

## PREMESSA: LA CRISI D'IMPRESA NELLA NUOVA PROSPETTIVA DEL DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Due fenomeni espansivi. – 2. Dal *decoctor ergo fraudator* alla “cultura del salvataggio”. – 3. Dall'insolvenza alla crisi d'impresa. – 4. La composizione negoziale della crisi. – 5. L'approccio metodologico civilistico.

### 1. *Due fenomeni espansivi*

Nell'attuale contesto di crisi macroeconomica e di drastici tagli alla spesa pubblica, gli incentivi all'economia – volti a creare assetti giuridico-istituzionali che favoriscano il valore d'impresa, la concorrenza, la certezza giuridica e una migliore allocazione delle risorse – hanno trovato un terreno di elezione nella disciplina della crisi d'impresa.

Lo sforzo si è concentrato sul tentativo di fornire strumenti giuridici adeguati a gestire le situazioni di dissesto, alla luce dell'impatto che la crisi ha avuto sul tessuto imprenditoriale, assumendo quale priorità la salvaguardia delle attività produttive<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Secondo la relazione sull'amministrazione della giustizia nel 2013 presentata il 24 gennaio 2014 dal Primo Presidente della Corte di Cassazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario, al giugno 2013 si è registrato un incremento del 10% delle istanze di fallimento rispetto all'anno precedente e dell'11% delle dichiarazioni di fallimento. Tale dato è riportato da G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna*, Napoli, 2014, p. 283, nt. 8. Questo andamento è stato confermato dall'Osservatorio su fallimenti, procedure e chiusure di imprese – Cerved, secondo il quale il totale dei fallimenti del 2014 ha superato la quota 15.000, con un incremento del 10,7% rispetto al 2013. A partire dal 2015, dopo ben otto anni, i fallimenti sono diminuiti, rimanendo però su livelli notevolmente elevati: sono infatti fallite 14.700 imprese, il 6,3% in meno rispetto al 2014 ma quasi il doppio rispetto ai 7.500 fallimenti del 2008, quando ancora non si erano manifestati gli effetti della crisi. Il 2016 ha confermato la tendenza registrando il fallimento di 13.500 imprese, con diminuzione anche delle domande di concordato preventivo, dopo la “ubriacatura” seguita all'introduzione del concordato c.d. “in bianco” ad opera del d.l. n. 83/2012: tra 2015 e 2016 il numero di domande di concordato si è infatti ridotto da 1.400 a 817 (-42%), poco più di un terzo dal picco massimo raggiunto nel 2013 (quando si toccò quota 2.200). Nel primo trimestre del 2017 sono fallite 3.000 imprese, il 17% in meno rispetto allo stesso

Tale esigenza ha comportato un radicale cambiamento rispetto alla tradizionale visione della disciplina fallimentare: mutamento profondo quanto necessario per un adeguamento del diritto positivo al sistema degli affari.

In particolare si osservano due fenomeni espansivi convergenti, che implicano entrambi una rinnovata prospettiva: la propensione alla continuazione dell'attività di impresa pure in stato di insolvenza e la valorizzazione, in tale settore, del diritto privato.

L'intreccio fra crisi d'impresa e diritto privato, col conseguente arretramento in tale ambito della concezione pubblicista in favore di una maggiore latitudine dell'autonomia privata, non significa tuttavia assenza di regole eteronome, posto che i limiti della stessa autonomia privata sono posti in ragione della tutela di interessi collettivi<sup>2</sup>. Del resto, non si assiste ad una de-regolamentazione bensì ad una nuova regolamentazione che avvalorata la funzione del diritto quale incentivo economico "a costo zero" e al contempo controllo della competitività dell'impresa, al fine di non pregiudicare interessi concorrenti.

Pertanto, la c.d. "degiurisdizionalizzazione" o meglio la "disintermediazione giudiziaria"<sup>3</sup> delle procedure concorsuali non denuncia affatto una ritirata della regola giuridica con la conseguente creazione di un vuoto normativo in balia del gioco economico globale insofferente ad ogni eteronomia. Al contrario, si assiste ad un cambiamento di visione, ad una sostituzione di regole: dalla regola pubblicistica alla regola di diritto privato. In tal senso va letto il significato del termine "privatizzazione" con il quale si suole riassumere le peculiarità della nuova disciplina fallimentare: attrazione del diritto della crisi d'impresa nell'alveo del diritto dei privati, quindi dell'autonomia negoziale, con le regole e i limiti ad essa propri<sup>4</sup>.

---

periodo dell'anno precedente. Questo dato prosegue, rafforzandolo, il *trend* di miglioramento iniziato alla fine del 2014, quando i fallimenti avevano toccato un massimo storico, e segna il livello più basso registrato nei primi tre mesi dell'anno dal 2011. Al pari tra gennaio e marzo 2017 hanno fatto domanda di concordato preventivo "solo" 165 imprese, in netto calo rispetto all'anno precedente (-43%). Per tali dati cfr. Cerved, Osservatorio sui fallimenti, procedure e chiusure di imprese, in *Know.Cerved.com*.

<sup>2</sup> Come afferma infatti L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1030, «se non vi è mercato laddove non vi è alcuno spazio per l'autoregolamentazione, neppure vi può essere mercato quando il diritto arretra fino ad esaurire la regola nella autoregolamentazione». In proposito valga inoltre ricordare le osservazioni di G. ROSSI, *Quale capitalismo di mercato?*, in *Riv. soc.*, 2008, I, p. 907, ove sostiene che «l'arretramento continuo del diritto, che s'è voluto anche individuare e definire in una sua rinuncia normativa a favore dell'equivoca libertà contrattuale posta a sostituzione della norma, ha creato imprese e mercati, le cui attività sono sottratte a ogni vigilanza, sicché l'asimmetria contrattuale, che ovviamente favorisce il contraente forte, detta la regola». Si vedano inoltre le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, p. 396.

<sup>3</sup> Tale espressione si rintraccia in V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 369.

<sup>4</sup> Sull'uso di tale termine si veda A. NIGRO, *"Privatizzazione" delle procedure concorsuali*

L'incontro tra autonomia privata e crisi d'impresa costituisce il tentativo di costringere la seconda – ontologicamente qualificata in termini di patologia – nell'ordine regolamentare contrattuale, puntellando la naturale precarietà che caratterizza la situazione di crisi con i “ponteggi” offerti dal diritto privato, intrinsecamente portatore di un valore di stabilità dei rapporti. Ciò conferma la centralità del diritto privato, che consente di indirizzare il sistema economico entro canali regolativi, rafforzando il rilievo primario dell'ordine positivo del negozio, così da scongiurare possibili abusi<sup>5</sup>.

Occorre considerare l'apparente paradosso costituito dalle opposte tendenze dell'attuale diritto privato, che rappresenta l'esplicazione storicamente più rilevante dell'autonomia privata. Quest'ultima si ritrova al centro di un vortice di correnti contrarie: tra una forza centrifuga costituita dalla dilatazione degli spazi di autonomia, ed una forza centripeta volta ad incrementare la normazione da parte dell'ordinamento<sup>6</sup>.

Tale prospettiva s'impone nel diritto della crisi d'impresa con l'individuazione di un punto d'incontro tra tre interessi distinti: interesse privatistico dell'imprenditore e del creditore, interesse collettivo dei soggetti direttamente o indirettamente connessi con il destino dell'impresa, e interesse generale del mercato. Sarà rimessa in primo luogo ai creditori la scelta di recuperare l'impresa: tale opzione dovrà comunque corrispondere alla realizzazione del loro interesse, identificato nel «massimo realizzo dell'attivo, nel minor tempo e con i minori costi di procedura»<sup>7</sup> e si qualificherà come scelta responsabile di mercato utilizzando le categorie e i principi offerti dal diritto privato quale strumento “finale” di risoluzione dei conflitti<sup>8</sup>.

---

e ruolo delle banche, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 359; F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 3; B. LIBONATI, *Crisi societarie e governo dei creditori*, in *Dir. giur.*, 2007, p. 10; L. ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in AA.VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, p. 38.

<sup>5</sup> Si veda in merito N. IRTI, *Intervento*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. 93; Id. *Concetto giuridico del mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 185; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 476; L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. 34.

<sup>6</sup> In merito si rinvia alle lucide osservazioni svolte da U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 161; G. DE NOVA, in *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 649; G. ALPA, *L'«europeizzazione» del diritto contrattuale*, in G. ALPAR. DANOVÌ (a cura di), *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori*, Milano, 2003, p. 7.

<sup>7</sup> Così, F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, p. 411.

<sup>8</sup> Del resto, come osserva L. VON MISES, *Human action: a treatise on Economics*, San Francisco, 1996, p. 257: «The market is not a place, a thing, or a collective entity. The market is a process, actuated by the interplay of the actions of the various individuals cooperating under the division of labour. The forces determining the – continually changing – state of

L'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti si pone al centro dei due richiamati fenomeni espansivi – autonomia privata e conservazione dell'impresa in crisi – in quanto figura essenzialmente contrattuale che esalta la cifra privatistica indirizzandola verso la salvaguardia dell'impresa.

Il giurista è tenuto, tuttavia, a verificare l'adeguatezza del diritto privato alla soluzione della crisi d'impresa utilizzando quale paradigma gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in modo da rivedere, se del caso, «le proprie concettualizzazioni nella misura necessaria per conservare la comunicazione del sistema con la dinamica sociale»<sup>9</sup>.

Proprio l'intima dimensione problematica dell'intreccio fra crisi d'impresa e diritto privato rappresenta il punto di partenza e insieme l'approdo del presente lavoro.

## 2. *Dal decoctor ergo fraudator alla "cultura del salvataggio"*

Come anticipato, la disciplina fallimentare negli ultimi decenni è stata interessata da un radicale capovolgimento di prospettiva.

La legge del 1942, operante in un contesto economico connotato dalla presenza predominante di piccole imprese individuali in cui il capitale reale tendeva a coincidere con quello di credito, era ancora fortemente impregnata del carattere sanzionatorio che tradizionalmente aveva caratterizzato la disciplina del fallimento<sup>10</sup>. Il soggetto fallito era ancora considerato «male infettivo da circoscrivere [...] e distruggere secondo un interesse supremo e statuale alla tutela dell'economia e del credito»<sup>11</sup>. Di conseguenza, era ne-

---

*the market are the value judgements of these individuals and their actions are directed by these judgements».* Si vedano in proposito altresì le osservazioni di R. TAROLLI, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 789.

<sup>9</sup> Così, L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3, ripubblicato in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11.

<sup>10</sup> Il particolare rigore che caratterizzava il procedimento concorsuale contro il debitore insolvente, il cui fallimento comportava l'infamia, oltre a sanzioni penali indipendentemente dall'accertamento della presenza della frode (*decoctor ergo fraudator*), discende direttamente dallo *ius mercatorum*, il quale a sua volta trae ispirazione dal diritto germanico e dal diritto romano. Sul punto vale richiamare U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964; F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980, p. 50; G. PRESTI-L. STANGHELLINI-F. VELLA (a cura di), *Il debitore civile: dalla prigione per debiti all'esdebitazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2004. Del resto, l'art. 543 del codice di commercio del 1865, riecheggiando le sanzioni penali, recitava «Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti, è in istato di fallimento», con una formula confermata dal successivo codice del 1882.

<sup>11</sup> Così C. D'AVACK in *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, p. 25. Toni meno crudi erano utilizzati per esprimere il medesimo concetto da L. EINAUDI, in *Intorno al credito industriale – Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911, p. 119, laddove sosteneva che per uscire dalla crisi fosse necessario «lasciar fallire coloro che non sono in grado di vivere. Le crisi industriali si sono sempre vinte in questa maniera: ed ancora non se ne è inventa-

cessario l'immediato spossessamento, in particolare dei beni aziendali, e la preclusione di ogni potere d'influenza sulle modalità di compimento della liquidazione.

La finalità delle procedure concorsuali (considerando anche la scarsa diffusione nella prassi degli istituti del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata<sup>12</sup>) era prettamente identificata nella garanzia del soddisfacimento delle pretese creditorie tramite la liquidazione dell'impresa e del patrimonio del debitore. A questa corrispondeva però, indirettamente, la soddisfazione dell'interesse dello Stato alla tranquillità dei traffici e del mercato, affinché le risorse aggregate nell'impresa fallita potessero essere utilizzate in impieghi più produttivi<sup>13</sup>.

---

ta un'altra». Emergeva quel meccanismo definito «visione darwiniana dell'economia» da A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 513. Non a caso il codice di commercio del 1882 considerava il fallimento «come un fenomeno morboso che si deve prevenire con gravi sanzioni» e non come «una necessità fisiologica del commercio di cui il fallito non è che una vittima» (così C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, Milano, 1906, p. 453). Tale visione fu supportata fino ad anni a noi più vicini in special modo dalla dottrina anglosassone come J. ARGENTI, *Corporate Collapse: The Causes and Symptoms*, Londra, 1976, p. 170. Vale ricordare come tale concezione affittiva affondi le sue radici nel diritto romano repubblicano dove le leggi delle XII Tavole (433-452 a.C.) assegnavano il debitore in piena proprietà al creditore, il quale – nel caso in cui entro trenta giorni il debitore non pagasse o nessuno si presentasse a pagare per lui – ne diventava il padrone e poteva decidere se venderlo oppure ucciderlo, dividendone le membra con gli altri creditori. Con la *Lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. si fissò il principio per cui la vera garanzia dei creditori doveva ricercarsi nel patrimonio e non nella persona del debitore («*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*). Tuttavia, i debitori insolventi erano marchiati dalla pena dell'infamia, tanto da essere denominati, nelle varie fonti romane, con i termini più riprovevoli: *infames, fraudatores, diminuentes patrimonium, deceptores, conturbatores*. In età augustea venne emanata la *Lex Iulia de cessione bonorum* (7 a.C.), con cui si concedeva al debitore insolvente di buona fede di chiedere la propria *cessio bonorum*. Il debitore, anche se condannato o *confessus in iure*, poteva così scongiurare l'infamia dichiarando solennemente di cedere tutto il suo patrimonio ai creditori e trattenere quanto gli era strettamente necessario per la propria sopravvivenza. In proposito si vedano l'interessante saggio di G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 3 e l'interessante analisi storica di A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 49.

<sup>12</sup>Le c.d. procedure concorsuali minori avevano riscontrato un modesto successo in ragione dei rigidi criteri di ammissione, non sortendo inoltre l'effetto deflattivo sperato rispetto alle lentezze della procedura fallimentare; ciò sia riguardo al concordato preventivo con cessione dei beni, il quale raramente assicurava il pagamento del quaranta per cento dei crediti chirografari, sia con riferimento all'amministrazione controllata, che non disciplinava in alcun modo l'eventualità del risanamento dell'impresa, ed alla quale molto spesso seguiva il fallimento, essendo l'iniziativa posta nelle concitate mani del debitore. In proposito si veda B. QUATRARO, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Milano, 1982, p. 557; A. MAFFEI ALBERTI, *Amministrazione controllata: una procedura da abolire*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 961; F. CAVAZZUTI, *L'amministrazione controllata da procedura più lunga a procedura «più larga»*, *ibidem*, 1982, II, p. 613; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, IX, Padova, 1986, p. 3.

<sup>13</sup>Sugli interessi pubblicistici e privatistici ai quali mirava la disciplina del fallimen-

Il perseguimento dello scopo di tutela del ceto creditorio<sup>14</sup> attraverso la liquidazione ha limitato anche l'applicazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento: unico istituto contemplato dalla disciplina fallimentare che avrebbe potuto realizzare l'interesse alla conservazione degli organismi produttivi e dei posti di lavoro, subordinandolo comunque alla salvaguardia dell'interesse dei creditori che si concretizza tramite la cessione a terzi dell'azienda. L'esercizio dell'impresa durante il fallimento è sempre stato visto in funzione strumentale all'incremento del ricavato da distribuire ai creditori in via concorsuale<sup>15</sup>.

