

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI E ALBERTO TRABUCCHI
(1955-1968) (1968-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI
ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO
VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI ERIK JAYME DENIS MAZEAUD
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO



CEDAM

CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
P A D O V A

STEFANO DELLE MONACHE
Prof. ord. dell'Università di Padova

PROFILI DEI « NUOVI » ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI (*)

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della disciplina normativa e l'ampliamento dell'« ombrello protettivo » offerto dagli accordi di ristrutturazione. — 2. Gli accordi di ristrutturazione come semplice variante nel percorso di regolazione concordata della crisi d'impresa. — 3. L'inclusione dell'istituto nell'area della concorsualità. — 4. Il trattamento dei creditori estranei e la questione del decorso degli interessi durante la moratoria prevista per legge. I coobbligati dell'imprenditore. — 5. Natura degli accordi di ristrutturazione e loro rapporto con il principio di relatività degli effetti contrattuali. — 6. La proposta dell'imprenditore ai fini del procedimento di cui al comma 6° dell'art. 182 *bis* l. fall. — 7. La domanda di concordato con riserva e il successivo deposito di un accordo di ristrutturazione.

1. — Può essere utile, come premessa alle riflessioni che seguiranno, tracciare un quadro sintetico dell'evoluzione normativa che ha interessato l'istituto di cui intendiamo occuparci.

Com'è noto, la disciplina originaria degli accordi di ristrutturazione dei debiti, introdotta nel 2005, comportava la semplice esenzione da revocatoria, in caso di fallimento, degli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato, similmente a quanto previsto per i piani attestati di risanamento e per il concordato preventivo (art. 67, comma 3°, lett. *d*) ed *e*), l. fall.) (1).

Solo in seguito, con il decreto correttivo del 2007, è stato introdotto il divieto, operante rispetto ai creditori anteriori alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (2), di iniziare o proseguire, per un periodo di sessanta giorni, azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore (3).

(*) Il testo rielabora la relazione presentata al Convegno « *Il decreto sviluppo sulla crisi d'impresa* », Padova, 19 gennaio 2013.

(1) Sul problema se rimanga esperibile l'azione revocatoria ordinaria, VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, legge fallim.)*, in *D. fall.*, 2007, I, p. 942 ss. ed *ivi* 959.

(2) È incerto se con l'uso del termine « *pubblicazione* » il legislatore si sia voluto riferire all'iscrizione o al deposito: sul punto, nel primo senso, FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova 2012, p. 564; INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contratto e impr.*, 2011, p. 1311 ss. ed *ivi* p. 1348; SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2009, I, p. 337 ss. ed *ivi* 342.

(3) Giudica questa « misura ovvia ma — incredibile a dirsi — non prevista nel testo

Con il successivo intervento di riforma, attuato nel 2010, si è previsto, poi, che l'imprenditore possa richiedere al tribunale, nel corso delle trattative con i propri creditori, l'emanazione di un provvedimento che vieti a questi ultimi di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul suo patrimonio; mentre è già la pubblicazione di codesta istanza nel registro delle imprese a produrre il blocco delle iniziative dei creditori stessi e a impedire loro l'acquisto di diritti di prelazione, se non concordati.

Si è provveduto altresì a escludere, mediante la novella in parola, che possano determinare un'imputazione per bancarotta semplice o preferenziale i pagamenti e le operazioni che siano stati compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o di un piano attestato (art. 217 *bis* l. fall.). E sempre con la stessa novella è stata accordata la prededuzione rispetto alla c.d. « nuova finanza »: il credito concesso, cioè, all'impresa in crisi sia nella fase antecedente alla domanda di omologazione dell'accordo (c.d. finanziamenti-ponte) sia nella fase di esecuzione dell'accordo omologato (c.d. finanziamenti alla ristrutturazione). La prededuzione è stata poi prevista, fino alla concorrenza dell'ottanta per cento, anche per i finanziamenti-soci sostitutivi di apporti di capitale, i quali vengono così sottratti, nella misura suddetta, al regime della postergazione dettato dagli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c.

Infine, con la più recente novella del 2012, il legislatore oltre a riformare il sistema delle prededuzioni e ad altri interventi minori di cui si dirà, ha introdotto una regola rivoluzionaria rispetto alle logiche dell'istituto in esame, come originariamente era stato pensato: una regola operante in direzione dei creditori estranei all'accordo di ristrutturazione.

A questo proposito bisogna considerare che, decorso il termine di sessanta giorni durante il quale è operante il divieto di assunzione di iniziative, i creditori non aderenti, atteso il loro diritto, secondo la disciplina previgente, al « *regolare pagamento* » (e cioè a vedere soddisfatto il proprio credito integralmente, con mezzi normali e alle scadenze pattuite), potevano liberamente svolgere azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore (nonché iscrivere ipoteche giudiziali), così mettendo a rischio l'attuazione dell'accordo. Con l'ultimo intervento riformatore, pertanto, il diritto dei creditori non aderenti è stato trasformato da diritto al « *regolare* » pagamento in diritto all'« *integrale* » pagamento, con riscadenziamento *ex lege* di centoventi giorni decorrenti dall'omologa dell'accordo o dalla scadenza originaria, se successiva. Durante questo periodo essi non possono dunque avvalersi di alcuno strumento coercitivo nei confronti del debitore ⁽⁺⁾.

originario della legge », MENTI, *Nuove opportunità e rinnovati problemi per le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Odeo Olimpico*, XXVII, 2007-2010, p. 429 ss. ed *ivi* 446.

⁽⁺⁾ Nel testo è impiegata la locuzione « riscadenziamento », di cui ha fatto uso taluno dei primi commentatori (GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*², Torino 2012, p. 355), mentre altri utilizza modalità espressive diverse, come, ad es., « dilazione del tempo di adempi-

Ne segue che l'impresa in stato di crisi può aspirare ad ottenere, oggi, una moratoria coattiva sul proprio debito capace di estendersi dalla pubblicazione nel registro delle imprese, in pendenza di trattative, dell'istanza di sospensione di cui al comma 6° dell'art. 182 *bis* l. fall. fino alla scadenza dell'indicato termine legale di centoventi giorni: sempre che — ben s'intende — essa riesca a stipulare un accordo di ristrutturazione con tanti creditori che rappresentino una quota di almeno il sessanta per cento del totale dei crediti e questo accordo sia poi omologato dal tribunale competente.

Già in questa prima parte del discorso, infine, va sottolineata l'importanza del nuovo comma 6° dell'art. 161 l. fall., introdotto sempre con la recente riforma del 2012, il quale, nel prevedere la possibilità per l'imprenditore di proporre una domanda di concordato con riserva di presentazione in un momento successivo della proposta, del piano e della documentazione necessaria, stabilisce che, nel termine concesso dal tribunale, possa essere avanzata, alternativamente, la domanda di cui al comma 1° dell'art. 182 *bis* l. fall., conservandosi fino all'intervento dell'omologazione gli effetti già prodotti dal ricorso iniziale. E a ciò bisogna aggiungere che il procedimento di cui al comma 6° del medesimo art. 182 *bis* l. fall. può concludersi, a sua volta, con il deposito di una domanda di concordato preventivo.

2. — Sulle modifiche da ultimo menzionate, e particolarmente sul possibile passaggio dalla domanda di concordato con riserva al deposito di un accordo di ristrutturazione, interessa anzitutto soffermarsi, poiché esse danno il senso di una forte discontinuità rispetto al passato.

Inizialmente concepiti come uno strumento di composizione stragiudiziale della crisi d'impresa che consentiva, in forza dell'omologazione, di mettere al riparo dalla revocatoria fallimentare gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dal debitore, gli accordi di ristrutturazione sembrano presentarsi, oggi, quale semplice variante all'interno di un percorso di regolazione della crisi stessa che può realizzarsi, alternativamente, mediante un accordo raggiunto a maggioranza (con conseguente vincolo per la minoranza dissenziente) o con una maggioranza qualificata dei creditori (con soddisfazione integrale dei non aderenti)⁽⁵⁾.

Si è poc'anzi sottolineato, infatti, che al debitore è consentito, ai sensi dell'art. 161, comma 6°, l. fall., proporre una semplice « *domanda di concordato* », riservandosi di presentare, nel termine che il tribunale è tenuto a fissare, la proposta, assieme al piano e alla documentazione richiesta, ma con la facoltà di provvedere, entro il termine stesso, al deposito di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

mento » (TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano 2013, p. 20). Si tratta di terminologie di per sé innocue, purché si abbia cura di chiarire in che cosa consiste, esattamente, l'effetto in questione: un compito, questo, a cui ci dedicheremo nel prosieguo (§ 4).

(5) In questi termini, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 356.

Deve aggiungersi che, con la pubblicazione della domanda di concordato con riserva, accanto alle limitazioni *ex art.* 161, comma 7°, l. fall., relative al compimento degli atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore, si producono gli effetti protettivi di cui all'art. 168 l. fall., effetti consistenti nel divieto per i creditori anteriori, sotto pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive e (oggi) cautelari, nella sospensione di prescrizioni e decadenze, nell'inopponibilità dei nuovi diritti di prelazione, nonché delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti. E si tratta di effetti — va osservato — che sono destinati a conservarsi, per esplicita previsione normativa, anche qualora il debitore, anziché la proposta di concordato, presenti domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ⁽⁶⁾.

Posto quanto sopra, se ne deve dedurre che, per altro verso, la richiesta al tribunale del provvedimento che vieti l'iniziativa dei creditori anteriori, nella fase delle trattative, sarà uno strumento, presumibilmente, di scarso utilizzo nella prassi, atteso che la proposizione di una domanda di concordato con riserva consente, già di per sé, di ottenere gli effetti che deriverebbero da un tale provvedimento, ed anche l'effetto, anzi, dell'inopponibilità delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori (accanto al divieto, peraltro, di compiere atti di straordinaria amministrazione, salvo il caso di urgenza e sempre che essi siano autorizzati dal tribunale) ⁽⁷⁾.

