuazione senza il loro consenso. Inoltre, il piano deve essere presentato a tutti gli altri soggetti dei quali si prevede in esso la partecipazione (apportatori di nuova finanza, acquirenti di asset, ecc.). Piani attestati e accordi di ristrutturazione si mostrano pertanto come figure positive di contratti sulla crisi d'impresa.

La ricostruzione accennata è tutt'altro che pacifica, riscontrandosi diffusamente in dottrina e giurisprudenza dubbi, sia con riguardo alla fattispecie del piano attestato (considerata autonoma rispetto al contratto), sia con riguardo alla fattispecie dell'accordo di ristrutturazione (inserita nell'insieme delle procedure concorsuali). Cosicché la soluzione proposta deve essere argomentata esaminando brevemente le perplessità teoriche per scoprirne l'infondatezza.

Altra figura è descritta nell'art. 182 *bis* l. fall.

L'accordo così nominato non è definito nella sua struttura ma – concernendo la ristrutturazione finanziaria – avrà per riferimento un piano aziendale di risanamento. Dietro la linea ricostruttiva che si va tracciando, è facile supporre che, con tecnica diversa da quella utilizzata nell'art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall., si descriva pur sempre il complesso fenomeno dato dal piano aziendale per il superamento della crisi d'impresa sottostante all'operazione economica di natura contrattuale che ne costituisce l'attuazione. Solo che la struttura a due livelli (piano aziendale - contratto attuativo) è questa volta indicata con il richiamo all'accordo e non al piano aziendale, che pure ne integra il contenuto.

La conclusione deve tenere conto delle risultanze del diritto positivo, che per questa particolare tipologia contrattuale prevede: in primo luogo, l'"attestazione" dal revisore legale in ordine alla sua

¹¹⁶ F. DI MARZIO, *Crisi d'impresa*, *Annali V*, 2012.

¹¹⁷ A. VISCOMI, *La causa di servizio oggi: spunti per una riflessione*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2009, 2, 241; M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 3, 307.

“attuabilità”, con specifico riguardo alla tutela dei creditori estranei all’accordo a ricevere un regolare pagamento; in secondo luogo, una procedura di omologazione. Il richiamo all’attestazione potrebbe favorire l’idea di un parallelismo tra piani attestati e accordi parimenti attestati, e così sollevare confusione in ordine al raggruppamento dei contratti sulla crisi d’impresa, inducendo il sospetto che i piani attestati siano cosa diversa dagli accordi attestati, quasi che soltanto i secondi, e non anche i primi, siano riconducibili nell’alveo della categoria contrattuale, mentre i primi divengano giuridicamente rilevanti quali entità autonome dall’attuazione giuridica (e specificamente negoziale) che invece presuppongono. La procedura di omologazione potrebbe indurre a dubitare della natura convenzionale della fattispecie, per essere quella meglio inquadrabile nel novero delle procedure concorsuali. Sotto questo diverso profilo, gli accordi omologabili potrebbero concepirsi, piuttosto che come accordi, come procedure concorsuali, da affiancarsi ai concordati. Per entrambe le suggestioni, potrebbe confermarsi l’idea che sussistano tre entità distinte e autonome: i piani attestati, i concordati stragiudiziali, le procedure concorsuali (accordi omologabili e concordati).

Invece, il contratto sulla crisi d’impresa, attuativo del piano aziendale di ristrutturazione, non è figura diversa dall’accordo di ristrutturazione dei debiti. Quest’ultimo, in quanto fondato sul consenso, si sottrae alle regole del concorso e non consiste in una procedura concorsuale. Per essere a sua volta un contratto e per essere finalizzato alla soluzione della crisi d’impresa, partecipa all’insieme dei contratti sulla crisi d’impresa integrato anche dagli accordi non sottoposti alla omologazione (eventualmente, perché sforniti dei requisiti legalmente previsti per la omologabilità). In particolare, anche il cosiddetto accordo di ristrutturazione – al pari dei contratti esecutivi del piano attestato – si articola su un programma di ristrutturazione: che costituisce il riferimento immediato dell’attestazione e del contratto attuativo, e che descrive la funzione specifica dell’accordo di ristrutturazione nel complessivo contesto strategico in cui solitamente si trova a essere inserito¹¹⁸.

Residua in dottrina e campeggia in giurisprudenza l’idea che tali accordi, pur non essendo assimilabili al procedimento di concordato preventivo, condividano alcuni aspetti con le procedure concorsuali, oppure integrino una nuova fattispecie di procedimento concorsuale. È infatti sembrato che la loro configurazione soddisfi il requisito della concorsualità, che costituisce il carattere indefettibile delle procedure dette, appunto, concorsuali. Non sfugge che, poiché il significato ultimo della concorsualità è riposto nel principio della parità di trattamento, ossia del

¹¹⁸ A. LEVI, *Il contratto di apprendistato riformato, tra finalità occupazionali ed esigenze formative*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 3, 577.

soddisfacimento eguale e perciò proporzionale dei creditori che partecipano al concorso, come nelle (altre) procedure concorsuali, anche negli accordi di ristrutturazione si imporrebbe il rispetto del principio della parità di trattamento dei creditori partecipi e non all'accordo; si precisa tuttavia che, proprio per mezzo dell'accordo (di ristrutturazione), detta regola potrebbe essere derogata. Né tale possibilità di deroga contraddirebbe all'affermazione del principio, il quale sarebbe derogabile anche in altre procedure che, nonostante ciò, restano indubbiamente concorsuali: così accadrebbe nei concordati dove, tramite il classamento, è possibile offrire ai creditori appartenenti a classi diverse trattamenti differenziati¹¹⁹.

Il difetto della tesi emerge proprio dal paragone tracciato: pur prescindendo dall'esame dei concordati, deve osservarsi che negli accordi di ristrutturazione dei debiti la *par condicio creditorum* non potrebbe mai ritenersi derogata o “non rispettata”; infatti mai potrebbe essere nemmeno affermata, giacché essa è logicamente incompatibile con la struttura convenzionale del negozio. Un accordo non è mai soggetto, né è assoggettabile, alla parità di trattamento per come essa è intesa nel diritto concorsuale. In quest'ultimo la parità è riferita a prerogative già acquisite nel patrimonio del creditore, e da conservarsi e realizzarsi attraverso il rispetto della procedura improntata al principio di parità, e perciò chiamata “concorsuale”. Nel diritto dei contratti, invece, la regola della parità non riguarda posizioni acquisite e da conservare ma al contrario posizioni da costituire. Ecco perché in materia contrattuale sorge non il problema della tutela paritaria dei creditori, ma il problema del tutto differente delle condizioni di equilibrio tra le prestazioni programmate¹²⁰.

In realtà la procedura di omologazione vale semplicemente a distinguere, nel genere “accordi per il superamento della crisi d'impresa”, gli accordi non omologabili (o comunque non sottoposti ad omologazione), legislativamente descritti con il metonimico richiamo ai “piani attestati” (richiamo che tace del contratto), dagli accordi omologabili, legislativamente descritti con il metonimico richiamo agli “accordi attestati” (richiamo che tace del piano aziendale).

Il chiarimento concettuale è importante, perché scongiura l'idea di una differenza ontologica tra piano attestato e accordo di ristrutturazione: in entrambi i casi rilevano programmi aziendali e ben distinti contratti attuativi dei primi.

¹¹⁹ Per un approfondimento in ambito pubblicistico, cfr. S. S. SCOCA, *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 1160.

¹²⁰ A. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione della crisi di impresa*, in *D. fall.*, 2007, I, 924.

La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina¹²¹ e giurisprudenza.

Non sembra tuttavia condivisibile la tesi di quella parte della dottrina che sostiene che tali accordi siano negozi meramente privatistici, negando la natura concorsuale degli stessi¹²².

In realtà, si nega la natura concorsuale di tali negozi semplicemente per affermarne la indipendenza rispetto al concordato preventivo. In effetti, l'accordo di ristrutturazione non rappresenta un sottotipo del concordato preventivo; tuttavia, ciò non è sufficiente a dimostrare che gli accordi di ristrutturazione siano meramente accordi privati, senza alcuna natura concorsuale. Altri autori, per negare la natura concorsuale, pongono l'accento sulla mancanza di effetti che tali accordi produrrebbero per i soggetti che non aderiscono agli accordi e sull'inesistenza dell'obbligo di rispettare la *par condicio creditorum*, nonché sulla mancanza di un controllo giudiziale circa la fase esecutiva dell'accordo¹²³.

Appare, però, maggiormente persuasiva, in linea con la dottrina dominante, l'opinione di chi valorizza la qualifica concorsuale dell'istituto, sottolineando proprio le finalità pubblicistiche che caratterizzano tali accordi, i quali devono essere conclusi nel rispetto del principio di concorsualità e sottoposti al vaglio dell'autorità giudiziaria ai fini dell'omologazione¹²⁴.

Il divieto di esercizio di azioni cautelari o esecutive individuali (che è stato esteso ai sensi della c.d. "normativa sviluppo" anche all'acquisto di titoli di prelazione non concordati da parte dei creditori anteriori all'accordo sul patrimonio del debitore), la pubblicazione nel registro delle imprese, al fine di consentire ai creditori dell'imprenditore di partecipare a tale procedura e di opporsi all'omologazione dell'accordo stesso, il raggiungimento di una percentuale minima di creditori (pari al 60 per cento dei crediti complessivi) nonché l'obbligo di integrale pagamento dei creditori rimasti estranei cozzano con la pretesa qualificazione di tali accordi quali meri contratti di diritto privato¹²⁵.

¹²¹ V. DONATO, G. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012*, in *Giustizia Civile*, fasc.10, 2013, pag. 579.

¹²² G. M. G. PRESTI, op. cit., 25.

¹²³ M. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna 2009, 382; per i riferimenti, cfr. E. FRASCAROLI SANTI, in *Commentario breve*, cit., 1058.

¹²⁴ E. FRASCAROLI SANTI, *Accordi*, cit., 82.

¹²⁵ Sul punto, G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1051; E. FRASCAROLI SANTI, in *Commentario breve*, cit., 1058.

Gli accordi sono, peraltro, soggetti a controllo giurisdizionale rappresentato dall'omologazione ed anche il regime del reclamo è identico a quello previsto per il concordato preventivo¹²⁶, elementi questi che contrastano con la pretesa natura meramente privatistica di tali accordi.

A ulteriore conferma della concorsualità degli accordi, infine, è prevista l'esenzione da revocatoria in caso di successivo fallimento dell'imprenditore.

Peraltro, a favore della natura concorsuale di tali accordi depongono le plurime novità introdotte nel corso degli anni dal legislatore¹²⁷, con il palese intento di estendere la tutela in favore dell'imprenditore commerciale, attraverso il blocco delle azioni esecutive e cautelari esteso anche alla fase delle negoziazioni finalizzate al raggiungimento di un accordo con i creditori. D'altra parte, è stato giustamente sottolineato che il rafforzamento del ruolo degli strumenti negoziali volti alla composizione della crisi delle imprese non comporta di per sé la c.d. "degiurisdizionalizzazione", che escluda totalmente il ruolo del giudice e che comporti una qualificazione di tali strumenti quali meri accordi privatistici¹²⁸.

Quanto sopra descritto evidenzia bene la difficoltà ricostruttiva dell'istituto in cui si imbatte chi nega che tali accordi possano produrre effetti nei confronti dei terzi estranei all'accordo.

Costoro non potranno, infatti, agire con azioni esecutive o cautelari e dovranno anche subire una diminuzione del patrimonio fallimentare, in virtù dell'esenzione da revocatoria di cui sopra.

Nessuna difficoltà, invece, si incontra, privilegiando la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione¹²⁹.

D'altra parte, neppure la tesi che nega la natura concorsuale di tali accordi sul presupposto del mancato necessario rispetto della par condicio creditorum appare insuperabile. Gli accordi di ristrutturazione mirano, infatti, ad assicurare il soddisfacimento di tutti i creditori, ma tale

¹²⁶ G. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 130; M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla reorganization*, in *Foro it.*, 2006, I, 264; E. FRASCAROLI SANTI, op. ult. cit., 1060 ss.

¹²⁷ Ai sensi del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv., con mod., in l. 30 luglio 2010 n. 122. Sul punto, cfr. L. D'ORAZIO, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del Tribunale*, in *Giur. merito*, 2011, 416; M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 902, ammette che il divieto di azioni esecutive e cautelari esteso alla fase delle trattative ed il riconoscimento della prededuzione ai finanziamenti destinati al risanamento inseriscono tarli insidiosi nella concezione degli accordi come procedura sostanzialmente negoziale e non concorsuale.

¹²⁸ G. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182-bis l. fall.*, in *Riv. not.*, 2012, 1257.

¹²⁹ E. FRASCAROLI SANTI, *Accordi*, cit., 91.

soddisfacimento avviene con modalità differenziate, a seconda che i creditori abbiano o meno prestato adesione.

In realtà, la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione è chiaramente desumibile anche dalla presenza di limiti inderogabili: in sede di redazione degli accordi, non si può, infatti, prevedere un trattamento privilegiato in favore di alcuni creditori specifici, se tale privilegio non sia stato espressamente convenuto con tutti i creditori aderenti¹³⁰.

Affermata la natura concorsuale di tali accordi, occorre tuttavia precisare che, secondo l'opinione che sembra preferibile, ancorché non unanimemente condivisa, gli stessi sono autonomi rispetto al concordato preventivo¹³¹.

L'autonomia dell'istituto trova, infatti, conferma nella stessa lettera delle disposizioni normative di riferimento: così, ad esempio, l'art. 67, terzo comma, lett. e), l. fall. prevede l'esenzione da revocatoria in relazione agli atti, ai pagamenti ed alle garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182 *bis*, distinguendo chiaramente i due intermediari.

Peraltro, il procedimento relativo agli accordi di ristrutturazione non prevede né la figura del giudice delegato, né quella del commissario giudiziale; sono, inoltre, completamente assenti gli effetti propri del concordato preventivo, in quanto i creditori estranei all'accordo vanno pagati integralmente¹³².

Trattasi, dunque, di un istituto del tutto autonomo dal concordato¹³³.

In sostanza, anche alla luce del fatto che le parti sono libere di determinare il contenuto del contratto, parte della dottrina ha qualificato tali contratti quali "negozi di configurazione"¹³⁴, mentre altri autori li qualificano come "contratti plurilaterali a comunione di scopo"¹³⁵.

¹³⁰ E. FRASCAROLI SANTI, *loc. cit.*

¹³¹ Trib. Udine 30 marzo 2012, in *www.ilcaso.it*.

¹³² Va anche specificato che non vi è necessità di un provvedimento di ammissione giudiziale al procedimento di ristrutturazione, né è prevista la votazione da parte dei creditori.

¹³³ Sul punto, G. M. G. PRESTI, *op. cit.*, 22; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della l. fall.* a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, II, Torino 2006, 1089; P. GROSSI, *La riforma della l. fall.*, Milano 2006, 2267; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova l. fall.: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2005, 949; in giurisprudenza, cfr. Trib. Brescia 22 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2563, con nota di M. FABIANI; Trib. Bari 21 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 169; A. DE VITA, *L'evoluzione normativa degli accordi di ristrutturazione dei debiti e le incertezze processuali nel relativo giudizio di omologazione*, in *www.judicium.it*.

¹³⁴ E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 1087; P. RESTUCCIA, *op. cit.*, 1261.

L'impostazione convenzionale individua la causa di tali contratti nel superamento della crisi, ossia nella rimodulazione dei rapporti debitori dell'imprenditore potenzialmente capace di scongiurare l'insolvenza dell'impresa¹³⁶. Tuttavia, secondo una diversa ricostruzione, la funzione economico sociale dovrebbe ravvisarsi nella produzione e nella distribuzione delle maggiori risorse generate dalla soluzione negoziale della crisi dell'impresa. In sostanza, l'imprenditore-debitore offrirebbe ai creditori informazioni in merito allo stato della crisi della propria impresa, ottenendo dai creditori benefici finanziari, volti al superamento dello stato di crisi e al mantenimento della gestione dell'impresa. A loro volta, i creditori beneficerebbero dall'aumento delle risorse prodotte a seguito della risoluzione della crisi e della continuazione dell'attività di impresa rispetto a quanto potrebbero ottenere con la liquidazione dell'attivo in sede concorsuale¹³⁷.

Qualora si propenda per tale ipotesi ricostruttiva, si dovrebbe concludere per l'inammissibilità di accordi di ristrutturazione aventi mera funzione liquidatoria, stante la necessità di continuare l'attività di impresa al fine di generare quel surplus di risorse da distribuire ai creditori aderenti all'accordo.

3. CONTENUTO DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE

Con tale istituto, in sostanza, viene attribuito "diritto di cittadinanza", nel nostro sistema, a quello dell'accordo stragiudiziale.

Oltre alla estrema brevità della norma volta a disciplinare tale tipo di accordo ed alla laconicità della "relazione illustrativa" al decreto legge n. 35/2005, evidenziate sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, si è rilevato che il legislatore, completamente disinteressato al motivo che può indurre l'imprenditore a tentare di perfezionare un accordo di ristrutturazione con i creditori, non avendo previsto che questo debba trovare il relativo presupposto in una situazione di crisi, reversibile o meno, o nel pericolo di insolvenza, si è solo preoccupato di far sì che, attraverso l'accordo in esame, trovino soddisfazione, nella misura concordata con il debitore, tutti i creditori ad esso aderenti e, in misura integrale, quelli ad esso estranei, e che sia salvaguardata la prosecuzione dell'attività dell'impresa.

¹³⁵ Cfr. Trib. Milano 23 gennaio 2007; PROTO, op. cit., 129.

¹³⁶ D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1200; P. RESTUCCIA, op. cit., 1260, nt. 39.

¹³⁷ G. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 377 ss.; P. RESTUCCIA, op. cit., 1260.

Per individuare la natura giuridica degli accordi di cui sopra dovrà farsi necessario ricorso, in assenza, al riguardo, di qualsiasi precisazione normativa, ai principi ed agli schemi generali offerti dal nostro ordinamento.

Lo schema giuridico evocato dal termine “accordo”, che implica un elevato grado di negoziabilità delle ristrutturazioni, è quello tipico delle fattispecie a formazione progressiva, che presuppone un vero e proprio contratto stipulato tra il debitore ed una parte dei creditori, (almeno) nella percentuale indicata dalla norma, che deve essere raggiunta al momento del deposito della domanda di omologazione in Tribunale. L'accordo è così riconducibile nell'ambito del negozio giuridico atipico, che può essere concluso in momenti diversi con ciascun creditore.

Il pieno rispetto del principio dell'autonomia privata, in base al quale il contenuto contrattuale vincola solo i contraenti e non gli estranei ad esso, risulta poi garantito ove si consideri che, per quanto riguarda i terzi estranei all'accordo, il pagamento dei rispettivi crediti dovrà avvenire regolarmente, alle naturali scadenze.

Anche la vaghezza del termine “debitore”, quale soggetto legittimato a presentare l'accordo di ristrutturazione, ha spinto a domandarsi se, per avventura, l'opportunità da questo rappresentata non potesse essere colta persino dal debitore civile.

E, però, appare fuori di dubbio che il presupposto soggettivo dell'ammissione alla procedura sia lo stesso del fallimento: deve trattarsi, cioè, di un imprenditore commerciale che non rientri nella definizione di piccolo imprenditore fornita dall'art. 1 l. fall.

La norma, a differenza di quanto avviene per il fallimento e il concordato preventivo, non specifica il presupposto oggettivo necessario ai fini (della presentazione) di un accordo di ristrutturazione e gli interpreti, anche in considerazione della collocazione dell'art. 182 *bis*, l. fall., hanno ritenuto che a quei fini il legislatore abbia considerato necessario lo “stato di crisi” previsto nella nuova disciplina del concordato preventivo e comprendente, in forza dell'introduzione del secondo comma dell'art. 160 l. fall., operata dall'art. 36 d. l. n. 273/2005, anche lo stato di insolvenza.

Neanche il contenuto dell'accordo è stato precisato dalla legge: esso potrà così comprendere sia la parziale rinuncia al credito, sia la concessione di dilazioni di pagamento, sia, ancora, la rideterminazione o l'abbattimento degli interessi maturati o convenzionalmente convenuti.

Dovrebbe essere anche possibile prevedere tra i creditori aderenti un diverso trattamento, proponendo modalità e termini diversificati di soddisfacimento per i vari creditori o categorie di

creditori. Ad ogni modo, i creditori estranei all'accordo dovranno essere soddisfatti per intero, ed alle rispettive scadenze¹³⁸.

L'accordo con i creditori potrà eventualmente contenere, poi, la conversione dei crediti in capitale di rischio e/o l'assunzione di un contestuale impegno di concedere nuovi finanziamenti all'impresa, necessari a realizzare, in qualche modo, una complessa ma sicura riorganizzazione della stessa.

D'altronde, tali intese saranno valide ogni qualvolta gli interessi perseguiti risultino meritevoli di tutela: tant'è che nell'ipotesi di insuccesso, l'eventuale successivo fallimento dell'imprenditore non sarà causa di risoluzione dell'accordo stesso, ma determinerà solo la misura dell'importo per il quale i creditori aderenti potranno chiedere l'ammissione al passivo. E' espressamente esclusa, inoltre, dall'art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall., la possibilità di revoca degli atti compiuti, dei pagamenti eseguiti e delle garanzie concesse in esecuzione dell'accordo omologato.

Il procedimento previsto dall'art. 182 *bis* l. fall. si articola in due fasi nettamente distinte: la prima, avente natura stragiudiziale, si sostanzia nell'attività con cui l'imprenditore negozia la propria situazione debitoria con i creditori e stipula un accordo con una parte di essi; la seconda, avente natura giudiziale, inizia con il deposito dell'accordo in Tribunale e si conclude con l'omologazione da parte di quest'ultimo.

In questa seconda fase, la finalità pubblicistica dei procedimenti concorsuali (avente ad oggetto la tutela degli interessi generali sottesi) è assicurata, quindi, dall'intervento dell'autorità giudiziaria, la quale dovrà decidere sulle eventuali opposizioni presentate dai creditori e provvedere o meno all'omologazione del piano.

Particolare rilievo assume, sempre nell'ambito del procedimento, la relazione dell'esperto¹³⁹.

Il piano di ristrutturazione e la documentazione ad esso allegata devono essere accompagnati, quindi, dalla relazione di un esperto esterno all'impresa, che quest'ultima deve scegliere tra i professionisti aventi le medesime caratteristiche professionali necessarie per poter essere nominati curatori fallimentari.

Per quanto riguarda le formalità di presentazione dell'accordo, deve ritenersi, nel silenzio della legge, che, per il deposito, per la pubblicazione nel registro delle imprese e per la verifica delle

¹³⁸ Tale conclusione, già di per sé ricavabile dalla disposizione di cui all'art. 182 *bis*, è stata espressa dal Tribunale di Milano, presso il quale sono stati omologati, per la prima volta dall'entrata in vigore del d. l. n.35/2005, con provvedimenti depositati il 21 dicembre 2005 ed il 16 gennaio 2006, due diversi accordi di ristrutturazione dei debiti.

¹³⁹ A mente della disposizione di cui al primo comma dell'art. 182 *bis* l. fall., infatti, il debitore, oltre all'accordo di ristrutturazione dei debiti intervenuto con i propri creditori, deve depositare anche la dichiarazione e la documentazione di cui all'art. 161, l. fall.

adesioni pervenute, sia assolutamente indispensabile la forma scritta, e che le firme dei creditori aderenti siano autenticate.

Entro 30 giorni dalla pubblicazione i creditori ed ogni altro soggetto interessato possono proporre al Tribunale eventuali opposizioni. Da tale momento, inoltre, l'accordo acquista piena efficacia (art. 182 *bis*, ultimo comma). A tal proposito, bisogna rilevare come non sia dato comprendere il motivo per cui il legislatore abbia posto tale termine decadenziale a favore di tutti i creditori, ivi compresi coloro che hanno prestato espressa adesione all'accordo per la ristrutturazione dei debiti.

Anche qui, peraltro, si riscontra un'ulteriore e grave lacunosità normativa, relativa all'omissione della specificazione delle forme e dei modi di proposizione dell'opposizione, ed alle conseguenze dell'accoglimento di quest'ultime, lacunosità che potrebbe avere una qualche giustificazione solo se si considerasse l'accordo ex art. 182 *bis* una particolare modalità di esecuzione del concordato preventivo.

Un altro punto critico della norma rimane la valutazione dell'idoneità dell'accordo a superare lo stato di crisi.

Premesso che il Tribunale dovrà anzitutto accertare la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi del debitore, nonché decidere sulle eventuali opposizioni presentate dai creditori, è controverso se il giudizio di omologazione debba riguardare anche la valutazione dell'idoneità del piano ad assicurare l'integrale e tempestivo pagamento dei creditori estranei, o se tale giudizio debba limitarsi ad un controllo riguardante l'assoluto rispetto dei criteri di legge posti a fondamento dell'accordo e della sua non contrarietà a norme imperative.

Successivamente, il Tribunale, all'esito del controllo ed alla risoluzione delle eventuali opposizioni, provvede, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, all'omologazione dell'accordo.

Secondo quanto previsto dall'art. 183, 1. fall., espressamente richiamato dall'art. 182 *bis*, il decreto con il quale il Tribunale omologa l'accordo è reclamabile in Corte d'Appello: il reclamo deve essere proposto entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto e deve essere notificato al debitore ed alle parti costituite in giudizio.

La Corte d'Appello decide con sentenza che può, nei casi ammessi dalla legge, essere impugnata mediante ricorso in Cassazione.

Al contrario, la mancata omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ha come effetto che il Tribunale, ove fossero state presentate, nei confronti del debitore, istanze di fallimento, ai sensi dell'art. 6 1. fall., dovrà procedere alla verifica della sussistenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore e, in caso di esito positivo, dichiararne il fallimento; in caso contrario, il collegio dovrà dichiarare la chiusura della procedura, semplicemente omettendo l'omologazione

dell'accordo. Occorre peraltro domandarsi, in caso di mancata omologazione dell'accordo iscritto nel registro delle imprese, quale sorte lo stesso debba seguire. A tal proposito, potrebbe ritenersi che, in mancanza di una espressa volontà negoziale che ne preveda la risoluzione, l'accordo sarà comunque vincolante per i creditori aderenti.

Infine, sempre nel silenzio della legge, deve ritenersi che, ove l'impresa non adempia gli obblighi assunti con l'accordo di ristrutturazione, i creditori aderenti possano domandare la risoluzione dello stesso secondo la disciplina generale prevista in materia contrattuale.

Delineata la disciplina che li regola, risulta evidente che il legislatore ha inteso riservare agli accordi di ristrutturazione un trattamento di particolare favore laddove con la disposizione di cui all'art. 67, terzo comma, lett. e) l. fall., ha affrancato dalla revocatoria fallimentare, come si è detto, gli atti compiuti, i pagamenti eseguiti e le garanzie concesse dal debitore in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182 *bis*.

Così, la salvaguardia della "nuova finanza" e, più in generale, l'esonero dall'azione revocatoria, in caso di successivo fallimento, per i pagamenti ricevuti dai creditori una volta che l'accordo sia stato omologato, dimostrano come il legislatore sia venuto incontro alle esigenze della prassi, al fine di salvaguardare gli accordi intercorsi fra i debitori ed i creditori.

Ecco perché, pur dovendosi rilevare come la soluzione adottata sia spesso lacunosa ed incerta, non sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene che la novità introdotta dall'articolo 182 *bis* l. fall. rischi di restare largamente inapplicata.

Analogo discorso vale per il c.d. piano attestato di risanamento, previsto dall'art. 67, terzo comma lett. d) l. fall., la cui ragionevolezza dev'essere certificata da un revisore contabile o da una società di revisione nominata dal Tribunale nel solo caso della società per azioni, e che costituisce un ulteriore strumento per la risoluzione stragiudiziale della crisi dell'impresa.

L'ipotesi prevista è, dunque, quella di una crisi transitoria ritenuta superabile con un piano di risanamento giudicato "ragionevole" da un soggetto scelto, per lo più, dallo stesso imprenditore in difficoltà e che va addirittura oltre la soluzione stragiudiziale già nota, in quanto non è prevista la necessità di raccogliere, in ordine ad esso, il consenso dei creditori.

Il piano in questione dovrà contenere l'indicazione delle risorse finanziarie predisposte per il soddisfacimento delle obbligazioni derivanti dall'accordo stragiudiziale, e la ragionevolezza dello stesso dovrà essere valutata in riferimento alla sua idoneità a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa.

Il suddetto piano, inoltre, potrà avere contenuti più ampi di quelli previsti nell'accordo presentato ai sensi dell'art. 182 *bis*, il quale deve avere, come finalità, la "ristrutturazione" dei debiti e non quella, più ampia, del "risanamento".

L'ampiezza dei contenuti del piano stragiudiziale, assieme alla non obbligatorietà che lo stesso riceva una preventiva adesione di una (almeno minima) parte dei creditori, sono senza dubbio foriere di incertezze relativamente alla tutela effettiva che questi ultimi potranno trovare, anche ai fini di contrastare eventuali abusi nell'utilizzo del piano di risoluzione della crisi di impresa.

Oltre all'opacità del termine "ragionevolezza", che appare idonea a salvaguardare i tentativi tardivi di sfuggire ad una seria verifica delle condizioni effettive dell'impresa in crisi e ad un controllo preciso relativamente alle possibilità concrete di uscirne, lo stesso rinvio al meccanismo previsto dall'art. 2501 *bis*, cod. civ., suscita forti perplessità, poiché il revisore e la società di revisione potrebbero non apparire di per sé soggetti sempre dotati delle competenze necessarie per valutare la ragionevolezza di un piano di risanamento, che comporta normalmente considerazioni rivolte soprattutto alla corretta valutazione delle possibilità e delle modalità di uscita dalla crisi.

Pertanto, anche l'attestazione dell'esperto potrebbe non costituire una effettiva e concreta modalità di validazione del piano stragiudiziale.

Infine, alcuni punti irrisolti accomunano questo tipo di piano stragiudiziale agli accordi di ristrutturazione precedentemente esaminati: non si comprende, ad esempio, la scelta legislativa di non prevedere un termine massimo per la ristrutturazione: nel corso del piano, frutto esclusivamente dell'autonomia negoziale, si deve infatti segnalare l'assenza di strumenti di vigilanza sull'attività del debitore nella fase del risanamento.

Tale circostanza, peraltro, ha giustamente indotto i primi commentatori a ritenere che, in caso di successivo fallimento dell'impresa, i crediti sorti durante l'esecuzione degli accordi o dopo la presentazione del piano non possano essere collocati in prededuzione.

Risulta evidente, in conclusione, che l'intensità di utilizzo dei nuovi strumenti apprestati dal legislatore e la soluzione delle problematiche agli stessi connesse potranno essere apprezzati solo nel tempo ed a seguito della prassi, fino ad oggi piuttosto scarsa, e degli orientamenti che la dottrina e le giurisprudenze potranno meditatamente esprimere.

4. SULL'EFFICACIA *ERGA OMNES* DELL'ACCORDO

L'art. 182 *bis*, l. fall., ha pertanto fornito legittimazione formale agli accordi stragiudiziali diretti a prevenire il fallimento dell'imprenditore insolvente, senza che tali patti stragiudiziali, come poteva

accadere prima della riforma del 2006, costituissero una prova evidente dell'insolvenza che consentisse ad ogni creditore insoddisfatto di domandare il fallimento del debitore, di ottenere cause di prelazione o di coltivare eventuali altre procedure esecutive in corso¹⁴⁰.

Con il d.l. n. 78 del 2010 e con la legge di conversione 30 luglio 2010, n. 122, inoltre, la disciplina ha visto l'introduzione nell'art. 182 *bis*, l. fall., della possibilità per l'imprenditore di ottenere la sospensione dalle azioni esecutive e cautelari, a fronte di una sua semplice richiesta, anche durante le trattative per la conclusione dell'accordo, mediante deposito in Tribunale, con tale richiesta, della documentazione necessaria (un'apposita dichiarazione che attesti la congruità rispetto ai requisiti occorrenti ed un'autocertificazione sulle trattative). La pubblicazione della richiesta nel registro imprese produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive o cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.

È invece rimasta senza soluzione la questione relativa all'efficacia dell'accordo di ristrutturazione nei confronti dei creditori rimasti estranei allo stesso o, persino, contrari, poiché per l'efficacia dell'accordo, l'art. 182 *bis*, l. fall., prevede che sia approvato con la maggioranza del 60% dei creditori.

Rispetto ad essi la disposizione prevede solo che la relazione accompagnatoria illustri l'attuabilità dello stesso facendo particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei; tuttavia, tale disposizione lascia adito a dubbi, potendo essere letta quantomeno seguendo due diversi orientamenti.¹⁴¹

In un primo caso, nel senso che sia garantito integralmente il pagamento del credito degli estranei, in un secondo modo, ritenendo sia garantito il pagamento integrale ma solo con le modalità proposte nel concordato stragiudiziale stesso¹⁴².

La tesi dominante è la prima, e poggia le sue affermazioni sulla considerazione che sussista un pieno diritto dei creditori non aderenti ad essere pagati integralmente, senza subire lesioni al loro credito in forza di un accordo al quale siano rimasti estranei¹⁴³, apparendo una distorsione dei

¹⁴⁰ Cfr., Trib. Udine, 22 giugno 2007, in Fall., 2008, p. 701.

¹⁴¹ G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, l. fall.)*, in *Contratto e Impr.*, 2011, 1, 9.

¹⁴² Per il secondo orientamento, minoritario, v. ad es. P. GROSSI, *La riforma del diritto fallimentare*, Milano, 2005, p. 334.

¹⁴³ A supporto della tesi dominante in dottrina, cfr. G. ROPPO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa, e categorie civilistiche*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, pp. 2010, 2162 ss., spec. p. 2181; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Aa.Vv., La riforma della l. fall.*, a cura di S. BONFATTI e G. FALCONE, Milano, 2005, p. 236.

principi civilistici e fallimentari consentire a quella che parte della dottrina non ha esitato a definire una “espropriazione” dei crediti a carico degli estranei all’accordo¹⁴⁴.

Anche la giurisprudenza di merito maggioritaria sembra attestarsi nel solco di tale orientamento, statuendo che l’accordo non possa avere efficacia *erga omnes* ma il pagamento dei creditori estranei debba avvenire in misura integrale, secondo i termini originari¹⁴⁵.

Deve darsi conto, tuttavia, dell’impostazione della corrente minoritaria, la quale contesta tale tesi sulla scorta della considerazione che al patto viene attribuita rilevanza esterna una volta che vi abbia aderito il 60% di tutti i creditori, oppure quella previsione si rivela inutile.

Non avrebbe giustificazione la previsione legislativa che impone una determinata maggioranza per dar vita ad un accordo meramente interno, posto che basterebbero i principi di diritto comune per consentire all’imprenditore – con l’eccezione del divieto di pagamenti preferenziali in stato di decozione dell’impresa – di definire i propri rapporti anche con un singolo creditore. Con la conseguenza che l’indicazione di una maggioranza quale requisito troverebbe un senso solo nel caso in cui quell’accordo producesse effetti anche nei confronti della minoranza.

Secondo i sostenitori di tale tesi¹⁴⁶, peraltro, tale effetto esterno ben potrebbe consistere anche solo nell’impedire, per sessanta giorni, azioni esecutive e nuove prelazioni, ma così opinando ritengono che la riforma risulterebbe di scarsa utilità in quanto risulterebbe controproducente per i creditori aderenti e che accettino una riduzione del loro credito che il debitore sia comunque costretto a liquidare integralmente (ed in tempi rapidi) i creditori non aderenti.

In particolare, ritengono gli esponenti dell’orientamento in parola che i noti principi civilistici sull’efficacia del contratto (art. 1372, secondo comma, cod. civ.) che vietano il prodursi di effetti

¹⁴⁴ L. D’AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Aa.Vv., *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, a cura di G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Torino, 2009, III, p. 1812; cfr. anche G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, l. fall.)*, in *Contratto e Impr.*, 2011, 1, 9.

¹⁴⁵ Cfr. Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 1692, secondo cui gli accordi di ristrutturazione dei debiti 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, in base al quale, tuttavia, i creditori dissenzienti o non aderenti al piano, dovrebbero essere pagati per intero e secondo le scadenze originarie; così anche Trib. Palermo, 27 marzo 2009, *Dir. banc.*, 2009, I, p. 455, mentre ancora più rigorosa appare l’impostazione di App. Trieste, 4 settembre 2007, *Dir. fall.*, 2008, II, p. 297, secondo cui dovrebbe escludersi anche una rateizzazione del pagamento integrale dei creditori estranei.

¹⁴⁶ G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, l. fall.)*, in *Contratto e Impr.*, 2011, 1, 9.

pregiudizievoli nei confronti dei terzi non sarebbe decisiva in quanto è la stessa disposizione ora citata a far salvi gli altri casi previsti a livello legislativo¹⁴⁷.

Tuttavia, il principio di maggioranza – che *prima facie* contrasterebbe con la regola dell'autonomia privata, tanto che per ricondurre ad unità il sistema è stato acutamente osservato che sia necessario ravvisare in tale meccanismo una preventiva adesione del privato creando così una sorta di preventiva accettazione del principio di maggioranza – si trova ad operare in una pletora di ipotesi, tra cui proprio quelle concordatarie¹⁴⁸, in virtù di espresse previsioni di legge. Con l'ulteriore conseguenza che, poiché il principio di maggioranza rappresenta in ogni caso un'eccezione alla regola di determinazione dei singoli¹⁴⁹, laddove difettesse la preventiva adesione del singolo in virtù di norma di legge, il presupposto di operatività andrebbe individuato nella comunanza di interessi in cui più persone versano, da loro stessi volontariamente costituita oppure emergente, anche indipendentemente dalla loro volontà, dalla convergenza dei loro interessi¹⁵⁰.

Da tale suggestivo ragionamento, la tesi minoritaria di cui si è dato conto giunge alla conclusione che, nel caso dell'accordo di ristrutturazione, si possa ravvisare una convergenza di interessi che legittimi l'operatività del principio di maggioranza, inteso come efficacia esterna *erga omnes* del patto.

Il postulato poggia necessariamente, però, sulla qualificazione dell'accordo di ristrutturazione come un concordato stragiudiziale, che si differenzerebbe dal concordato preventivo per l'assenza di previsioni in merito alla ripartizione dei creditori in classi ed ai pagamenti non integrali dei creditori prelazionari. Con l'effetto che, essendo la *ratio* concorsuale del diritto fallimentare improntata all'efficacia esterna delle varie ipotesi concordatarie se approvato con le maggioranze previste dalle singole disposizioni (artt. 128 e 177, l. fall.)¹⁵¹, anche l'accordo di ristrutturazione dovrebbe giovare di tale efficacia ed avere efficacia *erga omnes*, tanto più che anche la cd. privatizzazione delle procedure in esame¹⁵², porta a ritenere operante la logica maggioritaria¹⁵³, che sarebbe perfettamente coerente con il sistema delle procedure concorsuali.

¹⁴⁷ Cfr. F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, Padova, 2009, II, 484 ss.

¹⁴⁸ F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, 203.

¹⁴⁹ F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, cit., 206.

¹⁵⁰ F. GALGANO, cit., 204.

¹⁵¹ Il concordato fallimentare e quello preventivo sono efficaci *erga omnes* ai sensi degli artt. 135 e 184 l. fall.

¹⁵² F. GALGANO, cit., 206.

¹⁵³ Da ricordare che il principio di maggioranza trova applicazione anche per l'approvazione del concordato previsto dalla cd. legge Marzano (l. 23 dicembre 2003, n. 347, art. 4 bis).

Tali considerazioni appaiono non solo giuridicamente ricche di fascino, ma inducono che scrive a sostenerle anche sulla scorta del pensiero che la tesi opposta appare rivelarsi fallace proprio laddove dimentica di tenere in debito conto la funzione tipica dell'accordo di prevenire ed evitare il fallimento e che il non consentire tramite gli accordi di ristrutturazione un effetto per i creditori estranei o dissenzienti, paragonabile a quello ammesso con il concordato preventivo, renderebbe inutile la procedura depotenziandone la portata applicativa e svilendo la stessa *ratio legis* che ne ha sorretto l'introduzione nell'ordinamento.

Sostenendo la tesi attualmente minoritaria, invece, la differenza tra l'accordo di ristrutturazione ed il concordato preventivo finirebbe per essere limitata alle sole modalità di formazione della maggioranza e non vedrebbe una minor tutela per i creditori estranei¹⁵⁴, rendendolo uno strumento flessibile e di maggior interesse per il creditore.

Inoltre, anche la possibilità legislativamente prevista di impugnare l'accordo di ristrutturazione potrebbe spiegarsi solo ritenendo che il patto finisca per toccare anche i creditori estranei, ai quali viene attribuito proprio per questo un rimedio impugnatorio¹⁵⁵ allo scopo che l'accordo non venga approvato dai creditori privilegiati a danno dei chirografari.

Nel caso in cui, però, tali limiti non siano superati, il creditore estraneo sarà toccato dall'accordo come accadrebbe se la maggioranza dei creditori approvasse una proposta di concordato preventivo e non potrà essere ritenuto che abbia alcun interesse concreto ad impugnarlo.

5. L'INADEMPIMENTO DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE ED I RELATIVI EFFETTI

Una volta raggiunto l'accordo fra le parti private (debitore e creditori), lo stesso dovrà essere sottoposto al vaglio giudiziale ma appare necessario chiarire quali siano i limiti entro i quali dovrà essere ristretto il giudizio del Tribunale¹⁵⁶, se cioè questi dovrà limitarsi ad una mera valutazione della legittimità dell'accordo¹⁵⁷ o se invece potrà spingersi a valutare il merito dello stesso.

¹⁵⁴ E. FRASCAROLI SANTI, cit., pp. 234-235.

¹⁵⁵ Fermo peraltro il diritto degli aderenti di impugnarlo ove emerga un interesse concreto che non consista in un pentimento della precedente adesione.

¹⁵⁶ Cfr., A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 74, il quale notando la contrapposizione tra autonomia privata, funzionale alla risoluzione della crisi d'impresa e controllo pubblico sostiene una riduzione dei poteri di intervento del giudice, ritenendo debba prevalere l'approccio negoziale a scapito della funzione di garanzia dell'autorità giurisdizionale.

¹⁵⁷ Cfr., G. FAUCEGLIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, commento sub. Art. 182 bis, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Ipsoa 2008, pag. 1605 e segg.; G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni*

Inizialmente la giurisprudenza si era assestata sull'idea che, in fase di omologazione, il controllo del Tribunale non potesse limitarsi alla semplice attestazione dell'avvenuta approvazione del piano verificando il rispetto della maggioranza prescritta dalla legge, nonché della regolarità degli atti e della documentazione allegata – ossia dell'esistenza dei presupposti sostanziali e processuali – ma dovesse estendersi anche al merito dell'accordo, intendendosi con tale locuzione la concreta attuabilità del piano¹⁵⁸, sulla quale il Tribunale sarebbe stato tenuto ad esprimere un giudizio, sulla base della considerazione che un eventuale successivo inadempimento del debitore, sussistendo un regime di esenzione dalle azioni revocatorie per gli atti attuativi dell'accordo, determinerebbe una situazione in cui i creditori estranei subirebbero un pregiudizio, anche nell'eventualità in cui fossero privilegiati; da ciò deriverebbe la necessità per il Tribunale di valutare la concreta fattibilità dell'accordo, eventualmente anche servendosi dell'ausilio di un consulente tecnico (non ritenendo sufficiente l'attestazione del professionista nominato dall'imprenditore)¹⁵⁹, comprensiva della liquidità necessaria a consentire il pagamento dei creditori estranei¹⁶⁰.

Tuttavia deve essere preferito un diverso orientamento a tenore del quale, in mancanza di opposizione da parte dei creditori, il controllo giurisdizionale vada ristretto alla legittimità dell'accordo, consistente nella verifica della provenienza della domanda da soggetto legittimato (imprenditore commerciale in possesso dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1 l. fall.), dello stato di crisi dell'impresa, del raggiungimento del *quorum* di creditori rappresentanti il sessanta per cento dell'indebitamento complessivo, del deposito, unitamente alla domanda, della documentazione di cui all'art. 161 l. fall. ed, infine, della relazione redatta da idoneo professionista, sull'attuabilità dell'accordo.

In mancanza di opposizioni, il giudizio espresso dall'Autorità Giudiziaria si baserà solo sull'esame di tale relazione, con una valutazione fatta esclusivamente in astratto ed *ex ante*, con una sorta di

sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag. 845.; G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future - Atti del Convegno di Milano del 21.10.2008*, in *Fall.*, n.1/2009, (Allegato), pag. 14 e segg.

¹⁵⁸ Trib. Milano, 23 gennaio 2007 (decr.), in *Riv. Dir. Fall.*, n. 2/2008, pag. 136 e segg., con nota di R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, e in *Fall.*, n. 6/2007, pag. 701 e segg., con nota di F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"*.

¹⁵⁹ Trib. Rimini, 20 marzo 2009 (decr.), in *www.ilcaso.it*.

¹⁶⁰ Trib Ancona, 12 novembre 2008 (decr.), in *www.ilcaso.it*.

“prognosi postuma”¹⁶¹ basata sulle risultanze della relazione dell’esperto e con alla base un controllo ristretto alla sola legittimità.

In particolare, quanto alla valutazione del professionista sull’attuabilità dell’accordo, l’esame del giudice, da un lato, si dovrà concentrare sull’attestazione di attuabilità dell’accordo ma, dall’altro, non potrà estendersi ad un sindacato sul merito, da intendersi quale opportunità economica del patto, esprimendo un giudizio di condivisione o meno delle conclusioni a cui la relazione giunge¹⁶². Il giudizio di legalità, pertanto, coinciderà con la verifica della coerenza e completezza logico argomentativa della perizia asseverata.

Con la conseguenza che le relazioni basate su conclusioni incoerenti con le premesse, o con motivazione inadeguata, contraddittoria o illogica, non potranno svolgere la loro ontologica funzione, ossia il fornire un’informazione adeguata sugli elementi di valutazione dell’accordo¹⁶³.

Qualora siano state proposte opposizioni all’accordo o sia stato preceduto dal deposito di un ricorso di fallimento, il controllo del Tribunale, potrà doversi estendere all’esame delle deduzioni ed eccezioni del creditore. In questo caso, pertanto, il Tribunale dovrà pacificamente effettuare un vaglio di merito, verificando la fondatezza delle contestazioni¹⁶⁴, con la precisazione che la valutazione sull’omologabilità degli accordi assumerà carattere pregiudiziale rispetto alla pronuncia sull’istanza di fallimento¹⁶⁵.

Un’altra considerazione di stampo processuale porta a sostenere la limitazione al solo giudizio di legittimità del ruolo del magistrato.

Infatti, la disciplina procedimentale degli accordi può essere completata con l’applicazione analogica delle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, pertanto anche il

¹⁶¹ La locuzione è di matrice giuspenalistica e si riferisce, generalmente, ai casi di accertamento del nesso di causalità mediante il cosiddetto “giudizio controfattuale”.

¹⁶² Cfr., A. PATTI, *Crisi d’impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 76.

¹⁶³ Un vizio logico della relazione dell’esperto potrà riguardare l’intero ragionamento svolto nella relazione, così pregiudicandola in tutti gli aspetti rilevanti, oppure il ragionamento su una o più parti essenziali dell’accordo. In entrambi i casi, rischierà di vanificare i risultati raggiunti dal professionista.

¹⁶⁴ Trib. Milano, 10 novembre 2009 (decr.), con nota di M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del “Gruppo”*, in *Dir. Fall.*, n. 3-4 2010, pagg. 343 e segg.

¹⁶⁵ M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 2009, pag. 337 ss.

controllo giurisdizionale avrà il contenuto della tutela camerale omologatoria¹⁶⁶, ovvero quella di atti autorizzatori limitati alla previa verifica della sola loro legittimità¹⁶⁷.

Un ulteriore profilo, che l'art. 182 *bis* l. fall. non disciplina, è quello delle possibili cause di invalidità¹⁶⁸ dell'accordo di ristrutturazione omologato e dell'eventuale inadempimento¹⁶⁹ delle obbligazioni assunte dal debitore o anche dai creditori aderenti¹⁷⁰.

La questione prende le mosse dalla necessità di capire se possa applicarsi in via analogica l'art. 186 l. fall. in tema di risoluzione e annullamento del concordato preventivo¹⁷¹ o se, invece, trovi applicazione la disciplina del codice civile in materia di invalidità del contratto e di risoluzione.

La soluzione del problema, come correttamente evidenziato dalla dottrina¹⁷², passa attraverso la qualificazione del rapporto tra fase negoziale e fase giurisdizionale nella formazione dell'accordo.

Considerando l'origine negoziale e privatistica dell'accordo di ristrutturazione, infatti, sembra preferibile ritenere non applicabile analogicamente l'art. 186 legge fall., in materia di risoluzione e annullamento del concordato preventivo, trattandosi di norma speciale che non ammette interpretazioni analogiche.

Pertanto dovrà farsi nuovamente ricorso all'*analogia legis*, volgendo lo sguardo alle disposizioni comuni ai procedimenti consiliari e, *per relationem*, alla disciplina in materia di cause di invalidità e di risoluzione per inadempimento previste dal codice civile per il contratto in generale.

¹⁶⁶ L. MONTESANO e G. ARIETA, *Le Tutele Camerali Autorizzative - Omologatorie*, in *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2003, Vol. II/2, pagg. 1285 ss.

¹⁶⁷ Lo spazio riservato all'intervento giurisdizionale viene così costretto nei limiti di un controllo di legalità, di assicurazione della garanzia dei diritti nelle situazioni di conflitto tra debitori e creditori e tra questi stessi, secondo modalità non più di eterotutela, con un intervento direttivo del giudice sulla procedura, a protezione degli interessi dei soggetti coinvolti, ma di assicurazione di un effettivo e libero esercizio del principio di autotutela, cfr. A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, pag. 76.

¹⁶⁸ Trib. Milano, 10 novembre 2009 (decr.), con nota di M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del "Gruppo"*, cit.

¹⁶⁹ Cassazione Civ. 27 febbraio 2008, n. 5215, in *Fall.*, 2008, 715; Cassazione Civ. 4 marzo 2005 n. 4789, in *G. Dir.*, 2005, 15, 86; Cassazione Civ. 21 settembre 2004, n. 18027, *ivi*, 2004, 49, 65.

¹⁷⁰ G. CAPO, *I presupposti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Utet, Torino, 2009, pag. 63 ss.

¹⁷¹ Di questo avviso: M. SANDULLI, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2007, pag. 1244.

¹⁷² M. GALARDO, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del Tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato*, in *Dir. Fall.*, 2011, 2, 158.

Quanto alle tipologie di vizio, è ipotizzabile che l'accordo di ristrutturazione possa essere affetto da vizi funzionali, nel caso in cui non trovi regolare esecuzione o si riveli non idoneo (anche solo parzialmente) ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei¹⁷³.

Viceversa potrebbero emergere anche dei vizi genetici, tali da determinarne la nullità (in tal senso si potrebbe ipotizzare, ad esempio, per illiceità della causa), o anche la sua annullabilità (ad esempio, qualora il consenso del creditore aderente sia stato dato per errore, oppure estorto con violenza o carpito con dolo).

Quanto all'applicabilità della disciplina prevista per la rescissione per lesione, rimane dubbio se possa ritenersi applicabile. Pare doversi, infatti, dar credito alla tesi¹⁷⁴ secondo cui nell'accordo di ristrutturazione deve ritenersi insito per sua natura un elemento di alea consistente nel normale rischio d'impresa e nella scommessa sulla buona riuscita dell'operazione di ristrutturazione, anche sulla scorta della considerazione che, per la funzione tipica realizzata dall'accordo, potrebbero essere frequenti rinunce che oltrepassano di oltre la metà il valore della controprestazione eseguita o promessa¹⁷⁵.

Quanto al caso di inadempimento delle obbligazioni assunte con l'accordo, può certamente ritenersi esperibile il rimedio della risoluzione per inadempimento ex art. 1453 cod. civ., qualora non siano stati rispettati gli impegni assunti rispetto ai creditori aderenti¹⁷⁶.

Tale disciplina deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui l'inadempimento riguardi non tanto l'imprenditore, ma uno dei creditori aderenti, ad esempio nel caso in cui una banca, nell'ambito dell'accordo, assuma l'impegno, in seguito disatteso, di procedere all'erogazione di un nuovo finanziamento, in quanto tale comportamento risulterà quasi sempre lesivo anche della posizione giuridica degli altri contraenti, poiché ne determinerà l'impossibilità a far fronte agli impegni assunti con l'accordo stesso, facendo sorgere la responsabilità dell'inadempiente verso gli altri

¹⁷³ Sul punto si rinvia a quanto esposto in precedenza, nel par. 4 del presente capitolo.

¹⁷⁴ Cfr., A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 81.

¹⁷⁵ A conforto di tale tesi, può essere speso anche l'argomento secondo cui la causa dell'accordo di ristrutturazione presenta notevoli affinità con la causa del contratto di transazione, per cui, può ritenersi applicabile, in via analogica l'art. 1970 cod. civ., ai sensi del quale la transazione non può essere impugnata per causa di lesione.

¹⁷⁶ Con il limite, però, della non utilizzabilità del rimedio della risoluzione per inadempimento qualora nell'accordo abbia trovato posto una clausola novativa delle obbligazioni originarie: in tal caso, deve ritenersi applicabile in via analogica il disposto dell'art. 1976 cod. civ., che esclude la risoluzione della transazione per inadempimento se il rapporto preesistente sia stato estinto per novazione, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato convenuto espressamente.

creditori, con il conseguente obbligo di risarcire il danno e la possibilità per la controparte di ottenere la risoluzione del contratto.

Per quanto riguarda la possibilità di procedere alla risoluzione, in caso di contratto plurilaterale, dovrà valutarsi l'essenzialità della prestazione della parte che è venuta a mancare e ciò potrebbe accadere in quei casi in cui la mancanza della prestazione promessa comporti il venir meno delle condizioni necessarie per consentire il salvataggio dell'impresa, e non ne sia stata offerta la sostituzione da un'altra parte o da un terzo¹⁷⁷.

Appare comunque indubbio che una valutazione delle conseguenze sull'accordo dei vizi genetici o funzionali necessiti di un'indagine da effettuarsi singolarmente¹⁷⁸ ed in concreto¹⁷⁹, rivolgendo particolare attenzione alle modalità di formazione e attuazione del piano¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Cfr. A. PATTI, op. ult. Cit. , 82. L'esempio più calzante, sembra possa essere proprio il caso del venir meno di un importante finanziamento a fini ristrutturativi, che doveva essere erogato da una banca aderente ai sensi dell'art. 182 *quater*, comma 1, l. fall. in esecuzione dell'accordo omologato.

¹⁷⁸ Cfr., L. RESTAINO, *Ancora qualche considerazione sulla natura dell'attività esercitata dalla holding, e sulla rilevanza del pactum de non petendo*, nota a Tribunale Napoli, 23/4/2002, in, *Giur merito*, 2003, 10, 1954.

¹⁷⁹ Per ovviare ciò nella prassi spesso si assiste alla stipula di accordi bilaterali, conclusi tra l'imprenditore e i singoli creditori, e legati fra loro da un collegamento negoziale che opera sul piano della causa comune, subordinando l'efficacia di ciascuno di essi, alla duplice condizione dell'accettazione degli altri accordi da tanti creditori che rappresentino il 60% del ceto, nonché all'omologa da parte del Tribunale ex art. 182 bis l. fall.

In tal caso ci si confronta con una serie di contratti bilaterali tra loro collegati, e gli eventi dedotti in condizione, cui è subordinata l'efficacia degli accordi e da cui deriva il collegamento negoziale, devono avverarsi con l'omologazione, con la conseguenza che un eventuale vizio genetico o funzionale che dovesse colpire il singolo accordo, non si ripercuoterà sugli altri. Appare perciò necessario decidere se il vizio genetico o funzionale che colpisce il singolo accordo travolga anche gli altri, nel caso in cui, a seguito dell'inadempimento, venga meno l'idoneità complessiva degli accordi ad ovviare allo stato d'insolvenza.

Deve a tale proposito ritenersi che né il patto sottoscritto da tutti i creditori, né quello sottoscritto da alcuni soltanto abbia dirette conseguenze sull'insolvenza, la ed incida sullo stesso in via soltanto "mediata", essendo in grado di escludere lo stato d'insolvenza solo se e nella misura in cui, l'insolvenza medesima possa essere rimossa. Cfr., L. RESTAINO, op. cit., 1956. Infine, deve essere sottolineato che è lo stesso art. 182 bis l. fall. a far presumere l'idoneità degli accordi a rimuovere lo stato d'insolvenza, laddove ricorrano le circostanze previste dalla citata disposizione, ossia il coinvolgimento di almeno il 60% della massa creditoria ed il regolare pagamento dei creditori estranei, valutando sia la causa concreta sottesa al singolo negozio, che quella propria del collegamento negoziale e consistente nella realizzazione dell'operazione economica intesa in senso ampio.

¹⁸⁰ Cfr., R. SCOGNAMIGLIO, *Voce Collegamento negoziale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969, pag. 375 e segg.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2010, pag. 820 e segg.

In conclusione, qualora il vizio genetico o funzionale, che incide sull'accordo di ristrutturazione, comporti un'alterazione dell'equilibrio economico dell'intera operazione¹⁸¹, i creditori saranno legittimati a chiedere la risoluzione per inadempimento del patto stipulato¹⁸², con la conseguenza che, una volta dichiarato lo scioglimento dal vincolo negoziale, acquisteranno nuovamente la legittimazione ad intraprendere tutte le azioni legali, volte al recupero del credito, compresa la possibilità di proporre un ricorso per fallimento del debitore, che dovrà essere a tal punto dichiarato, qualora sussista lo stato d'insolvenza, essendo venuto meno l'ombrello protettivo dato dall'accordo. Al contrario tali effetti non si produrranno qualora l'inadempimento non sia di gravità tale da alterare l'equilibrio economico complessivo dell'operazione, sempre ammesso che permangano le condizioni previste dall'art. 182 *bis* l. fall. per l'omologazione

Da ultimo preme sottolineare che tali rimedi negoziali potranno essere esercitati dai soli creditori aderenti all'accordo, mentre per i creditori estranei, decorso il periodo di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, durante il quale sono inibite le azioni esecutive e cautelari individuali, permarrà la possibilità, in caso di inadempimento, di avvalersi degli strumenti ordinari messi a disposizione dall'ordinamento per la soddisfazione del loro credito nel caso in cui non sia stato soddisfatto il loro credito e pertanto permanga lo stato di insolvenza dell'imprenditore.

¹⁸¹ Da considerarsi alla stregua di una presunzione relativa, con prova contraria da fornirsi nell'ambito di un eventuale giudizio di opposizione all'omologazione dell'accordo.

¹⁸² E' stato autorevolmente rilevato che il concetto di "operazione economica" si è nel tempo cristallizzato e tipizzato: conferma di tale impostazione può essere desunta dal disposto dell'art. 34 n. 1 D. Lgs. 206/2005, in riferimento all'accertamento della vessatorietà di clausole contenute in contratti collegati, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2009, pag. 822.

IV. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO NELLA DISCIPLINA DELLA L. FALL.

SOMMARIO: 1. LA *RATIO* DELL'INTRODUZIONE DI UNA NUOVA PROCEDURA FALLIMENTARE 2. I SOGGETTI E LA DOMANDA 3. LA PROTEZIONE TEMPORANEA DALLE AZIONI ESECUTIVE E CAUTELARI 4. LE OPPOSIZIONI: IL PROCEDIMENTO, LA DECISIONE, IL RECLAMO E L'ESECUZIONE 5. IL COMPLESSO RAPPORTO FRA L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO E LA REVOCATORIA FALLIMENTARE

1. LA *RATIO* DELL'INTRODUZIONE DI UNA NUOVA PROCEDURA FALLIMENTARE

Il problema del recupero dell'economicità aziendale e della salvezza dell'impresa in crisi, con la conseguente conservazione dei suoi valori, è da tempo uno dei temi più dibattuti e ricorrenti nella dottrina del diritto fallimentare, poiché in un moderno sistema di circolazione della ricchezza, la soluzione di tale problema rappresenta uno dei principali obiettivi, per un legislatore alla ricerca di una soddisfacente regolazione dei molteplici interessi, anche pubblicistici, coinvolti nelle situazioni di difficoltà in cui possono venirsi a trovare le aziende.

La composizione negoziale dell'insolvenza è da sempre fenomeno noto alla prassi e come tale ha suscitato l'attenzione degli interpreti¹⁸³, i quali, nel silenzio della l. fall., hanno inteso la formula "ristrutturazione dei debiti", di derivazione aziendalistica, nel senso della rinegoziazione da parte del debitore delle proprie esposizioni, al fine di operarne una novazione o una modificazione idonea a prevenire o a rimuovere lo stato di decozione, per attuare un piano di risanamento dell'impresa, sul presupposto che vi sia una ragionevole prospettiva di reversibilità della crisi.

A petto del voluto silenzio del legislatore del 1942, non certo ignaro dell'esistenza di soluzioni stragiudiziali della crisi – al punto da prevedere tra i casi di chiusura del fallimento, all'art. 118, n. 1) e n. 2), l'ipotesi di mancanza di domande di ammissione al passivo e quella di estinzione dei crediti "in altro modo", ma piuttosto convinto che l'accordo sulla crisi d'impresa dovesse restare estraneo ad una regolazione di fonte legislativa, rivolta esclusivamente alla disciplina del fallimento

¹⁸³ F. DEZZANI L. DEZZANI, *Accordo di ristrutturazione dei debiti: bilancio del creditore e bilancio del debitore*, in *Fisco*, 2013, 3, 321; M. FABIANI, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fallimento*, 2013, 6, 769; M. ARATO, *Modifiche all'accordo di ristrutturazione dei debiti e nuovo controllo giudiziario (nota a Tribunale di Terni, decr., 4 luglio 2011)*, in *Fallimento*, 2012, 2, 206; S. BONFATTI, *Pluralità di parti ed oggetto dell'accertamento del Tribunale nell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall. (e nel concordato preventivo) (nota a Tribunale di Bologna, Sez. IV, decr., 17 novembre 2011)*, in *Fallimento*, 2012, 5, 607.

e delle altre procedure concorsuali, la prassi da tempo conosceva tecniche di recupero e di salvataggio dell'impresa in difficoltà, rimesse sostanzialmente all'inventiva degli operatori del settore, consistenti prevalentemente nelle cosiddette convenzioni bancarie e negli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'impresa conclusi in forma stragiudiziale; quindi mediante convenzioni ed atti sempre riconducibili nell'ambito dell'autonomia privata.

Rimanevano tuttavia gravi i rischi discendenti dalla conclusione di un accordo stragiudiziale, vincolante solo per le parti¹⁸⁴; e invero l'accordo non impediva, in presenza del presupposto oggettivo dell'insolvenza, la successiva dichiarazione di fallimento da parte del tribunale, anche d'ufficio, con la conseguenza che tutti gli atti esecutivi dell'accordo diventavano suscettibili, per un verso, di determinare azioni revocatorie *ex art 67 l. fall.*, ovvero dirette a far valere l'abusiva concessione del credito da parte degli operatori finanziari (in primis gli intermediari di credito); e per un altro verso, di qualificare detti atti, sotto diversi profili, in termini di rilevanza penale, con l'ulteriore pericolo per gli aderenti all'accordo di essere coinvolti in concorso in bancarotta preferenziale.

L'imprenditore in crisi e i suoi creditori, allora, piuttosto che ricorrere a tali accordi, oggettivamente privi di qualsiasi protezione, preferivano sovente il più agevole salvataggio offerto dal susseguirsi senza soluzione di continuità di procedure concorsuali, iniziando con l'amministrazione controllata, per poi passare al concordato preventivo e sfociare quindi nella dichiarazione di fallimento¹⁸⁵.