Pertanto, la prosecuzione dell'attività imprenditoriale in seguito alla dichiarazione di insolvenza è stata tradizionalmente considerata quale mezzo per una proficua soddisfazione dei creditori<sup>16</sup>. Non si consentiva, invero, a soggetti terzi di intrattenere rapporti con l'impresa decotta, preferendo distruggere di fatto la ricchezza aziendale cessandone l'attività<sup>17</sup>.

Lo scopo essenzialmente liquidatorio era, infatti, reputato quale fattore di equilibrio del mercato, che, eliminata l'impresa "contaminata", poteva continuare ad essere ispirato alla regola della concorrenza<sup>18</sup>.

La disciplina è stata dunque per molti lustri segnata da una procedura sanzionatoria di realizzazione della responsabilità patrimoniale, espressione di una visione di Stato "giudice-amministratore", che mirava a soddisfare le

---

to fino alle riforme della seconda metà degli anni 2000, si richiama R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1962, p. 12; F. FERRARA-A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 46; A. MAFFEI ALBERTI, *La conservazione dell'attività di impresa nelle procedure concorsuali vigenti, in Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, Atti del Convegno S.I.S.C.O., 10-11 marzo 1995, Milano, 1996, p. 19; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996; L. ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, in *Dir. fall.*, 2002, p. 666; L. STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in A. JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, p. 301. In proposito vale ricordare la relazione alla legge fallimentare del ministro guardasigilli il quale al punto 3 dispone che «la legge fallimentare [...] vuole assicurare una più energica tutela agli interessi generali rispetto a quelli individuali dei creditori e del debitore».

<sup>14</sup>In proposito, giova rammentare come A. ROCCO, in *Il fallimento*, Torino, 1917, ritenesse l'insolvenza «momento conclusivo di una continua condotta dolosa con cui il decotto, deliberatamente, ha voluto arrecare pregiudizio agli interessi dei suoi creditori».

<sup>15</sup>In proposito cfr. l'ampia trattazione di F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 24.

<sup>16</sup>Si vedano in merito le lucide riflessioni di A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Tratt. di diritto privato*, Milano, 2000, p. 1; N. ABRIANI, *Il sistema delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 85; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, V ed., Torino, 2012, p. 73.

<sup>17</sup>Sul punto si veda G.C.M. RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, p. 124; A. CAVALAGLIO, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 234; A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., p. 498. In merito si rinvia inoltre alle osservazioni di A. BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, in *Dir. fall.*, 1996, p. 697.

<sup>18</sup>Sottolinea tale aspetto V. DE SENSI, *L'etica del fallimento*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 167.

pretese creditorie all'interno di un quadro d'interesse macroeconomico diretto a una nuova riallocazione del capitale<sup>19</sup>.

In seguito alla maggiore diffusione e implementazione di forme organizzative quali le società per azioni, alla ricorrenza di periodi di recessione economica e alla perdita di omogeneità del ceto creditorio (con la sempre maggiore rilevanza delle aziende dell'indotto), è emerso, accanto all'imprenditore, l'impresa in quanto tale, come attività economica organizzata<sup>20</sup>. Questa era rimasta sullo sfondo normativo, come conferma la circostanza che lo stesso codice civile, coevo alla legge fallimentare, concentri maggiore attenzione alla disciplina dei diritti reali e del possesso, rispetto ai fenomeni della finanza e dell'impresa, la quale non viene neppure definita come concetto in sé.

L'interesse alla tutela dei creditori, da un lato, e l'interesse pubblico ad evitare la perdita di posti di lavoro, dall'altro, sono stati spesso ritenuti antitetici, tanto che certa dottrina si è spinta a sostenere che le procedure concorsuali dovrebbero essere dirette a soddisfare interessi contrastanti con quelli dei creditori<sup>21</sup>.

Tuttavia, è opportuno evidenziare come tra i suddetti interessi non sia inevitabile un rapporto discrasico, ben potendo l'impresa essere dotata di valore di avviamento senza necessità di una ristrutturazione industriale. Di conseguenza, tramite la continuazione dell'attività di impresa si soddisfa l'esigenza del ceto creditorio alla monetizzazione del suo valore di avviamento, salvaguardando al contempo i posti di lavoro<sup>22</sup>. Pertanto, è stato af-

---

<sup>19</sup> Sul punto C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 234, affermava che «l'istituto del fallimento non appartiene alle leggi sostanziali perché non si propone di determinare quali sono i diritti, ma appartiene piuttosto alle leggi processuali, perché ha essenzialmente lo scopo di far conoscere diritti già esistenti all'apertura del fallimento». In proposito si veda G. BONGIORNO, *Il tramonto del carattere sanzionatorio del fallimento nella riforma del sistema normativo concorsuale: dall'infamia alla premiazione dell'imprenditore dissestato*, in G. RAGUSA MAGGIORE-G. TORTORICI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002, p. 210; S. PACCHI PESUCCI, *La posizione dei creditori nella legge di riforma italiana*, ivi, p. 430; F. LOMBARDI COMITE, *L'interesse pubblico nella impresa privatizzata in crisi*, ivi, p. 588.

<sup>20</sup> Si vedano in proposito le riflessioni di N. IRTI, *Dal salvataggio statale all'intervento bancario*, in *Riv. società*, 1996, p. 1081, il quale analizza le modalità di intervento del legislatore, dagli anni Trenta fino agli anni Settanta, basato sull'utilizzo di due strumenti giuridici: l'ente pubblico e la legge speciale. In seguito, invece, è venuta meno la separazione tra banche e industrie, con le prime chiamate a fronteggiare la temporanea difficoltà dell'impresa offrendole consulenza tecnica, riduzione dell'esposizione, nuove risorse finanziarie mediante l'utilizzo degli strumenti del diritto privato. In argomento, cfr. altresì l'analisi di A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storica-comparatistica*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. V, *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, Torino, 2014, p. 5.

<sup>21</sup> Cfr. in merito F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 66; ID., *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, cit., 2001, p. 412.

<sup>22</sup> Sul punto si veda L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bolo-

fiancato alla liquidazione, fino ad allora scopo unico della disciplina fallimentare, l'obiettivo della conservazione e del ricollocamento nel mercato del complesso produttivo per mezzo della definizione delle pretese dei creditori, nell'auspicio che ciò possa avere effetti positivi a livello economico<sup>23</sup>.

Giova comunque ricordare come il legislatore italiano anche nella vigenza dei codici ottocenteschi non si fosse rivelato sordo alla possibilità di una "via di fuga" dal fallimento. Infatti, con l'introduzione dell'istituto del concordato preventivo, attuato con le l. n. 197/1903, n. 473/1925, n. 995/1930<sup>24</sup>, si perseguiva il fine di soddisfare l'esigenza di garantire i creditori e di permettere al debitore meritevole di continuare la propria attività sgravata da parte del passivo, evitando quindi, come osservava Bonelli «la vergogna e la diminuzione che porta con sé il fallimento»<sup>25</sup>.

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

---

gna, 2007, p. 69. Infatti la conservazione degli *assets* e del plusvalore dei complessi aziendali rispetto ai singoli beni, che viceversa in caso di liquidazione atomistica del patrimonio sarebbero dispersi, non può che perseguire l'interesse dei creditori.

<sup>23</sup> Cfr. in proposito A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storica-comparatistica*, cit., p. 5; R. RAMETTA, *La gestione della crisi d'impresa nel diritto interno: profili storico-sistematici*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 365.

<sup>24</sup> Si veda in merito L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932, p. 2 e le riflessioni di F. CARNELUTTI, in *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 676.

<sup>25</sup> Così G. BONELLI, in *Del fallimento*, in V. ANDRIOLI (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, III, Milano, 1939, p. 437. Basti pensare al termine utilizzato per la caratterizzazione della procedura, ovvero la parola "fallimento" dalle caratteristiche oggettivamente e soggettivamente negative, mentre nell'ordinamento statunitense è stato adottato il vocabolo "*bankruptcy*" che deriva da "bancarotta", termine che nell'antico Medioevo identificava il mercante insolvente cui veniva appunto rotto il banco che utilizzava per la propria attività commerciale. La giurisprudenza ha recentemente osservato come «colui la cui impresa non abbia funzionato e che viene dichiarata fallita, può sentirsi per questo ed essere considerato dagli altri un fallito? [...] L'insolvente normalmente è una brava persona, magari anche incapace di gestire un'azienda o soltanto uno che non è stato pagato dai propri clienti, ma non certo necessariamente un frodatore, o ingannatore, per obbligatoria definizione giudiziaria» (così una sentenza del Tribunale di Vicenza riportata da La Stampa, 8 marzo 2016). Giova osservare come l'art. 2 dello Schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016 e disponibile al sito *Camera.it*, preveda tra i criteri direttivi della riforma organica delle procedure concorsuali di «sostituire il termine "fallimento", e suoi derivati, con espressioni equivalenti, quali "insolvenza" o "liquidazione giudiziale", adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali».

Con la crisi della cultura liberale classica si incrementa l'interesse alla conservazione dell'impresa. Nondimeno, la successiva legge fallimentare di cui al r.d. n. 267/1942, recependo le indicazioni della prassi, introduce la *cessio bonorum*, senza riferimento all'esigenza di tutelare la continuazione dell'impresa, considerata al massimo mero strumento, privilegiando invece l'interesse dei creditori come fine primario della procedura<sup>26</sup>.

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

I creditori, infatti, nel corso della crisi subiscono una sorta di patto leonino in quanto sono di fatto fornitori del capitale di rischio senza percepire gli utili né avere il controllo dell'impresa. In particolare, si riscontra che in alcuni casi, qualora i debiti dell'imprenditore siano maggiori del valore dell'impresa produttrice di ricchezza<sup>27</sup>, i creditori sarebbero maggiormente tutelati nell'ipotesi di prosecuzione dell'attività di impresa. In questo modo possono infatti ottenere almeno parte del pagamento del loro credito grazie alla valorizzazione del patrimonio del debitore<sup>28</sup>.

Giova del resto ricordare che nel panorama italiano sono per lo più le banche a costituire spesso la parte più consistente del ceto creditorio creando quello che viene spesso definito "multibancarizzazione delle vie di crescita", stante il loro intervento nello stesso credito commerciale per mezzo degli strumenti di anticipazione su fatture e la marginale emissione di stru-

---

<sup>26</sup> Cfr. in proposito Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Il Fall.*, 1991, p. 1248, con nota di L. PANZANI.

<sup>27</sup> In questa fattispecie, nella quale il valore dell'impresa mantenuta in esercizio è superiore al suo valore di liquidazione dato dalla somma dei suoi componenti, si suole dire che l'impresa è munita di un valore di *going concern*.

<sup>28</sup> In merito L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 25, parla di creditori come "soci senza diritti"; si veda inoltre ID., *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1075; B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 332. Quest'ultimo autore osserva in particolare che «quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, fermo restando che sembra ragionevole concedere a chi abbia investito a rischio un'opzione privilegiata nel rinnovare l'investimento, se ciò non avviene e il capitale di rischio risulti azzerato e non rinnovato, la legittimazione alla gestione dell'impresa, ormai qualificata come in crisi perché incapace di produrre reddito per soddisfare nella naturale sequenza economica i debiti assunti, scende di uno scalino: passa cioè dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito, senza traumi particolari. Lo spossamento del debitore insolvente si traduce *tout court* nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata nella gestione dell'impresa rispetto all'investimento di rischio finché l'impresa sia *in bonis*, privilegiata rispetto a ogni altro quando l'impresa sia caduta in crisi». Per un'approfondita indagine economica si veda R. BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, in L. CAPPRIO (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Studi e ricerche del Mediocredito Lombardo, 1997, n. 17, p. 79.

menti finanziari di debito. A ciò deve aggiungersi la diffusa e costante sotto-capitalizzazione delle imprese con molto credito a breve termine, utilizzato per la gestione ordinaria, e poco credito a medio e lungo termine, finalizzato al finanziamento degli investimenti ed alle strategie di crescita<sup>29</sup>.

Tali considerazioni, unite alla ben più forte esigenza pubblica di garantire la conservazione di livelli occupazionali<sup>30</sup>, hanno contribuito al passaggio da una visione meramente patrimonialistica ad una prospettiva funzionalistica e sociale dell'impresa, compiuta dalla c.d. legislazione di salvataggio iniziata negli anni settanta.

Il primo mutamento di visuale nella disciplina fallimentare si riscontra già nella carta costituzionale laddove nell'art. 41, comma 2, ma anche negli artt. 35 e 36 è rintracciabile un'indicazione a favore della salvaguardia dei complessi produttivi<sup>31</sup>: agli obblighi disposti dall'art. 2088 c.c. a carico del-

---

<sup>29</sup> Cfr. G. GOBBI, *Tendenze evolutive del rapporto banca-impresa in Italia*, in S. MONFERÀ (a cura di), *Il rapporto banca-impresa in Italia*, Roma-Milano, 2007, e G. CERRINA FERONI-G. MORBIDELLI, *Banca e impresa. Nuovi scenari, nuove prospettive*, Torino, 2008.

<sup>30</sup> Sul punto cfr. F. ALLEVA, *Fallimento e tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 221; L. CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, p. 624; F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, p. 8. Si ricorda che l'insolvenza del datore di lavoro non influisce sulla salvaguardia dei diritti dei lavoratori nel senso che la tutela dei loro interessi è equivalente a quella in caso di cessione dell'azienda fatta da un imprenditore *in bonis*: quindi perdurano i diritti acquisiti (art. 2112 c.c. e art. 47, l. n. 428/1990 come modificato dal d.lgs. n. 18/2001); è previsto inoltre un fondo di garanzia per le retribuzioni non corrisposte dal datore di lavoro (d.lgs. n. 80/1992); è infine stabilito che il fallimento del datore di lavoro non può integrare una giusta causa di licenziamento (art. 2119 c.c.) ma comportare la cessazione del rapporto solo nei limiti del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. In ipotesi invece di liquidazione dell'attivo nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese si considera esplicitamente in maniera povera la conservazione dei complessi aziendali in attività e dunque il mantenimento dei livelli occupazionali (art. 63, d.lgs. n. 270/1999).

<sup>31</sup> Sul tema cfr. V. ANDRIOLI, *Incidenza della Costituzione nella materia fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, p. 399; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1; Atti del Convegno di Vicenza del giugno 1989 su *La Corte Costituzionale e le procedure concorsuali tra legislatore inerte e giudice solerte*, in *Il Fall.*, 1990, p. 113; V. ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 2. Si ricorda in particolare in merito all'art. 41 Cost. la lettura "sociale" e "dirigista" dell'iniziativa economica privata, che considerava il comma 2 dell'art. 41 Cost. come norma di coordinamento fra i principi costituzionali, e che riteneva quindi l'utilità sociale come elemento interno all'essenza della libertà di iniziativa privata (cfr. le analisi di P. PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte Costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, p. 489; e U. BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 156). A tale idea di "funzionalizzazione sociale" ha fatto seguito la concezione che distingueva il profilo dell'iniziativa, espresso dal primo comma, da quello del suo svolgimento, individuando dunque nell'utilità sociale un principio-valvola di adattamento dell'ordinamento al mutare degli atti sociali; in questo caso tuttavia l'utilità sociale è considerata come limite "esterno", nell'ambito del quale l'individuo possa esercitare la propria autonomia (cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 117; *Id.*, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, p. 380).

l'imprenditore di uniformarsi ai principi dell'ordinamento corporativo si sostituisce la riserva legislativa di imporre programmi per indirizzare a fini sociali l'iniziativa economica. Risulta quindi possibile inquadrare la crisi come elemento fisiologico della vita dell'impresa tutelata costituzionalmente dall'art. 41 Cost., che giustifica un intervento pubblico nella sfera di libertà economica solo in presenza di una previsione di legge<sup>32</sup>.

Tuttavia, solo negli anni settanta, per far fronte alla recessione economica e al verificarsi di dissesti di rilevanza tale da oltrepassare l'ambito dei soggetti legati all'imprenditore da rapporti obbligatori, il legislatore ha posto in essere interventi esplicitamente volti alla conservazione dell'attività dell'impresa in crisi<sup>33</sup>.

Mutava così la gerarchia degli interessi, nel tentativo di perseguire in via preferenziale il salvataggio dell'impresa, intesa questa come valore di interesse anche collettivo e pubblico<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Si veda in merito D. GALLETI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 15.