Tanto più che, per il debitore che scelga di presentare, preventivamente, una domanda di concordato con riserva, tende ad allargarsi il periodo durante il quale sono destinati a prodursi gli effetti *ex lege* protettivi del suo patrimonio, periodo che può giungere a toccare, in tal caso, i 240 giorni (120+60+60: artt. 161, comma 6°, e 182 *bis*, comma 3°, l. fall.), mentre è in grado di estendersi, teoricamente, soltanto fino a un massimo di 150 giorni (30+60+60: art. 182 *bis*, comma 3° e 7°, l. fall.), se si opta per l'istanza di sospensione ⁽⁸⁾.

Nei primi commenti successivi alla più recente riforma, perciò, si è subito parlato dell'art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall. come di una disposizione che appresta uno strumento di tutela recessivo all'interno del nuovo sistema ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Si veda, ancora, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 357: « Qualunque sia ... la via originariamente scelta dal debitore ... gli è consentito di conservare gli effetti protettivi da essa prodotti, anche quando *in itinere* decida di seguire la via alternativa ».

⁽⁷⁾ La presentazione di una domanda di concordato con riserva — va notato — può essere seguita, con conservazione degli effetti già prodotti, dal deposito della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ma non dall'istanza *ex art.* 182 *bis*, comma 6°, l. fall.

⁽⁸⁾ Ci si potrebbe tuttavia chiedere se, entro il termine massimo di sessanta giorni fissato dal tribunale, il debitore, cui è esplicitamente consentita, ai sensi dell'art. 182 *bis*, ult. comma, l. fall., la presentazione di una « *domanda di concordato preventivo* », sia ammesso a depositare anche una mera domanda di concordato con riserva.

⁽⁹⁾ AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Il fall.*, 2012, p. 1137 ss. ed *ivi* 1143. Un notevole punto di debolezza dell'*automatic stay* —

Come si accennava, il passaggio può avvenire, comunque, anche in senso inverso, poiché, ottenuto il provvedimento inibitorio durante la pendenza delle trattative, al debitore è consentito presentare, entro il termine fissatogli, una domanda di concordato preventivo, con conservazione degli effetti protettivi già prodottisi (art. 182 *bis*, ult. comma, l. fall.).

Ebbene, in ragione di questi rapporti, profondamente mutati, che legano gli accordi di ristrutturazione al concordato, si è sostenuto che debba affermarsi la sostanziale unitarietà dei diversi sistemi di regolazione negoziata della crisi⁽¹⁰⁾, proponendosi così una prospettiva di sicuro interesse e che merita un approfondimento, benché sembri necessario escludere, già di primo acchito, che possa giustificarsi un ritorno a ipotesi ricostruttive oramai superate, le quali rischierebbero di obliterare le persistenti ed evidentissime differenze che valgono a porre un solco tuttora invalicabile tra i due istituti testé menzionati.

Segnatamente è noto che, già all'indomani dell'introduzione nel tessuto della legge fallimentare dell'istituto degli accordi di ristrutturazione, si sviluppò un orientamento di pensiero che, facendo leva sulla specifica collocazione dell'art. 182 *bis* e sui profili di disciplina comune, sosteneva l'appartenenza degli accordi al *genus* del concordato preventivo⁽¹¹⁾.

Questo orientamento, tuttavia, è stato rapidamente soppiantato dall'indirizzo interpretativo prevalente, sia dottrinale sia giurisprudenziale, secondo cui è venuta affermandosi l'idea della piena autonomia degli uni rispetto all'altro, troppo radicali essendo le differenze di struttura tra le due figure, se solo si considera che manca, negli accordi, un decreto di ammissione alla procedura, non è prevista la nomina del giudice delegato, né di un commissario, non è prevista una votazione dei creditori mediante apposita adunanza, non è prevista l'estensione del vincolo ai creditori dissenzienti⁽¹²⁾.

Benché dunque si debba constatare, oggi, che l'apparentamento tra i due istituti, dopo l'ancora recente novella del 2012, si è fatto più stretto, e ciò in ragione dell'accennata interscambiabilità (con conservazione degli effetti protettivi già conseguiti) tra domanda di concordato e domanda di omologazione

si osservi — era già individuato nel fatto che si tratta di un procedimento che rende necessario dare ampia e puntuale pubblicità allo stato di crisi dell'imprenditore (INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 1337 s.).

⁽¹⁰⁾ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 357.

⁽¹¹⁾ Ampi riferimenti in NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *D. fall.*, 2012, I, p. 376 ss. ed *ivi* 377 ss.

⁽¹²⁾ Su tutta questa problematica, aderendo alla tesi maggioritaria, TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 61 ss. V., inoltre, FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare*, cit., p. 553; *Id.*, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova 2009, p. 85 ss.; FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna 2011, p. 685; PAJARDI e PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*⁷, Milano 2008, p. 906. Per un'efficace sintesi in ordine ai due orientamenti accennati, poi, ROPPO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa e categorie civilistiche*, II, in *Studi in onore di G. Cian*, Padova 2010, p. 2163 ss. ed *ivi* 2165.

degli accordi, essi certamente mantengono la loro reciproca autonomia, la quale fundamentalmente si coglie, al di là dei tratti distintivi già indicati, sotto il seguente profilo: a differenza del concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione non si perfezionano con un voto a maggioranza (e conseguente vincolo per la minoranza dissenziente), ma devono essere conclusi (non in corso di procedura, bensì prima della presentazione della domanda) con una maggioranza qualificata di creditori (rappresentativa di almeno il sessanta per cento del totale dei crediti) ⁽¹³⁾.

Gli accordi di ristrutturazione, perciò, vincolano direttamente solo i creditori aderenti (chirografari e non), mentre i creditori non aderenti non possono subire alcuna falcidia: il che non significa che essi siano del tutto estranei agli effetti promananti dalla fattispecie, come vedremo.

3. — Una questione diversa, mai sopita e che la novella del 2012, anzi, ha riportato in auge, attiene al fatto se gli accordi di ristrutturazione, i quali certamente costituiscono oggetto di un procedimento (inteso alla loro omologazione), possano venire ricondotti, più in particolare, al novero delle procedure concorsuali.

Secondo una prima tesi, che sembra ancora prevalente ⁽¹⁴⁾, la risposta dovrebbe essere negativa, giacché, per potersi parlare di concorsualità, sarebbe necessaria la sussistenza di una serie stringente di presupposti: un provvedimento giudiziale destinato ad avviare la procedura, con la nomina di appositi organi; l'universalità degli effetti, in termini oggetti (tutto il patrimonio del debitore) e soggetti (tutti i creditori); il blocco degli interessi sui crediti chirografari; la parità (almeno tendenziale) di trattamento tra i creditori; il funzionamento del principio di maggioranza rispetto alla collettività da essi rappresentata; l'imposizione di limiti al potere dispositivo del debitore ⁽¹⁵⁾.

Si sostiene pertanto che non facciano parte dell'area della concorsualità gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis l. fall.*, così come non possono esservi ricondotti i piani di risanamento *ex art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall.* ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Sembra corretto ritenere — si osservi — che l'adesione dei creditori, nella percentuale del sessanta per cento prevista dalla legge, costituisca un necessario presupposto dell'avvio della procedura, ferma la possibilità, peraltro, dell'intervento di ulteriori adesioni successive (TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 195 ss.; PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, p. 129 ss. ed *ivi* 132).

⁽¹⁴⁾ Nonostante la significativa insorgenza del dubbio in taluni suoi autorevoli sostenitori: FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 686 s.

⁽¹⁵⁾ Cfr., con svariati accenti, AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1138; NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico*, cit., p. 391 ss.; INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 1312 s.

⁽¹⁶⁾ In termini di particolare nettezza, DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano 2011, p. 129 ss., secondo cui l'accordo di ristrutturazione, « in quanto fondato sul consenso, si sottrae alle regole del concorso e non consiste in una procedura concorsuale ».

È noto che la questione non ha solo rilevanza teorica, poiché, a parte altre implicazioni non secondarie ⁽¹⁷⁾, da essa dipende soprattutto il problema dell'applicabilità dell'art. 111, comma 2°, l. fall., negli accordi di ristrutturazione, problema che assume connotazioni di particolare delicatezza rispetto ai crediti dei professionisti che abbiano prestato la loro opera ai fini della presentazione della domanda e nel procedimento di omologazione: e ciò dopo che il legislatore della riforma, nel ridisegnare completamente il sistema delle preclusioni, ha abrogato il comma 4° dell'art. 182 *quater* l. fall., il quale si riferiva, dichiarandolo precludibile, soltanto al compenso spettante al professionista-attestatore ⁽¹⁸⁾.

Ebbene, senza che si possa dedicare, qui, all'argomento lo spazio che esso meriterebbe, pare a chi scrive che siano nel giusto coloro che invece affermano l'appartenenza degli accordi di ristrutturazione all'area della concorsualità ⁽¹⁹⁾.

L'introduzione, con l'intervento correttivo del 2007, del divieto sia pure temporaneo, a carico dei creditori, di avviare o proseguire azioni esecutive o cautelari era già indicativa, di per sé, di un significativo limite al potere di disposizione del debitore: al quale è inibito provvedere, dalla data di pubblicazione degli accordi, al pagamento dei crediti aventi titolo anteriore, giacché non si vede come potrebbe ammettersi che per atto spontaneo del debitore si realizzi la soddisfazione che il creditore non è in grado di procurarsi mediante gli strumenti legali di tutela del proprio diritto ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Si pensi così all'esclusione dell'operatività dell'istituto rispetto alle banche, ai sensi dell'art. 80, comma 6°, T.U.B., una volta che se ne ammetta la natura concorsuale: 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 *D. fall.*, 2011, p. 8 ss. ed *ivi* 20.

⁽¹⁸⁾ Prima del recente intervento riformatore, operato con d. legisl. 9 novembre 2012, n. 192 (in attuazione della direttiva 2011/7/UE, su cui si veda TAGLIALAVORO, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2012, p. 1233 ss.), poteva essere dubitabile — si aggiunga — se la disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali si applicasse alle obbligazioni dell'imprenditore che avesse stipulato un accordo di ristrutturazione del proprio debito, atteso che l'art. 1, comma 2°, lett. a) del d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231 si limitava ad escludere dalla sfera applicativa delle disposizioni ivi dettate i « debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore ». Il problema è oggi superato, tuttavia, a seguito della cennata novella, per effetto della quale devono intendersi sottratti alla disciplina in discorso anche i « debiti oggetto di procedure concorsuali ... finalizzate alla ristrutturazione del debito ». Rimane peraltro il dubbio (a parte le questioni di diritto intertemporale) se siano da considerare oggetto di una procedura, negli accordi di ristrutturazione, pure i debiti verso i creditori non aderenti. L'interrogativo va forse sciolto in senso positivo atteso l'effetto che l'omologazione determina anche nei confronti di costoro, cosicché nessuno dei creditori può dirsi completamente estraneo, in realtà, alla procedura.

