

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI

(1955-1968)

E DA

ALBERTO TRABUCCHI

(1968-1998)

DIREZIONE

MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI

GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI

ANDREO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE

ANDREO PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO

VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER

PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

REDATTORE CAPO

VITTORIO COLUSSI



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

P A D O V A

MAURIZIO SCIUTO
Prof. straordinario dell'Università di Macerata

EFFETTI LEGALI E NEGOZIALI DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Tre norme sull'efficacia. — 3. Formazione progressiva della fattispecie e deviazioni patologiche. — I. Dalle trattative all'accordo. — 4. Le trattative. — II. L'accordo e i suoi rapporti col procedimento. — 5. Effetti negoziali ed effetti legali. — 6. La « pubblicazione » e i suoi effetti. — 7. L'« accordo » come fattispecie. — 7.1. Causa unitaria e oggetto « libero ». Rilevanza mediata del contratto nella produzione degli effetti legali. — 7.2. Requisiti minimi dell'accordo: forma e parti. — 7.3. Unanimità e relatività dell'accordo. — 7.4. Struttura dell'accordo. — III. Effetti della conclusione del procedimento. — 8. Rigetto dell'omologazione — 9. Omologazione e regolare esecuzione. — IV. Patologie negoziali emergenti dopo l'omologazione. — 10. Omologazione e vizi dell'accordo. — 11. Mancata esecuzione o sopravvenuta « inidoneità » dell'accordo a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei. — 11.1. La risoluzione dell'accordo. — 11.2. Rimedi spettanti ai creditori estranei. — 11.3. Rapporti fra sopravvenuta dichiarazione di fallimento ed efficacia dell'accordo — 11.4. Modificabilità dell'accordo? — 12. Omologazione e vizi genetici dell'accordo. — V. Effetti dell'apertura del fallimento. — 13. Apertura del fallimento. — 14. L'esenzione dalla revocatoria fallimentare. — 15. Azionabilità della revocatoria ordinaria. — 16. Impossibilità di precludere la cd. « nuova finanza ». — 17. Le responsabilità.

1. — Il tema degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (d'ora in avanti: « l. fall. ») risulta — come testimoniano sia la grande attenzione della dottrina, sia, per converso, quella modesta della prassi ⁽¹⁾ — piuttosto oscuro, sia per l'ambiguità che, ancor più, per l'incompletezza della disciplina che se ne occupa.

Una delle prospettive d'analisi più meritevoli d'attenzione — fra le indubbiamente molteplici, e poi non solo strettamente giuridiche, che si dischiuderebbero a chi aspirasse ad un esame completo dell'istituto — pare quella della portata e della sequenza degli *effetti* collegati al procedimento descritto dall'art. 182 *bis*.

In queste pagine non verranno dunque affrontati, se non incidentalmente, temi già abbastanza esplorati (e, direi, anche utilmente), come quelli sulla legittimazione a proporre l'accordo, sui possibili contenuti e sulle condizioni economiche del programma di ristrutturazione, sui limiti e sulla rilevanza del parere di attuabilità rilasciato dall'« esperto », sulla legittimazione ad opporsi

⁽¹⁾ Cfr. G. NEGRI, *Concordato preventivo, vince la diffidenza*, ne *Il Sole 24 Ore* del 7 maggio 2007; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la « meno incerta » via italiana alla « reorganization »?*, in *Fallimento*, 2007, p. 703 ss.; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di « salvataggio » (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)*, in *R. d. priv.*, 2007, p. 277 ss., a p. 278.

all'omologazione e poi, soprattutto, sul controllo del tribunale che questa presuppone. E neppure, infine, sui rapporti (oggi comunque pensati da quasi tutti in termini di tendenziale autonomia) che, al vertice, intercorrono fra gli accordi di ristrutturazione e la procedura di concordato preventivo.

Poco, o poco organicamente, pare invece sia stato detto sulla natura e la concatenazione — se così si può dire — degli effetti di tali accordi, anche e soprattutto, poi, in relazione alla progressiva scansione del loro manifestarsi.

2. — Tre sono, per cominciare, i dati normativi più rilevanti:

a) l'art. 67, comma 3°, lett. e), l. fall., secondo cui sono esenti da revocatoria fallimentare gli atti e i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione che sia stato omologato;

b) l'art. 182 *bis*, comma 2°, l. fall., secondo cui l'accordo va pubblicato nel registro delle imprese ed acquista efficacia dal giorno di tale pubblicazione;

c) l'art. 182 *bis*, comma 3°, l. fall., (opportunamente introdotto col cd. decreto correttivo del settembre 2007) ⁽²⁾, secondo cui dalla data di pubblicazione e per sessanta giorni da essa, i creditori per titolo e causa anteriore non possono iniziare o proseguire azioni cautelari od esecutive sul patrimonio del debitore; restando inoltre sospeso — si direbbe anche in questo caso per sessanta giorni — il decorso dei termini che porterebbero a maturazione eventuali prescrizioni in corso, nonché (eccezionalmente e un po' contraddittoriamente) eventuali decadenze.