Finalmente, nel corso della XIV legislatura, si registrano i primi seri tentativi di introduzione a livello legislativo di una disciplina degli accordi stragiudiziali, attraverso la commissione istituita dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze con d.m. 27 febbraio 2004, che elaborò un complessivo schema di d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali; e infatti nel testo approvato dalla citata commissione, per la prima volta, trovano spazio gli intermediari di allerta e prevenzione e le procedure di "composizione concordata della crisi", il cui scopo fondamentale era quello di prevenire la crisi e comunque di evitarne gli effetti più traumatici. Fallita l'iniziativa riformatrice di ampio respiro portata avanti dalla commissione Trevisanato, tesa a sostituire la legge del 1942 con un nuovo corpus di norme dedicate alla regolazione delle procedure

¹⁸⁴ F. MACARIO, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contratti*, 2012, 4, 229.

¹⁸⁵ F. DEZZANI L. DEZZANI, *Accordo di ristrutturazione art. 182-bis della legge fallimentare: la sopravvenienza attiva nel bilancio del debitore*, in *Fisco*, 2012, 30, 4761.

concorsuali¹⁸⁶, la volontà di introdurre una disciplina settoriale dedicata agli accordi di ristrutturazione in seno alla vigente l. fall., si manifesta in sede parlamentare con il d.d.l. recante modifiche urgenti al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, come modificato a seguito dell'approvazione da parte del Consiglio dei ministri nella seduta del 24 dicembre 2004 del c.d. maxiemendamento, rimasto anch'esso senza esito per la inopinata scelta del Governo di ricorrere, di lì a poco, alla decretazione d'urgenza.

Come accennato sopra, il Governo nel corso della XIV legislatura, rompendo gli indugi parlamentari, ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento – nel quadro di una profonda rivisitazione del concordato preventivo – con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, mediante l'innesto nella l. fall. del nuovo art. 182bis, in un testo sostanzialmente identico a quello contenuto nel c.d. maxiemendamento.

La norma in commento, sulla quale si è registrato subito un grande interesse della dottrina¹⁸⁷, assai più che degli operatori pratici, è prima rimasta immutata all'indomani dell'entrata in vigore del d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha grandemente novellato la l. fall. del 42, sulla base della delega al governo contenuta nell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del d.l. 15 marzo 2005, n. 35, per essere poi interessata da un primo intervento legislativo di revisione attraverso il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (decreto correttivo), con cui si sono aggiunte disposizioni integrative e correttive al medesimo decreto delegato – sulla base di una ulteriore delega prevista nell'art. 1, comma 5 bis della detta legge, come interpolato dall'art. 1, comma 3, legge 12 luglio 2006, n. 228 – e poi da una novella effettuata con l'art. 48 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, che ha inserito tre nuovi commi nella ridetta disposizione.

Vanno poi rammentati gli ulteriori interventi normativi che hanno interessato, sia pure in maniera assai circoscritta, l'istituto in parola; l'uno costituito dal predetto d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che, novellando l'art. 182ter l. fall. in tema di transazione fiscale, ha cancellato il precedente divieto

¹⁸⁶ L. MASI, *L'inibitoria delle azioni cautelari ed esecutive nel corso delle trattative di un accordo di ristrutturazione dei debiti: profili processuali e di merito (nota a Tribunale di Roma, 13 marzo 2012)*, in *Fallimento*, 2012, 11, 1365.

¹⁸⁷ M. GALARDO, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato (nota a Tribunale di Milano, Sezione seconda civile, 18 luglio 2009)*, in *Dir. Fall.*, 2011, 2, 2, 158; S. PACCHI, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione (nota a Tribunale di Prato, 4 febbraio 2011, ordinanza)*, in *Dir. Fall.*, 2011, 3-4, 2, 340; A. PALUCHOWSKI, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione (nota a Tribunale di Milano, Sez. II, decr., 25 marzo 2010)*, in *Fallimento*, 2011, 1, 98.

di proporre la detta transazione nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, concedendo al debitore espressamente la facoltà di avanzare la proposta nell'ambito delle trattative per la conclusione dell'accordo; e l'altro, dall'art. 23, comma 43, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, attraverso il quale si è allargata la platea dei soggetti ammessi agli accordi, estendendola all'imprenditore agricolo.

Infine, meritano di essere segnalate, sia pure fugacemente, le importanti novità discendenti dalle disposizioni contenute negli articoli da 1 a 11 del d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, che ha introdotto in via urgente, su iniziativa del Governo, disposizioni in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento, destinate a tutti i soggetti non fallibili¹⁸⁸. Le dette norme, peraltro, hanno avuto vita assai breve, essendo state tutte abrogate in sede di conversione dalla l. 17 febbraio 2012, n. 10, atteso che durante l'esame del decreto legge da parte delle Camere, queste avevano già approvato la legge 27 gennaio 2012, n. 3, che ha introdotto nell'ordinamento il medesimo procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento, esteso anch'esso potenzialmente a tutti i debitori, consumatori, professionisti o imprenditori che non siano assoggettabili alle procedure concorsuali, con la previsione di un accordo tra il debitore e i suoi creditori, rappresentanti almeno il settanta per cento dei crediti, assoggettato all'omologa da parte del tribunale.

L'attuale disciplina degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis l. fall.*, si snoda in due fasi, l'una di natura stragiudiziale, durante la quale l'imprenditore in stato di crisi deve raggiungere un accordo, il cui contenuto è interamente rimesso alla volontà delle parti, con tanti creditori che rappresentino il sessanta per cento della sua complessiva esposizione debitoria; in questa prima fase, l'imprenditore potrebbe anche ottenere, con una istanza rivolta al tribunale, una temporanea protezione, per non oltre 60 giorni, dalle potenziali aggressioni al suo patrimonio da parte dei creditori. L'altra fase, esclusivamente giudiziale, prende avvio con il deposito dell'accordo in tribunale e l'iscrizione dello stesso nel registro delle imprese, con la contestuale richiesta da parte dell'imprenditore dell'omologa del tribunale entro 60 giorni, durante i quali opera sempre una temporanea protezione per il patrimonio dell'imprenditore da azioni esecutive e cautelari.

Una delle principali questioni che hanno affannato i primi commentatori¹⁸⁹ della norma in esame, peraltro foriera di assai rilevanti conseguenze in ordine alla disciplina concretamente applicabile

¹⁸⁸ A. TRON F. FUCILE, *Piano attestato e accordo di ristrutturazione: strumenti di uscita dalla crisi di impresa*, in *Fisco*, 2011, 40, 6533.

¹⁸⁹ F. SANTANGELI, *Auto ed etero tutela dei creditori nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa (il piano di risanamento, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo). Le tutele giudiziali dei crediti nelle procedure ante crisi*, in *Dir. Fall.*, 2009, 5, 1, 606.

agli accordi in questione, è se questi ultimi debbano considerarsi una sottospecie di concordato preventivo – quasi una sua forma semplificata – o comunque pur sempre una procedura concorsuale “minore”, ovvero se si tratti invece di un istituto del tutto autonomo in nulla collegato strutturalmente al primo.

Di certo osta ad una interpretazione nella prima direzione la mancanza di un provvedimento di apertura, ovvero di un organo di gestione, nonché la sicura circostanza che non tutti i creditori sono necessariamente coinvolti secondo i principi concorsuali – e in primo luogo nel rispetto della *par condicio creditorum* – mentre il debitore resta il dominus della gestione dell’impresa, senza condizionamento alcuno da parte degli organi giurisdizionali.

Militano invece a favore del secondo, gli aspetti processuali della nuova disciplina, che richiamano in maniera assai rilevante le norme sul concordato e, in particolare, la previsione dell’ombrello protettivo dalle azioni cautelari ed esecutive – che oggi può essere ottenuto anche nella fase delle trattative, la prededucibilità *ex art. 182 quater* l. fall. della c.d. nuova finanza erogata in connessione con gli accordi, in caso di successivo fallimento dell’imprenditore beneficiario, la necessità dell’omologa dell’accordo da parte del tribunale.

2. I SOGGETTI E LA DOMANDA

Incertezze¹⁹⁰ sorgevano già con riferimento all’individuazione del soggetto legittimato alla presentazione del ricorso innanzi al tribunale, essendosi sostenuto in prima battuta che anche il debitore civile potesse sottoporre un accordo di ristrutturazione ai propri creditori, mentre restava dubbia addirittura la necessità che il debitore, per accedere all’accordo, dovesse trovarsi in uno stato di crisi o di insolvenza.

Le anzidette problematiche sono state in grande misura risolte attraverso la nuova formulazione del comma 1 dell’art. 182 *bis* l. fall., operata del decreto correttivo del 2007, che ha opportunamente precisato come la domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti debba essere

¹⁹⁰ I. SCALERA, *I soggetti legittimati alla partecipazione nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2001, I, 1004; T. ARIANI, *Disciplina della riduzione del capitale per perdite in caso di presentazione di domanda di concordato preventivo (nota a Tribunale di Ancona, sez. II, 12 aprile 2012)*, in *Fallimento*, 2013, 1, 112; M. FABIANI, *La domanda “prenotativa” di concordato preventivo (nota a Tribunale di Milano, decreto, 21 settembre 2012; Tribunale di Verona, decreto, 20 settembre 2012; Tribunale di Lecco, decreto, 19 settembre 2012; Tribunale di Pordenone, decreto, 19 settembre 2012; Tribunale di Modena, decreto, 14 settembre 2012)*, in *Foro It.*, 2012, 11, 1, c. 3184.

presentata dall'imprenditore che si trovi in stato di crisi (*id est* anche in condizione di insolvenza, ai sensi dell'art. 160, ultimo comma, l. fall.).

Restava dunque esclusa la possibilità di depositare l'accordo da omologare per il debitore civile, per l'imprenditore agricolo, come pure per il piccolo imprenditore *ex art.* 2083 cod. civ., *rectius* – dopo il correttivo del 2007 – per l'imprenditore commerciale che fosse privo dei requisiti dimensionali previsti dal novellato art. 1, comma 2, l. fall., con riferimento all'attivo patrimoniale e ai ricavi lordi del triennio precedente, nonché all'esposizione debitoria complessiva¹⁹¹.

Il legislatore del 2011, tuttavia, ha ritenuto nel quadro dei molteplici interventi normativi dettati dalla incombente crisi finanziaria, “in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo”, di estendere espressamente a quest'ultimo, - pure pacificamente sottratto al fallimento in forza dell'art. 2221 cod. civ. -, la possibilità di accedere all'istituto in esame (come pure alla transazione fiscale disciplinata dall'art. 182 *ter* l. fall.), legittimandolo alla stipula di un accordo idoneo all'omologa con l'art. 23, comma 43, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

Successivamente, a fronte delle urgenze sempre più pressanti dettate dalla crisi in atto, con la legge 27 gennaio 2012, n. 3 è stato introdotto un inedito procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento che consente a tutti i debitori non fallibili, si tratti di un consumatore o di un professionista o ancora di un'impresa con le soglie dimensionali inferiori a quelle previste dall'art. 1, comma 2, l. fall., di proporre un accordo di ristrutturazione dei debiti ai propri creditori¹⁹².

Per effetto di tali interventi normativi si è venuto a determinare il risultato, singolare, che l'imprenditore agricolo, unico nella platea degli imprenditori, potrà, ove si venga a trovare in uno stato di crisi ovvero di sovraindebitamento, decidere liberamente di avvalersi dell'accordo di cui all'art. 182-*bis* l. fall. oppure di ricorrere alla tutela introdotta dalla legge 3/2012.

Non sorgono dubbi, poi, sulla possibilità che ad avanzare il ricorso per l'omologa dell'accordo sia un'impresa che possieda i requisiti per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, *ex d.lgs.* 8 luglio 1999, n. 270, ovvero ai sensi del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39¹⁹³. Qualche perplessità è stata invece manifestata per gli

¹⁹¹ M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 9, 1051; P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Dir. Fall.*, 2013, 1, 1, 62.

¹⁹² E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il “decreto sviluppo”*: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, 2, 426.

¹⁹³ L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, 10, 1209.

intermediari di credito, stante il disposto dell'art. 80, comma 6, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, che esclude per le banche (nonché per le società di gestione del risparmio e le SICAV). In forza del richiamo alla norma contenuta nell'art. 57, comma 3, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), le procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta amministrativa¹⁹⁴.

Quanto alle imprese di assicurazione, avuto riguardo alla espressa previsione contenuta nell'art. 238, comma 1, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, di non applicabilità dell'intero titolo II della l. fall., attuale *sedes materiae* sia della disciplina del concordato preventivo che degli accordi di ristrutturazione dei debiti, deve necessariamente concludersi che alle dette imprese resta preclusa la facoltà di avanzare ricorso per omologa degli accordi conclusi¹⁹⁵.

Difficoltà pratiche non indifferenti, inoltre, si potrebbero manifestare in ipotesi di un imprenditore individuale o collettivo (si pensi ad una società di persone irregolare *ex art. 2297 cod. civ.*) che non risulti iscritto nel registro delle imprese, considerato che l'accordo di ristrutturazione, contestualmente al ricorso per omologa, deve essere sempre depositato presso l'ufficio del registro del luogo ove ha sede l'impresa proponente.

La norma in commento tace sull'indicazione di quale sia il tribunale competente a vagliare la domanda di omologa dell'accordo, ma considerato il rinvio della stessa all'art. 161 l. fall., che individua la competenza del tribunale in cui ha sede principale l'imprenditore - giudicando altresì irrilevanti i trasferimenti avvenuti nell'anno precedente al deposito della domanda (principio della *c.d. perpetuatio iurisdictionis*) -, si è ritenuto che anche per gli accordi di ristrutturazione debba trovare applicazione siffatta regola.

Peraltro, la disposizione contenuta nel comma 6 dell'art. 182-*bis* l. fall., introdotto dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, la quale nel regolare il sub procedimento teso ad accordare al debitore la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive nei suoi confronti anche nel corso delle trattative per la conclusione dell'accordo con i creditori, espressamente richiama il "tribunale competente ai sensi dell'art. 9", *id est* quello in cui si trova la sede principale dell'impresa – presuntivamente coincidente con la sede legale, sembra

¹⁹⁴ P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"* (nota a Tribunale di Roma, 14 novembre 2012; Tribunale di Napoli, 31 ottobre 2012; Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012; Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012; Tribunale di Salerno, 25 ottobre 2012; Tribunale di La Spezia, 25 ottobre 2012; Tribunale di La Spezia, 24 ottobre 2012; Tribunale di Milano, 24 ottobre 2012; Tribunale di Siena, 23 ottobre 2012; Tribunale di Ancona, 15 ottobre 2012; Tribunale di Tortona, 8 ottobre 2012; Tribunale di Perugia, 4 ottobre 2012; Tribunale di Palermo, 2 ottobre 2012), in *Fallimento*, 2013, 1, 82.

¹⁹⁵ M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità* (nota a Cassazione civile, sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860), in *Fallimento*, 2011, 2, 172.

eliminare ogni margine di discussione sull'individuazione dell'ufficio giudiziario cui deve essere rivolto il successivo ricorso per l'omologa.

Per quanto riguarda la forma dell'atto introduttivo del procedimento per l'omologazione dell'accordo, va ricordato che con il correttivo del 2007, modificando opportunamente il primo comma dell'art. 182 *bis*, si è stabilito che alla "domanda" tesa all'omologa dell'accordo, dovrà essere senz'altro allegata la documentazione di cui all'art. 161 l. fall., restando così soppresso ogni riferimento ad una non meglio precisata "dichiarazione"¹⁹⁶.

Il richiamato art. 161 l. fall. disciplina, com'è noto, la presentazione della domanda di concordato preventivo, che deve avvenire tramite ricorso; da qui la conclusione che anche l'istanza di omologazione dell'accordo debba essere presentata con ricorso depositato in tribunale, sottoscritto dal legale rappresentante dell'impresa e, in applicazione analogica dell'art. 152, l. fall. richiamato dall'art. 161, comma 4, l. fall., previa approvazione con deliberazione degli amministratori nelle società di capitali e dalla maggioranza, per capitale, dei soci nelle società di persone¹⁹⁷.

Unitamente al ricorso il debitore deve depositare la documentazione di cui all'art. 161 l. fall. e quindi: a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali e personali sui beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Inoltre, al ricorso va allegato l'accordo di ristrutturazione stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei creditori e una relazione, redatta da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e in possesso dei requisiti per essere nominato curatore ai sensi dell'art. 28. lett. a) e b), l. fall. – così precisa ora la norma in commento come novellata dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che attesti la fattibilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il pagamento regolare dei creditori estranei allo stesso¹⁹⁸.

¹⁹⁶ S. RONCO, *Domanda di concordato e poteri del Tribunale (nota a Tribunale di Roma, 20 aprile 2010, decr.)*, in *Dir. Fall.*, 2011, 3-4, 2, 298.

¹⁹⁷ S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. Fall.*, 2010, 5, 1, 551; G. RACUGNO, *La domanda di concordato preventivo e gli effetti dell'instaurazione della procedura*, in *Dir. Fall.*, 2010, 2, 1, 187.

¹⁹⁸ G. LO CASCIO, *Concordato preventivo, inammissibilità della domanda e fallimento in corso di procedimento: interventi normativi successivi ed interpretazioni incerte (nota a Tribunale Roma, sez. fall., 26 settembre 2008)*, in *Fallimento*, 2009, 2, 203.

La nomina del professionista attestatore spetta senz'altro¹⁹⁹ all'imprenditore, senza che si possa invocare, attraverso una serie di rinvii a catena, dall'art. 182**bis** l. fall. all'art. 2501 *bis* cod. civ., passando per l'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., la previsione che la nomina del professionista debba essere riservata al tribunale, nelle sole società per azioni o in accomandita per azioni.

La relazione del professionista deve avere per oggetto l'attuabilità dell'accordo e, in particolare, la sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori che vi rimangono estranei.

E' stato osservato²⁰⁰ come la norma in commento nulla dica, a differenza dell'art. 161, comma 3, l. fall., sulla necessità che il professionista designato dal proponente attesti anche la veridicità o attendibilità dei dati aziendali.

In effetti, una prima bozza del decreto delegato concernente la riforma della l. fall., poi introdotta con il d.lgs. 5/2006, prevedeva una modifica dell'art. 182 *bis* l. fall. attraverso la previsione che l'attestazione del professionista riguardasse anche la veridicità dei dati aziendali; tuttavia in sede di approvazione in via preliminare dello schema di decreto delegato da parte del Consiglio dei Ministri il 23 settembre 2005, venne soppresso ogni intervento sulla detta norma e nemmeno in sede di approvazione del correttivo contenuto del d.lgs. 169/2007 si è ritenuto di apportare modifiche sul punto alla disposizione in commento.

Avuto riguardo, tuttavia, alla sicura circostanza che la veridicità dei dati appare il logico presupposto sul quale fondare ogni valutazione sull'attuabilità dell'accordo, sembra debba darsi sicura preferenza alla tesi, oggi nettamente maggioritaria in giurisprudenza, che impone un vaglio sulla veridicità delle scritture esaminate da parte del professionista che deposita la relazione²⁰¹.

Nonostante la norma in esame si limiti a prescrivere la necessità di depositare, oltre alla documentazione di cui all'art. 161 l. fall., soltanto l'accordo e la relazione dell'attestatore, si è ritenuto in giurisprudenza che l'allegazione di un "piano" finanziario o industriale – lo stesso descritto dall'art. 160 l. fall. in tema di concordato preventivo, soprattutto quando si tratti di accordi funzionali alla continuazione dell'attività dell'impresa e non meramente liquidatori, debba ritenersi

¹⁹⁹ B. QUATRARO, *La presentazione della domanda di concordato preventivo*, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, all. 3, 11.

²⁰⁰ A. STANCHI E. BENZI, *Domanda di proroga del trattamento C.I.G.S. successivamente alla omologazione del concordato preventivo (nota a Tribunale Sulmona 7 agosto 2008, decr.)*, in *Fallimento*, 2009, 2, 215; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Dir. Fall.*, 2008, 1, 1, 53.

²⁰¹ M. MONTANARI, *Gli automatismi del riconoscimento della decisione straniera di fallimento alla prova della pendenza, davanti al giudice italiano, della domanda di ammissione al concordato preventivo (nota a Cassazione civile, Sez. un., 14 aprile 2008, n. 9743)*, in *Int'l Lis*, 2008, 3-4, 152.

un requisito necessario²⁰², a pena di inammissibilità del ricorso, in quanto l'accordo potrà essere attuato solo se accanto allo stesso vi sia appunto un piano che indichi le cause della crisi finanziaria o industriale ed i rimedi che si intendono attuare per evitare che l'impresa si ritrovi nella medesima situazione.

Come ricordato in precedenza, l'accordo che l'imprenditore ha raggiunto con i suoi creditori deve coinvolgere il sessanta per cento dei crediti complessivi; poiché la legge omette di precisare se si debba trattare di creditori privilegiati o chirografari, è da ritenere che possano esser coinvolti nel patto anche i creditori muniti di titolo di prelazione.

L'unico vincolo imposto dall'art. 182 *bis* è che l'accordo sia idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori che non vi hanno aderito, i quali dovranno essere soddisfatti in modo puntuale ed integrale senza che nei loro confronti possa invocarsi l'effetto remissorio espressamente previsto nel concordato preventivo dall'art. 184 l. fall.

In effetti, prima del correttivo del 2007, sulla lettura del termine "regolare" era sorto un dibattito in dottrina²⁰³, tra chi riteneva che il pagamento dei creditori estranei all'accordo doveva avvenire secondo la medesima percentuale e le medesime condizioni fissate nell'accordo raggiunto con i creditori aderenti²⁰⁴ e chi, invece, riteneva necessaria l'integrale soddisfazione degli estranei alle scadenze prestabilite²⁰⁵.

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 169/2007, anche alla luce della relazione illustrativa del decreto delegato, non si dubita più in ordine al diritto dei creditori estranei ad essere soddisfatti nell'intero e alle scadenze pattuite, anche se nell'ipotesi di debiti già scaduti al momento del deposito del ricorso per omologa dell'accordo, sembra ragionevole ritenere²⁰⁶ che detti crediti – stante la sospensione di tutte le azioni cautelari ed esecutive per sessanta giorni dalla data di iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese – potranno essere soddisfatti solo dopo l'omologazione dell'accordo con

²⁰² G. VALCAVI, *Sulla utilità di prevedere forme di concordato su domanda dei creditori, a fianco di quelle su offerta del debitore*, in *Dir. Fall.*, 1999, I, 977.

²⁰³ G. RAGO, *La domanda di concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 1998, I, 61.

²⁰⁴ D. DI GRAVIO, "Irricevibile" la domanda di concordato senza l'autorizzazione dell'assemblea? (nota a sent. App. L'Aquila 7 maggio 1996, Soc. Colavincenzo c. Fall. soc. Colavincenzo), in *Foro pad.*, 1996, I, 192 nonché in *Dir. Fall.*, 1996, II, 869.

²⁰⁵ A. BONSIGNORI, *I limiti alla modificazione della domanda di concordato preventivo* (Nota a T. Bologna, 21 settembre 1990, Soc. mangimificio Selice), in *Dir. Fall.*, 1991, II, 581.

²⁰⁶ D. DI GRAVIO, *Concordato preventivo: le autorizzazioni del giudice dopo la presentazione della domanda e prima del decreto di ammissione* (Nota a T. Roma, 14 luglio 1989, Soc. Fineur e T. Roma, 29 luglio 1989, Soc. Fineur), in *Dir. Fall.*, 1990, II, 597.

provvedimento non più impugnabile, ferma la necessità di corrispondere gli interessi e la rivalutazione monetaria – se dovuta, trattandosi ad esempio di crediti cui si applica l'art. 429, comma 3, cod. proc. civ. – maturati sino a quel momento.

E' chiaro poi che le adesioni devono pervenire all'imprenditore prima del deposito dell'accordo presso il tribunale, considerato che il raggiungimento della prescritta percentuale di adesione all'accordo costituisce presupposto indefettibile per la successiva omologa dello stesso; non si è quindi in presenza di un accordo suscettibile di omologa nell'ipotesi di deposito di una proposta di transazione fiscale, che non abbia ancora ricevuto l'assenso da parte degli organi competenti dell'amministrazione finanziaria. Resta fermo, poi, che le successive adesioni dell'accordo, pervenute durante il procedimento di omologa, devono ritenersi ammissibili.

Del resto, la previsione del nuovo comma 6 dell'art. 182 *bis* l. fall., che generalizza la possibilità di ottenere la protezione dalle azioni esecutive per l'imprenditore anche nella fase delle trattative finalizzata alla stipula dell'accordo, costituisce la riprova dell'esistenza di un preciso onere per il proponente, quando intenda avanzare istanza per ottenere l'omologa, di depositare un accordo che abbia raggiunto già le maggioranze prescritte al momento della sua iscrizione nel registro delle imprese.

La norma in commento non prevede espressamente alcun onere formale per la raccolta del consenso dei creditori rappresentanti la percentuale richiesta per ottenere l'omologa del concordato, imponendosi la necessità della forma scritta non *ad substantiam* ma soltanto *ad probationem*; a fronte tuttavia di un orientamento largheggiante in dottrina²⁰⁷, propenso a riservare in sede di eventuale opposizione dell'interessato il vaglio giudiziale in ordine alla paternità dell'atto, nelle prime applicazioni giurisprudenziali si è registrata la diffusa tendenza a richiedere la dimostrazione in modo inequivoco della volontà del creditore aderente, costituendo, in sostanza, requisito necessario per ottenere l'omologazione, l'avvenuta sottoscrizione dell'accordo da parte dei creditori che abbiano aderito allo stesso nelle forme dell'atto pubblico ovvero con scrittura privata autenticata.

A conferma poi della necessità del rispetto di determinati oneri minimi di forma, va considerato che l'accordo deve essere pubblicato presso il registro delle imprese, e, ai sensi dell'art. 11, comma 4, del d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, concernente il regolamento di attuazione del registro delle

²⁰⁷ B. QUATRARO, *La domanda di concordato preventivo, profili giuridici e proposte operative*, in Riv. Dott. Commercialisti, 1990, 1; M. BRONZINI, *Violazione del diritto alla difesa: garante convocato senza preavviso di domanda di fallimento pendente contro di lui (Nota a A. Firenze, 27 luglio 1988, Bimbi c. Barbieri)*, in Dir. Fall., 1989, II, 419.

imprese, ogni atto da iscrivere nel registro deve essere depositato in originale con sottoscrizione autenticata, se trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio.

L'accordo, poi, deve essere pubblicato nel registro delle imprese, prevede il comma 2 dell'art. 182 *bis* l. fall., ed acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione. Per "pubblicazione" deve intendersi "iscrizione" nel registro delle imprese, tenuto conto, per un verso, che nella l. fall. in più occasioni il suddetto termine viene utilizzato per intendere appunto l'iscrizione nel detto registro (si pensi al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo: art. 166 l. fall.) e per altro verso, che il regolamento di attuazione del registro delle imprese (d.p.r. 581/1995), disciplina i procedimenti di "iscrizione" degli atti (artt. 12 e 13) e quello di "deposito" (art. 14), senza prevedere altra modalità tesa ad assicurare una generica "pubblicazione" degli stessi.

E' discusso²⁰⁸ se l'onere di iscrizione riguardi soltanto l'accordo, come sembra evincersi dalla lettera della norma, ovvero se il proponente sia tenuto a depositare anche la relazione del professionista e la documentazione di cui all'art. 161 l. fall., in considerazione dei tempi assai ristretti previsti per l'impugnazione dell'accordo medesimo.

Nel silenzio della l. fall., resta dubbio poi se l'accordo debba essere prima depositato nel tribunale ovvero iscritto presso il registro delle imprese.

Preferibile appare l'orientamento²⁰⁹ che imposta la sequenza procedimentale che conduce all'omologa dell'accordo di ristrutturazione, prendendo le mosse dal deposito del ricorso, corredato dall'accordo e dalla documentazione prescritta *ex art.* 161 l. fall. nel tribunale, alla quale potrà far seguito l'iscrizione dell'accordo medesimo presso il registro delle imprese e di cui occorrerà dare naturalmente notizia immediata al tribunale; e ciò considerato che solo dalla pubblicazione nel registro decorrono, da un lato, la protezione per il proponente dalle azioni esecutive e cautelari e, dall'altro, i termini per l'eventuale opposizione promossa dagli interessati.

Ritenere, al contrario, che il debitore possa prima iscrivere l'accordo presso il registro delle imprese e poi depositare lo stesso nella cancelleria del tribunale costringerebbe invero i creditori intenzionati a proporre opposizione all'omologa ad attendere comunque il deposito del ricorso da parte del proponente prima di avere cognizione completa degli atti rilevanti; e questo mentre i termini per proporre l'opposizione medesima sono già in corso.

²⁰⁸ D. DI GRAVIO, *Interrogativi derivanti dal fallimento conseguente al rigetto della domanda di concordato preventivo* (Nota a T. Roma, 23 ottobre 1981, Bartolomei Ferrina c. Cassa risp. Roma), in *Dir. Fall.*, 1982, II, 176.

²⁰⁹ F. MARELLI, *Domanda di ammissione a concordato preventivo - Dichiarazione di fallimento* (Nota a T. Pavia, 1 ottobre 1987, Banca naz. agr. c. Fall. riseria Perotti), in *Nuova Giur. Civ.*, 1988, I, 415.

Va segnalato, infine, che invocando l'applicazione analogica dell'art. 162, comma 1, l. fall. – che in materia di concordato preventivo consente al tribunale di concedere al debitore un termine non superiore a 15 giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, in giurisprudenza si è ritenuto possibile accordare al debitore, che abbia già depositato l'accordo in tribunale, un termine per integrare la documentazione necessaria, a condizione che la pubblicazione del medesimo accordo nel registro delle imprese avvenga in un momento contestuale o successivo al deposito delle integrazioni richieste.

3. LA PROTEZIONE TEMPORANEA DALLE AZIONI ESECUTIVE E CAUTELARI

Il legislatore della riforma del 2005 non aveva previsto nessuna limitazione alle azioni cautelari o esecutive promosse dai creditori nelle more del giudizio di omologazione dell'accordo, come invece accade per il concordato preventivo, nel quale ai sensi dell'art. 168, comma 1, l. fall., contestualmente al deposito della domanda di concordato, i creditori non possono iniziare o proseguire, sotto pena di nullità, azioni esecutive sul patrimonio del debitore; naturalmente, neppure il provvedimento di omologa dell'accordo era in grado di produrre effetti di sorta sulle azioni esecutive o cautelari già avviate dal ceto creditorio.

L'assenza di un "ombrello protettivo" durante la procedura di omologazione dell'accordo di ristrutturazione è stata oggetto di vivaci critiche in dottrina²¹⁰ e si è anche registrato nella pratica il tentativo dei debitori di ottenere comunque l'esonero dai rischi delle azioni esecutive intraprese dai creditori medio tempore, attraverso il ricorso ad intermediari propri del diritto civile sostanziale.

Con il correttivo del 2007 il legislatore delegato, consapevole delle difficoltà incontrate dall'istituto nei primi anni di applicazione, ha previsto nel novellato comma 3 dell'art. 182 *bis*, che dalla data di pubblicazione (*rectius* di iscrizione) dell'accordo nel registro delle imprese, e per un tempo

²¹⁰ J. PULGAR EZQUERRA, *La protezione degli accordi di ristrutturazione nella riforma*, cit., 454; M. FABIANI, *Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principi della riforma fallimentare (nota a Cass. civ., sez. I, sent., 22 marzo 2010, n. 6904; nota a Cass. civ., sez. I, sent., 12 febbraio 2010, n. 3327)*, in *Foro It.*, 2010, 10, 1, c. 2754; G. B. NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti (nota a Tribunale di Torino, decr., 15 febbraio 2011; Tribunale di Novara, decr., 18 febbraio 2011)*, in *Fallimento*, 2011, 6, 705; T. GALLETTO, *La protezione e l'apprensione dei beni situati all'estero*, in *Fallimento*, 1998, 956; L. BOGGIO, *L'inopponibilità delle ipoteche iscritte dopo il pignoramento e prima del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo: divieto di azioni esecutive e conflitto tra creditori (nota a Tribunale Ancona, 6 agosto 2010, decreto)*, in *Giur. It.*, 2011, 7, 1563.

complessivo di 60 giorni, i creditori anteriori a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari od esecutive sul patrimonio del debitore che abbia stipulato l'accordo di ristrutturazione.

La nuova norma tendeva così ad assicurare all'imprenditore che avesse presentato la domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti la medesima protezione accordata al debitore che ha ottenuto l'ammissione al concordato preventivo.

Tuttavia, mentre nel caso del concordato l'inammissibilità di azioni esecutive e cautelari è prevista per tutta la durata del procedimento di omologazione e fino a quando sia divenuto definitivo il relativo decreto (ancorché il legislatore, nell'art. 181 l. fall., auspichi che il procedimento non abbia durata complessiva superiore a sei mesi, ma si tratta, all'evidenza, di un termine non perentorio), nel caso degli accordi di ristrutturazione la sospensione si prolungherà – e senza possibilità di ottenere proroga alcuna – per soli 60 giorni, anche se durante il detto lasso temporale non si sia concluso il procedimento teso ad ottenere l'omologa dell'accordo.

A fronte delle persistenti criticità, sostanzialmente dipendenti dalla durata troppo breve dell'ombrello protettivo, il legislatore del 2010, con il d.l. 78/2010, convertito con modificazioni dalla legge 122/2010, è intervenuto nuovamente sulla materia, introducendo tre nuovi commi (6, 7 e 8) all'art. 182 *bis*, stabilendo così che il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari od esecutive, ovvero di acquisire titoli di prelazione se non concordati con il debitore, può essere richiesto dall'imprenditore anche prima del deposito dell'accordo nel registro delle imprese, quando cioè le trattative con il ceto creditorio siano ancora in corso e non si sia ancora formalizzato il negozio²¹¹.

Si tratta di una disposizione finalizzata in sostanza a rendere più serene le trattative in corso tra imprenditore e i suoi creditori, introducendo tuttavia un complesso procedimento innanzi al tribunale, che si snoda attraverso il deposito di un ricorso finalizzato ad ottenere il provvedimento di sospensione, al quale deve essere allegata non solo la documentazione di cui all'art. 161, commi 1 e 2, l. fall., ma altresì: a) una dichiarazione dell'imprenditore – a modo di autocertificazione – dalla quale risulti che sono in corso trattative con almeno il sessanta per cento del ceto creditorio; b) una dichiarazione di un professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lettera d) l. fall.,

²¹¹ S. GIOVANNINI, *Apertura di una procedura principale di insolvenza ed efficacia del divieto delle azioni esecutive individuali nello spazio giudiziario europeo: la Corte di giustizia esalta il ruolo della lex fori concursus (nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea Prima Sezione, 21 gennaio 2010, C-444/07)*, in *Int'l Lis*, 2010, 2, 74.

circa l'idoneità della proposta se accettata ad assicurare il regolare pagamento dei creditori che sono estranei alle trattative o che hanno negato la disponibilità a trattare²¹².

Una volta depositato in tribunale il ricorso per ottenere la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive, l'imprenditore dovrà iscrivere l'istanza nel registro delle imprese, adempimento questo che determina in maniera automatica – e senza dover attendere alcun pronunciamento giurisdizionale – l'attivazione dell'ombrello protettivo almeno fino alla successiva pronuncia del tribunale.

A questo punto il tribunale è chiamato ad un primo sommario vaglio di ammissibilità²¹³ dell'istanza cautelare, limitato alla “completezza della documentazione” depositata; solo se tale preventiva valutazione viene superata e, dunque, non si debba pronunciare un decreto di improcedibilità, il collegio fisserà un'apposita udienza, da celebrarsi entro 30 giorni, disponendo che il ricorso dell'imprenditore, unitamente alla documentazione allegata, siano comunicati, a cura del medesimo istante, all'intero ceto creditorio, comprendente sia i creditori con i quali sono in corso trattative sia quelli rimasti estranei a qualunque tentativo di accomodamento.

All'udienza il tribunale, sentito il ricorrente e gli eventuali creditori intervenuti, provvederà con decreto motivato e, se respinge il ricorso, pure nel silenzio della norma in commento, deve ritenersi che cessi, con efficacia *ex tunc*, la misura protettiva derivante dalla pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, previa iscrizione del relativo provvedimento di rigetto nello stesso registro.

Se il tribunale accoglie l'istanza, invece, disporrà – con una misura che ha valenza *lato sensu* cautelare – il divieto di azioni cautelari ed esecutive sul patrimonio nel debitore, nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, assegnando un termine non superiore a 60 giorni per il deposito dell'accordo sottoscritto dai creditori e della relazione sottoscritta dal testatore²¹⁴.

Naturalmente, se il debitore riuscirà a depositare l'accordo concluso con la prescritta maggioranza dei creditori nel termine fissato dal tribunale, potrà ottenere, senza soluzione di continuità un ulteriore periodo di sospensione di ulteriori 60 giorni per tutte le azioni esecutive e cautelari in

²¹² L. BACCAGLINI, *Riconoscimento di un provvedimento straniero dichiarativo di uno stato di insolvenza ed efficacia del divieto di azioni esecutive singolari in Italia. La confermata ritrosia della giurisprudenza italiana (nota a Tribunale di Napoli, 10 gennaio 2008)*, in *Int'l Lis*, 2009, 1, 9.

²¹³ M. BRESCIA, *Entrate patrimoniali dello Stato e divieto di azioni esecutive (nota a sent. Cass., Sez. I, 24 agosto 1993 n. 8912, Min. fin. c. Fall. Valenti)*, in *Dir. Fall.*, 1995, II, 384.

²¹⁴ R. VIGO, *Divieto di azioni esecutive individuali - Rapporti giuridici preesistenti - Contratto a prestazioni corrispettive (Nota a T. Catania, 4 ottobre 1989, Barbagallo c. Fall. soc. Schilirò)*, in *Nuova Giur. Civ.*, 1990, I, 596.

attesa dell'omologa, previa necessaria iscrizione nel registro delle imprese dell'accordo da omologare.

In caso di mancato deposito dell'accordo nel registro delle imprese, cesserà automaticamente il divieto di azioni esecutive e cautelari, rimanendo comunque ferma la facoltà del debitore di avviare il procedimento per l'omologa dell'accordo, una volta raggiunte le prescritte maggioranze²¹⁵.

Il provvedimento sospensivo di natura cautelare del tribunale deve comunque essere iscritto nel registro delle imprese, considerato che da tale incombente decorre il termine di 15 giorni per l'eventuale reclamo innanzi alla corte d'appello.

Va decisamente escluso, poi, che il termine di 60 giorni per il deposito degli accordi concesso dal tribunale possa essere prorogato²¹⁶, stante la chiara previsione della norma; del resto, in giurisprudenza si è sostenuto²¹⁷ che, in caso di mancato rispetto del termine per il deposito dell'accordo da omologare, si abbia un'inefficacia automatica *ex tunc* dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza con cui viene chiesto l'anticipato effetto protettivo, del divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati.

Resta da esaminare il profilo relativo alla portata dell'ombrello protettivo discendente dall'iscrizione nel registro delle imprese del ricorso del debitore ovvero dell'accordo già formalizzato.

La norma fa riferimento, oltre all'acquisizione di titoli di prelazione, se non concordati con il debitore, alle azioni cautelari ed esecutive, che dunque devono ritenersi improponibili e comunque inefficaci, ove proposte durante il periodo di moratoria, oppure temporaneamente sospese – quindi già in corso – per un periodo non superiore a 60 giorni. In forza dell'esplicito richiamo contenuto nell'art. 182 *bis*, comma 3, all'art. 168 comma 2 l. fall., una volta attivato il blocco temporaneo, le prescrizioni rimangono sospese e non si verificano le decadenze previste.

Assai dibattuta, poi, rimane la questione concernente la riconducibilità o meno nella moratoria in discussione delle istanze di fallimento.

²¹⁵ G. LO CASCIO, *Amministrazione straordinaria e divieto delle azioni esecutive individuali: interpretazioni anomale della l. n. 544 del 1981* (Nota a P. Roma, 9 gennaio 1989, Soc. Genghini c. Bozza), in *Giust. Civ.*, 1989, I, 730.

²¹⁶ B. QUATRARO, *Appunti sugli art. 51 e 52 l.fall. - Il divieto di azioni esecutive e cautelari ed il diritto di ritenzione nel fallimento*, in *Riv. Dott. Commercialisti*, 1993, 793; A. SCOPONI, *Divieto di azioni esecutive individuali nel fallimento e nelle procedure concorsuali c.d. minori* (Nota a T. Sulmona, 7 giugno 1990, Europa Park Hotel c. Banca naz. lav.), in *Giur. Merito*, 1992, 364, nonché in *Prev. Soc. Artigianato*, 1990, fasc. 3, 52.

²¹⁷ V. NAPOLEONI, *Il limite temporale finale del divieto di azioni esecutive nei confronti del debitore concordatario* (Nota a T. Crema, 18 marzo 1989, Mediocredito Lombardo c. Soc. Canavese), in *Fallimento*, 1989, 1150.

In dottrina si registrano le posizioni contrapposte di chi ritiene che la procedura fallimentare sia estranea al blocco *ex art. 182 bis l. fall.* e chi, invece, reputa che essendo la sospensiva estesa a tutti i provvedimenti di natura esecutiva, anche la sentenza di fallimento, che determina lo spopolamento del fallito di tutti i suoi beni, debba essere assoggettata al divieto in esame.

L'orientamento della giurisprudenza edita, invece, sembra decisamente teso ad escludere qualsiasi sospensione del procedimento prefallimentare, restando fermo il potere del tribunale fallimentare di dichiarare il fallimento del debitore in pendenza di ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione.

Piuttosto, si registra la tendenza dei tribunali²¹⁸, in pendenza dell'istanza di fallimento e del ricorso per l'omologa dell'accordo, alla riunione dei procedimenti, al fine di procedere poi in prima battuta, stante l'evidente pregiudizialità logica, ad un esame del ricorso per omologa – che se accolto potrebbe di fatto rimuovere l'insolvenza del debitore – e solo subordinatamente alla pronuncia di rigetto o di inammissibilità della domanda di omologa, al vaglio dell'istanza di fallimento nei confronti dell'imprenditore.

4. LE OPPOSIZIONI: IL PROCEDIMENTO, LA DECISIONE, IL RECLAMO E L'ESECUZIONE

La data dell'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese da parte dell'imprenditore in crisi assume particolare importanza in seno al procedimento di omologa dell'accordo, in quanto essa costituisce il *dies a quo* per calcolare il termine di giorni entro cui i creditori e qualunque altro interessato possono fare opposizione²¹⁹ innanzi al tribunale.

Nulla dice la norma in commento sulle modalità attraverso cui l'opposizione degli interessati deve essere formulata e, soprattutto, sul procedimento che si rende necessario adottare per assicurare il contraddittorio fra le parti.

Nel silenzio del legislatore, gli unici punti fermi che è possibile trarre dalla vigente disciplina sono la necessità del decorso del termine prescritto dalla legge dalla pubblicazione dell'accordo, prima

²¹⁸ P. GUIDA, *Il divieto di azioni esecutive individuali nella liquidazione coatta amministrativa (Nota a A. Napoli, 17 ottobre 1983, Lloyd Centauro assicuraz. c. Credito Fondiario)*, in *Dir. e Giur.*, 1984, 664.

²¹⁹ 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, 1, 1, 13; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento concorsuale*, cit. 348; 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, 1, 1, 8; G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento (nota a Tribunale Udine, sez. civ., 22 giugno 2007)*, in *Fallimento*, 2008, 6, 703.

che il tribunale possa comunque pronunciarsi sull'omologa e l'obbligatorietà del ricorso per l'omologa da parte dell'imprenditore anche in assenza di opposizioni, considerato che la protezione delle azioni revocatorie e l'esonero da responsabilità penale ex art. 217 *bis* l. fall., in caso di successivo fallimento, è assicurata soltanto per gli atti ed i pagamenti esecutivi di un accordo omologato e lo stesso vale per il rango prededucibile di taluni finanziamenti, secondo il disposto dell' art. 182 *quater* l. fall.

Resta fermo, poi, che non v'è luogo per una decadenza del proponente dalla proposizione del ricorso per omologa, atteso che il legislatore, a differenza che nel concordato fallimentare, non ha fissato un termine per il deposito in cancelleria dell'atto introduttivo del procedimento di omologa. E' chiaro comunque che, di norma, anche per assicurarsi il provvedimento del tribunale entro il termine di 60 giorni durante il quale è efficace l'ombrello protettivo dalle azioni esecutive e cautelari, il proponente avrà cura di depositare il ricorso tempestivamente; nell'eventuale rara ipotesi che le opposizioni dei creditori siano depositate prima ancora del ricorso per l'omologa, il tribunale sarà comunque sempre chiamato a pronunciarsi sulla domanda del ricorrente, a modo di domanda riconvenzionale rispetto alle opposizioni²²⁰.

Al contrario del ricorso per l'omologa, l'opposizione deve proporsi entro il termine perentorio di 30 giorni, decorrenti dall'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese, con l'indefettibile risultato che l'avvenuto tardivo deposito dell'atto processuale, ossia oltre il termine ridetto, determinerà l'inammissibilità dell'opposizione medesima per sopravvenuta decadenza della parte.

Non sembra, poi, che possano sorgere dubbi sull'applicabilità al termine in parola della sospensione feriale dei termini, ai sensi della l. 7 ottobre 1969 n. 742; e ciò considerato, per un verso, che la giurisprudenza di legittimità in tema di concordato preventivo appare già attestata in tale direzione e, per altro verso, che la l. fall. mostra di avere inteso tipizzare i casi in cui la detta sospensione non è operante.

La norma in commento consente l'opposizione a tutti i creditori e ad ogni altro interessato; già in passato la giurisprudenza, in tema di concordato preventivo, ha aderito ad una lettura estensiva dei soggetti legittimati, poiché con tale espressione la legge avrebbe inteso aprire le porte a tutte le

²²⁰ G. P. MACAGNO, *Sovraindebitamento. Accordo e controllo giudiziale. Approvazione ed omologazione*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1073.

opposizioni “per garantirsi l’afflusso della maggior copia di elementi su cui il tribunale possa con più tranquillità dare il suo giudizio”²²¹.

Devono quindi ritenersi legittimati all’opposizione sia i creditori estranei all’accordo – ancorché l’esistenza stessa del credito sia contestata dal proponente – sia i creditori che abbiano in precedenza manifestato adesione all’accordo, purché il consenso prestato, alla stregua delle allegazioni dell’opponente, si possa ritenere in qualche modo viziato, per esempio a causa della sopravvenuta scoperta di notizie o documenti non conosciuti che avrebbero determinato diversamente le scelte del creditore.

Tra gli altri interessati, ancora, debbono farsi rientrare tutti i soggetti che siano portatori di un interesse giuridicamente tutelato²²², teso ad ottenere il rigetto del ricorso per l’omologa dell’accordo, come nel caso dei soci illimitatamente responsabili della società istante, dei soci dissenzienti, dei creditori aderenti all’accordo, che ritengano pregiudicate le proprie ragioni per effetto della stipula dell’accordo.

Naturalmente – nonostante il silenzio della norma – deve ritenersi legittimato all’opposizione all’omologa anche il PM, portatore dell’interesse pubblico alla corretta regolazione dell’insolvenza delle imprese e, comunque, legittimato a partecipare al procedimento in forza della clausola generale prevista dall’art. 70 u.c. cod. proc. civ., a tenore del quale la parte pubblica può intervenire in ogni procedimento nel quale ravvisi l’esistenza di un interesse di natura pubblicistica, senza peraltro che al giudice sia consentito sindacato alcuno sulla esistenza in concreto dello stesso.

Discussa poi, è la facoltà di intervento *ex art.* 105 cod. proc. civ. nel procedimento da parte di terzi²²³ che abbiano un interesse differenziato rispetto ad una o più parti (intervento adesivo autonomo), o vogliano soltanto sostenere le ragioni di una delle parti (intervento adesivo dipendente). Se si aderisce all’orientamento ormai maggioritario in giurisprudenza, che ammette l’intervento nei procedimenti camerati, non sembra possa dubitarsi della facoltà del terzo di fare ingresso nel procedimento di omologa sia in posizione autonoma che dipendente rispetto a quella delle parti.

²²¹ L. BOGGIO, *Firma autentica, “pubblicazione” nel registro delle imprese e sindacato del giudice dell’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti (nota a Tribunale di Milano 25 marzo 2010; Tribunale di Roma 20 maggio 2010)*, in *Dir. Fall.*, 2011, 5, 2, 479.

²²² A. PALUCHOWSKI, *L’accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione (nota a Tribunale di Milano, Sez. II, decr., 25 marzo 2010)*, in *Fallimento*, 2011, 1, 98.

²²³ A. TRIBULATO, *Omologazione dell’accordo di ristrutturazione, transazione fiscale e rinuncia preventiva all’opposizione (nota a Tribunale di Lamezia Terme 23 giugno 2008)*, in *Dir. Fall.*, 2009, 2, 2, 224.

Si è evidenziato, tuttavia, che dovendo l'opposizione creditoria, come di qualunque altro interessato, essere formulata entro un termine perentorio, alla stessa non può sostituirsi un intervento che sia successivo alla scadenza del suddetto termine. Dunque, se il terzo ha un interesse proprio²²⁴, deve proporre opposizione, la quale, decorso il termine dei 30 giorni dall'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese, sarà però inammissibile.

Se invece il terzo non ha un interesse in contrasto con una delle parti, ma intende solo aderire alla posizione processuale già espressa dai soggetti in lite – si pensi ai creditori aderenti all'accordo che intendono sostenere il ricorso per l'omologa del debitore – l'intervento sarà ammissibile in ogni momento.

Stesso discorso va fatto, all'evidenza, anche per il PM, il quale, riscontrato l'interesse pubblico alla partecipazione al giudizio di omologa dopo il decorso del termine per l'opposizione, potrà intervenire nel procedimento attraverso un intervento adesivo dipendente, con conseguente limitazione dei poteri esercitabili sul piano delle domande a quelle introdotte dalle parti principali (ricorrente ed opposenti), quindi senza la facoltà di formulare autonoma opposizione²²⁵.

Con la riforma urgente del 2005, seguita dal decreto delegato del 2006 e dal correttivo del 2007, il legislatore ha mostrato la precisa volontà di superare il modello del giudizio di cognizione ordinaria, utilizzato dalla legge del 1942 per regolare sia i procedimenti di natura squisitamente contenziosa che quelli di giurisdizione volontaria, preferendo il ricorso al procedimento camerale quale "contenitore neutro" in cui possono trovare spazio sia l'uno che l'altro tipo di contenzioso.

A differenza di altri riti camerale, pure minuziosamente disciplinati nella l. fall. (si pensi soltanto al procedimento per le impugnazioni dello stato passivo, regolato dall'art. 99 l. fall.), l'estrema laconicità della norma in parola – sul punto non interessata da alcuna modifica nell'ambito del decreto correttivo del 2007 – autorizza l'interprete ad avanzare soluzioni in rito, anche assai distanti tra loro, in ordine alla disciplina processuale da applicare per il giudizio di omologa, unico dato indiscutibile restando, in forza dell'esplicito richiamo alla decisione "in camera di consiglio con decreto motivato" contenuto nel comma quarto dell'art. 182 *bis* l. fall., l'esclusione delle forme della cognizione ordinaria e la natura camerale del procedimento.

Se si aderisce all'orientamento che vede negli accordi di ristrutturazione una forma semplificata di concordato preventivo, potrebbe richiamarsi in via analogica la norma dell'art. 180 l. fall. e, dunque, approdare alla conclusione che, fissata dal Tribunale l'udienza di discussione sulla richiesta

²²⁴ Si pensi, ad esempio, al creditore che non abbia aderito all'accordo e si ritenga danneggiato dallo stesso.

²²⁵ F. S. FILOCAMO, *Sovraindebitamento. Avvio della procedura. Deposito ed effetti dell'accordo*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1047.

di omologa presentata dall'imprenditore, i creditori oppositori o qualunque altro interessato potrebbero costituirsi nei dieci giorni precedenti l'udienza stessa.

Più convincente si mostra la tesi a tenore della quale il tribunale, sulla domanda di omologazione dell'accordo presentata dal debitore, ovvero sul ricorso in opposizione depositato dal creditore, sia chiamato ad applicare le norme sui procedimenti camerati, di cui agli artt. 737 e seguenti del codice di rito, in forza della regola generale contenuta nell'art. 742 *bis* cod. proc. civ. che ad esse rinvia per tutti i procedimenti in camera di consiglio che non riguardino la famiglia o lo stato delle persone. Del resto, in tema di omologa dell'accordo proposto dal debitore non fallibile, la recente legge 27 gennaio 2012, n. 3, all'art. 12, comma 2, nel disciplinare il rito utilizzabile per la fase di omologa, espressamente prevede come applicabili le norme codicistiche sui procedimenti camerati.

Ne discende che il tribunale, una volta depositato dal debitore il ricorso per omologa dell'accordo, dovrà comunque attendere il decorso del termine di 30 giorni dall'iscrizione dell'accordo stesso nel registro delle imprese, onde assicurare l'instaurazione del contraddittorio tra le parti del giudizio, proponente e creditori oppositori, attraverso la fissazione di una udienza alla quale saranno chiamati a partecipare le dette parti, nell'ambito di un unico procedimento camerale nel quale saranno trattati congiuntamente sia il ricorso che le eventuali opposizioni²²⁶.

A differenza degli altri procedimenti camerati, pure disciplinati dalla l. fall., la norma in commento non pone preclusioni di sorta in capo alle parti per formulare eccezioni processuali o di merito non rilevabili d'ufficio, né per allegare prove o produrre documenti, dovendosi concludere che, secondo la regola generale dei procedimenti cautelari, ciascuna delle parti potrà integrare i propri atti difensivi, senza barriere temporali a pena di decadenza, fino all'udienza innanzi al collegio, momento in cui il tribunale, salva l'eventuale appendice istruttoria, sarà chiamato ad assumere la decisione del caso.

A questo punto occorre soffermarsi sul contenuto della valutazione che il tribunale è chiamato ad effettuare in sede di giudizio omologatorio²²⁷.

Certo vi è necessità dell'intervento del giudice perché l'accordo tra privati possa assumere l'efficacia prevista dalla legge, compresa quella riconducibile a terzi che sono rimasti estranei al patto tra il debitore e taluni suoi creditori e che potrebbero tuttavia subirne gli effetti negativi. Se allora si accede alla tesi che con l'omologa il giudice non è chiamato a decidere di diritti soggettivi

²²⁶ G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 9, 1121.

²²⁷ L. M. QUATTROCCHIO, *Redazione del piano e dell'attestazione nel concordato preventivo in continuità. Disclosure e attività di monitoraggio nella fase di esecuzione. Rassegna della best practice in materia*, in *Nuovo Dir. delle Società*, 2013, 10, 55.

violati o contestati, operando piuttosto nella sua peculiare funzione giurisdizionale dei controlli preventivi di legittimità, necessari appunto per attribuire all'atto tra privati effetti anche nei confronti dei terzi, può concludersi nel senso che quella qui in esame è una forma di giurisdizione non contenziosa²²⁸.

Ora, secondo un diffuso orientamento manifestato da una giurisprudenza di merito, il vaglio del tribunale in sede di omologa dell'accordo sarebbe differenziato, a seconda che vi siano o meno opposizioni dei creditori o di qualunque altro interessato.

Nel primo caso il controllo del collegio deve essere di mera legittimità e, quindi, riscontrata anzitutto la competenza dell'ufficio giudiziario, l'assoggettabilità del proponente alle procedure concorsuali (elemento soggettivo), lo stato di crisi o di insolvenza (elemento oggettivo), il raggiungimento delle prescritte maggioranze dei crediti d'impresa (sessanta per cento dei crediti complessivi), ogni valutazione in ordine alla fattibilità dell'accordo dovrebbe essere circoscritta su un piano ancorato esclusivamente, oltre che alla logicità intrinseca del piano, alla intrinseca coerenza e alla persuasività della relazione stessa²²⁹.

Soltanto nell'ipotesi in cui siano state proposte opposizioni da parte di creditori o altri interessati, il vaglio del giudice potrebbe estendersi agli aspetti specificatamente evidenziati nell'atto di opposizione, che possono inerire anche alla fattibilità del piano di ristrutturazione o di liquidazione sottostante all'accordo da omologare.

Nettamente prevalente in dottrina²³⁰, invece, l'orientamento che svincola il vaglio del tribunale dalla presenza o meno di opposizioni, predicando l'unicità del procedimento di omologa, che ha per oggetto sempre e comunque l'efficacia dell'accordo raggiunto tra il debitore e taluni suoi creditori, prescindendo dalla presenza di opposizioni che possono soltanto allargare il *thema decidendum*, attraverso l'allegazione di fatti e la formulazione di eccezioni, ma non sono comunque idonee a trasformare la natura del procedimento da "volontaria" in "contenziosa".

²²⁸ E. MACRÌ, *Esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato fallimentare e preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2012, 5, 1, 512.

²²⁹ B. ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Fallimento*, 2011, 8, 889.

²³⁰ F. FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Fallimento*, 2006, 9, 1050; G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 9, 1094; M. SPIOTTA, *Brevi osservazioni in tema di esecuzione del concordato preventivo (nota a Trib. Alessandria, 30 settembre 2004, Carlo s.p.a. in liquidazione c. RA.LI Shoes s.r.l., altri)*, in *Giur. It.*, 2005, 303.

Sulla problematica sopra accennata si riflette, poi, il noto contrasto dottrinario e giurisprudenziale²³¹ – che, per vero, ha avuto modo di svilupparsi soprattutto nell’ambito del concordato preventivo riformato, in ordine ai poteri di cognizione del tribunale sulla proposta e, in particolare, sulla “fattibilità” del piano sottostante alla stessa, contrapponendosi da un lato un orientamento contrario alla sindacabilità della proposta di concordato (ovvero dell’accordo di ristrutturazione) sotto il profilo della fattibilità del piano, tanto in sede di giudizio di ammissione alla procedura quanto nella successiva fase del giudizio di omologazione, salvo che, in quest’ultimo caso, un creditore a ciò legittimato abbia proposto opposizione proprio al fine di sollecitare un siffatto giudizio di merito.

Un siffatto orientamento²³² rinviene nell’adesione espressa dall’adunanza dei creditori il momento decisivo in cui si possa e debba giudicare del merito della proposta, anche sotto il profilo della fattibilità del piano, e limita perciò il compito del tribunale alla verifica della regolarità della procedura, al fatto che i creditori chiamati ad esprimere il loro consenso nell’adunanza siano stati compiutamente e correttamente informati ed all’assenza di eventuali ragioni d’illiceità o comunque di nullità della proposta, come tali non sanabili neppure mediante la prestazione del consenso dei creditori.

Altro orientamento²³³, assai diffuso tra i giudici di merito, per un verso ha espressamente inteso ridimensionare la valenza contrattuale dell’adesione dei creditori alla proposta concordataria, per altro verso ha sottolineato il ruolo di controllo anche sostanziale che sin dalla fase dell’ammissione residuerebbe in capo al tribunale, quanto ai requisiti di fattibilità del piano, che costituisce elemento costitutivo del diritto all’omologazione il cui difetto può essere quindi rilevato d’ufficio.

Tale posizione valorizza il ruolo del tribunale quale tutore degli interessi dei creditori dissenzienti o comunque non partecipanti al voto, evidenziando come la fattibilità del piano, a differenza della convenienza della proposta, non attiene al merito come tale riservato alla valutazione esclusiva del

²³¹ ; D. DI GRAVIO, *Il “porta a porta” dell’assemblea societaria dopo o durante l’esecuzione del concordato fallimentare (nota a Trib. Siena 16 gennaio 2000, Svetoni c. Soc. fattorie Tolomei della Barardenga)*, in *Dir. Fall.*, 2002, II, 291.

²³² M. FABIANI, *L’esecuzione del contratto preliminare nel concordato preventivo (nota a Cass., sez. I, 1 marzo 2002 n. 3022, Soc. Montana immob. in l.c.a. c. Lami e altro)*, in *Fallimento*, 2002, 738.

²³³ D. DI GRAVIO, *Lo stato dell’arte dell’esecuzione del concordato preventivo secondo il Tribunale di Roma (nota a Trib. Roma 9 aprile 1999, Federaz. it. cons. agr.; Trib. Roma 31 marzo 1998, Federaz. it. cons. agr.)*, in *Dir. Fall.*, 1999, II, 850; D. DI GRAVIO, *I privilegi speciali nell’esecuzione del concordato preventivo con cessione dei beni (nota a Trib. Roma 14 gennaio 1999, Federaz. it. cons. agr.; Trib. Roma 7 gennaio 1999 Federaz. it. cons. agr.)*, in *Dir. Fall.*, 1999, II, 861.

ceto creditorio, ma costituisce criterio di valutazione della stessa possibilità giuridica dell'adempimento in astratto e non mera prognosi su un eventuale inadempimento del proponente. Com'è noto, evidenziato il descritto contrasto giurisprudenziale, la prima sezione civile della Cassazione ha rimessa alle sezioni unite la questione al fine di dirimere il conflitto e si è in attesa della pronuncia del supremo consesso.

Il tribunale provvederà sulle opposizioni assumendo i mezzi istruttori richiesti dalle parti, ovvero disposti d'ufficio, avvalendosi, se del caso, anche di una consulenza d'ufficio, in base alla richiamata disciplina codicistica dei procedimenti in camera di consiglio che espressamente accorda al collegio il potere di assumere informazioni.

Terminata l'attività istruttoria il tribunale deciderà, entro il termine ordinatorio di 60 giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese – durante il quale si protrae l'ombrello protettivo contro eventuali azioni cautelari ed esecutive – con decreto motivato il cui contenuto potrà essere, alternativamente, di accoglimento e quindi di omologa dell'accordo, ovvero di rigetto della domanda.

Nel caso di omologa dell'accordo, evidentemente il tribunale ritiene che la composizione raggiunta con i creditori sia idonea a superare lo stato di crisi o di insolvenza, con il risultato che le eventuali istanze di fallimento pendenti saranno tutte respinte.

Inoltre, per effetto dell'omologa, con provvedimento definitivo, se comunque successivamente interviene il fallimento del proponente, si determinano una serie di effetti rilevanti²³⁴: I) i pagamenti eseguiti in esecuzione dell'accordo omologato sono sottratti alla revocatoria fallimentare; II) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche e intermediari finanziari per l'esecuzione dell'accordo (c.d. "nuova finanza"), nonché i crediti accordati in funzione della presentazione della domanda di omologa dell'accordo (c.d. "finanza interinale") sono annoverati tra i crediti prededucibili *ex art. 111 l. fall.*; III) i crediti per i compensi spettanti al professionista che ha redatto la relazione *ex art. 182 bis l. fall.* sono anch'essi prededucibili; IV) i pagamenti e le operazioni poste in essere in esecuzione dell'accordo omologato non sono punibili come bancarotta preferenziale (art. 216, comma 3, l. fall.), ovvero come bancarotta semplice (art. 217 l. fall.).

Naturalmente, se il tribunale respinge la domanda di omologa dell'accordo, resta ferma la possibilità per il proponente di avanzare una nuova domanda, magari emendata dei vizi riscontrati dal collegio²³⁵. Persistendo tuttavia uno stato di insolvenza dell'imprenditore che ha avanzato la domanda di omologa dell'accordo, esclusa evidentemente la possibilità di dichiarare d'ufficio il

²³⁴ E. NORELLI, *Appunti sulla esecuzione del concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 1999, I, 557.

²³⁵ L. PINTO, *Esecuzione del concordato preventivo per garanzia*, in *Fallimento*, 1999, 237.

fallimento, deve ritenersi che il tribunale possa pronunciarsi nel caso del medesimo procedimento sulle eventuali istanze di fallimento proposte dai creditori oppositori o dal pm, in applicazione della disciplina prevista dall'art. 180, comma 7, l. fall. in tema di omologa del concordato preventivo, a tenore della quale il giudice, accertati i presupposti dell'art. 1 e 5 l. fall., dichiara il fallimento del debitore con sentenza, emessa contestualmente al decreto di rigetto della domanda di omologa²³⁶.