⁽¹⁹⁾ Per tutti, con ampia riflessione, TARENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 70 ss.

⁽²⁰⁾ In difetto di un'esplicita previsione normativa, il divieto di pagamento dei creditori

Ciò che conta ancor più sottolineare, ad ogni modo, è il fatto che anche gli accordi di ristrutturazione, in definitiva, attuano l'esigenza dell'universalità, presentando così il tratto che forse è fondamentale nelle procedure concorsuali: l'attitudine a comprendere, cioè, l'intero patrimonio del debitore in vista della soddisfazione della totalità dei suoi creditori.

A questo proposito va osservato che, per effetto della novella del 2012, è ora testuale il riferimento al piano, nell'art. 161, comma 2°, l. fall., come parte della documentazione da allegare alla domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo. Cosicché non possono più residuare dubbi, se mai ve ne fossero stati, in ordine al fatto che il deposito del piano debba altresì accompagnare la presentazione della domanda di omologazione degli accordi, atteso il richiamo operato dall'art. 182 *bis*, comma 1°, alla documentazione di cui all'art. 161 l. fall. ⁽²¹⁾.

Ora, nel piano sotteso agli accordi di ristrutturazione debbono necessariamente essere considerati tutti i beni del debitore, dato che il professionista-attestatore, nello svolgere la valutazione di attuabilità che gli è demandata per legge, non può non tener conto dell'intero patrimonio riferibile all'impresa in stato di crisi, nelle sue componenti attive e passive. Per altro verso è a dire, poi, che tutti i creditori sono coinvolti: gli aderenti, perché dovranno essere soddisfatti secondo le intese; i non aderenti, perché conservano il diritto al pagamento integrale, toccando al professionista attestare, nella sua relazione, che l'accordo è idoneo a consentire questo esito, nel rispetto dei termini oggi sanciti dall'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall. ⁽²²⁾.

Benché si tratti, infine, di un argomento frequentemente utilizzato, non sembra che abbia senso negare l'appartenenza all'area della concorsualità degli accordi di ristrutturazione sul rilievo che essi non richiedono il rispetto della *par condicio creditorum*.

A parte ogni più ampia considerazione relativa al ruolo giocato, attualmente, dalla *par condicio* nelle procedure concorsuali, si deve dire, in proposito, che l'eguale diritto dei creditori di soddisfarsi sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.) ⁽²³⁾, trova riscontro in una re-

anteriore è comunemente affermato, a proposito del concordato preventivo, traendo argomento anche e proprio dalla preclusione delle azioni esecutive individuali sancita dall'art. 168, comma 1°, l. fall. (Cass. 12 gennaio 2007, n. 578).

⁽²¹⁾ Già anteriormente all'ultima riforma annotava FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 689: « Il piano è la struttura di fondo degli accordi, ne costituisce il presupposto funzionale ». Sull'essenzialità del piano, inoltre, Di MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 129 ss., secondo cui, anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, si deve ritenere che « oggetto di attestazione non possa che essere, e perciò sia, il piano riferito (narrato ed esplicito) nell'accordo ».

⁽²²⁾ TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 92.

⁽²³⁾ Sottolinea che la disposizione esprime un principio generale, senza costituire la fonte di un diritto in senso tecnico, NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico*, cit., p. 379. Per un'ampia disamina del tema, da ultimo, MIGLIACCIO, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli 2012.

gola operativa secondo cui, quando il patrimonio del debitore è incapiente e dunque non è possibile la soddisfazione di tutti per l'intero, si guarderà alla graduazione dei crediti ovvero, se v'è parità di grado, al criterio di proporzionalità⁽²⁴⁾. Ma, ciò posto, bisogna sottolineare che negli accordi di ristrutturazione la *par condicio* non tanto resta inosservata, quanto non assume rilevanza⁽²⁵⁾. Tutti i creditori, infatti, ricevono piena soddisfazione: gli aderenti, perché otterranno la prestazione eventualmente loro dovuta in base ai patti conclusi con il debitore; i non aderenti, perché mantengono il diritto all'integrale pagamento (nonostante subiscano il riscadenziamento *ex lege* della propria pretesa)⁽²⁶⁾.

In conclusione, se è vero che altre importanti divaricazioni rimangono (come l'assenza, nel caso degli accordi di ristrutturazione, di appositi organi della procedura), sembra che gli elementi capaci di unire siano divenuti prevalenti rispetto a ciò che divide⁽²⁷⁾, con la conseguenza che pare giustificato, oramai, annoverare gli accordi entro l'ambito delle procedure concorsuali⁽²⁸⁾.

Può aggiungersi che questo esito è in grado di segnare un irrimediabile distacco degli accordi di ristrutturazione dai piani attestati *ex art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall.*, i quali presentano una portata effettuale che inizialmente coincideva — vale la pena di ricordare — con quella degli accordi, essa esaurendosi, per l'una e l'altra figura, nell'esenzione da revocatoria degli atti, pagamenti e garanzie posti in essere, in loro esecuzione, dal debitore⁽²⁹⁾. Sen-

⁽²⁴⁾ Rimane fermo, naturalmente, l'adempimento degli oneri cui l'attuazione della *par condicio* è subordinata nelle procedure esecutive individuali e collettive: BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, Artt. 2740-2744, in *Comm. Schlesinger*, Milano 1991, p. 104 ss.

⁽²⁵⁾ Parla dell'esistenza di una « antinomia tra accordo e concorso » DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 135 ss., ma desumendone l'estraneità degli accordi al novero delle procedure concorsuali.

⁽²⁶⁾ TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 86 ss.

⁽²⁷⁾ Si rammenti, tra l'altro, la già segnalata modifica, introdotta per effetto del d. legisl. 9 novembre 2012, n. 192, all'art. 1, comma 2°, lett. a), d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231 (sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali), con il risultato che è esclusa, oggi, l'applicabilità delle disposizioni recate dal medesimo decreto ai « debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito ».

⁽²⁸⁾ Ancor prima della più recente riforma, nel senso che gli accordi, per un verso, dovessero essere ricondotti al novero delle procedure concorsuali e, per altro verso, fossero da tenere distinti dal concordato, TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *D. fall.*, 2012, p. 1 ss. ed *ivi* 4. In termini analoghi, FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare*, cit., p. 551 ss.; *Id.*, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 81 ss.

⁽²⁹⁾ In dottrina, per una considerazione unificante, invece, di piani attestati e accordi di ristrutturazione, DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 116 ss., il quale, denunciando come erronea la tesi secondo cui la fattispecie indicata nell'art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall. sarebbe esaurita dal piano, inteso quale atto unilaterale posto in essere dal debitore ovvero come mero fatto giuridico (in quest'ultimo senso, in particolare, ROPPO,

nonché non solo questa coincidenza effettuale, con il graduale allargamento della protezione assicurata dagli accordi, oggi più non sussiste, ma i piani attestati, poi, certamente non costituiscono — come già si diceva — una procedura concorsuale, rimanendo anzi collocati in un ambito stragiudiziale, dato che non ne è prevista l'omologazione, con la conseguenza che la verifica dell'idoneità del singolo piano a determinare l'effetto cui esso appare deputato per legge rimane demandata al giudice chiamato a pronunciarsi sulla revocatoria ⁽³⁰⁾.

A questo punto, resta soltanto da dire, a proposito dell'abrogazione dell'art. 182 *quater*, comma 4°, l. fall., sul cui significato, limitativo o no della prededucibilità al solo compenso dell'attestatore, pesavano dubbi consistenti, che tali incertezze debbono ora essere risolte nel senso che i crediti dei professionisti per prestazioni funzionali alla presentazione della domanda e al procedimento di omologazione degli accordi sono da considerare prededucibili alla luce del dettato dell'art. 111, comma 2°, l. fall. ⁽³¹⁾.

Salvo non pensare, contrariamente all'opinione qui rappresentata, che l'istituto degli accordi di ristrutturazione continui a mantenersi al di fuori dell'ambito delle « *procedure concorsuali* », in occasione o in funzione delle quali il credito, per potersi considerare prededucibile (in difetto di una « *specificca disposizione di legge* »), dev'essere sorto.

Secondo quest'ordine di idee l'attestatore e gli altri professionisti, nel caso degli accordi di ristrutturazione, potrebbero dunque invocare solo il privilegio *ex art.* 2751 *bis*, n. 2, c.c. Occorrerebbe peraltro tener conto, in tale prospettiva, dell'art. 161, comma 7°, l. fall. e della possibilità di considerare compresi tra gli « *atti legalmente compiuti* » (con prededucibilità dei crediti conseguenti) anche gli incarichi professionali affidati dopo la presentazione della domanda di concordato con riserva, incarichi che non debbono essere preceduti da alcuna autorizzazione. Tutto ciò, com'è ovvio, atteso che la procedura, dopo la più recente riforma, è suscettibile alternativamente di svilupparsi, giusta il dettato dell'art. 161, comma 6°, l. fall., anche mediante la presentazione di una domanda *ex art.* 182 *bis*, comma 1°, l. fall. ⁽³²⁾.

4. — I creditori estranei agli accordi non sono ad essi assoggettati, appunto perché non vi hanno aderito, né risulta qui operante, al contrario che nel concordato preventivo, la regola dell'estensione del vincolo ai dissenzienti.

Ciò non significa, peraltro, che gli accordi di ristrutturazione siano irrile-

Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa e categorie civilistiche, cit., p. 2166 s.), conclude che esso esprimerebbe, piuttosto, la causa unitaria di un'operazione economica realizzata, normalmente, attraverso una pluralità di distinti negozi attuativi.

⁽³⁰⁾ MENTI, *Nuove opportunità e rinnovati problemi per le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., p. 445; SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 344 s.; TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 117.

⁽³¹⁾ TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 152 ss.