3. — La seconda delle due norme ricordate è quella che lascia più perplessi. Essa condiziona alla pubblicazione nel registro delle imprese l'efficacia di un accordo appartenente ad un *genus* — quello degli accordi stragiudiziali fra l'imprenditore in difficoltà e i suoi creditori — che per la verità risulta da sempre vivo nella prassi, senza che nessuno abbia mai dubitato che i suoi normali effetti, ovviamente negoziali, si potessero, e si possano ancor oggi, produrre a prescindere da qualsiasi pubblicità ⁽³⁾.

D'altronde, l'effetto dell'esenzione da revocatoria degli atti compiuti in esecuzione di un accordo omologato — che poi è il suo effetto principale, ben-

⁽²⁾ D. legisl. 12 settembre 2007, n. 169, « *Disposizioni integrative e correttive al R.D. 16 marzo 1942, n. 267, nonché al D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa* ».

⁽³⁾ Cfr., ad esempio, E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, nel *Tratt. Galgano*, XXXVII, Padova 2005, p. 208 ss.; per il dibattito sui limiti di ammissibilità del concordato stragiudiziale prima della riforma, v. anche S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. di dir. comm.* diretto da G. Cottino, Padova 2008, p. 157 ss.; antecedenti di accordi funzionalmente paragonabili a quelli odierni si rintracciano del resto già nel Rinascimento, v. U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova 1964, p. 275 ss. Si ricordi anche, del resto, il precedente costituito dall'art. 825 del Codice di commercio, in cui si ravvisa più di un'analogia con il vigente art. 182-*bis* l. fall.

ché soltanto eventuale (vi sarà soltanto se mai si aprirà un fallimento) — è dall'art. 67, l. fall., condizionato *non* alla sola pubblicazione, bensì, appunto, all'avvenuta omologazione. La quale, in effetti, non è affatto scontato che vi consegua.

E se pure vi conseguisse, l'effetto che ne deriva, l'esenzione dalla revocatoria, presuppone l'apertura di un fallimento; e quindi anche, per converso, la tendenziale caducazione degli effetti negoziali dell'accordo.

Pare così necessario ricostruire l'ambito dei possibili effetti dei cd. accordi di ristrutturazione seguendo le tappe attraverso cui, progressivamente, essi si manifestano. Considerando poi anche i casi in cui il normale percorso delineato dal legislatore si interrompa o subisca delle deviazioni, o involuzioni, « patologiche ».

I. — 4. — Una prima tappa è, ovviamente, quella che va dalle trattative alla conclusione dell'accordo.

Si tratta di una fase nella quale, in ogni caso (e fino alla pubblicazione dell'accordo), non si produce alcuno degli effetti sopra ricordati: non opera infatti alcuna protezione, né da possibili azioni esecutive o cautelari dei creditori, né da un'eventuale revocatoria con la quale in futuro si volessero colpire gli atti compiuti in tale frangente.

Si tratta quindi di una fase molto delicata, che certo non incentiva il ricorso allo strumento qui considerato. Da un lato, infatti, il debitore si « espone », manifestando le sue difficoltà ad alcuni suoi creditori (benché sia ben possibile che si tratti di creditori, come le banche, già ben informati). Dall'altro lato, però, non può contare su alcuna protezione contro nuove iniziative dei creditori che, proprio perché chiamati alla trattativa, siano stati messi in allerta.

Il che non sarebbe, in principio, inevitabile. Ad esempio, nel sistema francese o in quello americano ⁽⁺⁾, le finalità anticipatorie di una vera e pro-

(+) Infatti, se durante il tentativo di *conciliation* (prevista dagli artt. L611-4 ss., *Code de Commerce*) « *le débiteur est poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande du débiteur et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil* » (secondo il quale articolo, in particolare, « *compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues* »).

Si tratta dunque di una fase anteriore alla conclusione di un accordo (poi da omologarsi, col che eventualmente si chiuderà la procedura di conciliazione) che per diversi aspetti ricorda — certo secondo una disciplina più dettagliata ed accorta di quella italiana — lo schema previsto dall'art. 132 *bis*, l. fall. (e cfr. art. L. 611-8, 9, 10). In merito, anche per le differenze con la *procédure de sauvegarde*, cfr. M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *D. fall.*, 2008, I, p. 256 ss., a p. 265.