Ancorché il quarto comma della disposizione in parola preveda che il tribunale “decise le opposizioni, procede all'omologazione”, mostrando di presupporre che l'intervento dell'organo giurisdizionale sia condizionato alla presenza di opposizioni, deve ritenersi che il collegio sia chiamato a pronunciarsi anche in mancanza di ricorsi oppositivi da parte dei creditori; del resto, la previsione di una domanda di omologa da parte dell'imprenditore, contenuto nel nuovo comma 1 dell'art. 182 *bis* l. fall., come novellato dal correttivo del 2007, sembra escludere ogni residuale dubbio²³⁷.

Quale che sia la decisione assunta dal tribunale, di accoglimento o di rigetto, la stessa dovrà essere pubblicata mediante iscrizione nel registro delle imprese. Ai sensi del novellato comma 5 dell'art. 182 *bis* l. fall. il decreto potrà poi essere reclamato dinnanzi alla corte d'appello, dovendo trovare ingresso la disciplina “in quanto applicabile” prevista dall'art. 183 l. fall. sulle impugnazioni dei decreti in materia di omologa del concordato preventivo²³⁸.

Il termine per impugnare il decreto emesso dal tribunale anche dopo il correttivo del 2007 è rimasto immutato; dunque il quinto comma dell'art. 182 *bis* l. fall., prevede che i soccombenti debbano reclamare il detto provvedimento entro il termine perentorio di 15 giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese.

Nell'ipotesi in cui, contestualmente al decreto di rigetto della domanda di omologa, il tribunale, su istanza dei creditori o del pm, abbia dichiarato il fallimento del proponente, il reclamo andrà proposto avverso la relativa sentenza, potendosi senz'altro applicare la disciplina prevista dal novellato art. 183, comma 2, l. fall. e quindi il termine per reclamare, secondo la regola generale

²³⁶ D. DI GRAVIO, *Concordato preventivo: vietata anche l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre?* (nota a sent. App. Firenze 9 aprile 1994, Soc. Montana immob. c. Ricci), in *Foro Padano*, 1997, I, 363.

²³⁷ F. DE POLI, *Sull'esecuzione del concordato fallimentare* (nota a sent. Cass., Sez. I, 24 giugno 1996 n. 5818, *Fonti c. Fall. Fonti*), in *Nuova Giur. Civ.*, 1997, I, 922.

²³⁸ M. NALDINI, *Esecuzione del concordato “con cessio bonorum” e vendita di immobili* (nota a sent. Cass., Sez. I, 18 luglio 1996 n. 6478, Soc. Mira c. Piol), in *Fallimento*, 1997, 384; G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Padova, 1996.

dell'art. 18 l. fall., sarà di 30 giorni decorrenti dalla pubblicità prescritta dall'art. 17 l. fall. e, quindi, per il fallito, dalla notificazione della sentenza e non dalla sua iscrizione nel registro delle imprese. Fin dalla sua entrata in vigore la descritta norma aveva dato adito a non pochi dubbi, considerato che il testo dell'art. 183 l. fall. era rimasto immutato sia rispetto alla riforma urgente del 2005 che a quella del 2006, sorgendo così controversia in dottrina in ordine alla procedura che doveva seguire la corte d'appello: decidere il reclamo con sentenza applicando il rito ordinario, ovvero provvedere con decreto motivato in camera di consiglio.

La novella del correttivo del 2007, che ha modificato l'art. 183 l. fall. prevedendo che il reclamo avverso il decreto del tribunale pronunciato in sede di giudizio di omologa del concordato preventivo sia deciso dalla corte d'appello in camera di consiglio²³⁹, ha reso la disciplina del gravame del tutto coerente anche per gli accordi di ristrutturazione dei debiti; deve allora ritenersi senz'altro che la corte adita, dopo la riforma di cui si discorre, sarà chiamata a pronunciarsi sul reclamo avverso le decisioni del tribunale in camera di consiglio e nella forma del decreto motivato. L'estrema stringatezza della suddetta disposizione, poi, autorizza a ritenere applicabili le norme sulle impugnazioni nei procedimenti camerali (art. 739 cod. proc. civ.), nonché i principi generali in tema di impugnazioni (artt. 323-338 cod. proc. civ.) e, in particolare, la regola per cui i soggetti legittimati al reclamo devono essere individuati tra le parti del procedimento in precedenza celebrato davanti al tribunale; dunque, essenzialmente, l'imprenditore proponente, i creditori oppositori e il pm che sia intervenuto.

Nessun riferimento è dato rinvenire nella norma in commento in ordine alla possibilità di ricorrere per cassazione avverso la decisione assunta dalla corte d'appello, come invece previsto espressamente dall'art. 131, ultimo comma, l. fall. nel procedimento di omologa del concordato fallimentare²⁴⁰.

Occorre allora prendere in esame quello che è l'oggetto del procedimento di omologa: se si ritiene che l'omologa, nell'ambito di un giudizio non contenzioso, costituisca provvedimento inidoneo al

²³⁹ P. GENOVIVA, *Reclamo ex art. 18 l.fall., interesse ad agire e delibazione della domanda di concordato preventivo (nota a Corte d'Appello di Napoli, Sez I Civile, 15 novembre 2012)*, in *Fallimento*, 2013, 5, 597; P. BRENCA, *Osservazioni a margine dei poteri del Tribunale in fase di omologa e del reclamo avverso il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo (nota a Tribunale di Nocera Inferiore, 19 luglio 2010, decreto; Corte d'Appello di Salerno, sezione civile, 26 ottobre 2010, decreto)*, in *Dir. Fall.*, 2011, 3-4, 2, 259.

²⁴⁰ M. DI DOMENICO, *La determinazione del fondo spese nel concordato preventivo e la costituzionalità del diniego del reclamo (nota a sent. App. Roma 10 marzo 1994, Soc. Poggio sul Lago c. Amiconi)*, in *Giur. Merito*, 1994, 418; D. DI GRAVIO, *Il termine per il reclamo avverso i decreti del giudice delegato nel concordato preventivo*, in *Temi Rom.*, 1984, 699.

giudicato formale e sostanziale, che si limita ad accertare l'intervenuto accordo tra l'imprenditore e taluni dei suoi creditori, finalizzato soltanto a liberare risorse per i soggetti estranei allo stesso, si potrebbe addivenire alla conclusione che la decisione della corte non sia soggetta a ricorso per cassazione, salva naturalmente la statuizione sulle spese, potendosi prospettare al più la revoca o la modifica del provvedimento, ai sensi dell'art. 742 cod. proc. civ., al pari degli altri provvedimenti di natura omologatoria.

Se, invece, si ritiene in maniera più convincente che la decisione della corte incida sullo stato di insolvenza, nonché sulla generica garanzia patrimoniale nei confronti dei creditori (attraverso l'esonero dalla revocatoria), deve concludersi che sia sempre ammissibile il ricorso per cassazione nel termine di 60 giorni dalla notificazione del provvedimento²⁴¹.

Va soggiunto che qualora si volesse accedere alla tesi²⁴² che l'opponente possa fare valere nel giudizio di omologa anche eventuali vizi concernenti la validità dell'accordo sottoscritto con il debitore proponente, dovrebbe conseguentemente riconoscere al medesimo la facoltà di ricorrere in cassazione avverso il provvedimento della corte che abbia statuito sugli eccepiti vizi negoziali.

Una volta omologato l'accordo di ristrutturazione, la norma in commento tace del tutto sulla disciplina applicabile nella fase della sua esecuzione e, in particolare, sia sulla possibilità di sottoporre a revisione gli accordi già omologati, sia sui rimedi esperibili in presenza dell'inadempimento del proponente ovvero di vizi del contratto omologato che siano stati successivamente scoperti.

In tema, pure ad aderire all'impostazione sub-concordataria degli accordi, appare assai arduo prospettare la possibilità della nomina di un commissario giudiziale perché sorvegli l'esecuzione dell'accordo, in difetto di qualsivoglia richiamo, anche implicito, agli organi ausiliari del tribunale previsti per il solo concordato preventivo.

Neppure appare persuasivo, poi, l'orientamento assunto da una giurisprudenza di merito²⁴³ incline ad affidare al pm, in precedenza istante per la dichiarazione di fallimento del debitore proponente, un ruolo anche nella fase esecutiva dell'accordo poi omologato.

²⁴¹ P. BRENCA, *Alcune osservazioni in tema di reclamo avverso il decreto di omologa del concordato preventivo (nota a Tribunale di Milano 14 luglio 2008)*, in *Dir. Fall.*, 2009, 1, 2, 107.

²⁴² F. FRATINI, *Concordato preventivo - Direttive impartite dal giudice delegato al liquidatore giudiziale - Legittimazione dal reclamo (nota a sent. Trib. Roma 13 febbraio 1997, Soc. S.G.R. c. Liquid. soc. coop. Federaz. it. consorzi agr.)*, in *Giur. Merito*, 1998, 248.

²⁴³ F. FRATINI, *Concordato preventivo - Direttive impartite*, cit., 248.

Come è stato osservato²⁴⁴, forse il tribunale non intendeva attribuire un compito di monitoraggio degli accordi alla Procura della Repubblica – ufficio che all’evidenza non è previsto da alcuna norma – bensì evidenziare il ruolo assai rilevante rivestito dall’ufficio inquirente, a seguito delle indagini preliminari avviate e ancora pendenti alla data di omologa degli accordi; rimane, tuttavia, la sensazione che il richiamo ad una non meglio precisata funzione del pm nell’ambito dell’esecuzione dell’accordo omologato possa risultare foriero di problemi ben maggiori di quelli che si intendono risolvere.

In realtà, si tratta di prendere atto che, a differenza della disciplina prevista in tema di concordato preventivo, l’ordinamento non appresta oggi in favore del ceto creditorio gli strumenti necessari per monitorare l’adempimento degli accordi omologati, restando affidato sostanzialmente all’iniziativa dei singoli creditori – e in primo luogo a quelli tra costoro che appaiono più attrezzati, *id est* gli intermediari di credito – il compito di verificare nel corso del tempo l’attuazione del piano, assumendo le iniziative necessarie a fronte dell’inadempimento del proponente.

Quanto ai rimedi esperibili a petto dell’inadempimento dell’imprenditore, ovvero in presenza di profili di invalidità del negozio che abbia ricevuto l’omologa del tribunale, non sembra prospettabile il richiamo in via analogica alle norme sulla risoluzione e sull’annullamento del concordato preventivo (art. 185 e 186 l. fall.), mostrandosi preferibile al riguardo la tesi c.d. autonomista che invoca il sicuro approdo costituito dalle regole generali in materia di risoluzioni (artt. 1453 ss. cod. civ.) e invalidità (art. 1418 ss. cod. civ.) negoziali.

Peraltro, nel perdurante silenzio della l. fall. sugli strumenti, anche in sede processuale, tesi ad assicurare il controllo dell’attuazione del piano²⁴⁵, occorre registrare l’ennesimo intervento del legislatore operato con decretazione d’urgenza, finalizzato a tutelare esclusivamente le ragioni di taluni creditori particolari, quali sono l’Erario e gli enti previdenziali.

E invero, proprio in tema di transazione fiscale²⁴⁶ conclusa nell’ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, l’art. 29 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, ha aggiunto un comma 7 all’art. 183 *ter* l. fall. che così dispone; “la transazione fiscale conclusa nell’ambito dell’accordo di ristrutturazione di cui all’art. 182 *bis* è

²⁴⁴ M. DI DOMENICO, *Il “criterio” di determinazione del fondo spese nel concordato preventivo e la costituzionalità del diniego del reclamo alla corte d’appello (nota a sent. App. Roma 10 marzo 1994, Soc. Poggio sul Lago c. Amiconi)*, in *Dir. Fall.*, 1994, II, 785.

²⁴⁵ S. BARIATTI, *Le garanzie finanziarie nell’insolvenza transnazionale*, cit., 841.

²⁴⁶ A. TRIBULATO, *Omologazione dell’accordo di ristrutturazione, transazione fiscale e rinuncia preventiva all’opposizione (nota a Tribunale di Lamezia Terme 23 giugno 2008)*, in *Dir. Fall.*, 2009, 2, 2, 224.

revocata di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro 90 giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali ed agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie”.

In questo modo, all’evidente scopo di assicurare tutela giuridica alle ragioni creditorie dell’Erario e degli enti previdenziali, si è introdotta nel sistema una ipotesi di revoca *ex lege* della transazione, la quale non può non avere effetti rilevanti anche sull’accordo di ristrutturazione in precedenza omologato.

E infatti, in primo luogo si pone il problema della perdurante efficacia e validità dell’accordo omologato e, in particolare, dell’idoneità o meno della revoca della transazione a travolgere anche l’intero negozio oggetto di omologa, soprattutto nell’ipotesi – di assai frequente verifica – in cui i creditori erariali abbiano concorso in maniera determinante al raggiungimento della soglia minima del sessanta per cento prevista dall’art. 182 *bis* l. fall.

Ancora, non pare dubitabile che, revocata di diritto la transazione fiscale, le agenzie fiscali e gli enti previdenziali, senza necessità di ottenere previamente una pronuncia da parte del tribunale – anche di solo accertamento dell’inadempimento dell’imprenditore, siano in condizione di pretendere l’immediato pagamento delle somme originariamente dovute, cessando tutti gli effetti discendenti dall’eventuale dilazione accordata ovvero dalla falcidia del capitale, che fossero state pattuite nell’ambito della transazione fiscale inserita nell’accordo di ristrutturazione omologato.

5. IL COMPLESSO RAPPORTO FRA L’ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO E LA REVOCATORIA FALLIMENTARE

La disciplina legislativa in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l. fall. e revocatoria fallimentare è caratterizzata, sul piano dell’inquadramento sistematico, dal peculiare effetto “protettivo”, a favore dei creditori, previsto dall’art. 67, comma 3, lett. e), l. fall., secondo cui gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un accordo omologato sono esenti da revocatoria²⁴⁷.

²⁴⁷ Cfr. in dottrina F. ATTANASIO, *Cessione d’azienda bancaria e legittimazione passiva in relazione a debiti da revocatoria fallimentare (nota a Corte d’Appello di Napoli 4 gennaio 2010; Corte d’Appello di Napoli 8 febbraio 2012)*, in *Dir. Fall.*, 2013, 1, 2, 81; F. CERRI, *Fondo patrimoniale e azione revocatoria fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2013, 2, 2, 213; G. MILANO, *La revocatoria fallimentare della scissione societaria (nota a Tribunale di Catania, 9 maggio 2012)*, in *Fallimento*, 2013, 8, 985.

A tal riguardo, appare opportuno evidenziare che il procedimento di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l. fall., sebbene sia sostanzialmente caratterizzato da un accordo privatistico tra imprenditore in stato di crisi e creditori rappresentanti almeno il 60 per cento dei crediti, finalizzato alla soluzione negoziale della crisi d'impresa, in alternativa al fallimento, condivide, tuttavia, la natura pubblicistica dei procedimenti concorsuali disciplinati dalla l. fall. non solo perché la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese comporta, per tutti i creditori, sia aderenti sia estranei all'accordo, la provvisoria sospensione delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 3, l. fall., ma anche perché l'accordo è sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma 4, l. fall. e, a seguito della omologazione da parte del Tribunale, produce effetti cosiddetti "protettivi" che un accordo esclusivamente privatistico non potrebbe produrre, tra cui, per quanto qui rileva, quello della esenzione da revocatoria fallimentare degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione degli accordi stessi, ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. al pari di quanto è previsto per il concordato preventivo.

Invero, il legislatore, con D.L. n. 35/2005 (c.d. "decreto competitività") convertito in L. n. 80/2005, a cui hanno fatto seguito il D. Lgs. n. 5/2006 di riforma della l. fall., il D. Lgs. n. 169/2007 (c.d. "decreto correttivo") e da ultimo il D.L. n. 78/2010 convertito in L. n. 122/2010, nel recepire le istanze della dottrina e l'orientamento della giurisprudenza, che da oltre un ventennio auspicavano un intervento normativo che favorisse la soluzione negoziale della crisi d'impresa per prevenire la insolvenza ed evitare il fallimento, ha introdotto, ex novo, l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti e, al fine di agevolarne la praticabilità, ha creato un "ombrello protettivo" sia a favore del patrimonio del debitore-imprenditore in stato di crisi, impedendo ai creditori, aderenti e non, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari, dalla data di pubblicazione dell'accordo e per 60 giorni, ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 3, l. fall.; sia a favore dei creditori, prevedendo, nel caso di insuccesso dell'accordo e successivo fallimento, la esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato, ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall..

La esenzione ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall., si colloca nell'ambito dell'ampia gamma di esenzioni al regime della revocabilità, introdotte dalla riforma fallimentare²⁴⁸.

²⁴⁸ D. DE GIORGI, *Assoggettabilità dell'ipoteca fiscale alla revocatoria fallimentare: la Cassazione sceglie una via "alternativa"* (nota a Cassazione Civile, sez. I, 5 marzo 2012, n. 3397), in *Corriere Giur.*, 2013, 2, 251; S. LOCORATOLO, *La revocatoria del factoring tra disciplina speciale e legge fallimentare* (nota a Tribunale di Milano, 11 settembre 2012), in *Fallimento*, 2013, 6, 742.

Infatti, il legislatore con il citato d.l. n. 35/2005, convertito in l. n. 80/2005, apportando una delle più significative innovazioni alla disciplina della revocatoria fallimentare, ha inserito nel corpo dell'art. 67 l. fall. l'attuale comma 3 che prevede sette categorie di esenzioni, riconducibili, essenzialmente, a tre gruppi, caratterizzati, rispettivamente, dalla finalità di favorire la prosecuzione della ordinaria attività d'impresa, seppure in una situazione di insolvenza (esenzioni ex art. 67, comma 3, lett. a, b, f, l. fall.); dall'obiettivo di agevolare la soluzione negoziale della crisi (esenzioni ex art. 67, comma 3, lett. d, e, g, l. fall.); dalla esigenza di proteggere le vendite di immobili a scopo abitativo (esenzione ex art. 67, comma 3, lett. c, l. fall.).

Sulla portata normativa delle esenzioni da revocatoria ex art. 67, comma 3, l. fall., tra le quali è compresa quella in esame, si è espressa, recentemente, la giurisprudenza di merito, affermando, in motivazione, che “con la riforma del 2005 l'applicabilità della revocatoria fallimentare è stata ridimensionata non solo attraverso la dimidiazione del periodo sospetto legale – da due anni a un anno per la ipotesi di cui all'art. 67, comma 1, l. fall., e da un anno a sei mesi per la ipotesi di cui al comma 2 -, ma anche e soprattutto con la previsione di una serie di esenzioni che manifestano chiaramente un diverso atteggiamento di fronte alla crisi d'impresa, dal momento che appaiono dirette a favorire la conservazione dell'attività produttiva, o a incentivare la regolazione della crisi mediante accordo con i creditori: in altre parole, a favorire o quantomeno a non ostacolare l'accesso dell'imprenditore a modelli di soluzione della crisi alternativi al fallimento, onde non precludere a priori un superamento della situazione critica, con conseguente conservazione dei complessi aziendali in difficoltà”²⁴⁹.

Con particolare riferimento alla esenzione ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall., relativa agli atti, ai pagamenti e alle garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182 bis l. fall., la ratio ispiratrice, al pari di quella posta a fondamento della esenzione di cui alla precedente lettera d), è identificabile nella esigenza di agevolare le soluzioni privatistiche della crisi d'impresa, attraverso la rimozione delle remore costituite dal timore della revocatoria e, quindi, il conferimento di stabilità agli effetti degli atti giuridici posti in essere in esecuzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Secondo il condivisibile orientamento della giurisprudenza di merito e della dottrina, le esenzioni da revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 3, l. fall., ivi compresa, quindi, quella in esame, operano sul piano oggettivo, nel senso che trovano applicazione a prescindere dalla condizione soggettiva, ovvero dalla *scientia decoctionis*, del beneficiario dell'atto.

²⁴⁹ Trib. Palermo, 27 marzo 2009, in *Dir. banc.*, 2009, I, 455.

D'altra parte, diversamente opinando verrebbe evidentemente vanificata la ratio della disciplina delle esenzioni da revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 3, l. fall.

La collocazione nell'art. 67 l. fall. e la natura eccezionale della esenzione in esame inducono a ritenere, conformemente all'orientamento di una parte della dottrina, che gli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato siano sottratti soltanto all'azione revocatoria fallimentare e non anche all'azione revocatoria ordinaria ex art. 66 l. fall.

In senso contrario si è espressa altra parte della dottrina, secondo cui gli atti esecutivi dell'accordo omologato sarebbero esentati non solo dalla revocatoria fallimentare, ma da ogni tipo di azione revocatoria esperibile da parte degli organi della procedura, ivi compresa quella ordinaria ex art. 66 l. fall.

Tale interpretazione, secondo la citata dottrina, appare più coerente con la ratio sottesa agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l. fall., vale a dire con il favor del legislatore per gli strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa²⁵⁰.

Il presupposto oggettivo della esenzione da revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. è costituito dalla omologazione dell'accordo da parte del Tribunale.

Infatti, come risulta dal dato testuale e sistematico ex artt. 182 *bis*, comma 4, l. fall. e 67, comma 3, lett. e), l. fall., la esenzione da revocatoria fallimentare è strettamente collegata al suggello dell'autorità giudiziaria: solo il decreto motivato reso dal Tribunale, in Camera di Consiglio, all'esito del necessario controllo, conferisce ad un mero accordo tra privati l'effetto protettivo, a favore dei creditori, previsto dall'art. 67, comma 3, lett. e), l. fall.²⁵¹

A tal riguardo va detto che, sebbene la formulazione della norma – la quale si limita a prevedere, al comma 4, che “Il Tribunale, decise le opposizioni, procede alla omologazione in camera di consiglio con decreto motivato” – non consenta di stabilire in che cosa consti il giudizio di omologazione, può ritenersi, conformemente al prevalente orientamento della giurisprudenza di merito e della dottrina, che il controllo del Tribunale, in sede di omologazione, non consista in una mera presa d'atto del deposito dell'accordo, ma in una verifica di legalità sostanziale attinente alla regolarità e legittimità del procedimento ex art. 182 *bis* l. fall.; alla valutazione sulla completezza, analiticità, coerenza e ragionevolezza della relazione dell'esperto sull'attuabilità dell'accordo e

²⁵⁰ A. BUSANI, *Imposta proporzionale di registro per la sentenza di accoglimento della revocatoria fallimentare* (nota a Cass., 12 ottobre 2012, n. 17584), in *Corriere Trib.*, 2012, 12, 3555.

²⁵¹ P. BONTEMPI, *La provvisoria esecutività delle sentenze che accolgono l'azione revocatoria fallimentare di rimesse bancarie in conto corrente* (nota a Cass.civ., 29 luglio 2011, n. 16737), in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, 1, 1, 58.

sulla idoneità a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei²⁵² e, nel caso in cui vi siano opposizioni, “in un’approfondita indagine” degli elementi posti a base dei motivi di opposizione, che potranno riguardare anche gli aspetti sostanziali attinenti alla fattibilità dell’accordo.

L’esito positivo del suddetto controllo consentirà, quindi, al Tribunale di emettere, ai sensi dell’art. 182-*bis*, comma, 1. fall., decreto motivato di omologazione, che, in caso di eventuale successivo fallimento dell’imprenditore, rappresenta il presupposto della esenzione da revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 3, lett. e), 1. fall.

Ai fini dell’applicazione della esenzione in esame è necessario, altresì, che sussista il rapporto funzionale, di collegamento genetico, tra l’accordo omologato e l’atto esente da revocatoria, atteso che l’art. 67, comma 3, lett. e), 1. fall. prevede espressamente la esenzione da revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione dell’accordo omologato.

Pertanto, sul piano pratico, uno dei primi accertamenti demandati al Giudice consiste nello stabilire se l’atto impugnato sia o non qualificabile come esecutivo dell’accordo omologato.

Tale accertamento non comporta particolari problemi qualora l’atto impugnato sia espressamente indicato nell’accordo omologato, o nel piano posto a base dell’accordo, o nella relazione del professionista attestatore, atteso che, in tal caso, il Giudice dovrà soltanto accertare se, in concreto, l’atto posto in essere corrisponda, sotto il profilo sostanziale, a quello risultante dai detti documenti. Invece, la valutazione può risultare complessa qualora l’atto impugnato non sia espressamente elencato nell’accordo, o nel piano attuativo, o nella relazione del professionista attestatore.

In tale ipotesi, secondo il condivisibile orientamento della dottrina, affinché l’atto possa considerarsi esecutivo dell’accordo è necessario che il nesso di causalità tra accordo e atto risulti quantomeno dal contesto del piano o dalla relazione del professionista attestatore.

Per quanto riguarda gli atti esentati da revocatoria è ragionevole ritenere, in mancanza di una specifica indicazione legislativa, che l’esonero da revocatoria si estenda sia agli atti cosiddetti “normali” di cui all’art. 67, comma 2, 1. fall., sia a quelli cosiddetti “anormali” di cui all’art. 67, comma 1, 1. fall.

Inoltre, con specifico riguardo alle garanzie, stante la genericità del riferimento ex art. 67, comma 3, lett. e), 1. fall., possono ritenersi esentate da revocatoria fallimentare sia le garanzie per debiti propri, sia quelle per debiti altrui, sia le garanzie reali, sia quelle personali, poste in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato.

²⁵² App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 297.

Dal punto di vista della identificazione degli atti esecutivi dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, suscettibili di essere sottratti all'azione revocatoria fallimentare, si può affermare che vi rientrano gli atti dispositivi del patrimonio o di parte del patrimonio dell'imprenditore – debitore posti in essere al fine di reperire mezzi finanziari per pagare i creditori, quali, a titolo esemplificativo, la vendita a terzi di immobili, o dell'azienda o di rami dell'azienda o di partecipazioni societarie; i pagamenti con mezzi normali e anche gli atti estintivi di debiti non effettuati con denaro o con altri mezzi normali di pagamento: si pensi alle diverse forme di *datio in solutum*, le quali possono avere a oggetto beni mobili o immobili, crediti presenti o futuri del debitore, effettuate in luogo dell'adempimento; gli atti costitutivi di garanzie a favore di creditori o di terzi, posti in essere per l'ottenimento di finanziamenti o, comunque, di agevolazione creditizie.

Va detto che il principio della esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. si riferisce ai soli atti del debitore e non anche agli atti posti in essere dai creditori aderenti all'accordo, sebbene tali atti siano funzionali al raggiungimento o all'esecuzione dell'accordo medesimo. Si pensi, ad esempio, agli atti di rinuncia totale o parziale dei crediti o degli interessi sui crediti, alle dilazioni di pagamento, alle emissioni di titoli di debito con valenza novativa in forza della quale il creditore diventa obbligazionista, alla conversione dei crediti in quote di capitale della società²⁵³.

In altri termini, com'è stato osservato dalla citata dottrina, la esenzione da revocatoria è “chiusa” nella individuazione del soggetto attivo dell'atto protetto, che è soltanto il debitore che abbia presentato un accordo di ristrutturazione omologato.

Tale interpretazione appare, del resto, coerente con la collocazione della esenzione in esame nell'art. 67 l. fall., il quale disciplina la revocatoria degli atti, pregiudizievoli ai creditori, compiuti dal debitore fallito.

Sul piano processuale, l'onere della prova della revocabilità dell'atto incombe al curatore che esercita l'azione ex art. 67 l. fall.; mentre, il convenuto in revocatoria, che eccepisce la operatività della esenzione, ha l'onere di fornire la prova della sussistenza del presupposto e delle condizioni della esenzione ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall.

²⁵³ E. PICOZZI, *Considerazioni sulla natura e sugli effetti della sentenza di revocatoria fallimentare (nota a Tribunale Latina, 24 maggio 2012)*, in *Dir. Fall.*, 2013, 4, 2, 315; G. ALESSI, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti: rivalutazione monetaria, decorrenza degli interessi, provvisoria esecutività e regime fiscale della sentenza di revoca*, in *Dir. Fall.*, 2012, 3-4, 1, 260; ALFONSO CERRATO, *I rapporti tra l'ipoteca esattoriale e l'azione revocatoria fallimentare (nota a Cass. civ. 5 marzo 2012, n. 3398)*, in *Dir. Fall.*, 2012, 6, 611.

Con riguardo alla decorrenza del periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria, secondo l'orientamento della dottrina²⁵⁴ non trovano applicazione, in caso di successione di fallimento agli accordi di ristrutturazione, i principi giurisprudenziali in tema di consecuzione delle procedure concorsuali, con conseguente retrodatazione della decorrenza del periodo sospetto alla prima procedura; e ciò non tanto per la diversità dei presupposti delle due procedure (stato di insolvenza per il fallimento e stato di crisi per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l. fall.), quanto piuttosto per la natura contrattuale dell'istituto degli accordi ex art. 182 *bis* l. fall., in virtù della quale l'istituto in esame non si caratterizza come una tipica procedura concorsuale, bensì come iter procedimentale diretto alla sistemazione negoziale della crisi d'impresa.

Il riferimento della norma in esame "all'accordo omologato" pone la questione se la esenzione debba riferirsi soltanto agli atti, ai pagamenti e alle garanzie successivi alla omologazione, oppure possa comprendere anche quelli anteriori, purché effettuati dopo la pubblicazione dell'accordo.

Appare condivisibile l'orientamento della dottrina prevalente²⁵⁵ che privilegia la seconda soluzione, vale a dire la estensione dell'ombrello protettivo ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. anche agli atti posti in essere in data successiva alla pubblicazione dell'accordo, e quindi prima del conseguimento della omologazione, atteso che la efficacia della omologa opera retroattivamente dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, ai sensi e per gli effetti dell'art. 182 *bis*, comma 2, l. fall.

Una ulteriore questione riguarda l'ambito soggettivo dei beneficiari della esenzione in esame.

Si discute, infatti, in dottrina²⁵⁶, se il beneficio della esenzione da revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. riguardi soltanto i creditori aderenti all'accordo, oppure anche i creditori estranei, ovvero dissenzienti.

²⁵⁴ G. DELL'ATTI, *Par condicio creditorum e tutela del risparmio e del credito: le esenzioni di cui all'art. 67, comma 4, legge fallim. nel sistema della revocatoria fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2012, 5, 1, 488; M. DENARO, *Ipoteca esattoriale e revocatoria fallimentare*, in *Fisco*, 2012, 15, 2352; F. GALLIO F. TERRIN, *Esclusa la revocatoria fallimentare sulla ipoteca esattoriale: ma i problemi sono tutti risolti? (nota a Cass., Sez. I civ., 1 marzo 2012, n. 3232)*, in *Corriere Trib.*, 2012, 23, 1791.

²⁵⁵ G. PETTI, *Preliminare ad effetti anticipati e revocatoria fallimentare (nota a Cassazione civile, Sez. I, 9 giugno 2011, n. 12634)*, in *Contratti*, 2012, 1, 15; P. PICIOCCHI, *Le diverse ragioni che portano a non escludere l'ipoteca fiscale dalla revocatoria fallimentare (nota a Cassazione, Sez. I civ., Sent. 18 maggio 2012, n. 7911; Tribunale di Milano, Sez. II, Decr. 20 luglio 2011, n. 9892)*, in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2012, 10, 770.

²⁵⁶ M. PILLONI, *Revocatoria fallimentare e provvisoria esecutività dei capi condannatori (nota a Cassazione civile, sez. I, 29 luglio 2011, n. 16737; Corte d'appello di Salerno 20 giugno 2011; Tribunale di Napoli 4 maggio 2011; Tribunale di Cuneo 21 dicembre 2010)*, in *Corriere Giur.*, 2012, 1, 71; G. TARZIA, *La revocatoria fallimentare*

Una parte della dottrina²⁵⁷ ritiene che il beneficio della esenzione da revocatoria fallimentare degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti si applichi anche ai creditori estranei, sul presupposto che il pagamento integrale in loro favore sarebbe funzionale all'attuazione dell'accordo, al pari della soddisfazione, nella misura concordata, dei creditori aderenti. In altri termini, anche il pagamento integrale dei creditori non aderenti integrerebbe un atto esecutivo dell'accordo.

Altra parte della dottrina²⁵⁸, invece, ritiene che il beneficio della esenzione ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. vada garantito soltanto ai creditori aderenti e non anche a quelli dissenzienti, atteso che i pagamenti effettuati in favore di questi ultimi "non sono riconducibili alla matrice negoziale della esecuzione dell'accordo stesso, ai contenuti del quale costoro sono e restano, appunto, del tutto estranei". Tale ultimo orientamento appare condivisibile, considerato che soltanto i creditori aderenti all'accordo hanno accettato la riduzione del credito; mentre, per i creditori non aderenti che vengono pagati regolarmente, vale a dire per intero e alla scadenza, dovrebbe sussistere, in contropartita, il rischio revocatorio.

Sulle suddette questioni attinenti alla disciplina della esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione di accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *bis* l. fall., non resta, quindi, che attendere le pronunce della giurisprudenza, la quale, allo stato, non si è ancora espressa.

Il sistema delle norme finalizzate ad agevolare la soluzione negoziale della crisi d'impresa, come è noto, è stato recentemente potenziato, sotto il profilo della tutela dei creditori, con la introduzione, della prededucibilità ex art. 182 *quater* l. fall., rubricato "disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti"²⁵⁹.

nell'alternativa fra liquidazione e conservazione dell'impresa in crisi, in *Dir. Fall.*, 2012, 2, 1, 242; G. U. TEDESCHI, *L'esecuzione delle sentenze di accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare (nota a Cassazione Civile, sez. I 29 luglio 2011, n. 16737)*, in *Dir. Fall.*, 2012, 2, 2, 133.

²⁵⁷ G. ALESSI, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti ai creditori con garanzie reali secondo la cassazione e violazione dell'art. 2741 c.c.*, in *Dir. Fall.*, 2011, 2, 1, 113.

²⁵⁸ A. ARCHINÀ, *L'azione revocatoria fallimentare tra lesione della par condicio creditorum, malafede del sub-acquirente e obbligo di reintegrazione (nota a Tribunale Piacenza, 9 settembre 2010)*, in *Giur. It.*, 2011, 8-9, 1826.

²⁵⁹ P. FILIPPI, *La revocatoria fallimentare nelle "vecchie" procedure di amministrazione straordinaria (nota a Cassazione civile, sez. VI, ord., 4 marzo 2011, n. 5330)*, in *Fallimento*, 2011, 10, 1185; M. GABOARDI, *La provvisoria esecutorietà dei (soli) capi condannatori della sentenza revocatoria fallimentare (nota a Cassazione Civile, Sez. I, 29 luglio 2011, n. 16737)*, in *Fallimento*, 2011, 12, 1398.

Invero, sul piano sistematico, prededuzione ed esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. rappresentano due facce della stessa medaglia, nel senso che sono strumenti connessi, la cui compresenza appare necessaria al fine, voluto dal legislatore della riforma, di agevolare, attraverso la tutela dei creditori, la soluzione negoziale della crisi d'impresa.

In altri termini, come è stato evidenziato in dottrina²⁶⁰, “se manca l'una” (la prededuzione), “l'altra” (la esenzione da revocatoria) “risulta depotenziata”.

Per chiarire i termini del legame esistente tra prededuzione ed esenzione da revocatoria è opportuno premettere che, in linea generale, e a prescindere dalle dimensioni dell'impresa in crisi, secondo i dati di esperienza e la prassi, le basi dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sono:

- la sistemazione del debito pregresso;
- la cosiddetta “nuova finanza”, che comprende i finanziamenti erogati sia da banche, sia da intermediari finanziari, sia da soggetti non istituzionalmente preposti al credito, nonché le forniture di beni e le prestazioni di servizi funzionali all'esecuzione dell'accordo omologato e alla prosecuzione ovvero al rilancio dell'attività d'impresa. Si tratta, sostanzialmente, come osservato dalla dottrina, di erogazioni di denaro, forniture di beni, prestazioni di servizi, destinati a finanziare la esecuzione del piano, ovvero “finanziamenti alla ristrutturazione”;
- la cosiddetta “finanza ponte” o “interinale”, vale a dire non solo finanziamenti da parte di banche, intermediari finanziari e soggetti non istituzionalmente preposti al credito, ma anche forniture di beni e prestazioni di servizi, funzionali alla presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ovvero necessari a “traghetare” la impresa in crisi nella fase delle trattative e della predisposizione degli accordi di ristrutturazione sino al momento della presentazione della domanda e della successiva omologazione.

In relazione ai suddetti elementi fondamentali dell'accordo di ristrutturazione e, quindi, ai soggetti – creditori che intervengono a sostegno della impresa in crisi attraverso la “nuova finanza”, la “finanza ponte” o “interinale” e la sistemazione del debito pregresso, la esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. non è sufficiente, anzi, se non fosse associata alla prededuzione, potrebbe determinare effetti che vanno nella direzione opposta alla soluzione negoziale della crisi d'impresa.

²⁶⁰ M. MAIENZA, *Il tramonto della revocatoria fallimentare e le ripercussioni sulla scientia decoctionis* (nota a Corte d'appello Ancona 20 gennaio 2011; Tribunale Siracusa, sez. II, 19 novembre 2010; Tribunale Roma, sez. fall., 13 settembre 2010), in *Fallimento*, 2011, 8, 983; G. CAVALLI, *L'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti eseguiti nei termini d'uso* (nota a Tribunale Torino, sez. VI, 23 aprile 2009), in *Fallimento*, 2010, 3, 369.

Infatti, come già evidenziato, nel caso di fallimento successivo alla omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, i creditori, vale a dire le banche che hanno finanziato la impresa in crisi, o i fornitori che hanno continuato a fornire i beni, o coloro che hanno prestato servizi, nell'ottica di favorire la soluzione negoziale della crisi d'impresa, sono protetti dal beneficio della esenzione da revocatoria, ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall., in relazione ai pagamenti, anche parziali, e alle garanzie ricevuti prima della dichiarazione di fallimento, sempreché siano stati posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 4, l. fall.²⁶¹

Ma, come spesso accade in concreto l'impresa in crisi non è in grado di effettuare pagamenti, sia pure parziali, in tempi brevi, nei confronti di banche e/o fornitori che hanno favorito la soluzione negoziale della crisi d'impresa attraverso l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Tali creditori, quindi, in caso di fallimento successivo alla omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, resterebbero scoperti se non ci fosse un meccanismo di prededuzione.

E' evidente, perciò, che la esenzione da revocatoria, da sola, se non fosse associata alla prededuzione, potrebbe addirittura determinare effetti disincentivanti alla soluzione negoziale della crisi d'impresa in alternativa al fallimento.

E' quindi necessario che esenzione da revocatoria e prededuzione "coesistano", affinché i soggetti – creditori possano assistere la impresa in crisi senza remore non solo nella ipotesi in cui, per usare i termini bancari, l'imprenditore sia "rientrato" prima della dichiarazione di fallimento, ma anche nel caso in cui non sia stato in grado di rientrare e, quindi, il credito rinveniente dal finanziamento erogato, o dalla fornitura di beni, o dalla prestazione di servizi andrà soddisfatto nell'ambito della procedura fallimentare²⁶².

In altri termini, il riconoscimento, in sede fallimentare, della prededuzione dei crediti sorti in funzione e in esecuzione di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l. fall., unitamente alla esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall., mira ad assicurare ai finanziatori dell'impresa in crisi, ai fornitori di beni e ai prestatori di servizi strumentali alla gestione e alla

²⁶¹ P. F. CENSONI, *Prescrizione, decadenza e "consecuzione di procedure concorsuali" nella nuova azione revocatoria fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2010, 2, 1, 166; C. COSTA, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario: problemi attuali*, in *Dir. Fall.*, 2010, 1, 1, 60.

²⁶² M. MAIENZA, *Gli effetti restitutori della revocatoria fallimentare: problema risolto o questione ancora aperta?* (nota a Tribunale Napoli, sez. VII, 2 settembre 2009, data di decisione, ord.), in *Fallimento*, 2010, 10, 1203

soluzione negoziale della crisi di impresa maggiore effettività e stabilità in ordine alla restituzione dei finanziamenti erogati e al pagamento dei servizi prestati e dei beni forniti²⁶³.

Pertanto può ritenersi opportuna l'introduzione, ad opera dell'art. 48, comma 1, D.L. 78/2010, convertito con modificazioni in L. 122/2010, dell'art. 182 *quater* l. fall., il quale, per quanto qui rileva:

- al primo comma assegna il rango di debiti prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l. fall., vale a dire nella ipotesi di fallimento successivo all'accordo di ristrutturazione omologato, ai crediti derivanti da "nuova finanza", ovvero da finanziamenti effettuati da banche e intermediari finanziari, a favore dell'impresa, in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato;

- al secondo comma parifica ai crediti prededucibili di cui al primo comma quelli derivanti da "finanza ponte" o "interinale", vale a dire da finanziamenti effettuati da banche e intermediari finanziari in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. In tal caso è necessario, però, che la prededuzione sia espressamente disposta dal provvedimento con cui il Tribunale omologa l'accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 4, l. fall.;

- al terzo comma prevede che, in deroga a quanto stabilito dagli artt. 2467 e 2497 *quinquies* cod. civ., anche i finanziamenti dei soci nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti configurano crediti prededucibili nell'eventuale successivo fallimento, ma solo nella misura dell'80% del loro ammontare;

- al quarto comma riconosce la prededucibilità dei compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione accompagnatoria della domanda di ristrutturazione dei debiti. Anche in questo caso, analogamente a quanto previsto dal secondo comma, è necessario che la prededuzione sia espressamente disposta dal provvedimento con cui il Tribunale omologa l'accordo di ristrutturazione;

- al quinto comma stabilisce che, con riferimento ai creditori indicati ai commi secondo, terzo e quarto, tali soggetti vadano esclusi dal computo della percentuale dei crediti prevista dall'art. 182 *bis*, primo e sesto comma, l. fall.

La disciplina della prededuzione ex art. 182 *quater* l. fall., però, come osservato dalla dottrina più recente, non appare soddisfacente, stanti le limitazioni sotto l'aspetto sia "tipologico" degli

²⁶³ A. DI BIASE, *La rilevanza della "causa concreta" nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui* (nota a Cassazione civile, Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538), in *Contratti*, 2010, 11, 1000.

strumenti di soluzione della crisi d'impresa da cui può derivare la prededuzione, sia “soggettivo” dei creditori che possono beneficiare della prededuzione.

Infatti, con riguardo al primo aspetto, la prededuzione nell'eventuale fallimento è prevista solo per i crediti derivanti da finanziamenti erogati in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato e in funzione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti; sono, quindi, esclusi dalla prededuzione i piani di risanamento attestati di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., sebbene anche questi ultimi siano finalizzati alla soluzione della crisi d'impresa²⁶⁴.

Con riguardo al secondo aspetto²⁶⁵, la prededuzione è limitata ai crediti rinvenienti da finanziamenti erogati dal sistema creditizio, ovvero da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 del TUB, e da soci; sono, quindi, esclusi sia i crediti derivanti da finanziamenti erogati da soggetti non istituzionalmente preposti al credito, sia i crediti dei fornitori di beni, sia i crediti dei prestatori di servizi, sebbene, come già evidenziato, anche le forniture di beni e le prestazioni di servizi siano strumentali all'accesso alla procedura di ristrutturazione dei debiti e alla esecuzione dell'accordo omologato. Pertanto, le banche appaiono maggiormente protette, potendo beneficiare sia della esenzione da revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 3, lett. e), l. fall., sia della prededuzione ex art. 182 *quater* l. fall.; mentre i fornitori di beni e i prestatori di servizi funzionali alla esecuzione dell'accordo omologato, possono beneficiare soltanto della esenzione da revocatoria.

Appare, quindi, auspicabile un intervento legislativo che riequilibri le posizioni e gli interessi dei soggetti coinvolti nella soluzione negoziale della crisi d'impresa, affinché quest'ultima sia concretamente incentivata.

²⁶⁴ G. REBECCA M. MARCHETTI, *Rilevanza o meno dell'affidamento nella “nuova” revocatoria fallimentare delle rimesse*, in *Dir. Fall.*, 2010, 6, 1, 788.

²⁶⁵ G. TARZIA, *La “funzione redistributiva” ed il “danno” nella revocatoria fallimentare (nota a Cassazione civile, sez. I, 8 marzo 2010, n. 5505; Cassazione civile, sez. I, 26 febbraio 2010, n. 4785)*, in *Fallimento*, 2010, 8, 932.

V. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO E LE SOLUZIONI DELLA CRISI DI IMPRESA

SOMMARIO: 1. IL DECRETO LEGGE 22 DICEMBRE 2011, N. 212: LA COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO; 1.1 L'ACCORDO IN RIMEDIO DEL SOVRAINDEBITAMENTO RAGGIUNTO ATTRAVERSO LA PROCEDURA; 1.2 LA PREVISIONE DI UN'UNICA PROCEDURA PER INSOLVENZE CIVILI E COMMERCIALI E IL RUOLO DEL GIUDICE; 2. I NUOVI STRUMENTI PER LA SOLUZIONE CONCORDATA DELLE CRISI DI IMPRESA; 2.1 IL CONCORDATO "IN BIANCO" O "CON RISERVA"; 2.2 IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITA' AZIENDALE; 2.3 I LIMITI DEL CONTROLLO DEL TRIBUNALE SULLA FATTIBILITA' DEL PIANO; 3. IL RAPPORTO TRA LE PROCEDURE DI CONCORDATO PREVENTIVO ED IL FALLIMENTO; 4. LA TRANSAZIONE FISCALE EX ART. 182-TER L. FALL.

1. IL DECRETO LEGGE 22 DICEMBRE 2011, N. 212: LA COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento, il Governo, facendo ricorso allo strumento della legislazione d'urgenza, aveva disposto un articolato strumento ispirato alla proposta di legge AC n. 2364, già approvata dal Senato e, nel gennaio del 2012 in discussione alla Camera dei Deputati. Durante l'iter parlamentare, il decreto ha funzionato di impulso all'approvazione della proposta di legge nell'ultima versione: il capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3, rubricato "disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovra indebitamento" è, infatti, dedicato al "procedimento di composizione delle crisi da sovra indebitamento"²⁶⁶.

La prima norma dichiara le finalità: per porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento, è attribuita al debitore la facoltà di concludere un accordo con i creditori secondo una procedura di composizione della crisi disciplinata dal legislatore all'art. 6, co. 1 della legge citata.

La norma è scritta dietro la lodevole preoccupazione di fare chiarezza; tuttavia, mentre da un lato sottolinea una trasparente finalità dell'accordo tra debitore insolvente e suoi creditori (rimediare,

²⁶⁶ F. DAMI, *I profili fiscali della disciplina di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Rass. Tributaria*, 2013, 3, 615; A. GUIOTTO, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento (D.L. 22 dicembre 2011, n. 212). La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fallimento*, 2012, 1, 21; F. DI MARZIO, *Sulla composizione negoziata delle crisi da sovraindebitamento (Note a margine dell'AC n. 2364)*, in *Dir. Fall.*, 2010, 5, 1, 659.

per l'appunto, alle situazioni di sovraindebitamento), dall'altro suscita dubbi non marginali circa lo strumento adoperato, ricco di carattere innovativo nel panorama ordinamentale italiano.

Si tratta allora, brevemente, di analizzare le principali questioni di inquadramento generale connesse all'istituto, al fine di coglierne le diversità e le analogie rispetto ad un istituto di stampo più marcatamente commerciale, quale l'accordo di ristrutturazione.

L'espressione "disposizioni in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento" equivale all'altra, più semplice, di "disposizioni per la composizione delle situazioni di sovraindebitamento". Se infatti il riferimento alla "crisi" si limita agli aspetti economici escludendo quelli meramente emozionali, la conclusione è difficilmente contestabile. Sotto il profilo economico, i termini di "crisi" e di "sovraindebitamento" tendono ad occupare un'area comune, ricoperta nel mondo giuridico dal termine maggiormente preciso di "insolvenza". A tal proposito, può essere utile ricordare che nella letteratura germanica (alle prese con una l. fall. estesa al debitore civile) si ha cura di precisare che il termine "insolvenza" può assumere due significati: indicando l'incapacità di pagare se riferito alla persona del debitore; e il sovraindebitamento se riferito al patrimonio²⁶⁷.

Circa il soggetto, esso è identificato dalla legge con il termine "debitore"; si precisa: non fallibile (art. 7, comma 2). Oggetto di disciplina si mostrano essere pertanto tutte le situazioni di insolvenza sottratte alla disciplina concorsuale: in primo luogo, e indubbiamente, l'insolvenza del consumatore e più in generale del debitore civile; ma, e immediatamente dopo, l'insolvenza dell'imprenditore escluso dalle procedure concorsuali (del resto, l'art. 9, comma 2, prende testualmente in considerazione "il debitore che svolge attività d'impresa").

La legge si preoccupa dunque di un attore sociale già indagato dalla letteratura economica, sociologica e giuridica – il debitore civile "sovraindebitato" – e arricchisce l'insieme introducendovi accanto al consumatore determinate categorie di operatori economici, individuate con il riferimento al requisito negativo della sottrazione alle procedure concorsuali. In tal modo colma parte del rilevante vuoto esistente nel panorama interno delle discipline sulla crisi d'impresa, nel quale si rinvenivano procedure di insolvenza soltanto per una precisa categoria di operatori economici: gli imprenditori alla guida di imprese commerciali di dimensioni non piccole. Per la nostra procedura anche i consumatori, gli imprenditori commerciali di modeste dimensioni, gli

²⁶⁷ G. LO CASCIO, *L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento* (L. 27 gennaio 2012, n. 3), in *Fallimento*, 2013, 7, 813; R. TISCINI, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, 3, 649; A. GUIOTTO, *Sovraindebitamento. Gli organismi di composizione della crisi*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1101.

imprenditori non commerciali e gli operatori economici non imprenditoriali (come i professionisti) possono fruire insieme al consumatore di una procedura di insolvenza, nuova di zecca.

Il rimedio offerto è l'accordo tra il sovraindebitato e i suoi creditori; funzione di detto accordo è infatti la risoluzione del problema costituito dal sovraindebitamento.

Fin qui, la novità potrebbe apparire modesta, soprattutto riflettendo che contratti del genere sono ampiamente ammissibili e anche copiosamente praticati sin dal diritto classico. Nella disciplina generale dei contratti, mentre gli artt. 1321 e 1322 cod. civ. non pongono limiti all'esercizio dell'autonomia privata svolto nella preoccupazione di gestire situazioni di insolvenza, quest'ultima trova considerazione quale fattore di rischio debitamente considerato dalle norme dedicate, ma non determinante in nessun caso la invalidità del contratto.

1.1 L'ACCORDO IN RIMEDIO DEL SOVRAINDEBITAMENTO RAGGIUNTO ATTRAVERSO LA PROCEDURA

La nostra disciplina, però, si spinge ben oltre: offrendo un rimedio molto più complesso del semplice accordo, e di cui l'accordo (confermato in tal modo nella sua validità) è soltanto un componente²⁶⁸.

Questo rimedio è nella procedura di composizione della crisi, che è la procedura secondo la quale l'accordo deve essere concluso.

Cosicché l'accordo del sovraindebitato con i suoi creditori, ragionevolmente finalizzato al superamento della situazione da sovraindebitamento, conferma questa finalità dovendo essere condotto secondo una procedura stabilita, appunto, per la composizione della "crisi".

Ma quanto veramente conta non è la finalità, bensì lo strumento. L'accordo per superare il sovraindebitamento deve essere condotto secondo una precisa procedura legale.

Per apprezzare la portata della novità dobbiamo riflettere che la regola costitutiva del contratto si esaurisce, essenzialmente, nel consenso. Per aversi un contratto occorre – è necessario, ma anche sufficiente – raggiungere un accordo; ed è tale la forza concettuale del consenso da riassorbire in sé l'idea stessa del suo prodotto, e cioè il contratto²⁶⁹.

²⁶⁸ F. DAMI, *I profili fiscali*, cit., 617; F. PACILEO, *Ancora sullo "stato di insolvenza". Appunti sull'art. 5 legge fallim. e spunti sulla nozione di "sovraindebitamento" di cui alla l. n. 3/2012 (nota a Cassazione Civile, VI Sez. 17 febbraio 2012 n. 2351)*, in *Dir. Fall.*, 2013, 1, 2, 43; R. TISCINI, *I procedimenti*, cit., 651.

²⁶⁹ G. B. FERRI, *La nozione di contratto*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli, I contratti in generale*, Torino, 2008, I, 14, nota 56.

La legge può attardarsi sulle condizioni, sulle circostanze e sulle modalità del consenso; può disporre forme particolari, e attribuire significato a fatti altrimenti equivoci, tirando fuori il consenso anche da un silenzio sufficientemente eloquente. Ma, oltre a tutto questo, non si va. In particolare, la legge non si preoccupa di proceduralizzare la fase di formazione dell'accordo e tantomeno di assoggettare questo delicato momento a controllo giudiziario.

E invece, proprio così accade nel nostro caso: dove debitore con eccesso di debiti e creditori possono concludere contratti per superare il sovraindebitamento secondo una procedura di "raggiungimento" dell'accordo (cfr. la chiara rubrica dell'art. 11, dove il termine spurio di "raggiungimento" chiaramente allude alla procedimentalizzazione della "conclusione" dell'accordo); procedura affidata al controllo giudiziario e fondata anche sull'apporto di organismi di sostegno.

Al cosiddetto "organismo di composizione della crisi", è infatti attribuito il generale e pervasivo compito di "assumere ogni opportuna iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo e alla buona riuscita dello stesso, finalizzata al superamento della crisi da sovraindebitamento, e collabora con il debitore e con i creditori anche attraverso la modifica del piano oggetto della proposta di accordo" (art. 17, comma 1)²⁷⁰.

Ecco allora la grande novità foriera, inevitabilmente, del dubbio²⁷¹. Contempliamo regole su un esercizio dell'autonomia privata assistito da pubblici poteri: amministrativo e giudiziario.

Ciò in qualche misura avviene in determinate procedure concorsuali²⁷² ma non anche nei contratti sulla crisi di impresa, pur disciplinati in quanto tali e pur suscettibili di un qualche controllo giudiziario (come accade per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, assoggettati una volta raggiunti a omologazione del Tribunale).

E difficili da superare sono le perplessità innescate da un contratto che, con una terminologia ottocentesca, potrebbe appropriatamente definirsi come "giudiziale"²⁷³: in quanto concluso nel processo e davanti al giudice (come accade per la conciliazione giudiziale, nella quale l'esercizio dell'autonomia privata deve svolgersi secondo regole processuali e porta alla estinzione del

²⁷⁰ P. CELENTANO, *Sovraindebitamento. La caducazione degli effetti dell'accordo omologato*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1089.

²⁷¹ L. DEL FEDERICO, *Sovraindebitamento. Gli aspetti fiscali della procedura*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1122; P. FILIPPI, *Sovraindebitamento. Gli aspetti penali della procedura*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1114.

²⁷² F. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 350.

²⁷³ A. GUIOTTO, *Sovraindebitamento. Gli organismi*, cit., 1102; A. GUIOTTO, *Composizione delle crisi*, cit., 22.

processo; di modo che questa figura si declina concettualmente come procedimento)²⁷⁴. Infatti la inedita figura, pur espressamente qualificata come “contratto”, si trova calata in un procedimento in cui i creditori manifestano la propria volontà.

Sarà allora importante chiarirsi bene le idee sulla portata effettiva della novità, data da un istituto in bilico tra contratto e procedura di insolvenza: senza nasconderci che il permanere di zone oscure pregiudicherebbe sul nascere un’esperienza che potrebbe riservare interessanti sorprese, fornendo ragioni inattese alla riflessione sui concetti fondamentali richiamati dall’esercizio dell’autonomia privata ai fini del superamento dell’insolvenza (basti considerare, soltanto, il rilevante ruolo ricoperto dall’organismo di composizione della crisi, e la sua efficienza a stimolare una profonda rimediazione, con rilevanti effetti applicativi, su alcune attuali modalità dell’esercizio dell’autonomia negoziale).

1.2 LA PREVISIONE DI UN’UNICA PROCEDURA PER INSOLVENZE CIVILI E COMMERCIALI E IL RUOLO DEL GIUDICE

Una importante perplessità è suscitata dalla scelta di fornire eguale tutela rispetto all’insolvenza civile e rispetto all’insolvenza della piccola impresa.

Questa assimilazione, già insinuata nella prima versione dell’art. 182-*bis* l. fall. (dove si discorreva di “debitore” e non – come a seguito del decreto correttivo – di “imprenditore in crisi”) e sostenuta in via interpretativa in tema di esdebitazione (essendosi da alcuni proposto di interpretare analogicamente le regole sulla esdebitazione del fallito per farne applicazione anche al debitore civile) affonda le sue radici nella storia. E’ facile rammentare il dibattito che a fine Ottocento si accese sulla estensione della disciplina del fallimento al debitore civile²⁷⁵. La proposta si alimentava dalla fiducia sulla vocazione espansiva del diritto commerciale, secondo un moto d’opinione che premeva per la unificazione del diritto privato. E tuttavia, nonostante il generale clima culturale, quella proposta non convinse il legislatore, che pure realizzò per il resto l’epocale “commercializzazione del diritto privato” nel codice civile in vigore: il fallimento e le altre procedure concorsuali furono rielaborate e contenute in una legge speciale dedicata all’insolvenza dell’impresa (cfr. art. 1 l. fall. versione 1942).

²⁷⁴ P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2004, 1201.

²⁷⁵ E che culminò nel saggio di C. VIVANTE in cui si difende il fallimento civile, poi inserito in appendice nel *Trattato di diritto commerciale* (cfr., nella seconda edizione dell’opera, il vol. I, Torino, 1902, p. 341)

La riforma fallimentare ha confermato la differenza di trattamento legale tra insolvenza civile e insolvenza commerciale, ribadendo la tradizionale limitazione della disciplina concorsuale agli imprenditori²⁷⁶. Tuttavia, non ha riservato quella disciplina a tutti gli imprenditori, ma soltanto agli imprenditori di imprese contrassegnate da limiti dimensionali superiori a certe soglie minime (art. 1 l. fall. nel testo attuale). Inoltre, permane in vigore la tradizionale esenzione dal fallimento dei piccoli imprenditori stabilita nell'art. 2221 cod. civ. e richiamata nel vecchio testo dell'art. 1 l. fall. (quale esclusione – è preferibile ritenere – fondata non sul criterio quantitativo basato sulle soglie dimensionali, ma sul criterio qualitativo stabilito nell'art. 2083 cod. civ. in ragione del rapporto tra capitale investito e lavoro prestato dall'imprenditore nell'impresa).

Perciò, ancora oggi ad essere sottratti alle procedure concorsuali sono non soltanto i debitori civili ma anche talune categorie di imprenditori. Questa residuale assimilazione è presa in considerazione nella legge in esame, la quale se ambisce a colmare una lacuna ordinamentale trova pure in quello spazio privo di rimedi una notevole possibilità esplicativa. Solo che – occorre sottolineare – non vi era, né vi è, un'unica via da percorrere, essendo ben evidente che se il presupposto dell'intervento legislativo è dato dalla mancanza di disciplina, la soluzione avrebbe potuto essere, alternativamente: un'unica disciplina per piccoli imprenditori e debitori civili (come nella nostra legge); oppure due discipline, l'una per il debitore civile e l'altra per il piccolo imprenditore.

Le ragioni della scelta adottata sembrano poggiare sul presupposto della sostanziale assimilabilità dell'insolvenza civile e della insolvenza del piccolo imprenditore sotto un profilo meramente quantitativo: si tratterebbe pur sempre di fenomeni economicamente modesti e non coinvolgenti una apprezzabile organizzazione di impresa. E' però facile dubitare che il parallelismo sulla quantità tradisca anche una vicinanza qualitativa. Basterebbe considerare che mentre l'insolvenza civile manifesta un carattere essenzialmente patrimoniale, invece l'insolvenza commerciale tradisce una cifra schiettamente finanziaria (cosa che si può anche dire affermando la natura "statica" della responsabilità patrimoniale civile e la natura "dinamica" della responsabilità patrimoniale commerciale).

L'accordo di ristrutturazione dei debiti deve organizzarsi su di un piano che assicuri il regolare pagamento dei crediti estranei. La proposta può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma. Mentre la prima disposizione è chiaramente

²⁷⁶ G. P. MACAGNO, *Sovraindebitamento. Accordo e controllo giudiziale. Approvazione ed omologazione*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1073; F. MAIMERI, *Sovraindebitamento. Presupposti soggettivi ed oggettivi di accesso*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1029.

influenzata dalla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti²⁷⁷, invece la seconda disposizione è non meno chiaramente influenzata dalla disciplina dei concordati (organizzabili secondo una libera proposta ai creditori: cfr. artt. 124 e 160 l. fall.). Entrambe le disposizioni – sull’accordo e sul contenuto della proposta – si focalizzano intorno al concetto di “piano”, fondamentale anche nel diritto concorsuale riformato. Come spero di illustrare, proprio il riferimento alla pianificazione solleva perplessità²⁷⁸.

Non deve sfuggire che il piano ripete una natura non giuridica ma aziendale²⁷⁹: la pianificazione null’altro è che la formalizzazione di una determinata strategia d’impresa. In particolare, nel diritto della crisi d’impresa rileva il piano di superamento della crisi: la strategia di composizione della crisi mediante accordo con alcuni creditori e fatto salvo il regolare pagamento degli estranei è formalizzata nel piano sottostante all’accordo di ristrutturazione; la strategia di composizione della crisi mediante deliberazione della proposta è formalizzata nel piano sottostante al concordato (che non si preoccupa degli estranei e dei dissenzienti per essere cogente per tutti i creditori concorsuali)²⁸⁰.

Il piano di superamento della crisi d’impresa si compone solitamente di tre elementi noti alla scienza aziendalistica come *Business restructuring*, *Asset restructuring* e *Debt restructuring*; e provvede a organizzare secondo precise scelte strategiche (di conservazione dell’impresa o di liquidazione dell’attività) il superamento della crisi. Alla base dell’idea stessa di piano è l’impresa come attività; essenziale presupposto concettuale del rilievo del piano nel diritto nella crisi d’impresa è la dimensione dinamica della responsabilità patrimoniale, e, dunque, la consapevolezza che la capacità adempitiva dell’imprenditore è strettamente connessa – piuttosto che al patrimonio staticamente considerato – allo svolgimento dell’attività produttiva²⁸¹.

Dietro queste osservazioni, come possa traspirare la cultura aziendale della pianificazione nell’ambito non aziendale della insolvenza civile sarebbe problema davvero difficile da risolvere, e forse quell’interrogarsi nemmeno si mostrerebbe sufficientemente sensato. Il debitore civile, infatti, non ha che un patrimonio incapiente e una massa di debiti. Non svolge alcuna azione sul mercato.

²⁷⁷ Che devono assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei: cfr. art. 182 *bis* l. fall.

²⁷⁸ G. MINUTOLI, *Sovraindebitamento. Fase esecutiva dell’accordo. L’adempimento dell’accordo*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1085.

²⁷⁹ I. PAGNI, *Procedura delle crisi da sovraindebitamento. Procedimento e provvedimenti cautelari ed esecutivi*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1063.

²⁸⁰ G. FALCONE, *Prestito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. Fall.*, 2010, 5, 1, 642.

²⁸¹ Illuminante, a riguardo, la riflessione di G. FERRI JR, *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, in AA.VV. *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 31 ss.

Non deve procedere a nessuna ristrutturazione di attività produttive. Deve piuttosto controllare e limitare la dannosa propensione al consumo, e aborrire il consumo irresponsabile (nella legge è tra l'altro stabilito che l'accordo di ristrutturazione possa indicare limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico a credito e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari: cfr. art. 8, comma 3). Non vi sarebbe dunque nessuno spazio apprezzabile per la pianificazione del recupero della solvibilità.

In conclusione, mentre la pianificazione può essere utile ed è certamente comprensibile per il trattamento della crisi della piccola impresa non fallibile, invece in nessun modo sembra essere proficuamente utilizzabile (e nemmeno effettivamente comprensibile) per il trattamento dell'insolvenza civile²⁸².