<sup>33</sup> Si fa riferimento specialmente alle normative quali la l. n. 184/1971 che istituiva la finanziaria pubblica GE.P.I. (Società per le Gestioni e Partecipazioni Industriali) con il compito di entrare temporaneamente nel capitale di aziende private in crisi e di agevolarne la ristrutturazione; la l. n. 675/1977 sulla riconversione e ristrutturazione industriale (per la critica a tale normativa, che tenta di superare lo scopo essenzialmente liquidatorio della procedura tutelando il fattore lavoro, si veda su tutti V. COLESANTI, *Gli interventi amministrativi nella crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 411; A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., p. 519); la legge n. 391 del 1978, che ha modificato l'art. 187 l. fall. sull'amministrazione controllata; e la n. 95/1979 c.d. "legge Prodi" relativa alla regolamentazione della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, oggetto di ben due condanne all'Italia da parte della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, n. 295-97/1999, in *Il Fall.*, 1999, p. 1183), che ha qualificato la procedura come aiuto di Stato illegittimo. Sulla legislazione degli anni settanta si veda in generale A. GAMBINO, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1982, p. 713; G. TARZIA, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, I, 1982, p. 727; M. GALIOTO-A. PALUCHOWSKI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1991, p. 17. Si vedano inoltre gli atti del convegno tenuto a Verona il 28-29 ottobre 1977 su *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, i cui atti sono pubblicati in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 222. In seguito, in scia con le suddette leggi si sono poste il d.lgs. n. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria (c.d. legge "Prodi-bis"), volta a tutelare sia il diritto dei creditori a vedere soddisfatto il proprio credito, sia il valore rappresentato dall'impresa per la collettività, e la l. n. 39/2004 (c.d. legge "Marzano") sulle misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza modificato più recentemente in occasione della "crisi Alitalia" con la l. n. 166/2008, sui quali si veda S. BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (Legge "Marzano")*, in *Il Fall.*, 2004, p. 363; G. LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1115; ID., *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza*, *ibidem*, p. 1365; M. FABIANI-L. STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1337. In ogni caso sia la legge "Prodi" che la legge "Prodi-bis", tuttavia, non sono mai state in grado nella pratica di permettere un effettivo risanamento aziendale sfociando sempre in durevoli procedimenti di liquidazione.

<sup>34</sup> In proposito alla legge "Prodi" in particolare R. RORDORF, *Le procedure concorsuali e*

Tuttavia, questo corpo normativo, senza effettuare una riforma radicale della disciplina concorsuale, era diretto al mantenimento in vita delle sole imprese di grandi dimensioni, spesso anche contro l'interesse dei creditori, allocando sulla collettività il costo del risanamento dell'impresa in dissesto.

Il sistema economico, sempre più articolato e in rapida evoluzione, avvertiva l'esigenza di regole flessibili finalizzate non solo alla soddisfazione dei creditori, ma, soprattutto, al risanamento dell'impresa mediante il ritorno *in bonis* dell'imprenditore, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, dirette a tentare la conservazione collocando i complessi aziendali presso terzi<sup>35</sup>.

La situazione di impotenza economica del debitore ha assunto quindi sempre più rilevanza rispetto alla tutela delle ragioni del credito<sup>36</sup>.

In tale contesto, ha rappresentato sicuramente un importante paradigma di riferimento l'ordinamento statunitense. Il *Chapter XI* del *Bankruptcy Code* del 1978<sup>37</sup> infatti contempla gli accordi tra debitore e creditori attraverso i quali si cerca di fornire il cosiddetto "*fresh financial start*", ovvero una nuova opportunità di esercitare l'attività economica sul mercato, con una netta sensibilità per le soluzioni "*debtor oriented*"<sup>38</sup>.

---

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

<sup>35</sup> Secondo gli economisti, infatti, il fallimento è diretto, tra i vari obiettivi, a perseguire la c.d. efficienza intermedia, ovvero quella relativa alle imprese in crisi prima dell'avvio di procedure concorsuali nella fase di c.d. *pre-insolvency*, e richiede strumenti che favoriscano la tempestiva emersione dello stato di difficoltà, scongiurando al pari condotte eccessivamente rischiose (c.d. *over-investments*) al fine di evitare l'insolvenza. Le operazioni azzardate, infatti, comportano costi sopportati maggiormente dai creditori, oltre ad avere come effetto la riduzione dell'incentivo ad investimenti con valore atteso positivo ma poco rischiosi, giacché diminuirebbero la variabilità dei rendimenti a svantaggio degli azionisti (c.d. *under-investments*). Si veda in proposito F. FIMMANÒ, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, I, p. 57.

<sup>36</sup> Cfr. le riflessioni di G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, cit., p. 281.

<sup>37</sup> Il moderno sistema fallimentare statunitense fu introdotto con il *Bankruptcy Act* del 1898 che, oltre al principio dell'esdebitazione, prevede la facoltà per il debitore di proporre istanza di fallimento in proprio. Per un quadro generale sulla disciplina statunitense riformata si veda F. MARELLI, *Esperienza applicativa e riforma nella procedura di «riorganizzazione» nel diritto fallimentare statunitense*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 157. Tale procedura mira principalmente alla salvaguardia del valore dell'azienda e permette al debitore di proseguire la gestione dell'impresa, tuttavia sono escluse da tale procedura le banche, le istituzioni finanziarie, le società di assicurazione e *broker* finanziari.

<sup>38</sup> La rilevanza della disciplina statunitense è tale da aver costituito il modello di riferimento per la costruzione delle soluzioni di composizione negoziale della crisi d'impresa nell'ordinamento italiano ed europeo (influenzando, in particolare l'*Insolvenzplan* tedesco). In numerosi arresti della giurisprudenza di merito italiana si fa espressamente riferimento al *Chapter XI* quale paradigma di riferimento per gli strumenti negoziali della crisi d'impresa come novellati dalla stagione delle riforme. In particolare si veda Trib. Piacenza, 23 giugno 2009, in *IlCaso.it* e Trib. Monza, 7 aprile 2009, *ivi*, dove si afferma a

Il tratto di maggior rilievo del *Chapter XI* è costituito dall'ampio spazio concesso all'autonomia privata e alla riallocazione del capitale di rischio nelle mani dei creditori, i quali sono di fatto gli effettivi fornitori del capitale di rischio. In proposito, infatti, si suole dire che mentre nelle procedure di liquidazione si effettua una vendita effettiva del patrimonio del debitore sul mercato, nelle procedure di riabilitazione si realizza una "vendita" fittizia del patrimonio ai creditori, che in cambio del loro credito "acquistano" un diritto sul patrimonio dell'imprenditore<sup>39</sup>.

Come negli altri principali paesi europei, anche in Italia, si è reso necessario un ampio mutamento di regole sfociate nella c.d. stagione delle riforme fallimentari aperta con il d.l. n. 35/2005<sup>40</sup>. Queste hanno impresso una notevole modernizzazione alle procedure concorsuali, rese ancora più urgenti da importanti scandali finanziari all'inizio degli anni duemila<sup>41</sup>. Il legislatore ha tentato di perseguire la riduzione dei costi e dei tempi delle procedure, l'affievolimento delle conseguenze afflittive del fallimento, l'attribuzione di maggiori poteri ai creditori nel fallimento, una più tempestiva emersione della crisi, e, appunto, l'implementamento dell'autonomia delle parti nella gestione della crisi e la continuazione dell'attività d'impresa<sup>42</sup>.

La stagione delle riforme della disciplina concorsuale ha risposto altresì

---

proposito della facoltà del debitore di dividere i creditori in classi che «la suddivisione in classi, che il debitore può operare, presenta, maggiore analogia con l'ipotesi del *chapter eleven* che ha fornito il modello al legislatore». Per quanto concerne gli accordi di ristrutturazione dei debiti invece il Trib. Novara, 2 maggio 2011, in *Diritto24.IlSole24Ore.com*, ha osservato che «l'attuale disciplina rappresenta, dopo alcuni incespica menti iniziali, il vero e proprio tratto di assimilazione del nostro ordinamento a quello statunitense che, come noto, ne ha rappresentato il modello principale: infatti, secondo le disposizioni del *Chapter 11* della legge fallimentare statunitense, che permette alle imprese che lo utilizzano una ristrutturazione a seguito di un grave dissesto finanziario, l'imprenditore rimane solitamente in possesso di tutti i suoi beni ed è però sottoposto al controllo e alla giurisdizione della Corte». Tuttavia, in merito all'influenza che l'ordinamento statunitense ha avuto sul legislatore italiano si registra l'opinione dissenziente di G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 20, il quale sostiene che «la frequenza di tale parallelo è direttamente proporzionale alla sua infondatezza» in quanto nella legislazione USA risulta possibile, nell'ambito del *Chapter XI*, presentare contestualmente alla domanda di ammissione anche un piano di riorganizzazione, indipendentemente dalla circostanza che i debitori abbiano già votato e espresso il loro consenso.

<sup>39</sup> Questa metafora è riportata da L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 195.

<sup>40</sup> Per le linee evolutive che hanno portato alla riforma cfr. M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 491.

<sup>41</sup> Si fa riferimento agli eclatanti casi di Volare Web, Cirio, Parmalat, su cui C. DEMATÉ, *Parmalat e Cirio: l'occasione per cambiare*, in *Econ. & Man.*, n. 2, 2004, p. 3.

<sup>42</sup> Da un'indagine empirica effettuata da R. BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, cit., p. 79, considerando un campione di imprese entrate in procedura nel periodo 1981-1995, era infatti emersa una durata media del fallimento tra i cinque e i sei anni, con un rimborso del solo 10% per i creditori chirografari, e del 36,5% per i creditori privilegiati, senza considerare i casi di chiusura per insufficienza dell'attivo che riguardano il 43% dei fallimenti.

ad un'esigenza di omogeneità con le normative vigenti negli altri paesi dell'Unione Europea, dove risulta sempre più manifesta la necessità di approntare strumenti giuridici volti al risanamento dell'impresa<sup>43</sup>.

Tuttavia, dal d.l. n. 35/2005 ad oggi, con cadenza pressoché annuale, il legislatore ha introdotto una serie di novelle al r.d. n. 267/1942, non sempre in coerenza tra loro, tentando – come Achille e la tartaruga<sup>44</sup> – di inseguire la maniera più efficace per affrontare la difficile congiuntura economica, ma ottenendo per certo una continua instabilità del quadro normativo e l'impossibilità del consolidamento di un'esperienza pratica adeguata.

Non si è mai quindi proceduto ad una riforma radicale della disciplina fino al disegno di legge “per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato l'11 marzo 2016, gemmato dall'elaborato della commissione Rordorf, volto a riscrivere *ab imis* la normativa del diritto della crisi<sup>45</sup>.

### 3. Dall'insolvenza alla crisi d'impresa

La costruzione del “secondo binario” della disciplina delle procedure concorsuali, ovvero l'affermazione della “cultura del salvataggio”, costituisce uno dei tratti essenziali della normativa fallimentare dopo le riforme di cui al d.l. n. 35/2005, cui sono seguite le novelle apportate con i d.lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007, unitamente all'ampliamento del raggio dell'autonomia privata in ambito concorsuale<sup>46</sup>. Questa, declinata come autonomia nego-

---

<sup>43</sup> Oltre ai meccanismi di composizione negoziale dell'insolvenza finalizzati alla conservazione dell'impresa, gli obiettivi del legislatore comprendevano essenzialmente l'eliminazione delle conseguenze afflittive della dichiarazione di fallimento nei confronti dell'imprenditore persona fisica, la velocizzazione della procedura, e la riduzione della soglia di fallibilità.

<sup>44</sup> Per una descrizione del celebre paradosso di Zenone di Elea si veda J.L. BORGES, *Metamorfosi della tartaruga*, in *Altre inquisizioni*, Milano, 2005, p. 109.

<sup>45</sup> Cfr. Schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 – poi contrassegnato dal n. 3671-bis, essendo stato stralciato l'art. 15 relativo all'amministrazione straordinaria, approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all'esame del Senato. Si veda altresì in proposito G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Il Fall.*, 2016, p. 385.

<sup>46</sup> Tale prospettiva attraverso orizzontalmente le recenti riforme che hanno caratterizzato l'ordinamento giuridico. Paradigmatica in tal senso è la norma che, nella novella che ha interessato il diritto societario, sostituisce il divieto di compiere nuove operazioni con il più elastico dovere di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio sociale (art. 2486 c.c.). Al pari giova richiamare l'ampiezza dei poteri dei liquidatori, ai quali può essere attribuita la facoltà di porre in essere tutti gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, compreso l'esercizio provvisorio, anche di singoli rami d'azienda, in funzione del miglior realizzo (art. 2487 c.c.).

ziale dei soggetti coinvolti nella composizione della crisi, costituisce il perno della nuova disciplina di gestione dell'insolvenza<sup>47</sup>.

In proposito, valga rammentare che la legge fallimentare del 1942 nel suo testo originario, si articolava su quattro diverse procedure: il fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e la liquidazione coatta amministrativa, le quali – tranne l'ora abrogata amministrazione controllata – individuavano tutte il loro presupposto oggettivo nello "stato d'insolvenza" dell'imprenditore. La c.d. stagione delle riforme ha introdotto il piano di risanamento dei debiti e gli accordi di ristrutturazione dei debiti e ha sostituito lo stato di insolvenza con lo stato di crisi dell'imprenditore, quale presupposto per accedere al concordato preventivo.

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

Tale radicale trasformazione ha reso necessaria un'inversione di rotta rispetto al quadro normativo previgente, con un approccio alla crisi che mostra il fallimento essenzialmente come un'opzione dei creditori, i quali, ribaltando l'impostazione di tipo autarchico e paternalistico, assurgono a protagonisti attivi della crisi, con un aumento dello spazio di esercizio della loro autonomia ed un simmetrico ridimensionamento dei poteri gestori del giudice<sup>48</sup>.

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

---

<sup>47</sup> Come si legge nella relazione al d.l. 35/2005, infatti, le soluzioni fondate sull'iniziativa privata sono volte al «fine di evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie». La riduzione della latitudine della discrezionalità del giudice risponde del resto all'esigenza di realizzare un coordinamento tra la disciplina fallimentare e il principio del giusto processo previsto dal novellato art. 111 Cost., come osserva G. LO CASCIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. FAUCEGLIA (a cura di), *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento. La recente disciplina della revocatoria*, Napoli, 2005, p. 64; ID., *Gli organi e la tutela giurisdizionale nella prospettiva di riforma*, in *Il Fall.*, 2004, p. 981; C. FERRI, *Tutela giurisdizionale nei procedimenti di composizione concordata e liquidazione*, in *Il Fall.*, suppl. n. 12, 2004, p. 50.

<sup>48</sup> Si veda in merito F. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»*, Bologna, 2008, p. 488. È opportuno comunque osservare come nel codice di commercio del 1882 si riconosceva ai creditori il potere di chiedere la sostituzione del curatore nominato dal Giudice (art. 719), e di nominare la delegazione di sorveglianza (art. 723).

Valga in proposito ricordare la matrice civilistica dell'insolvenza – collocata nella parte generale delle obbligazioni e dei contratti sebbene sia definita dalla disciplina fallimentare – intesa come prodromica alla produzione di effetti quali, ai sensi dell'art. 1186 c.c., la decadenza dal beneficio del termine<sup>49</sup>.

L'insolvenza in senso civilistico, invero, si differenzia nettamente da quella in ambito concorsuale (benché entrambe situazioni di dissesto patrimoniale), in quanto è connessa ad un'insufficienza anche temporanea del patrimonio del debitore. Tale insufficienza comporta, nel singolo rapporto obbligatorio, il mancato affidamento da parte del creditore sulla garanzia patrimoniale e l'attivazione di una serie di diritti potestativi di autotutela.