Anche nella *Reorganization* prevista dal *Chapter 11 del Bankruptcy Code* statunitense la fase delle trattative è protetta contro azioni esecutive o cautelari dei creditori attraverso l'immediata operatività del cd. « *automatic stay* », efficace non appena presentata domanda di ammissione alla procedura. Domanda che, come noto, precede normalmente (a parte

pria insolvenza sono comunque garantite da una protezione che opera immediatamente già nella fase delle trattative.

In Italia, è probabile allora che, almeno in questa prospettiva, i debitori in stato di crisi si rifugino nel più comodo e « discreto » piano di risanamento previsto dall'art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall. Il quale, pur garantendo un'equivalente esenzione da una (eventuale e futura) azione revocatoria fallimentare, non richiede alcuna « pubblicità »: né di diritto, attraverso la pubblicazione nel registro delle imprese; né di fatto, non richiedendosi, almeno in principio, alcuna trattativa o condivisione delle informazioni. Detto piano, infatti, è strutturalmente concepito dalla legge come frutto di una predisposizione unilaterale ⁽⁵⁾; neppure avente, anzi, una natura necessariamente negoziabile, fonte di vincoli per il predisponente ⁽⁶⁾ (col che non si nega che nella pratica, verosimilmente, esso sarà concertato almeno con il principale creditore, e programmato come prodromico alla conclusione di successivi negozi).

II. — 5. — In che cosa un accordo di ristrutturazione, in sé considerato, si distingue da un qualsiasi altro accordo stragiudiziale fra un imprenditore in crisi e i suoi creditori?

In una prospettiva meramente negoziale, il rapporto potrebbe definirsi di *species a genus*.

Il dato distintivo principale — e però soltanto tendenziale e in qualche modo estrinseco — è che l'accordo di ristrutturazione verrà normalmente concepito dalle parti non fine a sé stesso, ma soltanto in quanto *preordinato al perfezionamento del procedimento* regolato dall'art. 182 *bis*, l. fall., e quindi al conseguimento, anche, degli effetti *legali* che ne derivano. Sussisterebbe dunque, secondo il modello legale, uno stretto collegamento fra negozio e procedimento che, in principio, parrebbe doversi ritenere presupposto dagli stessi autori del negozio.

Ma così potrebbe anche non essere. Sia perché le parti potrebbero co-

le ipotesi di un *Prepackaged Plan*, a sua volta però ben diverso dai nostri accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis*: cfr. anche G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 21, e 40 ss.) la fase delle trattative con i creditori, volta appunto all'elaborazione e all'approvazione del *Plan* (cfr. C.J. TABB, *The law of Bankruptcy*, The Foundation Press-Westbury, New York 1997, 146 ss.). Ben diversamente, quindi, dal nostro concordato preventivo ove, se la protezione è immediata (cfr. A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra « privatizzazione » e tutela giudiziaria*, in *Fallimento*, 2005, p. 1453 ss., a p. 1457), è pur vero che lo stesso accesso alla procedura è condizionato non ad una mera domanda, ma alla presentazione di un piano già elaborato (e sia pur modificabile, si ritiene, entro certi limiti).

⁽⁵⁾ Cfr. D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2006, p. 1195 ss., a p. 1204, che parla appunto di « mera programmazione da parte del debitore »; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 16 ss., a p. 18; A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *R. not.*, 2006, I, p. 321 ss., a p. 328.

⁽⁶⁾ Cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 281.

munque intendere, anche a prescindere dall'omologazione, vincolarsi al regolamento negoziale. Sia perché, poi, un accordo di ristrutturazione avente i requisiti previsti dall'art. 182 *bis*, l. fall., potrebbe anche, almeno in via di principio, costituire oggetto di una richiesta di homologazione (e pubblicazione) ⁽⁷⁾ per iniziativa del solo debitore (in effetti l'unico processualmente legittimato), per quanto una siffatta « destinazione » non fosse stata inizialmente programmata né condivisa con i creditori.

Potrebbe anche darsi il caso, insomma, che le parti non abbiano subordinato l'efficacia di un accordo di ristrutturazione, pur rispondente ai requisiti fissati dall'art. 182 *bis*, l. fall., al perfezionamento del relativo procedimento. Ed in tal caso direi che nessuno, neppure l'attuale art. 182 *bis*, comma 3°, l. fall., potrebbe impedire ad un tale negozio di spiegare i suoi « naturali » effetti ⁽⁸⁾.