⁽³²⁾ AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1147.

vanti rispetto a codesti creditori, i quali subiscono pur sempre gli effetti consistenti, rispettivamente, nel blocco (sia pure temporaneo) delle azioni esecutive e cautelari, nel divieto (ugualmente temporaneo) di acquisire titoli di prelazione se non concordati, nella dilazione dei termini di pagamento dei loro crediti.

Il profilo di maggior rilievo dell'intervento di riforma del 2012 attiene proprio alla rimodulata tutela dei creditori che, per aver rifiutato di aderire agli accordi o anche solo per essere stati ignorati dal debitore, sono definiti come « *creditori estranei* ».

Nella sua versione originaria, mantenuta, su questo punto, pur dopo le correzioni del 2007 e del 2010, l'art. 182 *bis* l. fall. stabiliva che i creditori non aderenti dovessero essere pagati regolarmente. E l'uso dell'espressione « *regolare pagamento dei creditori estranei* », a parte una tesi minoritaria propensa a ritenere derogato il principio di relatività, tesi secondo cui essi avrebbe dovuto essere soddisfatti nella stessa misura degli aderenti⁽³³⁾, era stato subito inteso nel senso che, rispetto a tali creditori estranei, il debitore dovesse adempiere per intero, tempestivamente (*id est*, alla scadenza) e con mezzi normali⁽³⁴⁾.

Proprio questo aspetto, peraltro, era considerato come una delle cause principali dello scarso successo segnato dall'istituto. Il legislatore è intervenuto, così, fissando i nuovi termini di cui all'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall., i quali si traducono nell'imposizione ai creditori rimasti estranei all'accordo di una moratoria legale di quattro mesi (*rectius*, centoventi giorni) dall'omologazione o dalla scadenza del debito, se successiva⁽³⁵⁾.

Si tratta di una soluzione che ha destato, nei primi commenti, perplessità di segno opposto: da alcuni si è invero lamentata l'eccessiva brevità del termine, specie con riguardo alle ristrutturazioni più complesse, mentre altri, per contro, hanno sollevato dubbi di legittimità costituzionale in ordine al nuovo dettato normativo⁽³⁶⁾.

Il problema dell'incidenza della disciplina riformata degli accordi di ri-

⁽³³⁾ In questo senso, ancora, SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, l. fall.)*, in *Contratto e impr.*, 2011, p. 9 ss. Una puntuale e ragionata critica all'orientamento in questione si legge in GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *D. fall.*, 2009, I, p. 633 ss.; ma si veda, altresì, PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 139 s.

⁽³⁴⁾ Cfr. ROPPO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa e categorie civilistiche*, cit., p. 2175; INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 1316 e 1325; DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 10; FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 698; DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 155; FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare*, cit., p. 558 (ritenendo non necessario, però, che il pagamento avvenisse con mezzi normali). Ampi riferimenti, da ultimo, in TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 19 e 200 ss.

⁽³⁵⁾ AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1140.

⁽³⁶⁾ Si veda, ancora, AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1140.

strutturazione sulla posizione dei creditori estranei verrà più avanti ripreso, sotto il particolare profilo della valutazione dell'impatto che questa disciplina determina sul principio di relatività, il quale costituisce uno dei caposaldi, com'è noto, del regolamento normativo applicabile al contratto e più in generale agli atti negoziali di autonomia privata ⁽³⁷⁾.

Per il momento preme, invece, soffermarsi su di una questione particolare legata all'operare dei nuovi termini fissati dall'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall.: la questione del decorso degli interessi legali o convenzionali, durante la moratoria, sulle somme dovute ai creditori estranei all'accordo. Per essere più precisi, il tema riguarda non già gli interessi intesi come corrispettivo dell'altrui godimento di un capitale, e cioè come frutti civili (art. 820, comma 3°, c.c.): interessi, questi, certamente dovuti fino alla naturale scadenza del debito. Piuttosto, si tratta di comprendere quale sorte subiscano gli interessi, legali o convenzionali, che il debitore dovrebbe corrispondere per effetto di tale scadenza, atteso quanto dispone il testo rinnovato dell'art. 182 *bis*, comma 1°, c.c. ⁽³⁸⁾.

Si osservi che la disciplina del nostro istituto, mentre fissa i termini di cui alla disposizione appena citata, non prevede alcuna regola di sospensione del decorso degli interessi. La differenza con il concordato preventivo, dunque, è netta, atteso che l'art. 169 l. fall. richiama anche l'art. 55 l. fall., il quale stabilisce, sia pure soltanto « *agli effetti del concorso* », non solo che la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi legali o convenzionali (comma 1°), ma anche che i debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti alla data del fallimento (comma 2°).

Non sembra tuttavia che il problema in esame possa aversi per risolto semplicemente facendo leva sull'inapplicabilità dell'art. 55 l. fall. agli accordi di ristrutturazione ⁽³⁹⁾. È necessario chiedersi, invece, se il riscadenziamento imposto ai non aderenti dall'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall. determini una si-

⁽³⁷⁾ Per una recente difesa del principio di relatività in relazione all'istituto del patto di famiglia, CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, in questa *Rivista*, 2007, II, p. 297 ss.

⁽³⁸⁾ Non vengono qui in gioco, invece, gli interessi moratori, e cioè gli interessi con funzione risarcitoria dovuti per il caso di mora, intesa come situazione di ritardo imputabile nel pagamento di un debito pecuniario. Il debitore che beneficia dell'effetto previsto dall'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall. non può essere considerato in mora (salvo che per il tempo intercorrente fino al prodursi dell'effetto stesso, qualora l'obbligazione sia già in precedenza scaduta). Un diverso problema, peraltro, è quello delle conseguenze del mancato rispetto, da parte del debitore, del termine di cui alla citata disposizione normativa: in questo caso, sulla scorta di ciò che verrà precisato subito oltre nel testo, sembra si debba ammettere che i creditori non aderenti possano domandare gli interessi moratori come se il riscadenziamento *ex lege* mai avesse avuto luogo.

⁽³⁹⁾ Così, invece, TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., pp. 20, 107 s. e 208 s.

tuazione di vera e propria inesigibilità dei loro crediti ⁽⁴⁰⁾, con la conseguenza che, secondo i principi (art. 1282 c.c.), dovrebbe risulterne impedito il decorso degli interessi legali o convenzionali ⁽⁴¹⁾. Il tema che necessita di essere approfondito, in altre parole, riguarda il coordinamento dell'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall. con il principio secondo cui « *al di fuori dello schema contrattuale della dazione in godimento di somme di denaro, non decorrono interessi su somme non scadute* » ⁽⁴²⁾.

Ebbene, per comprendere quale sia, da questo punto di vista, la natura dell'effetto *ex lege* che si produce in virtù del più volte citato art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall., pare utile rifarsi, sia pure in termini di estrema sintesi, all'elaborazione dottrinale operata sulla figura del *pactum de non petendo ad tempus* ⁽⁴³⁾.

Secondo una prima prospettiva, l'assunzione da parte del creditore dell'impegno a non richiedere, per un certo tempo, l'adempimento produrrebbe l'effetto di differire l'esigibilità della pretesa, sostanziandosi nella fissazione di un nuovo termine. Il *pactum* darebbe luogo, in altre parole, ad una vera e propria proroga del termine: con la qual cosa sembra evidente che, venuta meno l'esigibilità, anche il decorso degli interessi debba intendersi bloccato ⁽⁴⁴⁾.

Altri invece ritiene, con orientamento preferibile, che il *pactum* non determini alcuna necessaria modificazione della modalità cronologica del rapporto, essendo ben possibile che il creditore, lasciando immutata l'esigibilità della pretesa, soltanto rinunci, in via provvisoria, all'esercizio degli strumenti che l'ordinamento mette a sua disposizione per reagire all'inadempimento della controparte. Si sarebbe al cospetto, in questo caso, non propriamente di una proroga, ma solo di una dilazione o concessione di un mero termine di tolleranza: con la conseguenza che il decorso degli interessi non ne sarebbe

⁽⁴⁰⁾ In questo senso, a quanto sembra, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 355 e 362.

⁽⁴¹⁾ Afferma che il dettato normativo in questione « non fa slittare il termine di scadenza, ma esclude l'esigibilità di crediti *ancorché venuti a scadenza* », AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1142, il quale subito dopo si esprime, tuttavia, per l'applicabilità dell'art. 1282, comma 1°, c.c., che pure riguarda la produzione degli interessi di pieno diritto sui crediti di somme di denaro « *liquidi ed esigibili* ».

⁽⁴²⁾ BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano 1990, p. 181.

⁽⁴³⁾ In argomento, e per la semplificazione di cui subito di seguito nel testo, DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in questa *Rivista*, 1996, I, p. 367 ss. ed *ivi* 399 ss.

⁽⁴⁴⁾ Sotto il particolare profilo dei rapporti con la prescrizione, si veda Cass. 12 aprile 2006, n. 8606, secondo cui « il *pactum de non petendo* non integra violazione del divieto di deroga convenzionale del regime legale della prescrizione fissato dall'art. 2936 c.c., in quanto incide sull'azionabilità della pretesa, ragion per cui la prescrizione inizia a decorrere dalla scadenza del termine fissato con il patto stesso ».

impedito, essendo il credito comunque divenuto esigibile con la scadenza del termine originario ⁽⁴⁵⁾.

Ora, se l'effetto di cui all'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall. viene immaginato corrispondente a quello che promana da un *pactum de non petendo ad tempus*, così come ricostruito in base alla seconda delle prospettive indicate, ecco che potrebbe giustificarsi e trovare adeguato fondamento la tesi, che sembra si vada affermando, secondo cui l'imposizione del nuovo termine ai creditori estranei non avrebbe incidenza sul decorso degli interessi ⁽⁴⁶⁾.