Nell'ottica più propriamente commerciale, invece, l'insolvenza si ravvisa qualora vi sia, in forza di un giudizio *ex ante* – e dunque con riferimento alla capacità dell'imprenditore di accedere al credito – l'impossibilità sostanzialmente irreversibile del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, incidendo sulla tutela creditoria nell'ambito della gestione di una pluralità di interessi in concorso<sup>50</sup>. Infatti, la definizione offerta dall'art. 5 l. fall. riguarda solo il quadro economico interno all'impresa, ovvero lo sbilancio tra flussi finanziari che comporta il *deficit* di cassa, percepibile in via sintomatica solo da operatori professionali, potendo sussistere anche quando il valore del patrimonio dell'imprenditore sia maggiore dell'ammontare dei debiti, se i beni parte dell'attivo non siano facilmente liquidabili o i crediti non possano essere riscossi in tempo utile.

Di conseguenza, si assiste ad una sempre maggiore "soggettivizzazione" dell'insolvenza, in quanto suo arbitro è in sostanza l'operatore bancario o

---

<sup>49</sup> La difficoltà di individuare una definizione unitaria di insolvenza era già presente all'inizio del secolo scorso laddove A. DE VINCENTIIS, voce *Insolvenza colpevole*, in *Dig. it.*, XIII, Torino, 1902-1906, p. 1202, osservava che «insolvenza è campo così vasto di ricerche che pervade e penetra quasi tutta la teoria delle obbligazioni, poiché essa, anche nei rapporti fra creditore e debitore, non dà luogo, nella nostra legge civile, a un istituto speciale, che ne stabilisca la nozione, ne fissi i criteri per determinarla, ne organizzi una valida difesa per premunirsi, ma è la risultante di disposizioni sparse nel codice civile, che ne fa menzione disciplinando solo taluni effetti senza nemmeno una disposizione che accenni al suo contenuto intrinseco».

<sup>50</sup> In merito alla differenza tra insolvenza civile e insolvenza concorsuale si veda G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, Torino, 2007; M. BOCCHIOLA, *La nozione di «insolvenza» nell'art. 1186 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 205; e, in particolare, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI (diretto da), in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, p. 127, il quale osserva che «entrambe si presentano come situazioni di dissesto patrimoniale; tuttavia, ai fini del fallimento, tale dissesto non è di necessità rappresentato da una effettiva eccedenza delle passività rispetto alle attività, assumendo, invece, decisiva importanza, in ogni caso, l'essere costretto il debitore a ricorrere a mezzi anormali per fronteggiare i propri impegni. Ciò può forse riassumersi dicendo che quel che conta può anche essere non l'eccedenza, bensì la prevalenza, delle passività, la quale, in definitiva, può dimostrare l'intrinseca debolezza dell'impresa e, conseguentemente, l'opportunità di una liquidazione delle attività nell'interesse di tutti i creditori».

un altro potenziale finanziatore. Questo, decidendo di mantenere o revocare le linee di credito, determina la manifestazione esteriore dell'insolvenza, ovvero quello stato che assume il crisma della giuridicità in quanto idoneo a coinvolgere i terzi che entrano in relazione con l'imprenditore (*claimholders*)<sup>51</sup>. L'ordinamento, infatti, si limita a disciplinare le manifestazioni esterne della crisi capaci di influire sulla situazione patrimoniale dei terzi creditori, ovvero l'effetto esternalizzato della condizione di difficoltà finanziaria in cui versa il debitore, a prescindere dallo squilibrio economico-patrimoniale<sup>52</sup>.

L'obiettivo della disciplina è quello di bilanciare gli interessi contrapposti dell'imprenditore in difficoltà con quelli dei creditori, fornendo gli strumenti giuridici finalizzati a rimuovere non tanto la crisi, *strictu sensu* intesa, quanto i suoi effetti sul piano finanziario. Tale concezione "relazionale", influenzata da comportamenti soggettivi, segna dunque il superamento del c.d. dogma dell'insolvenza, stabilendo la possibilità che quest'ultima sia rimessa al governo dell'autonomia privata<sup>53</sup>.

Si afferma quindi un nuovo concetto a metà strada tra insolvenza civile e commerciale. Il concetto di crisi, mancante di tradizione giuridica e pertanto più duttile, sposta l'obiettivo dal soggetto all'attività, in quanto predicato

<sup>51</sup> L'incertezza che presiede alla definizione di insolvenza, concetto espressamente compreso nello stato di crisi, secondo il terzo comma dell'art. 160 l. fall., ha fatto sì che fosse accostata da V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 371, e da L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziata dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis l. fall.*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 399 «ad una delle massime acquisizioni della fisica teorica, a quel principio di indeterminazione (elaborato da Werner Heisenberg), per cui certi elementi della materia (specie nella sfera dell'«infinitamente piccolo») non sono suscettibili di percezione oggettiva, perché la stessa presenza attiva dell'osservatore – necessaria per acquisirla – altera l'oggetto su cui si esplicano».

<sup>52</sup> Giova in proposito differenziare gli effetti finanziari dagli effetti economici della crisi, relativi ad un piano endoaziendale e non direttamente pregiudizievoli per i terzi contraenti. Tali effetti sono rappresentati dallo squilibrio economico che emerge all'esterno mediante il bilancio d'esercizio in cui una prevalenza dei costi sui ricavi non è di per sé sintomatica dell'effetto economico di una crisi, ma può tradursi in erosione del capitale sociale minimo legale o in una riduzione della garanzia patrimoniale, con conseguente pregiudizio per i creditori.

<sup>53</sup> Si vedano in proposito le riflessioni di L. ROVELLI, *L'amministrazione delle grandi imprese insolventi*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, VI, § 4.2, Torino, 2002, p. 26; ID., *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1030; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 371. Sul punto si segnala l'interessante analisi di M.F. CAMPAGNA, *Insolvenza e crisi nella vigente legge fallimentare*, in M. NUZZO (a cura di), *Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, p. 399, secondo cui l'applicazione in materia fallimentare del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 4, Cost., che impedisce la delimitazione aprioristica dei nuovi spazi riservati all'autonomia privata, «sembra favorire la costruzione di un ordinamento della crisi di impresa, da taluni definito "ideale", che, da un lato, preveda strumenti atti a recuperare l'impresa che accusi una crisi incipiente; dall'altro, qualora la crisi fosse inevitabile – e cioè fosse un'insolvenza irreversibile – si preoccupi di governarla». Si veda inoltre M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, *ivi*, p. 499.

di quest'ultima (a differenza del termine "insolvenza" che è invece predicato del soggetto)<sup>54</sup>.

Il legislatore della riforma non ha definito la nozione di "crisi", utilizzando la tecnica di normazione per clausole generali, allo scopo di consentire, attraverso la rilevanza del momento esegetico, soluzioni normative maggiormente adattabili alle esigenze del panorama economico<sup>55</sup>. Il concetto di "crisi" infatti, assumendo la conformazione di un criterio giuridico "aperto" e quindi "ampio" benché di derivazione economico-aziendale, permette di cogliere dinamicamente la tendenza della situazione economica dell'impresa<sup>56</sup>. Esso costituisce il presupposto anche logico per l'attivazione degli

---

<sup>54</sup> Il concetto di crisi è altresì ovviamente più vago di quello di insolvenza, come, stigmatizzandolo, ha osservato G.B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 369; G. BERSANI, *Il concordato preventivo. Giudizio di fattibilità del Tribunale. Formazione delle "classi dei creditori". Transazione fiscale*, Milano, 2012, p. 92. In Francia, a seguito della riforma del 2005 introdotta con la *Loi de sauvegarde des entreprises*, si è previsto, accanto alla procedura di *conciliation*, la procedura di *sauvegarde*, diretta – a differenza della prima, preferita in caso di continuazione dell'attività d'impresa – all'imprenditore che versa in difficoltà di natura tale da condurre alla cessazione dei pagamenti (*art. L. 620-1*), benché la sopravvenienza di tale presupposto non sia facilmente identificabile temporalmente. Infatti il presupposto è costituito dalla domanda del debitore «*qui justifie des difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements*». Per un'ampia disamina si veda P. GENIN-G. LEGRAND-Y. REINHARD (a cura di), *Guide de la loi de sauvegarde des entreprises, Acteurs de l'économie*, Rhône-Alpes, Lyon, 2009.

<sup>55</sup> Valga osservare come l'art. 2 dello Schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016 e disponibile al sito *Camera.it*, preveda tra i criteri direttivi della riforma organica delle procedure concorsuali di «introdurre una definizione dello stato di crisi, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

<sup>56</sup> Come afferma N. IRTI, *Il giurista dinanzi alla crisi d'impresa*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 249, occorre analizzare la crisi d'impresa anche alla luce di criteri aziendalistici al fine di individuare gli strumenti più idonei al superamento della stessa. Il concetto di crisi infatti include le difficoltà transitorie di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, così come quelle che potrebbero comportare un'impossibilità soltanto futura di adempiere regolarmente. In tale ipotesi la crisi può essere anche grave e l'imprenditore trovarsi vicino all'insolvenza (*in zone of insolvency*), sebbene non sia ancora insolvente (*in insolvency*). Per la differenza tra *zone of insolvency* e *insolvency* cfr. N. DE LUCA, *Prevenire è meglio che curare. (Proposte per «curare» il concordato preventivo che non «previene»)*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 84. Ad avviso di N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pp. 233-234 la crisi può essere definita come il rischio di insolvenza. Tuttavia, secondo G. FERRI JR., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 427, configurerebbe lo stato di crisi anche l'attuale incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, di conseguenza la distinzione tra insolvenza e crisi deriva dalla causa dell'incapacità solutoria: se l'incapacità attuale di soddisfare le obbligazioni derivi da una disfunzione della struttura dell'organizzazione dell'impresa sussisterà uno stato di insolvenza; nel caso in cui l'attuale impotenza solutoria discenda invece da circostanze occasionali ricorrerà uno

strumenti di composizione negoziale delle situazioni di grave difficoltà finanziaria, in quanto permette di anticipare il tentativo di salvataggio ben prima di raggiungere uno stato irreversibile<sup>57</sup>.

Del resto, lo stesso significato etimologico del termine crisi (dal greco κρίσις) rimanda ad una scelta, ovvero, nella fattispecie, all'esigenza di adottare una decisione gestionale nel senso della continuazione dell'attività economica, attraverso un'operazione di risanamento, o della sua cessazione<sup>58</sup>.

Il terzo comma dell'art. 160 l. fall. – norma di interpretazione autentica<sup>59</sup> – puntualizza che «ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza», sottolineando così la relazione di continenza: tra crisi e insolvenza è stabilito quindi un rapporto di *genus ad speciem*. Sebbene la disposizione riguardi il concordato preventivo e nonostante la natura di questa procedura sia ontologicamente diversa da quella degli accordi di ristrutturazione, non si comprende perché lo stato di crisi debba assumere un significato diverso a seconda che esso sia presupposto per accedere al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione<sup>60</sup>. Altri-

---

stato di crisi. Si vedano sull'argomento le lucide riflessioni di R. MARINO-M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l. fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 2015, p. 385. In giurisprudenza Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Il Fall.*, 2010, p. 92, afferma che «L'imprenditore deve poi trovarsi in stato di crisi, condizione che può coincidere o meno con l'insolvenza, essendo sufficiente, in linea puramente teorica, uno stato di dissesto o difficoltà finanziaria non ancora integrante la definitiva incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni». Invece, Trib. S. M. Capua Vetere, 12 giugno 2013, in *Il Fallimentarista.it*, sostiene che «lo stato di crisi è dunque una situazione di difficoltà prodromica rispetto allo stato di insolvenza, la quale consiste in uno squilibrio di natura finanziaria, cioè del rapporto tra le attività finanziarie a breve, liquidità e crediti e i debiti a breve scadenza; ovvero patrimoniale, cioè del rapporto tra attivo e passivo patrimoniale; ovvero economica, cioè della capacità produttiva dell'impresa valutata sulla base di condizioni legate alla sua gestione oppure connesse alla sua posizione sul mercato, capacità produttiva che deve essere informata al carattere dell'economicità».

<sup>57</sup> Sulla definizione di stato di crisi quale presupposto oggettivo del concordato preventivo si vedano G. BERSANI, *Il concordato preventivo. Giudizio di fattibilità del Tribunale. Formazione delle "classi dei creditori". Transazione fiscale*, cit., p. 92; G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 569; G. SCHIANO DI PEPE, *Insolvenza e gestione del credito bancario*, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 699; G. DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 193.

<sup>58</sup> Come osserva N.R. AUGUSTINE, *Come trasformare la crisi in un successo*, in *Harvard bus. rev.*, 1996, 5, p. 20, ogni situazione di crisi «ha, in sé, i germi del successo e le radici del fallimento. Trovare, coltivare e raccogliere quel successo potenziale è l'essenza della gestione della crisi. E viceversa l'essenza della cattiva gestione della crisi è la propensione a prendere in mano una situazione negativa e farla peggiorare».

<sup>59</sup> Introdotta con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 373, convertito con modificazioni dalla legge, 23 febbraio 2006, n. 51.

<sup>60</sup> Come invece opina A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 420. La tesi della coincidenza di significato è sostenuta da 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, p. 295.

menti vi sarebbe nell'ambito dello stesso testo normativo un'incomprensibile polisemia della locuzione "stato di crisi", infrangendo l'elementare corrispondenza rigida tra concetti normativi e termini degli enunciati che sta alla base del principio interpretativo della costanza terminologica<sup>61</sup>.

Giova considerare come la l. n. 3/2012, in tema di sovraindebitamento del debitore non fallibile<sup>62</sup>, abbia introdotto un ulteriore presupposto, diverso dallo stato di crisi e dall'insolvenza, appunto il sovraindebitamento, definito come «una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente»<sup>63</sup>.

Il legislatore con tale definizione pare aver combinato elementi chiaramente propri dell'insolvenza in senso commerciale, con il riferimento al patrimonio liquidabile, e dell'insolvenza civilistica, ove menziona l'incapacità patrimoniale ad adempiere.

La connotazione patrimoniale dinamica emerge nondimeno chiaramente dall'art. 8, l. n. 3/2012 là dove si afferma che la proposta di accordo «prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri». Il debitore verserà in stato di sovraindebitamento anche qualora abbia un patrimonio capiente, ma non dispone della liquidità sufficiente a far fronte regolarmente ai propri creditori, in quanto il suo patrimonio non può assicurare una liquidità tale da soddisfare i debiti in scadenza<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Si vedano in proposito le riflessioni di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, I, t. II, Milano, 1980, p. 375; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 158.

<sup>62</sup> Si tratta di un accordo che consente alle piccole imprese e in generale a tutti i soggetti non sottoponibili alle procedure concorsuali di evitare l'esecuzione forzata favorendo tuttavia i creditori in quanto permette loro di non dover anticipare gli oneri della procedura e di ridurre i tempi dell'eventuale esecuzione. Per una disamina della normativa si veda F. MACARIO, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contratti*, 2012, p. 229; R. TISCINA, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 649.

<sup>63</sup> In tal senso, con una tecnica di *drafting* di chiara matrice comunitaria, l'art. 6 legge n. 3/2012 che esplicita le finalità e le definizioni della normativa. Il sovraindebitamento, quale presupposto oggettivo che legittima il ricorso all'istituto, è definito quale "situazione" (art. 6, comma 2, lett. a) piuttosto che come uno "stato" (sebbene la legge lo definisca tale all'art. 7, comma 1-bis). Tale "situazione" non deve presentare necessariamente i caratteri della definitività ed irreversibilità, come invece è per lo stato di insolvenza ex art. 5 l. fall. Invero, il carattere di irreversibilità, analogo allo stato d'insolvenza nel fallimento, pur presente secondo il dato testuale ("perdurante" squilibrio, "definitiva incapacità" di adempimento regolare delle obbligazioni), è poi affiancato nella stessa norma dalla previsione – meno grave – della "rilevante difficoltà" nell'adempimento, che parrebbe non postulare una definitiva decozione del debitore ed alludere, invece, a situazioni di crisi reversibile.

<sup>64</sup> Per un'accurata analisi della normativa e delle sue implicazioni socio-economiche in

Il debitore, quindi, deve versare in uno stato di impotenza attuale, funzionale e non transitoria, che non gli consenta di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, facendo ricorso al livello del reddito corrente, alle integrazioni eventualmente possibili e/o alla ragionevole liquidazione del patrimonio disponibile<sup>65</sup>.