Diversa sarà invece l'ipotesi, da raccomandarsi allora sul piano pratico,

⁽⁷⁾ Si direbbe che la sequenza, in particolare, dovrebbe essere: (i) *deposito* presso il Tribunale del ricorso per l'omologazione, in uno con la documentazione richiesta dall'art. 182 *bis*, comma 1°, l. fall.; (ii) *pubblicazione* (*recte*: iscrizione) dell'accordo presso il registro delle imprese (a partire dalla quale si produrranno gli effetti — sia quelli immediati che, retroattivamente, quelli condizionati all'omologazione) dell'accordo, e sarà possibile la proposizione di un'opposizione (il che dunque presuppone il previo ricorso al Tribunale: cfr. C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, p. 136; G.U. TESDECHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova 2006, p. 581; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 710; in senso opposto, però, G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 381); (iii) *omologazione*, decise che siano le eventuali opposizioni; (iv) *pubblicazione* (*recte*: iscrizione) nel registro delle imprese del decreto di homologazione (espressamente prevista art. 182 *bis*, comma 4°, l. fall.), immediatamente esecutivo.

⁽⁸⁾ Cfr. S. BONFATTI (-P. CENSONI), *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2007, p. 472; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *La riforma del diritto fallimentare*, (sub art. 182 *bis*), a cura di A. Nigro-M. Sandulli, Torino 2006, p. 1098; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 37; G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in *Fallimento*, 2005, p. 1445 ss.; V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 498. Dubitativamente, G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto*, in *D. fall.*, 2005, I, p. 1156 ss., a p. 1170; V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., che da un lato sembra condizionare senz'altro l'efficacia *inter partes* dell'accordo alla sua pubblicazione (p. 297), dall'altro, però (p. 303), riconosce l'esistenza di una « scala » che, dagli accordi pubblicati ed omologati, scende fino a quelli né pubblicati né omologati, e nondimeno « *produttivi di vincolatività giuridica e anche di qualche effetto giuridico prodromico* ». *Contra*, parrebbe, F. GUERRERA, in AA.VV., *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, Milano 2008, p. 175, ammettendo però l'apposizione di clausole condizionali per determinare negozialmente il momento iniziale dell'efficacia dell'accordo. In senso contrario parrebbe anche App. Trieste 4 settembre 2007, in *D. fall.*, II, 2008, p. 297 ss. (con nota di D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*), confermando una dichiarazione di fallimento nonostante l'avvenuta stipulazione di un accordo di ristrutturazione, stante la sua non omologabilità (rilevata in via incidentale), da un lato, e la sua improduttività di effetti (negoziali), in ogni caso, in quanto non ancora pubblicato (critico sul punto, e giustamente, D. MANENTE, cit., p. 311).

in cui le parti, attraverso la stessa intitolazione dell'atto o la deduzione di un'apposita condizione negoziale, subordinino espressamente l'efficacia dell'accordo alla sua omologazione, e allora anche al conseguimento degli effetti legali che ne derivano ⁽⁹⁾. In mancanza di una consimile pattuizione espressa, invece, l'unica possibilità per sottrarsi agli effetti del contratto (non più omologato, in ipotesi) resterebbe quella di far leva sull'istituto della *presupposizione*: che però in concreto, e segnatamente in chiave probatoria, non parrebbe l'appiglio più sicuro ⁽¹⁰⁾.

6. — Pare allora, come prima conclusione, che l'art. 182 *bis*, comma 3°, l. fall., nel subordinare la « efficacia » dell'accordo ad una sua pubblicazione nel registro delle imprese, evidenzi il suo limite: gli effetti di cui esso parla sono soltanto quelli legali, sopra ricordati (ed allora l'omologazione opererà come *condicio iuris*); laddove quelli negoziali, se dipenderanno o meno dalla pubblicazione nel registro delle imprese, vi dipenderanno innanzitutto, a monte, per una previa scelta dell'autonomia negoziale (si tratterà dunque di condizione negoziale sospensiva, sin quando non intervenga l'omologazione; ovvero risolutiva, per il caso che l'omologazione non intervenga, o comunque in caso di successiva apertura di fallimento; oppure ancora, come detto, di presupposizione, che poi è anch'essa quella *unentwickelte Bedingung* di cui parlava Windscheid), e non certo automaticamente, *ex lege*.

Può dedursene anche, allora, che la « pubblicazione nel registro delle imprese » di cui genericamente parla l'art. 182 *bis*, l. fall., per gli effetti che produce sia da intendersi tecnicamente come « iscrizione », e non mero « deposito » ⁽¹¹⁾; e poi come iscrizione con efficacia costitutiva.

« Costitutiva » innanzitutto rispetto agli effetti legali che produce (immediato blocco delle azioni esecutive e cautelari e del maturare di termini prescrizionali e decadenziali; nonché poi esenzione da revocatoria degli atti compiuti in esecuzione del piano dal momento dell'iscrizione, subordinatamente però alla sua omologazione e, ovviamente, alla successiva apertura di una procedura fallimentare); e quindi — come anche conviene dire, più specificamente — « normativa », in quanto quegli effetti non costituiscono materia negoziale, non appartengono cioè al regolamento pattizio, essendo piuttosto una conseguenza legale della iscrizione-omologazione.