È proprio in questa direzione che ci si può e deve orientare, poiché ritenere altrimenti significherebbe approdare ad una soluzione ancor più penalizzante, per i non aderenti, di quanto già non sia il riscadenziamento *ex lege* dei loro crediti, avallando così un esito poco equilibrato e che renderebbe ancora più acuti i dubbi in ordine alla legittimità costituzionale, su questo punto, dell'intervento riformatore dell'estate del 2012. Tanto più che — si può aggiungere — a voler intendere l'effetto in parola come equivalente ad una vera proroga del termine anche altre conseguenze andrebbero considerate. Si potrebbe così mettere in dubbio, con riguardo ai crediti dei non aderenti già scaduti al momento dell'omologazione degli accordi, che gli interessi di mora pur maturati (in applicazione, se del caso, della disciplina, oggi riformata, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) debbano essere corrisposti al creditore, giacché l'ipotizzata proroga del termine ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall. dovrebbe comportare l'automatica cancellazione dello stato di mora ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti*, in *D. e giur.*, 1972, p. 253 ss. ed *ivi* spec. 262 s., il quale conclude che, « poiché colui che rinuncia temporaneamente a pretendere l'adempimento non intende con ciò, necessariamente, cancellare il fatto della scadenza del termine prestabilito, il pagamento per avventura effettuato dal debitore prima dello spirare della moratoria non potrà riguardarsi come adempimento anticipato ai fini della ripetizione limitata ammessa dalla norma dell'art. 1185, comma 2°, c.c.; così pure, ove si tratti di credito pecuniario, la dilazione gratuitamente concessa non impedirà che esso produca interessi dal giorno di scadenza del termine originario, secondo il disposto dell'art. 1282, comma 1°, c.c. ».

⁽⁴⁶⁾ Ciò fermo restando che — come dicevamo — per tutta la durata del termine il debitore non potrà essere considerato in mora. Saremmo dunque di fronte ad uno scostamento rispetto a ciò che accade normalmente nelle obbligazioni pecuniarie, ove la scadenza del debito tende a coincidere con il prodursi della mora, atteso il combinato disposto degli artt. 1182, comma 3°, e 1219, comma 2°, n. 3, c.c. (INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, Artt. 1277-1284, in *Comm. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 2011, p. 292 ss.). Se tuttavia il pagamento non interviene nei tempi fissati dall'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall., i creditori estranei saranno ammessi a richiedere gli interessi moratori fin dall'inizio. Il che avrà rilievo nel caso in cui ne sia stata pattuita la misura secondo un saggio superiore a quello degli interessi legali.

⁽⁴⁷⁾ Il quadro che sopra è stato tracciato riguardo al *pactum de non petendo* — bisogna tuttavia ripetere — costituisce una semplificazione (molto accentuata) rispetto ad una materia che la dottrina, specialmente, ha trattato con una notevole ricchezza di spunti significati-

Meritevoli di una certa attenzione, infine, sono i casi di solidarietà passiva tra l'imprenditore e altri obbligati.

Si può iniziare col dire che gli accordi di ristrutturazione, secondo la tesi più convincente, non paiono sottoposti all'art. 184, comma 1°, l. fall. neppure nella parte in cui dispone che restino « *impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso* »⁽⁴⁸⁾. Pertanto, nella misura in cui l'accordo, segnatamente, abbia un contenuto remissorio, l'estinzione (totale o parziale) del debito dell'imprenditore verso gli aderenti non potrà non riflettersi sui rapporti obbligatori che mettono capo ai singoli coobbligati o fideiussori, secondo le regole dettate per la solidarietà comune (art. 1301 c.c.) o per le obbligazioni solidali contratte nell'esclusivo interesse altrui (art. 1945 c.c.)⁽⁴⁹⁾. Il creditore, aderendo alla falciadia propostagli, ne accetta dunque le conseguenze anche rispetto ai propri rapporti con i condebitori dell'imprenditore⁽⁵⁰⁾.

Per quanto invece riguarda i creditori estranei, si tratta di stabilire se il riscadenziamento che essi subiscono sia un effetto *ex lege* destinato ad espandersi sulla sfera dei terzi tenuti in solido con l'imprenditore in stato di crisi.

A questo proposito occorre muovere dal principio (applicabile *a fortiori* allorché si sia in presenza, come nel nostro caso, di qualcosa di meno di una proroga del termine di adempimento) in base al quale le diverse modalità secondo cui ciascun debitore è tenuto, mentre non escludono la solidarietà (art. 1293 c.c.), sono idonee a fondare, per altro verso, mere eccezioni di natura personale, come tali non utilizzabili dagli altri condebitori (art. 1297 c.c.), salvo che si tratti di obbligazione solidale contratta nell'interesse esclusivo altrui⁽⁵¹⁾.

Al di fuori di quest'ultima evenienza, resta da chiedersi, però, se il creditore possa immediatamente pretendere dal terzo coobbligato il pagamento dell'intero, compresa dunque la quota dell'imprenditore, rispetto al quale opera l'effetto protettivo di cui all'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall. Si tratta di

vi. In particolare, in uno degli studi meno risalenti, si è negato che il *pactum* produca effetti costitutivi (attraverso il venire in essere di un obbligo di non chiedere), sostenendosi invece che esso incida « sul rapporto riducendolo, cioè rendendolo temporaneamente o definitivamente inesigibile », di talché il rapporto sopravviverebbe « soltanto quale *causa acquirendi* », in conseguenza del verificarsi di un effetto estintivo di entità più ristretta rispetto a quello della remissione, poiché limitato « alla pretesa od all'azione »: ORLANDI, *Pactum de non petendo e riduzione del rapporto*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1441 ss. ed *ivi* spec. 1450. Sul tema si veda, inoltre, RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli 2004.

⁽⁴⁸⁾ TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 331 ss.; FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 709. Per l'applicabilità in via analogica, invece, della citata disposizione normativa, FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 177 ss.

⁽⁴⁹⁾ Quanto a queste ultime, si veda BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 710: « ... se l'obbligazione è assunta nell'interesse esclusivo di alcuno dei debitori, gli altri condebitori possono opporre per intero le cause estintive personali al debitore principale ».

⁽⁵⁰⁾ Sul punto, v. anche FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 709.

⁽⁵¹⁾ BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 715 s.

un quesito che deve forse ricevere una risposta negativa, come suggerisce anche l'elaborazione condotta rispetto all'art. 1293 c.c. dalla miglior dottrina, la quale, con specifico riferimento all'ipotesi in cui uno dei debitori in solido, senza alcun intervento da parte dei coobbligati, ottenga una proroga pattizia del termine di adempimento, ha concluso, per l'appunto, che il creditore possa « *chiedere subito agli altri consorti la loro quota, ma non la quota del beneficiario del termine, per la quale deve attendere la scadenza di quest'ultimo, anche se vuole rivolgersi agli altri obbligati* »⁽⁵²⁾. È ben vero che negli accordi di ristrutturazione il creditore estraneo subisce il riscadenziamento, non già concede un nuovo termine, né stipula un *pactum de non petendo*⁽⁵³⁾; ma dovrebbe valere il principio, comunemente ricevuto⁽⁵⁴⁾, ed evocato nella stessa Relazione del Guardasigilli al Cod. Civ. (n. 598), secondo cui gli effetti favorevoli verificatisi nella sfera giuridica di uno dei condebitori sono destinati a estendersi, almeno *pro quota*, anche a tutti gli altri⁽⁵⁵⁾.

5. — Il tema della natura degli accordi di ristrutturazione è particolarmente tormentato⁽⁵⁶⁾.

V'è contrasto, anzitutto, tra la tesi atomistica, che risolve la fattispecie in una pluralità o in un « fascio » di negozi distinti, e la tesi unitaria, secondo

⁽⁵²⁾ Così RUBINO, *Delle obbligazioni*², Artt. 1285-1320, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1963, p. 182, sebbene opinando che una convenzione di tal genere non costituisca un fatto strettamente personale al condebitore che l'ha stipulata, laddove i fatti strettamente personali sarebbero insuscettibili di produrre alcun effetto nella sfera dei consorti, neanche limitatamente alla quota di colui al quale risultano riferibili (p. 212 ss.).

⁽⁵³⁾ Per l'espansione degli effetti del *pactum* ai condebitori in solido, secondo la disciplina dettata dall'art. 1301 c.c. a proposito della remissione del debito, ORLANDI, *Pactum de non petendo*, cit., p. 1450.

⁽⁵⁴⁾ Per tutti, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*³, II, 1, Padova 1999, p. 23 s.

⁽⁵⁵⁾ Come già accennato, nel senso tuttavia che non potrebbe aversi alcuna estensione, neanche *pro quota*, allorché si tratti di effetti derivanti da un fatto giuridico che « non solo si verifica direttamente solo nei ... riguardi [di un condebitore], ma è anche strettamente personale a lui », RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 160, il quale, più oltre, afferma che, onde un fatto possa definirsi strettamente personale, occorre che « si verifichi solo per un condebitore o concreditore, e operi sull'obbligazione non direttamente ma attraverso un particolare stato, una particolare condizione che esso venga a determinare sulla persona di quel consorte, di guisa che gli effetti sull'obbligazione siano solo una conseguenza di quello stato, di quella condizione » (p. 214).

⁽⁵⁶⁾ È quasi inutile precisare che la riconosciuta, da noi, appartenenza degli accordi di ristrutturazione al novero delle procedure concorsuali non significa affatto negare che essi si configurino come normali negozi di diritto privato. Parla di un « accordo privatistico [che] condivide, tuttavia, la natura pubblicistica degli altri procedimenti concorsuali », FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare*, cit., p. 552. Nel senso che, poi, si sia al cospetto di « una procedura "concorsuale" ... di natura ... mista, pattizia e giurisdizionale », PAJARDI e PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 908.

cui, invece, gli accordi sarebbero riconducibili alla figura del contratto plurilaterale ⁽⁵⁷⁾.

Su questo punto sembra di poter dire che, in realtà, come non c'è, negli accordi, tipicità contenutistica ⁽⁵⁸⁾, così non c'è neppure tipicità strutturale: entrambe le ipotesi — pluralità di negozi distinti o contratto unico — sono pertanto possibili ⁽⁵⁹⁾.

Bisogna aggiungere, anzi, che gli accordi costituiscono una figura per nient'affatto rappresentativa di un autonomo tipo negoziale: non tanto perché il tipo non possa manifestarsi nei termini di una disciplina che trova il proprio fondamento nella ricorrenza di una determinata causa, intesa in astratto quale funzione economico-sociale cui il contratto risponde ⁽⁶⁰⁾, a prescindere dalla sussistenza di altri elementi caratterizzanti ⁽⁶¹⁾, quanto perché le singole *regulae iuris* dettate dagli artt. 182 *bis* ss. l. fall. non si riferiscono mai agli accordi in sé presi, bensì, volta a volta, alla loro pubblicazione o omologazio-

⁽⁵⁷⁾ Nel senso che essi configurino un contratto plurilaterale con comunione di scopo, FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare*, cit., p. 559.