Quanto al ruolo affidato al Magistrato, si legge nell'art. 12 che, verificato il raggiungimento dell'accordo (ossia della maggioranza prescritta di aderenti) e l'idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, il giudice procede all'omologazione dell'accordo. E' ben vero che l'art. 17, comma 2, dispone che l'organismo di composizione della crisi provvede a certificare la veridicità dei dati contenuti nella proposta e dei documenti allegati e ad attestare il piano con riguardo all'essenziale requisito della fattibilità; ma, quanto interessa, è chiarire i poteri del giudice. Infatti, è rimesso al giudice di sindacare l'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. Spetta dunque al giudice un penetrante giudizio di merito²⁸³ sulla superabilità, nel caso concreto, della crisi d'impresa o da sovraindebitamento. Il che segna una discontinuità rispetto al diritto della crisi d'impresa, nel quale il controllo giudiziale su accordi di composizione del debito e proposte di concordato è scevro da venature paternalistiche, e invece saldamente arginato su di un piano di verifica logico-formale delle ragioni spese dall'attestatore per asseverare la ragionevolezza del piano (facendo eccezione, per la più convincente opinione, soltanto il caso in cui siano state sollevate opposizioni).

Le regole appaiono sfortunate di una trasparente ragione. Se infatti si osserva la posizione del piccolo imprenditore, non si comprende perché mai il giudice debba farsi occhiuto sul piano di superamento della crisi d'impresa. E lo stesso è a dirsi se l'autore del piano è il debitore civile. Né per l'uno né per l'altro caso si ravvisa l'esigenza di una speciale attenzione del giudice, che supplisca al controllo eventualmente disattento del creditore o ne integri l'insufficiente giudizio. Non potrebbero

²⁸² L. GIRONE, *Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di "sovraindebitamento" dei soggetti non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione (disegno di legge C. 2364)*, in *Dir. Fall.*, 2009, 6, 1, 818.

²⁸³ F. DI MARZIO, cit., 662.

mai rilevare, infatti, le caratteristiche sociali culturali tecniche ed economiche verosimilmente proprie di questi soggetti e tali da consentirne l'identica considerazione nella prospettiva di tutela (come propone il movimento interpretativo sulla estensione della tutela del consumatore anche al professionista, al lavoratore autonomo e al piccolo imprenditore).

2. I NUOVI STRUMENTI PER LA SOLUZIONE CONCORDATA DELLE CRISI DI IMPRESA

La complessiva riforma della l. fall., realizzata nel triennio dal 2005 al 2007, non era più procrastinabile per la palese inadeguatezza di una normativa risalente al 1942, che integrava il portato di una realtà socio economica lontanissima da quella attuale, ed ha introdotto nel sistema del diritto concorsuale il principio della centralità dell'impresa, implicando così un cambiamento radicale della finalità di controllo giurisdizionale su tutta la materia della crisi dell'impresa.

Gli obiettivi principali per risolvere le crisi d'impresa, oggi, non sono più soltanto quello di liquidare e realizzare l'attivo nella prospettiva del più ampio soddisfacimento possibile del ceto creditorio, ma soprattutto, in tutti i casi in cui sia ipotizzabile il mantenimento sul mercato dell'azienda gestita dall'imprenditore in difficoltà finanziaria o insolvente, quello di conservare le ricadute positive inerenti il mantenimento dei livelli occupazionali e del prelievo tributario.

La disciplina dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, del contratto di affitto e di cessione dell'azienda facente parte dei beni fallimentari, del concordato fallimentare risente intensamente di tale mutamento di prospettiva, il cui emblema normativo può essere trovato nel secondo comma dell'art. 104 *bis* l. fall..

Non vi è dubbio che il principio della centralità dell'impresa costituisca uno dei nuclei forti della riforma e che condizioni in misura netta tutti gli intermediari che si propongono di consentire il superamento della crisi.

La procedura concorsuale del concordato preventivo ed il procedimento degli accordi di ristrutturazione, nonché l'istituto del piano di risanamento, integrano strumenti di ristrutturazione del debito che muovono da un'unica idea: il raggiungimento di un accordo tra debitore creditore. Tale premessa non è estranea nemmeno al procedimento di transazione fiscale, a prescindere dal fatto che esso sia azionato nell'ambito di un concordato preventivo o di un accordo ex art. 182 *bis* l. fall.²⁸⁴

²⁸⁴ La soluzione concordata della crisi dell'impresa ha quindi assunto, nel nostro ordinamento giuridico, un rilievo sino a qualche anno fa impensabile, in linea con la diffusa e consolidata tendenza legislativa a ridurre l'intensità del controllo giurisdizionale e a potenziare il profilo negoziale è possibile parlare oggi di una nuova branca del diritto, comprensiva

L'introduzione del principio dell'*automatic stay* conseguibile con la presentazione di una domanda di concordato provvista di piano, proposta in relazione attestatrice, la divaricazione delle discipline di concordato liquidatorio e conservativo, l'anticipazione degli effetti interinali di concordato preventivo dal momento della ammissione al momento della pubblicazione della domanda al registro delle imprese, la moltiplicazione delle possibilità operative dell'imprenditore che abbia presentato la domanda di concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, non sono che le esplicitazioni più evidenti della nuova intensità assunta dalle forme di tutela riconosciuta all'imprenditore in crisi, in particolar modo nel caso in cui egli persegue una soluzione di continuità aziendale²⁸⁵.

2.1 IL CONCORDATO "IN BIANCO" O "CON RISERVA"

L'intervento riformatore realizzato con il d.l. 83/2012, convertito in l. 134/2012, ha assunto particolare rilievo con riguardo al concordato preventivo, procedura concorsuale sulla quale da anni il legislatore investe tempo e risorse nell'auspicio che esso venga utilizzato in funzione del risanamento dell'impresa in crisi²⁸⁶.

Tali interventi hanno avuto sino ad oggi un esito fallimentare²⁸⁷.

La riforma risente, quindi, della necessità di favorire una netta inversione di rotta, rendendo il concordato preventivo uno strumento agile ed efficace nella prospettiva della risanamento.

Le modifiche all'art. 161 l. fall. possono essere distinti in due categorie.

Da un lato, quelle finalizzate al perfezionamento della disciplina del concordato ed all'armonizzazione della normativa, con altre contestuali modifiche della disciplina della composizione concordata della crisi d'impresa²⁸⁸.

sia della disciplina concorsuale sia della normativa dedicata alle forme di composizione negoziale e privatistica delle crisi.

²⁸⁵ Non è estranea alla formazione di un nuovo diritto della crisi d'impresa la Corte di Cassazione, la quale con la sentenza 1521/2013 ha definito in modo conclusivo alcune delle questioni più rilevanti in tema di limiti del controllo giurisdizionale, contenuti, modalità e tempi di adempimento della proposta di concordato.

²⁸⁶ M. POLLIO P. P. PAPALEO, *La stretta sull'utilizzo del concordato "in bianco" introdotta dal Decreto del "Fare"*, in *Amm. e Finanza*, 2013, 10, 7; G. BENAGLIA, *Concordato con riserva e ruolo del collegio sindacale*, in *Fisco*, 2013, 3, 373.

²⁸⁷ La casistica giudiziaria attesta che lo strumento concordato è stato concepito quasi esclusivamente come modalità di liquidazione, alternativa al fallimento, di soggetti imprenditoriali, spesso con lo scopo prevalente di evitare il possibile esercizio da parte del curatore dell'azione di responsabilità ex art. 146 l. fall.

Dall'altro, quelle funzionali all'introduzione di un nuovo istituto, la domanda di concordato in bianco.

Quanto al primo aspetto, rimane da chiarire quale sia il significato della previsione secondo cui il piano deve contenere "la descrizione analitica delle modalità ed i tempi di adempimento della proposta".

Il significato di tale previsione non è molto chiaro²⁸⁹: sembra che la norma abbia lo scopo di accentuare la tutela dell'interesse della massa dei creditori ad una corretta e completa informazione, in vista della formazione dell'eventuale volontà di adesione alla proposta stessa non va inoltre dimenticato che, a mente dell'art. 137 della l. fall., il ricorso per la risoluzione deve essere proposto entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'adempimento ultimo previsto dal concordato.

Ne consegue che certamente la necessità di indicare i tempi di adempimento dipende dall'interesse generale²⁹⁰ a che il suindicato termine possa avere una data di decorrenza certa e determinata²⁹¹. L'intervenuta eliminazione, con la riforma del 2005, dell'obbligo di pagamento del 40% dei creditori chirografari prima contemplato dall'art. 160 l. fall., rafforza la conclusione che, non essendo più la legge a determinare il pagamento minimo da effettuare, non possa che essere il debitore ad indicare liberamente in che misura intenda pagare i creditori.

E proprio l'obbligo di indicare l'esatta misura del pagamento, indurrà il debitore ad essere cauto nell'indicare al fine di non incorrere in seguito nei rischi una di risoluzione qualora il pagamento avvenga in misura notevolmente inferiore a quanto previsto, pertanto sarà necessario che il debitore specifichi nel piano le modalità dei pagamenti²⁹².

²⁸⁸ Rientrano certamente nella prima delle viste categorie l'aggiunta, all'art. 161 l. fall., della lettera e) e la conseguente previsione che tra i documenti che il debitore tenuto ad allegare alla domanda di concordato, i cosiddetti presupposti formali della domanda, debba esserci un piano contenente la descrizione analitica delle modalità ed i tempi di adempimento della proposta. Così disponendo, il legislatore ha esplicitato una distinzione concettuale che già prima della novella era ben chiara ai commentatori più accorti: quella tra il ricorso diretto ad ottenere l'ammissione alla procedura, atto introduttivo della procedura rivolta al tribunale; la proposta di concordato, atto negoziale che ha come destinatari i creditori, o meglio la massa dei creditori; infine, il piano sottostante a ricorso e proposta.

²⁸⁹ G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Dir. Fall.*, 2013, 4, 1, 392; M. GARCEA, *L'autorizzazione alla fusione nel concordato "con riserva" (nota a Tribunale di Roma 21 dicembre 2012)*, in *Dir. Fall.*, 2013, 4, 2, 354.

²⁹⁰ Sotto tale profilo, la nuova norma può essere vista come ispirata all'esigenza di dare stabilità al concordato, e finisce quindi per essere funzionale all'interesse del debitore in crisi, più che a quello dei creditori.

²⁹¹ F. LAMANNA, *La l. fall. dopo il decreto Sviluppo*, Milano, 2012, 39.

²⁹² È decisamente da escludersi, in ogni caso, che norma abbia voluto introdurre il principio della natura vincolante delle eventuali indicazioni, da parte del debitore proponente, di una percentuale di soddisfacimento dei creditori. La sentenza

La sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite 1521/2013²⁹³ risolve invece in maniera opposta il profilo della rilevanza del termine finale di adempimento.

Muovendo dalla necessità che il Tribunale dichiari che la causa del concordato sia in concreto realizzabile, e ravvisando la causa del concordato nel superamento della crisi e nel soddisfacimento dei creditori in un tempo ragionevolmente breve, la corte esplicita che la riscontrata impossibilità di adempimento nei termini indicati nel piano e nella proposta determina l'inammissibilità della proposta o la revoca dell'ammissione.

Ed è conseguentemente necessario ritenere che, ove la disattenzione del termine dovesse palesarsi ad omologazione intervenuta ben potrebbe un creditore presentare ricorso intesa ad ottenere la risoluzione concordato²⁹⁴.

L'integrazione del comma terzo dell'art. 161 l. fall. con l'aggiunta della locuzione "designato dal debitore" è invece una modifica coerente con la riforma della lettera d) dell'art. 67 l. fall..

Più significativa ancora l'introduzione dell'indicazione secondo la quale la relazione attestatrice della veridicità dei dati e della fattibilità del piano debba essere presentata nel caso in cui intervengano modifiche sostanziali della proposta.

La novità risolve una controversia in atto, e finisce per recepire la tesi maggiormente rigorosa, secondo la quale il deposito di una nuova relazione attestatrice sarebbe necessario sia nei casi in cui la modifica sostanziale riguardi il piano, sia quando essa inerisca a un piano invariato nella proposta ai creditori.

Nell'intervento del legislatore era pacifico che, laddove si fosse verificato soltanto un peggioramento delle prospettive di soddisfacimento dei creditori, restando tuttavia invariato il piano sottostante, il deposito di una nuova relazione fosse da escludere, anche in considerazione della

delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 1521/2013, è esplicita nell'escludere, infatti, da un lato che il debitore sia tenuto all'indicazione di una percentuale di soddisfacimento, dall'altro nel ritenere che, nei casi in cui tali indicazioni sia presente, essa non potrebbe essere vincolate (salva diversa espressione di volontà del debitore), e quindi rilevante quale parametro di riferimento del concetto di non scarsa importanza cui è necessario riferire l'eventuale inadempimento di un concordato già omologato.

²⁹³ Cass., Sez. Un., sent. n. 1521 del 23 gennaio 2013, in *Giur. Comm.*, 2013, 4, 2, 621, con nota di G. CICERVO, *Fallibilità del piano del concordato ed atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l. fall. secondo le Sezioni Unite*.

²⁹⁴ G. B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva (nota a Tribunale di Bergamo 15 febbraio 2013)*, in *Fallimento*, 2013, 8, 957.

presenza di un organo della procedura²⁹⁵, il commissario giudiziale, dotato di competenze tecniche analoghe a quelle del professionista²⁹⁶.

Al comma cinque dell'art. 161 l. fall. viene introdotta la norma che impone la pubblicazione della domanda di concordato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese, il giorno successivo al suo deposito in cancelleria.

La novità va considerata funzionale al principio che fa decorrere tutti gli effetti interinali del concordato preventivo dal momento del deposito-pubblicazione della domanda ex art. 161 l. fall..

Il principio è espresso con la modifica dell'art. 161 l. fall., nella parte in cui prevede che dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore possa compiere gli atti di straordinaria amministrazione solo previa autorizzazione del Tribunale il quale può assumere sommarie informazioni.

Coerentemente, l'art. 67 lettera e) l. fall. estende l'esonero da revocatoria oltre che gli atti, pagamenti e garanzie poste in essere in esecuzione del concordato preventivo, agli atti, pagamenti e garanzie legalmente poste in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161 l. fall..

L'intero complesso delle viste modifiche autorizza la considerazione secondo cui la procedura concorsuale sia instaurata all'atto della presentazione della domanda di concordato da parte del debitore e non più, quindi, al momento dell'emissione, da parte del Tribunale, del decreto di cui all'art. 163 l. fall.²⁹⁷

In relazione al nuovo istituto di concordato "in bianco", occorre evidenziare che la novità legislativa scaturisce proprio dal recepimento da parte del legislatore della distinzione concettuale tra domanda, piano e proposta.

²⁹⁵ In una procedura concorsuale che notoriamente si caratterizza per essere molto costosa, in tutte le ipotesi in cui dovesse esserci l'esigenza del deposito di una nuova relazione, il debitore dovrà quindi subire un ulteriore lievitazione dei costi, con conseguente diminuzione delle risorse messe a disposizione di credito.

²⁹⁶ Confronta, nello stesso senso, le linee operative del Tribunale di Milano pubblicate nel sito www.ilfallimentarista.it, nonché la Circolare n. 30/IR dell'11 febbraio 2013 del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 10.

²⁹⁷ Per entrare nel dettaglio, va evidenziato che gli effetti che inibiscono la sfera giuridica del debitore (necessità di chiedere al Tribunale l'autorizzazione per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione; se deducibilità dei crediti sorti per effetto di atti legalmente compiuti dal debitore) si producono dal momento del deposito della domanda in cancelleria, mentre quelli che riguardano le posizioni giuridiche dei creditori di terzi (apertura del concorso dei creditori; effetto protettivo del patrimonio del debitore; esonero da revocatoria per atti, pagamenti e garanzie legalmente poste in essere; retrodatazione della determinazione del periodo sospetto per il caso di costituzione delle procedure; inefficacia dell'ipoteca giudiziale iscritta nei 90 giorni antecedenti) decorrono dal momento in cui la domanda viene pubblicata registro delle imprese.

Il sesto comma dell'art. 161 l. fall. consente infatti al debitore in crisi di presentare al Tribunale solo il ricorso diretto ad ottenere l'ammissione alla procedura di concordato, con riserva di depositare piano, proposta ed ulteriore documentazione così come previsto dall'art. 161 secondo e terzo comma, entro un termine la cui concessione oggetto di richiesta al giudice.

Tale termine, compreso tra 60 e 120 giorni, è prorogabile soltanto in presenza di giustificati motivi di non oltre 60 giorni: la natura ordinatoria e non perentoria di tale *dies ad quem* è stata costantemente ribadita dai Tribunali italiani, i quali, preoccupati di evitare che la mancata concessione del termine potesse pregiudicare la fattibilità del concordato, hanno sino ad ora difficilmente negato la concessione di un ulteriore periodo necessario degli organi societari per il deposito, in particolare, di un soddisfacente piano di liquidazione o di rilancio dell'azienda.

Nelle intenzioni del legislatore la concessione di tale possibilità dovrebbe favorire l'emersione anticipata della crisi essendo consentito al debitore di fruire dell'immediata determinazione degli effetti riconducibile alla domanda di concordato, primo tra tutti quello protettivo, a prescindere dal fatto che il debito avrebbe già definito i contenuti della proposta ai creditori e del sottostante piano e che quindi sia stata redatta la relazione attestatrice prevista dall'art. 161, terzo comma, l. fall.

In verità il rischio paventato che la possibilità di bloccare le azioni esecutive cautelari dei creditori con il solo deposito del ricorso giurisdizionale venga utilizzata quale "arma della disperazione" da parte di imprenditori irrimediabilmente decotti, funzionalmente possibili condotte non conformi alla legge che finirebbero per essere resi possibili anche grazie alla ritardata dichiarazione di fallimento. Non manca chi evidenzia ulteriori criticità, ravvisabili nella circostanza che la nuova disciplina si giudichi eccessivamente la tutela del credito e sia ingiustificatamente riservata anche concordato di natura liquidatoria, la cui natura farebbe venir meno quelle ragioni di tutela dell'impresa che certamente inducono giustificare la maggior attenzione riservata dal legislatore al debitore, rispetto al suo ceto creditorio.

Tenendo conto di questi rilievi critici, è certamente auspicabile che si formi una consolidata giurisprudenza restrittiva, intesa a ridurre l'ipotesi di uso deviato dell'istituto²⁹⁸.

Lo stesso legislatore, peraltro, proprio per evitare un uso distorto dell'istituto in sede di conversione del decreto legislativo 83 del 2012 ha introdotto una serie di prescrizioni, quali l'obbligo per il debitore di depositare, unitamente al corso contenente la domanda di concordato, i bilanci degli ultimi tre esercizi; la previsione che il Tribunale con il decreto con cui concede richiesto termine,

²⁹⁸ F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it.

disponga gli obblighi informativi periodici, anche relative alla gestione finanziaria dell'impresa, che il debitore deve assolvere fino alla scadenza del termine fissato²⁹⁹.

Il Parlamento ha mantenuto tale indirizzo legislativo anche nel più recente periodo, con le modifiche apportate dal decreto legge cosiddetto "Del fare", con il quale sono state introdotte ulteriori modificazioni alla disciplina del concordato.

L'ultimo comma dell'art. 161 l. fall. è espressione della maggior diffidenza del legislatore rispetto all'ipotesi in cui la domanda di concordato con riserva venga presentato in pendenza di un procedimento per la dichiarazione di fallimento del debitore: in tali casi, il termine per l'integrazione della documentazione non potrà mai essere superiore ai 60 giorni prorogati, in presenza di giustificati motivi, di non oltre 60 giorni.

La violazione degli obblighi previsti dall'art. 161, settimo comma ss. è sanzionata con l'emissione del decreto che dichiara inammissibile la domanda.

La stessa conseguenza discende dalla mancata presentazione, nei termini concessi, del piano, della proposta e della relazione attestati o degli ulteriori documenti previsti dall'art. 161, secondo comma, fattispecie che si estende alla previsione della mancata presentazione degli accordi di ristrutturazione.

Il decreto che dichiara inammissibile la domanda comporta la cessazione degli effetti del ricorso a far data dal suo deposito e quindi *ex tunc* e non *ex nunc*³⁰⁰.

²⁹⁹ Secondo parte della giurisprudenza, le novità introdotte in materia di protezione dell'impresa, intendendosi con tale locuzione quell'insieme di misure finalizzate ad evitare che nell'attesa dell'attivazione del completamento delle procedure di soluzione della crisi, la platea dei creditori si lanci in una sorta di competizione nella distribuzione dei dividendi, con la conseguenza negativa di compromettere l'integrità complessiva dell'impresa, e di far naufragare in tal modo ogni tentativo di salvataggio concordato della stessa, sono state il frutto dell'intervento poste in essere dal legislatore nel 2012 al fine di ottenere una radicale intensificazione della protezione dell'impresa, proseguendo in un percorso che, iniziato con il decreto correttivo del 2007, si è poi sviluppato con il d. l. 78/2010 (convertito in l. 122/2010) e che con l'attuale disciplina raggiunge livelli, soprattutto sul piano dell'anticipazione, che ben possono definirsi estremi.

³⁰⁰ Confronta, in merito all'analoga ipotesi in cui al ricorso ex art. 182-bis, comma 6, l. fall. e al provvedimento del tribunale ex art. 182-bis, comma 7 l. fall. non segua la presentazione degli accordi di ristrutturazione, Trib. Novara, 2 aprile 2011, in *Fall.*, 2011, 10, p. 1220, secondo il quale sarebbe inammissibile la richiesta diretta ad ottenere una dilazione del termine di sessanta giorni per il deposito degli accordi di ristrutturazione a norma del comma settimo dell'art. 182-bis l. fall., a cagione del fatto che il mancato rispetto di siffatto termine produce l'inefficacia, a decorrere dal giorno successivo al termine *ad quem*, del divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquistare titoli di prelazione non concordati.

Sotto tale profilo deve evidenziarsi che l'unico effetto prodotto dalla pubblicazione della domanda in bianco che venga dichiarato dal Tribunale inammissibile è quello di far decorrere anticipatamente il periodo cosiddetto sospetto, utile per l'individuazione di atti o pagamenti irrevocabili, ovviamente nei soli casi in cui alla declaratoria di inammissibilità consegua immediatamente la dichiarazione di fallimento e sia, pertanto, ravvisabile il fenomeno della sostituzione delle procedure ex art. 69 *bis* l. fall.

Evidenziato che la lettera della norma individua il giudice quale organo destinatario della domanda con riserva, e deve pertanto ritenersi che con il termine "Giudice" il legislatore ha inteso riferirsi al Tribunale cioè alla composizione collegiale dell'organo giudicante, e non ad un giudice monocratico che sia stato precedentemente designato dal presidente per la trattazione della procedura.

Il Tribunale è, infatti, il giudice della fase concorsuale che va dalla presentazione-pubblicazione all'emissione del decreto di cui all'art. 163 l. fall., concetto questo desumibile principalmente dal tenore letterale del nuovo comma sette dell'art. 161 l. fall., secondo cui dopo il deposito del ricorso il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale.

In ogni caso, la novità avrà verosimilmente delle ricadute rilevanti³⁰¹, essendo facilmente prevedibile che l'anticipazione degli effetti protettivi collegati alla pubblicazione degli accordi sarà perseguita dalla domanda di concordato piuttosto che dall'accordo ex art. 182 *bis*, sesto comma ss. l. fall.

Quanto ai contenuti della domanda di concordato con riserva, in astratto, potrebbe ritenersi indispensabile che la domanda abbia un contenuto analitico, inerente anzitutto la funzione perseguita dal piano (liquidatoria o di risanamento), comprensivo inoltre delle linee essenziali del piano stesso, della specificazione dell'entità del passivo, dell'indicazione ai beni del debitore, sulla liquidazione dei quali si intende il piano in corso di elaborazione, o della precisazione del budget che deve accompagnare il piano che invece prevede la continuità aziendale.

Allo stesso modo, potrebbe essere teorizzata la necessità che il debitore alleggi alla domanda documenti ulteriori, rispetto a quelli imposti dalla norma, che si limita a menzionare i bilanci degli ultimi tre esercizi³⁰².

³⁰¹ L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, 10, 1209.

³⁰² Tali potrebbero essere il certificato camerale aggiornato, una situazione patrimoniale risalente a poche settimane precedenti il deposito, un rendiconto finanziario inserito oppure un elenco delle ultime operazioni poste in essere.

Spingendosi oltre, occorre dar conto di prassi giurisprudenziali secondo la quale il debitore dovrebbe essere onerato di depositare una sorta di autocertificazione in merito all'esistenza dei presupposti dell'intera azienda da cui possa scaturire il soddisfacimento (in qualsiasi forma) dei creditori o di una preattestazione del professionista designato per la relazione di veridicità e fattibilità³⁰³.

A sua volta, la documentazione minima da produrre contestualmente al ricorso prevede alcuni documenti già prescritti direttamente dalla legge, e si allude bilanci degli ultimi tre esercizi, evidentemente funzionali alla valutazione cui Tribunale chiamato in merito all'assoggettabilità a fallimento ed a concordato preventivo del debitore richiedente.

Quanto agli altri documenti è necessario che essi siano prodotti su sollecitazione dell'organo giurisdizionale, ed eventualmente potrà concedere al debitore un breve termine per integrare le allegazioni alla domanda in bianco, qualora fossero carenti³⁰⁴.

Nel caso in cui la società debitrice non abbia regolarmente approvato e pubblicato il bilancio di esercizio, si pone il problema dell'ammissibilità della produzione di situazioni patrimoniali e prospetti di bilancio al 31 dicembre degli ultimi tre anni che siano state predisposte *ad hoc*, con lo scopo di ottenere l'apertura della procedura concordataria.

La tesi maggiormente rigorosa esclude tale possibilità, in una prospettiva riconducibile alla non meritevolezza dell'imprenditore che non rispetta le regole che la governa, senza tuttavia tener conto della necessità che i due piani debbano essere tenuti distinti.

Le conseguenze previste dall'ordinamento per la mancata pubblicazione dei bilanci di esercizio non possono interferire con il diritto ad accedere ai benefici del concordato preventivo, soprattutto qualora si consideri che i bilanci sono funzionali a consentire al Tribunale di valutare la sussistenza o meno del requisito soggettivo dell'assoggettabilità del debitore alla procedura concordataria.

Di qui la conclusione che sembra più corretta, secondo cui sarebbe ammissibile anche la produzione di bilanci preparati *ad hoc*³⁰⁵.

³⁰³ In questo senso, fra le numerose pronunce giurisprudenziali, si segnalano Trib. Mantova, 27 settembre 2012; Trib. Velletri, 18 settembre 2012; Trib. Roma, 14 novembre 2012, tutte in *CED*.

³⁰⁴ Si allude al certificato camerale, finalizzato a dare prova dell'ubicazione della sede legale nel circondario del Tribunale, e ad una situazione patrimoniale aggiornata, tanto più necessaria qualora la domanda sia stata presentata nei mesi finali dell'anno solare, così da permettere al Tribunale di verificare che effettivamente sussista una condizione di crisi.

³⁰⁵ Trib. Velletri, 18 settembre 2012, in *www.ilfallimentarista.it*, con nota di M. VITIELLO, *Domanda di concordato "con riserva" in pendenza di un procedimento prefallimentare: limiti del sindacato e poteri del tribunale*.

Se la domanda di concordato, che sia o meno fatta “con riserva”, ha natura di vero e proprio ricorso giurisdizionale, discende la necessità di applicare il principio generale di cui all’art. 82 cod. proc. civ., secondo il quale le parti devono stare in giudizio con il ministero o con l’assistenza di un difensore, salvo che non sia espressamente disposto.

Nel caso in esame non c’è alcuna espressa norma che legittimi il debitore a presentare la domanda di concordato senza l’ausilio di un difensore, non rilevando quanto previsto dall’art. 152 l. fall., riferito la proposta di concordato che, come detto, è atto ben distinto dalla domanda.

Si è già detto che le numerose modifiche scaturite dal d. l. 83/2012 autorizzano a ritenere che tutti gli effetti del concordato siano riconducibili alla presentazione e pubblicazione della domanda ex art. 161 l. fall.

Dal momento della presentazione della domanda di concordato, e sino all’emissione del decreto di cui all’art. 163 l. fall., il debitore ha l’onere di rivolgersi al Tribunale per il compimento di ogni atto che sia qualificabile come di straordinaria amministrazione e i crediti sorti per effetto di atti legalmente compiuti sono ineducibili³⁰⁶.

È previsto che il cancelliere pubblichi la domanda di concordato nel registro delle imprese entro il giorno successivo al suo deposito in cancelleria e che con la pubblicazione in base al nuovo art. 184 l. fall. sia per concorso tra i creditori.

Da tale momento scatta inoltre l’effetto protettivo prevista dall’art. 168 l. fall.³⁰⁷

Relativamente al contenuto della domanda con riserva, occorre chiedersi se la domanda di concordato sia diversa da quella base, e cioè presenti contenuti ulteriori rispetto a quella diretta ad ottenere la concessione del termine della sua misura minima di 60 giorni.

Le ipotesi sono diverse e vanno da quelle più semplice in cui debitore chieda la concessione di un termine nella misura massima di 120 giorni, o comunque in misura superiore al minimo previsto, a quella in cui venga chiesta l’autorizzazione a contrarre un finanziamento riducibile o a pagare immediatamente crediti concorsuali per servizio forniture che siano essenziali alla prosecuzione dell’attività di impresa.

In tali ultimi casi è il legislatore stesso a prevedere che provvedimenti organizzativi possono essere chiesti contestualmente al deposito della domanda ai sensi del sesto comma dell’art. 161 della l. fall.

³⁰⁶ P. VELLA, *Le nuove preclusioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fallimento*, 2013, 9, 1141.

³⁰⁷ Cfr., Trib. Milano, 24 ottobre 2012, in *www.ilfallimentarista.it*.

Questo significa che il debitore che intenda chiedere ed ottenere un termine più lungo, debba spiegare, il più compiutamente possibile, le ragioni della sua richiesta ed eventualmente allegare documenti ulteriori rispetto a quelli anzidetti a supporto delle ragioni esposte³⁰⁸.

Infine, può essere ritenuto certamente un buon motivo, fondamento della richiesta di concessione di termini, quello di consentire l'elaborazione dell'attestazione di veridicità e fattibilità tenuto conto sia dell'importanza della funzione svolta dal documento sia della circostanza che verosimilmente il legislatore, con la previsione del nuovo istituto, ha perseguito anche l'obiettivo di garantire al professionista designato un congruo margine temporale per la redazione della relazione.

Anche in tale caso, peraltro, dovranno essere esplicitati in modo conclude analitico le ragioni che escludono la sufficienza del termine di 60 giorni.

Tenendo le richieste più specifiche, quali, in primis, sono quelle espressamente previste dall'art. 182 *quinquies* l. fall., non v'è dubbio che s'impongano l'esplicitazione anticipata dei contenuti del piano, senza il quale il Tribunale non potrebbe ancorare le sue valutazioni ad alcun dato concreto e quindi, nella sostanza, deve necessariamente emettere un provvedimento.

C'è però un ulteriore elemento che induce a ritenere indispensabile detta analitica anticipazione ed è che tali richieste devono essere accompagnata dalla relazione attestatrice della funzionalità all'interesse della massa dei creditori del finanziamento interinale o del pagamento immediato dei creditori strategici.

Prima ancora della valutazione del giudice, quindi, è l'attestazione del professionista che necessita, inderogabilmente, della conoscenza della natura (liquidatoria o conservativa) del piano e dei contenuti di quest'ultimo.

Non va poi dimenticato, come si espressamente previsto, che il Tribunale possa, in caso di necessità, assumere sommarie informazioni per valutare l'autorizzabilità delle operazioni.

Tutto quanto considerato vale anche per l'ipotesi in cui con la domanda in bianco venga chiesta l'autorizzazione a porre in essere atti di straordinaria amministrazione: in tal caso l'indispensabilità dell'anticipazione dei contenuti del piano e della proposta è insita nell'esigenza di fornire al Tribunale i necessari parametri di riferimento perché possa valutare anzitutto l'effettiva natura

³⁰⁸ Possono essere fatti degli esempi concreti: il debitore potrebbe rappresentare infatti l'esigenza di avere un congruo lasso di tempo per stimare il valore di determinati *assets* e per determinare quali dei suoi crediti siano effettivamente realizzate, essendo palese che in tali casi dovranno essere motivate le ragioni della complessità delle operazioni di stima. Cfr., Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in www.ilfallimetarista.it.

straordinaria dell'operazione, ed, in secondo luogo, la sua concreta utilizzabilità, in rapporto all'interesse della massa creditoria³⁰⁹.

Un'interessante novità è rappresentata dall'introduzione dell'art. 169 *bis* della l. fall. ad opera del d. l. 22 giugno 2012 n. 38, convertito, con modificazioni, nella l. 7 agosto 2012 n. 134; tale disposizione va considerata come una delle novità maggiormente significative della riforma del concordato preventivo, integrando la situazione di una lacuna normativa certamente problematica.

La più importante ipotesi caratterizzata dall'impossibilità di applicazione della disciplina generale degli artt. 72 ss. l. fall. era, infatti, quella in cui l'imprenditore avesse redatto un piano di soluzione o di gestione della crisi, sottostante ad una proposta di concordato preventivo³¹⁰.

L'impossibilità di applicare in via analogica le norme di cui agli articoli 72 seguenti della l. fall. veniva affermata anche con riguardo al momento dell'omologazione del concordato per cessione dei beni, momento in cui si realizza lo spossessamento del debitore.

Anche a seguito dell'omologazione, il liquidatore non aveva facoltà di sciogliersi dai rapporti giuridici pendenti, dal momento che l'art. 132 l. fall. non fa riferimento agli articoli 72 ss. né, prima della riforma, poteva ritenersi applicabile, sempre in via analogica, la norma di cui all'art. 104, settimo comma, l. fall.

Tale disposizione è dettata, infatti, per il caso del fallimento con esercizio provvisorio, che ammette lo scioglimento dei contratti pendenti quale eccezione alla regola del proseguimento.

La norma integra un'eccezione alla regola generale della prosecuzione dei rapporti per il caso di prosecuzione dell'attività di impresa, ed è oggi riprodotta al terzo comma dell'art. 186 *bis* l. fall., che regola i concordati con continuità aziendale, a loro volta caratterizzati dalla prosecuzione dell'impresa.

Merita, infine, di essere evidenziata la portata innovativa della norma che consente al debitore di chiedere l'autorizzazione alla sospensione del contratto, per non più di 60 giorni, prorogabile una sola volta con lo scopo di poter meglio valutare se presentare richiesta di autorizzazione allo scioglimento.

Prima della riforma è unanime l'opinione secondo cui, in attesa che il giudice utilizzasse l'inadempimento, o che l'inadempimento venisse posto in essere dal debitore in applicazione del

³⁰⁹ Confronta, in tal senso, Trib. Terni, 12 ottobre 2012, cit., con nota di L. BALESTRA, *Sugli obblighi informativi*; nonché Trib. Treviso, 16 ottobre 2010, in www.ilfallimentarista.it, con nota di R. BONSIGNORE, *Sulla finanza interinale nel concordato con riserva*.

³¹⁰ Cfr., Cass. 29 settembre 1993, n. 9758, in *Fall. e altre proc. conc.*, 1994, 3, p. 257, nonché in *Giust. Civ.*, 1994, 1, 1, p. 54.

piano concordatario, non fosse in alcun modo ipotizzabile una sospensione degli effetti del contratto, dal momento che la sospensione veniva considerata una categoria del tutto incompatibile con la logica ed i principi generali del concordato.

Il quarto comma, infine, esclude l'applicabilità delle disposizioni dell'art. 169 *bis* l. fall. ai rapporti di lavoro subordinato ed al contratto preliminare trascritto relativo all'immobile ad uso abitativo destinato ad abitazione principale, al contratto di locazione in cui debitore se il locatore, ai negozi giuridici, cioè, secondo alcuni beni, costituzionalmente tutelati, del lavoro e della casa d'abitazione. Tutto ciò premesso, va affrontato il non facile problema della compatibilità della domanda di concordato con riserva, o prenotazione degli effetti concordatari, con le possibilità operative riconosciute all'imprenditore in concordato con riguardo a contratti in corso di esecuzione al momento dell'apertura della procedura³¹¹.

È opportuno muovere dal dato letterale della norma, che non esclude espressamente che il debitore possa chiedere l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti anche con la domanda con riserva, o subito dopo la presentazione di questo.

Il primo comma dell'art. 169 *bis* l. fall. si riferisce infatti indistintamente ricorso di cui all'art. 161 l. fall., donde la conclusione che anche la domanda presentata ai sensi del comma sei del medesimo art. sia compatibile con la richiesta di autorizzazione allo scioglimento del contratto pendente pur in mancanza di piano, proposta in relazione attestatrice³¹².

In realtà vi sono a disposizione della riforma del concordato preventivo in cui è esplicitamente precisato che la domanda possa essere formulata anche nella forma di cui al comma sei dell'art. 161 alle: basti pensare agli articoli 182 *quinquies*, primo comma e 182 *quinquies*, quarto comma. Da ciò potrebbe forse inserirsi che nel caso in esame il mancato richiamo al sesto comma dell'art. 161 non sia casuale, e quindi significativo di una previsione normativa.

È pertanto indispensabile che il giudice abbia contezza e certezza dei contenuti nel piano della proposta.

³¹¹ P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"* (nota a Tribunale di Roma, 14 novembre 2012; Tribunale di Napoli, 31 ottobre 2012; Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012; Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012; Tribunale di Salerno, 25 ottobre 2012; Tribunale di La Spezia, 25 ottobre 2012; Tribunale di La Spezia, 24 ottobre 2012; Tribunale di Milano, 24 ottobre 2012; Tribunale di Siena, 23 ottobre 2012; Tribunale di Ancona, 15 ottobre 2012; Tribunale di Tortona, 8 ottobre 2012; Tribunale di Perugia, 4 ottobre 2012; Tribunale di Palermo, 2 ottobre 2012), in *Fallimento*, 2013, 1, 82.

³¹² In tal senso, Trib. Modena, 30 novembre 2012, in www.ilfallimentarista.it.

Tale considerazione rende auspicabile, passando dal piano sostanziale a quello procedimentale, che il contraente *in bonis* venga sempre sentito dal Tribunale affinché gli sia garantita una piena interlocuzione sull'opzione di scioglimento.

Quanto alla possibilità che l'imprenditore che presenta domanda in bianco possa ottenere la sospensione del contratto, potrebbe essere valorizzata la coincidenza del termine massimo di sospensione con il termine minimo previsto per il deposito di piano, proposta e relazione attestatrice.

Peraltro, l'estrema cautela che in ogni caso deve orientare le scelte del Tribunale induce a ritenere che anche ai fini della sospensione sia necessario che siano chiare le linee fondamentali di tale proposta, pur potendosi ritenere ammissibile, in linea puramente teorica, che il deposito dei documenti possa intervenire nei termini assegnati dal Tribunale³¹³.

La possibilità, per il debitore che abbia depositato una domanda in bianco, di chiedere una proroga del termine concesso dal Tribunale, impone l'affermazione di alcuni principi che possono limitare il potere discrezionale dell'organo giurisdizionale.

Il primo di tali principi è quello che impone che la richiesta di proroga va presentata entro la scadenza del termine, pena la sua inammissibilità.

È peraltro auspicabile che il deposito avvenga almeno 10 giorni prima della scadenza per consentire al Tribunale, che, essendo un organo collegiale, di regola non si pronuncia sulle istanze con la stessa tempestività possibile per il giudice delegato, di decidere prima che il termine decorra.

Nel calcolo del termine ultimo non può tenersi conto del periodo di sospensione feriale, tenuto conto del principio che esclude l'operatività della sospensione dei termini nel procedimento prefallimentare ed in quello concordatario, nonché dell'impatto pregiudizievole dell'istituto del cosiddetto per concordato tra la sfera giuridica dei terzi, un patto che non può essere dilatato oltre quanto espressamente previsto dalla norma.

Quanto ai criteri di valutazione dell'istanza di proroga, valgono le medesime considerazioni fatte a proposito delle richieste dirette ad ottenere la concessione di un termine superiore a quello minimo. L'esigenza di garantire al professionista designato un congruo lasso di tempo per l'ultimazione della relazione attestatrice, specie qualora questa dovesse svolgere indagini con riferimento ad una realtà imprenditoriali di complessità medio-grande, e quindi lavorare ad un piano particolarmente elaborato, difficilmente non verrà recepita dal Tribunale quale ragione a supporto di una decisione conforme alla domanda diretta ad ottenere una proroga del termine in precedenza concesso.

³¹³ Cfr., Cass., 30 gennaio 1997, n. 968, in *Fall.*, 1997, p. 269; Cass., 29 settembre 1993 n. 9758, cit. ed inoltre in *Fall.*, 1994, p. 257.

Ciò non significa che la pendenza di uno o più ricorsi di fallimento impongano il rigetto della domanda di proroga, ma certamente che in tali casi la cautela del giudice nel concedere la proroga debba essere maggiore.

La maggior cautela potrebbe anche spingersi sino a ritenere che in tale fattispecie il Tribunale debba instaurare in contraddittorio con i creditori che abbiano presentato il ricorso di fallimento prima di decidere sulla richiesta di proroga.

Nulla esclude tale possibilità, non certo il fatto che la norma, a differenza di quanto previsto in altri momenti decisionali, non prevede espressamente che il Tribunale possa assumere sommarie informazioni, funzionalmente alla decisione sulla richiesta di proroga stessa.

È quindi ai singoli Tribunali che resta devoluta l'adesione ad un'opzione operativa quale quelle in parola, che impone l'instaurazione del contraddittorio con il creditore che abbia chiesto il fallimento del debitore.

Sembra peraltro certo che tale principio non si possa estendere i casi in cui l'imprenditore, dopo aver depositato una domanda in bianco ritenuta inammissibile, abbia formulato una domanda completa di proposte di piano, oltre che degli altri documenti previsti dall'art. 161, secondo e terzo comma, l. fall.

Il problema che si pone è invece se il debitore, che ha in corso una procedura di concordato, possa, nei casi in cui esso venga arrestato dal Tribunale, presentare una domanda ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l. fall.³¹⁴

La risposta corretta è certamente quella negativa: tale soluzione richiede motivazioni distinte a seconda che sussistano o meno determinate variabili processuali. La prima di tali variabili è la pendenza di ricorso di fallimento, o delle richiesta di fallimento del pubblico ministero.

Se l'ammissione al concordato viene revocata scatta evidentemente la necessità che il Tribunale valuti se esistano i presupposti della dichiarazione di fallimento, senza che sia ipotizzabile una nuova preclusione a ciò, quale quella integrata dalla presentazione della domanda in bianco³¹⁵.

Ove i presupposti della revoca si manifestino prima dell'inizio delle operazioni di voto il debitore ha la possibilità di modificare la proposta e di piano accompagnando la modifica, se sostanziale, con una nuova attestazione. L'esistenza di tale possibilità esclude che sia ammissibile ogni diversa

³¹⁴ G. GABRIELLI, *La vendita con riserva della proprietà nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, II, 1.

³¹⁵ Se invece la revoca dell'ammissione al concordato interviene in una situazione caratterizzata dalla mancanza di soggetti che abbiano chiesto la dichiarazione di fallimento della società debitrice è necessario operare un'ulteriore distinzione.

soluzione, per il debitore che voglia evitare l'esito negativo del procedimento concordatario; in tutti gli altri casi (revoca per mancata approvazione della proposta da parte dei creditori, revoca per mancata omologazione, di soluzione o annullamento del concordato omologato), è necessario comunque escludere che sia ammissibile il ricorso all'istituto della domanda con riserva³¹⁶.

2.2 IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

Nell'introdurre la normativa specifica del concordato preventivo caratterizzato dalla prosecuzione dell'attività di impresa, il legislatore si è ispirato all'idea della netta separazione delle discipline, a seconda che si tratti di concordato con finalità esclusivamente liquidatorie o piuttosto con prosecuzione dell'attività di impresa³¹⁷.

Sotto questo profilo va considerato significativo che, nel passaggio dal decreto-legge alla legge di conversione, sia scomparsa dal primo comma dell'art. 186 *bis* l. fall. l'espressione che considerava comunque applicabile al concordato con continuità, in quanto compatibili, le norme di cui agli artt. 160 ss. l. fall.

La soppressione della clausola di chiusura della disciplina va interpretata come niente più che una manifestazione dell'esigenza di distinguere nettamente le due normative, dal momento che non può esserci dubbio alcuno in merito al fatto che tutte le norme, procedurali sostanziali, che regolano la procedura di concordato preventivo, se non compatibili con l'ipotesi della prosecuzione dell'impresa, restino pienamente applicabili³¹⁸.

Ciò precisato, la disciplina complessiva del concordato con continuità si compone delle norme di cui all'art. 186 *bis*, con l'aggiunta di quelle di cui al quarto comma dell'art. 182 *quinquies*.

Va evidenziato che anche l'art. 182 *sexies*, seppur non riferita esclusivamente al modello di concordato con continuità, pare pensato dal legislatore in funzione della prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

³¹⁶ La norma di cui all'art. 161, nono comma, l. fall. deve infatti essere considerata espressione di un principio generale, che vieta che del cosiddetto *automatic stay* collegato alla mera presentazione della domanda possa affluire il debitore la cui crisi si sia già manifestata con l'apertura di un concordato.

³¹⁷ G. FARNETI, *La fattibilità del concordato in continuità nella prospettiva dell'azionalista*, in *Fallimento*, 2013, 8, 1013.

³¹⁸ A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 4-5, 1086.

Da tale complessiva disciplina scaturisce un quadro normativo di riferimento nell'ipotesi di concordato caratterizzato dalla continuità dell'attività di impresa che, si è attentamente valutato, solo parzialmente rappresenta un'effettiva spinta all'adozione di soluzioni concordatarie di tale natura.

Infatti, vi sono buoni motivi per ritenere che l'evoluzione della normativa integri in parte l'esplicitazione di principi già esistenti, in altra parte una manifestazione dell'esigenza di rafforzare la tutela dei creditori, più che della necessità di intensificare il *favor* rispetto ad una soluzione della crisi che ha il pregio di conservare la vitalità dell'azienda³¹⁹.

L'esordio dell'art. 186 *bis* chiarisce che la disciplina in esame si applica indistintamente a tutti i casi in cui l'imprenditore prosegua nella sua attività di impresa, sia quando la gestione sia diretta e a tempo determinato, sia quando la gestione sia funzionale al mantenimento dei valori in vista di una cessione dell'azienda, realizzabile anche con il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, il tutto a prescindere dal fatto che il piano sottostante la proposta concordataria preveda o meno anche la liquidazione dei beni con cessazione dell'esercizio dell'impresa.

La conseguenza è che in tutti i casi in cui l'azienda passi nella disponibilità di un soggetto diverso dal momento in cui si realizzi passaggio di disponibilità, la normativa di cui all'art. 186 *bis* non possa trovare più applicazione³²⁰.

Il piano che dovesse essere imperniato su un affitto o su una cessione aziendale, sarebbe quindi mettere in continuità, agli effetti previsti dalla disciplina in commento, soltanto sino al momento del passaggio delle consegne.

Non sarebbe affatto un concordato in continuità ove l'affitto o la cessione fossero conclusi prima del deposito della domanda di concordato, o nei casi in cui l'azienda dovesse essere ceduta ad attività imprenditoriali già cessata³²¹.

La norma di cui al comma uno dell'art. 186 *bis* l. fall. appartiene, quindi, a quello di disposizioni che svolgono la funzione tipica di recepire le azioni già condivisa dalla maggioranza degli autori ed operatori, posto che anche prima della sua introduzione non sussisteva dubbio alcuno in merito al

³¹⁹ L. M. QUATTROCCHIO, *Redazione del piano e dell'attestazione nel concordato preventivo in continuità. Disclosure e attività di monitoraggio nella fase di esecuzione. Rassegna della best practice in materia*, in *Nuovo Dir. delle Società*, 2013, 10, 55; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 10, 1222; G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. Fall.*, 2013, 1, 1, 1.

³²⁰ P. VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fallimento*, 2013, 9, 1141.

³²¹ S. CERATO M. BANA, *Concordato preventivo: disciplina speciale per continuità aziendale e contratti pendenti*, in *Fisco*, 2012, 29, 4595.

fatto che il piano imperniato sul cessione dell'azienda, oltre che della parte eventualmente permanente del patrimonio del debitore fosse, sotto un profilo strettamente giuridico, di natura liquidatoria³²².

Così individuate le fattispecie sostenibili nel quadro normativo in esame, quest'ultimo esige che piano concordatario e relazione attestatrice abbiano dei contenuti obbligatori ulteriori, rispetto a quanto previsto dalla disciplina generale del concordato.

Il piano, oltre a contenere un'analitica descrizione delle modalità ed i tempi di adempimento della proposta, secondo quanto previsto dalla lettera e) dell'art. 161 deve contenere l'indicazione dei costi necessari per la prosecuzione dell'attività prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura³²³.

Il secondo comma, lettera c), dell'art. 186 *bis*, infine, introduce la possibilità che il piano possa prevedere una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione poiché prima dell'introduzione della norma nessuno dubitava in merito al fatto che la proposta concordataria potesse contemplare il pagamento ritardato di privilegiati, salvo corresponsione degli interessi al tasso legale, compensativi di ritardato pagamento o, in presenza dei presupposti dell'art. 160 l. fall. calcolo della falcidia conseguente alla mancata corresponsione degli interessi ed attribuzione del diritto di voto per la parte del credito degradata e chirografo in conseguenza del mancato pagamento degli interessi stessi, il significato della norma non può essere altro se non quello di utilizzare una moratoria senza corresponsione di interessi e senza riconoscimento del diritto di voto³²⁴.

Autorizza tale interpretazione, la previsione secondo la quale in tal caso i creditori muniti di cause di prelazione non hanno diritto al voto, nonché quella secondo la quale la moratoria non scatta qualora sia prevista la liquidazione dei beni sui quali sussiste la causa di prelazione.

Tuttavia, poiché il tenore letterale della norma è tutt'altro che chiaro, è possibile sostenere anche la tesi opposta, secondo la quale la moratoria corrisponderebbe alla necessità di attribuire ai creditori che la subiscono gli interessi compensativi del decorso del tempo, interpretando la privazione del

³²² F. FIMMANÒ, *Affitto di azienda, concordato in continuità e fallimento del locatore (nota a Tribunale Roma, 15 maggio 2012, decreto)*, in *Giur. It.*, 2012, 10, 2058; M. ORLANDI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Fisco*, 2012, 46, 7386.

³²³ A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. Fall.*, 2012, 6, 673.

³²⁴ G. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Dir. Fall.*, 2012, 5, 1, 482.

diritto di voto come una conferma del pagamento integrale, che rendendo indifferente alla proposti creditori privilegiati esclude che queste ultime possono votare³²⁵.

Un ulteriore problema interpretativo è quello che inibisce alla possibile assoggettabilità alla moratoria oltre che dei creditori che vanta un privilegio speciale, un'ipoteca un impegno, anche dei creditori assistiti da una causa di prelazione generale. La soluzione più corretta è quella maggiormente estensiva, senz'altro autorizzato dalla lettera della norma, ma soprattutto pienamente compatibile con la fattispecie della prosecuzione dell'attività di impresa funzionali alla cessione dell'azienda da realizzarsi dopo l'omologazione del concordato³²⁶.

In tale ultimo caso il debitore ben potrebbe posporre il soddisfacimento dei creditori assistiti da una causa di prelazione generale alla liquidazione dei suoi beni, ove essi siano integrati dall'azienda oggetto di cessione.

2.3 I LIMITI DEL CONTROLLO DEL TRIBUNALE SULLA FATTIBILITA' DEL PIANO

La legge di conversione del d. l. n. 83/2012 ha introdotto sostanziali rilevanti modifiche sia alla disciplina degli artt. 178 e 179, sia all'art. 180, che regola il giudizio di omologazione.

Le novità sono tali da indurre una diversa definizione, in termini generali, del nostro tema dei limiti del controllo del Tribunale sulla fattibilità del piano³²⁷.

Nella normativa precedente, il favore del legislatore rispetto alla proposta si esprimeva soltanto con la norma secondo la quale nei venti giorni successivi alla data dell'adunanza potessero pervenire soltanto adesioni e non già voti contrari, da cui la conclusione che voti sfavorevoli utili per guadagnare la legittimazione attiva ad opporsi all'omologazione potessero essere espressi soltanto nel corso dell'adunanza dei creditori.

Il principio in parola va considerato letteralmente stravolto dall'introduzione della regola del silenzio-assenso ottenuta con le modifiche dell'art. 178 l. fall. In particolare, al primo comma è previsto che nel verbale dell'adunanza dei creditori venga inserita l'indicazione nominativa dei

³²⁵ M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it.

³²⁶ L. PETTI, *Nel nuovo concordato preventivo non viene meno la continuità con il fallimento (nota a Tribunale di Firenze, sez. III, 7 novembre 2007, decr.)*, in *Foro toscano - Toscana Giur.*, 2008, 1, 58.

³²⁷ M. CATALDO, *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato e del tribunale fallimentare: specialità del procedimento e controllo di legittimità (nota a Cassazione Civile, Sez. I, 4 luglio 2012, n. 11149)*, in *Fallimento*, 2013, 4, 435; G. GIURDANELLA, *Percentuali e tempi di realizzo nel concordato preventivo e controllo del tribunale*, in *Fallimento*, 2013, 10, 1245.

creditori che non hanno esercitato il voto e dell'ammontare dei loro crediti; al terzo comma è previsto che l'eventuale invio dell'adunanza ad un'udienza successiva venga comunicata agli assetti ed infine al comma 4 è prescritto che i creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire il proprio dissenso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica di 20 giorni successivi alla chiusura del verbale. In mancanza, si ritengono consenzienti e come tali sono considerati ai fini del computo della maggioranza dei crediti³²⁸. Le manifestazioni di dissenso e gli assenti, anche presunti in base al comma indicato, sono annotati del cancelliere in calce al verbale.

Il favore del legislatore rispetto a proposta concordataria, quindi, si vede ora nella previsione per cui all'indifferenza dei creditori equivale il voto favorevole, con conseguente ulteriore spostamento dell'asse della tutela verso l'interesse del debitore in crisi.

Non è tuttavia del tutto corretto equiparare la nuova disciplina alle norme che regolano l'approvazione della proposta di concordato fallimentare³²⁹.

Non va trascurato che nel concordato fallimentare non esiste l'adunanza dei creditori, momento che il concordato preventivo funge da elemento privilegiato della corretta informazione dei creditori stessi sui contenuti del piano e sui termini della proposta.

Il nuovo sistema costruito in modo da garantire che l'eventuale mancata espressione del voto equivale e consegue comunque alla attivazione di strumenti possibili siano idonei a consentire ai creditori di conoscere contenuti in termini di piano e proposta concordatari.

Ciò impone che il giudice delegato non possa tener conto del voto favorevole conseguente se non dopo aver rigorosamente verificato che i creditori inerti siano stati correttamente informati della data dell'adunanza³³⁰.

Ne risente anche il *quorum* per la maggioranza, la cui determinazione, a differenza di quanto della complessiva esposizione debitoria dell'imprenditore in concordato, non potrà tenersi conto dei crediti di titolarità di soggetti irreperibili o che in concreto non siano stati raggiunti dalla comunicazione del commissario giudiziale.

³²⁸ I, PAGNI, *Del controllo del Tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento) (nota a Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521)*, in *Corriere Giur.*, 2013, 5, 641.

³²⁹ L. A. BOTTAI, *Il principio maggioritario e l'equivoco nel controllo sulla formazione delle classi (nota a Tribunale di Piacenza, Sez. fall., 18 settembre 2011, decr.)*, in *Fallimento*, 2012, 11, 1380.

³³⁰ A. DIDONE, *Le impugnazioni nel concordato preventivo e il controllo del giudice sui crediti prededucibili (nota a Tribunale di Terni, 6 febbraio 2012)*, in *Fallimento*, 2012, 7, 825.

La modifica della disciplina del giudizio di omologazione risponde alla necessità conseguente alla adozione del principio dell'approvazione mediante silenzio-assenso, di cercare una forma di riequilibrio del sistema.

Si pone dunque il quesito di come vadano valutate le modifiche normative in tema di giudizio di omologazione³³¹.

Che il legislatore, attraverso l'introduzione di correttivi alla disciplina degli articoli 179 e 180 della l. fall., abbia avvertito l'esigenza di riequilibrare il sistema è certamente un dato positivo.

Meno positivamente vanno giudicate le nozze con cui tale necessità è stata realizzata.

L'art. 179, secondo comma, introduce una nuova forma di costituzione nel giudizio di omologazione, non finalizzata all'opposizione, bensì alla modifica del voto già espresso (eventualmente a mezzo del silenzio); di qui la possibilità che il giudizio di omologazione si arresti per la necessità di revocare il provvedimento di cognitivo dell'approvazione della proposta concordataria.

Il procedimento diviene quindi farraginoso e caratterizzato da una sorta di confusione tra le distinte fasi dell'approvazione dell'omologazione.

La conseguenza più diretta di quanto è che l'approvazione della proposta è instabile sino al momento in cui diviene definitivo il decreto di omologazione del concordato³³².

Ciò determina, tra l'altro, l'ulteriore conseguenza che, seppure all'esito dell'adunanza dovessero esserci adesione espressa per un importo superiore al quorum di maggioranza, è sempre necessario attendere la scadenza dei 20 giorni successivi per poter fissare l'importo dei crediti portati dai loro titolari, aventi diritto al voto, che hanno aderito alla proposta in vista dell'eventuale prova di resistenza della maggioranza che è necessario effettuare ove si verifichi l'ipotesi prevista dall'art. 179, secondo comma, l. fall. a ben vedere, la modifica in parola ha un significato ulteriore e ben più rilevanti, importanti sulla nota questi inerente la possibilità del Tribunale di valutare la fattibilità del piano.

Ciò mette in serio dubbio che il Tribunale possa valutare d'ufficio il profilo del peggioramento delle condizioni di fattibilità (tesi ampiamente confermata dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite

³³¹ G. B. NARDECCHIA, *Cessione dei beni e liquidazione: la ricerca di un difficile equilibrio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale* (nota a Tribunale Milano, decr., 28 ottobre 2011), in *Fallimento*, 2012, 1, 92; L. SALVATO, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato preventivo* (nota a Cassazione civile, sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864), in *Corriere Giur.*, 2012, 1, 42.

³³² P. TARANTINO, *I confini del controllo giudiziale in sede di ammissibilità della proposta di concordato preventivo* (nota a Tribunale di Crotone, Sezione fallimentare, 26 ottobre 2011), in *Dir. Fall.*, 2012, 3-4, 2, 408.

della Cassazione n. 1521/2013) ma addirittura apre la questione della permanenza della legittimazione dei creditori *ab origine* dissenzienti ad opporsi all'omologazione per motivi di non fattibilità del piano³³³.

Le Sezioni Unite hanno composto il conflitto determinatosi tra un primo orientamento, in base al quale il Tribunale non può valutare il merito del piano concordatario, con una valorizzazione dell'esclusiva funzionalità degli accertamenti inerenti alla fattibilità (propri del testatore e del commissario giudiziale) alla completa e corretta informazione della massa dei creditori³³⁴, ed un secondo contrario orientamento il quale afferma la possibilità per il Tribunale di verificare di ufficio alla fattibilità del piano in ogni fase della procedura, sulla base della norma di cui all'art. 162, comma 1, l. fall., la quale prevede che il Tribunale possa chiedere integrazione al piano e dai documenti ad essa legati, nonché della necessità di rilevare l'impossibilità dell'oggetto, riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta³³⁵.

I principi espressi tengono peraltro conto delle significative modifiche intervenute con la legge di conversione del d.l. n. 83/2012; in quanto tali sono destinati ad orientare le decisioni dei giudici del merito senza che possa farsi alcuna sostanziale distinzione tra procedimenti iniziati dopo la data dell'11 settembre 2012, regolate dalla nuova disciplina, e quelli introdotti anteriormente, cui le novità normative non si applicano.

Infatti, le valutazioni inerenti alla sussistenza o meno delle condizioni di ammissibilità della domanda e della proposta concordataria, cui il Tribunale chiamato secondo le disposizioni di cui agli articoli 162 e 163 l. fall., sono le medesime che possono giustificare la revoca del

³³³ S. BECUCCI, *Il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione tra adesione dei creditori e divisione in classi* (nota a Corte d'Appello di Firenze, 16 febbraio 2011, decreto), in *Dir. Fall.*, 2011, 5, 2, 468.

³³⁴ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fall. e altre proc. conc.*, 2011, 2, 167 con nota di M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*; Cass., 14 febbraio 2011, n. 3585, in *Fall. e altre proc. conc.*, 2011, 7, 819, con nota di D. GRIFFINI, *L'impugnazione del decreto di omologazione in mancanza di opposizioni al concordato*; Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fall. e altre proc. conc.*, 2011, 4, 403, con nota di N. NISIVOCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, nonché in *Foro it.*, 2011, 7-8, c. 2096, con nota di A. M. PERRINO, *Abuso di diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?*

³³⁵ Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corr. Giur.*, 2012, 1, 39, con nota di L. SALVATO, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato preventivo*, nonché in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 2, 1, 119, con nota di B. PATERNÀ RADDUSA, *Concordato preventivo: il controllo giudiziale sulla fattibilità del piano*, nonché, in senso contrario, in *www.ilfallimentarista.it*, con nota di F. LAMANNA.

provvedimento di ammissione al di fuori dell'ipotesi in cui vengano accertate condotte di natura fraudolenta, secondo quanto previsto dall'art. 173 l. fall.

Analogo perimetro di estensione al giudizio del Tribunale nella fase dell'omologazione, anche qualora non siano presentate opposizioni da parte di soggetti a ciò legittimati.

Nel controllo di regolarità della procedura che il Tribunale deve sempre effettuare, ufficiosamente, nel giudizio di omologazione, vince infatti l'accertamento dell'esistenza di permanenza dei presupposti, formali e sostanziali, che hanno determinato l'organo giurisdizionale ad ammettere il proponente alla procedura.

Ciò posto, nel delineare i limiti di tale controllo, la corte introduce una distinzione concettuale e in parte nuova alla fattibilità giuridica e fattibilità economica³³⁶.

La prima costituisce il terreno di indagine sul quale si gioca l'intervento del giudice.

La seconda, al contrario, è oggetto di valutazione esclusiva dei creditori, in ciò necessariamente orientati dalla relazione della testatore in primis ed in secondo luogo dagli accertamenti svolti dal commissario giudiziale ed esplicitati nella relazione prevista dall'art. 172 l. fall.

La concreta delimitazione del concetto di fattibilità giuridica rappresenta certamente il punto centrale della pronuncia. In essa egli intende, anzitutto, gli aspetti che condizionano l'ammissibilità della proposta, la quale non può essere meritevole di essere portata all'attenzione dei creditori ove si risolva nella violazione di norme giuridiche imperative.

A queste ultime vanno ricomprese, anzitutto, quelle intese ad assicurare la completezza e regolarità della documentazione prodotta in allegato alla proposta, con lo scopo di fornire ai creditori concreti elementi di giudizi³³⁷.

Si allude al piano, che deve indicare in modo analitico le modalità in termini di adempimento della proposta, a tutti gli altri documenti previsti dall'art. 161, comma due, l. fall., ed infine alla relazione della veridicità dei dati della fattibilità del piano, che per poter svolgere la sua funzione informativa deve avere caratteristiche di analiticità ed esaustività³³⁸.

³³⁶ F. MICHELOTTI, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo (nota a Corte d'appello Torino, sez. I, 20 luglio 2009)*, in *Fallimento*, 2010, 8, 964.

³³⁷ G. MINUTOLI, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente "classamento" dei creditori: il punto nella prassi e in dottrina (nota a Tribunale di Biella, ord., 27 aprile 2009)*, in *Fallimento*, 2010, 1, 48.

³³⁸ A. M. PERRINO, *I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto (nota a Corte d'appello di Milano, Sez. IV, decr., 22 aprile 2010; Tribunale di Milano, Sez. II, decr., 13 gennaio 2010)*, in *Fallimento*, 2010, 11, 1290.