#### 4. La composizione negoziale della crisi

Sebbene le riforme della disciplina concorsuale siano state attuate con novelle e parziali abrogazioni, il sistema complessivo che risulta in generale dall'ordinamento innova radicalmente le finalità della legge fallimentare. Si è tentato, infatti, di apportare soluzioni efficienti, idonee al rapido superamento del dissesto dell'impresa nell'interesse dei creditori, con la possibilità di conservare gli organismi risanabili, in un quadro di economia di mercato<sup>66</sup>.

La continuazione dell'attività d'impresa può consentire di mantenere sul mercato il debitore, di conservare il complesso aziendale salvaguardando il suo avviamento, nonché di permettere il pagamento di una maggiore quota di debito con gli utili originati dall'ordinario esercizio, senza che la notizia dell'attivazione di procedure di risanamento o concorsuali (concordato) possa provocare la fine della rete di rapporti che "a monte" e "a valle" reggono l'azienda produttiva<sup>67</sup>.

---

chiave di "behavioural economics" si vedano le approfondite riflessioni di E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012.

<sup>65</sup> Si veda in merito cfr. M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (d.l. 212/212)*, in *IlCaso.it*, 2012.

<sup>66</sup> Emblematica è in tal senso l'introduzione nella riforma di cui al d.l. n. 83/2015 della disciplina delle proposte e delle offerte concorrenti (rispettivamente agli artt. 163 e 163-bis l. fall.), finalizzate – come afferma la Relazione illustrativa al disegno di legge presentato alla Camera dei deputati il 27 giugno 2015 – «sono quelle di massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari e di mettere a disposizione dei creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore».

<sup>67</sup> Gli strumenti che l'imprenditore può utilizzare per superare lo stato di crisi possono essere suddivisi in mezzi interni ed esterni all'impresa. I primi sono i piani redatti dall'imprenditore in decozione che predispone unilateralmente scelte strategiche, ritenute da lui più opportune, finalizzate a modificare la realtà aziendale; mentre i secondi sono appunto rappresentati dagli accordi conclusi tra l'imprenditore e i creditori. Per tale distinzione si veda B. PAGAMICI, *Gli accordi per la ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall. & crisi d'impr.*, 2007, p. 85. Si vedano in merito A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1453; C. COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, I, 1, Milano, 1999, p. 195; P. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, p. 825; ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 603. È opportuno rammentare B. LIBONATI in *Gli indirizzi della Commissione ministeriale di riforma delle procedure concorsuali*, in *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca d'Italia*,

Nella normativa fallimentare novellata, ad esempio, oltre a ridurre l'ambito dell'azione revocatoria aumentandone i casi di esenzione<sup>68</sup>, introdurre l'affitto di azienda<sup>69</sup>, agevolare la c.d. "nuova finanza", ampliare le ipotesi di prededuzione, sono state introdotte varie modalità attraverso le quali, con l'espansione dell'autonomia privata in varie gradazioni, si consente di addivenire alla conservazione dell'impresa per mezzo della c.d. ristrutturazione dei debiti, a seconda della concreta situazione in cui versa l'impresa<sup>70</sup>: l'accordo "procedimentalizzato" con creditori a contenuto libero, previsto dal nuovo concordato preventivo<sup>71</sup>, gli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis* l. fall., il piano attestato di risanamento dell'impresa di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d*, l. fall.<sup>72</sup>.

---

*Quad. ric. Giur.*, Roma, 1997, n. 44, p. 22, ove si osserva che «la normativa concorsuale deve consistere in una disciplina di governo della crisi diretta a realizzare quella che può definirsi una riallocazione della ricchezza da un'attività in perdita ad un impiego produttivo; ciò – ovviamente – soprattutto quando l'originaria destinazione impressa alle risorse risulti incontrovertibilmente compromessa e, dunque, priva dei margini necessari per la propria normalizzazione e per il proprio risanamento». Dello stesso avviso L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1075, laddove ribadisce che «l'impresa che non riesce a restare sul mercato deve infatti cessare, ma solo dopo che si sia valutata l'impossibilità di salvare, se necessario mediante ristrutturazioni anche profonde, il patrimonio di conoscenze e di relazioni che in essa si è accumulato. Qualora tali ristrutturazioni avvengano secondo corrette regole di mercato, e dunque con attori che paghino per le conseguenze delle loro errate valutazioni, l'impresa non merita l'espulsione».

<sup>68</sup> Rispetto alla disposizione precedente alla riforma si rileva un notevole depotenziamento dello strumento revocatorio se si osserva anche la riduzione ad un anno del periodo in cui "aleggia il sospetto", realizzata nell'intento di garantire un più rapido consolidamento degli atti posti in essere nell'esercizio dell'impresa. Cfr. tra gli altri M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Il Fall.*, 2005, p. 581; S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006.

<sup>69</sup> In tal caso, tuttavia, l'affitto è vincolato funzionalmente al fine della vendita dell'azienda e, dunque, improntato alla liquidazione benché a scopo riallocativo. Si veda in proposito F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., p. 57; F. MARTORANO, *La circolazione «di ritorno» dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 1.

<sup>70</sup> Si vedano in proposito le riflessioni di G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, p. 561.

<sup>71</sup> Tra i numerosi contributi in tema valga richiamare G. BERSANI, *Il concordato preventivo. Giudizio di fattibilità del Tribunale. Formazione delle "classi dei creditori". Transazione fiscale*, Milano, 2012; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 270; O. DE CICCO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum*, Napoli, 2007; A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Il Fall.*, 2007, p. 1267.

<sup>72</sup> Sui piani attestati di risanamento dell'esposizione debitoria e di riequilibrio della situazione finanziaria si vedano G. LA CROCE, *Il confezionamento di un piano di salvataggio dell'impresa in crisi da attestare*, in *Il Fall.*, 2014, p. 979; S. AMBROSINI-M. AIELLO, *I piani*

Si ricava una disciplina per la composizione negoziale della crisi d'impresa, o meglio un sottosistema che offre un ventaglio di strumenti secondo una sorta di "scala di grigi" che vede un graduale ridursi della componente procedurale e del ruolo dell'Autorità giudiziaria cui corrisponde un ampliamento della latitudine riservata all'autonomia privata<sup>73</sup>.

Al fine di individuare lo strumento più idoneo a reagire alla concreta situazione di crisi, l'imprenditore dovrà attentamente ponderare una serie di elementi quali: il numero e la tipologia dei creditori (quanti siano i fornitori e quanti i creditori finanziari), la probabilità di subire azioni esecutive, il rischio di perdita della continuità aziendale, il fabbisogno di liquidità nel breve periodo, l'urgenza di ottenere nuova finanza, la gravità della crisi, il rischio di incidere sulla *par condicio* con l'iscrizione di ipoteche giudiziali o di compensazioni fra crediti e debiti, la sussistenza di contratti onerosi non facilmente rinegoziabili.

In tale contesto di accentuata negoziabilità degli interessi collegati con la situazione di crisi, può scorgersi un nuovo rapporto tra contratto e crisi d'impresa che si concreta nella promozione del paradigma contrattuale orientato alla composizione negoziale dell'insolvenza<sup>74</sup>. Vi è dunque un incontro vir-

---

*attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in *IlCaso.it*, 2014; S. BONFATTI, *Le fattispecie di «esenzione» dalla azione revocatoria fallimentare*, in G. FAUCEGLIA-L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, XV, p. 652; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 2007, p. 617; M. FERRO, *Piano attestato di risanamento*, in *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, p. 545.

<sup>73</sup> Per un approfondimento in merito si rinvia alle riflessioni di G. COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 209; F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, *ivi*, p. 19; G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, *ivi*, p. 233; F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, in M. VIETTI-F. MAROTTA-F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, Torino, 2007, p. 17. Anche nel diritto processuale civile è riscontrabile un analogo fenomeno espansivo dell'autonomia privata con riferimento agli accordi processuali, su cui cfr. R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 99: «Se si muove infatti dal punto fermo del carattere strumentale del processo civile nei confronti dei diritti e dell'autonomia dei privati, si può rovesciare l'impostazione attuale e ritenere che la disciplina del processo e dei suoi risultati possa aprirsi ad una fonte di regolamentazione negoziale, anche in via atipica, *ex art. 1322*, comma 2 c.c., entro i limiti del rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, limiti che sono posti a presidio di un'allocatione proporzionata delle risorse statali rispetto al risultato di assicurare alla collettività un servizio efficiente di giustizia civile».

<sup>74</sup> In merito infatti F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, *cit.*, p. 18, individua quale finalità della riforma fallimentare quella di «incentivare il contratto sulla crisi d'impresa, premiando i suoi protagonisti; e dunque di favorire la composizione negoziale della crisi, nel mercato e secondo le regole del contratto». Si vedano tuttavia le riflessioni di D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1257, e M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 8, il quale ammonisce del possibile «pericolo che un eccessivo investimento sulle

tuoso tra la disciplina del diritto civile, che presenta tutele concepite per il contesto “atomistico” del rapporto obbligatorio, e le esigenze dell’attività economica d’impresa che immancabilmente si declina in un ambito pluralistico di interessi: si esalta l’incrocio tra il sistema normativo dell’atto e quello dell’attività<sup>75</sup>. Ne scaturisce una nozione di “contratto sulla crisi d’impresa” comprensiva di tutti gli accordi stipulati fra l’impresa e i suoi creditori<sup>76</sup>.

Il contratto costituisce un metodo “neutro” di composizione degli interessi in conflitto, non preordinato negli esiti finali, in quanto qualsiasi assetto di interessi reputati meritevoli di tutela può essere dedotto nel negozio.

In una temperie storica in cui la crisi è fenomeno drammaticamente diffuso tra gli operatori economici, è quindi opportuno per questi poter utilizzare soluzioni normative non conflittuali, che assicurino l’equa tutela delle ragioni dei creditori senza ricorrere alla giurisdizione, in un quadro assiologico che eviti comunque abusi.

L’istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti dell’impresa in crisi, disciplinato dall’art. 182-*bis* l. fall., rappresenta una sicura opportunità per l’imprenditore e per i creditori, i quali possono concludere un contratto di diritto privato a cui il legislatore assicura un trattamento privilegiato<sup>77</sup>. Tale figura costituisce uno strumento snello e più adatto alle crisi con notevole concentrazione del debito rispetto a soggetti sufficientemente competenti nella gestione del rischio, che siano cioè capaci di disporre delle informazioni rilevanti e di prevenire il rischio di perdita ammortizzandolo. Gli accordi di ristrutturazione si rivelano, pertanto, uno strumento particolarmente efficace in caso di società strutturate, con una esposizione debitoria significativa e il coinvolgimento di un numero rilevante di banche<sup>78</sup>.

---

scelte dei privati possa condurre a soluzioni paradossalmente meno avanzate, perché astrette da un eccessivo individualismo in un ambiente nel quale, invece, la pluralità delle componenti e degli interessi non è mai assente, quasi che ad un eccesso di autonomia possa corrispondere, in negativo, una sorta di anomalia sociale».

<sup>75</sup> L’obiettivo del legislatore della riforma è quello di coniugare «le caratteristiche vantaggiose delle procedure stragiudiziali con le garanzie di equilibrata tutela di tutti gli interessi in gioco fornite dagli strumenti propri delle soluzioni giudiziali» (così, F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Il Fall.*, 2013, p. 1173)

<sup>76</sup> Esplicitamente sul contratto sulla crisi d’impresa si veda G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d’impresa*, cit., p. 233.

<sup>77</sup> Tra le più recenti trattazioni monografiche cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016; P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012; G. BUCCARELLA, *I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012; C.L. APPIO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012; L. MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Milano, 2012.

<sup>78</sup> Si veda in proposito la ricerca “Dieci anni di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.”, presentata nel convegno tenutosi il 15 marzo 2015 presso l’Università Bocconi e i cui risultati sono stati pubblicati in A. DANOVÌ-V. CONCA-L. RIVA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis della legge fallimentare. Un’analisi empirica*, in *Economia & Management*, n. 4, luglio-agosto, 2016.

Si comprende che il disegno di legge per la riforma organica della disciplina della crisi d'impresa, gemmato dal progetto Rordorf<sup>79</sup>, incentivi notevolmente tale istituto. In particolare, quale novità di maggior momento, si consentirebbe al debitore, che, nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie concluda l'accordo di ristrutturazione con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, (rappresentanti almeno il settantacinque per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee) di estenderne gli effetti ai creditori della medesima categoria non aderenti, a determinate condizioni.

Si conferma una relazione dialettica tra interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti e il più vasto interesse generale al superamento della crisi d'impresa<sup>80</sup>.

La "scarna" disciplina dell'istituto in parola esalta l'autonomia delle parti e giustifica gli sforzi interpretativi del formante dottrinale, allo scopo precipuo di individuare il regime giuridico applicabile sia all'accordo inteso come atto sia al rapporto da esso derivante.

Il legislatore si è infatti limitato a regolamentare un procedimento che "avvolge" il contratto fino a giungere alla omologazione giudiziale dell'accordo di ristrutturazione, che produce l'effetto dell'esenzione dall'azione revocatoria, tralasciando la fase di esecuzione dell'accordo in riferimento alla quale risulta prevalentemente richiamata la disciplina generale del contratto. Del resto, un criterio interpretativo logico consente di giustificare la *mens legis*, corroborando l'esegesi privatistica dell'istituto, individuato come il risultato di una precisa scelta di politica del diritto che tipizza in senso "minimale" uno strumento invalso nella prassi.

## 5. L'approccio metodologico civilistico

Scopo della presente trattazione è individuare una particolare chiave di lettura degli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi di cui all'art. 182-*bis* l. fall., in modo da coglierne le numerose connessioni con le trame sedimentate del diritto privato, con un'indagine che dalle norme speciali risalga ai principi generali dell'ordinamento<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. art. 5 dello schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016, approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all'esame del Senato.

<sup>80</sup> Cfr. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 209 e F. DI MARZIO, *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VI, Milano 2013, p. 812.

<sup>81</sup> In generale sul vigore e sulla continua attualità del codice ed in particolare della

È noto, infatti, come l'intero sistema giuridico attraversi una fase evolutiva, sia per quanto riguarda la partizione delle materie giuridiche, dai confini sempre più labili, sia in relazione al tratteggio rapporto generalità-specialità, revocato in dubbio dall'iperfetazione di regole specifiche<sup>82</sup>. Queste richiedono di precisare se le norme di settore siano dotate di un grado di specificità tale da svincolarle dal sistema del codice civile, per assurgere a divenire esse stesse sistema<sup>83</sup>.

Il diritto fallimentare non è estraneo a tali sommovimenti: specie dopo le recenti riforme, non appare più soddisfacente la tradizionale collocazione

---

parte generale del diritto dei contratti si vedano le riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, in AA.VV., *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglese e italiana a confronto*, Milano, 1983, p. 211; U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 347; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, p. 211.

<sup>82</sup> Sovviene a tal proposito il pensiero espresso da F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione, libertà*, Milano, 2000 (I ed. it. 1986), pp. 85-86, «per quanto accuratamente si possa meditare ogni singolo atto di legislazione prima della sua emanazione, non si è mai in grado di ridisegnare completamente il sistema giuridico come un tutto, o di risistemarlo interamente secondo un progetto coerente. La legislazione è necessariamente un processo continuo in cui ogni fatto provoca conseguenze impreviste che provocano a loro volta la possibilità o la necessità di altri passi da farsi. Le parti di un sistema giuridico non sono state adattate le une alle altre in base ad una complessiva concezione generale, ma si sono adattate vicendevolmente e gradualmente mediante successive applicazioni di principî generali a problemi particolari – principî, cioè, che spesso non sono neanche conosciuti esplicitamente, ma soltanto implicitamente attraverso le particolari misure giuridiche che vengono attuate. [...] Ogni singolo avanzamento in tale processo è determinato dai problemi che sorgono quando i principî stabiliti dalle (o implicite nelle) decisioni precedenti vengono applicati a circostanze che allora non erano state previste. Non vi è nulla di particolarmente misterioso in questa «dinamica interna del diritto» che produce dei mutamenti i quali, nella loro globalità, non sono voluti da nessuno».