⁽⁵⁸⁾ Gli accordi possono presentare, invero, il contenuto più vario (di qui la loro definizione come fattispecie a « geometria variabile »: AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1138), e involgere sia la situazione debitoria (mediante patti *de non petendo*, dilazioni, remissioni relative agli interessi o al capitale, operazioni di cartolarizzazione, cessioni di beni ai creditori, conversioni del credito in capitale di rischio, etc.), sia l'assetto organizzativo dell'impresa in crisi (attraverso, ad es., la riqualificazione degli organi di *governance*). In argomento, tra i tanti, FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 690; ROPPO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa e categorie civilistiche*, cit., p. 2172 s.

⁽⁵⁹⁾ Così anche TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., pp. 25 ss. e 31 ss., che pure si esprime nel senso che la tesi corretta sia quella che individua negli accordi una fattispecie costituita, almeno tendenzialmente, da un fascio di negozi bilaterali (o anche, se del caso, unilaterali) stipulati tra il debitore e i singoli creditori (o i terzi) coinvolti. Si veda inoltre, ma in termini opposti su questo punto, PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 130 s., secondo cui l'ipotesi normale sarebbe quella dell'accordo foggato in guisa di contratto plurilaterale con comunione di scopo.

⁽⁶⁰⁾ Tradizionalmente, come noto, è nella causa che si riconosce l'elemento essenziale di individuazione del tipo: a questo proposito, ma in prospettiva critica, DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, p. 59 ss.

⁽⁶¹⁾ Negli accordi non manca una causa autonoma (INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 1320 ss.), capace di offrire l'immagine funzionale del contratto o della pluralità di negozi collegati che in concreto l'imprenditore abbia stipulato: anche se poi si discute su quale ne siano le connotazioni (nel senso che essa non consista nel risanamento dell'impresa, ma solo nella soluzione della crisi, TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 50 ss.; in prospettiva analoga, PAJARDI e PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 908, con conseguente affermazione dell'ammissibilità di un accordo di natura soltanto liquidatoria; si veda, infine, ROPPO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa e categorie civilistiche*, cit., p. 2175, il quale, sia pure nel quadro di un ragionamento più articolato, sostiene che « superamento della crisi o eliminazione dell'insolvenza identificano la funzione economico-sociale ultima degli accordi di ristrutturazione »).

ne⁽⁶²⁾. Esse, in altri termini, compongono la disciplina di una fattispecie di cui gli accordi semplicemente fanno parte⁽⁶³⁾.

In questo senso, e su queste basi, si può dubitare che l'istituto degli accordi di ristrutturazione si ponga in rotta di collisione con il principio di relatività (art. 1372, comma 2°, c.c.)⁽⁶⁴⁾. Si osservi che non sono propriamente gli accordi ad acquistare efficacia al momento della pubblicazione, come pure si dice, ma in modo inesatto, nell'art. 182 *bis*, comma 2°, l. fall.: benché, infatti, il fluire del discorso normativo, secondo la prospettiva qui avallata, non possa che suonare ridondante⁽⁶⁵⁾, sembra necessario riconoscere che a dipendere dalla pubblicità sia soltanto l'efficacia protettiva indicata nel comma successivo del medesimo art. 182 *bis*⁽⁶⁶⁾, questa efficacia dovendosi intendere come un insieme di effetti di natura legale, i quali, nel sovrapporsi agli effetti negoziali in senso stretto⁽⁶⁷⁾, derivano da una fattispecie costituita non già, appunto, dai soli accordi, bensì dal loro perfezionamento accompagnato dall'avvenuta pubblicazione nel registro delle imprese⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶²⁾ In un ordine di idee consimile, parrebbe, SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 343 s.

⁽⁶³⁾ Riconosce negli accordi uno schema e non un tipo contrattuale. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 1349, ma traendo argomento dalla loro atipicità contenutistica.

⁽⁶⁴⁾ Il principio di relatività (sul cui significato ci si consenta il rinvio a DELLE MONACHE, *La « contemplatio domini ». Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano 2001, p. 116 ss.) non è derogato neppure in senso favorevole ai creditori estranei, contrariamente a quanto si dovrebbe ritenere assumendo che gli accordi implicino o presuppongano una *promissio* del debitore nei loro confronti, tanto da dover essere ricondotti, sotto questo profilo, allo schema della stipulazione *ex art.* 1411 c.c. (così, sia pure dubitativamente, ROPPO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa e categorie civilistiche*, cit., p. 2183; sulla questione si veda anche FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore « estraneo ... ma non troppo »*, in *R. d. comm.*, 2008, I, p. 825 ss. ed *ivi* 830 ss.).

⁽⁶⁵⁾ È questa una prospettiva, per vero, che condanna all'inutilità il secondo periodo dell'art. 182 *bis*, comma 2°, l. fall., sicché, emendati i suoi pleonasmi, il testo di legge così dovrebbe suonare: « *L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese. / Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni ...* ».

⁽⁶⁶⁾ Così, parrebbe, anche AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1142; si veda, inoltre, SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 342.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 141.

⁽⁶⁸⁾ Afferma, per contro, che la pubblicazione integrerebbe una *condicio iuris* sospensiva dell'efficacia degli accordi, ROPPO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa e categorie civilistiche*, cit., p. 2179. Ma non è facile scorgere quale sarebbe l'esigenza soddisfatta da questa ipotizzata subordinazione dell'efficacia *inter partes* degli accordi alla loro pubblicazione nel registro delle imprese. Non va trascurato, piuttosto, che nella prassi è l'omologazione (o il suo mancato intervento) ad essere spesso elevata, per volontà delle parti, a condizione sospensiva (o risolutiva) degli accordi (INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., pp. 1315 e 1332). Il che sollecita a riflettere su quali conseguenze deriverebbero,

Richiedono invece anche l'omologazione altri effetti ancora, pure questi supplementari ⁽⁶⁹⁾, come l'esenzione da revocatoria degli atti, pagamenti e garanzie con funzione esecutiva dell'accordo (art. 67, comma 3°, lett. e), l. fall.), il riscadenziamento dei crediti degli estranei (art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall.), la prededuzione prevista per i finanziamenti erogati in esecuzione dell'accordo (art. 182 *quater*, comma 1°, l. fall.) ⁽⁷⁰⁾.

Posto tutto quel che precede, infine, deve aversi secondo noi per sicuro che, in caso di successivo fallimento, non saranno coperti dall'esenzione da revocatoria, ai sensi dell'art. 67, comma 3°, lett. e), l. fall., i pagamenti effettuati ai creditori estranei ⁽⁷¹⁾. Il fatto che il professionista designato debba attestare l'idoneità dell'accordo ad assicurare l'integrale soddisfazione di codesti creditori non significa che questo si ponga come fonte di un impegno del debitore nei loro confronti: il debitore, piuttosto, sarà tenuto a pagare i creditori estranei secondo il titolo originario dei singoli rapporti obbligatori con essi intercorrenti, incidendo l'accordo bensì su tali rapporti, ma solo indirettamente e comunque in senso deteriore, attraverso il differimento *ex lege* dell'esigibilità della pretesa. Con la conseguenza che, per quanto riguarda il problema in esame, i pagamenti ai creditori estranei non potranno dirsi compiuti, propriamente, « *in esecuzione* » dell'accordo ⁽⁷²⁾.

in ogni caso, dal fatto che l'omologazione sia rifiutata dal tribunale adito. E se si tiene presente quanto è stato detto a proposito della causa degli accordi, la quale si identifica — secondo la tesi preferibile — con una funzione di superamento dello stato di crisi in cui versa l'impresa (tanto che, lucidamente, nel pagamento degli estranei è stato individuato un elemento che, sebbene appaia del tutto estrinseco all'accordo, si rivela in realtà « significativo della sua causa »: ROPPO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa e categorie civili*, cit., p. 2175), ecco che risulterà difficile pensare che il diniego dell'omologazione sia un accadimento indifferente in ordine all'efficacia degli accordi, anche in mancanza di un'apposita condizione pattuita dalle parti (una diversa soluzione varrà peraltro nel caso, ipotizzato da SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 340 ss., in cui la domanda di omologazione dipenda da un'iniziativa del debitore non programmata né condivisa con i creditori aderenti all'accordo).

⁽⁶⁹⁾ Discorre di autosufficienza dell'accordo dal punto di vista effettuale e di « compiutezza della fattispecie la quale, sottoposta a omologazione, implementa semplicemente la sua efficacia », DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 140.

⁽⁷⁰⁾ Con specifico riguardo all'effetto di riscadenziamento, e nel senso che esso varrebbe a rendere vincolante l'accordo anche per i creditori estranei, GUGLIEMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 358. Quanto poi all'esenzione da revocatoria, come conseguenza effettuale derivante dal provvedimento di omologazione e che dunque « travalica i poteri dei contraenti », si veda FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 90.

⁽⁷¹⁾ Così anche TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 322 ss.; sia pure dubitativamente, inoltre, FABLANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 708. Ma si veda, soprattutto, GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, cit., p. 649 ss.

⁽⁷²⁾ Pure secondo GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, cit., p. 652, « i pagamenti dei non aderenti non avvengono in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione ». In senso opposto, invece, FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare*, cit., pp. 556 e 570.

6. — Già nel corso delle trattative il debitore può domandare al tribunale l'emanazione di un provvedimento che vieti ai creditori di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive, con il risultato che la pubblicazione della relativa istanza determinerà, già in sé, il prodursi di un tale effetto, unitamente a quello consistente nel divieto di acquistare titoli di prelazione, se non concordati (art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall.).

Ci si potrebbe porre, qui, il problema di che cosa debba intendersi per trattative.