A questo livello, quello del controllo di legittimità formale, il Tribunale deve verificare che la relazione attestatrice sia completa ed analitica, così da poter assolvere la sua funzione informativa. Ciò significa che il Tribunale debba garantire il rispetto di tutti principi giuridici sia di diritto civile che concorsuale da cui dipende l'ammissibilità giuridica della proposta.

La Cassazione fa al proposito un esempio concreto: quello di una proposta di cessione di beni di soggetto diverso (ovviamente non consenzienti) dal debito. Ma altre possono essere le ipotesi di manifesta inammissibilità: innanzitutto, la proposta che non prevede soddisfacimento in forma e percentuale alcuna di parte dei creditori, lesiva così dal principio secondo il quale con la proposta di concordato deve essere prospettata la soddisfazione di tutti i creditori. In secondo luogo, la proposta di pagamento falcidiato dei privilegiati accompagnata da un'offerta di pagamento anche dei chirografari, senza che ricorrano pertanto i presupposti previsti dall'art. 160, comma 2, l. fall.³³⁹

Si pensi, ancora, ad un concordato che prevede la cessione solo parziale del patrimonio del debitore senza che tale cessione si accompagni da finanze esterne di valore pari o superiore a quello dei beni che il debitore non cede ai creditori. Una proposta di tal genere sarebbe lesiva del principio di cui all'art. 2740 cod. civ..

Gli esempi di tal genere potrebbero proseguire, essendo numerose le ipotesi in cui la proposta concordataria abbia necessità di essere interdetta da una valutazione di inammissibilità giuridica conseguenti al mancato rispetto di norme imperative.

C'è poi un secondo livello sul quale opera il controllo di fattibilità giuridica della proposta.

È quello inerente all'effettiva idoneità di quest'ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura³⁴⁰.

La causa del concordato, intesa come funzione economica del medesimo, va individuata nel superamento della crisi attraverso il soddisfacimento in una qualsivoglia forma percentuale dei creditori, in un lasso di tempo ragionevolmente breve³⁴¹.

A questo livello il controllo del Tribunale è ancor più intenso, potendosi spingere oltre alla valutazione relativa rispetto delle norme imperative che governano la fattispecie, e dovendo anzi

³³⁹ A. C. MARROLLO, *Controllo del tribunale nel giudizio di omologazione (nota a Trib. Prato 5 dicembre 2005, decr.)*, in *Fallimento*, 2006, 8, 944.

³⁴⁰ V. AMEDOLAGINE, *Il controllo del tribunale sul piano di concordato preventivo: mero riscontro formale dei requisiti o fattibilità del medesimo? (nota a Corte d'Appello di Bologna 15 giugno 2009)*, in *Corriere del Merito*, 2009, 11, 1094.

³⁴¹ Confronta le considerazioni svolte al capitolo III, paragrafi 2 e 2.1, della presente opera.

attenere alla possibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato che in concreto sia stata formulata.

Con ciò non si allude ad un mero controllo formale sull'analiticità e coerenza delle motivazioni, ma qualcosa di ulteriore, che può essere individuato nel controllo relativo alla razionalità delle argomentazioni dell'attestatore.

Evidentemente, la valutazione di razionalità dell'argomentare del professionista non può che scaturire da un confronto tra il contenuto della relazione e di dati del piano cui la relazione si riferisce³⁴².

Ogni qualvolta detta razionalità dovesse mancare (ad ammissione già avvenuta od anche nel corso del giudizio di omologazione, ad approvazione già intervenuta) il Tribunale avrebbe il potere-dovere di arrestare la procedura.

Ne discende che ogni qualvolta il Tribunale dovesse individuare, nella relazione attestatrice, un iter argomentativo non compatibile con il contenuto dei dati del piano, si evidenzerebbe un aspetto di irrazionalità rilevante sotto il profilo della ammissibilità della proposta e della fattibilità del piano.

Un corollario di tale principio è la rilevanza del profilo inerente ai tempi di adempimento della proposta.

Se il Tribunale rilevasse l'incompatibilità del termine di adempimento indicato nel piano con i contenuti del piano stesso, dovrebbe farne discendere l'inammissibilità della proposta o eventualmente la revoca della ammissione che fosse già stata disposta.

Così delineato il concetto di fattibilità giuridica, l'individuazione della nozione di fattibilità economica risulta agevole³⁴³.

Essa infatti coincide con la realizzabilità concreta, nei termini prospettati, della proposta (che del piano costituisce il portato specifico).

La valutazione diagnostica in ordine alla possibilità che creditori vengano soddisfatti secondo le modalità e le percentuali indicate dal debitore e quindi le competenze esclusivamente dei creditori, esattamente come lo è la convenienza della proposta rispetto all'alternativa della liquidazione dei beni in sede di procedura fallimentare.

Ciò significa, nella sostanza, che nel concordato per cessione di beni il Tribunale non ha alcun motivo di interessarsi all'eventuale accertamento da parte del commissario giudiziale dello

³⁴² CORSINI LORENZO, *Concordato preventivo con cessione dei beni: poteri di direzione e di controllo del giudice delegato e del tribunale*, in *Dir. Fall.*, 2002, I, 316.

³⁴³ G. MACRÌ, *Limiti del controllo del tribunale sull'esistenza e la natura dei crediti ammessi al voto nel concordato preventivo (Nota a A. Catania, 7 marzo 1990, Bianca)*, in *Dir. Fall.*, 1991, II, 362.

scostamento della percentuale di soddisfacimento che il debitore deve indicare nella proposta (senza che peraltro essa possa considerarsi vincolante, fatta salva l'espressa e contraria volontà del popolo) e quello in concreto realizzabile.

Il fatto che il giudice non possa esercitare un controllo sulla prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati dall'imprenditore, viene ricondotto alla non inerenza alla causa del concordato, individuata nella soluzione della crisi mediante soddisfacimento in tempo ragionevole ed in una qualche forma o percentuale di tutti i creditori³⁴⁴.

Nella sentenza delle Sezioni Unite vengono esaminati e confutati gli argomenti a sostegno della crisi secondo la quale il Tribunale aveva limitato potere di valutazione del merito del piano e della proposta, in ogni fase della procedura.

Anzitutto, la corte di cassazione afferma in modo esplicito la piena compatibilità di tale sistemazione teorica con un rapporto di subordinazione funzionale del professionista, ritenendo sufficienti per giustificare la posizione giuridica di ausiliari del giudice proprio dal professionista che il Tribunale abbia un obbligo di verifica inerente alla completezza dei dati alla logicità delle argomentazioni ed alla congruità delle conclusioni con i profili il fatto oggetto di esame.

Quanto poi alla previsione di cui al comma uno dell'art. 162 l. fall., la quale prevede la possibilità per i giudici di integrazione al piano ed alla documentazione allegata (argomento portante per i sostenitori della tesi del controllo giurisdizionale sulla fattibilità del piano), essa viene considerata pienamente compatibile con il dovere di controllo della legalità, senza che possa avere l'ulteriore significato di riconoscere al Tribunale un potere di controllo di merito³⁴⁵.

Infine, si esclude la rilevanza sul piano dell'interpretazione della possibilità per il Tribunale di disporre d'ufficio dei mezzi istruttori sia nell'ambito del giudizio di omologazione che nel caso in cui vengono presentate opposizioni, riconducendo tale possibilità ai principi generali del procedimento camerale e dalla rilevanza pubblicistica della procedura concordataria, senza che ciò possa autorizzare a ravvisare un potere giurisdizionale di controllo di merito sul contenuto della proposta.

Ma l'aspetto più significativo dell'argomentare della Cassazione è quello inerente l'incidenza delle modifiche introdotte dalla legge n. 134/2012 in tema di controllo di fattibilità.

³⁴⁴ Cfr., Trib. Milano, 28 ottobre 2011, relativamente al caso del concordato preventivo del "San Raffaele", in *Fall.*, 2012, p. 78, nonché Cass., 10 febbraio 2011, cit.; Cass., 25 ottobre 2010, cit.; Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, cit.

³⁴⁵ M. DI LAURO, *Controllo del tribunale fallimentare sui provvedimenti del giudice delegato (Nota a T. Napoli, 28 giugno 1988, Daniele)*, in *Dir. Fall.*, 1988, II, 1038

Viene valorizzata la novità di cui all'art. 179 l. fall. secondo cui quando il commissario rileva dopo l'approvazione del concordato che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, le dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi in giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'art. 180 per modificare il voto. Partendo da tale disposizione si afferma la piena indifferenza, per il Tribunale, del mutamento delle prospettive di fattibilità del piano intervenuto dopo l'approvazione della proposta da parte dei creditori, da cui la conclusione che tale indifferenza non possa che muovere dall'impossibilità di valutare tali prospettive di fattibilità anche nelle fasi precedenti della procedura.

Si consideri inoltre l'introduzione dell'opposizione all'omologazione per ragioni di convenienza, riservato ai titolari di almeno il 20% dei crediti aventi diritto al voto.

Si evidenzia infine la non inerenza al tema del controllo delle nuove prerogative del Tribunale, chiamato ad utilizzare, con la possibilità di assumere sommarie informazioni strumentali all'esercizio del potere organizzativo, un certo numero di atti del debitore che abbia presentato domanda di concordato con riserva.

3. IL RAPPORTO TRA LE PROCEDURE DI CONCORDATO PREVENTIVO ED IL FALLIMENTO

La pronuncia n. 1521/2013 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione enuclea un principio che in realtà, risalendo ad alta pronuncia³⁴⁶ della Corte di Cassazione di qualche mese precedente a quella delle Sezioni Unite, viene ripreso al fine di escludere che dal rapporto di dipendenza tra le procedure di concordato preventivo il fallimento possa derivare subordinazione della trattazione del procedimento fallimentare all'avvenuta definizione di quella di concordato preventivo. Nella sentenza n. 18190/2012, la Corte esclude esplicitamente che l'ombrello protettivo previsto dall'art. 168 l. fall. sia estendibile al ricorso di fallimento, evidenziando come l'iniziativa diretta ad ottenere la dichiarazione di fallimento non possa essere considerata alla stregua di un'azione esecutiva.

³⁴⁶ Cass., 24 ottobre 2012, n. 18190, con cui la Corte di Cassazione ha chiarito i criteri in base ai quali devono essere regolati i rapporti tra la procedura di ammissione al Concordato preventivo e l'istruttoria prefallimentare, affermando che la decisione sull'immediata dichiarazione di fallimento è rimessa alla valutazione del giudice di merito, essendo venuto meno, nella normativa post riforma, il c.d. "principio di prevenzione", che imponeva la preventiva valutazione sull'ammissibilità della proposta di concordato, in www.ilfallimentarista.it, con nota di F. ROLFI, *I rapporti tra concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: equivoci processuali di una questione sostanziale*.

Ciò significa riconoscere al Tribunale la possibilità di dichiarare il fallimento anche in costanza di procedura concordataria, senza che la sentenza dichiarativa di fallimento debba essere necessariamente preceduta dal decreto che revochi il concordato.

Nel nuovo sistema normativo caratterizzato dall'esistenza del presupposto processuale dell'iniziativa di parte e dalla divergenza tra il presupposto sostanziale del concordato e quello del fallimento, quando il ricorso di fallimento interagisce con la domanda di concordato non è più possibile dichiararlo improcedibile direttamente.

Resta da capire, in caso di contemporanea pendenza di una procedura concordataria e di una procedura fallimentare, se il giudice debba necessariamente disporre la sospensione della seconda in attesa della definizione del concordato.

Non opera infatti alcun principio che imponga proposizione della pronuncia di fallimento all'esaurimento del procedimento di concordato. La contemporanea pendenza di procedura concordataria del procedimento prefallimentare non è, quindi, riconducibile all'ipotesi di sospensione prevista dall'art. 295 cod. pen. e non sono ravvisabili nell'ordinamento casi di sospensione anomala o impropria.

Ne consegue che dei due procedimenti esistono esigenze di coordinamento che può sfociare nel criterio della prevenzione, ma soltanto all'esito di un accertamento operato in concreto dal Tribunale³⁴⁷.

Quest'ultimo è quindi libero di pronunciare sul ricorso di fallimento, senza che sia necessario pronunciarsi previamente sulla domanda di concordato o sulla necessità di revoca dell'ammissione al concordato stesso, ove ritenga di dare preminenza all'esigenza di dare attuazione al principio costituzionale della ragionevole durata del processo o di evitare un uso distorto abusivo dell'istituto concordatario che integri soltanto il mezzo per dilatare tempi necessari alla dichiarazione di fallimento.

Rispetto a tale principio, da cui discende che la consequenzialità ravvisabile fra le due procedure è di carattere logico e non procedimentale, debbono essere svolte alcune considerazioni.

Innanzitutto non vi è dubbio riguardo al fatto che, a prescindere dal dato normativo, la domanda di concordato deve essere esaminata prima del ricorso di fallimento: il ragionamento è comune a quello inerente all'ipotesi in cui, in pendenza di un'istruttoria prefallimentare, venga presentato un ricorso inteso ad ottenere l'omologazione degli accordi di ristrutturazione prevista dall'art. 182 bis

³⁴⁷ F. CASA, *Del rapporto tra istruttoria fallimentare e concordato preventivo: le "vecchie" categorie della "sospensione" e della "improcedibilità", i "nuovi" idoli dell' "abuso del diritto" e "del processo" (nota a Cassazione Civile, Sez. I, 24 ottobre 2012, n. 18190)*, in *Fallimento*, 2013, 6, 702.

l. fall. La soluzione ottimale è la riunione dei due procedimenti, fra i quali esiste un nesso che deve essere qualificato come di pregiudizialità logica dell'uno (concordato preventivo o accordi di ristrutturazione) rispetto all'altro (prefallimentare).

Non c'è dubbio, infatti, che l'accertamento dello stato di insolvenza della debitrice costituisca un necessario presupposto per la dichiarazione di fallimento, e non possa che conseguire ad una valutazione negativa quanto all'esistenza dei presupposti per l'omologazione di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione.

In altri termini, soltanto l'esito negativo del procedimento concordatario e di quello di cui all'art. 182-*bis* l. fall. introduce il tema dell'accertamento dell'insolvenza e del conseguente fallimento³⁴⁸.

Il principio della necessaria pregiudizialità è affermato chiaramente sia dall'art. 162, secondo comma, l. fall., sia dall'art. 173, secondo comma, l. fall., sia dall'art. 179, sia ancora dall'art. 180 della stessa l. fall..

Ma vi è un ulteriore argomento: dopo l'introduzione del cosiddetto *automatic stay* non può esservi dubbio alcuno in merito all'ineluttabilità della sospensione conseguente alla concessione, da parte del Tribunale, del termine per il deposito di piano e proposta da parte del debitore che si sia limitato a presentare la domanda di concordato in bianco, ove si ragionasse in termini di inesistenza di una pregiudizialità processuale si avrebbe la conseguenza, non sostenibile, di escludere la pregiudizialità nei casi in cui la domanda venga accompagnata da tutti documenti previsti dall'art. 161 l. fall. e di ravvisarla invece nella fase successiva alla presentazione della domanda ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l. fall.

4. LA TRANSAZIONE FISCALE EX ART. 182-*TER* L. FALL.

Il primo intervento legislativo volto ad affrontare espressamente e con un approccio innovativo la crisi del debitore nei suoi rapporti con il fisco è da individuarsi nell'art. 3, terzo comma, d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito con modificazioni nella l. 8 agosto 2002, n. 178, che disponeva: *“L’Agenzia delle entrate, dopo l’inizio dell’esecuzione coattiva, può procedere alla transazione dei tributi iscritti a ruolo dai propri uffici il cui gettito è di esclusiva spettanza dello Stato in caso di accertata maggiore economicità e proficuità rispetto alle attività di riscossione coattiva, quando nel corso della procedura esecutiva emerge l’insolvenza del debitore o questi è assoggettato a procedure concorsuali. (...omissis...)”*.

³⁴⁸ F. ROLFI, *I rapporti tra concordato preventivo e dichiarazione di fallimento*, cit., in www.ilfallimentarista.it, 2013.

Come risulta evidente, la norma non attiene specificatamente al debitore imprenditore e tantomeno a quello commerciale né si pone nell'ottica di anticipare, contribuendo al tentativo di evitarla, la dissoluzione dell'azienda in quanto attiene alla condotta dell'Agenzia nel rapporto con qualunque debitore nel momento in cui è già iniziata la procedura di esecuzione coattiva³⁴⁹.

Pur a fronte della limitata portata dell'orizzonte applicativo non vi è dubbio che la disposizione avesse tuttavia un "carattere fortemente innovativo"³⁵⁰ e costituisse un segnale importante del mutato atteggiamento dell'erario, in quanto veniva posto in discussione il principio dell'indisponibilità del credito tributario³⁵¹, inteso come obbligo di perseguire comunque e senza concessioni la riscossione del tributo, seppure, in realtà, nessuna concreta concessione sull'ammontare della pretesa fosse prevista dal momento che il richiamo alla "maggiore economicità e proficuità" della transazione rispetto alle attività di riscossione invitava a prendere atto dell'insussistenza dei presupposti per la integrale acquisizione del dovuto al netto delle spese dell'esecuzione³⁵².

Ma soprattutto la facoltà concessa agli uffici dell'Amministrazione tributaria di giungere ad una "transazione" costituiva un chiaro invito a porsi il problema dell'economicità della riscossione e quindi a fare un bilancio dei costi della stessa, se perseguita nei modi e con i tempi del processo esecutivo, a fronte dei benefici derivanti da un sollecito e certo pagamento e a modificare, di conseguenza, una visione freddamente burocratica dell'attività di acquisizione delle risorse³⁵³.

L'istituto, tuttavia, per ragioni che non è ora il caso di esaminare, non ha avuto nella pratica che una limitatissima applicazione ed è stato espunto dal panorama normativo con l'art. 151 del d. lgs. n. 9 del 2006.

Il nuovo approccio del legislatore in ordine al rapporto tra fisco e debitore in crisi non è tuttavia rimasto senza conseguenze in quanto, in occasione della riforma delle procedure concorsuali e dell'introduzione di nuovi intermediari volti ad anticipare l'emersione della crisi di impresa, è stato compiuto un passo di indubbio rilievo nella stessa direzione e quindi nell'ottica di favorire soluzioni alternative al fallimento, procedura inevitabilmente, nei fatti, a vocazione liquidatoria e dispersiva

³⁴⁹ L. D'ORAZIO, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, in *Giur. merito*, 2011, 2, 416.

³⁵⁰ Confronta la Circolare n. 8/E del 4 marzo 2005 dell'Agenzia delle Entrate.

³⁵¹ A. LA MALFA, *La transazione fiscale, il concordato preventivo ed il concordato fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2009, I, 466; L. MAZZUOCOLO, *Transazione fiscale*, in *Fall.*, 2006, 2258.

³⁵² E. BELLI CONTARINI, *La fiscalità degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis della l. fall.*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 7, 823.

³⁵³ A. DANOVI, M. MASETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il caso SNIA*, in *Riv. dottori comm.*, 2012, 1, 89.

delle potenzialità produttive, con l'introduzione della l. fall. dell'art. 182 ter, rubricato "Transazione fiscale" e quindi mantenendo la qualificazione dell'istituto già utilizzata nel ricordato d.l. n. 138/2002³⁵⁴.

Non pare contestabile che l'intervento sia stato contrassegnato da una buona dose di frettolosità, sol che si consideri che la previsione attinente al trattamento dei crediti tributari privilegiati secondo cui i modi di soddisfacimento non avrebbero potuto essere inferiori a "*quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali*", presupponeva la possibilità che la proposta prevedesse un pagamento non integrale dei crediti muniti da privilegio che invece, alla luce della disciplina allora vigente, era da escludersi³⁵⁵.

Solo con l'emanazione del d. lgs. 12 settembre 2007 n. 169 la disposizione è divenuta concretamente applicabile grazie all'unificazione, quanto al contenuto della proposta, della disciplina del concordato preventivo e di quello fallimentare³⁵⁶.

Con tale ultimo intervento è stato compiuto anche un ulteriore passo in favore dell'impresa in crisi, posto che mentre l'ultimo comma dell'art. 160 nella sua originale formulazione prevedeva che "*Ai debiti tributari amministrati dalle agenzie fiscali non si applicano le disposizioni di cui all'art. 182 bis*" il decreto correttivo ha invece espressamente sancito l'estensione agli accordi di ristrutturazione dei debiti di ciò che era possibile nell'altra procedura anticipatoria³⁵⁷.

Un'ulteriore modifica è intervenuta con l'art. 32 del d.l. 29 novembre 2008 n. 185, conv. in l. 28 gennaio 2009 n. 2, che ha integrato il novero dei crediti di natura non privatistica assoggettabili alla transazione includendo anche i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie nei limiti e con le modalità poi determinate con il Decreto del Ministro del lavoro del 4 agosto 2009 mentre ha chiarito, con riguardo all'IVA, che la proposta può prevedere unicamente una dilazione del pagamento³⁵⁸.

³⁵⁴ F. CATARCI, "*Trust*" autodichiarato e garanzia dei creditori, in *Giur. merito*, 2008, 3, 717.

³⁵⁵ G. ARONICA, *Il nuovo art. 11 comma 2 D.Lgs. n. 74/2000: l'evasione alla riscossione nella transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 11, 1005.

³⁵⁶ L. DEL FEDERICO, *La Corte di Cassazione inquadra la transazione fiscale nel sistema della procedure concorsuali*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 1, 35.

³⁵⁷ C. ATTARDI, *Sul carattere necessario del procedimento amministrativo di transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 5, 553.

³⁵⁸ F. PAPARELLA, *Enti creditizi ed imprese in crisi: la "trasformazione" dei crediti in partecipazioni nel sistema delle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 11, 1053.

Infine, con l'art. 23, c. 43, del d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011 n. 111, è stato stabilito che *“In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182 bis e 182 ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni”*³⁵⁹.

Come è facilmente intuibile, una simile stratificazione di interventi non giova alla solidità dell'impianto normativo che non a torto è stato definito *“fragile ed esposto alla brezza della causalità”*³⁶⁰.

Quanto alla natura della transazione fiscale, giova premettere che non pare che il legislatore si sia preoccupato particolarmente del significato tecnico del termine *“transazione”*, posto che *“La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro”* (art. 1965 cod. civ.) e non può certo dirsi nozione acquisita quella secondo cui gli accordi in materia tributaria, sia pure in ambito concorsuale o paraconcorsuale, possano definirsi contratti e comunque, ad esempio, nell'accordo di cui al citato art. 3, c. 3, del d.l. 8.7.2002, n. 138 non è ravvisabile alcuna concessione sulla pretesa da parte del fisco, che si limita a prendere atto che dall'esecuzione non otterrebbe di più di quanto proposto, né da parte del debitore che si limita ad offrire una parte dell'importo azionato pur non avendo, in ipotesi, contestato né il titolo, né le modalità esecutive³⁶¹.

Può allora convenirsi con l'opinione secondo la quale la transazione fiscale, che non è un istituto autonomo, ma può avere vita solo nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, necessariamente assume la natura della procedura cui accede per cui l'individuazione della stessa risente dell'opinione che si segue in ordine alla natura dell'accordo tra debitore e creditori e del rilievo e del ruolo dell'omologazione del medesimo³⁶².

Mentre in tema del recente istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti la giurisprudenza di legittimità non si è ancora pronunciata, la Corte è intervenuta sul punto con riferimento al

³⁵⁹ M. FERRO, *La nuova legislazione sociale nelle procedure concorsuali: norme di settore ed agevolazioni alla gestione della crisi*, in *Fall.*, 2011, 909. Cfr. anche D. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. GHIA, Torino, 2011, 683.

³⁶⁰ A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, 6, 1236.

³⁶¹ B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Riv. dottori comm.*, 2011, 4, 815.

³⁶² I. L. NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, 1129.

concordato preventivo rifiutando la ricostruzione del medesimo come patto di remissione del debito, anche in base al rilievo che la remissione libera i coobbligati e i fideiussori (art. 1239 cod. civ.) mentre l'art. 184 l. fall. esclude un tale effetto. Piuttosto la Cassazione ha ricostruito il fenomeno come “*pactum de non petendo*” per la parte eccedente la percentuale concordataria³⁶³.

Non vi è dubbio che la ricostruzione della natura del concordato come effettuata dalla Suprema Corte sia condivisibile per quanto concerne la posizione dei creditori diversi dal fisco dal momento che l'approvazione del concordato vincola i medesimi ad accettare la percentuale concordataria e le modalità di soddisfacimento proposte, escludendo l'azionabilità di ogni ulteriore pretesa attinente a tali profili mentre li lascia liberi di contestare, nell'ambito di un ordinario giudizio di cognizione, il *quantum* dovuto indicato da debitore proponente o dal commissario giudiziale o l'eventuale prelazione non riconosciuta se questi non sono consacrati in un giudicato³⁶⁴.

Non necessariamente identica è invece la posizione dell'Amministrazione fiscale³⁶⁵. Se invero può qualificarsi la c.d. transazione come *pactum de non petendo* per la parte oggetto di falcidia quando la pretesa è definitiva perché non più soggetta a contestazione giudiziale, quando invece la proposta accettata dal fisco e omologata ha ad oggetto tributi ancora non definiti la effettiva natura transattiva dell'accordo riaffiora³⁶⁶. In tale ipotesi, infatti, il debitore non solo propone un pagamento ma rinuncia anche a contestare la pretesa in quanto l'eventuale contenzioso in atto si deve necessariamente estinguere³⁶⁷. Il fisco, per parte sua, da un lato accetta la percentuale di pagamento proposta (mentre è dubbio se la proposta stessa possa riguardare anche le modalità di soddisfacimento diverse dalla dazione di denaro) ma dall'altro consente alla definizione sulla base dei dati al momento conosciuti di tutte le pretese traenti causa da fatti anteriori alla proposizione della domanda di concordato³⁶⁸. Si può allora parlare di vera e propria transazione in quanto si è in presenza di una *res dubia*, di un contenzioso in atto o potenziale e, infine, della volontà delle parti di chiudere ogni vertenza tra loro tramite reciproche concessioni soprattutto se si concorda con la

³⁶³ Cass., 7 maggio 1992, n. 5424, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992, 5, nonché in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 2021 ed in *Fall.*, 1992, p. 809.

³⁶⁴ R. CORRADO LEDA, *Esistenza e inerenza dei costi infragruppo: su chi grava l'onere della prova?*, in *Diritto e Giustizia online*, 2012, 654.

³⁶⁵ A. ROSSI, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Giur. comm.*, 2001, 3, 356.

³⁶⁶ G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, 385.

³⁶⁷ C. SCALINCI, *Nota a Commissione Tributaria Provinciale di Savona del 7 marzo 2012*, in *Giur. merito*, 2012, 6, 1440.

³⁶⁸ P. TARIGO, *Elusione del diritto interno e, cosiddetto, “abuso del trattato”*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 4, 349.

tesi, di cui *infra*, che vuole che il consolidamento consista anche nella impossibilità per l'Amministrazione di avanzare pretese ulteriori rispetto a quelle comunicate al debitore in ossequio al dettato dell'art. 182 ter: ne deriverebbe infatti che il fisco, a fronte dell'offerta di pagamento nella misura e nei tempi della proposta, rinuncerebbe necessariamente anche alla possibilità di effettuare ulteriori accertamenti per le annualità per cui non si è ancora verificata la decadenza³⁶⁹.

A tale ricostruzione non osta il principio dell'indisponibilità del credito tributario dal momento che, come è stato evidenziato dalla dottrina, detto principio non è di rango costituzionale e soffre di specifiche eccezioni laddove una particolare disposizione autorizza l'Amministrazione a derogare allo stesso e tale è la norma sulla transazione fiscale in quanto la strutturazione della stessa come proposta del debitore, eventualmente modificata in esito alla comunicazione del dovuto, e voto sulla stessa da parte dell'Amministrazione evidentemente presuppone l'esistenza di un margine di valutazione da parte di quest'ultima sull'opportunità di rinunciare ad una parte della pretesa³⁷⁰.

Relativamente al contenuto della proposta di transazione fiscale, possono esserne oggetto solo i tributi amministrati dalle agenzie fiscali, ad eccezione delle risorse proprie dell'unione europea, e i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

Sono quindi esclusi i tributi locali gestiti direttamente dalle amministrazioni locali, con l'eccezione dunque dell'IRAP che pur essendo un'imposta regionale è amministrata dall'Agenzia delle entrate.

Sono pure esclusi i dazi doganali di competenza dell'unione europea.

Espressamente escluse sono infine l'IVA, il pagamento del cui importo può essere solo dilazionato con modalità, si ritiene, non necessariamente limitate a quelle previste dalla legislazione fiscale, e le ritenute operate non versate³⁷¹.

La proposta, che può essere anche parziale, può comprendere oltre ai tributi, anche gli accessori. Mentre non vi è dubbio che in tale ultima categoria rientrino gli interessi³⁷², si discute se la stessa ricomprenda anche le sanzioni che a rigore non sono accessori del tributo. Tenuto conto della ratio della norma, volta evidentemente a favorire l'uscita dell'impresa dalla crisi, pare preferibile non escludere tale voce dal possibile contenuto della proposta.

³⁶⁹ C. FRIGENI, *Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 5, 537.

³⁷⁰ P. RIVA, *Redigere e attestare i dati prospettici nei piani di risanamento, negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi. Criticità e riferimenti ai principi di revisione*, in *Riv. dottori comm.*, 2009, 3, 575.

³⁷¹ D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 4, 1195.

³⁷² F. MACARIO, *Compatibilità costituzionale delle azioni revocatorie promosse nel corso del piano di ristrutturazione dell'impresa in crisi e sistema della responsabilità patrimoniale: cronaca di una frattura annunciata?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 4, 491.

Poiché l'art. 182 *ter* dispone che può proporre il pagamento parziale dei tributi e dei contributi “il debitore” (così sia nel primo comma attinente al concordato preventivo che nel sesto che riguarda gli accordi di ristrutturazione) si è posto il problema se con tale definizione si fosse inteso indicare, come è tradizione per le procedure di crisi, l'imprenditore commerciale soggetto al fallimento oppure estendere l'opzione transattiva a qualunque debitore³⁷³.

Se si tiene conto della necessaria accessorietà della transazione fiscale al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti il dubbio non ha pacificamente ragion d'essere quanto alla prima procedura, pacificamente riservata all'imprenditore descritto nell'art. 1 della l. fall. con le esclusioni ivi previste.

Apparentemente più dubbio è l'accesso all'istituto *de quo* inserito nell'altra procedura. La norma si limita a indicare il soggetto interessato agli accordi come “l'imprenditore in stato di crisi” (nella prima formulazione legittimato era addirittura genericamente “il debitore”) e quindi si pone il problema se lo stesso sia da individuare in qualunque soggetto qualificabile come imprenditore e quindi anche l'imprenditore e quindi anche l'imprenditore agricolo (in realtà poi espressamente ammesso), l'imprenditore pubblico e il piccolo imprenditore, inteso come soggetto che non raggiunge i parametri dimensionali, oppure se sia necessario che sussistano gli stessi requisiti soggettivi che sono previsti dall'art. 1 per gli imprenditori soggetti al fallimento e al concordato preventivo³⁷⁴.

A parte l'utilizzo della stessa espressione letterale (“imprenditore in stato di crisi”) che si rinviene nell'art. 160 (“imprenditore che si trova in stato di crisi”) e il richiamo alla necessità che il ricorso per l'omologazione degli accordi in esame sia accompagnato dalla stessa documentazione prevista a corredo della domanda di concordato preventivo, che sono elementi indubbiamente indicativi ma non certo decisivi, ciò che induce a ritenere che sussista la limitazione all'accesso alla procedura ai soli imprenditori commerciali assoggettabili al fallimento è la stessa ragion d'essere dell'intervento pubblico costituito dalla regolamentazione dell'istituto e dalla previsione della necessità del controllo giurisdizionale che si estrinseca nel provvedimento di omologazione³⁷⁵.

Posto infatti che di per sé l'accordo stipulato tra il creditore e i suoi debitori non necessiterebbe di alcuna ingerenza pubblica dal momento che vincola unicamente coloro che liberamente vi

³⁷³ R. SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, 4, 609.

³⁷⁴ P. CARRIÈRE, M. BASCELLI, *La fiscalità “indiretta” negli accordi esecutivi delle “soluzioni negoziate della crisi d'impresa”*. *Nihil sub lege novi*, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 1, 63.

³⁷⁵ E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 3, 295.

aderiscono, tanto che nessuna limitazione è prevista in ordine al contenuto dello stesso, la necessità dell'intervento è determinata dalla circostanza che per favorire il consenso dei creditori al piano di ristrutturazione il legislatore ha previsto un incentivo che dovrebbe tranquillizzare i medesimi in ordine alle conseguenze della mancata riuscita del piano³⁷⁶. Tale incentivo non si rinviene nella norma in esame ma nell'art. 67, co. 3, lett. e) che dispone nel senso che siano esenti da revocatoria "gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione ... dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182 bis"³⁷⁷. Ma il tipo di agevolazione predisposto per gli aderenti al progetto chiarisce anche nello stesso tempo in modo inequivoco quali siano gli imprenditori cui è riservato l'istituto in quanto offrire come incentivo per coloro che aderiscono al piano non già, ad esempio, agevolazioni fiscali utilizzabili da qualunque imprenditore ma unicamente l'esenzione dalla revocatoria in caso di fallimento presuppone che tale esito sia astrattamente possibile e quindi che il proponente sia un imprenditore soggetto alla procedura concorsuale liquidatoria³⁷⁸.

Conferma infine tale interpretazione la richiamata disposizione di cui all'art. 23 del d.l. n. 98/2011 in quanto se il legislatore ha ritenuto di dover prevedere espressamente che gli imprenditori agricoli possano accedere agli accordi di ristrutturazione e alla transazione fiscale significa che in difetto di tale previsione ciò non sarebbe stato possibile e quindi che con la locuzione "il debitore" prima e "l'imprenditore" poi si fosse voluto indicare in realtà il debitore o l'imprenditore fallibile³⁷⁹.

E' il caso di osservare, quanto a quest'ultima disposizione, che la previsione secondo cui "gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182 bis e 182 ter del r. d. 16 marzo 1942, n. 267" non può essere intesa come facoltizzante i medesimi ad utilizzare anche separatamente i due intermediari. Mentre infatti nulla osta a che l'imprenditore agricolo acceda agli accordi di ristrutturazione senza per questo avvalersi della transazione fiscale non è vero il contrario in quanto non solo non appare logico che solo a tale categoria sia consentito l'utilizzo della transazione fiscale al di fuori della connessione con una procedura di crisi ma soprattutto perché lo specifico accordo col fisco non è gestibile

³⁷⁶ L. BALESTRA, *Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, 593.

³⁷⁷ A. COSTA, A. FANELLI, A. TAFURO, *Il ruolo degli organi societari nella procedura di concordato preventivo*, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 2, 343.

³⁷⁸ F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 1, 102.

³⁷⁹ F. GUERRERA, M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc.*, 2008, 1, 17.

autonomamente in quanto la sua disciplina è indiscutibilmente connessa con quella degli intermediari in discorso³⁸⁰.

Fatte queste premesse, è opportuno rammentare qual è lo stato dell'arte nella giurisprudenza di legittimità che, nella materia che qui interessa, ha affrontato, con la sentenza n. 22932/2011 (e la gemella n. 22931/2011) pronunciata in tema di concordato preventivo, alcuni aspetti problematici³⁸¹: facoltatività o obbligatorietà della transazione fiscale e regime dell'IVA.

La prima questione, che è stata oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza di merito e della dottrina, in maggioranza schierate per la facoltatività della transazione fiscale, contestata invece dall'Amministrazione che sul punto si è pronunciata con la Circolare n. 40/E del 2008, non trova un'appagante soluzione nel senso della non obbligatorietà dello speciale rito sulla base del mero dato letterale secondo il quale "con il piano di cui all'art. 160 il debitore *può* proporre il pagamento ... dei tributi" che altro non è che la ripetizione della formula contenuta nel citato art. 160 secondo la quale "L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo"³⁸².

La Corte è partita dall'esame delle variazioni all'ordinario procedimento concordatario che comporta il ricorso al sub procedimento della transazione fiscale evidenziando come diversi siano innanzitutto gli obblighi imposti alle parti direttamente interessate e cioè al debitore e al fisco³⁸³.

Il primo deve provvedere nei confronti dell'Amministrazione fiscale (ricomprendendo in questa per semplicità espositiva anche il concessionario per la riscossione, ora agente per la riscossione) ad una formalità alla quale non è tenuto nei confronti degli altri creditori e cioè alla comunicazione, contestualmente al deposito del ricorso per il concordato presso la cancelleria del Tribunale, della copia della domanda e della relativa documentazione³⁸⁴. Tale adempimento è finalizzato a sollecitare l'ufficio fiscale ad un'attività anch'essa peculiare che non è invece richiesta agli altri creditori e cioè a certificare l'ammontare complessivo del debito tributario mediante la comunicazione di quello già accertato e di quello conseguente alla liquidazione delle dichiarazioni,

³⁸⁰ M. FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Giur. comm.*, 2012, 2, 298.

³⁸¹ L. D'ORAZIO, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, in *Giur. merito*, 2012, 4, 891.

³⁸² E. DI GIACOMO, *Condotta elusiva sempre sanzionata*, in *Diritto e Giustizia online*, 2011, 445.

³⁸³ M. BUSSOLETTI, *Bilancio e revisione contabile: sette anni di disciplina all'ombra degli IAS e delle direttive comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2011, 6, 1116.

³⁸⁴ E. D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, 1157.

compresa la dichiarazione integrativa relativa al periodo sino alla data di presentazione della domanda, “al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale”³⁸⁵.

Diversi da quelli che si verificano per gli altri creditori e per il debitore sono anche gli effetti dell’omologazione del concordato contenente la raggiunta transazione fiscale.

In primo luogo si “consolida” il debito tributario³⁸⁶. Tale formulazione, che è evidentemente atecnica, in quanto nel tessuto normativo con detta espressione viene definita una modalità opzionale di calcolo della tassazione dei redditi di un gruppo di imprese (artt. 117 e segg. TUIR), ha di conseguenza nella disposizione in esame un significato, che può essere anche complesso, non ancora univocamente definito e sul punto di tornerà in seguito³⁸⁷. Qui è sufficiente rilevare che il chiarimento operato riassuntivamente dal fisco circa l’ammontare delle sue pretese giova quantomeno alla leggibilità della proposta³⁸⁸.

Positivamente fissata dalla norma, invece, quale conseguenza dell’omologazione dell’accordo anche sul debito tributario, è l’estinzione dei giudizi in corso aventi ad oggetto i tributi concordati, effetto, questo, che non si verifica per gli altri creditori i quali quando votano sulla proposta concordataria sostanzialmente formulano il loro consenso solo in relazione alla percentuale o alle modalità di soddisfacimento prospettate ma possono non solo proseguire l’eventuale contenzioso in corso ma iniziarlo anche ex novo se in disaccordo con l’ammontare o la qualità dei crediti indicati nella domanda³⁸⁹.

In definitiva, dunque, diverse sono le conseguenze tra un concordato senza transazione fiscale nel quale il fisco sia trattato come qualunque altro creditore e quello, invece, in cui la transazione venga perseguita con le modalità indicate e quindi ben diversi sono vantaggi e svantaggi delle due soluzioni³⁹⁰.

³⁸⁵ M. MICCINESI, *Le frodi carosello nell’Iva*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 12, 1089.

³⁸⁶ P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi di impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori nel confronto fra la riforma francese della procédure de conciliation e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 1, 11.

³⁸⁷ D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. notariato*, 2012, 6, 1257.

³⁸⁸ A. DI GERONIMO, *60 giorni per ricorrere in Cassazione contro l’omologazione del concordato preventivo*, in *Diritto e Giustizia online*, 2011, 400.

³⁸⁹ D. CONTE, *Il problema della natura privilegiata del credito Ici: i limiti derivanti dal dato testuale e le aperture della Suprema Corte sul fronte dell’interpretazione estensiva delle disposizioni di favor*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 11, 539.

³⁹⁰ L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo “tagliando” a tre anni dal “decreto competitività”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 1, 46.

Con la transazione fiscale il debitore ottiene il vantaggio della apprezzabile o assoluta certezza sull'ammontare del debito (a seconda del significato che si vuole attribuire al consolidamento) e quindi una maggiore trasparenza e leggibilità della proposta con conseguente maggiore probabilità di ottenere, oltre all'assenso del fisco, anche quello degli altri creditori. Tutto ciò ha però un costo che è dato dalla sostanziale necessità di accogliere tutte le pretese dell'Amministrazione, non essendo plausibile che la stessa, dopo aver indicato il proprio credito, accetti in questa sede di ridurlo³⁹¹.

Escludendo il ricorso alla transazione fiscale il debitore non ottiene i richiamati benefici ma può optare per la contestazione della pretesa erariale in vista di un minore esborso³⁹² se gli importi in contestazione non incidono in modo rilevante e se quindi il consenso del fisco non è decisivo ai fini del raggiungimento della maggioranza.

Ma non vi è dubbio che l'esame della possibilità dell'alternativa presuppone innanzitutto che si accerti se il consenso del fisco sia comunque indispensabile per l'omologazione del concordato o se la falciatura del credito fiscale possa intervenire anche in presenza del voto contrario dell'Amministrazione³⁹³.

Oltre a ciò, e senza considerare l'incongruenza di attribuire un peso determinante alla volontà dell'Amministrazione pur quando, ad esempio, voti contro anche in presenza di una proposta conforme alle sue aspettative semplicemente per la ritenuta non fattibilità del piano, non può ignorarsi una considerazione di carattere generale e cioè che la sostanziale attribuzione del diritto di veto al fisco renderebbe assai più difficile l'accesso al concordato in quanto il debitore sarebbe tenuto ad accettare *in toto* le pretese fiscali per poter accedere alla transazione e questo non si

³⁹¹ E. BERTACCHINI, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani attestati di risanamento nel quadro della l. fall. riformata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 2, 181.

³⁹² L. D'ORAZIO, *La pronuncia di omologazione dell'accordo di ristrutturazione da parte della Corte di Appello*, in *Giur. merito*, 2013, 3, 601.

³⁹³ Al quesito la Corte risponde nel senso della seconda alternativa. A ciò perviene valorizzando innanzitutto il disposto dell'art. 184 l. fall. laddove, enunciando gli effetti del concordato, sancisce che "Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura del concordato". La tassatività della disposizione, e quindi l'affermazione del principio secondo il quale l'assetto dei crediti (inteso quale definizione della percentuale di pagamento o delle modalità alternative di soddisfacimento) quale emerge dalla proposta omologata obbliga tutti i creditori indipendentemente non solo dal loro voto favorevole o contrario ma dalla stessa loro partecipazione al procedimento, porta ad escludere la possibilità di un particolare statuto per il fisco, non essendo revocabile in dubbio che un'eccezione al principio, se voluta e per le conseguenze pratiche che comporta, sarebbe stata espressamente inserita dal legislatore in occasione della formulazione della disposizione dedicata alla materia.

concilia con l'evidente volontà del legislatore di valorizzare e favorire la soluzione concordataria anche sacrificando forme di tutela prima presenti, come dimostra, ad esempio, l'eliminazione della doppia maggioranza³⁹⁴.

Ciò sarebbe di per sé sufficiente a porre in dubbio l'obbligatorietà della transazione fiscale in quanto era assolutamente pacifico nella vigenza della disciplina del concordato antecedente alla stagione delle riforme che anche il credito tributario potesse essere oggetto di falcidia (ovviamente se chirografario) e che, più in generale, il fisco potesse essere trattato come qualunque altro creditore. Se dunque si predicasse l'obbligatorietà della transazione fiscale con ciò che comporta in termini di sostanziale assoggettamento alla pretesa erariale la possibilità del debitore di accesso al concordato ne verrebbe grandemente pregiudicata in stridente contrasto con le intenzioni del legislatore³⁹⁵.

A parte tale considerazione è comunque l'accertata irrilevanza (nei termini sopra chiariti) del voto dell'ufficio che convince della facoltatività del ricorso alla transazione fiscale³⁹⁶.

A riprova, e come esemplificato dalla Corte, è sufficiente valutare i possibili sviluppi della procedura nell'ipotesi in cui lo speciale subprocedimento venga invece attivato³⁹⁷.

In primo luogo è possibile che, pur sollecitata dalla comunicazione di copia della domanda di concordato, l'Amministrazione non si attivi trasmettendo la richiesta documentazione. Poiché evidentemente il procedimento non può subire un'interruzione per l'inadempienza dell'ufficio si deve procedere ugualmente agli ulteriori adempimenti e quindi alla votazione e, se la maggioranza è comunque raggiunta, al giudizio di omologazione il cui esito, come chiarito, non può essere condizionato dalla mancanza del voto favorevole dell'erario³⁹⁸.

Stesso esito, infine, se i conteggi del debitore e del fisco coincidono o se il secondo comunque si adegua alla pretesa risultante dal consolidamento ma l'erario esprime ugualmente voto non

³⁹⁴ G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 1, 16.

³⁹⁵ D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 10, 579.

³⁹⁶ F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497 quinquies cod. civ. e sull'art. 182 quater l. fall.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 5, 523.

³⁹⁷ A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della l. fall.*, in *Riv. notariato*, 2006, 2, 321.

³⁹⁸ Un esito analogo si verifica se l'ufficio adempie al proprio obbligo ma il contribuente debitore ritiene di non doversi adeguare alla pretesa e quindi non modifica la proposta (se non appostando una congrua riserva) manifestando l'intenzione di proseguire nell'eventuale contenzioso in corso e di volersi opporre ad eventuali ulteriori pretese. Tale atteggiamento sarebbe infatti perfettamente lecito, non potendosi evidentemente subordinare l'omologabilità del concordato alla rinuncia del debitore a difendersi nei confronti del creditore-fisco né potendo tale rinuncia ritenersi implicita nella richiesta di transazione fiscale quando ancora il quadro delle pretese (consolidamento) non è definito.

favorevole³⁹⁹; questa ipotesi è possibile in quanto non può negarsi al fisco la facoltà di non aderire alla proposta, vuoi perché ritiene non soddisfacente il trattamento prospettato e più favorevole l'ipotesi fallimentare, vuoi perché giudica non fattibile il piano⁴⁰⁰.

Ma se così è, e se quindi pur in presenza di un tentativo di transazione fiscale non riuscito il concordato può essere ugualmente omologato, non è dato intendere perché un tale tentativo debba comunque essere effettuato se il debitore ritiene *ab origine* di non voler perseguire alcun accordo particolare col fisco perché già ne conosce le pretese, le ritiene infondate ed è disposto a correre il rischio del voto contrario dell'ufficio⁴⁰¹.

La ritenuta obbligatorietà della transazione fiscale, intesa come necessario interpello dell'erario, pur in presenza della volontà del debitore di non voler accettare di pagare un debito superiore a quello già considerato nella proposta presuppone la dimostrazione dell'esistenza di un interesse concreto e degno di tutela dell'Amministrazione ad essere comunque sollecitata a svolgere le attività previste dall'art. 182 *ter*, interesse che non è dato ravvisare, posto che l'ufficio, pur in assenza dell'interpello, non viene minimamente pregiudicato nel suo diritto di evidenziare compiutamente le sue pretese (anche in sede di adunanza e ai fini del voto) e di perseguirne l'accertamento prima e il soddisfacimento poi, ovviamente e come tutti i creditori nei limiti della percentuale omologata⁴⁰².

La seconda e consequenziale domanda che si è posta la Corte è questa: una volta optato per la formulazione della proposta di concordato senza transazione fiscale il credito IVA può essere oggetto di falcidia? La risposta è stata negativa⁴⁰³.

Con l'art. 32 del d.l. 29 novembre 2008 n. 185 è stato modificato il primo comma dell'art. 183 *ter* l. fall. e tra l'altro è stata introdotta la precisazione secondo la quale “*con riguardo all'imposta sul*

³⁹⁹ G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 4, 605.

⁴⁰⁰ In tutti questi casi, non essendo dirimente il voto erariale, il concordato, sussistendo gli altri presupposti, può comunque essere omologato con la conseguenza che il fisco deve accettare l'esito del procedimento come ogni altro creditore, fermo restando che la mancata adesione comporta il non verificarsi dei particolari effetti della transazione fiscale (consolidamento del debito inteso come non modificabile manifestazione della pretesa ed estinzione dei giudizi in corso) che sono chiaramente subordinati all'omologazione, in uno con il concordato, della connessa transazione fiscale, non potendo né il debitore né il fisco rimanere pregiudicati nei rispettivi diritti se non hanno concordemente accettato l'assetto degli interessi che tale pregiudizio giustifica.

⁴⁰¹ P. QUARTICELLI, *Omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e controllo giudiziale sull'attuabilità dell'accordo: orientamenti e prime divergenze giurisprudenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 6, 753.

⁴⁰² A. TERLIZZI, *Spetta al contribuente provare che la somma è stata erogata a titolo risarcitorio*, in *Diritto e Giustizia online*, 2012, 51.

⁴⁰³ L. SALVATORE, *Atto di destinazione e crisi d'impresa: strumento a tutela o contro le procedure concorsuali*, in *Riv. notariato*, 2012, 5, 1085.

valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento”, disposizione in seguito estesa anche alle ritenute previdenziali effettuate e non versate⁴⁰⁴.

Trattandosi di disposizione che comporta un’eccezione al principio generale della riduzione concordataria, deve esserne data una lettura restrittiva e quindi limitata all’imposta con esclusione delle sanzioni⁴⁰⁵.

Tanto premesso per il concordato con transazione fiscale la questione che si è posta, come preannunciato, è se l’intangibilità dell’IVA sussista solo se viene attivato detto procedimento oppure se sia indipendente dell’opzione del debitore e quindi si imponga anche nel caso in cui la transazione speciale non venga perseguita ma la proposta tratti il fisco come ogni altro creditore⁴⁰⁶.

La Corte ha ritenuto corretta la seconda soluzione, osservando innanzitutto, in linea generale, che non avrebbe alcuna giustificazione logica e che quindi non sia credibile che il legislatore abbia inteso lasciare alla scelta discrezionale del debitore assoggettarsi all’onere dell’integrale pagamento dell’IVA, imposta armonizzata a livello comunitario sulla cui gestione, si ribadisce, gli Stati non sono esenti da vincoli (si veda Corte giustizia CE, sez. V, 11/12/2008, n. 174), optando per la transazione fiscale oppure avvalersi della possibilità di proporre un pagamento parziale decidendo per il concordato senza transazione e quindi rimanendo vincolato solo all’obbligo di pagare integralmente il debito nei limiti del valore dei beni sui quali grava la garanzia.

A parte tale considerazione, ciò che è dirimente in ordine all’inderogabilità della disposizione qualunque sia l’opzione del creditore è la natura della stessa in quanto non si tratta di norma processuale come tale connessa allo specifico procedimento di transazione fiscale ma di norma sostanziale in quanto attiene al trattamento dei crediti nell’ambito dell’esecuzione concorsuale

⁴⁰⁴ La disposizione ha troncato la discussione in corso circa la ricomprensione o no dell’IVA tra “i tributi costituenti risorse proprie dell’Unione europea” esclusi dalla possibilità di falcidia fin dall’originaria formulazione della norma. Da rilevarsi che, secondo la Corte, la disposizione non è innovativa ma si pone su di un piano di continuità con il primitivo dettato legislativo (per l’analogo rapporto tra riforma e decreto correttivo: Cass. civ. sent. n. 22150/10) chiarendone e confermandone l’interpretazione secondo la quale pure questo si riferisce anche all’IVA, dovendosi intendere il richiamo al tributo come risorsa riferito non già al gettito effettivo (venendo in realtà il contributo per IVA calcolato prescindendo da questo) ma bensì alla specie di tributo individuata quale parametro per il trasferimento di risorse all’Unione e la cui gestione, sia normativa che esecutiva, è di interesse comunitario e come tale sottoposta a vincoli. Da ciò consegue la non predicabilità della esclusione della falcidia dell’IVA anche per i concordati in cui si è optato per la transazione fiscale ai quali non sia applicabile *ratione temporis* la recente modifica legislativa sul punto.

⁴⁰⁵ A. DANOVI, M. MASETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il caso SNIA*, in *Riv. dottori comm.*, 2012, 1, 89.

⁴⁰⁶ M. C. MARTINO, *Alcune questioni in tema di limiti all’autonomia privata nella predisposizione del piano di concordato: formazione obbligatoria delle classi e crediti postergati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 1, 14.

dettata da motivazioni che attengono alla peculiarità del credito e prescindono dalle particolari modalità con cui si svolge la procedura di crisi⁴⁰⁷.

In proposito, la Corte ha chiarito che deve escludersi che la necessità dell'integrale pagamento dell'IVA comporti quella dell'integrale pagamento di tutti i crediti privilegiati con grado anteriore in ossequio al principio secondo cui "Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione" (art. 160, c. 2, u.p., l. fall.)⁴⁰⁸.

La disposizione che sostanzialmente esclude il credito IVA da quelli che possono formare oggetto di transazione, quanto meno in ordine all'ammontare del pagamento, è infatti una disposizione eccezionale che, come si è osservato, attribuisce al credito in questione un trattamento peculiare e inderogabile. La norma invocata da chi sostiene la diversa soluzione (art. 160 c. 2) attiene per contro unicamente al trattamento aggiuntivo rispetto a quello imposto *ex lege* (ancorato al valore dei beni oggetto della garanzia) che viene deciso discrezionalmente dal debitore ma che trova appunto un limite nel rispetto del grado di rilevanza attribuito dal legislatore ai diversi crediti in ragione del valore sociale della loro causa. Il vincolo per contro non astringe il legislatore che può, come nella fattispecie e per cause discrezionalmente individuate, attribuire un trattamento particolare a determinati crediti come avviene per la prededuzione, senza che ciò incida automaticamente sul trattamento degli altri⁴⁰⁹.

Diversamente opinando, tra l'altro, si dovrebbe attribuire al legislatore se non l'intento quantomeno l'accettazione del rischio di rendere in molti casi sostanzialmente inattuabile il percorso concordatario in quanto, tenuto conto del basso grado di privilegio dell'IVA, la necessità di proporre l'integrale pagamento comporterebbe l'analoga necessità per tutti i crediti privilegiati, anche non tributari, rendendo oltretutto priva di contenuto la stessa transazione fiscale⁴¹⁰.

Così come per i crediti chirografari anche per il trattamento di quelli privilegiati la formulazione della norma, laddove si preoccupa della tutela della posizione del fisco rispetto a quella degli altri creditori, non brilla per chiarezza.

⁴⁰⁷ G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 129.

⁴⁰⁸ G. INGRAO, *La collocazione nello stato passivo fallimentare del credito erariale per ritenute d'acconto non versate*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 2, 161.

⁴⁰⁹ V. GORLA, *La mediazione dei conflitti dopo il marzo 2011. Prospettive e problemi*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2012, 1, 71.

⁴¹⁰ P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 59.

In particolare non risulta agevole il coordinamento tra la previsione dell'ultima parte del primo comma dell'art. 182 *ter* secondo la quale “*Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie*” e il dettato dell'art. 160, 2° comma, ultima parte, l. fall. secondo cui “*Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione*”⁴¹¹.

Le due norme trattano la stessa materia ma non possono coesistere in quanto con quella generale (la seconda) si pone il principio inderogabile secondo il quale il credito avente un grado di privilegio superiore non può ricevere un trattamento peggiore di quello riservato al credito di rango inferiore⁴¹².

Con quella dettata per i soli crediti tributari (la prima), invece, la regola, nel caso di eterogeneità di posizione giuridica e di interesse tra il creditore Agenzia e gli altri, è quella già in precedenza richiamata secondo la quale il credito tributario può subire lo stesso trattamento di quello del credito ordinario di rango immediatamente inferiore.

Si impone dunque una scelta che non può che essere a favore della disposizione di cui all'art. 182 *ter* che rappresenta la disciplina speciale dettata specificatamente per il trattamento dei crediti tributari⁴¹³.

E' dunque giocoforza ipotizzare che la norma regoli due diversi scenari⁴¹⁴.

⁴¹¹ C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 3, 863.

⁴¹² G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 4, 605.

⁴¹³ Bisogna dunque esaminare più a fondo il dettato di quest'ultima disposizione in quanto nella stessa sono contenute due previsioni diverse: secondo la prima per il credito tributario la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore mentre per la seconda percentuale, tempi di pagamento e garanzie eventuali non possono essere inferiori a quelli riservati ai creditori che hanno posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli dello Stato o degli enti previdenziali. Una lettura unitaria delle due disposizioni non risulta possibile in quanto prevedono il necessario aggancio del trattamento tributario a creditori qualitativamente diversificati: quelli aventi un grado di privilegio inferiore in un caso, quelli aventi identità di posizione giuridica e interessi economici nell'altro.

⁴¹⁴ L. ARDIZZONE, M. L. VITALI, *Le ADRs nei mercati finanziari: spunti dal nuovo regolamento della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob*, in *Riv. soc.*, 2012, 5, 998.

Nel primo caso il credito tributario concorre con crediti aventi la stessa posizione giuridica e spettanti a creditori aventi interessi economici omogenei con quelli delle agenzie fiscali. In tale ipotesi il credito tributario deve avere un trattamento almeno pari (non inferiore) a quello riservato agli indicati creditori. Mentre la posizione giuridica non può che essere la natura privilegiata o chirografaria del credito e quindi sono omogenei tra loro i crediti privilegiati, più difficile è individuare in concreto quando si abbia omogeneità di interessi economici in quanto la l. fall. non fornisce lumi sul punto. Certo è, ad esempio, che se si valorizzasse la finalità della transazione fiscale di favorire il superamento della crisi di impresa si potrebbe ritenere l'interesse dell'Agenzia omogeneo a quello dei creditori più interessati alla sopravvivenza dell'impresa che alla massimizzazione del soddisfacimento del credito⁴¹⁵.

L'altro scenario è quello in cui, nel panorama dei creditori, non se ne rinvengano di quelli accomunabili all'Agenzia per posizione giuridica e interessi economici. In questa ipotesi il trattamento può essere parificato a quello dei creditori aventi il grado di privilegio inferiore rispetto al credito tributario⁴¹⁶.

Ne consegue che, a fronte di crediti di diversa graduazione, diverso potrebbe essere il loro trattamento in quanto vincolabile a quello di creditori dotati anch'essi di diversi gradi di prelazione. La finalità in vista della quale sono imposti particolari oneri e doveri a carico delle parti interessate alla transazione fiscale è quella di addivenire al c.d. consolidamento e cioè alla predisposizione del quadro complessivo della posizione debitoria con la precisazione che per tale si intende il complesso dei crediti già accertati definitivamente e di quelli oggetto di pretese ancora contestabili o già contestate avanti alla giurisdizione tributaria⁴¹⁷.

Premesso quanto già osservato in ordine all'utilizzo del termine in un'accezione del tutto nuova per consolidamento del debito fiscale deve dunque innanzitutto intendersi la predisposizione del quadro complessivo delle pretese del fisco, sia di quelle derivanti da atti non impugnati o non ulteriormente impugnabili sia di quelle derivanti dalle stesse dichiarazioni del debitore o da accertamenti ancora soggetti ad impugnazione o impugnati e non definiti⁴¹⁸.

⁴¹⁵ N. NISIVOCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 1, 101.

⁴¹⁶ M. FERRO, *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. merito*, 2006, 3, 664.

⁴¹⁷ F. SCHETTINO, *Brevi osservazioni in materia di transfer pricing*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2012, 4, 575.

⁴¹⁸ E. MACRÌ, *Il potere di nomina del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, 1257.

Ma se solo questo fosse il risultato del consolidamento l'operazione si risolverebbe in un risultato tutto considerato modesto, posto che buona parte delle pretese sono già conosciute o conoscibili e per i periodi non ancora accertati ci si potrebbe limitare a prendere atto delle dichiarazioni e dei calcoli del debitore⁴¹⁹ (asseverati dalla relazione del professionista e, nel concordato, del commissario giudiziale), come avviene per gli altri creditori.

In realtà può fondatamente ritenersi che l'effetto del consolidamento sia ben più ampio e cioè sia quello di stabilire definitivamente l'ammontare del debito tributario alla data della proposta di concordato o di stipulazione degli accordi⁴²⁰.

In primo luogo e in via generale può rammentarsi che l'incognita fiscale è un fattore che normalmente pesa considerevolmente sulla credibilità della proposta concordataria o sulla tenuta degli accordi in quanto è ben difficile, in base all'esame della documentazione usualmente allegata alla domanda, stabilire a priori quale sarà l'atteggiamento del fisco nei confronti delle dichiarazioni già presentate ma ancora *sub iudice* per mancata scadenza dei termini per eventuali accertamenti. Se dunque l'interpello del fisco ha un significato ai fini dell'affidabilità della proposta e, in generale, sulla stabilità dei dati in base ai quali i creditori e il Tribunale debbono fare le loro valutazioni questo non può che essere l'immodificabilità della pretesa erariale quale formalizzata nelle certificazioni rilasciate.

In secondo luogo, non avrebbe senso imporre al debitore di presentare "*le dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda*" se il fisco non dovesse valutarle e prendere posizione sulle stesse in quanto il semplice controllo circa la rispondenza di tali dichiarazioni con la contabilità dell'impresa ben potrebbe essere fatto anche dal commissario giudiziale e comunque deve essere fatta dal professionista incaricato della relazione⁴²¹.

⁴¹⁹ N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, 216.

⁴²⁰ F. PAPARELLA, *Enti creditizi ed imprese in crisi: la "trasformazione" dei crediti in partecipazioni nel sistema delle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 11, 1053.

⁴²¹ In realtà si deve escludere che tutti gli adempimenti di cui si è trattato servano unicamente a riassumere l'entità complessiva del debito o a consentire al fisco di valutare la domanda, perché da un lato non si capirebbe la ragione di un tale trattamento di favore e dall'altro sarebbe estraneo a tale scopo l'obbligo di certificazione. La vera ragione è quella di evitare l'incertezza sull'ammontare del debito e tale scopo si raggiunge non solo se il fisco quantifica le sue pretese ma anche se tale quantificazione non è più modificabile neppure in relazione a quei periodi per i quali gli ordinari termini per l'accertamento non sono ancora scaduti. Ed è anzi proprio sotto questo aspetto che si apprezza la natura transattivi dell'operazione in quanto da una parte il debitore sostanzialmente accetta la pretesa quantificata dal fisco rinunciando a contestarla e dall'altra quest'ultimo rinuncia ai termini ordinariamente a lui concessi per l'accertamento

E' evidente che il consolidamento a sua volta ... si consolida producendo l'effetto indicato solo se l'Amministrazione esprime voto favorevole e il concordato viene omologato in quanto diversamente viene meno il presupposto delle reciproche concessioni e cioè la soluzione concordataria della crisi⁴²².

Esaminata la disciplina della transazione fiscale alla luce delle caratteristiche generali dell'istituto e della giurisprudenza della Suprema Corte si deve ora valutare quale sia la regolamentazione della medesima nell'ambito degli accordi di ristrutturazione del debito con l'avvertenza che sulla materia il giudice di legittimità non è ancora intervenuto e anche la giurisprudenza di merito non è particolarmente consistente⁴²³.

Giova rilevare che l'innesto della transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti non è stato il frutto dell'originario disegno del legislatore e questo non perché dello stesso non si sia ricordato quanto piuttosto perché la volontà dei *conditores* era in proposito decisamente contraria al punto da chiarire espressamente che "Ai debiti tributari amministrati dalle agenzie fiscali non si applicano le disposizioni di cui all'art. 182 bis"⁴²⁴. Avvedutosi che difficilmente una procedura tendenzialmente di risanamento avrebbe potuto avere successo senza la possibilità del sacrificio anche del debito tributario il legislatore ha poi mutato avviso e con decreto correttivo ha esteso l'ambito di applicabilità della transazione fiscale anche all'istituto disciplinato dall'art. 182 *ter* l. fall.