⁽⁹⁾ Si tratterà ovviamente di condizione sospensiva (cfr. anche G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, legge fallim.)*, in *D. fall.*, 2007, I, p. 942), e non « risolutiva espressa », come la definisce F. INNOCENTI, cit., p. 938.

⁽¹⁰⁾ V. già, in questi termini, Cass. 18 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951, e in *G. comm.*, 1980, II, p. 700, su cui, ancora, *infra*, sub nt. 42. Concorda con questa impostazione, F. FERRO LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore « estraneo... ma non troppo »*, in *R. d. comm.*, 2008, I, p. 825 ss., a p. 828.

⁽¹¹⁾ Nello stesso senso, G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 581; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 129 ss., a p. 136.

E « costitutiva », in un certo senso, anche dell'efficacia dell'accordo stesso, se — come detto — sia stato quest'ultimo, innanzitutto, ad auto-condizionare sospensivamente la propria efficacia negoziale all'iscrizione (che quindi, da questo punto di vista, rileverebbe piuttosto come *condicio facti* anziché *iuris*).

7. — 7.1. — Nella prospettiva effettuale qui coltivata, se l'omologazione assume (per quanto meglio si specificherà fra un attimo) il ruolo di fonte diretta degli effetti legali, nondimeno essa rimanda, per poter « esserci », alla definizione del *quid* omologato, e cioè ai tratti identificativi dell'accordo, ai requisiti minimi che esso dovrà possedere per guadagnare l'omologazione.

Esso, innanzitutto, non pare stagliarsi, nella definizione legislativa, quale vero e proprio « tipo » contrattuale ⁽¹²⁾, e cioè quale schema negoziale identificabile oltre che funzionalmente, anche contenutisticamente e strutturalmente (per le prestazioni deducibili e il loro rapporto reciproco), al cui manifestarsi nella realtà empirica consegue l'attrazione di una disciplina data. O potrebbe tutt'al più parlarsi — trattandosi pur sempre di un *genus* « nominato » e connotato da una qualche costante funzionale (v. *infra*) — di una tipizzazione « a bassa definizione », con l'« obiettivo limitato » di fungere da condizione di applicazione di talune norme, che però — si badi — risultano « esterne » al regolamento contrattuale, insistendo su un'area diversa e, per così dire ulteriore, rispetto a quella ordinata dal programma negoziale ⁽¹³⁾.

Il contenuto dell'accordo, inteso come l'insieme degli impegni assunti dalla parti per ristrutturare il debito, è infatti tendenzialmente libero. Solo occorre che esso si presti ad assicurare — non solo in termini di formale impegno, ma anche di concreta fattibilità — un certo risultato, pensabile allora in termini di *causa*: una ristrutturazione dei debiti tale da garantire il regolare pagamento dei creditori estranei e quindi scongiurare, in definitiva, l'insolvenza dell'imprenditore ⁽¹⁴⁾.

Questa, quindi, la funzione, tendenzialmente unitaria, alla cui realizzazione è proteso — lungo percorsi e con modalità non predefinite dalla legge — il regolamento pattizio. Ma gli effetti, appunto legali, previsti dagli art. 67 e 182 *bis*, l. fall., restano estranei a quel regolamento: non derivano dall'ac-

⁽¹²⁾ Cfr. C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131; A. CAIAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, (Nota a Trib. Bari 21 novembre 2005), in *D. fall.*, 2006, p. 536 ss., a p. 542; nel senso di una tipizzazione parziale, G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 20.

⁽¹³⁾ Per questi concetti, v. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2001, p. 425-427. Sul punto cfr. anche V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *R. d. comm.*, 2008, I, p. 483 ss. a p. 492.

⁽¹⁴⁾ Cfr. D. GALLETI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2006, p. 1195 ss., a p. 1200; V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 291; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 129; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *R. d. priv.*, 2005, p. 738 ss.; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano 2007, p. 115 ss.; e v. anche nt. 42.

cordo in sé, quanto piuttosto dal concludersi del procedimento di iscrizione-omologazione che lo coinvolge.