Atteso che la disposizione in esame, riguardo ai documenti che debbono accompagnare l'istanza, menziona la necessaria sussistenza di « una proposta di accordo », se ne ricava che certamente non potrà bastare una comunicazione meramente esplorativa che si sostanzia in un semplice invito ad offrire ⁽⁷³⁾, occorrendo, appunto, una proposta formulata dall'imprenditore: anche se poi si può discutere se debba trattarsi di una vera e propria proposta in senso tecnico, tale da mettere in condizione le controparti di aderire, determinando così il formarsi dell'accordo, o se — ed è questa, secondo noi, la soluzione da preferire — basti una dichiarazione ancora interlocutoria, ma dai contenuti sufficientemente analitici e precisi ⁽⁷⁴⁾. Al qual proposito vale la pena di osservare che la proposta contrattuale, rispetto alle altre dichiarazioni che possono trovare posto nell'alveo delle trattative, non si caratterizza esclusivamente sotto il profilo del suo contenuto, che deve consistere nella rappresentazione puntuale, almeno, degli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione essa è rivolta, ma abbisogna di essere altresì percepita come dichiarazione che disvela l'intento del suo autore di assoggettarsi al potere dell'oblato di determinare, con la propria adesione, il perfezionamento della fattispecie ⁽⁷⁵⁾. Pertanto, una dichiara-

⁽⁷³⁾ Sul tema si veda anche TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 362, secondo cui « i termini della proposta e quindi degli accordi da raggiungersi devono essere già individuati, almeno nelle linee fondamentali ».

⁽⁷⁴⁾ Anteriormente all'ultima novella, appariva orientato invece nel primo senso dell'alternativa, INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 1335 (« la proposta ... deve essere quella definitiva sulla quale viene richiesta l'adesione dei creditori »); così, poi, anche NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2011, p. 705 ss. ed *ivi* 708 (« come ogni vera e propria proposta contrattuale, deve essere idonea a dare corpo, con l'accettazione da parte del destinatario, alla conclusione del contratto/accordo »).

⁽⁷⁵⁾ In dottrina, va precisato, è rappresentata l'opinione secondo cui le trattative si caratterizzerebbero, in negativo, per il fatto che ancora manchi una proposta contrattuale, come dichiarazione che dunque non potrebbe essere ricondotta al loro concetto (R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Artt. 1321-1352, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970, pp. 81 e 200, secondo cui « la proposta, in senso proprio intesa e per quanto possa essere seguita da una controproposta ..., costituisce qualcosa di diverso dalla trattativa »). Qui si preferisce muovere dall'idea che la proposta, quando è preceduta dallo svolgimento di trattative, si inserisca nella fase da esse segnata, quale suo momento culminante e conclusivo (sulla stessa linea — a quanto sembra — si pone chi, ragionando intorno alla controproposta, afferma che essa « implica l'intento di proseguire le trattative sulla base dell'offerta originaria »: BIANCA, *Diritto civile*. 3. *Il contratto*², Milano 2000, p. 227).

zione che pure definisca, in modo sufficientemente preciso, il contenuto del contratto da concludere non è detto che meriti la qualificazione di proposta contrattuale: il che si ricava testualmente — può aggiungersi — dal dettato della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili ⁽⁷⁶⁾, secondo una regola che peraltro è da considerare coincidente con quella di diritto comune ⁽⁷⁷⁾.

Ora, per tornare ai problemi suscitati dall'art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall., è evidente che, se la proposta è respinta, occorrerà negare che sia in corso una trattativa con il soggetto da cui il rifiuto proviene, laddove, se l'imprenditore riceve una risposta interlocutoria, la trattativa potrà dirsi sussistente. Ma che ne è del caso in cui alla proposta non sia seguita alcuna iniziativa degli oblati o di taluno di essi? Che ne è, poi, del caso in cui l'imprenditore, dopo avere indirizzato la proposta ai suoi creditori, si affretti a presentare l'istanza al tribunale competente, senza aver dato loro il tempo di rispondere?

La trattativa, in generale, è un fatto intersoggettivo, come può desumersi dall'art. 1337 c.c., il quale impone alle parti un obbligo — quello di comportarsi secondo buona fede — che non avrebbe senso se non vi fosse alcun dialogo in corso ⁽⁷⁸⁾. In altre parole, la proposta contrattuale di per sé non è sufficiente, in quanto atto unilaterale, a determinare il sorgere di una trattativa. Ed è questa una conclusione che, nella materia che qui interessa, parrebbe trovare un preciso riscontro nell'art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall., là dove è richiesta l'attestazione dell'imprenditore in ordine al fatto che « *sulla proposta sono in corso trattative* »: le trattative, alla luce di questo passaggio nel testo normativo, non sembrano potersi ridurre, appunto, alla sola trasmissione della proposta.

Sennonché bisogna guardarsi da interpretazioni eccessivamente rigide, le quali, pur apparentemente rispettose della lettera della legge, potrebbero risultare distoniche o poco coerenti con l'insieme del discorso normativo affidato al complesso di regole inaugurate dall'art. 160 l. fall. La nuova figura del concordato con riserva, segnatamente, spinge ad essere cauti nell'ammettere che possano giustificarsi atteggiamenti molto rigorosi nella valutazione dei presupposti di ammissibilità dell'istanza *ex* 182 *bis*, comma 6°, l. fall. Già il fatto che sia stato scelto questo strumento, anziché la più comoda domanda di concordato con riserva, potrebbe essere considerato l'indice della sussistenza di un intento serio di ricerca di una possibile soluzione negoziata della cri-

⁽⁷⁶⁾ L'art. 14, comma 1°, prima frase, recita: « *Una proposta di concludere un contratto rivolta ad una o più persone determinate costituisce una proposta contrattuale se essa è sufficientemente precisa e se indica la volontà del proponente di obbligarsi in caso di accettazione* ».

⁽⁷⁷⁾ Sacco, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*³, II, in *Tratt. Sacco*, Torino 2004, p. 223 ss.

⁽⁷⁸⁾ Sul punto, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 81, secondo cui « le trattative ricorrono da quando tra le due parti, che in tal momento sono di già identificate, si intraprende il dibattito — intreccio di idee, notizie ed informazioni, progetti — relativo alla conclusione di un futuro contratto ».

si, al di fuori di qualunque finalità meramente dilatoria⁽⁷⁹⁾. Ma è poi la possibilità stessa di ottenere il blocco delle iniziative dei creditori per un arco di tempo cospicuo e senza che sul punto il tribunale sia chiamato a svolgere un controllo se non di ordine formale (il che consegue, appunto, alla presentazione di una domanda di concordato con riserva) a convincere che costituirebbe un esito incoerente, dal punto di vista dell'interpretazione sistematica, imporre al debitore condizioni particolarmente severe ai fini dell'accesso alla tutela in esame.

Così, se sembra che debba giudicarsi insussistente una trattativa qualora l'imprenditore si sia affrettato a presentare l'istanza subito dopo l'invio della proposta ai propri creditori (con la conseguenza che la sua dichiarazione, con valore autocertificatorio, andrà considerata non veritiera), diverso è il caso in cui l'istanza stessa sia stata depositata una volta trascorso il tempo ordinariamente necessario, ai creditori, per prendere posizione sulla proposta ricevuta, a prescindere dal fatto che essi siano rimasti, nondimeno, del tutto silenti⁽⁸⁰⁾.

Resta ancora da sottolineare che nell'ult. comma dell'art. 182 *bis* l. fall., come riformato, ci si riferisce ora al deposito, entro il termine assegnato dal tribunale, di « un » accordo di ristrutturazione: ciò che sembra dover condurre a ritenere, a superamento dell'opinione contraria formatasi a questo proposito in dottrina⁽⁸¹⁾, che possa non esservi corrispondenza di contenuti tra la proposta e l'accordo poi stipulato con i creditori⁽⁸²⁾. Ed anche da questo punto di vista pare di poter trarre conferma dell'esattezza di quanto in precedenza osservato a proposito della proposta di accordo di cui si parla nel disposto normativo in esame, la quale non necessariamente dovrà tradursi in una proposta in senso tecnico, con conseguente acquisto in capo ai destinatari del potere di adesione⁽⁸³⁾, bastando invece una dichiarazione ancora interlocutoria da parte dell'imprenditore, sebbene dai contenuti precisi e definiti. Ciò che il legislatore richiede, in altri termini, ai fini dell'avvio e, rispettivamente, del completamento dell'*iter* segnato dall'art. 182 *bis*, comma 6°, 7° e 8°, l. fall. non è una trattativa che si sia già sviluppata fino a sfociare nella formulazione di una proposta dell'imprenditore che attenda solo di essere ac-

⁽⁷⁹⁾ In proposito, può forse essere utile l'osservazione che, secondo l'indirizzo interpretativo maggioritario, il procedimento *ex art. 182 bis*, comma 6° e 7°, l. fall. ha natura cautelare (TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 371 ss.; FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 695).

⁽⁸⁰⁾ Pare ritenere sufficiente, invece, la sottoposizione della proposta ai creditori, onde la trattativa possa dirsi instaurata, AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1146.

⁽⁸¹⁾ Si vedano, ad es., INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 1336; NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore*, cit., p. 708. *Contra*, tuttavia, NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico*, cit., p. 400.

⁽⁸²⁾ AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1144.

⁽⁸³⁾ Sull'effetto della proposta, quale atto che investe l'oblato del potere di determinare, accettando, la formazione della fattispecie contrattuale, BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 222 s.

cettata dai creditori cui è rivolta e lo sia poi effettivamente, con l'esito di determinare il perfezionamento dell'accordo contrattuale ⁽⁸⁴⁾: piuttosto, sembra necessario che l'impresa assuma le iniziative più opportune per dar corso ad un serio tentativo di ristrutturare la propria esposizione debitoria, sottoponendo ai suoi creditori (o comunque ad una parte di essi che rappresenti almeno il sessanta per cento del totale dei crediti) un'ipotesi di accordo dai contenuti sufficientemente dettagliati, con il conseguente avvio di un dialogo che infine conduca alla formazione della fattispecie contrattuale, anche se questa non sia del tutto coincidente, dal punto di vista contenutistico, con l'ipotesi iniziale.

7. — Come più volte ripetuto, il legislatore del 2012, intervenendo sull'art. 161 l. fall., ha introdotto la possibilità per l'imprenditore in stato di crisi di avanzare una domanda di concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione prevista *ex lege* nel termine stabilito dal giudice. Né v'è bisogno di sottolineare l'importanza di questa innovazione: la prassi applicativa ne ha immediatamente evidenziato il grandissimo rilievo ⁽⁸⁵⁾.