E' opportuno anche chiarire che il beneficio dell'esenzione dalla revocatoria garantito per i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione degli accordi è di interesse anche per l'Amministrazione nonostante il disposto dell'art. 89 del d.P.R. 29/09/1973 n. 602 secondo cui "I pagamenti di imposte scadute non sono soggetti alla revocatoria prevista dall'art. 67 del r. d. 16 marzo 1942, n. 267" in quanto, a parte le incertezze sul perimetro della disposizione, in relazione all'istituto previsto dal citato d. l. 8 luglio 2002, n. 138 è stato avanzato il dubbio se tale esenzione

di un eventuale maggior tributo, il tutto nell'ottica di chiudere sollecitamente la partita in vista dell'auspicato superamento della crisi dell'impresa.

⁴²² D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. notariato*, 2012, 6, 1257.

⁴²³ M. FRANZONI, *Civile e... penale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, 1831.

⁴²⁴ V. ANIBALLI, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 345.

assista anche gli importi dovuti in esito alla transazione non riguardando eventuali pagamenti imposta scadute ma somme pattuite in luogo delle stesse⁴²⁵.

Mentre per il concordato preventivo la disciplina dettata quanto al possibile contenuto della proposta che deve essere fatta al fisco comporta che le possibili opzioni sono soggette a pena di inammissibilità a vincoli piuttosto stringenti, per l'istituto in esame il legislatore si è limitato a prevedere nel comma sesto che *“Il debitore può effettuare la proposta di cui al primo comma anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis”*⁴²⁶.

Ora se è ovvio che la proposta cui si riferisce il sesto comma è quella effettuata nell'ambito del concordato preventivo resta da accertare se il richiamo attenga o no all'intera disciplina dettata per tale procedura, esclusa la parte strettamente processuale che il sesto comma disegna *ex novo*.

Se la risposta dovesse essere affermativa ne deriverebbe la sostanziale inapplicabilità dell'istituto della transazione fiscale agli accordi di ristrutturazione⁴²⁷.

Ai fini della concessione dell'omologazione con conseguente esenzione dalla revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un piano finalizzato a superare lo stato di crisi, l'art. 182 *bis* si limita a richiedere che si tratti di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, supportato da una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei⁴²⁸.

L'omologazione degli accordi è subordinata dunque, per quanto attiene al contenuto degli stessi, apparentemente in via principale solo alla loro idoneità a garantire il regolare pagamento dei creditori rimasti estranei agli stessi, in quanto contrari alla proposta del debitore o semplicemente perché non interpellati. In realtà è il soddisfacimento di tutti i creditori, aderenti o non aderenti, che deve essere un obiettivo raggiungibile in quanto, diversamente, si correrebbe il rischio di uno sblocco fallimentare della crisi con conseguente danno sia per i creditori non aderenti ma anche per quelli aderenti non soddisfatti né garantiti in quanto il ceto creditorio nel suo complesso verrebbe a

⁴²⁵ A. TAMPIERI, *Questioni controverse in tema di compensi professionali degli avvocati pubblici dipendenti*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2013, 2, 285.

⁴²⁶ F. NANETTI, *I profili fiscali del matching credit secondo la Cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 2, 10.

⁴²⁷ F. CAPALBO, M. SORRENTINO, *I rapporti tra “valore di mercato” e “ricavato in caso di liquidazione” nella “relazione giurata” ex art. 160, comma 2, l. fall.*, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 2, 331.

⁴²⁸ L. DEL FEDERICO, *L'acquisizione dei crediti tributari all'attivo fallimentare*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 2, 113.

trovarsi nella situazione di doversi soddisfare su di un patrimonio pregiudicato da atti, pagamenti e garanzie non revocabili disposti in favore solo di alcuni e quindi effettuati in sostanziale violazione della *par condicio*⁴²⁹.

Se tuttavia sussiste la condizione dell'attuabilità degli accordi nessuna valutazione deve fare il Tribunale in ordine al contenuto del patto stipulato tra le parti, posto che questo è il frutto della libera convenzione tra singolo creditore e debitore, essendo esclusa, a differenza di quanto avviene nel concordato, la possibile costrizione della volontà del singolo ad opera di quella della maggioranza e quindi la necessità di garantire contenuti minimi⁴³⁰.

Ne consegue la totale libertà delle parti e l'assenza di ogni vincolo derivante dalla posizione giuridica del singolo creditore, dalla natura del credito e quindi dal rango dell'eventuale privilegio, dal valore del bene su cui grava un privilegio speciale e quindi dalla correlazione tra il medesimo e la percentuale di pagamento. Il legislatore non prevede espressamente la possibilità che il soddisfacimento del credito avvenga con modalità diverse dalla corresponsione di denaro ma pare ovvio che, vertendosi in tema di libera determinazione delle parti, alcun vincolo neppure sotto tale profilo sussista⁴³¹.

Ciò nonostante e se, si ripete, il richiamo contenuto nel sesto comma che disciplina la transazione negli accordi di ristrutturazione alla "proposta di cui al primo comma" dovesse essere riferito anche al contenuto della stessa una limitazione alla libertà di autodeterminazione delle parti dovrebbe ritenersi tuttavia sussistere nel rapporto debitore-fisco⁴³² in quanto sarebbe allora insuperabile il vincolo secondo cui se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie⁴³³; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può

⁴²⁹ B. DENORA, *Procedure concorsuali infruttuose e note di variazione in diminuzione ai fini Iva: la tutela del creditore a fronte dell'inadempimento del debitore*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 6, 641.

⁴³⁰ L. BALESTRA, *Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, 593.

⁴³¹ F. NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, 4, 808.

⁴³² M. DI SIENA, *Note sul regime della scissione eterogenea ai fini delle imposte dirette: il caso della scissione cui partecipano una società semplice*, in *Riv. notariato*, 2013, 4, 869.

⁴³³ L. DEL FEDERICO, *Lo Statuto e la tutela dell'affidamento e della buona fede*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 3, 215.

essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole⁴³⁴.

Se non si vuole dunque ritenere applicabile agli accordi di ristrutturazione la transazione fiscale se non in un numero ridotto di casi è allora giocoforza interpretare il richiamo alla “proposta di cui al primo comma” come richiamo generico alla possibilità di formulare una proposta al fisco prescindendo tuttavia dagli specifici requisiti che la stessa deve avere nell’ambito del concordato e lasciando alla parte pubblica la stessa libertà di stabilire il contenuto dell’accordo che hanno i creditori privati⁴³⁵.

Se tale dovesse essere l’interpretazione della disposizione in esame, nessun controllo competerebbe al Tribunale neppure sul contenuto dell’accordo tra fisco e debitore ed eventuali limiti che l’Amministrazione si dovesse autoimporre con provvedimenti di natura amministrativa avrebbero un valore vincolante unicamente per gli uffici.

A tale libertà di autodeterminarsi pone tuttavia un limite il primo comma dell’art. 182 *ter* laddove prevede per il credito IVA (e per le ritenute operate e non versate) la sola possibilità della dilazione del pagamento trattandosi di una disposizione che secondo la richiamata giurisprudenza della Suprema Corte ha carattere sostanziale e prescinde quindi dalla procedura di crisi in cui deve operare un accordo tra fisco e debitore⁴³⁶.

⁴³⁴ Ma l’applicazione di tale vincolo non è concretamente attuabile in quanto presuppone un trattamento uguale a creditori in posizioni omogenee sul quale parametrare quello proposto al creditore fisco. Tale identità di trattamento, normale anche se di per sé non necessaria nel concordato preventivo (posto che nulla vieta che creditori in identica posizione giuridica e con interessi economici omogenei siano suddivisi in classi diverse e siano destinatari di trattamenti differenziati) costituisce presumibilmente l’eccezione nell’ambito degli accordi di ristrutturazione dal momento che l’esito della trattativa e quindi la singola convenzione dipende dalla forza contrattuale di ogni singolo creditore per cui è ben possibile e può anzi ritenersi normale che creditori in uguale posizione giuridica e portatori in interessi economici omogenei concludano accordi per trattamenti differenziati, così che non vi sarebbe alcun parametro cui ancorare il trattamento inderogabile del fisco. Lo stesso dicasi per i crediti tributari chirografari per i quali mancherebbe la possibilità di equiparazione alla percentuale proposta agli altri creditori chirografari, presumibilmente non uniforme, senza oltretutto la clausola di salvaguardia dell’aggancio al trattamento più favorevole che la disposizione sopra richiamata prevede nel caso di suddivisione dei creditori in classi che nell’istituto in esame non è contemplata in quanto non necessaria ai fini della differenziazione del trattamento, non essendo d’altra plausibile che il legislatore, per rendere applicabile la correlazione, sia ricorso alla forzatura di identificare ogni singolo creditore con una classe.

⁴³⁵ F. TAGLIARINI, *Dalla frode alla finanza alla frode fiscale (profili storici e problemi interpretativi ricorrenti)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 5, 1423.

⁴³⁶ A. VALZER, *Gli obbligazionisti e i titolari di strumenti finanziari non partecipativi nelle procedure concordatarie*, in *Riv. soc.*, 2014, 1, 47.

Se il fisco ha la stessa libertà degli altri creditori di autodeterminarsi in ordine al contenuto della transazione il discorso è diverso per quanto attiene al procedimento attraverso il quale pervenire all'accordo⁴³⁷.

Per i soggetti privati la trattativa che precede l'accordo è totalmente deformalizzata, svolgendosi la stessa completamente al di fuori della fase procedimentalizzata⁴³⁸.

L'unico dato certo è che l'accordo deve avere forma scritta, dal momento che deve essere depositato al registro delle imprese per la pubblicazione e in Tribunale per l'omologazione.

Nulla si dice invece in ordine alle modalità con cui il debitore deve pervenire all'accordo e, in particolare, se questo possa essere costituito da una somma di separati accordi con i singoli creditori o se debba necessariamente essere un accordo collettivo, sia pure con adesioni effettuate in tempi diversi⁴³⁹. La questione non è di poco conto e non è solo di rilevanza teorica (unico accordo o fascio di accordi) in quanto viene in gioco la trasparenza dell'operazione condotta dal debitore. Se invero si propendesse per la sufficienza di separati accordi conclusi su condizioni ignote agli altri creditori si consentirebbe al debitore di avvantaggiare alcuni soggetti proponendo loro condizioni migliori di quelle riservate ad altri creditori in analoga situazione ma nello stesso tempo gli si consentirebbe anche un margine di manovra superiore per convincere i creditori più riottosi⁴⁴⁰. La circostanza che il legislatore si riferisca ad "un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori" e poiché in tutte le procedure concordatarie è principio pacifico quello secondo cui l'accettazione della proposta presuppone la completa conoscenza delle condizioni riservate a tutti i creditori in modo che ciascuno possa valutare la convenienza dell'accettazione⁴⁴¹ anche alla luce del trattamento riservato agli altri, pure in relazione all'istituto in esame credo che non possa derogarsi a tale esigenza di trasparenza e che quindi il debitore, nel momento in cui acquisisce il consenso del creditore, deve renderlo edotto anche delle condizioni riservate agli altri e che eventuali mutamenti

⁴³⁷ C. PATRIARCA, *Il trattamento fallimentare del leasing tra tutela del credito del concedente e rispetto della par condicio creditorum*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 4, 426.

⁴³⁸ G. MEO, *I piani "di risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2011, 30.

⁴³⁹ F. BUTTIGNON, *Il governo delle crisi d'impresa in Italia alla luce del nuovo quadro normativo: una riflessione introduttiva*, in *Riv. dottori comm.*, 2008, 2, 243.

⁴⁴⁰ F. MICONI, *L'Imu nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali: riflessioni a margine dei tributi sul "possesso" (rectius sul patrimonio)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, 1, 134.

⁴⁴¹ A. TERLIZZI, *Transfer pricing contestabile anche senza la prova dell'elusione fiscale*, in *Diritto e Giustizia online*, 2013, 566.

migliorativi impongano di acquisire nuovamente il consenso di chi ha firmato sulla conoscenza di diversi presupposti⁴⁴².

Nei confronti del creditore fisco, invece, la modalità con cui pervenire all'accordo è puntualmente disciplinata, fermo restando che per le ragioni sopra indicate e a maggior ragione trattandosi di un soggetto che tutela interessi pubblici anche all'ufficio fiscale devono essere resi noti gli accordi proposti agli altri creditori⁴⁴³.

L'iniziativa del debitore consiste nel deposito della proposta di transazione, unitamente alla stessa documentazione che deve accompagnare la proposta di concordato preventivo (art. 161 l. fall.) e che è la stessa che, insieme agli accordi, dovrà essere depositata in Tribunale⁴⁴⁴ con la richiesta di omologazione, presso il concessionario della riscossione e l'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore ai quali deve anche essere trasmessa copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda. Rispetto all'analogo procedimento da seguirsi in caso di proposta di concordato preventivo il debitore deve altresì allegare la dichiarazione sostitutiva, resa dal medesimo o dal suo legale rappresentante ai sensi dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, che la documentazione di cui sopra rappresenta fedelmente ed integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio⁴⁴⁵. La ragione della necessità del deposito della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, con il rischio di sanzione penale in caso di falsità che ne deriva⁴⁴⁶, è presumibilmente da mettersi in relazione alla mancanza di un organo, quale è nella procedura concordataria il commissario giudiziale, che proceda ai necessari controlli⁴⁴⁷.

⁴⁴² L. BENEDETTI, *Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2013, 5, 1044.

⁴⁴³ R. LUGANO, M. NESSI, *Le nuove imposte dovute sulle comunicazioni alla clientela, sulle attività finanziarie possedute all'estero e sulle transazioni finanziarie*, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 2, 363.

⁴⁴⁴ G. RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, 4, 661; L. DURELLO, *Profili processuali del procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 2, 651.

⁴⁴⁵ D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 10, 579.

⁴⁴⁶ M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, 5, 566.

⁴⁴⁷ Mentre non è ovviamente indicato il termine entro il quale il debitore deve interpellare l'ufficio in quanto non esistono né termine iniziale né termine finale entro i quali le trattative con i creditori debbono svolgersi, è invece fissato

La legittimazione alla espressione dell'assenso o del rifiuto della proposta, ferma restando la necessità del preventivo parere vincolante della competente direzione regionale, appartiene, come nel concordato, al concessionario o all'Agenzia a seconda che si tratti o no di tributi già iscritti in ruoli consegnati al concessionario⁴⁴⁸. A mente dell'ultima parte dell'ultimo comma dell'art. 182 ter “*L'assenso così espresso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione*”, disposizione che farebbe propendere per la tesi secondo la quale, nell'intenzione del legislatore, tutti i creditori dovrebbero sottoscrivere un unico atto contenente il complesso delle proposte in quanto, diversamente, la precisazione sarebbe ultronea, visto che è ovvio che l'assenso ad una proposta comporta l'accettazione della stessa e la conclusione dell'accordo (art. 1326 cod. civ.) anche se non viene formato un unico documento⁴⁴⁹.

Pare indubbio che nelle more delle trattative e dell'omologazione del debitore, se ritiene di poter contestare eventuali nuove pretese derivanti dalle richiamate attività, debba proporre tempestivo ricorso che potrà coltivare se l'accordo non venisse raggiunto o non seguisse l'omologazione o che si estinguerà in caso di esito favorevole del procedimento.

Venendo incontro alle indicazioni della dottrina che aveva evidenziato il rischio che il progetto del debitore venisse vanificato da iniziative aggressive dei creditori il legislatore ha introdotto in tempi diversi meccanismi volti a tutelare il patrimonio dell'impresa in attesa dell'omologazione degli accordi.

Dubbio è per contro quale sia la sorte delle misure cautelari e dell'acquisizione di titoli di prelazione nell'ipotesi in cui vengano ugualmente posti in essere nel periodo di divieto nell'ipotesi in cui questo non venga disposto (*rectius*: confermato) dal Tribunale per la fase delle trattative o gli

quello di trenta giorni, decorrente dal deposito della proposta documentata, entro il quale il concessionario deve procedere al rilascio di una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso mentre l'ufficio deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni ed alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente ad una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché da ruoli vistati, ma non ancora consegnati al concessionario. Il termine non è certamente perentorio e quindi l'ufficio può anche rispondere in un termine maggiore ma in ogni caso ha l'obbligo di attivarsi per la risposta indipendentemente da una sua valutazione preliminare sulla convenienza della proposta e se rimane inerte può ipotizzarsi una sua responsabilità se proprio l'incertezza sul debito tributario costituisca la ragione di un giudizio di non attuabilità degli accordi.

⁴⁴⁸ R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 2, 304.

⁴⁴⁹ A. VALZER, *Gli obbligazionisti e i titolari di strumenti finanziari non partecipativi nelle procedure concordatarie*, in *Riv. Soc.*, 2014, 1, 47.

accordi non siano omologati⁴⁵⁰. Poiché la mancata conferma dovrebbe avere effetto *ex tunc*, non essendosi ravvisati i presupposti per l'accesso alla tutela, l'inefficacia della misura o della costituzione della prelazione dovrebbe venir meno e quindi essere queste pienamente efficaci e opponibili ai creditori. Mi pare che un tale effetto non sia accettabile in quanto si premierebbero i creditori che hanno operato contro un divieto in allora vigente e si danneggerebbero invece quelli che l'hanno rispettato. Credo che debba pertanto concludersi che l'atto cautelare o esecutivo posto in essere in violazione del divieto sia comunque annullabile o inefficace (se si vogliono applicare le categorie previste per l'analogo divieto di cui all'art. 168 l. fall.) e che tale effetto permanga anche in seguito al venir meno del divieto stesso con conseguente insussistenza o inopponibilità ai creditore di vincoli sul patrimonio⁴⁵¹.

Nulla si dice nella disposizione che ha consentito la transazione fiscale anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti in ordine agli effetti dell'omologazione degli stessi⁴⁵².

Se tuttavia questi dovessero essere quelli stessi che si verificano nei rapporti tra creditori privati e debitore non avrebbe alcun senso subordinarli alla stessa procedura richiesta per il concordato preventivo in cui, invece, il voto favorevole del fisco, unitamente all'omologa del concordato, comporta il consolidamento del debito tributario e l'estinzione dei giudizi in corso.

Pare dunque logico ritenere che entrambi tali effetti si verificino e che quindi debitore e fisco ottengano gli stessi vantaggi e subiscano gli stessi effetti negativi.

⁴⁵⁰ G. TARANTINO, *Quali poteri di controllo per il giudice sulla proposta di concordato preventivo?*, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 1, 4.

⁴⁵¹ M. MARTIS, *Reclamo e mediazione fiscale. Un nuovo strumento di convergenza tra gli interessi del cittadino e della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 9, 809; L. TRONCI, *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento*, in *Giur. comm.*, 2013, 6, 1269.

⁴⁵² F. NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, *Giur. comm.*, 2013, 4, 808; E. BASILE, *Art. 217 bis l. fall. e gruppi di società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 2, 203.

VI. STUDIO DELLA CASISTICA GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. L'ITER NATURALE: IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE, IL DEPOSITO DELL'ACCORDO; 2. LA COMPETENZA; 3. I CONTROLLI SULLA DOCUMENTAZIONE (ARTT. 182 *BIS* L. FALL. – 161 L. FALL.); 4. L'OMOLOGA DELL'ACCORDO; 5. IL CONTROLLO SULL'ESECUZIONE DELL'ACCORDO; 6. IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE E NELLE ALTRE SOLUZIONI DELLA CRISI DELL'IMPRESA; 6.1 IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO NEL PROCEDIMENTO PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO E NELL'AMBITO DELLA PROCEDURA PER L'AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO (ARTT. 161 SS. L. FALL.)

1. L'ITER NATURALE: IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE, IL DEPOSITO DELL'ACCORDO

Nell'attuale assetto normativo non si può più parlare solo di accordi di ristrutturazione, giacché l'art. 182 bis l. fall. novellato anticipa, a determinate condizioni, la tutela degli accordi di ristrutturazione pubblicati nel registro delle imprese alle proposte di accordi di ristrutturazione.

Attraverso la ricognizione dei provvedimenti editi in materia, è possibile evidenziare alcune criticità, linee di tendenza, nonché effettuare dei confronti con gli accordi di ristrutturazione previsti dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3 sul sovraindebitamento del consumatore.

Ai sensi dell'art. 182 bis, commi 1-5, l. fall., il controllo del tribunale interviene solo in sede di adozione del decreto di omologazione. Infatti, l'accordo di ristrutturazione dev'essere portato all'attenzione del tribunale quando già è stato pubblicato nel registro delle imprese.

Non è mancato tuttavia, in dottrina, chi abbia prospettato che l'accordo potesse essere pubblicato solo dopo che la domanda di omologazione, completa di ogni allegato, fosse stata depositata in tribunale, relegando il ruolo del registro delle imprese a mero strumento di notizia dell'avvenuto deposito dell'accordo in tribunale. In giurisprudenza, appare erroneamente segnalato nel senso della prevenzione del deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in luogo che nel registro delle imprese⁴⁵³.

⁴⁵³ M. ARATO, *Modifiche all'accordo di ristrutturazione dei debiti e nuovo controllo giudiziario (nota a Tribunale di Terni, decr., 4 luglio 2011)*, in *Fallimento*, 2012, 2, 206; G. P. MACAGNO, *Sovraindebitamento. Accordo e controllo giudiziale. Approvazione ed omologazione*, in *Fallimento*, 2012, 9, 1073; A. PALUCHOWSKI, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione (nota a Tribunale di Milano, Sez. II, decr., 25 marzo 2010)*, in *Fallimento*, 2011, 1, 98.

Va inoltre segnalato che, nella ricerca condotta dall'Osservatorio della Crisi d'Impresa nel 2009, il campione di magistrati che ha detto che l'accordo era stato depositato prima presso la cancelleria del tribunale e dopo al registro delle imprese è stato lievemente prevalente, 53,3%, a fronte del 46,7% secondo cui l'accordo era stato pubblicato prima presso il registro delle imprese e poi depositato in tribunale⁴⁵⁴.

La questione ha un suo rilievo pratico perché, specie nelle prime applicazioni dell'istituto, ma ciò vale a maggior ragione oggi con la proposta di accordo introdotta dai commi 5-10 dell'art. 182 bis, l. fall., gli accordi di ristrutturazione sono stati utilizzati in funzione paralizzante del ricorso di fallimento presentato. Secondo i risultati della ricerca citata, nel caso di un'istruttoria prefallimentare pendente o sopravvenuta, il ricorso costituiva una condizione di procedibilità per il 9,8%; l'istruttoria sulle istanze di fallimento continuava o veniva espletata ma non poteva essere dichiarato il fallimento prima dell'omologa 61%; i due procedimenti erano indipendenti quanto a trattazione e decisione 29,3%.

Uno spunto di riflessione proviene dal Tribunale di Cagliari, il quale con sentenza datata 7 luglio 2010, osservava che *“proprio nell'ambito del presente procedimento si è verificato il caso (con riguardo alle doglianze sollevate con l'istanza in data 22.12.2009 dal sig. Refei Mohamed Mostafa Anwar e dalla Argos Club) di un soggetto che ha lamentato (e comprovato) di non essere stato ricompreso tra i creditori dell'imprenditore. Ora una simile doglianza, se fosse stata formalmente volta ad incardinare un'opposizione, ne avrebbe certamente integrato, sotto il profilo dell'interesse a proporre l'opposizione, il presupposto previsto dall'art. 182 bis l. fall. . Ed, in particolare, tale interesse non sarebbe stato in alcun modo rapportato al pregiudizio che in termini di effetti protettivi ex art. 67 l. fall. l'omologa avrebbe potuto determinare sulla posizione patrimoniale di quel soggetto, quanto, piuttosto, sarebbe stato valutato presente in quanto volto a far emergere un evidente profilo di non attuabilità dell'accordo costituito dal non avere la società ricorrente neppure previsto nel piano una determinata posizione debitoria.”*

Pertanto, ai sensi dell'art. 182 bis, commi 6-10, l. fall., il controllo del tribunale può intervenire al momento del deposito della proposta di accordo di ristrutturazione, oppure nel corso dell'udienza a seguito della comunicazione ai creditori della documentazione a sostegno della proposta, ovvero, infine, in sede di adozione del decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione depositato,

⁴⁵⁴ F. DE SANTIS, *Ancora sui rapporti tra istruttoria prefallimentare e procedura concordata di soluzione della crisi d'impresa (nota a Cassazione civile, sez. VI, ord., 8 febbraio 2011, n. 3059)*, in *Fallimento*, 2011, 10, 1202.

stante il rinvio dell'art. 182 bis, comma 10 (e ultimo), l. fall., tra l'altro, all'art. 182 bis, comma 5, l. fall.⁴⁵⁵

Non è previsto, invece, espressamente un controllo o un intervento del tribunale sull'esecuzione dell'accordo di ristrutturazione a differenza di quanto previsto in tema di risoluzione o annullamento del concordato preventivo.

Dalla lettura dell'art. 182 bis, commi 1-5, l. fall. si ricava che il tribunale arriva ad accordo già fatto per procedere, decise le opposizioni dei creditori, all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato (comma quarto) attraverso cui è ammesso reclamo innanzi alla corte d'appello entro 15 giorni dalla sua (del decreto di omologazione, si intende) pubblicazione nel registro delle imprese (comma quinto).

Non è procedimentalizzata la fase giudiziaria e sembrerebbe che l'udienza camerale per l'omologazione sia necessaria solo in presenza delle opposizioni dei creditori, mentre non sia necessaria laddove non vi siano opposizioni. Nulla vieta, tuttavia, a mio avviso che venga fissata comunque un'udienza per il solo esame della documentazione, specie quando si ritiene di dover valutare la possibilità di dare un termine per eventuali integrazioni⁴⁵⁶.

Più articolato è, invece, il meccanismo per l'esame della proposta di accordo di ristrutturazione, perché al tribunale viene presentato il ricorso con la documentazione a corredo e l'istanza di sospensione già pubblicata sul registro delle imprese. Ai sensi del comma 8 dell'art. 182 bis l. fall. il tribunale deve verificare la completezza della documentazione depositata e poi deve fissare con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di sospensione. A quest'udienza, valuta se vi sono concrete possibilità per addivenire agli accordi di ristrutturazione e, in esito positivo, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive o di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista. Una volta depositato l'accordo di ristrutturazione scatta la disciplina dei commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 182 bis l. fall.⁴⁵⁷

Ai fini dell'analisi, interessano tre livelli: ricorso, accordo, piano.

⁴⁵⁵ G. FAUCEGLIA, *Ruolo del Tribunale e concordato preventivo: quando la scelta risiede nel favorire la soluzione della crisi d'impresa (nota a Tribunale Salerno, 9 novembre 2010)*, in *Giur. It.*, 2011, 2, 347.

⁴⁵⁶ M. MAURO, "Favor" legislativo per la soluzione della crisi d'impresa che precede il fallimento, in *Corriere Trib.*, 2010, 33, 2700.

⁴⁵⁷ C. COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 1998, I, 958.

Nelle prime applicazioni pratiche si è notato che il piano è incorporato o allegato all'accordo e quindi, l'attenzione del presente scritto si incentrerà sul ricorso e sul piano.

Con riferimento al ricorso, né l'art. 182 *bis*, primo e quinto comma, l. fall. né l'art. 182 *bis*, sesto e decimo comma, l. fall., specificano se sia necessario l'intervento del difensore o meno.

Entrambe le tesi sono, a mio avviso, sostenibili. Probabilmente quando vi sono le opposizioni non si può fare a meno dell'assistenza del difensore⁴⁵⁸.

La soluzione di questo problema ha importanti ripercussioni sull'ulteriore questione, e cioè sulla necessità o meno dell'autenticazione della sottoscrizione.

E' evidente che se le parti sono assistite dal difensore non si pone un problema di autenticazione della sottoscrizione del ricorso o dell'istanza, ma solo con riguardo all'accordo⁴⁵⁹; se, invece, non vi è l'assistenza del difensore il problema si pone per entrambi gli atti⁴⁶⁰.

Un ulteriore aspetto problematico di carattere eminentemente pratico riguarda il problema di chi debba fare il controllo sull'autenticità delle firme: ossia se tale controllo debba spettare al conservatore del registro delle imprese o al tribunale.

La tesi a nostro avviso preferibile è quella che tale esame competa ad entrambi.

⁴⁵⁸ V. SANGIOVANNI, *Il ricorso per la dichiarazione di fallimento e il patrocinio del difensore (nota a Tribunale Roma, sez. fall., 18 giugno 2008, decr.)*, in *Fallimento*, 2008, 10, 1203.

⁴⁵⁹ In senso contrario, è stato osservato da Trib. Palermo, 27.3.2009, www.osservatorio-oci.org, secondo cui *sebbene la sottoscrizione degli aderenti non sia stata autenticata da un pubblico ufficiale fidefaciente, così come ritenuto necessario in altre pronunce giurisprudenziali edite (si vedano, ad es. Trib. Udine, 22 giugno 2007 e Trib. Bari, 21 novembre 2005) – non v'è motivo di dubitare della genuinità del consenso prestato dai sottoscrittori. In primo luogo, la sottoscrizione dell'accordo è accompagnata da un carteggio tra le parti (regolarmente prodotto), da cui emerge chiaramente l'adesione di ciascun ente creditizio; secondariamente, nessuna opposizione è stata proposta nel termine previsto dalla legge, al fine di fare valere eventuali vizi del consenso (...). Del menzionato accordo, regolarmente depositato per l'iscrizione presso il Registro delle imprese, è stata quindi data idonea pubblicità in data 21/01/2009, così come si evince dalla pag. 13 della misura camerale prodotta (...).*

⁴⁶⁰ Con riferimento all'accordo, richiedono che l'accordo di ristrutturazione rechi le firme del debitore e dei creditori aderenti all'accordo, autenticate da un notaio, Trib. Bari 21.11.2005, www.ilcaso.it; Trib. Udine 22.6.2007, www.ilcaso.it; Trib. Roma 20.5.2010, cit., secondo cui l'autenticazione della sottoscrizione degli accordi ai sensi dell'art. 11 del d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, autenticazione necessaria per procedere alla pubblicazione nel Registro delle Imprese, costituisce un requisito di ammissibilità dell'accordo; Trib. Milano 25.3.2010, www.ilcaso.it, secondo cui gli accordi di ristrutturazione, ancorché pubblicati nel registro delle imprese, devono essere muniti, a pena di ammissibilità, di firma autenticata delle parti dell'accordo, con possibilità per il tribunale di concedere un termine per la sanatoria di tali irregolarità. Quindi, anche se ci sia stato il preventivo controllo del conservatore del registro delle imprese che ha accettato la pubblicazione dell'accordo, il tribunale ha preteso l'accordo con le sottoscrizioni autenticate.

Sicuramente il tribunale nel caso della proposta di accordo, atteso che viene presentata prima al tribunale e poi al registro delle imprese⁴⁶¹. Non è mancato tuttavia chi ha comunque sostenuto la necessità del previo ricorso in tribunale rispetto alla pubblicazione nel registro delle imprese (su cui infra) sicchè il tribunale ha la possibilità di vedere l'accordo e la relativa documentazione a corredo, prima del conservatore del registro delle imprese⁴⁶².

Oggi, non v'è dubbio che si debba tener conto delle modifiche apportate dalla legge 12.11.2011, n. 183 che reca modifiche al DPR 445/2000 e della direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione del 22 dicembre 2011, n. 14, recante "Adempimenti urgenti per l'applicazione delle nuove disposizioni in materia di certificati e dichiarazioni sostitutive".

In mancanza di un'espressa previsione, inoltre, è preferibile ritenere che l'accordo di ristrutturazione o la proposta di accordo di ristrutturazione sia presentata da un soggetto che presenti i requisiti di cui all'art. 161, comma 4, l. fall., che richiama l'art. 152 l. fall.⁴⁶³

Con riferimento ai creditori che sottoscrivono il piano, forse, potrebbe bastare l'autocertificazione della qualità di legale rappresentante della società aderente all'accordo con la citazione degli estremi della delibera autorizzativa, e l'allegazione della certificazione camerale.

Non v'è dubbio che, sebbene la legge si preoccupi genericamente solo dell'accertamento del debitore e delle sue qualità, il tribunale non può prescindere, a ragione delle importanti conseguenze

⁴⁶¹ C. TRENTINI, *Decreto di liquidazione del compenso del difensore del fallimento, inesistenza di attivo ed interesse ad agire (nota a Cassazione civile, sez. I, 13 luglio 2007, n. 15671)*, in *Fallimento*, 2008, 6, 657; D. DI GRAVIO, *Il difensore del fallimento "interessato" al rendiconto del curatore? (nota a Cass., sez. I, 28 agosto 2001 n. 11286, Caiafa c. Fall. soc. Itasa)*, in *Dir. Fall.*, 2002, II, 222.

⁴⁶² Va segnalato che nel primo caso di accordo di ristrutturazione affrontato dal Trib Rimini 20.3.2009, www.ilcaso.it, il conservatore del registro non ha chiesto le firme autenticate, ma la dichiarazione di conformità del documento ex art. 19 del DPR 445/2000.

⁴⁶³ ⁴⁶³ Quindi, il ricorso dev'essere sottoscritto dal debitore e, in caso di società di persone la decisione dev'essere approvata e sottoscritta dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale sociale, mentre in ipotesi di società per azioni, accomandita per azioni, a responsabilità limitata, e società cooperative, la decisione è deliberata dagli amministratori risultante da verbale redatto dal notaio e depositato ed iscritto nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 cod. civ. (art. 152 l. fall., come richiamato dall'art. 161, comma 4, l. fall., a cui rinvia l'art. 182 bis, comma 1, l. fall.). Trib. Palermo 27.3.2009, cit., tuttavia, ritiene che *il mancato specifico richiamo, da parte dell'art. 182 bis, co. 1, l. fall., all'art. 161, co. 4, l. fall. induce a ritenere non necessario che la proposta di accordo di ristrutturazione di debiti (diversamente per quanto avviene per la proposta di concordato preventivo, avuto anche conto delle differenti finalità e portata dei due intermediari) sia deliberata dagli amministratori, risulti da verbale redatto da notaio e sia iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 cod. civ. (cfr. l'art. 152, richiamato dal citato art. 161, co. 4).*

che promanano dalla stipula e pubblicazione dell'accordo, da un accertamento sull'esistenza ed identità dei sottoscrittori dello stesso⁴⁶⁴.

Quanto alla competenza, ai sensi dell'art. 161, comma 1, l. fall., come richiamato dall'art. 182 bis, comma 1, l. fall. è competente il tribunale del luogo ove l'impresa ha la propria sede principale. Non constano precedenti specifici in giurisprudenza⁴⁶⁵, ma non v'è dubbio che si possa applicare al punto la giurisprudenza già formata in materia di concordato preventivo.

In merito al requisito soggettivo, deve trattarsi di imprenditore assoggettabile a procedura concorsuale ai sensi del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, perché il vantaggio conseguente all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, e cioè l'esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato, prevista dall'art. 67 l. fall., ha senso solo rispetto ad un soggetto fallibile⁴⁶⁶. In questa prospettiva, può presentare sicuramente un accordo di ristrutturazione di debiti (e quindi anche una proposta di) una società in

⁴⁶⁴ L. COSSIGNANI, *Legittimazione del fallito a proporre opposizione al decreto di chiusura del fallimento. Natura giurisdizionale del procedimento e necessità dell'assistenza di un difensore* (nota a Cass., sez. I, 25 marzo 1999 n. 2809, *Morandi c. Fall. Morandi*), in *Giust. Civ.*, 2000, I, 174; A. PATTI, *Ammissione allo stato passivo del fallimento consecutivo al concordato preventivo del credito del difensore* (nota a sent. Cass., Sez. I, 16 giugno 1994 n. 5821, *De Maria c. Fall. soc. Ici*), in *Fallimento*, 1995, 52; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il difensore del fallimento non ha diritto alla prededuzione* (nota a sent. Cass., Sez. I, 16 giugno 1994 n. 5821, *De Maria c. Fall. soc. Ici*), in *Dir. Fall.*, 1995, II, 346.

⁴⁶⁵ Solo Trib. Palermo 27.3.2009, cit., menziona il punto quando fa l'elenco dei requisiti in rito per l'ammissibilità degli accordi di ristrutturazione.

⁴⁶⁶ In questo senso Trib. Bari 21.11.2005, in www.ilcaso.it, secondo cui il presupposto soggettivo per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione è il medesimo del fallimento e cioè che si tratti di imprenditore commerciale non piccolo (art. 1 l. fall.); Trib. Brescia 22.2.2006, www.ilcaso.it, secondo cui l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis l. fall. è applicabile solo alle imprese di cui all'art. 1 l. fall.; Trib. Palermo 27.3.2009, cit., *“questo Tribunale ritiene – conformemente alla dottrina e alla giurisprudenza maggioritarie (si vedan, ad es., Trib. Monza, 24 ottobre 2007 e Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, sia pure con riferimento alla precedente formulazione della norma) – che gli accordi di ristrutturazione, al pari del concordato preventivo, possano essere proposti unicamente da imprenditori commerciali fallibili ai sensi dell'art. 1 l. fall.. Invero, pur essendo superfluo prendere posizione in questa sede sulla vexata quaestio relativa alla natura degli accordi di ristrutturazione (procedura concorsuale che costituisce una species del più ampio genus del concordato preventivo ovvero istituto autonomo, caratterizzato dall'esistenza di un accordo di natura essenzialmente privatistica), non v'è dubbio che l'unico reale interesse alla esternazione dell'accordo è quello di ottenere, da parte dei creditori sottoscrittori, l'esenzione della revocatoria fallimentare ex art. 67, co. 3, lett. e), l. fall., esenzione che ha ragione di essere solo allorché il proponente è soggetto alla disciplina del fallimento.”*; Trib. Roma 20.05.2010, in www.ilcaso.it, secondo cui il ricorso per l'omologazione dell'accordo deve essere presentato da un imprenditore in stato di crisi o di insolvenza e che superi le soglie di cui all'art. 1, posto che la protezione dei terzi e dei creditori dall'azione revocatoria si realizza solo nell'ipotesi di successivo fallimento.

amministrazione straordinaria⁴⁶⁷ ma, si deve ritenere, non ostandovi la legge e i principi generali, anche una società in liquidazione coatta amministrativa, nonché l'imprenditore fallibile cancellato nell'anno e gli eredi dell'imprenditore fallibile, defunto nell'anno.

Dubbio è se possa presentarla il socio fallibile in proprio, allorché la società cui partecipa sia rimasta inerte.

E' probabile la risposta negativa, perché il socio non è considerato, secondo le teorie tradizionali, imprenditore. Egli, per quanto d'interesse, dovrà ricorrere all'analogia proceduta dettata dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3 per l'insolvente civile⁴⁶⁸.

Diverso il caso dell'imprenditore agricolo, per il quale il d.l. 98/2011 convertito nella L. 111/2011 prevede espressamente la possibilità di accedere agli accordi di ristrutturazione e alla transazione fiscale indipendentemente dalle soglie. Secondo l'art. 23, comma 43, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, *In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli artt. 182-bis e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come modificato da ultimo dall'art. 32, commi 5 e 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2.*

Non consta una revisione normativa dello statuto dell'imprenditore agricolo, ma nel frattempo, mi pare, si è consumata una grave disparità di trattamento rispetto agli imprenditori commerciali per i quali l'accesso alla procedura di cui all'art. 182 bis l. fall. è stata consentita solo a quelli fallibili, mentre gli altri hanno potuto accedere ad analogo istituto solo a partire dal 29.2.2012, con l'entrata in vigore della legge 27 gennaio 2012, n. 3⁴⁶⁹. Ciò, a meno di non voler interpretare restrittivamente

⁴⁶⁷ v. Trib. Bologna 17.11.2011, in www.ilcaso.it

⁴⁶⁸ Per il Tribunale di Reggio Emilia 14.5.2007, in www.ilcaso.it, *E' meritevole di tutela il trust con il quale il socio accomandatario di una società in accomandita semplice, al fine di favorire la liquidazione della società mediante un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis legge fall. e di prevenire quindi azioni giudiziarie e concorsuali, ha segregato i propri beni personali nominandosi trustee e gestendo e amministrando i beni nell'interesse dei creditori che hanno così assunto la qualità di beneficiari del trust. (Nel caso di specie, il giudice dell'esecuzione ha disposto la sospensione della procedura esecutiva promossa da un creditore della società nei confronti del trustee in quanto intestatario dei beni costituiti in trust).*

⁴⁶⁹ G. FRANCO, *Osservazioni sulla questione dell'ammissibilità o meno della prededuzione e del pagamento con privilegio in relazione al credito del difensore del fallimento per spese ed onorari dovuti con riferimento alla fase di appello del giudizio di omologazione (nota a sent. Cass., Sez. I, 16 giugno 1994 n. 5821, De Maria c. Fall. soc. Ici)*, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 471.

l'art. 23, comma 43, nel senso che solo gli imprenditori agricoli sopra soglia possono accedere alla procedura degli accordi di ristrutturazione.

L'imprenditore che ricorre agli accordi di ristrutturazione non necessariamente dev'essere insolvente, potendo essere anche semplicemente in crisi⁴⁷⁰.

L'accordo, poi, dev'essere pubblicato nel registro delle imprese prima del deposito nella cancelleria del tribunale⁴⁷¹.

La pubblicità è così importante che il Tribunale di Cagliari citato nella nota sub n. 10 ha fatto discendere dalla mancata pubblicità dell'accordo, nella sua ultima formulazione, il rigetto

⁴⁷⁰ Sotto questo profilo il controllo del tribunale sarà, quindi, meno stringente. Si veda Trib. Bari 21.11.2005, cit., secondo cui, al fine dell'accesso alla procedura dell'accordo di ristrutturazione, basta che il debitore versi in uno stato di crisi, concetto nel quale possono essere ricomprese tutte quelle situazioni di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa anche non ancora sfociate nello stato di insolvenza irreversibile che diviene rilevante ai sensi dell'art. 5 l. fall.

⁴⁷¹ In tal senso, Trib. Roma 20.5.2010, cit. invece per Trib. Palermo 27.3.2009, cit., sembrerebbe valga l'opposto e cioè che l'accordo debba prima essere depositato in cancelleria, per consentire un controllo preliminare sulla documentazione e poi pubblicato nel registro delle imprese. *Non costituisce, altresì, fatto ostativo all'omologa la circostanza che l'accordo non sia stato previamente depositato presso la cancelleria del Tribunale competente, in data antecedente alla sua pubblicazione nel Registro delle imprese. Da un lato, la norma nulla specifica al riguardo; dall'altro, la legge non sembra prevedere la necessità di una verifica preventiva (antecedente all'omologa), riguardante l'ammissibilità del ricorso e la completezza della documentazione prodotta (verifica che giustificherebbe il previo deposito dell'accordo). Infine, deve evidenziarsi che gli obblighi pubblicitari dell'accordo sono rimessi all'esclusiva iniziativa dell'organo amministrativo dell'imprenditore proponente e non presuppongono la pronuncia di un provvedimento dispositivo o, comunque, autorizzativo del Tribunale.*

Nel caso affrontato da Trib. Rimini 20.3.2009, cit., invece, è avvenuto prima il deposito dell'accordo in cancelleria e dopo presso il registro delle imprese.

Trib. Cagliari, 7 luglio 2010, www.osservatorio-oci.org, *Appare di tutta evidenza che la tutela riconosciuta dall'art. 182 bis lf ai creditori e a ogni altro interessato attraverso lo strumento delle opposizioni verrebbe a perdere di efficacia e concretezza ove il contenuto dell'accordo oggetto dell'omologa fosse differente dal contenuto dell'accordo oggetto della pubblicazione presso il Registro delle Imprese. La pubblicazione costituisce lo strumento di conoscenza dell'accordo previsto dal legislatore a favore dei soggetti legittimati a proporre l'opposizione e lo stretto collegamento (anche in relazione alla brevità e perentorietà del termine) esistente tra detta pubblicazione e la proposizione dell'opposizione ne conferma il nesso di stretta causalità esistente tra l'accordo oggetto di omologa, la pubblicazione del suo contenuto e il diritto di opporsi all'opposizione da parte dei creditori e degli altri soggetti interessati. In assenza dell'avvenuta pubblicazione dell'accordo il tribunale non può procedere all'omologazione e la ragione di tale divieto posto dall'art. 182 bis lf è costituita (come rilevato in dottrina) proprio dall'arresto del meccanismo, essenziale nel percorso procedimentale dell'omologazione, che il legislatore ha predisposto per la proposizione di eventuali opposizioni.*

dell'omologazione. Nella fattispecie, l'accordo originariamente proposto aveva subito diverse modifiche ed integrazioni apportate dalla società ricorrente in data successiva al decorso del termine per la proposizione delle opposizioni. Osserva il Tribunale: *“alla stregua delle osservazioni tutte sin qui svolte, ritiene il tribunale che la rilevata ed accertata non coincidenza del contenuto dell'accordo pubblicato nel Registro delle Imprese con il contenuto dell'accordo di cui oggi la società ricorrente chiede l'omologa, rappresenti un profilo di inammissibilità della domanda che, venendo a bloccare l'iter procedimentale predisposto dal legislatore per la proposizione delle opposizioni, preclude l'esame nel merito della domanda ed è ostativa alla concessione dell'omologa per ragioni di rito”*.

2. LA COMPETENZA

Sul problema della competenza ha avuto modo di pronunciarsi di recente⁴⁷² la Suprema Corte, la quale, a seguito di decisione assunta in tema di regolamento di competenza, relativo ad un giudizio sull'efficacia di una transazione conseguente ad un accordo di ristrutturazione, ha statuito per la non sussistenza della competenza del tribunale fallimentare in ordine alle controversie nascenti da un accordo di ristrutturazione dei debiti, trattandosi di giudizi aventi ad oggetto diritti di obbligazione, e pertanto da promuovere dinanzi al giudice individuato secondo gli ordinari criteri di distribuzione della competenza, anche per territorio⁴⁷³.

Per addivenire alla decisione il Collegio di Legittimità ha ritenuto di fare applicazione anche nella fattispecie di cui all'art. 182 bis l. fall. del consolidato principio, già più volte enunciato in passato dalla Cassazione⁴⁷⁴ ma sempre con riferimento all'istituto del concordato preventivo, secondo cui, una volta esauritasi, con la sentenza di omologazione, la procedura di concordato preventivo, tutte le questioni che hanno ad oggetto diritti pretesi da singoli creditori o dal debitore e che attengono all'esecuzione del concordato, danno luogo a controversie che sono del tutto sottratte al potere decisionale del giudice delegato e costituiscono materia di un ordinario giudizio di cognizione, da promuoversi, da parte del creditore o di ogni altro interessato, dinanzi al giudice competente; che tale principio - che il Collegio condivide determina l'irrelevanza della questione circa la natura,

⁴⁷² Cass., ord. 24 settembre 2012, n. 16187, in *Guida al Diritto*, 2012, f. 44, con nota di G. NICOLA, *Un'occasione perduta per far piena luce sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*.

⁴⁷³ G. LO CASCIO, *Ipotesi di competenza giurisdizionale ordinaria nel concordato preventivo (nota a sent. Cass., Sez. I, 17 giugno 1995 n. 6859, Soc. Corradini c. Centrobanca e altro)*, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 2353.

⁴⁷⁴ Cass., n. 16598 del 18 giugno 2008; Cass., 18 aprile 2000, n. 14797, entrambe in *CED*.

concorsuale o no, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, di cui alla l. fall., art. 182 *bis*, con la conseguenza che il giudice competente a conoscere le eventuali controversie nascenti dall'esecuzione di detto accordo va individuato secondo gli ordinari criteri di distribuzione della competenza, anche per territorio.

3. I CONTROLLI SULLA DOCUMENTAZIONE (ARTT. 182 *BIS* L. FALL. – 161 L. FALL.)

Quanto alla relazione del professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei (ed in particolare, in riferimento all'attestazione della veridicità dei dati aziendali), deve rilevarsi come l'attestazione di veridicità dei dati aziendali è requisito non espressamente previsto dalla legge, a differenza che nel concordato preventivo, ma richiesto invece dalla giurisprudenza⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ Trib. Palermo 27.3.2009, cit., *Infine, con riferimento al requisito di cui alla lettera e), [il professionista] ha redatto una analitica relazione sulla attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, successivamente integrata in data 29/12/2008 (all. n. 2.2) e in data 27/03/2009 (quest'ultima depositata all'udienza fissata per l'omologa). In tale relazione, il professionista designato dalla società ricorrente – in possesso dei requisiti di cui al combinato disposto degli artt. 182 bis, co. 1, 67, co. 3, lett. d) e 28, co. 1, lett. a) e b), trattandosi di un dottore commercialista iscritto nel registro dei revisori contabili – ha, prima di tutto, preso in esame la situazione contabile della società al 31/05/2008, giudicata attendibile a seguito di un procedimento di verifica effettuato in applicazione dei comuni principi di revisione (vale a dire attraverso l'esame, sulla base di verifiche a campione, degli elementi probativi a supporto dei saldi contenuti nella situazione contabile, nonché attraverso la valutazione dell'adeguatezza e della correttezza dei criteri contabili utilizzati e della ragionevolezza delle stime effettuate). La descritta attività di verifica deve ritenersi assolutamente imprescindibile per la corretta redazione della relazione sull'attuabilità dell'accordo, anche se nella fattispecie disciplinata dall'art. 182 bis – differentemente da quanto previsto dall'art. 161, co. 3, per il concordato preventivo – il professionista incaricato non è tenuto ad una formale attestazione della veridicità dei dati aziendali.*

Trib. Milano 15.10.2009, www.ilcaso.it, la veridicità dei dati aziendali costituisce presupposto logico indefettibile dell'attestazione dell'esperto di cui all'art. 182 bis, comma 1, l. fall. anche in mancanza di espressa previsione normativa, posto che l'esperto può articolare un percorso logico argomentativi serio e coerente solo sulla base di dati contabili veritieri debitamente riscontrati.

Trib. Roma 5.11.2009, cit., l'attestazione del professionista in ordine alla attuabilità dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis legge fall. si compone di una attestazione in senso stretto concernente la veridicità dei dati aziendali indicati nel piano di ristrutturazione e di una attestazione in senso lato circa l'attuabilità del piano e dell'accordo con particolare riferimento alla idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Trib. Roma 20.5.2010, cit., secondo cui la relazione del professionista con i requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. deve attestare la regolarità dell'accordo con particolare riferimento alla possibilità di pagare regolarmente (ossia

Il professionista che redige la relazione sull'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis*, l. fall., può utilizzare anche i dati e le analisi contabili svolte da soggetti terzi, a condizione che li sottoponga a vaglio critico ai fini di un giudizio di condivisione da porre a fondamento della valutazione di attuabilità dell'accordo.

per intero ed alle scadenze pattuite) i creditori estranei nonché la veridicità dei dati contabili al fine di supportare il giudizio di fattibilità;

Trib. Milano 25.3.2010, cit., secondo cui l'assunzione di diretta responsabilità da parte del professionista attestatore in ordine alla veridicità dei dati sui quali si fonda il piano di un accordo di ristrutturazione costituisce un elemento ineludibile ai fini dell'omologazione, non potendo la relazione di detto professionista limitarsi a rimandare, quanto all'elemento in questione, alle risultanze dei controlli effettuati da una società di revisione.

Trib. Piacenza 2.3.2011, cit., secondo cui la veridicità dei dati aziendali costituisce presupposto logico indefettibile dell'attestazione dell'esperto, anche in mancanza di espressa previsione normativa, posto che l'esperto può articolare un percorso logico argomentativo serio e coerente solo sulla base di dati contabili veritieri debitamente riscontrati.

Trib. Bologna 17.11.2011, cit., se è vero che con riferimento alla documentazione da produrre a corredo della richiesta di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il legislatore ha fatto espresso riferimento alle norme sul concordato preventivo, va precisato che, per quanto riguarda la relazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione, il legislatore ha, invece, preferito specificarne l'oggetto in modo esplicito, senza prevedere un diverso e autonomo obbligo certificativo della veridicità dei dati aziendali. Appare, tuttavia, evidente che la mancanza di un obbligo di una formale attestazione in tal senso non esclude che il certificatore debba comunque verificare l'attendibilità dei dati forniti dal proponente l'accordo, posto che la verifica della tenuta del piano, nell'ottica di una valutazione comparatistica tra le risorse disponibili e il passivo da soddisfare, passa necessariamente attraverso l'esame dell'affidabilità dei dati contabili riferimento.

Trib. Bologna 17.11.2011, cit., ritiene che, in mancanza di una qualsiasi indicazione normativa in ordine al grado di aggiornamento della relazione sulla situazione patrimoniale da prodursi a corredo della richiesta di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, si deve ritenere che la valutazione di detto requisito e della adeguatezza della relazione ad assolvere la propria funzione di rappresentare fedelmente la situazione patrimoniale dell'impresa, debba essere rimessa alla valutazione discrezionale del giudice e che tale valutazione sia fortemente condizionata dalle specifiche caratteristiche della fattispecie concreta, di modo che anche una situazione patrimoniale risalente nel tempo potrà essere ritenuta sufficiente alle esigenze rappresentative di società inattive.

(Nel caso di specie, in presenza di società che aveva da tempo improntato la propria gestione a criteri liquidativi, è stata ritenuta sufficiente la produzione delle situazioni contabili, dei bilanci nonché dell'andamento degli incassi fino alla data in cui è stata redatta la relazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione).

Trib. Roma 5.11.2009, www.ilcaso.it, secondo cui il tribunale ha il dovere di chiedere all'imprenditore la documentazione necessaria a valutare la capacità di pagare i creditori estranei.

Infatti, l'autonomia negoziale riconosciuta al debitore e ai creditori nell'ambito delle c.d. soluzioni negoziali della crisi d'impresa non esclude il potere/dovere del tribunale di svolgere un preliminare controllo di legalità, con la conseguenza che spetta al giudice di verificare non solo che sia stata depositata tutta la documentazione richiesta dalla legge, ma anche che tale documentazione sia effettivamente idonea allo scopo per il quale è richiesta.

In dottrina⁴⁷⁶, è stata espressa una posizione meno rigorosa che merita, a mio avviso, attenzione. Proprio perché negli accordi di ristrutturazione non è previsto l'obbligo dell'attestazione di veridicità dei dati aziendali, a differenza di quanto avviene nel concordato preventivo, basta un'attestazione di affidabilità che può essere ricompresa nell'attestazione di attuabilità del piano negli accordi. Invero, il giudizio di attuabilità necessariamente comprende una valutazione di affidabilità dei dati contabili e fattuali raccolti, ma la valutazione di affidabilità non comporta la necessità di un giudizio di stretta veridicità⁴⁷⁷.

Posto che il consenso si è già formato, bisognerebbe riflettere sulla possibilità di prescindere dalla veridicità dei dati aziendali per concentrare il controllo sulla fattibilità del piano. Quello che interessa non è tanto la veridicità "formale" dei singoli dati, quanto che l'accordo si sia formato in modo corretto, che non vi siano asimmetrie informative, che i risultati del consenso superino un'eventuale prova di resistenza. Del resto, non c'è nessuna norma specifica neanche in caso di annullamento o risoluzione degli accordi di ristrutturazione, mentre l'art. 173 l. fall., in materia di concordato preventivo, prevede, in ipotesi di occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, di dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti, di esposizione di passività insussistenti, di commissione di atti in frode, l'obbligo per il commissario giudiziale di riferire immediatamente al tribunale, ma non l'obbligo per il tribunale di revocare l'ammissione al concordato. E' vero che il tribunale deve aprire d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione del concordato, ma ciò non comporta che lo debba revocare per forza. Anzi, è ben possibile che interpellati i creditori sul punto questi siano interessati comunque al mantenimento del concordato preventivo.

La valutazione, quindi, va fatta caso per caso.

In merito all'attualità della relazione del professionista, Trib. Terni 13.12.2010, in www.osservatorio-oci.org e www.ilcaso.it, osserva che, qualora all'accordo di ristrutturazione dei debiti vengano apportate significative variazioni rispetto ai contenuti sui quali i creditori hanno prestato il loro consenso ed altresì rispetto a quanto abbia formato oggetto della relazione del professionista, il tribunale dovrà richiedere la produzione di una attestazione integrativa del professionista incaricato in ordine alla persistente attuabilità dell'accordo, alla sua coerenza con gli

⁴⁷⁶ L. M. QUATTROCCHIO, *Redazione del piano e dell'attestazione nel concordato preventivo in continuità. Disclosure e attività di monitoraggio nella fase di esecuzione. Rassegna della best practice in materia*, in *Nuovo Dir. delle Società*, 2013, 10, 55.

⁴⁷⁷ B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in www.ilcaso.it, 18.

impegni assunti nei confronti dei creditori che lo hanno sottoscritto ed alla idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei quelli estranei.

Mentre, in relazione alla problematica dell'espressa menzione che il piano prevede il pagamento integrale dei creditori estranei alle loro naturali scadenze e che è attuabile, Trib. Palermo 27.3.2009, cit., ha ritenuto che *“infine, il professionista si è soffermato sull'attuabilità dell'accordo proposto agli enti creditizi. Tale indagine è stata effettuata attraverso la redazione, sulla base di criteri estremamente prudenziali, dei bilanci revisionali di esercizio dal 2008 fino al 2028; prendendo in considerazione, da un lato, i flussi finanziari generati dalla futura attività aziendale e dall'accordo di ristrutturazione dei debiti (che, se portato a termine, garantisce, da parte del socio di maggioranza Gruppo 6 GDO s.r.l., anche l'apporto di nuovo capitale per euro 1.050.000,00 nonché un finanziamento infruttifero di euro 600.000,00) e, dall'altro, il fabbisogno necessario al pagamento dei debiti; e si è conclusa con un sicuro giudizio positivo, anche con riferimento alla possibilità di un regolare pagamento dei creditori estranei. Sotto quest'ultimo profilo, cruciale ai fini dell'omologabilità dell'accordo, deve evidenziarsi che per regolare pagamento dei creditori estranei non può che intendersi – secondo quanto correttamente indicato dalla migliore dottrina e dalla giurisprudenza di merito – il pagamento integrale e alla scadenza dei debiti contratti nei confronti di coloro che non hanno sottoscritto l'accordo; con l'ulteriore precisazione che i debiti già scaduti debbono essere necessariamente saldati in epoca immediatamente successiva all'omologa. Opportunamente, pertanto, il professionista nominato ha redatto una relazione integrativa, depositata all'udienza fissata in camera di consiglio, con specifico riferimento alla idoneità del piano di ristrutturazione a garantire il regolare pagamento dei debiti scaduti in epoca immediatamente successiva alla data di presumibile omologazione.”*⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ Trib. Napoli, marzo-aprile, 2012, inedita, ha invece statuito che *“Se da un lato dovrà totalmente prescindersi dalla qualità del credito vantato dagli estranei (essendo irrilevante la natura chirografaria o privilegiata ai fini della necessità del regolare pagamento), dall'altro il rischio insito nell'intero sistema è proprio quello delle possibili asimmetrie informative nei confronti degli estranei, nei cui confronti il sistema pubblicitario dell'accordo, fondato esclusivamente sulla pubblicazione del registro delle imprese, appare realmente insufficiente a consentirne un tempestivo avvertimento. Ecco perché il tribunale dovrà farsi carico dell'indicata valutazione (circa la garanzia del regolare pagamento degli estranei) in modo particolarmente intrusivo, indipendentemente da eventuali rilievi sollevati dagli interessati attraverso l'opposizione. Così, ove il tribunale verificchi che in realtà l'accordo per come è strutturato presenta l'elevato rischio di assorbire troppe risorse sì da mettere seriamente in pericolo la categoria dei non aderenti, dovrà necessariamente negare l'omologazione indipendentemente dal fatto che i creditori estranei abbiano esternato la relativa preoccupazione. Proprio per questo, nel caso di specie, il tribunale, a seguito della presentazione del ricorso, ha appunto domandato alla ricorrente un'integrazione, allo scopo di procedere ad un'attenta verifica circa l'effettiva*

La necessità di un piano più ampio, invece, rappresenta un requisito non espressamente previsto dalla legge, ma richiesto dalla giurisprudenza⁴⁷⁹. Pertanto, al fine di valutare se l'accordo di ristrutturazione dei debiti abbia ottenuto l'adesione da parte del 60% dei creditori del proponente, non si deve tener conto dei crediti contestati, a meno che le contestazioni non risultino *ictu oculi* talmente infondate da apparire dilatorie e strumentali proprio al raggiungimento di quella soglia, giacché il credito contestato non solo non è esigibile nell'attualità ma è, soprattutto, incerto nella esistenza, prima ancora che nel suo ammontare.

4. L'OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO

L'omologazione pronunciata con decreto motivato del tribunale può avvenire all'esito del rigetto delle opposizioni o all'esito della positiva valutazione dell'accordo in assenza di opposizioni.

La riflessione sul tipo di controllo che il tribunale è chiamato ad effettuare sugli accordi di ristrutturazione non può prescindere oggi dall'esame della pronuncia della Cassazione Civile, Sez.

consistenza ed il reale grado di realizzabilità delle risorse disponibili, invitando l'esperto ad una specifica attestazione circa l'effettivo valore del magazzino e dei crediti verso clienti, in vista della verifica circa la concreta idoneità di tali poste a consentire di ricavare la somma necessaria al pagamento integrale dei non aderenti ed al rispetto delle pattuizioni intercorse con gli aderenti."

⁴⁷⁹ Trib. Roma 5.11.2009, cit., secondo cui, quando l'accordo ex art. 182 bis legge fall. costituisce elemento essenziale di un più ampio piano di ristrutturazione del gruppo di imprese del quale fa parte la proponente, anche quest'ultimo documento deve essere depositato presso il registro delle imprese, specialmente nel caso in cui l'accordo di ristrutturazione acquisti pienezza di significato solo nell'ambito del più generale piano aziendale.

Trib. Bologna 3.12.2009, www.osservatorio-oci.org, secondo cui in sede di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, la percentuale dei creditori che deve aderire all'accordo va calcolata sul totale dei crediti, indipendentemente dalla loro natura e numero, dovendo poi il tribunale valutare l'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare attenzione alle prospettive di realizzo, tali da consentire il pagamento dei creditori estranei. (Nella fattispecie, il debitore aveva raggiunto l'accordo preventivo con il maggiore credito, l'Agenzia delle Entrate ed il concessionario, ai sensi dell'art. 182 *ter* l. fall.). Trib. Roma 20.5.2010, cit., secondo cui nel sessanta per cento del monte crediti di cui l'imprenditore deve rispondere non rileva la distinzione tra creditori privilegiati e chirografari;

Trib. Piacenza 2.3.2011, cit., secondo cui la percentuale minima di adesioni all'accordo di ristrutturazione non deve considerarsi presupposto dell'azione ma condizione di omologazione del piano sicché tale percentuale può essere raggiunta mentre gli accordi sono in corso.

Trib. Bologna 17.11.2011, cit., secondo cui il presupposto della adesione del 60% dei creditori, previsto dalla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis, l. fall., non è espressione della applicazione di un sistema maggioritario di formazione della volontà del ceto dei creditori, ma semplicemente il frutto della necessità di stabilire un limite minimo oggettivo di affidabilità del tentativo di soluzione negoziale della crisi.

I, 15 dicembre 2011, n. 27063 che, in materia di concordato preventivo, ha evidenziato alle sezioni unite il seguente conflitto fra l'orientamento prevalente espresso da Cass. n. 21860/10, Cass. n. 3274/11, Cass. n. 3586/11, Cass. n. 13817/11 e Cass. n. 18987/11 che appare contrario alla sindacabilità del merito della proposta di concordato (sia preventivo sia fallimentare) – e quindi della fattibilità del piano – tanto in sede di giudizio di ammissione alla procedura quanto nella successiva fase del giudizio di omologazione, ad eccezione del caso in cui sia stata presentata opposizione e l'orientamento emerso da Cass. n. 18864/11 (che però ha seguito una linea motivazionale non del tutto coincidente con l'orientamento maggioritario, pur non sconfessandolo in modo esplicito (ed anzi talvolta richiamandolo), che, per un verso, ha espressamente inteso ridimensionare la valenza contrattuale dell'adesione dei creditori alla proposta concordataria, per altro verso ha sottolineato il ruolo di controllo anche sostanziale che sin dalla fase dell'ammissione residuerebbe in capo al tribunale, quanto ai requisiti di fattibilità del piano, ruolo confermato dalla possibilità di concedere un termine per apportarvi integrazioni secondo la previsione dell'art. 162, comma 1, l. fall.