Pare anzi che il carattere diretto del rapporto fra il provvedimento di omologazione e il prodursi degli effetti legali meriti di essere enfatizzato, se non vogliono frustrarsi le esigenze di certezza che indubbiamente animano la disciplina in questione, tutta volta a propiziare la soluzione concordata della crisi e dunque intesa a prevenire l'insorgere di ogni timore o dubbio in relazione alle sue possibili conseguenze. In questa prospettiva, allora, dovrebbe ritenersi che persino l'omologazione di un accordo privo dei requisiti fissati dalla legge, ove erroneamente concessa, produrrà ugualmente i suoi tipici effetti legali ⁽¹⁵⁾, e segnatamente l'esenzione da revocatoria fallimentare. Effetto, quest'ultimo, che del resto risulta di per sé apprezzabile soltanto a fallimento aperto: e dunque proprio in una fase in cui gli effetti negoziali potranno dirsi in ogni caso, anche a prescindere dalla (ir)regolarità dell'accordo, caducati (v. *infra*).

Si tratterà, insomma, di un'efficacia non solo *costitutiva*, ma al limite anche *sanante*, del provvedimento di omologazione.

Proprio in ciò — può rilevarsi per inciso — potrebbe cogliersi, o quantomeno valorizzarsi, una significativa differenza, anche pratica, fra gli accordi di ristrutturazione e i « piani di risanamento attestati » ai quali si è già accennato evidenziandone anche, per alcuni aspetti, il maggior *appeal* rispetto ai primi, dovuto alla superfluità di un consenso dei creditori e quindi ad una maggiore riservatezza.

Ecco — sempre nella prospettiva del conseguimento dell'effetto legale (insomma della « sicurezza » dell'accordo) — sembra che dal canto loro gli accordi di ristrutturazione possano promettere qualcosa in più del mero « piano attestato », una volta che abbiano superato il vaglio omologatorio ⁽¹⁶⁾. L'omologazione dell'accordo, infatti, ai sensi dell'art. 67, l. fall., assicurerà comunque (a parte forse, ma si direbbe comunque di no, il caso di frode) l'esenzione dalla revocatoria fallimentare, proprio perché l'omologazione, come tale, è giudizio concluso di conformità di un atto al modello legale, e perché quindi è essa stessa, e non l'atto in sé, a provocare l'effetto legale che ne deriva. Dei piani di risanamento previsti dall'art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall. — predisposti nel riserbo dei propri uffici finanziari o di un fidato studio professionale — manca invece una verifica qualificatoria preliminare. E se,

⁽¹⁵⁾ Cfr. S. BONFATTI (-P. CENSONI), *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 474.

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova 2006, p. 58, rilevando al proposito la maggiore stabilità degli effetti (seppur la minore riservatezza) rispetto al mero « piano attestato », giustificabile dalla circostanza che il procedimento di pubblicazione-omologazione previsto dalla legge comporta comunque, nei confronti dei terzi potenzialmente lesi dall'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare, una « *provocatio ad loquendum* (o *ad opponendum*) ». V. anche, a questo riguardo, A. JORIO, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino 2007, p. 103 ss., a p. 105.

quando una verifica giudiziale dovesse rendersi necessaria, si constaterà che essi, sia pure in base a criteri di giudizio *ex ante*, non potevano effettivamente, ed obiettivamente, « apparire idonei » a consentire il risanamento dell'impresa, dovrà constatarsi anche, allora, che l'appropriata « fattispecie » non è mai venuta in essere, pur a dispetto della qualificazione delle parti (con conseguente riqualificazione o, se si preferisce, dequalificazione giudiziale). E che perciò neppure gli effetti legali (essenzialmente l'esenzione da revocatoria), che a quella fattispecie necessariamente si richiamano, potranno mai prodursi, né essersi prodotti ⁽¹⁷⁾.

7.2. — Tendenzialmente esclusa, quindi, la prospettiva di una revocatoria fallimentare quale conseguenza di una « riqualificazione » o invalidazione *ex post* (su cui si tornerà fra poco) dell'accordo che sia stato omologato, resta il fatto che — pur sempre nella prospettiva dell'analisi degli effetti — l'identificazione delle sue caratteristiche, necessarie o eventuali, mantenga una sua rilevanza: sia, è ovvio, per identificare quali sono i requisiti necessari perché esso possa dirsi almeno astrattamente meritevole di omologazione; sia poi per impostare, a seconda della natura che si riconosca all'accordo, una risposta ai più complessi interrogativi sulle conseguenze dei suoi eventuali vizi, genetici o funzionali.

Se dunque, come visto, l'accordo risulta tendenzialmente libero quanto al contenuto del programma di ristrutturazione (finanziaria, ma all'occorrenza, si direbbe, anche aziendale) ⁽¹⁸⁾ ed agli obblighi a tal fine assunti (di cui non risulta predeterminato l'oggetto), requisiti minimi risultano invece fissati con riferimento alla forma ed alle parti.