<sup>83</sup> La questione si è posta in maniera più evidente con l'affermazione dalla seconda metà degli anni novanta di un approccio di derivazione comunitaria che pretende di erigere a sistema numerosi interventi settoriali relativi a generiche fattispecie astratte, accomunate dalla contrapposizione tra contraente debole e contraente forte. Una parte della dottrina ritiene la parte generale ancora integrante la disciplina di ogni singolo contratto (così su tutti S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 455; e P. SIRENA, *La dialettica parte generale-parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 493), altra parte invece sostiene la residualità della disciplina generale (in tali termini *ex multis* G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 327; e C. CASTRONOVO, *Diritto privato e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 397); a tali due indirizzi si aggiunge quello che denuncia l'inutilità di un rigido ordine di precedenza tra le norme puntando invece sul momento interpretativo che guarda al quadro generale di riferimento (sul punto cfr. N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 4). In generale si veda in merito G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 765, e A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 355.

tra il diritto commerciale e il diritto processuale civile, posizione che trascura la presenza sempre maggiore di regole e principi del diritto privato nella vicenda della crisi d'impresa.

Se il diritto fallimentare «gode ancora del (raro) privilegio di regolare pressoché interamente la materia, non per questo può procedere in maniera disorganica, come se parlando di accordi, consenso, buona fede o quant'altro si potesse fare a meno del codice civile. Una bussola senza la quale è facile perdersi»<sup>84</sup>.

La disciplina ha pertanto perso la tradizionale valenza di normativa dominata dalla procedura fallimentare, tanto da assumere la denominazione sineddotta di “legge fallimentare”, benché comprendesse altresì la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione controllata e il concordato preventivo. Neppure la più lata definizione di “diritto concorsuale” può rendere giustizia di una disciplina comprensiva anche di istituti di chiara natura negoziale, insofferenti sia al principio della *par condicio creditorum* sia al principio del concorso.

Con l'adozione di una concezione alternativa basata sul più ampio concetto di “stato di crisi”, nell'ottica della conservazione dell'impresa, si è pertanto assunta la qualificazione di “diritto della crisi d'impresa”<sup>85</sup>.

In particolare, registrandosi nella recente ridefinizione normativa un accresciuto ruolo dell'autonomia privata, “cuspidè unitaria” delle direttrici di diritto civile, commerciale e processuale, emerge l'esigenza di un'analisi “attualizzata” delle specificità del nuovo diritto fallimentare e in particolare dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, tenendo conto del nuovo angolo di visuale, rimasto finora poco esplorato<sup>86</sup>.

Giova ricordare l'affermazione della matrice complessivamente civilistica dell'intero diritto dei privati che permette di collocare il singolo istituto in un sistema razionalizzante in modo da recuperare la coerenza logica del sistema<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Così M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. Fall.*, 2015, I, p. 544.

<sup>85</sup> Ciò emerge da numerosi indici della nuova normativa, quali, tra gli altri, l'implementazione degli accordi di ristrutturazione con la protezione *ope legis* dalle azioni esecutive e cautelari, l'agevolazione all'accesso al concordato preventivo, il riconoscimento della facoltà al fallito di presentare una proposta di concordato fallimentare entro un anno dalla declaratoria.

<sup>86</sup> Valga ricordare in proposito le riflessioni di S. GRUNDMANN, *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 585.

<sup>87</sup> Come affermava F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 19: «tutto il diritto privato è oggi diritto civile», aggiungendo che «il codice civile vigente, regolando uniformemente i rapporti patrimoniali, qualunque sia l'attività economica per cui i rapporti sono costituiti, ha unificato il diritto patrimoniale. Una distinta considerazione dottrinale, e quindi un distinto insegnamento, del diritto commerciale, o anzi del diritto dell'attività economica professionale ed organizzata, si giustificano oggi

È pertanto opportuno per il giurista rivedere «le proprie concettualizzazioni nella misura necessaria per conservare la comunicazione del sistema con la dinamica sociale»<sup>88</sup>.

Anche la disciplina della crisi d'impresa, al pari di altre leggi speciali, sebbene regoli pressoché l'intera materia, non può non conformarsi alle disposizioni del codice civile là dove è pervasa da riferimenti a istituti contrattuali e a direttive di principio, quali la buona fede, definita non a caso "polmone del sistema"<sup>89</sup>.

Attesa la portata generale del diritto privato, capace di penetrare nel diritto della crisi d'impresa – concepita come una istituzione giuridica, necessariamente governata e gestita dal diritto – risulta pertanto opportuno "inforcare gli occhiali del civilista" in modo da esaminare gli accordi di ristrutturazione da prospettive d'indagine inusitate.

Vale dunque ricostruire gli aspetti salienti sia sistematici che operativi dell'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall., tramite il ricorso agli strumenti concettuali radicati nella teorica del diritto civile e dotati di un carattere di duttilità che consente loro di adattarsi, da principi fondanti dell'ordinamento, ai nuovi scenari giuridici.

Non a caso il diritto delle obbligazioni è «la materia nella quale meglio hanno avuto modo di esprimersi, nella storia delle ricerche giuridiche, i due atteggiamenti fondamentali dei giuristi: l'uno rivolto alla creazione di schemi razionali capaci di tramandarsi nel tempo; l'altro sensibile alla forza economica dei fatti»<sup>90</sup>.

L'analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione, giovandosi dell'esame delle soluzioni adottate nello *ius quo utimur* e della rinnovata importanza dello studio delle clausole generali e delle categorie del diritto civile, presenta indubbe utilità concrete, superando la corriva dicotomia tra diritto teorico e diritto pratico<sup>91</sup>.

---

non più con l'autonomia sistematica, cioè con la specialità di un complesso di norme, ma con la specialità dei rapporti cui dà vita quell'attività».

<sup>88</sup> Così, L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3, ripubblicato in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11.

<sup>89</sup> Tale espressione è utilizzata da V. POLACCO, *La scuola del diritto civile nell'ora presente. Prolusione*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, p. 116.

<sup>90</sup> In tal senso, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, p. 61.

<sup>91</sup> Si veda in merito le osservazioni di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, p. 427, osserva che «il diritto [...] in quanto appartenente alla cultura pratica ed in quanto vigente nell'attualità, fa parte di quella realtà che è il modo specifico con il quale gli uomini conducono la loro esistenza nel mondo reale: il modo della prammatica [...] proprio la conformazione normativa del sistema culturale del diritto esige la permanente operatività di un nesso di interdipendenza tra diritto e vita sociale». In senso analogo cfr. V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 941, secondo il quale lo iato tra diritto e pratica è debitore di un doppio pregiudizio che «non si dia altra realtà se non la realtà materiale e che, di conseguenza, le norme giuridiche di cui è composto il diritto, per ciò stesso

Gli strumenti propri del diritto privato possono invero scongiurare i comunque presenti pericoli di scorrettezza nel negoziato tra le parti, con rischi di squilibrio informativo, di asimmetrie distributive nell'esecuzione dell'accordo e di difficoltà di tutela di interessi contrattualmente deboli<sup>92</sup>, ricercando la regola «che favorisca libertà e parità effettive senza vanificare l'efficienza economica»<sup>93</sup>.

In questo senso si verifica una sorta di "ritorno al futuro" dal momento che si recupera, sotto l'insegna del diritto comune, quella vicinanza tra la disciplina delle imprese e la materia fallimentare, poi interrotta dal legislatore del 1942, che caratterizzava anche topograficamente il codice di commercio del 1882, in cui era presente l'accordo amichevole di natura contrattuale<sup>94</sup>.

A tale vicinanza corrisponde adesso una nuova considerazione della crisi come fenomeno fisiologico nella vita delle imprese le quali possono utilizzare il dissesto per risanarsi mediante il c.d. *turnaround* e, come l'araba fenice, tornare a produrre valore<sup>95</sup>, non su impulso del pubblico potere, ma valorizzando le istanze delle voci del mercato comunque all'interno di una cornice normativa di tutele.

Il presente studio tenterà quindi di cogliere il concetto dell'istituto nella concretezza dell'esperienza giuridica, con la finalità di renderlo coerente con la (nuova) razionalità complessiva del sistema.

La trattazione, muovendo dalla qualificazione sistematica dell'istituto, procederà dunque ad un esame strutturale degli accordi di ristrutturazione. Si analizzerà quindi la fase delle trattative, vagliando l'utilità della clausola generale di buona fede al fine di identificare gli obblighi a carico delle parti

---

che non appartengono alla materialità, siano necessariamente "non reali" e si risolvano interamente nella idealità; che la prassi giuridica, cioè la dimensione nella quale il diritto vive la sua esistenza reale e si dispiega nella sua effettività, non appartenga alla giuridicità».

<sup>92</sup> Valga richiamare in proposito la lucida analisi di U. BRECCIA in *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 380, laddove osserva che «il diritto comune contrattuale nel presupporre un livello massimo di astrazione e di generalità (...) contribuisce all'edificazione di un sistema su basi uniformi, e in tal senso incompatibili con privilegiate diversità». E ancora: «ci si trova su un piano che è indiscutibilmente comune, in un contesto normativo che funge soprattutto da cornice delle regole contrattuali private e da correttivo generale alle possibili disfunzioni dell'autoregolamentazione».

<sup>93</sup> Così U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, p. 192. Lo stesso U. BRECCIA in *Causa e «consideration»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 597 evidenzia del resto il passaggio «da un'immagine dell'autonomia corrispondente al brocardo mitico *stat pro ratione voluntas* a un'immagine dell'autonomia che debba conciliarsi, in contesti adeguati, con una razionalità pratica valutabile in termini di efficienza e di coerenza complessiva dei rapporti economici e sociali».

<sup>94</sup> Sul punto cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 49.

<sup>95</sup> Si veda in proposito L. GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, con, in appendice, l'illustrazione del dissesto e del risanamento del gruppo Rizzoli negli anni 1982-1984.

e individuare i correlativi rimedi. Successivamente si indagheranno gli effetti prodotti dagli accordi nelle varie fasi, con particolare riguardo a quelli nei confronti dei creditori non aderenti al piano di ristrutturazione. Infine, si esaminerà l'operatività dell'istituto del *trust*, verificando l'utilità che tale strumento può spiegare nell'ambito degli accordi di ristrutturazione.

## CAPITOLO I

# UN INNESTO PRIVATISTICO NELLA CRISI D'IMPRESA

SOMMARIO: 1. Le ragioni di un istituto. – 2. Eterotutela del giudice e autotutela delle parti. – 3. Le composizioni negoziali dal codice di commercio alla stagione delle riforme. – 3.1. Il concordato amichevole e la moratoria nel codice di commercio. – 3.2. Dalla legislazione prefascista alla legge del 1942. – 3.3. Le difficoltà del concordato stragiudiziale nella legge del 1942. – 4. Da *iudex gestor* a *iudex statutor*: il giudice nella gestione negoziale della crisi. – 4.1. Il ruolo del giudice nel nuovo diritto della crisi d'impresa. – 4.2. Il perimetro del controllo giudiziale nel concordato e negli accordi di ristrutturazione. – 4.3. L'oggetto della valutazione giudiziale negli accordi di ristrutturazione. – 4.4. "Disintermediazione giudiziaria" della crisi e tutela dell'autonomia privata. – 5. Le novelle del 2007 e del 2010: la protezione dopo la pubblicazione dell'accordo e la tutela anticipata alla fase delle negoziazioni. – 6. La riforma del c.d. "Decreto Sviluppo" del 2012. – 6.1. Il trattamento dei creditori non aderenti, *l'automatic stay* e i profili del professionista. – 6.2. Il concordato "con riserva" e la possibilità di commutazione. – 7. Il d.l. n. 83/2015: l'introduzione dell'art. 182-*septies* l. fall. – 7.1. Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. – 7.2. La convenzione di moratoria.

### 1. *Le ragioni di un istituto*

L'istituto degli accordi di ristrutturazione delle imprese in crisi è stato introdotto nella disciplina fallimentare dal d.l. n. 35/2005, successivamente riformato dal d.lgs. n. 169/2007, dal d.l. n. 78/2010, dal d.l. n. 83/2012 e, da ultimo, integrato dal d.l. 83/2015.

È opportuno evidenziare che, sebbene il termine "ristrutturazione" rimandi principalmente alla finalità di riequilibrare le finanze dell'impresa conservando l'attività produttiva, l'istituto si adatta anche al perseguimento dell'obiettivo di prevenire l'insolvenza o anche di agevolare la liquidazione dell'impresa stessa<sup>1</sup>. Infatti, il legislatore fa riferimento non ad una generale

---

<sup>1</sup> Per A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia-C. Piccininni-F. Severini, IV, *Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, Torino, 2011, p. 667, «A stare al lessico giuridico, "ristrutturazione dei debiti" sta per modificazione della "struttura" del debito (ossia dei suoi elementi caratterizzanti, della natura di esso, quale ha luogo nella conversione di esso in capitale, al soggetto debitore, che può essere un terzo assuntore, entità, scadenza, interessi, garanzie e

ristrutturazione economico-produttiva, ma, appunto, ad una “ristrutturazione dei debiti”, perseguendo eventualmente in maniera indiretta il risanamento finanziario dell’impresa, senza tuttavia ostare ad una finalità integralmente liquidatoria<sup>2</sup>.

L’istituto dunque deve essere interpretato *magis ut valeat*, ossia al meglio delle sue capacità espansive<sup>3</sup>, per scopi di salvataggio o di liquidazione, potendo essere impiegato da imprese in stato di insolvenza o che ancora non versano in tale situazione<sup>4</sup>.

Invero, l’accordo di risanamento debitorio può conciliarsi sia con la liquidazione concordata dell’impresa che con la continuazione della stessa, mentre l’accordo di salvataggio – ovvero di ristrutturazione in senso stretto – è finalizzato a realizzare un determinato programma di rilancio imprenditoriale<sup>5</sup>.

Giova osservare che il disegno di legge per la riforma della disciplina della crisi d’impresa gemmato dal progetto Rordorf prevede che gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.* siano esclusivamente applicabili ai casi

---

quant’altro). Si “ristrutture” un debito, nella misura in cui si dà ad esso una nuova “struttura” ossia una nuova composizione e/o forma, se si vuole. L’espressione sembra dunque indicare qualcosa che va bene al di là di una modifica del debito riguardante le modalità di sua attuazione (specie temporali)».

<sup>2</sup> L’aspetto preventivo è considerato da P. OLIVA, *La privatizzazione dell’insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, p. 825, con riferimento alle convenzioni stragiudiziali, mentre in relazione agli accordi *ex art. 182-bis l. fall.*, la dottrina maggioritaria evidenzia l’eventuale finalità liquidativa, come osservato da G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2006, p. 16; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2006, p. 129; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, in A. JORIO (diretto da)-M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, 2007, p. 2538; *contra* G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1459; P. MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell’impresa*, in *Il Fall.*, 2006, p. 101; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fall.*, 2008, p. 708; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, in L. NIGRO-M. SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Napoli, 2006, p. 1093; L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell’insolvenza di cui all’art. 182-bis l. fall.*, in *Trusts e att. fid.*, p. 398; *contra* Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, p. 701.

<sup>3</sup> Tale principio, cardine della scienza interpretativa civilistica (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat, Corpus Giustiniano, Digesto, “De rebus dubiis”, 34.5.12* (da Giuliano, *Digesta*, libro 50)), è codificato anche in diversi ordinamenti nazionali e sovranazionali, infatti si rinviene, oltre che nell’art. 1367 c.c. e nei corrispondenti artt. 1157 del *code civil* e 1284 del *código civil* spagnolo, anche all’art. 5.101 dei *Pecl*, all’art. 4.1 degli *Unidroit Principles*, e nel *Draft Common Frame of Reference* all’art. II – 8:101.

<sup>4</sup> Per l’opposta tesi secondo la quale gli accordi di ristrutturazione dovrebbero interessare solo imprese non insolventi si veda A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, cit., p. 410; F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull’insolvenza dell’impresa*, in S. BONFATTI-G. FALCONE (a cura di), *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*, Milano, 2008, p. 253.