Ha osservato la Corte che la sentenza 18864/11, *pur non potendosi forse considerare in diretto contrasto con le altre sopra menzionate, giacchè in definitiva ha fondato la propria decisione sul rilievo d'ufficio di una causa di nullità assoluta (per impossibilità dell'oggetto) della proposta concordataria approvata dall'adunanza dei creditori, è stata apprezzata anche dai commentatori come dissonante rispetto alla linea giurisprudenziale maggioritaria che si era andata prima definendo, e probabilmente sottende un'ulteriore ragione di distonia anche in ordine alla rilevanza che, nell'economia della proposta concordataria (e della sua fattibilità), oggi assume l'indicazione della percentuale dei creditori che si prevede possano essere soddisfatti;*

- *la ratio decidendi, su cui la citata sentenza n. 18864/11 si fonda, d'altronde, rende necessario chiedersi in qual misura l'eventuale non fattibilità del piano si traduca in un'impossibilità dell'oggetto del concordato: il che finisce per riproporre in altra veste il medesimo problema dei limiti entro cui il giudice è legittimato a sindacare l'anzidetto requisito della fattibilità;*

- *l'importanza dei temi su cui s'è fatto cenno (ai quali potrebbe aggiungersi anche l'interrogativo circa le conseguenze di un negativo giudizio del tribunale in ordine all fattibilità del piano, ove si ravvisi un difetto d'informazione del ceto creditorio, ed in particolare se ed entro quali limiti ne possa derivare la riconvocazione dell'adunanza dei creditori per esprimere un nuovo e più consapevole voto) – temi in ordine ai quali si registra non solo un ampio dibattito in dottrina ma anche un tuttora non sopito contrasto nella giurisprudenza di merito, reso più acuto dalla*

frequenza delle questioni che in siffatta materia vengono sottoposte a giudizio – concorre a suggerire l'opportunità di valutare l'eventuale rimessione del ricorso all'esame delle sezioni unite di questa corte.

Quanto alla legittimazione all'opposizione, rappresenta l'art. 182 *bis* l. fall., che qualunque interessato e quindi anche il socio di società di capitali può essere legittimato⁴⁸⁰.

E' ben possibile che l'accordo di ristrutturazione sia sottoscritto per l'assunzione di determinati impegni anche da un soggetto diverso dal proponente. Ciò non comporta, però, la valutazione della eventuale violazione della garanzia patrimoniale cui il terzo è tenuto nei confronti dei propri creditori, altrimenti si finirebbe con l'escludere la legittimità di qualunque intervento di sostegno proveniente da un soggetto diverso da quello in crisi per il solo fatto che tale intervento rischierebbe ai compromettere la garanzia patrimoniale dei creditori del terzo⁴⁸¹.

Quanto alla necessità che il controllo si arresti al merito o si estenda alla legittimità, Trib. Napoli, marzo-aprile 2012, cit., ha escluso *“cioè che il giudice, in assenza di specifiche norme di legge al riguardo, possa sindacare il rispetto dei valori concernenti l'equilibrio economico negoziale,*

⁴⁸⁰ Si veda, però, Trib. Bologna 17.12.2011, cit., secondo cui il socio di società di capitali non ha alcun interesse, né legittimazione, ad opporsi all'accordo di ristrutturazione dei debiti proposto dalla società. L'interesse del socio al potenziamento ed alla conservazione della consistenza economica dell'ente (e quindi della propria quota) è, infatti, tutelabile esclusivamente con strumenti interni di carattere societario e non implica la legittimazione a denunciare in giudizio atti esterni, quali il compimento di negozi giuridici stipulati dalla società la cui validità, anche qualora ne venga sostenuta la radicale nullità, resta contestabile solo dalla società stessa. L'interesse del socio ad opporsi all'omologa dell'accordo di ristrutturazione non è nemmeno configurabile con riferimento agli effetti dell'omologa di esenzione degli atti esecutivi dell'accordo dalla revocatoria fallimentare, posto che le azioni revocatorie fallimentari incidono solo sull'efficacia relativa dei singoli atti a favore della massa dei creditori, senza che alcun vantaggio, neppure indiretto, sia ravvisabile a favore del socio.

Trib. Cagliari 7.7.2010, cit., *Il testo dell'art. 182 bis lf appare in tal senso chiaro e in realtà nessuno dubita in dottrina che il contenuto dell'eventuale opposizione, cui sono legittimati (come sopra si è già avuto modo di evidenziare) sia i creditori sia ogni altro interessato (ivi compreso il Pubblico Ministero, al quale sono evidentemente indifferenti le tematiche della revocabilità dei pagamenti), possa avere ad oggetto i presupposti di ammissibilità del procedimento e possa investire tanto le questioni relative alla legittimità del procedimento (come ad esempio la mancanza di uno o più dei requisiti richiesti dalla legge), quanto quelle relative al merito (come ad esempio il punto cruciale della omologabilità dell'accordo costituito dalla fattibilità, idoneità ed attuabilità dell'accordo e del piano sottostante ed in tal senso in dottrina sono stati considerati, tra gli altri, portatori di un simile interesse i creditori dei creditori che abbiano aderito all'accordo, i quali, per effetto dell'accordo, potrebbero vedere ridotto il credito del loro debitore da assoggettare a pignoramento presso terzi, ovvero i creditori le cui pretese verso il debitore siano assistite da garanzie prestate da terzi).*

⁴⁸¹ In termini, Trib. Milano 25.3.2010, cit.; Trib. Bologna 17.11.2011, cit.

l'unico ambito di possibile intervento riguarda i profili afferenti all'inesistenza ovvero alla nullità dell'accordo (con possibilità da parte del giudice di rilevare d'ufficio la nullità, venendo in rilievo questioni prodromiche ed intimamente connesse all'adempimento del programma negoziale).

Nel caso di specie il debitore ha validamente programmato con alcuni creditori contestualmente una riduzione di debito ed una dilazione di pagamento, procrastinando l'adempimento al pagamento dei creditori non aderenti all'accordo, senza che sia dato rintracciare, nel contesto del programma negoziale, alcun vizio riportabile al quadro delle nullità.

Ciò appare pienamente conforme alla natura privatistica degli accordi, del tutto autonomi dalla fattispecie concordataria, posto che l'accordo intervenuto con gli aderenti non deve pregiudicare in alcun modo la posizione dei non aderenti (i quali non debbono subire le decisioni della maggioranza, come invece per il concordato preventivo), onde il tribunale si pone appunto come garante della posizione di soggetti potenzialmente pregiudicati (nel duplice senso che in caso di fallimento non potranno contare sull'esperibilità di alcune revocatorie e che le pattuite forme di ristrutturazione rischiano di non lasciare denaro sufficiente per il loro regolare soddisfacimento)⁴⁸².

⁴⁸² Trib. Bologna 17.11.2011, cit., secondo cui il tribunale non può in alcun modo valutare le scelte di merito e di convenienza attraverso le quali il proponente ha inteso perseguire il risanamento dell'impresa, a meno che dette scelte non incidano sulla idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei creditori estranei e, più in generale, a risolvere la situazione di crisi o di insolvenza.

Trib. Piacenza 2.3.2011, cit., secondo cui il tribunale nell'esercitare il controllo di legalità sulla relazione che attesta l'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione deve prescindere da ogni considerazione sulla convenienza dell'accordo medesimo o sul merito del piano, limitandosi a valutare se nella relazione siano presenti o rinvenibili gli elementi necessari affinché la relazione possa assolvere alla funzione ad essa attribuita dalla legge di fornire ai creditori ed ai terzi interessati la conferma della veridicità dei dati aziendali e di sottoporre al loro giudizio utili elementi di valutazione sull'attuabilità dell'accordo.

Trib. Cagliari 7.7.2010, cit., secondo cui *l'omologazione dell'accordo segue al positivo controllo giurisdizionale in ordine alla presenza di tutti i profili compresi nel concetto di regolarità e legittimità del procedimento previsto dall'art. 182 bis l f ed al riguardo la proposizione, o meno, di opposizioni viene ad incidere sul thema decidendum del giudizio di omologazione ed, in particolare, sul presupposto cruciale costituito dall'attuabilità dell'accordo.*

In assenza di opposizioni il controllo giurisdizionale sulla fattibilità dell'accordo passa esclusivamente attraverso la valutazione di tale fattibilità eseguita dal professionista attestatore e si risolve sostanzialmente nella verifica della analiticità, esaustività, completezza e non contraddittorietà della relazione, operando, quindi, su di un piano astratto i cui confini restano quelli della logicità del piano e della coerenza della relazione attentatrice.

In presenza di opposizioni il thema decidendum si estende poiché possono essere portati all'attenzione del tribunale specifici e concreti aspetti inerenti la fattibilità dell'accordo, così che il controllo viene ad investire anche gli eventuali aspetti problematici di merito segnalati dagli interessati.

La funzione riconosciuta dalla norma in esame all'opposizione è dunque quella di far emergere – nel momento in cui si opera il controllo giurisdizionale sull'accordo negoziale volto a produrre gli effetti giuridici ricondotti ex lege alla sua omologazione – gli interessi di segno contrario sia di natura prettamente privatistica di cui sono portatori i creditori, sia di natura generale e pubblica – che travalicano quindi, quelli personali dei singoli creditori – di cui sono portatori di altri soggetti legittimati all'opposizione.

Così ricostruita la disciplina e la funzione del procedimento di omologa in presenza della variante costituita dalla proposizione, o meno, di opposizioni, deve, allora, convenirsi che ogni eventuale doglianza da far valere con tale strumento di tutela non può che essere riferito al contenuto dell'accordo di ristrutturazione di cui l'imprenditore abbia chiesto l'omologazione e, segnatamente, al contenuto di quell'accordo che l'imprenditore abbia pubblicato nel Registro delle Imprese.

Trib. Milano 25.3.2010, cit., Nell'ambito del procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis, l. fall., la natura del controllo del tribunale è diversa a seconda che vi siano o meno opposizioni. Nella prima ipotesi, il controllo è di mera legittimità ed il profilo della attuabilità/fattibilità del piano deve essere valutato sotto il profilo della logicità del piano stesso e della coerenza e persuasività della relazione redatta dal professionista attestatore. Qualora vi siano invece opposizioni, il *thema decidendum* del giudizio di omologazione subisce una inevitabile estensione cognitoria, potendo il tribunale investigare gli specifici aspetti di fattibilità del piano nei limiti delle contestazioni mosse dagli opposenti.

Corte d'Appello Roma 1.6.2010, www.ilcaso.it, L'accertamento che il tribunale, in considerazione della natura privatistica dell'istituto, deve effettuare in sede di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti è un controllo di legittimità teso a verificare il rispetto delle condizioni di omologazione, ovverosia il coinvolgimento di creditori rappresentanti almeno il 60% dei debiti nonché, per il tramite della relazione del professionista, l'attuabilità dell'accordo al fine di assicurare il regolare pagamento dei creditori che non vi hanno aderito (Nel caso di specie, la Corte ha riformato la decisione del Tribunale che non aveva omologato l'accordo a causa della mancata conoscenza dei dettagli delle condizioni di un finanziamento previsto dal piano).

Trib. Roma 20.5.2010, cit., secondo cui, qualora non vi siano opposizioni alla omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis, l. fall., il tribunale non valuterà la bontà del giudizio espresso dal professionista, bensì la coerenza e completezza dell'iter procedimentale ed argomentativo del professionista attestatore, con la conseguenza che l'omologazione dell'accordo non potrà mai essere ritenuta una certificazione giudiziale della sua fattibilità.

Trib. Roma 27.1.2010, www.osservatorio-oci.org, richiede ai fini dell'omologazione:

- *che i creditori non aderenti all'accordo sono soddisfatti integralmente nell'orizzonte temporale del piano, trascurando di considerare che il pagamento deve avvenire con le modalità contrattuali per essere regolare e non secondo una proposta temporale che ancorché diretta al soddisfacimento integrale non rispetta i detti termini;*
- *che il mancato pagamento regolare si evince dalla prospettiva di una successiva adesione all'accordo, presupponente dunque la mancata soddisfazione dell'accordo attuale con il piano di ristrutturazione proposto;*
- *che il piano prevede una soddisfazione dei creditori estranei in tempi brevi ancorché non immediati, escludendo così la regolarità dei pagamenti;*
- *che sono in corso trattative con i fornitori non aderenti all'accordo per una transazione al 50% che porta a presumere il mancato regolare adempimento;*

In assenza di opposizioni il tribunale deve procedere alla disamina della chiarezza espositiva e della completezza della relazione del professionista, verificando che le analisi e le valutazioni svolte dall'esperto siano accurate, logiche, coerenti ed esaustive. Il profilo della fattibilità è quindi scrutinato su un piano astratto, strettamente ancorato alla razionalità argomentativa della relazione.

In presenza di opposizioni, invece, il controllo assume un'estensione e una concretezza maggiori, immediatamente correlate alle doglianze che sono svolte dai creditori oppositori con facoltà di esaminare nel merito le censure svolte dai creditori contrari all'omologa e di verificarne ogni possibile ricaduta sulla concreta attuabilità dell'accordo e/o sulla sua capacità di assicurare il pieno soddisfacimento ai creditori estranei⁴⁸³.

In riferimento al problema della tutela dei creditori estranei, il Trib. Bergamo 27.1.2012, www.ilcaso.it, ritiene possibile un accordo di ristrutturazione organizzato in classi perché è ammissibile il trattamento differenziato dei vari creditori. Non v'è però l'esigenza di controllare il

- *che dal piano non emergono assolutamente le modalità di soddisfazione regolare dei creditori estranei all'accordo; gli*

Trib. Roma 5.11.2009, cit., nell'esercitare il controllo di legalità sulla relazione che attesta l'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione, il giudice deve i) prescindere da ogni considerazione sulla convenienza dell'accordo medesimo o sul merito del piano; ii) valutare se nella relazione siano presenti e rinvenibili gli elementi necessari affinché la relazione possa assolvere alla funzione ad essa attribuita dalla legge di fornire ai creditori ed ai terzi interessati la conferma della veridicità dei dati aziendali e di sottoporre al loro giudizio utili elementi di valutazione sull'attuabilità dell'accordo; iii) valutare la coerenza e la completezza logico-argomentativa del discorso asseverativo dell'attestatore discorso che dovrà essere immune da vizi logici tali da pregiudicare elementi rilevanti ai fini di cui si è detto.

Trib. Milano 15.10.2009, cit., secondo cui la valutazione che il tribunale è chiamato a compiere in ordine alla fattibilità degli accordi di ristrutturazione è intensità diversa, secondo che vi siano o meno opposizioni di creditori non aderenti.

⁴⁸³ Secondo Trib. Ancona 12.11.2008, www.ilcaso.it, il tribunale deve valutare con rigore l'attuabilità dell'accordo tenendo conto che l'eventuale successivo inadempimento del debitore – per effetto dell'esenzione da revocatoria degli atti esecutivi dell'accordo medesimo – comporterebbe una situazione a cui i creditori rimasti estranei non potrebbero, pur se privilegiati, porre rimedio. Il tribunale deve, quindi, valutare la fattibilità del piano in rapporto alle concrete prospettive di realizzo prospettate ed alla sussistenza di una liquidità che consenta il pagamento dei creditori rimasti estranei (nella specie, l'accordo di ristrutturazione si fondava su una transazione fiscale con l'Agenzia entrate, il cui credito costituisce oltre il 98% dei debiti dell'impresa)

Secondo Tribunale Milano 24.1.2007, cit., nella fase giudiziale dell'omologa, unica devoluta alla Autorità Giudiziaria, il controllo non deve limitarsi alla mera constatazione asettica dell'intervenuta approvazione del piano, ma deve anche concretamente entrare nel merito del ricorso e soffermarsi con attenzione sulla concreta attuabilità del piano, intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole grado di monetizzazione, con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all'accordo.

rispetto della *par condicio* nell'ambito delle singole classi. Il pagamento della classe dei creditori estranei era garantito mediante il deposito della somma necessaria al pagamento.

Trib. Bologna 17.11.2011, cit., ritiene invece che il controllo del tribunale riguardi questioni che attengono ai presupposti di accesso della procedura, quali la documentazione da allegare, le caratteristiche ed i vizi della relazione dell'esperto, l'adesione del 60% dei crediti e la attuabilità dell'accordo con riferimento alla idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei, ma non si spinge all'esame dei profili di merito delle opzioni che le parti hanno trasfuso nel negozio o nei negozi costruiti a fini ristrutturativi. L'accordo di ristrutturazione, in ragione della sua natura privatistica e senza valenza concorsuale (perché volto non al mantenimento delle condizioni di parità nel concorso, ma a favorire il buon esito degli accordi finalizzati al salvataggio dell'impresa, impedendo l'azione dei *free riders*), è valido ed efficace in maniera del tutto indipendente dalla sua sottoposizione al vaglio dell'omologa operato dall'autorità giudiziaria. Esso si perfeziona, infatti, secondo le ordinarie regole civilistiche in maniera del tutto indifferente ed autonoma rispetto all'omologa, al pari di un qualsiasi altro contratto che non debba essere sottoposto al giudizio omologatorio del tribunale. Ciò è vero anche nell'ipotesi in cui le parti abbiano inteso condizionare alla omologazione l'efficacia dell'accordo, in quanto tale eventualità non può che essere la conseguenza di una libera scelta compiuta dalle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale.

Inoltre, ha osservato il Tribunale, nell'ambito del procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione, il controllo sull'attuabilità del piano – mediato dalla relazione dell'esperto attestatore le cui analisi e valutazioni dovranno essere accurate, logiche, esaustive e coerenti – è del tutto indipendente dalla proposizione di eventuali opposizioni ed è diretto a verificare se la serietà del piano, avuto riguardo alle risorse liberate dagli accordi, lo renda idoneo, in un giudizio prognostico, al superamento della crisi, posto che questa è l'unica ragione che giustifica l'accettazione del rischio che il patrimonio dell'insolvente subisca riduzioni non più ripristinabili (per effetto della esenzione dalla revocatoria che consegue all'omologa) nel caso in cui quel piano, contrariamente alle previsioni, non riuscisse a realizzare il salvataggio dell'impresa⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ Trib. Brescia 22.2.2006, cit., secondo cui per regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* l. fall. si deve intendere l'esatto pagamento del debito alla sua scadenza e non il pagamento secondo le regole concordate tra il debitore e i creditori aderenti all'accordo (in particolare, trattandosi di accordo di natura privatistica, non solo chi non aderisce ad esso ma anche chi vi resta estraneo va regolarmente pagato).

Trib. Bari 21.11.2005, cit., secondo cui la valutazione dell'accordo da parte del Tribunale deve avere ad oggetto la concreta fattibilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei che devono essere integralmente soddisfatti.

Prima del 2010 non esisteva la mera proposta di accordo di ristrutturazione⁴⁸⁵.

Dopo il 2010, gli accordi di ristrutturazione si sono rinforzati grazie alla proposta di accordo di ristrutturazione⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Vedi Trib. Vicenza 21.12.2009, www.ilcaso.it, secondo il quale la mera proposta di accordo di ristrutturazione, depositata in tribunale ed anche presso il registro delle imprese, non è idonea a produrre gli effetti propri dell'accordo approvato dai creditori, sicchè il Tribunale non deve provvedere sulla stessa.

⁴⁸⁶ Trib. Udine 30.3.2012, www.ilcaso.it, (fattispecie in cui pendeva contestualmente ricorso di fallimento e la proposta di accordo di ristrutturazione era chiaramente volta a paralizzare il primo), secondo cui, sebbene il provvedimento di cui all'art. 182 bis, comma 6, l. fall. sia emesso sulla base di una cognizione sommaria e con valutazione prognostica, tuttavia il controllo del tribunale non può avere contenuto esclusivamente formale in ordine alla sussistenza della documentazione richiesta, ma dev'essere esteso ad una verifica anche di carattere sostanziale della ricorrenza dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione con le maggioranze richieste e delle condizioni atte ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei (il Trib. Udine cita Trib. Roma 13.3.2012, www.ilcaso.it e Trib. Roma 4.11.2011, www.unijuris.it).

Trib. Roma 13.3.2012, cit., secondo cui l'inibitoria di cui all'art. 182 bis, comma 6, l. fall., pur essendo un provvedimento cautelare emesso a seguito di una valutazione prognostica, *richiede una verifica non solo formale ma anche sostanziale sulla ricorrenza dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma nonché le condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare*. Addirittura, il controllo sostanziale riguarderebbe già la fase delle trattative, prima dell'acquisizione della relazione del professionista il quale, tuttavia, deve rendere apposita dichiarazione anche sulla veridicità dei dati aziendali, *perché non si possono verificare le condizioni e i presupposti dell'accordo di ristrutturazione senza un riscontro di carattere sostanziale su dati meramente contabili di provenienza unilaterale [...] In sostanza il profilo dell'attuabilità/fattibilità deve essere vagliato su un piano ancorato, oltre che alla logicità intrinseca del piano, anche alla coerenza e persuasività motivazionale della relazione attentatrice*.

Trib. Velletri 17.2.2012, www.osservatorio-oci.org, secondo cui *spetta al tribunale, quindi, riscontrare "la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare"; tale attività di riscontro riguarda la presenza o meno di concrete ed utili trattative per pervenire all'accordo prospettato (con le percentuali di partecipazioni dei creditori indicate o comunque superiori alla soglia minima di legge, senza ovviamente la sicurezza di tale risultato) e per altro verso la verifica della fattibilità del piano, che – stante la natura cautelare/sommaria della presente fase procedimentale – non coincide con una valutazione piena sullo stesso quale potrà avvenire solamente in sede di omologazione dell'accordo [...] per altro verso si evidenzia la presenza in atti dell'attestazione dell'imprenditore che costituisce in questa fase procedimentale una sorta di parametro legale per la sommaria valutazione di fattibilità; [...] ritenuto dunque di dover accordare la misura invocata, va dato atto che l'impresa ha richiesto la concessione del termine massimo di 60 giorni, al fine di consentire agli organi deliberativi delle Banche di deliberare sull'accordo; efficacia della sospensione e sua durata; il sesto comma in applicazione stabilisce che l'inizio della sospensione avviene con la presentazione in tribunale*

Nonostante l'art. 182 *bis*, sesto comma, l. fall. non preveda espressamente la produzione di una relazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo, secondo la giurisprudenza, pertanto, si deve ritenere che il tribunale debba essere messo in condizione di effettuare un controllo di tipo sostanziale in ordine alla capacità del piano e dell'accordo di garantire la posizione dei creditori estranei.

L'attestazione del professionista relativa alla sussistenza delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo deve essere estesa alla verifica della attendibilità dei dati aziendali e non limitarsi alla mera riproduzione dei dati forniti dal debitore. Il professionista, pertanto, deve necessariamente relazionare sui riscontri effettuati per le singole poste e offrire una adeguata motivazione in ordine alla conferma o meno dei valori nominali espressi nella documentazione contabile prodotta e ciò al fine di consentire all'organo giudicante – ed ancor prima ai creditori estranei – un'autonoma verifica sull'adeguatezza e sulla coerenza logica dell'iter argomentativi seguito⁴⁸⁷.

dell'istanza; l'esigenza di rafforzare la tutela dell'impresa in crisi nel tentativo di risanamento ha indotto il legislatore ad attribuire effetto pieno ed automatico alla mera presentazione della richiesta, salvo le successive verifiche del tribunale in sede di disamina e fissazione dell'udienza (verifica di completezza della documentazione) ed in sede di decisione finale, in cui invece è tenuto all'esame del merito; non è stata stabilita espressamente né la durata massima dell'efficacia, né un preciso meccanismo attraverso cui stabilire e sanzionare il momento della cessazione del beneficio; la lacuna è tuttavia più apparente che reale, poiché il tribunale deve fissare il termine massimo (entro 60 giorni) per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista ai sensi del primo comma, al termine del quale – come è naturale – o l'accordo di ristrutturazione sarà stato presentato, ed allora all'effetto sospensivo anticipatorio del sesto comma si sostituirà quello normale previsto dal terzo comma dell'art. 182 bis, oppure l'accordo non sarà stato depositato ed allora, scaduto il termine massimo di decadenza, il beneficio sarà anch'esso decaduto automaticamente per assenza del presupposto normativo (presentazione di un accordo di ristrutturazione) che lo sosteneva;

Trib. Roma 4.11.2011, www.ilcaso.it, secondo cui l'inibitoria di cui all'art. 182 bis, comma 6, l. fall. – pur essendo un provvedimento cautelare emesso all'esito di un giudizio a carattere sommario e di natura prognostica – non può essere evidentemente affidata ad un controllo solo formale sulla sussistenza della documentazione richiesta dovendo, invece, il giudice effettuare una verifica anche sostanziale sulla ricorrenza “dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma” nonché “delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare”.

⁴⁸⁷ Trib. Bergamo 5.6.2011, www.ilcaso.it e Redazione Giuffrè 2011, secondo cui la locuzione “regolare pagamento” dei creditori estranei deve essere interpretata nel senso di pagamento integrale e immediatamente successivo alla definitività dell'omologa, comprensivo di interessi e, se dovuta, di rivalutazione monetaria per i crediti già scaduti.

5. IL CONTROLLO SULL'ESECUZIONE DELL'ACCORDO

Del problema, allo stato, per quanto consta, sembra essersi occupato solo Trib. Terni 4.7.2011, www.osservatorio-oci.org, *Ritenuto che, tanto se si aderisca alla tesi della natura concorsuale degli a.d.r. – con conseguente applicazione analogica delle disposizioni dettate in materia di commap. sopra richiamate -, quanto se si aderisca alla tesi negoziale degli stessi – con conseguente richiamo agli strumenti civilistici della risoluzione per inadempimento (il cui principio della non scarsa importanza dell'inadempimento ex art. 1455 commacomma è stato peraltro mutuato dallo stesso art. 186 l. fall.) – l'intervento giudiziale (rispettivamente in sede fallimentare o ordinaria) presuppone comunque e necessariamente l'iniziativa di un creditore che rilevi l'inadempimento ed agisca per la risoluzione dell'accordo medesimo;*

Considerato che tale presupposto non ricorre nella fattispecie in esame, ove un creditore appartenente al ceto bancario, lungi dal lamentare forme di inadempimento o instare per la risoluzione dell'originario accordo di ristrutturazione omologato, manifesta un interesse a che la sua modifica, accompagnata dalla relazione del professionista che ne conferma la persistente attuabilità ed idoneità a garantire il pagamento dei crediti estranei, riceva un suggello, per quanto del tutto formale (in termini di mera "presa visione"), da parte del Tribunale;

Ritenuto che siffatto interesse sia sfornito di formale tutela, non essendo appunto prevista alcuna forma di intervento giudiziale nella fase attuativa dell'accordo già definitivamente omologato – anche in forma di ulteriore omologa di sue eventuali modifiche – se non suscitata da una specifica censura di inadempimento ad opera della parte interessata, tanto più stante la persistente libertà negoziale dei partecipanti all'accordo medesimo;

Ritenuto, inoltre, che anche una ipotetica attivazione ex novo dell'intera procedura di omologazione – peraltro nel rispetto di tutti i passaggi procedimentali contemplati dall'art. 182 bis l. fall. – presupporrebbe il venir meno, per risoluzione o annullamento, dell'originario a.d.r., che invece nell'accordo modificativo-integrativo del 18.5.11 le parti hanno inteso esplicitamente confermare, nelle sue linee portanti e in tutti i punti non espressamente modificati; P.Q.M. dichiara inammissibile l'istanza.

Trib. Novara 2.5.2011, Redazione Giuffrè 2011, secondo cui non è possibile la proroga del termine entro cui far seguire l'accordo alla proposta.

6. IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE E NELLE ALTRE
SOLUZIONI DELLA CRISI DELL'IMPRESA

La crisi d'impresa propone un ambito di iniziativa particolarmente impegnativo per l'ufficio del PM, trattandosi di uno dei più delicati e complessi settori d'intervento nel processo civile e, al contempo, di un importante ambito di esercizio dell'azione penale. I procedimenti penali fallimentari, infatti, costituiscono oggi una ampia porzione del diritto penale commerciale vivente, basti porre mente alle vicende relative ai grandi dissesti degli ultimi anni (dal Banco Ambrosiano alla Sasea, sino a Parmalat e Cirio).

Un ulteriore profilo di rilevanza della materia è dato dalla particolare connessione tra procedimenti civili e penali fallimentari: in nessun ambito del processo civile il dinamismo o l'inerzia del PM può avere un riflesso così significativo sul piano dell'esercizio della giurisdizione penale⁴⁸⁸.

Il rilievo della materia è oggi aumentato ancor più, quanto meno in relazione a due fenomeni.

Per un verso, la crisi d'impresa è tanto più diffusa quanto più è critico il momento dell'economia di mercato, attualmente in fase recessiva.

Per altro verso, il nostro ordinamento sta sperimentando, con le novelle riformatrici della l. fall. intervenute nell'ultimo quinquennio, uno strumentario piuttosto nuovo ed ancora in rodaggio.

Due appaiono i compiti principali assegnati al Procuratore: ricostruire uno statuto del PM "fallimentare", facendo chiarezza in un ambito normativo ricco di incertezze interpretative, e prospettare un modello organizzativo idoneo ad un intervento così articolato quale la legge sembra richiedere.

6.1 IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO NEL PROCEDIMENTO PER LA DICHIARAZIONE DI
FALLIMENTO E NELL'AMBITO DELLA PROCEDURA PER L'AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO
(ARTT. 161 SS. L. FALL.)

Il PM può assumere, rispetto al procedimento per la dichiarazione di fallimento, il ruolo di richiedente, quello di interventore o anche un ruolo inerte. Occorre innanzitutto definire i casi nei quali possa o debba assumere un ruolo o l'altro. Devono quindi essere chiarite le specifiche modalità dell'iniziativa (legittimazione, competenza territoriale, onere della prova) che il PM

⁴⁸⁸ ILARIA MERENDA, *Profili penali della disciplina sul sovraindebitamento*, in *Cass. pen.*, 2013, 10, 3355.

assuma *motu proprio* ma anche di quella che sia chiamato ad assumere quando l’iniziativa privata desista. Non meno importante è stabilire quale debba essere la condotta del PM dopo la dichiarazione di fallimento, specialmente con riferimento alle ricadute della procedura concorsuale sul procedimento penale (comunicazione della sentenza di fallimento, eventuale revoca della stessa, rapporto con il curatore).

Procedura storicamente “minore” rispetto al fallimento, il concordato preventivo è una forma di composizione concordata della crisi d’impresa rilanciato dalle recenti novelle e per nulla ridimensionato dall’inedita procedura di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti⁴⁸⁹.

Questi dati bastano a far comprendere quanto possa essere rilevante l’attenzione del PM per queste procedure.

Si è ancora recentemente osservato che nella fase dell’ammissione, il giudice avrebbe meri poteri di verifica formale o poco di più della domanda del debitore e dell’acclusa relazione del professionista. Questa opinione si sarebbe certo attagliata alla disciplina introdotta dal d. l. 80/2005 (antevigente al d. l. 169/2007) a tenore della quale (ex art. 163 l. fall.) il Tribunale non poteva andare oltre la “*verifica della completezza e regolarità della documentazione*”⁴⁹⁰.

In realtà il tribunale non può né deve valutare la convenienza della proposta, questione interamente rimessa ai creditori, ma può e deve valutarne la fattibilità. Il controllo che il tribunale è chiamato ad esercitare non è meramente formale ma sostanziale. La valutazione prende le mosse dalla relazione dell’attestatore – sul quale grava la responsabilità della veridicità dei dati assunti – e ne verifica la completezza informativa e logicità argomentativi⁴⁹¹. Siffatto controllo non è segno di alcun principio di privatizzazione.

Più in generale, la procedura – pure in presenza di un presupposto oggettivo che non è più esclusivamente l’insolvenza ma il più lato stato di crisi, inteso come lo stato di insolvenza o di pericolo di insolvenza – continua ad essere permeata da regole finalizzate alla realizzazione di un interesse pubblicistico. Non a caso, in questo quadro si spiega che: la domanda sia obbligatoriamente comunicata al PM (art. 161 ultimo comma l. fall.); il tribunale possa chiedere al

⁴⁸⁹ Il ricorso al concordato preventivo non sembra marginale. Presso il Tribunale di Milano queste procedure rappresentano un totale che è pari, grosso modo, ad un decimo delle procedure fallimentari. Dal punto di vista qualitativo pare che ricorrano alla procedura concordataria imprese di dimensioni più rilevanti rispetto alla media di quelle per le quali viene richiesta l’apertura della procedura fallimentare.

⁴⁹⁰ Ciò che infatti ritengono A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Milano, 2010, 117 e E. BRICHETTI F. MUCCIARELLI P. SANDRELLI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2746.

⁴⁹¹ In questi termini Trib. Milano, 18 marzo 2010, edita su www.ilcaso.it, documento 2198/2010.

debitore di integrare il piano e produrre nuovi documenti (art. 162, primo comma, l. fall.); che dichiarare inammissibile la proposta all'esito della verifica dei presupposti (art. 162, secondo comma, l. fall.); che, ammessa la procedura nomini un commissario giudiziale che è pubblico ufficiale (art. 165 l. fall.); che revochi la procedura se il debitore ha compiuto atti di frode (art. 173 l. fall.); che il debitore che abbia fraudolentemente agito per conseguire l'ammissione è penalmente responsabile (art. 236 l. fall.).

Nella disciplina previgente rispetto al d. l. 169/07 non vi era unanimità di vedute su questo punto. L'intervento del PM era ritenuto obbligatorio sulla base di un argomento testuale persuasivo: secondo l'antevigente art. 162 l. fall. il Tribunale dichiarava inammissibile la domanda "*sentito il pubblico ministero*"⁴⁹².

La disciplina introdotta dall'ultima novella, abrogativa dell'anzidetto inciso dell'art. 162 l. fall. ed introduttiva dell'obbligo di comunicazione della domanda al PM ex art. 161 ult. c l. fall., viene ancora letta in modo opposto ma prevale l'opinione che reputa l'intervento del PM facoltativo in una cornice privatistica della procedura nella quale la comunicazione oggi dovutagli avrebbe la semplice funzione di informarlo della pendenza del procedimento, lasciandolo arbitro di intervenire o meno.

A sostegno della contraria opinione secondo la quale l'intervento del PM sarebbe obbligatorio si assume un dato di carattere testuale: dal combinato disposto degli articoli 70 e 71 cod. proc. civ. emerge che il giudice ha l'obbligo di comunicazione della domanda al PM nei casi in cui l'intervento è obbligatorio. In questo quadro, l'obbligo di comunicazione ex art. 161 ult. comma l. fall. non è altro che un'applicazione del regola ex art. 738 co. 2 cod. proc. civ., a tenore del quale "*se deve essere sentito il pubblico ministero, gli atti sono a lui previamente comunicati*".

Il dilemma non pare quindi irrevocabilmente sciolto. L'incertezza può generare rilevanti effetti distorsivi: l'inerzia del PM a fronte di un intervento ritenuto obbligatorio genera nullità del processo civile rilevabile d'ufficio; la medesima inerzia, che pure lascia immune da vizi il procedimento civile, integra l'omessa doverosa iniziativa PM nel campo del diritto penale fallimentare.

Se si considerano i differenti effetti di siffatta inerzia del PM nella procedura concordataria si comprende perché i cultori del processo fallimentare accolgono senza riserve la facoltatività dell'intervento del PM. In opposta prospettiva, si comprenderebbe se i penalisti – e particolarmente

⁴⁹² Riferimenti di dottrina e giurisprudenza in G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure fallimentari*, Milano, Ipsoa, 1454. La contraria opinione, basata sulla ritenuta privatizzazione della procedura concorsuale, era seguita da meno numerosi sostenitori, cfr. G. LO CASCIO, op. cit., 1460.

i pubblici ministeri – si preoccupassero degli effetti che l’inerzia può determinare sul piano del doveroso esercizio dell’azione penale⁴⁹³.

In realtà non si può contestare che la disciplina novellata, caducando il potere di dichiarare il fallimento d’ufficio, non ha privatizzato la procedura (ciò che si dubita se riferito all’assottigliata discrezionalità del giudice in ordine alla valutazione della domanda) e soprattutto ha conferito al PM una funzione nevralgica, ben diversa da quella disegnata dalla precedente normativa, poco più che ornamentale. La complessiva disciplina del concordato preventivo, a ben vedere, presuppone che il PM sia effettivamente parte della procedura. Ciò emerge per più versi:

L’art. 162, secondo comma, l. fall. sembra dare per scontata la partecipazione del PM.

Se questo, avvisato, non prende parte al procedimento non può venire a sapere che il Tribunale fallimentare ha rigettato la domanda. Deve escludersi che incomba al giudice una suppletiva comunicazione, ulteriore rispetto a quella iniziale ex art. 161 l. fall. come tassativamente è previsto dall’art. 173 l. fall. in caso di revoca del concordato. Il duplice effetto di questa inerzia (sotto il profilo fallimentare un’impresa insolvente continua ad operare sul mercato, sotto il profilo penale non si procede per reati fallimentari eventualmente sussistenti) ricade interamente sul PM⁴⁹⁴.

Il meccanismo di responsabilizzazione del PM, poi, è ancora più grave se si considera il procedimento di revoca del concordato preventivo. L’art. 173, secondo comma, l. fall. dispone che il tribunale dichiara il fallimento (anche) su richiesta del PM al quale, ai sensi del primo comma, ha dato comunicazione della pendenza della segnalazione del commissario giudiziale⁴⁹⁵. Motivo della revoca sono comportamenti che integrerebbero la violazione dell’art. 236, primo comma, l. fall. da parte dell’imprenditore individuale (l’attribuzione di attivi inesistenti fatta allo scopo di ammissione alla procedura ex art. 236 comma 1 l. fall. rientra certamente tra gli atti di frode ex art. 173, primo comma, l. fall.) e dell’art. 223 l. fall. del titolare di funzione organica nell’impresa societaria (l’occultamento e dissimulazione di attivi ex art. 173, primo comma, l. fall. è ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale ex art. 223 comma 1 l. fall., la dolosa omessa denuncia di crediti e l’esposizione di passività insussistenti è ipotesi di bancarotta documentale fraudolenta ex art. 223

⁴⁹³ F. CANAZZA, *Iniziativa del pubblico ministero e potere di segnalazione del tribunale fallimentare (nota a Cassazione Civile, Sez. I, 14 giugno 2012, n. 9781; Corte d’Appello di L’Aquila, 22 maggio 2012; Tribunale di Milano, Sez. II, 24 maggio 2012, ord.)*, in *Fallimento*, 2012, 11, 1305.

⁴⁹⁴ G. VISAGGIO, *Il ruolo del pubblico ministero nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2012, 2, 1, 166.

⁴⁹⁵ M. FERRO, *La terzietà spettatrice del giudice dell’insolvenza: le segnalazioni al pubblico ministero e l’iniziativa per la dichiarazione di fallimento (nota a Cassazione civile, sez. I, 26 febbraio 2009, n. 4632)*, in *Corriere Giur.*, 2009, 7, 928.

comma 1 l. fall.) se il concordato non fosse revocato. Comportamenti che – in caso di revoca ed in mancanza di richiesta di fallimento – sarebbero penalmente irrilevanti. L’effetto dell’inerzia del PM, se nessun creditore chiede il fallimento, è quindi ancora più eclatante di quello che nasce in caso di rigetto della domanda di concordato perché la revoca presuppone una condotta fraudolenta del debitore, così esente da responsabilità.

Una situazione analoga si propone in sede di giudizio di omologa del concordato preventivo: l’art. 180 u. comma 1. fall. dispone che il tribunale, se respinge il concordato, dichiara il fallimento su iniziativa del creditore o del PM. Il quesito sull’obbligatorietà o facoltatività della comunicazione al PM di questa fase procedimentale (ritenuta obbligatoria a pena di nullità nella disciplina antevigente ed oggi facoltativa in virtù dell’iniziale comunicazione ex art. 161 l. fall.) non pare centrale quanto il rilievo – che attiene allo statuto ed alla responsabilità del PM – che riguarda il grave effetto dell’inerzia dell’ufficio requirente e che consiste nell’esenzione da responsabilità penale fallimentare⁴⁹⁶.

Non va dimenticato, infine, che l’assenza del PM può avere riflessi rilevanti sul giudizio che il tribunale è chiamato a svolgere in ordine all’ammissione alla procedura e particolarmente sulla valutazione della relazione ex art. 161 comma 2 l. fall. predisposta dal debitore e quella del professionista ex art. 161 comma 3 l. fall. Se questi elaborati costituiscono, in assenza di istruttoria, i soli riferimenti sui quali il tribunale può fondare il giudizio di ammissibilità e se il potere di verifica rimesso al giudice può riguardare esclusivamente la coerenza intrinseca delle relazioni, allora la presenza del PM – che ex art. 72, primo comma, l. fall. può produrre documenti e dedurre prove – costituisce una insostituibile dialettica processuale, idonea a prevenire e sanzionare abusi. A questo riguardo sarebbe interessante stabilire quale possa essere il rilievo penale di relazioni rappresentative di dati inveritieri. Allo stato manca giurisprudenza sul punto, Si prospettano esegesi pregevoli ma piuttosto incerte, alle quali si rimanda senza pretesa di prospettare soluzioni⁴⁹⁷.

Un breve accenno dev’essere rivolto, infine, ai risvolti penalistici della vicenda.

Si è rilevato che alla presenza del PM nelle procedure concordatarie è, verosimilmente in un’ampia casistica, destinato ad allargare il numero delle dichiarazioni di fallimento con la conseguente applicazione delle norme penali fallimentari.

⁴⁹⁶ S. SCARAFONI, *Il pubblico ministero nel concordato preventivo: disciplina ante novella e post novella (nota a Tribunale di Roma 12 settembre 2008)*, in *Dir. Fall.*, 2010, 1, 2, 81.

⁴⁹⁷ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, op. cit., 118; P. GIUNTA F. SCARCELLA, 1219; E. BRICHETTI F. MUCCIARELLI P. SANDRELLI, *Il nuovo diritto fallimentare*, op. cit. 2746.

Ma se anche il PM rimane discosto dalle procedure concordatarie e queste vanno in porto, non perciò può ignorarne i riflessi penali ex art. 236 l. fall., norma invero pressoché disapplicata.

La novellata disciplina del concordato preventivo presuppone un requisito oggettivo della procedura (lo stato di crisi) che, ponendosi in un rapporto di genere rispetto alla specie costituita dall'insolvenza, fa dubitare che le fattispecie di bancarotta cui fa rinvio l'art. 236 l. fall. che si riferiscono al ragionamento del "fallimento" o del "dissesto" (art. 223, secondo comma, n. 1, l. fall.), intesi questi eventi nello stretto significato di "insolvenza", siano ipotizzabili allorché il debitore ammesso al concordato versi nello stato di crisi ma non anche in quello d'insolvenza.

Si tratta di un'esegesi piuttosto sofisticata – anche considerata la corrente disapplicazione dell'art. 236 l. fall. – ma che offre un interessante spunto di riflessione per il PM ma anche al tribunale fallimentare al quale implicitamente si chiede di specificare se il concordato sia ammesso su un presupposto o sull'altro.

Non pare invece di potersi accogliere quell'ulteriore sviluppo esegetico secondo il quale non dovrebbe potersi ipotizzare alcuna forma di bancarotta fraudolenta e semplice allorché il concordato presupponga il mero stato di crisi. Si conoscono bene, infatti, le ragioni per le quali il reato di bancarotta si ripeteva ipotizzabile allorché la procedura concorsuale fosse l'amministrazione controllata il cui presupposto non era l'insolvenza ma la temporanea difficoltà ad adempiere.

VII. QUESTIONI CONTROVERSE INERENTI L'ART. 182 BIS L. FALL.

SOMMARIO: 1. SULLA PREDUCIBILITÀ DEI CREDITI CONTRATTI PER LA RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA; 2. LA PROTEZIONE PATRIMONIALE CAUTELARE DELL'ACCORDO NON ANCORA OMOLOGATO; 3. IL RECLAMO ALLA CORTE D'APPELLO ED IL RICORSO PER CASSAZIONE

1. SULLA PREDUCIBILITÀ DEI CREDITI CONTRATTI PER LA RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA

Come si è già avuto modo di approfondire, sin dal 2010 il legislatore ha tentato di riformare l'istituto dell'accordo di ristrutturazione introducendo precise disposizioni volte ad incentivare le risoluzioni stragiudiziali e concordate delle crisi di impresa⁴⁹⁸.

In particolare, per quanto attiene al tema della concessione dei finanziamenti necessari alle imprese in crisi, già la prima riforma del 2006 aveva affrontato incidentalmente la questione, potenziando le garanzie creditorie con l'introduzione di precise esenzioni dall'azione revocatoria ex art. 67, terzo comma, lett. d), e) e g), l. fall.⁴⁹⁹ e con la riformulazione dell'art. 111 l. fall.⁵⁰⁰.

Tuttavia, la prassi ha rivelato la palese insufficienza di tali incentivi, determinata anche da notevoli incertezze interpretative quanto all'estensione oggettiva dell'esenzione da revocatoria ed alla prededucibilità nell'eventuale fallimento successivo dei crediti sorti in funzione, nel corso ed in esecuzione di precedenti procedure concorsuali⁵⁰¹.

Per tale motivo, il legislatore si è determinato ad apportare nuovi e specifici interventi volti a rafforzare gli strumenti capaci di supportare una gestione concordata delle crisi d'impresa.

Da un lato mediante l'art. 48 d. l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in l. 30 luglio 2010, n. 122, il quale presenta risvolti prettamente penalistici vista l'introduzione di una causa di giustificazione per i delitti di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice posti in essere mediante pagamenti ed operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o di un piano di risanamento.

⁴⁹⁸ F. S. FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2013, 9, 1149.

⁴⁹⁹ Per atti e pagamenti posti in essere e garanzie concesse in esecuzione di un piano attestato di risanamento, di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti e per pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso al concordato preventivo.

⁵⁰⁰ Per un quadro riassuntivo delle opinioni espresse dalla dottrina sulla natura giuridica dell'accordo, vedi il capitolo III par. 1 della presente opera, nonché A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla l. fall.*, Padova, 2013, 1231 ss.

⁵⁰¹ F. S. FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti*, op. cit., 1150.

Su altro piano, mediante l'introduzione dell'art. 182 *quater* l. fall. che conferisce espressamente il beneficio della prededuzione ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 ai finanziamenti in qualsiasi forma concessi (anche dai soci, ma con limitazione del beneficio alla percentuale dell'80% del finanziamento) in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero in funzione della presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Nella medesima direzione ha operato anche l'intervento riformatore posto in essere con d. l. 83/2012⁵⁰², a seguito del quale è stato inserito nella l. fall. l'art. 182 *quinquies* e con esso una serie di nuove tipologie di finanziamenti prededucibili.

Infine, la legge 134/2012 ha abrogato la disposizione di cui all'art. 182 *quater* l. fall., in base alla quale veniva considerato prededucibile anche il credito relativo al compenso spettante al professionista per la predisposizione della relazione ex artt. 161, terzo comma, e 182 *bis*, primo comma, l. fall.

Al contempo, tale atto normativo ha inserito ex art. 161, comma 7, l. fall. ha introdotto nuove figure di crediti prededucibili ed in particolare quelli sorti per effetto degli atti urgenti di straordinaria amministrazione legalmente compiuti nel periodo tra deposito del ricorso e decreto di ammissione del concordato preventivo.

Ad oggi il complesso normativo non risulta sul punto modificato dal d. l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98, ed offre un quadro generale eterogeneo e non sempre coordinato, ulteriormente complicato dalla previsione contenuta nell'art. 182 *quinquies*, quarto e quinto comma, secondo cui il debitore che chieda l'ammissione ad un concordato preventivo con continuità aziendale o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti può ottenere dal Tribunale l'autorizzazione al pagamento di crediti per prestazioni di beni o servizi anteriori alla pubblicazione della domanda, a condizione che vengano a tal fine utilizzate risorse finanziarie apportate da terzi senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato ovvero che siano attestate da un professionista l'essenzialità delle prestazioni e la loro funzionalità rispetto alla migliore soddisfazione dei creditori.

Rientrano in tale fattispecie le figure dei cosiddetti finanziamenti-ponte⁵⁰³, degli atti di amministrazione interinale urgente⁵⁰⁴, dei finanziamenti autorizzati in corso di procedura⁵⁰⁵, degli

⁵⁰² Svincolandola dalle caratteristiche soggettive del finanziatore ed aprendo la strada della parziale prededuzione anche ai finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda erogati dai soci.

⁵⁰³ Si tratta dell'operazione in base alla quale viene accordata da uno o più Intermediari di credito al debitore la possibilità di ottenere l'erogazione di finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda di concordato

atti di amministrazione interinale nel corso del concordato preventivo⁵⁰⁶ ed infine dei finanziamenti in esecuzione⁵⁰⁷.

Un panorama così eterogeneo impone un rilevante sforzo di coordinamento tra le varie disposizioni richiamate ed ermeneutico al fine di esattamente delimitare il significato della prededucibilità prevista da tali norme.

Occorre innanzitutto chiedersi se sia pensabile l'esistenza di una categoria di crediti prededucibili che siano "interni" al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione, ossia che operi ammettendo il soddisfacimento di alcuni creditori anche prescindendo da una successiva dichiarazione di fallimento del debitore.

L'opinione maggioritaria in dottrina tende a riconoscere l'operatività della prededuzione non solo nell'ambito di un successivo fallimento ma anche nel caso di un concordato preventivo e di un accordo di ristrutturazione dei debiti⁵⁰⁸. Analoga opinione è stata espressa⁵⁰⁹ anche dalla

preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti che, ove siano previsti dal piano e dall'accordo, danno luogo, previo specifico riconoscimento nel decreto di apertura del concordato o a condizione della omologazione dell'accordo, a crediti delle banche equiparati ai crediti "prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'art. 111" (art. 182 *quater*, secondo comma l. fall.).

⁵⁰⁴ La possibilità per il debitore di compiere, nel periodo immediatamente successivo al deposito della domanda di concordato preventivo e fino al decreto di apertura dello stesso, sia atti di ordinaria amministrazione che, previa autorizzazione del Tribunale, atti urgenti di straordinaria amministrazione, suscettibili di fare sorgere crediti "prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall." (art. 161, comma 7).

⁵⁰⁵ Intendendosi per tale la possibilità di ottenere, a seguito del deposito di una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di anticipazione degli effetti protettivi di una proposta di accordo, l'autorizzazione, da parte del Tribunale, a contrarre finanziamenti, anche individuati solo per tipologia ed entità ed anche eventualmente garantiti da pegno o ipoteca, attestati da professionista indipendente come funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori, finanziamenti che, una volta erogati, daranno luogo a crediti "prededucibili ai sensi dell'art. 111" (art. 182 *quinquies*, primo e terzo comma).

⁵⁰⁶ Ovvero la possibilità per il debitore di compiere, dopo il decreto di apertura del concordato preventivo e fino alla omologazione o alla diversa modalità di cessazione della procedura, atti di ordinaria amministrazione e, previa autorizzazione del giudice delegato, atti di straordinaria amministrazione, generatori di crediti che sorgono in occasione e (quanto meno se autorizzati) in funzione di una procedura concorsuale e che quindi dovrebbero rientrare nella categoria dei crediti prededucibili come definita dall'art. 111, secondo comma, l. fall. (art. 167).

⁵⁰⁷ Locuzione che indica la possibilità di erogazione di finanziamenti finalizzati all'esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, i quali danno luogo a crediti dei finanziatori "prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'art. 111" in base al disposto dell'art. 182 *quater*, primo comma, l. fall.

⁵⁰⁸ A. DIDONE, *Concordato preventivo, diniego di prededuzione e rimedi*, in *Fall.*, 2012, 823-833, 827; M. FABIANI, *Prededuzione "speciale" ex art. 182 quater l. fall. e regime di impugnazione*, in *Foro it.*, 2011, I, 2529-2533, 2532; G.

giurisprudenza, la quale tende a ritenere possibile la prededuzione di crediti sorti sia prima, sia dopo la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, momento che segna il discrimine tra crediti cui si estendono gli effetti del concordato e crediti che ne rimangono estranei, a norma degli artt. 168 e 184 l. fall.

I fautori della tesi opposta avanzano dubbi sulla possibilità di far valere la prededuzione anche all'interno di procedure diverse dal fallimento, in quanto è stato talvolta ravvisato nel richiamo all'art. 111 l. fall.⁵¹⁰ solo un effetto prenotativo rispetto all'eventuale fallimento derivante dall'esito negativo del concordato o dell'accordo. In particolare, si è sottolineata⁵¹¹ l'improprietà del riferimento alla prededucibilità nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, poiché esso non si riferisce alla regola della *par condicio*, ma a quella dell'adesione all'accordo, così distinguendo fra creditori aderenti da soddisfare con le modalità ed i tempi concordati e creditori estranei da pagare integralmente⁵¹², sia pure con la possibilità di moratoria oggi prevista dall'art. 182 *bis*, primo comma, l. fall.⁵¹³.

Anche chi ammette la prededuzione interna al concordato preventivo ed all'accordo di ristrutturazione ha tuttavia evidenziato che in queste procedure l'uso del termine prededuzione ha il

RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010, n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 1-7, 4; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346-1365, 1351.

⁵⁰⁹ I cui risultati sono esposti e commentati in M. FERRO P. BASTIA. G. M. NONNO (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013.

⁵¹⁰ Che, occorre ricordare, non è ricompreso tra le norme in generale applicabili al concordato preventivo ex art. 169 l. fall.

⁵¹¹ G. B. NARDECCHIA, *Sub artt. 182 quater e 182 quinquies*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, 2202-2236, 2218; S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 469-481; R. D'AMORA, *La nuova prededuzione*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2010, 11-12; P. VALENSISE, *Sub art. 182 quater*, in A. NIGRO M. SANDULLI V. SANTORO (a cura di), *La l. fall. dopo la riforma*, 3, Torino, 2010, 2337-2344.

⁵¹² B. INZITARI, *Nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.*, in *www.ilcaso.it*, 2011, doc. 263/11, 32-33; considerazioni non dissimili, con riferimento al concordato preventivo, in P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, 31-32.

⁵¹³ A. NIGRO D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, Appendice*, Bologna, 2013, 5; B. ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Fall.*, 2011, 889-897, 889.

solo scopo di indicare l'attitudine dei crediti prededucibili ad essere soddisfatti prima e fuori dai riparti stabiliti dal commissario giudiziale o dal liquidatore⁵¹⁴.

Pertanto, la prededuzione nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione, qualora si sposasse la tesi dell'ammissibilità in tali intermediari, opererà nell'esecuzione degli stessi, imponendo il pagamento integrale e alle scadenze concordate dei crediti espressamente qualificati prededucibili, sia che si tratti di crediti sorti prima, sia che abbia riguardo a crediti sorti dopo la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese.

Con la conseguenza, però, che in tal modo si finisce per svilire la portata della prededuzione stessa⁵¹⁵, in quanto gli stessi effetti discenderebbero già dalla disciplina generale⁵¹⁶ del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti⁵¹⁷.

Tuttavia è forse possibile individuare, anche nella generale platea dei crediti successivi, alcuni profili di differenziazione di quelli qualificati come prededucibili rispetto agli altri: nel concordato preventivo, i crediti successivi prededucibili, avendo comunque diritto ad essere pagati con preferenza rispetto ad ogni altro credito, potrebbero in quanto tali ritenersi sottratti agli effetti di segregazione patrimoniale eventualmente derivanti dalle forme esecutive proposte dal debitore ed approvate dai creditori concorrenti, effetti che invece sono destinati a prodursi anche nei confronti dei creditori genericamente successivi; nell'accordo di ristrutturazione i crediti estranei prededucibili potrebbero ritenersi sottratti alla moratoria legale (centoventi giorni dalla omologazione o dalla scadenza, se successiva) oggi prevista dall'art. 182 *bis* 1. fall. per l'integrale pagamento dei crediti genericamente estranei.

In secondo luogo, può rilevarsi, in relazione ai crediti anteriori qualificati come prededucibili, che la previsione espressa di prededucibilità assume probabilmente, in particolare nel concordato

⁵¹⁴ A. BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 811-826, 826.

⁵¹⁵ G. B. NARDECCHIA, *op. cit.*, 2206.

⁵¹⁶ La cui compatibilità, in particolare, con il concordato preventivo è comunque discussa: si vedano, in proposito, A. PEZZANO, *L'atto di destinazione ex art. 2645 ter cod. civ. "preventivo" del debitore, di "supporto" del terzo ed il concordato... preventivo*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2013; Cass. 15 luglio 2011, n. 15699, in *Fall.*, 2011, 129; Trib. Pescara 3 marzo 2011, in *www.osservatorio-oci.org*, 2011, Ms.00497; Trib. Vicenza 31 marzo 2011, in *www.osservatorio-oci.org*, 2011, Ms.00487; Trib. Verona 13 marzo 2012, in *Fall.*, 2012, 972; Trib. Lecco 26 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*, 2012, doc. 7566; Trib. Reggio Emilia 2 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*, 2012, doc. 7854.

⁵¹⁷ Tra i quali rientrano quasi tutti quelli ricompresi nell'elencazione sopra riportata, ad eccezione dei crediti di restituzione di finanziamenti-ponte erogati prima della pubblicazione della domanda di concordato o di omologazione dell'a.d.r.

preventivo⁵¹⁸, ancora prima della fase esecutiva, il significato di rendere necessario che la proposta o il piano concordatari ne prevedano il pagamento integrale e tempestivo (rispetto alle scadenze convenzionali), senza che ciò possa comunque comportare violazione del divieto di alterazione dell'ordine legale delle prelazioni⁵¹⁹ e del divieto di pagamenti di crediti anteriori in corso di procedura⁵²⁰, divieti che tornano invece in gioco (determinando eventualmente la necessità di una modificazione della proposta) solo nel caso in cui la prededuzione non venga riconosciuta con il decreto di apertura. In tali casi, quindi, alla natura prededucibile del credito conseguirebbe l'effetto di rendere la proposta e la pianificazione del suo integrale pagamento (comunque necessarie) ammissibili anche in deroga al divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione. A ben vedere, significato analogo a quello appena evidenziato la prededucibilità è suscettibile di assumere anche con riferimento ad alcuni crediti che, sebbene successivi alla pubblicazione della domanda, si collocano, per titolo o causa, nel periodo intermedio compreso tra tale pubblicazione e la formulazione della proposta o, comunque, la apertura della procedura concordataria: si tratta dei crediti derivanti da finanziamenti autorizzati ex art. 182 quinquies, commi 1-3, l. fall. o da altri atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati ex art. 161, comma 7, l. fall. o da atti di ordinaria amministrazione compiuti nel periodo suddetto, tutti espressamente dichiarati dalle norme ricordate "prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall.". Anche per tali crediti, quindi, dovrebbe porsi la necessità di previsione di pagamento integrale e tempestivo nella proposta (o quanto meno nel piano), con contestuale svincolo dal rispetto dell'ordine legale delle prelazioni.

Va, anzi, segnalata, in questa prospettiva, una proposta interpretativa che conferisce ai crediti in discorso carattere prededucibile limitato alla procedura di concordato e non automaticamente esteso al successivo, eventuale fallimento, se non previa positiva valutazione, da parte degli organi fallimentari in sede di verifica del passivo, della funzionalità del credito: ciò sulla scorta, da un lato, della diversa formulazione letterale del richiamo all'art. 111 l. fall. contenuto nelle norme appena ricordate (solo "ai sensi", anziché "ai sensi e per gli effetti" come invece nell'art. 182 *quater*); dall'altro lato, della ritenuta assenza di un preventivo controllo di merito in ordine alla funzionalità

⁵¹⁸ Nel quale la categoria non è necessariamente limitata ai crediti derivanti da finanziamenti-ponte erogati prima della pubblicazione della domanda, potendo includere anche i crediti prededucibili connessi ad un precedente accordo di ristrutturazione omologato ma non compiutamente eseguito.

⁵¹⁹ Così, con riferimento ai crediti da finanziamenti-ponte, G. B. NARDECCHIA, op. cit., 2211-2212, il quale valorizza a tal fine l' "equiparazione" ai crediti prededucibili ex art. 111 l. fall. sancita dall'art. 182 *quater*, secondo comma, e la conformità della soluzione alla ratio incentivante della normativa.

⁵²⁰ R. D'AMORA, *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle diseguaglianze funzionali*, in G. MINUTOLI (a cura di), *Crisi d'impresa ed economia criminale*, Milano, 2011, 359-379; 378.

degli atti in tal modo autorizzati o compiuti, rimessi al debitore o alla dichiarazione di un professionista, sulla quale il tribunale eserciterebbe un sindacato di carattere poco più che formale⁵²¹. In tal senso potrebbe valorizzarsi anche la espressa estensione (disposta dalla L. n. 134/12) della esenzione da revocatoria, nel successivo fallimento, degli atti legalmente posti in essere nel corso della procedura concordataria (art. 67, comma 3, lett. e, l. fall.) e cioè, oltre che degli atti di ordinaria amministrazione, degli atti autorizzati ai sensi degli artt. 182 *quinquies*, commi 1-3, e 161, comma 7: se, infatti, i crediti derivanti da simili atti fossero senz'altro prededucibili nel fallimento conseguente al concordato (o all'accordo di ristrutturazione), non vi sarebbe stata ragione di prevederne espressamente la esenzione da revocatoria, giacché, mentre la non revocabilità non implica anche la prededucibilità, quest'ultima invece comporta sempre necessariamente la non revocabilità dell'atto che costituisce fonte del credito prededucibile.

Occorre, poi, chiedersi se sia configurabile, nell'ambito soprattutto del concordato preventivo, una prededuzione volontaria, derivante, cioè, non da una previsione normativa, ma dal trattamento prioritario proposto dal debitore per determinati crediti anteriori⁵²². Mentre non dovrebbe dubitarsi in linea di principio che il debitore possa proporre a creditori ritenuti strategici un trattamento interamente e immediatamente soddisfacente, stante la libertà che l'art. 160 l. fall. gli riconosce nella determinazione del contenuto della proposta, gli aspetti problematici concernono, da un lato, il limite derivante dal divieto di alterazione dell'ordine legale delle prelazioni e, dall'altro lato, la conservazione della prededuzione nel successivo, eventuale, fallimento.

Sotto il primo profilo, la prededuzione volontaria dovrebbe essere possibile solo⁵²³ a condizione che i crediti interessati vengano isolati in una apposita classe integralmente e/o immediatamente soddisfatta e che sia rispettato il divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione⁵²⁴. La concreta rilevanza di tale ultima condizione potrebbe essere parzialmente elusa attribuendo al suddetto divieto un significato non assoluto, quale limite concernente l'utilizzo di qualsiasi risorsa possa essere destinata alla attuazione del piano concordatario⁵²⁵, bensì quello di regola operante in relazione all'utilizzazione delle sole risorse che provengono dal patrimonio del

⁵²¹ R. D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2013;14 ss.

⁵²² Ad esempio quelli dei professionisti che a vario titolo hanno prestato consulenza o assistenza nella predisposizione della domanda o del piano o quelli di fornitori ritenuti strategici per la prosecuzione dell'attività d'impresa.

⁵²³ Salva l'ipotesi - più di scuola che reale - del pagamento integrale ed alla scadenza di tutti i creditori.

⁵²⁴ Che, quindi, siano integralmente e/o immediatamente soddisfatti anche i crediti aventi in tale ordine posizione pozioere.