Che la *forma* debba esser scritta — seppur non consti prescrizione espressa — pare lo si possa inferire agevolmente dalla necessità dell'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese. Forma scritta, comunque, eventualmente riferibile anche ai più documenti separati attraverso i quali sia stato scambiato il consenso con i diversi creditori ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Sull'alea del giudizio *ex post* che necessariamente dovrà investire i piani di risanamento, allorché si tratterà di negare un'azione revocatoria fallimentare, v. infatti V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 306.

⁽¹⁸⁾ In tal senso, mi pare, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 348; dubitativamente, M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziale delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della debolezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, p. 575 ss., a p. 598.

⁽¹⁹⁾ Cfr. G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 576 ss. G. FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, ne *La riforma organica delle procedure concorsuali* (a cura di S. Bonfatti e L. Panzani), Milano 2008, p. 767 ss., a p. 783; S. AMBROSINI, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 169. Si pone, peraltro, in relazione al numero dei soggetti coinvolti (ovviamente se più di due) e alle modalità concrete della complessiva negoziazione, il problema di accertare quando il contratto possa dirsi effettivamente concluso: sia in termini di conoscenza delle condizioni riservate agli altri oblati (specialmente quando non vi sia stata una pattuizione unitaria fra tutti ovvero, seppur di ciascuno separatamente, ri-

Le *parti* dell'accordo saranno poi un imprenditore (sedicente) in crisi (lo « stesso » che potrebbe accedere a concordato preventivo, ma anche — ritengono i più, e direi a ragione — all'amministrazione straordinaria) e tanti creditori (ma verosimilmente anche uno solo, quale una banca o anche il fisco, espressamente contemplato del resto anche dall'art. 182 — *ter*, l. fall.) che rappresentino almeno il 60% dei crediti dell'impresa. Soglia raggiungibile — è stato affermato, ma forse erroneamente — anche dopo la pubblicazione, purché prima dell'omologazione ⁽²⁰⁾. Si richiede comunque il 60% di *tutti* i crediti, compresi quelli muniti di cause di prelazione e quelli fiscali ⁽²¹⁾. Questi ultimi certamente suscettibili di essere considerati nell'accordo, anche secondo quanto previsto dall'art. 182 *ter*, l. fall., e perciò da calcolarsi in ogni caso ai fini della determinazione della percentuale minima: ma con quale difficoltà, per una serie di incognite legate a contestazioni ed accertamenti in corso, non è difficile immaginare.

Resta inespreso, d'altra parte, se nel calcolo debbano rientrare anche i crediti non ancora scaduti e quelli condizionali ⁽²²⁾.

spetto ad un piano che sia stato comunque presentato come insuscettibile di modifiche: v. sul punto S. BONFATTI (-P. CENSONI), *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 471), sia della loro effettiva accettazione, se vi sia stato un implicito condizionamento della accettazione di ciascuno a quella degli altri oblati, o almeno di alcuni di essi; momento forse, al più tardi, fissabile in quello dell'avvenuta conoscenza (*rectius*: conoscibilità legale) realizzata attraverso la pubblicazione nel registro delle imprese (cfr. C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 131 ss.; G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, cit., p. 944; Trib. Brescia 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 669 ss., con nota adesiva di G.B. NARDECCHIA).

⁽²⁰⁾ Trib. Milano 23 gennaio 2007 (decr.), in *Fallimento*, 2007, p. 701 ss., sottolineando che la percentuale del 60% è condizione dell'omologazione, non della pubblicazione; F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 928; R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti* (Nota a decr. Trib. Milano 11 gennaio 2007), in *D. fall.*, II, 2008, p. 146, ritenendo la soluzione preferibile se non altro dal punto di vista pratico. *Contra*, però, C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 132; V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 503; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 577, ammettendo però adesioni successive ulteriori rispetto a quelle che già rappresentino il 60% dei crediti; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, ne *Le nuove procedure concorsuali: dalla riforma organica al decreto correttivo* (a cura di S. Ambrosini), Bologna 2008, p. 558 ss., p. 570; Trib. Brescia 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 669, con nota adesiva di G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*; P. VALENSISE, in *Aa.Vv.*, *La riforma del diritto fallimentare*, sub art. 182 *bis*, a cura di A. Nigro-M. Sandulli, Torino 2006, p. 1100: si rileva infatti che da un lato, letteralmente, la stessa pubblicazione sembra prescritta rispetto ad un accordo che abbia tutte le caratteristiche fissate dall'art. 182 *bis*, l. fall., e quindi, fra l'altro, concluso con tanti creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti verso il debitore; e dall'altro, sostanzialmente, che decorrendo il termine per eventuali opposizioni dalla pubblicazione, deve ritenersi che il « quadro » complessivo dell'accordo, in relazione al quale formulare le eventuali opposizioni, sia sin da allora chiaro e definito.