<sup>5</sup> Si vedano in merito le osservazioni di M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, Milano, 2011, p. 359.

in cui sia, almeno in parte, proseguita l'attività d'impresa (la norma precisa infatti «nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie»)<sup>6</sup>, impedendo così che si possano concludere accordi di ristrutturazione liquidatori.

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

Gli accordi di ristrutturazione consentono invece o di preservare l'impresa in un'ottica di continuità o di liquidare l'attivo in maniera ordinata ed efficiente, facendo gestire all'imprenditore ed ai creditori aderenti – con la previsione di garanzie per i creditori rimasti estranei – tale delicata fase e impedendo il c.d. “assalto alla diligenza” da parte dei creditori c.d. *free riders* che potrebbero altrimenti aggredire i cespiti, facendo naufragare l'operazione<sup>7</sup>.

Come anticipato, l'espressione “ristrutturazione dei debiti” indica un'attività di riorganizzazione complessiva dei vincoli obbligatori e contrattuali dell'impresa, relativa all'intero coacervo di rapporti in corso. In particolare, il termine “ristrutturazione” – di derivazione aziendalistica ed estraneo al linguaggio del codice del 1942 – si rintraccia nella l. n. 39/2004 (c.d. “Legge Marzano”) relativa alla ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, e nell'art. 27, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 270/1999 a proposito delle condizioni per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, laddove si esige che le imprese presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali realizzabili anche «tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata superiore a due anni (programma di ristrutturazione)»<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. art. 5 dello schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016, approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all'esame del Senato.

<sup>7</sup> In proposito una oculata ricerca ha analizzato i problemi giuseconomici connessi all'azione collettiva nell'ambito delle procedure concorsuali. Con l'interesse ad una efficiente liquidazione dell'attivo si sottolinea inoltre l'importanza che assumono i meccanismi del diritto fallimentare nello sviluppo del sistema economico e nel funzionamento del mercato, per cui l'adozione di metodi efficienti di risoluzione della crisi influisce notevolmente sulla disponibilità degli imprenditori a conferire capitale di rischio: cfr. M. BIANCO-M. MARCUCCI, *La riforma delle procedure concorsuali. Le soluzioni normative negli Stati Uniti e in alcuni paesi europei*, in *Banca impresa soc.*, 2001, p. 19.

<sup>8</sup> Si vedano sul punto ancora C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131, e G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 842. Si vedano in generale sul tema tra gli altri M. FERRO, *Accordi di ristrutturazione*

È possibile apprezzare il complesso fenomeno della ristrutturazione dei debiti come intreccio tra profili riferibili all'attività di impresa e al suo finanziamento, e a quelli relativi ai singoli crediti implicati. Infatti, la ristrutturazione dei debiti comporta la sostituzione della pluralità di fonti e dei titoli "originari" dei singoli rapporti obbligatori, i quali all'esito della ristrutturazione saranno soddisfatti e dunque estinti. Occorre tuttavia distinguere tra soddisfazione dei crediti e ristrutturazione, in quanto quest'ultima non si riferisce unicamente ai crediti anteriori, ma ammette e anzi tenta di favorire la presenza di nuovi apporti finanziari<sup>9</sup>.

Da uno sguardo d'insieme ai vari strumenti di gestione negoziale della crisi si osserva che tanto maggiore è il controllo dell'autorità giudiziaria, quanto maggiori sono gli incentivi al superamento della crisi e le eccezioni al diritto comune delle obbligazioni<sup>10</sup>.

Lo strumento degli accordi di ristrutturazione, considerato nella sua collocazione sistematica, costituisce un fecondo oggetto di studio.

Si colloca infatti a metà strada tra una figura giuridica profondamente procedimentalizzata e una fattispecie propriamente negoziale totalmente rimessa all'autonomia privata dei contraenti.

In un estremo, infatti, si osserva il nuovo concordato preventivo, procedura concorsuale in cui, sebbene la riforma abbia previsto una totale libertà di contenuto della proposta, rimane marcata la connotazione giudiziale e pregnante il profilo pubblicistico; in un altro estremo, si situa l'indefinito «piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria»<sup>11</sup>, incluso dall'art. 67, comma 3, l. fall. tra le ipotesi di esenzione dall'azione revocatoria. Quest'ultimo istituto produce i suoi effetti a pre-

---

turazione dei debiti, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, II, Padova, 2008, p. 1418; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 157; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.

<sup>9</sup>In merito alla differenza tra soddisfazione e ristrutturazione dei crediti G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2006, p. 747, osserva che si tratta «non già di una duplicità di punti di vista del medesimo fenomeno, bensì di una duplicità di forme di rilevanza giuridica ad esso ricondotte. In questa prospettiva, sembra in particolare potersi affermare che la ristrutturazione dei debiti, proprio in quanto fissazione di un nuovo statuto unitario del complessivo finanziamento dell'impresa, valga ad assorbire, ed a sostituire, la pluralità di fonti e di titoli "originari", tra loro diversi, dei singoli rapporti obbligatori: i quali allora, all'esito della ristrutturazione, risulteranno – per utilizzare un linguaggio tradizionale – "estinti"; ed è proprio quello di estinzione di tutti i crediti, e dunque dei corrispondenti debiti, il significato tecnico che, in questo contesto, deve essere assegnato al termine "soddisfazione"».

<sup>10</sup>Su tali incentivi cfr. S. BONFATTI, *Gli incentivi alla composizione negoziale delle crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. banc.*, 2013, I, p. 23.

<sup>11</sup>Si vedano in proposito le approfondite riflessioni di S. AMBROSINI-M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in *IlCaso.it*, 2014.

scindere da qualsiasi controllo giurisdizionale e al di fuori di qualsiasi parvenza di condivisione contrattuale<sup>12</sup>.

In posizione mediana si trovano gli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall'art. 182-*bis* l. fall., istituto che si configura, al pari dei concordati stragiudiziali, come un ordinario contratto di diritto privato a formazione progressiva, soggetto dunque alla disciplina del codice civile, che la disciplina fallimentare "avvolge" con la previsione di specifiche tutele<sup>13</sup>.

Queste ultime non incidono sul regolamento negoziale predisposto dalle parti e pertanto non sono idonee a individuare un tipo contrattuale, limitandosi ad assicurare determinati effetti legali in presenza di certi presupposti<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Come ha incisivamente osservato P. VELLA, *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi d'impresa*, in *Il Caso.it*, 2015, «Se si dovessero tracciare i vari livelli di autonomia-eteronomia nella regolazione della crisi di impresa come cerchi concentrici – adottando a modello l'atomo di Bohr, nella versione perfezionata dalla meccanica quantistica, di impronta probabilistica – potremmo paragonare il nucleo all'intervento del giudice (coincidente con il momento di massima giurisdizionalizzazione), e gli elettroni ai protagonisti della crisi (debitore e creditori), poiché all'aumentare della distanza dei secondi dal primo aumenta il livello energetico, ossia quell'energia cinetica che può consentire loro di passare agli orbitali più esterni. Fuor di metafora, quanto più energica è la capacità del debitore (e dei creditori) di anticipare la soglia di emersione della crisi, prima che essa diventi irreversibile, tanto maggiore è la loro possibilità di ricorrere a strumenti negoziali che non richiedano un'ingerenza giudiziale; viceversa, quanto più statico è il loro atteggiamento di fronte alla naturale involuzione della crisi in insolvenza, nell'attesa passiva di un intervento *ab externo*, tanto più inevitabile sarà la necessità di affidare il governo della crisi agli organi concorsuali. Il tutto in un progressivo decrescendo di autonomia, che va dagli orbitali più esterni (accordi stragiudiziali e piani attestati di risanamento), a quelli intermedi (accordi di ristrutturazione dei debiti e concordato preventivo), sino a "precipitare" nel nucleo della soluzione fallimentare».

<sup>13</sup> L'accordo è infatti «un fenomeno della vita sociale disciplinato dal diritto» (C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1987, p. 210), «elemento centrale» (G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Sillogie in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1993, p. 54) e «il più caratterizzante» (V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 23) del contratto. Sulla natura contrattuale dell'istituto si veda Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Il Fall.*, 2006, p. 188; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 704; D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 307.

<sup>14</sup> Cfr. in proposito F. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Il Caso.it*, 2007; A. CAIAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 536 ss.; P. VALENSISE, *Commento all'art. 182-bis*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, 3, 2010, p. 2266; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 343, secondo il quale gli accordi di ristrutturazione non rimandano ad un ben preciso tipo contrattuale, potendosi al più riconoscere una tipizzazione "a bassa definizione". Sul concetto di tipizzazione "a bassa definizione" cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, p. 425 e ss., il quale osserva come i tipi contrattuali ad alta definizione si

Si prevede invero la possibilità per l'imprenditore in crisi<sup>15</sup> di domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei entro determinati termini stabiliti dallo stesso art. 182-*bis* l. fall.

È presente quindi un momento giudiziale nell'accertamento della sussistenza di determinati requisiti di affidabilità funzionali al fine di far apporre sull'accordo l'*imprimatur* dell'omologazione da parte del Tribunale, necessario per la produzione degli effetti legali relativi ai creditori rimasti estranei all'accordo e per esentare dalla revocatoria gli atti del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo (oltre a rendere obbiettivamente lecito il fatto *ex art. 217-bis* l. fall.).

Tale esenzione dall'azione revocatoria rappresenta una misura eccezionale volta ad agevolare la ristrutturazione dei debiti e dunque non suscettibile di applicazione estensiva agli atti che, pur inclusi nell'accordo, non si pongono "in esecuzione" del piano di ristrutturazione, ovvero che non risultano funzionali ad esso<sup>16</sup>.

Dati i presupposti degli accordi di ristrutturazione, per avvalersi proficuamente di tale strumento il debitore dovrà stimare sussistente una ragionevole prospettiva di raggiungere un accordo con sufficienti creditori in maniera tale da avere risorse per soddisfare integralmente i creditori che rimarranno estranei all'operazione e godere di risorse finanziarie, anche attraverso apporti di terzi, tali da poter mantenere la continuità aziendale fino al raggiungimento dell'accordo.

---

caratterizzino per la definizione di tutti gli elementi che compongono il contenuto del contratto, mentre i tipi "a bassa" o "a media" definizione definiscono solo alcuni aspetti di questo. Tale circostanza finisce per incidere «sulla c.d. elasticità de tipo, e cioè sulla minore o maggiore ampiezza dei margini entro cui può variare il contenuto contrattuale».

<sup>15</sup> Il presupposto soggettivo per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* l. fall. è il medesimo del fallimento e cioè che si tratti di imprenditore commerciale non piccolo (art. 1 l. fall.). Il Trib. Milano, in due differenti decreti del 3 dicembre 2015 e del 10 novembre 2016, entrambi in *IlCaso.it*, ha affrontato il tema dell'applicabilità degli strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa ai fondi comuni di investimento, ritenendo ammissibile il ricorso *ex art. 182-bis* l. fall. da parte di una società di gestione del risparmio (S.G.R.) nell'interesse del fondo da essa gestito e in funzione del superamento della crisi di quest'ultimo (Trib. Milano, 3 dicembre 2015) anche nell'ipotesi in cui a versare in stato di crisi sia solo il fondo comune di investimento e non la S.G.R. che lo gestisce (Trib. Milano, 10 novembre 2016). Per entrambi i provvedimenti cfr. le riflessioni di F. PIRISI, *Crisi dei fondi comuni di investimento: gli strumenti per il superamento*, in *IlFallimentarista.it*, 2017. Con il d.l. n. 98/2011, il legislatore ha inoltre esteso la platea dei soggetti legittimati ad avvalersi dell'istituto degli accordi di ristrutturazione anche agli imprenditori agricoli.

<sup>16</sup> Si considerino ad esempio gli atti con i quali il debitore conferisce i beni rimanenti dell'azienda o comunque del suo patrimonio ai suoi eredi o a terzi, dopo avere soddisfatto tutti i creditori aderenti.

## 2. Eterotutela del giudice e autotutela delle parti

Il negozio giuridico assume quindi le vesti di un componente essenziale per la soluzione della crisi dell'impresa<sup>17</sup>.

Un tratto di fondo della nuova disciplina concorsuale è infatti sicuramente rintracciabile nell'individuazione della giurisdizione in sé come fattore anti-competitivo, in quanto costituisce una delle maggiori cause di lentezza e del costo elevato della procedura, oltre ad essere spesso d'ostacolo ai tentativi di risanamento delle imprese<sup>18</sup>. Non a caso prima della stagione delle riforme fallimentari una ricerca della Banca d'Italia riportava come, a fronte di una durata di settantadue mesi e di quote di realizzo pari al trenta per cento per le procedure giudiziali, le convenzioni stragiudiziali consentissero di ottenere in diciannove mesi quote di realizzo pari al sessanta per cento<sup>19</sup>.

Alla c.d. "degiurisdizionalizzazione"<sup>20</sup> corrisponde la valorizzazione del-

---

<sup>17</sup> Come osserva P. VELLA, *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi d'impresa*, cit., «il minimo comun denominatore strutturale dei vari strumenti concorsuali sia l'accordo con i creditori, sia pure diversamente modulato a seconda delle misure prescelte (accordi singoli; fasci di accordi; deliberazioni di maggioranze, semplici o qualificate), e che il minimo comun denominatore funzionale siano invece gli "effetti stabilizzanti", quali le esenzioni da revocatoria (art. 67, comma 3, lett. d) ed e), l. fall.) e l'esimente penale da bancarotta semplice e preferenziale (art. 217-bis l. fall.)».

<sup>18</sup> In proposito si vedano i risultati riportati in D. MASCIANDARO-F. RIOLO (a cura di), *Crisi d'impresa e risanamento – Ruolo delle banche e prospettive di riforma*, Milano, 1997; G. MINUTOLI, *Art. 25 l. f.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2006, p. 199. Sono numerosi gli elementi introdotti a scopo "deflattivo", basti pensare alla previsione di soglie quantitative per l'applicazione della disciplina concorsuale che rappresenta una misura finalizzata ad eliminare il ricorso alle procedure per l'insolvenza di piccole imprese, naturali candidate alla chiusura per insufficienza di attivo e per le quali non avrebbe senso economico sostenere i costi connessi a complessi procedimenti. Anche, l'istruttoria prefallimentare di cui all'art. 15 l. fall. mira alla stessa finalità "deflattiva" laddove si prevede che non si fa luogo a dichiarazione di fallimento se la complessiva esposizione debitoria, risultante dagli atti dell'istruttoria e relativa a debiti scaduti e non pagati, risulta inferiore ad una soglia pari a trentamila euro. In tal modo si evita l'apertura della procedura fallimentare nei casi in cui si possa presumere che i costi superino i ricavi.

<sup>19</sup> I risultati di tale ricerca sono riportati da E. TARTAGLIA, *Revocatoria fallimentare dei versamenti in conto corrente e ruolo delle banche nella crisi d'impresa*, in U. APICE (a cura di), *L'impresa in crisi: tra liquidazione e conservazione*, Roma, 2002, p. 213. Del resto già negli anni cinquanta T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, p. 504, evidenziava come la procedura comportasse una diminuzione dell'attivo ed un aumento del passivo. Sull'inefficienza della disciplina fallimentare e la sua incapacità a conservare i valori aziendali si vedano le riflessioni di P.G. JAEGER, *Crisi delle imprese e poteri del giudice*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 869; G. SANSONE, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, in *Il Fall.*, 1998, p. 761; A. JORIO, *Dal concordato stragiudiziale alla soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 1999, p. 759; M. VIETTI, *Diritto fallimentare e prospettive di riforma: da disciplina della crisi d'impresa a regola della relazione commerciale*, in *Il Fall.*, 2004, p. 601.

<sup>20</sup> Il termine è diffuso anche da prima delle riforme della legge fallimentare come di-

l'autonomia negoziale<sup>21</sup> ed in particolar modo del contratto, appunto, quale strumento privilegiato di regolazione delle relazioni commerciali durante il dissesto<sup>22</sup>.