Ora, non è questo certamente il luogo per svolgere una riflessione a tutto campo sulla figura testé evocata. Piuttosto, se qui ce ne occupiamo, è soltanto in ragione del fatto che la domanda in discorso, secondo quanto testualmente previsto dall'art. 161, comma 6°, l. fall., può essere seguita, in alternativa al deposito della proposta di concordato, dalla presentazione di una domanda di omologazione, *ex art.* 182 *bis*, comma 1°, l. fall., di un accordo di ristrutturazione dei debiti, fermi restando gli effetti già prodottisi in virtù del ricorso iniziale.

L'interrogativo su cui vale la pena di soffermarsi sta nel delineare l'ambito di manovra che all'imprenditore compete, dopo che egli abbia promosso l'avvio della procedura di concordato con riserva. Si tratta di capire, più esattamente, se la strada che conduce dal ricorso *ex art.* 161, comma 6°, l. fall. alla domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione possa essere liberamente percorsa dall'imprenditore (anche nel caso in cui risulti, segnatamente, che il passaggio dall'una all'altra procedura era stato immaginato e magari programmato fin dall'inizio), oppure se, una volta scelto lo strumento della domanda di concordato con riserva, e per ciò stesso scartata l'opzione — equivalente, grosso modo, ai fini dell'*automatic stay* — indicata dall'art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall., la proposizione, nel termine fissato dal giudice, di una domanda di omologazione di un accordo con i creditori debba ritenersi

⁽⁸⁴⁾ Così invece, anteriormente alla novella più recente, INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 1337.

⁽⁸⁵⁾ Per quanto poi riguarda lo spinoso problema dell'estensione del sindacato giudiziale sulla fattibilità della proposta di concordato, una volta presentata, preme richiamare il recente e ben noto intervento di Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521.

consentita solo nella misura in cui ciò si giustifichi alla luce di un'obiettiva esigenza sopravvenuta.

In altri termini, sembra che occorra chiedersi se l'alternativa di cui si parla nell'art. 161, comma 6°, l. fall. sia piena e incondizionata (come il dettato normativo, per vero, parrebbe lasciar trasparire) o se, al contrario, l'intreccio delle disposizioni normative chiamate in causa dal discorso che stiamo svolgendo debba essere interpretato nel senso che, una volta scelta la via del concordato (sia pure con riserva), sia possibile, bensì, virare verso gli accordi di ristrutturazione, ma soltanto se sussista una ragione, concretamente apprezzabile, che conferisca razionalità ad un simile percorso.

Quello così delineato è dunque un tema di natura ermeneutica. Nondimeno esso manifesta evidenti agganci con una questione generale, che si presenta ricca di implicazioni nell'attuale esperienza del diritto delle procedure concorsuali: intendiamo riferirci alla sempre più notevole rilevanza assunta, anche in questo campo, dalla clausola di buona fede, soprattutto se declinata nel senso del divieto delle condotte capaci di configurare un abuso del diritto ⁽⁸⁶⁾.

È anche in questa prospettiva che la Corte di Cassazione, in un suo pronunciamento recente ⁽⁸⁷⁾, è tornata ad occuparsi dei rapporti tra concordato preventivo e fallimento ⁽⁸⁸⁾, negando che, se la proposta concordataria è presentata in pendenza di un'istanza di fallimento, questa divenga improcedibile o possa operare una sospensione di tipo anomalo o improprio, mentre dovrebbe affermarsi, al contrario, che « *il concordato non è necessariamente prevalente rispetto al fallimento* » e non ne « *rappresenta un fatto impeditivo* », toccando piuttosto al giudice « *bilanciare le opposte iniziative* » attraverso una verifica in concreto tesa a mettere in luce ed apprezzare « *l'intento sottostante la soluzione pattizia che deve essere esclusa laddove, esprimendo un proposito meramente dilatorio, manifesti un abuso di diritto del debitore* » ⁽⁸⁹⁾.

Ora, per quanto attiene allo stretto piano dell'interpretazione, il punto di partenza del discorso sta nel sottolineare che il potere riconosciuto al debitore di depositare un accordo di ristrutturazione, dopo aver inizialmente presentato una domanda di concordato con riserva, è un potere che il legislatore deli-

⁽⁸⁶⁾ In dottrina, da ultimo, Lo Cascio, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 891 ss. Quanto alla giurisprudenza, per il rilievo, nel concordato preventivo, della categoria dell'abuso del diritto, specificamente inteso come abuso dello strumento concordatario, Cass. 23 giugno 2011, n. 13817.

⁽⁸⁷⁾ Cass. 24 ottobre 2012, n. 18190.

⁽⁸⁸⁾ Sul punto è poi intervenuta, dando seguito ai principi di cui si dice nel testo, Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521.

⁽⁸⁹⁾ Per l'applicabilità del divieto di abuso del diritto anche nel concordato fallimentare, con specifico riguardo al caso della proposta presentata da un terzo, Cass. 29 luglio 2011, n. 16738. Si veda inoltre, sempre rispetto al concordato fallimentare, Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274.

nea come incondizionato: niente v'è, nell'art. 161, comma 6°, l. fall., che faccia pensare, come presupposto per la sua sussistenza o il suo esercizio, al necessario intervento di un qualche fatto sopravvenuto.

È ben vero che nel tessuto normativo prodotto dall'ultima riforma trova ancora spazio lo strumento dell'*automatic stay* di cui all'art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall., che anzi è stato, sotto certi aspetti, rafforzato: la qual cosa potrebbe indurre a credere che, in realtà, il potere di passaggio dalla proposta di concordato agli accordi sia soggetto a dei limiti. D'altra parte, l'iniziativa assunta dal debitore ai sensi dell'art. 161, comma 6°, l. fall. consiste pur sempre nella presentazione di una « *domanda di concordato* », sebbene con riserva, e già questo potrebbe far pensare che sia normale solo uno sviluppo della vicenda che si concluda con il deposito di una proposta di concordato, quale evento annunciato dal debitore stesso, mentre sarebbe anomalo, e perciò bisognoso di una giustificazione, il fatto che egli proceda al deposito e richieda l'omologazione di un accordo di ristrutturazione.

Nonostante queste incertezze, riteniamo che meriti accoglimento, tuttavia, l'idea di chi sostiene — se ne è fatto cenno all'inizio del nostro discorso — che il disegno del legislatore sia consistito nel configurare la domanda di omologazione degli accordi come semplice *variante* all'interno di un procedimento anche capace di evolversi, alternativamente, attraverso la presentazione della proposta di concordato⁽⁹⁰⁾. Con il che si apre una prospettiva nel cui contesto la domanda *ex art.* 161, comma 6°, l. fall. — quale strumento principe ai fini dell'*automatic stay* — dev'essere intesa non, propriamente, come preannuncio di una proposta di concordato, ma come atto di avvio di una procedura comunque orientata alla soluzione della crisi, quali che siano le scelte finali (e le concrete possibilità consentite dall'esposizione) del debitore.

Il deposito degli accordi, dopo la presentazione della domanda di concordato con riserva, non è dunque una deviazione che abbisogni di essere giustificata o che risulti possibile soltanto in presenza di particolari eventi sopravvenuti, tali da rendere non più percorribile la via del concordato. Né, tanto meno, è necessario che consti la sussistenza in capo al debitore, nel momento in cui la domanda *ex art.* 161, comma 6°, l. fall. è avanzata, di uno stato psicologico di irrisolutezza in ordine alla strada da seguire, come potrebbe indurre a credere l'uso di espressioni, per designare lo strumento di cui alla disposizione appena citata, come quella — che taluni impiegano — di concordato « al buio »⁽⁹¹⁾.

In questo modo non si giunge, infine, a cancellare la rilevanza del procedimento *ex art.* 182 *bis*, comma 6°, l. fall., giacché esso determina comunque effetti meno invasivi di quelli prodotti dalla domanda di concordato con riser-

⁽⁹⁰⁾ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 356.

⁽⁹¹⁾ Nel senso che il debitore possa presentare il ricorso di cui all'art. 161, comma 6°, l. fall. « anche ove ... abbia già, in ipotesi, formulato la propria offerta di accordo *ex art.* 182 *bis* ai creditori », AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1143.

va, essendogli estranea la limitazione ai poteri dispositivi del debitore che invece si produce, in conseguenza della presentazione di una tale domanda, ai sensi dell'art. 161, comma 7°, l. fall. Sicché l'*automatic stay* derivante dalla proposizione dell'istanza *ex art. 182 bis*, comma 6°, l. fall., sebbene sia verosimilmente destinato a rappresentare, come già accennavamo, uno strumento recessivo, non per questo potrà dirsi aver perso ogni ragione di sopravvivenza all'interno del sistema.

Rimane l'interrogativo, a questo punto, se la condotta del debitore, che passi dalla domanda di concordato con riserva al deposito degli accordi, possa in concreto essere considerata abusiva, benché essa si presenti, formalmente, come atto di esercizio di un diritto che l'ordinamento gli riconosce.

Dato quel che siamo venuti dicendo, sembra di poter concludere che il giudice debba affidarsi a valutazioni, sotto questo profilo, improntate a particolare prudenza, poiché la recente riforma ha indubbiamente voluto erigere un sistema di presidi forti cui il debitore, per evitare di essere travolto dalla crisi, è messo in grado di accedere prima ancora che siano stati approfonditamente vagliati gli strumenti per una possibile soluzione della crisi stessa.

Nondimeno alcune situazioni di abuso potranno certamente presentarsi. Si pensi al caso in cui il debitore utilizzi la domanda di concordato con riserva solo strumentalmente per ottenere l'autorizzazione a sciogliersi da un determinato rapporto contrattuale ai sensi dell'art. 169 *bis* l. fall., ciò che non gli sarebbe consentito attraverso la domanda di omologazione degli accordi o l'istanza *ex art. 182 bis*, comma 6°, l. fall. Anche qui occorrerà, peraltro, considerare attentamente le circostanze concrete. L'accordo di ristrutturazione potrebbe infatti costituire lo strumento mediante il quale viene risolto lo spinoso problema della quantificazione dell'indennizzo dovuto al terzo contraente, con la conseguenza che sarebbe problematico, allora, imputare al debitore di aver tenuto un comportamento abusivo.

Comunque, anche quando di un abuso si debba parlare, è evidente che da ciò non deriverà l'inammissibilità della domanda di omologazione degli accordi, ma soltanto la mancata conservazione degli effetti prodotti dalla presentazione (e pubblicazione) della domanda di concordato con riserva.