⁵²⁵ Così, ad esempio, Trib. Treviso 11 febbraio 2009, in *Fall.*, 2009, 1439.

debitore⁵²⁶. Tuttavia, tale possibilità appare notevolmente ridimensionata dal recente arresto giurisprudenziale⁵²⁷ secondo cui, ai fini dell'ammissibilità della proposta di concordato preventivo, gli apporti esterni provenienti da terzi si sottraggono al divieto di alterazione della graduazione dei crediti solo allorché risultino neutrali rispetto allo stato patrimoniale del debitore, non comportando né un incremento dell'attivo - sul quale i crediti prelatizi dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado -, né un aggravio del passivo, con il riconoscimento di ragioni di credito a favore del terzo, indipendentemente dalla circostanza che tale credito sia stato o no postergato. Anche la giurisprudenza di merito ha ritenuto "inammissibile, per violazione delle norme di legge in tema di concorso dei creditori e di suddivisione di questi ultimi in classi, la domanda di concordato preventivo con la quale si proponga, accanto al pagamento parziale e differito di crediti prelatizi e chirografari, il pagamento integrale ed immediato di crediti sorti prima del deposito della domanda stessa, qualificati come prededucibili in quanto sorti in esecuzione e in funzione del piano industriale successivamente alla data iniziale di attuazione dello stesso (anteriore però alla data di presentazione della domanda di concordato) e/o ritenuti strumentali al mantenimento della continuità aziendale e inerenti a rapporti destinati a proseguire nell'eventuale fase di esecuzione del concordato"⁵²⁸ e, più in generale, ha rilevato che "la prededucibilità attiene esclusivamente a crediti ontologicamente tali, in quanto sorti nei confronti della massa dei creditori ovvero a crediti che (ancorché sorti nei confronti del debitore) siano espressamente qualificati tali da una norma di legge ed essa, poiché costituisce eccezione al principio della par condicio creditorum, non può trovare fonte nell'autonomia privata, né nell'applicazione analogica delle norme che la prevedano"⁵²⁹.

Oggi, tuttavia, prospettive diverse potrebbero essere aperte, nel concordato con continuità aziendale (e negli accordi di ristrutturazione), dalla possibilità, offerta dall'art. 182 quinquies, commi 4-5, l. fall., di pagamento in corso di procedura di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, su autorizzazione del tribunale previa attestazione professionale circa l'essenzialità e la funzionalità delle prestazioni alla migliore soddisfazione dei creditori, attestazione tuttavia non necessaria se si utilizzano risorse finanziarie apportate da terzi senza obbligo di restituzione o con postergazione del

⁵²⁶ In tal senso, ad esempio, R. D'AMORA, *La nuova prededuzione*, cit., 12, che dalla libertà di allocazione del surplus concordatario, proveniente da terzi o comunque non corrispondente ad attività patrimoniali preesistenti, trae la conseguenza della ammissibilità, nel concordato preventivo, della prededuzione volontaria, o per meglio dire consensuale.

⁵²⁷ Cass. 8 giugno 2012, n. 9373, in *Fall.*, 2012, 1409.

⁵²⁸ Trib. Varese 11 aprile 2011, in *www.osservatorio-oci.org*, 2011, Ms.00493.

⁵²⁹ Trib. Bari 4 marzo 2013, in *www.osservatorio-oci.org*, 2013, Ms. 00787.

credito da restituzione. Parrebbe, cioè, che - quanto meno nel concordato con continuità aziendale e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti - sia consentito al debitore di soddisfare preferenzialmente ed anticipatamente (già in corso di procedura) qualsiasi credito anteriore se esso è funzionale agli interessi dell'intera massa creditoria o se vi è a tal fine apporto non oneroso (nel senso appena chiarito) di finanza esterna. La norma, per altro verso, pone il problema se, nelle ipotesi non contemplate (e quindi, essenzialmente, nei concordati liquidatori o in assenza dei presupposti sopra riassunti), pagamenti di crediti anteriori possano essere eseguiti prima dell'omologazione⁵³⁰. Essa, infatti, può essere letta quale conferma dell'altrimenti operante divieto di pagamento in corso di procedura di crediti anteriori, divieto nel quale è stata altresì ravvisata una ulteriore ragione di inconfigurabilità della c.d. prededuzione volontaria, che si risolverebbe in una elusione del divieto stesso al di fuori dei casi eccezionali in cui è consentito derogarvi. Ma potrebbe, d'altra parte, sostenersi che, in mancanza delle condizioni di cui all'art. 182 quinquies, il pagamento dei crediti anteriori non è invalido, ma solo inefficace nel successivo fallimento, sicché in assenza di quest'ultimo, mantiene stabilità nel concordato preventivo, consentendo quindi di attuare, nell'ambito di tale procedura, una soddisfazione preferenziale di alcuni crediti su base esclusivamente volontaria⁵³¹.

Sotto il secondo profilo problematico sopra evidenziato, anche chi ammette la prededuzione volontaria o consensuale ne esclude la automatica trasferibilità nel successivo eventuale fallimento, trattandosi solo di uno dei possibili contenuti della proposta concordataria, come tale inidoneo a creare vincoli simmetrici nel fallimento successivo. Anche la giurisprudenza di legittimità ha, del resto, chiarito che "al di fuori dell'ipotesi in cui il credito si riferisca ad obbligazione contratta direttamente dagli organi della procedura per gli scopi della procedura stessa, il collegamento "occasionale" ovvero "funzionale" posto dall'art. 111 l. fall. deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale a garantire la sola stabilità del rapporto tra terzo e l'organo fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura in quanto inerisce alla

⁵³⁰ Non previsto espressamente, ma tradizionalmente desunto dagli artt. 167, 168 e 184 l. fall.

⁵³¹ Salvo che in ciò non possa ravvisarsi un atto in frode ai creditori suscettibile di condurre, ai sensi dell'art. 173 l. fall., alla revoca dell'ammissione del concordato o alla improcedibilità della domanda con riserva, a norma dell'ultimo periodo dell'art. 161, comma 6, l. fall. aggiunto dall'art. 82, comma 1, D.L. n. 69/2013, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

gestione fallimentare⁵³². Quindi, per aversi prededuzione nel successivo fallimento è richiesto in ogni caso un giudizio di funzionalità da parte degli organi della procedura in funzione della quale il credito sorge, che può collocarsi nella fase genetica del credito, con creazione di un vincolo simmetrico per il giudice delegato dell'eventuale successivo fallimento⁵³³, ma che, in mancanza di valutazione ex ante, può avvenire a posteriori da parte dello stesso g.d., mediante la verifica in concreto della rispondenza agli interessi della massa dell'atto fonte del credito. Si tratta di una soluzione equilibrata, che soddisfa sia l'esigenza di assicurare certezza circa la circolazione tra procedure della prededucibilità già verificata, sia quella di tutelare i creditori concorrenti⁵³⁴ che subiscono gli effetti della prededucibilità.

In questa prospettiva, l'eliminazione dall'art. 182 quater l. fall. del credito del professionista attestatore dovrebbe agevolare⁵³⁵ il superamento del dibattito sorto sulla collocazione sistematica di tale norma rispetto all'art. 111 l. fall.⁵³⁶: se tale, cioè, da escludere la prededuzione nel fallimento di qualsiasi credito diverso da quelli espressamente contemplati dalla prima norma, sorto nella fase antecedente la procedura⁵³⁷ ovvero se limitata alla creazione di crediti prededucibili così qualificati da specifica disposizione di legge ai sensi dell'art. 111, comma 1, con conseguente spazio per il riconoscimento della prededuzione in favore di ulteriori crediti anteriori, ma in senso lato funzionali alla procedura⁵³⁸.

In definitiva, sembrerebbero potersi enucleare almeno sei differenti ipotesi di "prededuzione" (anche solo di fatto) nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, caratterizzate come segue:

⁵³² Cass. 5 marzo 2012, n. 3402, CED Cass., Rv. 621934.

⁵³³ Per l'esatta portata del vincolo si veda G. B. NARDECCHIA, op. cit., 2217, che lo limita soggettivamente ai creditori concordatari e oggettivamente al collegamento funzionale tra piano e finanziamento.

⁵³⁴ Categoria dai confini non coincidenti nel concordato preventivo e nel successivo fallimento.

⁵³⁵ Come infatti ha ritenuto Cass. 8 aprile 2013, n. 8533, in *www.ilcaso.it*, I, 8790/2013.

⁵³⁶ Sul quale si veda P. VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fall.*, 1141 ss.

⁵³⁷ In questo senso Trib. Milano 26 maggio 2011, in questa Rivista, 2011, 1337; Trib. Terni 13 giugno 2011, in questa Rivista, 2011, 1007; Trib. Pistoia 24 ottobre 2011, in *www.osservatorio-oci.org*, 2011, Ms. 00561; nonché, con riferimento alla disciplina attuale, Trib. Bari 4 marzo 2013, cit.

⁵³⁸ Così A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, in *Fall.*, 2011, 1340-1347, 1345-1346; Cass. 8533/2013 cit.; Trib. Terni 2 aprile 2013, in *www.osservatorio-oci.org*, 2013, Ms. 00791. Sui delicati problemi di compatibilità costituzionale posti dalla limitazione soggettiva contenuta nella pregressa disciplina, si rinvia a M. FERRO, F. S. FILOCAMO, *Sub art. 182 quater*, in *Comm. Ferro*, 2011, 2182-2198; 2193; su quelli connessi alla disciplina attuale a G.B. NARDECCHIA, op. cit., 2221.

- I. crediti anteriori in relazione ai quali è richiamato da una norma di legge, anche negli effetti, l'art. 111 l. fall.: a) necessità di previsione, nella proposta o nell'accordo, di pagamento integrale e alla scadenza; b) anche in deroga, nel concordato preventivo, al divieto di alterazione dell'ordine legale delle prelazioni; c) con trasferimento automatico della prededuzione nel successivo eventuale fallimento (o nel successivo concordato preventivo, in caso di a.d.r.);
- II. crediti anteriori non qualificati prededucibili da norme di legge: a) possibilità di previsione, nella proposta o nell'accordo, di pagamento integrale e alla scadenza; b) a condizione che non sia alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione; c) senza automatico trasferimento della prededuzione nel successivo eventuale fallimento (salvo accertamento della funzionalità in sede di verifica);
- III. crediti legalmente (ex artt. 161, comma 7, e 182 *quinquies*, commi 1-3, l. fall.) sorti nel periodo compreso tra la iscrizione della domanda e l'apertura della procedura di concordato preventivo: a) necessità di previsione, nella proposta e/o nel piano, di pagamento integrale e alla scadenza; b) anche in deroga al divieto di alterazione dell'ordine legale delle prelazioni; c) senza trasferimento automatico della prededuzione nel successivo eventuale fallimento (salvo riconoscimento in sede di verifica);
- IV. crediti legalmente (ex art. 182 *quinquies*, commi 1-3, l. fall.) sorti nel periodo compreso tra la iscrizione della domanda di omologazione di a.d.r. e l'omologazione: a) necessità di pagamento integrale e alla scadenza; b) con sottrazione alla moratoria legale prevista per il pagamento dei crediti estranei; c) senza trasferimento automatico della prededuzione nel successivo eventuale fallimento (salvo riconoscimento in sede di verifica);
- V. crediti successivi diversi (o crediti estranei all'a.d.r.) qualificati prededucibili da norme di legge: a) necessità di pagamento integrale e alla scadenza; b) con sottrazione agli eventuali effetti di segregazione patrimoniale derivanti dal concordato e alla moratoria legale prevista per il pagamento dei crediti estranei all'a.d.r.; c) con trasferimento automatico della prededuzione nel successivo eventuale fallimento (o nel successivo concordato preventivo, in caso di a.d.r.);
- VI. crediti successivi diversi (o crediti estranei all'a.d.r.) non qualificati prededucibili da norme di legge: a) necessità di pagamento integrale e alla scadenza; c) senza prededuzione automatica nel successivo eventuale fallimento (o nel successivo concordato preventivo, in caso di a.d.r.).

2. LA PROTEZIONE PATRIMONIALE CAUTELARE DELL'ACCORDO NON ANCORA OMOLOGATO

Con la riforma a portata di una disposizione un commento per effetto del d. l. 78/2010, sono stati inseriti, come abbiamo visto in precedenza, i commi sesto e settimo all'interno dell'articolo 182 *bis* l. fall.

Con tale innovazione viene ad essere completata ed ampliata la protezione patrimoniale offerta all'accordo non ancora omologato in via cautelare, sia per l'oggetto della nuova tutela (in quanto il debitore viene posto al riparo sia da iniziative cautelari ed esecutive che da alterazioni della qualità dei suoi debitori collegate alla nascita di prelazioni), sia per l'organizzazione processuale, la quale prevede che il debitore qualora lo ritengo opportuno possa instaurare un procedimento anticipatorio avanti al Tribunale.

La ricostruzione sistematica di questa fase cautelare, secondo la prima tesi, impone che debba essere collocate all'interno della fase delle trattative e nell'alveo del procedimento cautelare uniforme in quanto, pur essendo uno strumento atipico, viene a costituire un subprocedimento che con i ricorsi cautelari tipici e condividere la natura⁵³⁹. Secondo altro orientamento, invece, andrebbe assimilata ai procedimenti cautelari ante causano, ma con peculiari tratti di autosufficienza, in quanto non sarebbe necessario il ricorso agli strumenti del codice di procedura né quanto alla disciplina del reclamo, in quanto all'inefficacia conseguente all'omessa validazione da parte del Tribunale⁵⁴⁰.

Quanto alla disciplina positiva, è previsto dall'art. 9 l. fall. Che il debitore possa depositare nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo un apposito ricorso contenente la volontà di accedere all'effetto protettivo del divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al comma terzo⁵⁴¹, la documentazione di cui all'art. 161, comma primo e secondo, l. fall.⁵⁴², una proposta dell'accordo che si vorrebbe concludere⁵⁴³, una autodichiarazione del debitore

⁵³⁹ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. Cottino*, 11, I, Padova, 2007; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, op. cit., 1347.

⁵⁴⁰ A DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, op. cit., 25.

⁵⁴¹ Pare trattarsi di una mera facoltà lasciata al debitore che non necessita di alcuna motivazione, nemmeno sul piano dell'urgenza, e, per certa giurisprudenza di merito, sembrerebbe obbligatoria la sua sottoscrizione, cfr, Trib. Terni, 2 novembre 2011, *ined.*

⁵⁴² In tal modo viene ad instaurarsi una sorta di anticipazione istruttoria della documentazione richiesta dal primo comma, così intendendosi che il legislatore ritiene necessario si formi sin da questa fase un bacino informativo sulle imprese la sua crisi completo ed idoneo permette un controllo pieno da parte dei creditori e nei limiti della particolare procedura, del tribunale. Qualora poi si ecceda la fase dell'omologazione, l'accordo che il debitore tenuta depositare nei 60 giorni sembra non debba più richiedere la duplicazione dei documenti già prodotti.

attestante, con valori di autocertificazione, che sullo stesso accordo sono in corso trattative con una percentuale almeno pari al 60% dei creditori⁵⁴⁴ ed infine una dichiarazione del professionista revisore contabile dell'impresa sulla positiva idoneità della proposta, qualora venisse accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei⁵⁴⁵.

Questa istanza cosiddetta di sospensione, comporta gli effetti definiti dalla legge nella seconda parte del comma sesto dell'articolo 182 *bis*, e cioè comporta il divieto di inizio o persecuzione delle azioni esecutive cautelari, ed il divieto di acquisire titoli di prelazione qualora non concordati: tale efficacia inibitoria si avrà sin dal momento della sua pubblicazione mediante iscrizione nel registro delle imprese; una parte della giurisprudenza di merito⁵⁴⁶ ha ritenuto che la pubblicazione potrebbe anche essere differita su un ordine del tribunale in base ad un'istanza del debitore, tuttavia parte della dottrina⁵⁴⁷ commenta il senso critico la mancata previsione dell'obbligo di deposito contestuale.

In realtà, pare preferibile ritenersi che il ricorso presso il tribunale del luogo in cui l'imprenditore alla sede effettiva dell'impresa abbia lo scopo di instaurare il procedimento giurisdizionale indispensabile la conferma degli effetti di protezione e, quindi, il controllo sulla corretta sussistenza dei presupposti necessari a tal fine. Invece, la pubblicazione costituisce con efficacia nei confronti di tutti i creditori tali conseguenze protettive e dunque con necessità che il relativo presupposto di vendita completo ed accessibile a tutti.

Infine, quanto al contenuto dei titoli di prelazione, la disciplina normativa di tale fase cautelare, impedisce l'operatività delle ipoteche giudiziali, confermando così che il debitore in questa fase

⁵⁴³ In realtà appare necessario a tale proposito distinguere fra l'accordo, che non esiste ancora in quanto non sottoscritto dall'intera maggioranza qualificata, ed il contenuto dello stesso, il quale deve essere invece preciso e completo, risultando altrimenti impossibile ogni delibazione in merito all'idoneità solutoria sia da parte dei creditori che da parte del professionista attestatore, cfr. P. VALENSISE, *Commento agli artt. 182 bis, 182 quater l. fall.*, in *Comm. Nigro-Sandulli-Santoro*, 3, 2248.

⁵⁴⁴ Tale dichiarazione d'impegno del debitore appare sostitutiva della prova del livello delle intese negoziali in corso con creditori e, pertanto, sostitutiva di ogni ulteriore documentazione. In caso di dichiarazioni false sorgerà in capo al creditore una responsabilità, anche penale, legata al valore legale della scrittura, la quale dovrà essere sottoscritta direttamente dal debitore e quindi certificata come a lui riferibile sia per imputabilità che per data.

⁵⁴⁵ Si tratta di una attestazione di impegno, avente per oggetto non, come nella versione ordinaria, una severa azione concernente la mobilità dell'accordo stesso, ma più semplicemente l'idoneità della proposta ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei, da intendersi sia come coloro che non abbiano partecipato alle trattative sia come coloro che alle stesse si siano manifestati contrari, cfr. P. VALENSISE, *Commento*, op. cit., 2251.

⁵⁴⁶ Cfr., Trib. Terni, 2 novembre 2011, *ined.*, Trib. Milano, 8 febbraio 2013, *ined.*

⁵⁴⁷ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi*, op. cit., 1170.

possa godere della più completa disponibilità del proprio patrimonio finale che ha il punto di vincolare i suoi vini a causa di prelazione successive⁵⁴⁸.

L'inciso finale del sesto comma laddove si impone il divieto di acquisire titoli di prelazione che "non siano concordati" è stato tuttavia inteso in senso più restrittivo da altra dottrina⁵⁴⁹, la quale lo riferisce ad un accordo tra il debitore e il 60% dei creditori che pur implicando l'impossibilità per i creditori estranei di conseguire in proprio garanzie con titoli di prelazione quali ipoteche giudiziali, abbia come orizzonte di efficacia solamente il periodo intercorrente fra la pubblicazione della domanda di anticipazione degli effetti di ed il deposito della domanda di omologazione della, e, quindi, un lasso di tempo massimo di 90 giorni e dopo tale data, i creditori non aderenti potranno acquisire titoli di prelazione. Per questo orientamento, pertanto, saremo al cospetto di una norma di natura eccezionale e così suscettibile di estendersi agli accordi di ristrutturazione ordinaria.

La diversità dei due orientamenti o la città di può essere colta anche in base alla considerazione che secondo la prima tesi, il debitore assumerebbe il potere di alterare la composizione qualitativa del proprio patrimonio negoziando titoli di relazione privatistica mente e non subendone nessuno, per il periodo considerato, ma senza vincoli che non derivino da indicazioni già contenute nel piano.

Con la seconda tesi la stessa possibilità viene riservata al proponente solamente in stretto raccordo con i creditori con i quali ha intavolato le trattative.

Pertanto, considerando l'elevato tasso di arbitrarietà del debitore secondo la prima tesi e, viceversa, ritenendo che la seconda risponde al fianco ad una difficile attuabilità pratica, deve comunque ritenersi preferibile la prima impostazione.

Compito del tribunale, una volta preso atto dell'istanza di sospensione, sarà quello di organizzare un rapido procedimento di controllo che funga da provvedimento in qualche modo anticipatorio della conferma o del rigetto del ricorso. La prima fase di tale verifica consisterà nell'analisi della completezza della documentazione depositata (che, in mancanza di alcuni dei requisiti previsti normativamente, dovrebbe condurre immediatamente al rigetto della stessa da parte del tribunale con un semplice provvedimento che assumerà la forma di decreto il grande pubblicato presso il registro delle imprese).

Il tribunale, pertanto, dovrà attivarsi disponendo un'udienza da svolgersi in contraddittorio con tutti i creditori entro 30 giorni dall'istante e facendo loro pervenire la documentazione necessaria. A tale procedimento non è escluso che possono partecipare e costituirsi mediante deposito di memorie

⁵⁴⁸ Cfr., M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti delle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 898.

⁵⁴⁹ A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, op. cit., 29.

documenti, si è creditori compresi nell'accordo si è creditori allo stesso estranei quanto le ragioni di contrasto esse dovranno essere formalizzate in una opposizione all'accoglimento dell'istanza e potranno riguardare i presupposti formali del ricorso (completezza documentale, requisiti del professionista attestatore, ...) sia i presupposti processuali (competenza, ...) sia i presupposti soggettivi ed oggettivi.

In mancanza di opposizioni, il tribunale giudicherà esclusivamente sulla base della verosimiglianza delle trattative così come desunte dall'autocertificazione depositata dal debitore e sull'apparente idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento ai creditori estranei.

L'accoglimento dell'istanza, una volta esaurito si contraddittorio, implicherà la pronuncia anche in questo caso di un decreto collegiale succintamente motivato pubblicato nel registro delle imprese e con il quale si dispone la moratoria di massimo 60 giorni per il deposito dell'accordo e della necessaria relazione. A questo punto si aprirà una doppia fase: qualora il debitore istante adempiere tempestivamente l'effetto di protezione interinale andrà ad agganciarsi a quella nascente dal comma terzo dell'articolo 182 *bis* e quindi verrà prolungato per ulteriori 60 giorni; nei casi in cui il debitore non adempia o adempia tardivamente la prima moratoria verrà rimossa con effetto *ex tunc* e, nel caso di deposito tardivo, potrà essere disposta eventualmente una seconda moratoria a partire da quel momento.

3. IL RECLAMO ALLA CORTE D'APPELLO ED IL RICORSO PER CASSAZIONE

L'ultimo periodo del comma settimo dell'articolo 182 *bis* l. fall. riguarda la reclamo abilità del ricorso, possibile avanti alla Corte D'Appello territorialmente competente nel termine di 15 giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese, in base al disposto di cui all'art. 183, cui rinvia il comma quinto dell'art. 182 *bis*. Tale rimedio secondo la dottrina potrà essere esperito sia in caso di decreto finale positivo che di provvedimento negativo⁵⁵⁰.

In entrambi i casi, inoltre, può ipotizzarsi la ricorribilità per Cassazione⁵⁵¹, trattandosi di provvedimenti che incidono su diritti soggettivi; per una tesi, tuttavia, difetterebbe la natura decisoria dei provvedimenti, potendo il decreto positivo perdere efficacia sia qualora non venisse seguito da omologa sia qualora venisse da essa sostituito⁵⁵².

⁵⁵⁰ Cfr., A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, op. cit., 29; M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade*, op. cit., 992.

⁵⁵¹ P. VALENSISE, *Commento*, op. cit., 2251.

⁵⁵² A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, op. cit., 30.

In particolare, quando alla reclamabilità alla Corte D'Appello, la disposizione che la consente è stata introdotta solamente con la riforma del 2007, anche se in precedenza non vi erano mai stati dubbi in merito alla reclamabilità del provvedimento pur in assenza di un espresso riferimento legislativo, interpretandosi in tal senso le norme che ancora prevedevano l'appello nelle forme del giudizio a cognizione ordinaria, da intendersi come giudizio di secondo grado regolato dal rito camerale⁵⁵³.

Il termine di 15 giorni dalla pubblicazione del registro delle imprese in data dall'art. 183 l. fall. secondo parte della dottrina⁵⁵⁴ andrebbe letto aggiornandolo alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 255/74, ossia integrandolo con la necessità per i creditori di essere avvisati con idonea comunicazione da effettuarsi a cura di parte ricorrente⁵⁵⁵.

Nel caso di diniego, la cancelleria comunicherà il provvedimento al debitore e taglio con il, uniche parti formali del procedimento di omologazione costituitesi in giudizio, ed era tale momento che decorreranno gli altri eventuali interessati al reclamo, quali ad esempio potrebbero essere i creditori consenzienti, il termine dalla misura pubblicitaria dell'affissione, eventualmente integrabile dal tribunale con altre tipologie di pubblicità⁵⁵⁶.

Infine, nonostante la mancanza di una specifica previsione normativa, deve ritenersi che i connotati di deciso di età e definitività della decisione non escludono a priori anche la proponibilità del ricorso per cassazione sulla base del disposto di cui all'articolo 111 della costituzione, anche se deve necessariamente essere limitato al solo provvedimento di omologazione, per lo meno nel caso in cui abbia deciso anche sulle opposizioni⁵⁵⁷.

⁵⁵³ Cfr. App. Bologna, 27 gennaio 2006, *ined.*; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, 355; G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 900.

⁵⁵⁴ G. U. TEDESCHI, *Manuale*, op. cit., 582.

⁵⁵⁵ G. M. NONNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: procedimento di omologazione e impugnazioni*, in M. FERRO P. BASTIA, G. M. NONNO (a cura di), *Il concordato preventivo agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, 713.

⁵⁵⁶ Cfr., App. Milano, 12 gennaio 2006, *ined.*, App. Milano, 11 ottobre 2006, *ined.*; V. RINALDI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Comm. Schiano di Pepe*, 669; A. PALUCHOWSKI, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, in *Fall.*, 2011, 933.

⁵⁵⁷ M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade* op. cit., 267; A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, op. cit., 713; G. M. NONNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, op. cit. 713.

BIBLIOGRAFIA

- ABATE FRANCESCO, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fall.*, 2013, 9, 1173;
- ALESSI GIOVANNI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1131.
- ALVI MASSIMO, *Bilancio riclassificato ed analisi per indici e flussi*, Milano, 2005;
- AMBROSINI STEFANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova l. fall.: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2005, 8, 949;
- AMBROSINI STEFANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fall.*, 2012, 10, 1137;
- AMBROSINI STEFANO, DEMARCHI PAOLO GIOVANNI; prefazione di JORIO ALBERTO, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005;
- AMBROSINI STEFANO, *Trattato di diritto commerciale - Vol. XI, Tomo I: Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008;
- AMBROSINI STEFANO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008;
- ANIBALLI VALENTINA, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 345;
- ARDIZZONE ANTONIETTA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: relazione attestativa del professionista e poteri di verifica del tribunale in sede di omologazione*, in *Dir. Fall.*, 2010, 6;
- ARDIZZONE LUIGI, VITALI MATTEO L., *Le ADRs nei mercati finanziari: spunti dal nuovo regolamento della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob*, in *Riv. soc.*, 2012, 5, 998;

- ARENA ROBERTA EVELINA, *La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giur. merito*, 1998, 1, 156;
- ARONICA GABRIELE, *Il nuovo art. 11 comma 2 D.Lgs. n. 74/2000: l'evasione alla riscossione nella transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 11, 1005;
- ATTARDI CHRISTIAN, *Sul carattere necessario del procedimento amministrativo di transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 5, 553;
- BALESTRA LUIGI, *Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, 593;
- BASENGHI FRANCESCO, *Contratti di lavoro e recesso: considerazioni sulla contaminazione dei modelli regolativi*, in *Dir. relaz. ind.*, 2007, 4, 1109;
- BASILE ENRICO, *Art. 217 bis l. fall. e gruppi di società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 2, 203;
- BASSI NICOLA, *I contratti e le convenzioni tripartiti di obiettivi fra comunità, stati membri e autorità regionali e locali: un tentativo di inquadramento sistematico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 3, 493;
- BELLO ALESSANDRO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della l. fall.*, in *Riv. Not.*, 2006, 321;
- BELLI CONTARINI EDOARDO, *La fiscalità degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis della l. fall.*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 7, 823;
- BELVISO FRANCESCO, *Contratto di società e contratto di amministrazione nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 2001, 4, 713;
- BENEDETTI LORENZO, *Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2013, 5, 1044;
- BERTACCHINI ELISABETTA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis) e piani di risanamento [art. 67, comma 3, lettera d]): brevi considerazioni sul ruolo dei professionisti*, in *Impr.*, 2007, 10;

BERTACCHINI ELISABETTA, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani attestati di risanamento nel quadro della l. fall. riformata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 2, 181;

BESSO CHIARA, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 3, 863;

BIANCHI ANTONIO, *Crisi di impresa e risanamento*, Milano, 2010;

BOGGIO LUCA, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti professionali e oltre*, in *Giur. It.*, 2013, 8;

BOGGIO LUCA, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 1, 46;

BONECHI ANDREA, *Accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis*, in AA. VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2007, 157;

BONFATTI SIDO, CENSONI PAOLO FELICE, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della l. fall.*, in *Manuale di diritto fallimentare, Appendice*, Padova, 2008, 96;

BONFATTI SIDO, CENSONI PAOLO FELICE, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione: nelle procedure concorsuali pendenti e nelle procedure concorsuali iniziate dopo l'entrata in vigore della riforma competitività*, Padova, 2006;

BONFATTI SIDO, CENSONI PAOLO FELICE, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006;

BONFATTI SIDO, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della l. fall.*, in www.iudicium.it;

BONFATTI SIDO, *Pluralità di parti e ruolo del Tribunale negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2012, 5, 594;

BONFATTI SIDO, *La disciplina dell'azione revocatoria*, in *Dir. Fall.*, Milano, 2005;

BORK REINHARD, RENATO MANGANO, KÖLN: HERMANN LUCHTERHAND VERLAG, *European insolvency law : texts and cases*, 2012;

BRENCA PASQUALE, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, profili internazionali, disciplina penale, fiscale e transitoria*, in FAUCEGLIA GIUSEPPE, PANZANI LUCIANO (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali, volume 3*, Torino, 2009;

BRIOLINI FEDERICO, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497 quinquies cod. civ. e sull'art. 182 quater l. fall.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 5, 523;

BUFFORD SAMUEL, *Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations*, Penn State Law Research Paper 20/01/2014;

BUGIOLACCHI LEONARDO, *Previdenza e finanza nei contratti del ramo vita. prospettive e limiti della soluzione delle sezioni unite in tema di fallimento del contraente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 6, 1283;

BUSSOLETTI MARIO, *Bilancio e revisione contabile: sette anni di disciplina all'ombra degli IAS e delle direttive comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2011, 6, 1116;

BUTTIGNON FABIO, *Il governo delle crisi d'impresa in Italia alla luce del nuovo quadro normativo: una riflessione introduttiva*, in *Riv. dottori comm.*, 2008, 2, 243;

CAIAFA ANTONIO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, in *Dir. Fall.*, 2006, 3-4;

CAIAFA ANTONIO, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006;

CAIAFA ANTONIO, *La l. fall. riformata e corretta*, Padova, 2008;

CAPALBO FRANCESCO, SORRENTINO MARCO, *I rapporti tra “valore di mercato” e “ricavato in caso di liquidazione” nella “relazione giurata” ex art. 160, comma 2, l. fall.*, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 2, 331;

CAPOBIANCO ERNESTO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 3, 295;

CARAMASCHI LUCA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Il nuovo diritto delle Società*, Milano, 2006;

CARMELLINO GIOVANNI, *Processo cautelare ed accordi di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2011, 10, 1219;

CARMELLINO GIOVANNI, *Accordi di ristrutturazione e controllo giudiziale*, in *Fall.*, 2013, 5, 625;

CARRIÈRE PAOLO, BASCELLI MATTEO, *La fiscalità "indiretta" negli accordi esecutivi delle "soluzioni negoziate della crisi d'impresa". Nihil sub lege novi*, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 1, 63;

CASTRINOU ALEXANDRA, *Forum shopping under the EC Regulation on Insolvency Proceedings*, *International Company and Commercial Law Review*, 2013, 24(1), 20-23;

CATARCI FRANCESCO, *"Trust" autodichiarato e garanzia dei creditori*, in *Giur. merito*, 2008, 3, 717;

CICCARELLO JACOPO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983;

COHEN ADAM, *Makeover for European Insolvency Regulation: because it's worth it?*, *Clifford Chance Opinion*, 2013;

COLESANTI VITTORIO, *Crisi d'impresa, accordi di ristrutturazione e insolvenza ("prospettica")*, in *Corr. Giur.*, 2010, 1, 109;

CONTALDI GIANLUCA, *Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, 3, 421;

CONTE DIEGO, *Il problema della natura privilegiata del credito Ici: i limiti derivanti dal dato testuale e le aperture della Suprema Corte sul fronte dell'interpretazione estensiva delle disposizioni di favor*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 11, 539;

COPPOLA ANTONIO, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, in (a cura di) PACCHI STEFANIA, *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005;

CORRADO LEDA RITA, *Esistenza e inerenza dei costi infragruppo: su chi grava l'onere della prova?*, in *Dir. giust. online*, 2012, 654;

CORRIAS PAOLOEFISIO, *Prestazioni di facere e causa del contratto di assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 2, 367B;

COSTA ANTONIO, FANELLI ALMA, TAFURO ALESSANDRA, *Il ruolo degli organi societari nella procedura di concordato preventivo*, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 2, 343;

CUCCOVILLO MARIELLA, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 4, 431;

CULPEPER ROY, BERRY ALBERT AND STEWART FRANCES, *Global development fifty years after Bretton Woods: essays in honour of Gerald K. Helleiner*, The North-South Institute – L'Institut Nord-Sud, 1997;

D'ADDA ALESSANDRO, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 3, 725;

D'ALESSANDRO ELENA, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, 1157;

D'AMBROSIO CLAUDIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in FAUCEGLIA GIUSEPPE, PANZANI LUCIANO (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali, volume 3*, Torino, 2009, 1799;

D'AMBROSIO CLAUDIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in FAUCEGLIA GIUSEPPE, PANZANI LUCIANO (a cura di), *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, Torino, 2009;

DANOVI ALESSANDRO, MASETTI MICHELA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il caso SNIA*, in *Riv. dottori comm.*, 2012, 1, 89;

DE ANGELIS LORENZO, *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, in *Soc.*, 2008, 12, 1462;

DE CRESCIENZO MAURIZIO, PANZANI LUCIANO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005;

DE NEGRI ROSSELLA, *La tutela di matrice comunitaria nei confronti delle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Dir. comm. internaz.*, 1998, 1, 173;

DE SENSI VINCENZO, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 3/2005, 278;

DEL BENE FRANCESCO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti: l'ipotesi del fallimento del concedente nel contratto di leasing*, in *Giust. civ.*, 1995, 9, 403;

DEL FEDERICO LORENZO, *Lo Statuto e la tutela dell'affidamento e della buona fede*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 3, 215;

DEL FEDERICO LORENZO, *L'acquisizione dei crediti tributari all'attivo fallimentare*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 2, 113;

DEL FEDERICO LORENZO, *La Corte di Cassazione inquadra la transazione fiscale nel sistema della procedure concorsuali*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 1, 35;

DEL FEDERICO LORENZO, *Le novità sui profili tributari del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2013, 9, 1195;

DENORA BARBARA, *Procedure concorsuali infruttuose e note di variazione in diminuzione ai fini Iva: la tutela del creditore a fronte dell'inadempimento del debitore*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 6, 641;

DIDONE ANTONIO, *Le riforme della l. fall.*, Torino, 2009;

DI GERONIMO ANTIMO, *60 giorni per ricorrere in Cassazione contro l'omologazione del concordato preventivo*, in *Diritto e Giustizia online*, 2011, 400;

DI GIACOMO ENZO, *Condotta elusiva sempre sanzionata*, in *Diritto e Giustizia online*, 2011, 445;

DI MAJO ADOLFO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fall.*, in *Corr. Giur.*, 2010, 2, 241;

DI MARZIO FABRIZIO (a cura di); introduzione di VIETTI MICHELE, GABRIELLI ENRICO, *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento: organi della procedura, azione revocatoria, concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, fallimento delle società e azione di responsabilità, fallimento immobiliare, liquidazione dell'attivo cessazione della procedura e aspetti fiscali*, Torino, 2006;

DI MARZIO FABRIZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, 11, 513;

DIMUNDO FRANCESCO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la “meno incerta” via italiana alla “reorganization”?*, in *Fall.*, 2007, 6, 701;

DI SIENA MARCO, *Note sul regime della scissione eterogenea ai fini delle imposte dirette: il caso della scissione cui partecipi una società semplice*, in *Riv. notariato*, 2013, 4, 869;

DONATO PAOLO, *La chiamata in causa dell'assicuratore nel giudizio amministrativo risarcitorio*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2007, 3, 769;

D'ORAZIO LUIGI, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, in *Giur. merito*, 2011, 2, 416;

D'ORAZIO LUIGI, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, in *Giur. merito*, 2012, 4, 891;

D'ORAZIO LUIGI, *La pronuncia di omologazione dell'accordo di ristrutturazione da parte della Corte di Appello*, in *Giur. merito*, 2013, 3, 601;

DURELLO LAURA, *Profili processuali del procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 2, 651;

EUROPEAN COMMISSION, *Consultation on a new European approach to business failure and insolvency*, 2013;

EUROPEAN COMMISSION, Strasburgo, 12.12.2012, COM(2012) 744 final 2012/0360 (COD) *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza {SWD(2012) 416 final}, {SWD(2012) 417 final}*;

EUROPEAN COMMISSION, Brussels, 22.10.2013, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and social Committee of the Region, Commission Work Program 2014*;

- EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, HARMONIZATION OF INSOLVENCY LAW AT EU LEVEL, *Avoidance actions and rules on contracts*, 2011;
- FABIANI MASSIMO, *Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento*, in *Fall.*, 2010, 2, 195;
- FABIANI MASSIMO, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Giur. comm.*, 2012, 2, 298;
- FABIANI MASSIMO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2011;
- FABIANI MASSIMO, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fall.*, 2013, 6, 769;
- FALCONE GIOVANNI, *Le procedure di composizione negoziale*, in (a cura di) BONFATTI SIDO, *La disciplina delle azioni revocatorie*, Milano, 2005;
- FAUCEGLIA GIUSEPPE, *Ancora sui poteri del Tribunale nell'omologazione degli accordi di ristrutturazione*, in *Giur. It.*, 2010, 11;
- FAUCEGLIA GIUSEPPE, PANZANI LUCIANO, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009;
- FAUCEGLIA GIUSEPPE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in *Fall.*, 2005, 12, 1445;
- FAUCEGLIA GIUSEPPE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in *Fall.*, 2005, 1446 ss.;
- FAZZI LIBORIO, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2011, 3-4;
- FAZZINI PIETRO, M. WINKLER MATTEO, *La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2013, 1, 141;
- FERRO MASSIMO, *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. merito*, 2006, 3, 664;
- FERRO MASSIMO, *L'esperienza del Chapter 11. Procedure di riorganizzazione delle imprese in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, 65;

- FERRO MASSIMO, RUGGIERO ALDO, DI CARLO ALFONSO, APRILE FABRIZIO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti: analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, Torino, 2009;
- FERRO MASSIMO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti nell'art.182 bis L. FALL.*, in www.cndc.it;
- FERRO MASSIMO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 598;
- FILOCAMO FRANCESCO SALVATORE, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2013, 9, 1149;
- FISCHETTI CRISTIAN, *Osservazioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2010, 6;
- FRANZONI MASSIMO, *Civile e... penale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, 1831B;
- FRASCAROLI SANTI ELENA, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in FRANCESCO GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005;
- FRASCAROLI SANTI ELENA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009;
- FRASCAROLI SANTI ELENA, *Effetti della composizione stragiudiziale della insolvenza*, Padova, 1995;
- FRASCAROLI SANTI ELENA, *Gli accordi di ristrutturazione e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in BONFATTI SIDO, FALCONE GIOVANNI (a cura di), *La riforma della l. fall.*, Milano, 2005, 236;
- FRIGENI CLAUDIO, *Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 5, 537;
- FRITZ DANIEL, *Harmonisation of insolvency law at EU level avoidance actions and rules on contracts: briefing note*, EU Policy Dept. publication, Brussels: European Parliament, 2011, 25;

GABRIELLI ENRICO, *Il “contratto frazionato” e l’unità dell’operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2008, 3, 738;

GABRIELLI ENRICO, *L’operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 3, 905;

GALARDO MAURIZIO, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell’accordo di ristrutturazione omologato*, in *Dir. Fall.*, 2011, 2;

GALARDO MAURIZIO, *Interesse di gruppo e accordi di ristrutturazione (il caso Gabetti)*, in *Dir. Fall.*, 2011, 1;

GALGANO FRANCESCO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007;

GALLETTI DANILLO, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 4, 1195;

GAMBUTO ALDO, FRIGNANI SIMONE, *Il divieto di monomandato nel contratto di agenzia assicurativa: contrarietà o conformità al diritto europeo della concorrenza?*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2006, 3, 751;

GEMINO LUIGI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Impr.*, 2006, 6;

GHIA LUCIO, *Gli obiettivi della guida legislativa sull’insolvenza dell’Uncitral*, in *Fall.*, 2005, 1229;

GHIA LUCIO, SEVERINI FAUSTO, PICCININNI CARLO, *Trattato delle Procedure Concorsuali - Vol. IV: superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, Torino, 2011;

GORGONI MARILENA, *Delimitazione del rischio a favore dell’assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, 359B;

GORGONI MARILENA, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 4, 755B;

GORGONI MARILENA, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI TUB, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, 2, 323B;

GORLA VALENTINA, *La mediazione dei conflitti dopo il marzo 2011. Prospettive e problemi*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2012, 1, 71;

GUERRERA FABRIZIO, MALTONI MARCO, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, in *Riv. soc.*, 2008, 1, 17;

GUERRIERI GIANLUCA, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, 385;

GUGLIELMUCCI LINO, *Il diritto concorsuale tedesco tra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2003, 152;

ICHINO PIETRO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 59;

INGRAO GIUSEPPE, *La collocazione nello stato passivo fallimentare del credito erariale per ritenute d’acconto non versate*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 2, 161;

INZITARI BRUNO, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fall.: natura, profili funzionali e i limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 14;

JORIO ALBERTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Comm. Jorio – Fabiani, Agg.*, 2007, 57.

JORIO ALBERTO, *Le soluzioni concordate delle crisi d’impresa tra “privatizzazione” e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 1453;

KILBORN JASON J., GARRIDO JOSÉ M., BOOTH CHARLES D., NIEMI JOHANNA, RAMSAY IAIN D. C., *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, in *Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Drafting committee of The World Bank, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force;

LA CROCE GIOVANNI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. It.*, 2010, 11;

LA PORTA UBALDO, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, 6, 708;

LEHNE KLAUS-HEINER, *Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure*

d'insolvenza (COM(2012)0744 – C7-0413/2012 – 2012/0360(COD), in *Parlamento Europeo 2009 – 2014, Documento di seduta A7-0481/2013 del 20.12.2013*, Commissione giuridica del Parlamento Europeo;

LEVI ALBERTO, *Il contratto di apprendistato riformato, tra finalità occupazionali ed esigenze formative*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 3, 577;

LO CASCIO GIOVANNI, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007;

LO CASCIO GIOVANNI, *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, in *Fall.*, 2007, 865;

LO CASCIO GIOVANNI, *La nuova l. fall.*, in *Fall.*, 2005, 425;

LO CASCIO GIOVANNI, *La nuova l. fall.: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 77;

LUGANO ROBERTO, NESSI MARCO, *Le nuove imposte dovute sulle comunicazioni alla clientela, sulle attività finanziarie possedute all'estero e sulle transazioni finanziarie*, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 2, 363;

MACARIO FRANCESCO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 1, 102;

MACARIO FRANCESCO, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 6, 736;

MACARIO FRANCESCO, *Compatibilità costituzionale delle azioni revocatorie promosse nel corso del piano di ristrutturazione dell'impresa in crisi e sistema della responsabilità patrimoniale: cronaca di una frattura annunciata?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 4, 491;

MACRÌ ENRICO, *Il potere di nomina del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, 1257;

MALATESTA ALBERTO, *Il principio di continuità dei contratti dopo l'euro al vaglio della disciplina sulle clausole abusive*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, 1, 105;

MANDRIOLI LUCA, *Struttura e contenuti dei piani di risanamento e dei progetti di ristrutturazione del concordato preventivo negli accordi di composizione extragiudiziale delle situazioni di crisi*, in SIDO BONFATTI GIOVANNI FALCONE (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa – Atti del convegno di Lanciano, 17-18 marzo 2006*, in *Quad. giur. comm.*, 296, Milano, 2006,460;

MANDRIOLI LUCA, *La disciplina dell'azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale delle crisi di impresa*, in BONFATTI SIDO (a cura di), *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005;

MANDRIOLI LUCA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.Fall.*, in *Fall.*, 2010, 5, 610;

MAŃKO RAFAL, *Reform of the EU Insolvency Regulation*, European Parliamentary Research Service, Briefing of the 30/01/2014;

MAŃKO RAFAL, *Cross-border insolvency law in the EU*, Library briefing (European Parliament. Library);

MARANO PIERPAOLO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fall.*, 2006, 101;

MARELLI FABIO, CIMETTI MAURIZIO, POTOTSCHNIG PAOLO (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Milano, 2010;

MARINO ROBERTA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e responsabilità del professionista attestatore*, in *Resp. civ.*, 2012, 7;

MARTINO MARIA CONSIGLIA, *Alcune questioni in tema di limiti all'autonomia privata nella predisposizione del piano di concordato: formazione obbligatoria delle classi e crediti postergati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 1, 14;

MARTIS MARCELLA, *Reclamo e mediazione fiscale. Un nuovo strumento di convergenza tra gli interessi del cittadino e della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 9, 809;

MEO GIORGIO, *I piani "di risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2011, 30;

- MERENDA ILARIA, *Profili penali della disciplina sul sovraindebitamento*, in *Cass. pen.*, 2013, 10, 3355;
- MERLINO PASQUALE EDOARDO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 2, 191;
- MICCINESI MARCO, *Le frodi carosello nell'Iva*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 12, 1089;
- MICONI FRANCESCA, *L'Imu nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali: riflessioni a margine dei tributi sul "possesso" (rectius sul patrimonio)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, 1, 134;
- MITCHELL TAMARA, MASSON HELMUT, *EU Insolvency Law Keysource*, 2012 (last information item added 28/01/2014), Cross-border aspects of Insolvency law in the EU are governed by the Insolvency Regulation (Reg. 1346/2000) which entered into force on the 31st of May 2002;
- MODICA LARA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 3, 785;
- MUCCIARELLI FEDERICO M., *The unavoidable persistence of forum shopping in European insolvency law*, Social Science Research Network (SSRN), Centre for financial and management studies, University of London, 2012;
- MUSTO MARIA, RECCIA GIOVANNI, *Funzione ed efficacia della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. notariato*, 1998, 3, 379;
- NANETTI FRANCESCO, *I profili fiscali del matching credit secondo la Cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 2, 10;
- NARDECCHIA GIOVANNI BATTISTA, *Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento*, in *Fall.*, 2010, 2, 195;
- NARDECCHIA GIOVANNI BATTISTA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 6, 669;
- NARDECCHIA GIOVANNI BATTISTA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2008, 6, 701;

- NARDECCHIA GIOVANNI BATTISTA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale: gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il piano attestato di risanamento, il concordato fallimentare*, Milano, 2007;
- NARDECCHIA GIOVANNI BATTISTA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il piano attestato di risanamento*, Atti del seminario CSM del 24-25 ottobre 2005, Roma, in *Le riforme del diritto concorsuale del 2005 e le nuove attività del giudice*, 1 – 23.
- NEGRI ALESSANDRO, *Fallimenti, confine a tre anni*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 Dicembre 2006, 19;
- NEGRI ALESSANDRO, *Crisi d'impresa, intese leggere*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 Aprile 2006, 17;
- NICODEMO MARIO, *La riforma del diritto fallimentare*, Milano, 2006;
- NIEDDU ARRICA FABIO, *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, 4, 808;
- NIGRO ALESSANDRO, SANDULLI MICHELE E SANTORO VITTORIO (a cura di), *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, liquidazione coatta amministrativa (Tomo 3: Artt. 160-215, disciplina transitoria)*, Torino, 2010;
- NISIVOCIA NICCOLÒ, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 1, 101;
- NITTI SANTA, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. economia assicur. (dal 2012 Dir. e Fiscalità assicur.)*, 2010, 3, 527;
- NOCERA IVAN LIBERO, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, 1129;
- NOCERA IVAN LIBERO, *Riflessioni civilistiche sull'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Corr. Giur.*, 2013, 12, 1571;
- OLIVA PAOLO, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 1999, 826;

OLIVIERI ANTONELLO, *La natura giuridica del termine nel contratto di lavoro: alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 2, 367;

OMAR PAUL J., *Upstreaming rescue: pre-insolvency proceedings and the European Insolvency Regulation*, Westlaw, *International Company and Commercial Law Review*, 2014, 25(1), 19-25;

OMAR PAUL J., *Upstreaming rescue: pre-insolvency proceedings and the European Insolvency Regulation*, *International Company and Commercial Law Review*, 2014, 25(1), 19-25;

ORDINARY LEGISLATIVE PROCEDURE (EX-CODECISION PROCEDURE), *Regulation, Insolvency proceedings: scope and implementation of the Regulation Amending Regulation (EC) No 1346/2000 1999/0806(CNS)*, Company law, Financial management of undertakings, business loans, accounting, Judicial cooperation in civil and commercial matters, 2013;

PANZANI LUCIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i limiti del sindacato del giudice*, in *Dir. fall.*, 2006, 171.

PACCHI SALVATORE, *Il concordato preventivo*, in E. BERTACCHINI L. GUALANDI S. PACCHI G. PACCHI G. SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 429.

PACCHI STEFANIA, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005;

PACCHI STEFANIA, *Il nuovo concordato preventivo: dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005;

PAPARELLA FRANCO, *Enti creditizi ed imprese in crisi: la “trasformazione” dei crediti in partecipazioni nel sistema delle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 11, 1053;

PARZIALE ALFONSO, *Interest rate swap: il valore della dichiarazione di operatore qualificato e la nullità per difetto di causa al vaglio delle corti pugliesi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 6, 787;

PASETTI PAOLA, *Parità di trattamento ed autonomia privata*, Padova, 1970;

PATRIARCA CAMILLO, *Il trattamento fallimentare del leasing tra tutela del credito del concedente e rispetto della par condicio creditorum*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 4, 426;

PATTI ADRIANO, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009;

PERRINI MARCO, *I contratti di swap nella recente giurisprudenza arbitrale*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, 1, 63;

PERUGINI GIAN MARIO, MASSEI UMBERTO, *La riforma della l. fall.*, Napoli, 2006;

PERUGINI GIAN MARIO, *Crisi di gruppi societari e accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fall.*, in *Corr. merito*, 2010, 3;

PERUGINI GIAN MARIO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*, in *Dir. Fall.*, 2010, 2;

PEZZANO ANTONIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.: una occasione da non perdere*, in *Dir. Fall.*, 2006, 5;

PICCININI SILVIA, *Il comportamento del debitore ceduto nel contratto di factoring*, in *Giust. civ.*, 2001, 1, 27;

PIRRUCCIO PAOLO, *La nullità del contratto tra causa illecita e motivo illecito comune*, in *Giur. merito*, 2005, 1, 203;

POSCA DANIELE, *Novità legislative in materia fallimentare*, in www.ilfallimento.it;

PRESTI GAETANO, PATRONI GRIFFI LEONARDO, *Concorso tra il privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 4, 476;

PRESTI GAETANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 1, 16;

PROIETTI REGINA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2008, 2;

PROTO CESARE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2007, 2, 187;

PROTO CESARE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 2, 129;

PUPPO CARLOTTA ANNA, *Prevalenza dell'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare nel conflitto con il privilegio speciale in favore del promissario acquirente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 1, 61;

QUARTICELLI PAOLA, *Gestione negoziata della crisi di impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori nel confronto fra la riforma francese della procédure de conciliation e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 1, 11;

QUARTICELLI PAOLA, *Omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e controllo giudiziale sull'attuabilità dell'accordo: orientamenti e prime divergenze giurisprudenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 6, 753;

RACUGNO GABRIELE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, 4, 661;

RESTUCCIA DARIO, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. notariato*, 2012, 6, 1257;

RIVA PATRIZIA, *Redigere e attestare i dati prospettici nei piani di risanamento, negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi. Criticità e riferimenti ai principi di revisione*, in *Riv. dottori comm.*, 2009, 3, 575;

ROCCO DI TORREPADULA NICOLA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, 216;

ROMANO DONATO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 10, 579;

ROMANO STEFANIA, *Contratto preliminare di permuta di cosa presente con cosa futura e fallimento della società costruttrice: la trascrizione della domanda ex art. 2932 cod. civ. tutela il promissario acquirente?*, in *Riv. notariato*, 2005, 2, 360;

ROPPO VINCENZO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa, e categorie civilistiche*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010;

ROSSI ANTONIO, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Giur. comm.*, 2001, 3, 356;

ROZZI ANDREA, BRUNO FERDINANDO (a cura di), *Crisi d'impresa e ristrutturazioni: percorsi tra Banca e Mercato*, Milano, 2010;

RUTIGLIANO MICHELE, *Superare la crisi con i piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un primo bilancio*; introduzione di GILARDI GIANFRANCO, Presidente del Tribunale di Verona; in collaborazione con Studio Bonamini & Partners, Milano, 2010;

SACCHI ROBERTO, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 2, 304;

SALVATORE LORENZO, *Atto di destinazione e crisi d'impresa: strumento a tutela o contro le procedure concorsuali*, in *Riv. notariato*, 2012, 5, 1085;

SANDULLI MICHELE, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fall.*, 5, 2006, 611.

SANTINI RENATO, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, 4, 609;

SCALINCI COSTANTINO, *Nota a Commissione Tributaria Provinciale di Savona del 7 marzo 2012*, in *Giur. merito*, 2012, 6, 1440;

SCARPA ANTONIO, *L'introduzione e la trattazione della causa*, in *Giur. merito*, 2011, 1, 254B;

SCHETTINO FULVIO, *Brevi osservazioni in materia di transfer pricing*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2012, 4, 575;

SCIUTO MAURIZIO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, 5, 566;

SCOCA STEFANO SALVATORE, *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 1160;

SEMINO GIORGIO, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di factoring anche alla luce della recente legge 21 febbraio 1991, n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente*, in *Giur. comm.*, 1995, 5, 697;

SICCHIERO GIANLUCA, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, l. fall.)*, in *Contr. Impr.*, 1/2011, Padova, 2011;

- SIOTTO FEDERICO, *Fuga dal tempo misurato: il contratto di lavoro tra subordinazione e lavoro immateriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 2, 411;
- SIRENA PIETRO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 3, 354;
- SPANGARO ALESSANDRA, *Il danno non patrimoniale da contratto: l'ipotesi del danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 3, 719B;
- SPEZIALE VALERIO, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dir. relaz. ind.*, 2003, 2, 225;
- STRAMPELLI GIOVANNI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 4, 605;
- TAGLIARINI FRANCESCO, *Dalla frode alla finanza alla frode fiscale (profili storici e problemi interpretativi ricorrenti)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 5, 1423;
- TAMPIERI ALBERTO, *Questioni controverse in tema di compensi professionali degli avvocati pubblici dipendenti*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2013, 2, 285;
- TARANTINO GIANLUCA, *Quali poteri di controllo per il giudice sulla proposta di concordato preventivo?*, in *Dir. Giust.*, 2014, 1, 4;
- TARIGO PAOLA, *Elusione del diritto interno e, cosiddetto, "abuso del trattato"*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 4, 349;
- TARZIA GIORGIO, *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, in *Fall.*, 2009, 1 – Allegato, 51;
- TEDESCHI GIOVANNI UMBERTO, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 543.
- TENORE VITO, *La sospensione cautelare del lavoratore nel pubblico impiego privatizzato dopo il contratto collettivo nazionale di lavoro comparto ministeri 2002 – 2005*, in *Giust. civ.*, 2004, 1, 21;
- TERLIZZI ANTONIO, *Spetta al contribuente provare che la somma è stata erogata a titolo risarcitorio*, in *Diritto e Giustizia online*, 2012, 51;

TERLIZZI ANTONIO, *Transfer pricing contestabile anche senza la prova dell'elusione fiscale*, in *Diritto e Giustizia online*, 2013, 566;

TERRANOVA GIUSEPPE, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2012, 1;

TREMOLADA MARCO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 3, 307;

TRENTINI CARLO, *Accordi di ristrutturazione: competenza, piano e transazione fiscale*, in *Fall.*, 2012, 4, 457;

TRIBE JOHN, *Crystal balls and insolvency: what does the future hold?*, *International Company and Commercial Law Review*, 2012, 23(12), p. 405 – 411;

TRONCI LUCA, *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento*, in *Giur. comm.*, 2013, 6, 1269;

TUCCI GIUSEPPE, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 4, 476;

TULLIO ANTONIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, 6, 251;

TYRAN ROBERT, *Gli indici aziendali*, Milano, 2003;

UBERTAZZI BENEDETTA, *La legge applicabile ai contratti di trasferimento di tecnologia*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 2, 118;

VALERIO ANDREA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis*, in ANTONIO CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, 657.

VALZER AMEDEO, *Gli obbligazionisti e i titolari di strumenti finanziari non partecipativi nelle procedure concordatarie*, in *Riv. Soc.*, 2014, 1, 47;

VASSALLI FEDERICO, *Il decreto correttivo della riforma della l. fall.*, in *www.fallimentonline.it*, 2007, 25.

VENUTI MARCO, *I crediti e le operazioni su crediti (cessione dei crediti, factoring, cartolarizzazioni e contratti affini) nel bilancio codicistico e nel bilancio IAS/IFRS*, in *Riv. soc.*, 2010, 4, 745;

VERNA GIUSEPPE, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Dir. Fall.*, 2007, 6;

VETRUGNO GIUSEPPE, D'ALOJA ERNESTO, PAOLACCI FRANCESCO, DE MERCURIO DOMENICO, *Aspetti attuali della valutazione delle infermità contratte a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati*, in *Riv. it. medicina legale (dal 2012 Riv. it. medicina legale e dir. sanitario)*, 2001, 6, 1015;

VISCOMI ANTONIO, *La causa di servizio oggi: spunti per una riflessione*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2009, 2, 241;

WORLD BANK GROUP CORPORATE, *Doing Business 2014, Understanding Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*, 2014;

ZAPPALÀ LOREDANA, *Le oscillazioni del pendolo: la riforma "continua" del contratto di lavoro a tempo determinato nelle p.a.*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2008, 2, 277;

ZILIO GRANDI GAETANO, SFERRAZZA MAURO, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 129;

ZORZI ANDREA, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, 6, 1236.

GIURISPRUDENZA DELLE GIURISDIZIONI SUPERIORI

- Cassazione Civile, Sent. 10 aprile 2013, n. 8678;
- Cassazione Civile, Sent. 8 aprile 2013, n. 8534;
- Consiglio di Stato, Sent. 5 marzo 2013, n. 1332;
- Cassazione Civile, Sent. 20 dicembre 2012, n. 23669;
- Cassazione Civile, Sent. 15 ottobre 2012, n. 17650;
- Cassazione Civile, Sent. 9 ottobre 2012, n. 17200;
- Cassazione Civile, Ord. 24 settembre 2012, n. 16187;
- Cassazione Civile, Ord. 12 ottobre 2011, n. 20964;
- Cassazione Civile, Sent. 15 luglio 2011, n. 15690;
- Cassazione Penale, Sent. 17 ottobre 2011, n. 37370;
- Cassazione Civile, Sent. 6 luglio 2010, n. 15980;
- Cassazione Penale, Sent. 25 ottobre 2010, n. 37920;
- Cassazione Civile, Sent. 22 marzo 2010, n. 6901;
- Cassazione Civile, Sent. 11 dicembre 2009, n. 25965;
- Cassazione Civile, Sent. 16 settembre 2005, n. 18337;
- Cassazione Civile, Sent. 30 maggio 2005, n. 11372;
- Corte Costituzionale, Sent. 22 giugno 2004, n. 175;
- Cassazione Civile, Sent. 24 settembre 2002, n. 13868;
- Cassazione Civile, Sent. 23 settembre 2000, n. 12628;

Cassazione Civile, Sent. 2 novembre 1999, n. 755;
Cassazione Penale, Sent. 22 aprile 1998, n. 8327;
Cassazione Civile, Sent. 6 agosto 1996, n. 7189;
Cassazione Civile, Sent. 25 luglio 1996, n. 6715;
Cassazione Penale, Sent. 4 giugno 1996, n. 5502;
Cassazione Civile, Sent. 9 novembre 1995, n. 11677;
Cassazione Civile, Sent. 6 maggio 1995, n. 4953;
Cassazione Civile, Sent. 3 febbraio 1995, n. 1298;
Cassazione Civile, Sent. 29 settembre 1994, n. 7914;
Corte Costituzionale, Sent. 30 giugno 1994, n. 268;
Cassazione Civile, Sent. 6 novembre 1990, n. 10661;
Cassazione Civile, Sent. 5 aprile 1990, n. 2831;
Cassazione Civile, Sent. 8 agosto 1989, n. 3647;
Cassazione Civile, Sent. 10 agosto 1987, n. 6861;
Cassazione Civile, Sent. 18 dicembre 1986, n. 7709.
Corte Costituzionale, Sent. 24 ottobre 2007, n. 349;
Corte Costituzionale, Sent. 24 ottobre 2007, n. 348;
Cassazione Civile, Sent. 3 agosto 2007, n. 17079;
Corte Costituzionale, Ord. 7 dicembre 2006, n. 409;
Cassazione Penale, Sent. 12 settembre 2006, n. 29938;
Corte Costituzionale, Sent. 1 giugno 2006, n. 213;

Cassazione Civile, Sent. 20 febbraio 2009, n. 4191;

Cassazione Penale, Ord. 8 gennaio 2009, n. 150;

Cassazione Civile, Sent. 5 agosto 2008, n. 21129;

Cassazione Civile, Sent. 9 maggio 2014, n. 10105;

Cassazione Civile, Sent. 7 maggio 2014, n. 9840;

Cassazione Civile, Sent. 17 aprile 2014, n. 8958;

Cassazione Civile, Sent. 14 febbraio 2014, n. 3543;

Consiglio di Stato, Sent. 27 dicembre 2013, n. 6272;

Cassazione Civile, Sent. 10 settembre 2013, n. 20684;

Cassazione Penale, Sent. 6 dicembre 2013, n. 49132;

Trib. I Grado Unione Europea, Sent. 7 dicembre 2010, n. 11.

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Trib. Palermo, 27 marzo 2009, in *Dir. banc.*, 2009, I, 455;

App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 297;

Trib. Milano, 21 dicembre 2005;

Trib. Milano, 16 gennaio 2006;

Tribunale Milano, Sent. 16 luglio 2013, n. 10105;

Tribunale Catania, Sent. 16 maggio 2013, n. 90975;

Tribunale Milano, Sent. 2 marzo 2013, n. 1;

Tribunale Milano, Sent. 4 febbraio 2013, n. 13976;

Tribunale Monza, Sent. 3 gennaio 2013, n. 105;

Tribunale Monza, Sent. 10 dicembre 2012, n. 3257;

Tribunale Prato, Ord. 25 settembre 2012, n. 7838;

Tribunale Lecco, Sent. 19 settembre 2012, n. 416;

Corte d'Appello Milano, Sent. 23 maggio 2012, n. 90240;

Tribunale Milano, Sent. 20 settembre 2011, n. 11055;

Tribunale Udine, Sent. 15 giugno 2011, n. 90002;

Tribunale Novara, Sent. 2 maggio 2011, n. 26;

Tribunale Reggio Emilia, Ord. 14 marzo 2011, n. 90000;

Tribunale Piacenza, Sent. 2 marzo 2011, n. 90002;

Tribunale Milano, Sent. 1 marzo 2011, n. 2819;

Tribunale Novara, Sent. 1 febbraio 2011, n. 90000;
Tribunale Salerno, Sent. 9 novembre 2010, n. 85239;
Corte d'Appello Salerno, Sent. 19 ottobre 2010, n. 90038;
Corte d'Appello Roma, Sent. 1 giugno 2010, n. 90000;
Tribunale Roma, Sent. 20 maggio 2010, n. 90001;
Tribunale Milano, Sent. 29 aprile 2010, n. 5436;
Tribunale Bologna, Sent. 25 settembre 2009, n. 4181;
Tribunale Milano, Sent. 13 dicembre 2007, n. 85033;
Corte d'Appello Napoli, Sent. 30 marzo 2006, n. 1002.