L'intervento dell'autorità giudiziaria nella gestione della crisi dell'impresa si è infatti attenuato a vantaggio dell'esperienza di soluzioni stragiudiziali a prescindere che la prospettiva sia il risanamento dell'impresa ovvero la sua liquidazione. È evidente come l'arretramento del ruolo giudiziale si giustifichi maggiormente allorché si debba continuare un'attività economica, per cui si dimostra più coerente ed efficiente mantenere le regole di gestione che hanno precedentemente retto quell'attività<sup>23</sup>.

Tuttavia, sebbene con la c.d. "stagione delle riforme" 2005-2007 si sia osservato un progressivo affievolimento del ruolo di *dominus* della procedura e dei destini dell'impresa tradizionalmente attribuito all'organo giudiziario, ciò non ha sortito gli effetti sperati.

---

mostra F. D'ALESSANDRO, in *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, cit., p. 418. Si veda inoltre M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 67. Sulla problematica compatibilità della "degiurisdizionalizzazione" con la cornice costituzionale, si veda G. COSTANTINO, *Economia e processo, Contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 7.

<sup>21</sup> Si richiama a mo' di esempio l'espunzione dal corpo dell'art. 6 l. fall. dell'iniziativa d'ufficio, la predeterminazione nell'art. 7 l. fall. dei casi in cui il p.m. è legittimato a proporre la richiesta di fallimento, l'eliminazione del potere del giudice di apportare d'ufficio variazioni al progetto di ripartizione presentato dal curatore, i maggiori poteri attribuiti al comitato dei creditori, l'innovativa possibilità nel concordato preventivo di suddividere i creditori in classi riservando a classi diverse trattamenti differenziati. Si veda in proposito l'approfondita analisi di A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 349; e inoltre S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008; G. GALLETI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 907; G. MINUTOLI, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Il Fall.*, 2008, p. 214. Tuttavia M. FABIANI, in *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1098, rileva come «la presenza del p.m., quand'anche non pervasiva e, magari riletta in chiave di strumento di collaborazione per favorire l'uscita dalla crisi, spiega che il legislatore considera tuttora il fenomeno dell'insolvenza come un accadimento che non può essere confinato nel rapporto creditore-debitore, posto che sono incisi interessi superindividuali, spesso non catalogabili a priori».

<sup>22</sup> In merito G. ROSSI, nell'introduzione agli *Atti del convegno di studi "Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali"*, Milano, 2006, p. 11, parla di "fondamentalismo contrattualista". Sull'uso dei contratti di diritto privato nella gestione della crisi dell'impresa A. CASTIELLO D'ANTONIO in *Prolegomeni al diritto della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 1113, considerava i c.d. "modelli preconcorsuali di risanamento di fonte convenzionale" proponendo una classificazione di tali accordi, basata sulla loro applicabilità a crisi d'impresa di crescente intensità: *factoring* per il risanamento di imprese in difficoltà; consolidamento dei debiti bancari; conversione di crediti bancari in capitale di rischio; concordato stragiudiziale nelle forme del *pactum de non petendo* e del *pactum ut minus solvatur*.

<sup>23</sup> Sul punto si veda F. DE SANTIS, *Il giudice delegato fallimentare tra «gestione» e «giurisdizione»; tracce per una riflessione de iure condendo*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 492.

Invero, sia il debitore, renitente a ostentare il proprio stato di crisi tentandone una composizione negoziale, sia i creditori, non abituati ad assumere un ruolo attivo oltre il particolarismo della propria posizione, non hanno fatto buon governo dei vasti spazi di autonomia loro concessi dall'ordinamento, trascurando gli accordi di ristrutturazione, idonei a realizzare un'appropriata regolazione dei molteplici interessi coinvolti nella crisi d'impresa<sup>24</sup>.

A dispetto delle reiterate riforme della legge fallimentare, si è assistito ad un vertiginoso aumento delle domande di preconcordato, sovente rette e giustificate dal mero scopo di differire la dichiarazione di fallimento, come rivela il corrispondente notevole aumento delle dichiarazioni di insolvenza<sup>25</sup>.

Ciò ha reso necessario progressive "correzioni di rotta" che, a partire dal d.l. n. 83/2012, hanno visto l'introduzione di nuove forme di controllo giudiziale<sup>26</sup> e – specialmente con il d.l. n. 83/2015 – il riequilibrio del rapporto debitore/creditori a favore di questi ultimi<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup>In proposito, cfr. la lucida riflessione di P. VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani*, in *IlCaso.it*, 2015.

<sup>25</sup>I dati dell'Osservatorio sui fallimenti commentati da A. BONELLI, *Fallimenti record, in calo liquidazioni e concordati in bianco*, in *IlQuotidianoIpsa.it*, 2 gennaio 2015 hanno registrato che nel 2014 i fallimenti sono stati più del doppio rispetto al 2008 e nel terzo trimestre 2014 sono aumentati del 14,1% rispetto all'analogo periodo del 2013. Solo nel 2015, con tendenza confermata nel 2016, dopo ben otto anni, i fallimenti sono diminuiti di appena il 6,3% in meno rispetto al 2014. Nel 2016 sono fallite 13.500 imprese, in diminuzione rispetto alle 14.700 del 2015. Nel primo trimestre del 2017 i fallimenti sono ancora diminuiti del 17% rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. Si vedano altresì i dati forniti da CERVED, Osservatorio su fallimenti, procedure e chiusure di imprese, in *Know.Cerved.com*.

<sup>26</sup>Sia sufficiente il riferimento ai poteri autorizzatori del tribunale ed agli stringenti obblighi informativi del debitore pre-concordatario di cui all'art. 161, commi 6, 7 ed 8, l. fall. e alle interlocuzioni anche sul merito della soluzione concordataria ai fini dell'autorizzazione all'ottenimento di finanziamenti prededucibili (artt. 182-*quater* e 182-*quinquies*, comma 1, l. fall.), alla sospensione o scioglimento dei contratti in corso di esecuzione (art. 169-*bis* l. fall.) e, nel concordato con continuità, anche al pagamento di crediti anteriori (art. 182-*quinquies*, comma 4, l. fall.), o alla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 186-*bis*, comma 4, l. fall.), ovvero al potere di revoca d'ufficio della procedura, *ex* art. 173 l. fall., non solo in caso di cessazione dell'attività di impresa, ma anche in ipotesi di manifesta dannosità della sua continuazione per i creditori (art. 186-*bis*, ultimo comma, l. fall.). In aggiunta, il novellato art. 180, comma 4, l. fall. ha ampliato la possibilità per il tribunale di svolgere un sindacato di convenienza del concordato anche in caso di mancata formazione delle classi, purché l'opposizione all'omologazione provenga da creditori rappresentanti almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto.

<sup>27</sup>Valga pensare, a titolo esemplificativo, alla fissazione della soglia minima del 20% per il soddisfacimento dei crediti chirografari nel concordato liquidatorio prevista dall'art. 160, ultimo comma, l. fall.; alla lett. *e* dell'art. 161, comma 2, l. fall. che impone al debitore di indicare nella proposta concordataria «l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore»; alla facoltà per i creditori rappresentanti almeno il 10% dei crediti di presentare una proposta concorrente di concordato ai sensi dell'art. 163, commi 4-7, l. fall. Per un'ampia panoramica sulla riforma intervenuta con la l. n. 132 del 2015 si vedano S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, p.

Tuttavia, pur dopo le stratificazioni normative susseguitesesi nell'ultimo decennio, si conferma quale *leit motiv* caratterizzante la disciplina l'arretramento dell'eterotutela giudiziale dei creditori nella regolazione della crisi d'impresa, con la presenza del giudice comunque necessaria per contrastare i possibili abusi degli strumenti allestiti dall'ordinamento volti alla composizione negoziale dell'insolvenza<sup>28</sup>.

Non si sono rivelati infrequenti infatti i casi di abuso "nel" concordato – come in caso di pagamenti di crediti anteriori alla presentazione della domanda senza l'autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato<sup>29</sup> – e di abuso "del" concordato, allorché la domanda concordataria è palesemente volta a differire la dichiarazione di fallimento<sup>30</sup>.

La riforma del 2015, stabilendo numerose previsioni volte a rendere più rigida la disciplina del concordato – tra cui l'inammissibilità delle proposte concordatarie non in continuità che non assicurino il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari – dovrebbe fornire nuovo slancio all'istituto di cui all'art. 182-*bis* l. fall., il quale potrà occupare, almeno in parte, posizioni prima impegnate dal concordato preventivo.

Gli accordi di ristrutturazione, arricchiti ora dalla previsione della tipologia di accordi con gli intermediari finanziari di cui all'art. 182-*septies* l. fall., può rivelarsi un utile strumento che, in una cultura dell'impresa agevolata dalla presenza di opportuni incentivi e controlli, possa consentire quell'approccio "olistico" alla crisi d'impresa, necessario per fornire efficienti ipotesi di soluzione, preservando il valore aziendale.

Il sistema del diritto della crisi d'impresa invero deve *oborto collo* consi-

---

359; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *ILCaso.it*, 2015; G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *FallimentieSocietà.it*; F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità» e soluzioni finanziarie, n. 83/2015: un primo commento*, in *ILFallimentarista.it*; R. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015 n. 83): le modifiche in tema di fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *ILCaso.it*, 2015.

<sup>28</sup> Come è stato osservato, in assenza di fattispecie tipizzate, la salvaguardia dell'impresa insolvente rischia di essere consegnata – specie con riguardo alla gestione dei rapporti pendenti – a scelte completamente discrezionali del tribunale, il quale, attraverso le innumerevoli autorizzazioni che è tenuto a rilasciare, finisce per incidere non solo sulla gestione dell'attivo, ma anche sulla soddisfazione del passivo, di tal che il modulo concorsuale risulta collocato in un'ottica non solo dinamica, ma anche amministrata: si veda in tal senso G. TERRANOVA, *Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 15.

<sup>29</sup> In tal senso cfr. Trib. Pesaro, 26 luglio 2013, in *ILCaso.it*.

<sup>30</sup> In proposito, cfr. Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *ILCaso.it*. Si vedano anche Trib. Milano, 12 giugno 2014; Trib. Messina, 1° febbraio 2013; Trib. Latina, 30 luglio 2012, tutte in *ILCaso.it*. Per un'approfondita analisi si vedano le riflessioni di S. PACCHI, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 789 e di F. PASQUARIELLO, *Contro il sindacato sul c.d. abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *ILFallimentarista.it*.

derare sia gli interessi soggettivi del debitore e dei creditori sia le posizioni soggettive coinvolte dei dipendenti e dei terzi contraenti, nonché gli interessi superindividuali legati al valore intrinseco della continuità aziendale.

Può pronosticarsi una maggiore fortuna per gli accordi di ristrutturazione, i quali, nel disegno di legge delega per la riforma “delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza” che ricalca le conclusioni della Commissione Rordorf, sono dichiaratamente incentivati<sup>31</sup>.

Nei prossimi paragrafi si osserverà come i “due binari” – ossia il tentativo di individuare una via alternativa al fallimento e l'aumento del ruolo dell'autonomia privata – non siano una novità nel nostro ordinamento, giacché, pur con alterne vicende e con differente efficacia, contratto e insolvenza sono state già oggetto di un peculiare intreccio.

### 3. *Le composizioni negoziali dal codice di commercio alla stagione delle riforme*

Spazi di autonomia contrattuale nella disciplina fallimentare erano già riconosciuti nei codici ottocenteschi, dove il presupposto oggettivo non era ancora lo stato d'insolvenza, introdotto nel 1942, ma l'inadempimento.

---

<sup>31</sup> In particolare, l'art. 5 dello Schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza” presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Il Fall.*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, tradotto nel d.d.l. n. 3671 – poi contrassegnato dal n. 3671-bis, essendo stato stralciato l'art. 15 relativo all'amministrazione straordinaria, approvato dalla Camera il 1° febbraio 2017 e nelle more della stampa all'esame del Senato – recita «I piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria e disciplinarne gli effetti vanno incentivati: a) consentendo al debitore, il quale nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie concluda l'accordo di ristrutturazione ovvero una convenzione di moratoria con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il settantacinque per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee, di estenderne gli effetti ai creditori della medesima categoria non aderenti, purché coinvolti nelle trattative, fatto salvo il loro diritto di opporsi all'omologazione in caso di frode, non veridicità dei dati aziendali, inattuabilità dell'accordo ovvero praticabilità di soluzioni alternative più soddisfacenti; b) eliminando o riducendo la soglia del sessanta per cento dei crediti prevista nell'articolo 182-bis, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ove il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, di cui al primo comma di detto articolo, né richieda le misure protettive previste nel successivo sesto comma; c) assimilando la disciplina delle misure protettive degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella prevista per la procedura di concordato preventivo, nei limiti di compatibilità; d) estendendo gli effetti dell'accordo ai soci illimitatamente responsabili, alle medesime condizioni previste nella disciplina del concordato preventivo; e) prevedendo che il piano attestato abbia forma scritta, data certa e contenuti analitici; f) imponendo la rinnovazione delle prescritte attestazioni nel caso di successive modifiche, non marginali, dell'accordo o del piano». Si vedano in proposito S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016 e, in particolare sugli accordi di ristrutturazione, C. TRENTINI, *Accordi di ristrutturazione e piano attestato, le soluzioni alternative al declino del concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2016, p. 1095.

Si rivela dunque utile un esame “archeologico”, “scavando” nella normativa anteriore per indagare l’evoluzione dell’autonomia privata nel diritto fallimentare.

### 3.1. *Il concordato amichevole e la moratoria nel codice di commercio*

Nel codice di commercio del 1865 era stato reso obbligatorio il tentativo di concordato fra il debitore già dichiarato fallito e i creditori, lasciando «all’iniziativa individuale, di chi può avervi interesse, il provocare la convocazione per trattare del concordato, quando siavi probabilità di successo» (art. 615).

Se il concordato era regolarmente adempiuto, il fallito poteva evitare alcune conseguenze civili<sup>32</sup>. Tuttavia, il concordato non poteva avere ad oggetto la mera cessione dei beni ai creditori, in quanto si temeva che «sotto le facilitazioni e le agevolanze di un trattato fra il fallito e i suoi creditori potessero ascondersi per avventura quei pericoli d’inganni e di frodi che già consigliarono al legislatore del 1842 di negare al commerciante il beneficio della cessione dei beni, respinto oggimai anco dal codice civile italiano»<sup>33</sup>.

L’obbligatorietà dell’esperimento concordatario, comportando spesso solo inutili ritardi, veniva meno con il codice di commercio del 1882, dove la procedura giudiziale era prevista come inevitabile. Infatti, benché si promuovesse comunque l’esperimento di concordati stragiudiziali in ogni stadio della procedura, su iniziativa del curatore, dei creditori o del fallito, si affermava come «la speranza di ottenerlo non deve mai essere di ostacolo al corso regolare della procedura giudiziale di fallimento»<sup>34</sup>. Tali accordi erano dunque diffusi pur costituendo una «arruffatissima matassa»<sup>35</sup> per l’interprete che, nel silenzio del legislatore, era chiamato a confrontarsi con tali forme spontanee di regolazione.

L’abrogazione del tentativo obbligatorio di concordato, considerato d’intralcio alla celerità della procedura, veniva bilanciata con l’introduzione all’art. 825 del nuovo istituto dell’accordo amichevole, poi abrogato dalla l. n. 197/1903. Si trattava di una figura prevista nell’ambito della disciplina della moratoria di cui all’art. 819 ss., prevista per situazioni di crisi ritenute re-

---

<sup>32</sup> Ai sensi dell’art. 631 cod. comm. del 1865 il fallito non condannato per bancarotta che aveva ottenuto un concordato poteva riprendere la professione di commerciante e far indicare sull’albo dei falliti l’avvenuta conclusione del concordato; in caso però di mancato integrale pagamento entro sei mesi dai termini fissati per l’ultimo pagamento delle quote spettanti ai creditori tali benefici decadevano.

<sup>33</sup> Così la “Relazione al Ministro Guardasigilli fatta a Sua Maestà in udienza del 25 giugno 1865”, sub Libro III, riportata da L. STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *La cultura negli anni '30*, Firenze, 2014, p. 160.

<sup>34</sup> Così E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1900-1908, n. 8080, p. 596.

<sup>35</sup> In tal senso ancora E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1898, p. 5.