⁽²¹⁾ Sul punto, G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, cit., p. 959; cfr. anche Trib. Roma 16 ottobre 2006, in *Fallimento*, 2007, p. 187 ss.

⁽²²⁾ Cfr. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 29 ss.

Determinare in concreto il 60% di quale totale, dunque, risulterà un calcolo tutt'altro che agevole; e non solo, poi, per le cennate lacune legislative. Ci si trova infatti non all'interno di una procedura dotata di organi deputati alla elaborazione, più o meno procedimentalizzata ed istruita, di uno stato passivo, bensì in presenza di (un procedimento volto all'omologazione di) un accordo che si auto-legittima sulla base di dati contabili (« la documentazione di cui all'art. 161 », come prescrive espressamente l'art. 182 *bis*, l. fall.) predisposti e presentati dallo stesso debitore. Sulla sola base di questi, dunque, il giudice dovrà poi concedere o rifiutare l'omologazione, sia pure coadiuvato dalla necessaria relazione dell'esperto, oltre che poi, eventualmente, da quanto potrà essere allegato da chi, opponendosi, instaurerà e svilupperà un contraddittorio all'interno della procedura, arricchendola di nuovi dati.

7.3. — L'accordo — che sia stipulato con una parte dei creditori, o a maggior ragione con tutti o con l'unico di essi — va comunque concluso all'unanimità, col consenso di ciascun contraente. Ed infatti ben si è specificato, al proposito: « *con* la maggioranza », ma non « *a* maggioranza »⁽²³⁾. Potendo anzi soggiungersi che, in effetti, già parlare di « maggioranza » apparirebbe fuorviante, rinviando il discorso alla ben diversa logica⁽²⁴⁾, appunto maggioritaria, propria del concordato preventivo.

Ne discende, tra l'altro, che non costituirebbe « vizio » intrinseco dell'accordo (a prescindere cioè dalla verifica di un'eventuale lesione della libertà negoziale delle parti), né valida ragione di opposizione alla sua omologazione, la differenziazione del trattamento riservato ai singoli creditori partecipanti all'accordo⁽²⁵⁾; e ciò quand'anche si trattasse (come invece tendenzialmente incompatibile con la classificazione dei creditori nei concordati giudiziali) di una differenziazione priva di evidenti giustificazioni e a limite, diciamo pure, « discriminatoria »⁽²⁶⁾, sempre che trasparente. Qui, infatti, siamo in

⁽²³⁾ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 346.

⁽²⁴⁾ Cfr. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 22 ss.

⁽²⁵⁾ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 346; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 32; P. MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fallimento*, 2006, p. 101; P. VALENSISE, *op. cit.*, p. 1093; S. AMBROSINI, in AA.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio e M. Fabiani, Bologna 2007, t. II, *sub art.* 182 *bis*, p. 2533 ss., a p. 2545; G. FALCONE, *op. cit.*, p. 782.

⁽²⁶⁾ In effetti, che il *surplus* di valore per i creditori — ipoteticamente assicurato dall'accordo rispetto all'alternativa strettamente liquidatoria — sia una risorsa da distribuirsi equamente fra i creditori, non è un'istanza tipica della figura in esame, in contrapposizione, tendenzialmente, a quanto dovrebbe avvenire nel concordato preventivo (cfr. V. Roppo, *Profili strutturali*, cit., p. 293). Senza dimenticare, peraltro, che persino nel concordato preventivo emergono ragionevoli dubbi sull'effettiva imperatività di un principio di equa distribuzione fra i creditori del cennato *surplus*, in assenza di una espressa norma quale quella prevista, ad es., dall'§ 245 della tedesca *Insovenzordnung* (sia consentito il rinvio, qui, al mio *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *G. comm.*, I, 2007, p. 566 ss., a p. 597, testo e note).

« pieno » contratto, concluso all'unanimità ⁽²⁷⁾. E ciascun creditore, secondo i principi, può liberamente disporre (e rinunciare a tutto o parte) del suo diritto, senza che la validità di tale scelta negoziale, se consapevolmente assunta, risenta dei patti conclusi con altri creditori.

L'accordo, dunque — e in questo non deroga al diritto generale dei contratti — è concluso all'unanimità ed è destinato a produrre effetti soltanto *inter partes*.

In linea di principio, infatti, esso non coinvolge la posizione dei creditori estranei, di cui l'accordo dovrebbe garantire il « regolare » soddisfacimento, né soprattutto li priva dei normali mezzi di tutela delle proprie ragioni, primo fra essi la persistente possibilità di richiedere il fallimento del debitore (su cui v. *infra*).

Ma limitarsi a dir ciò sarebbe riduttivo, ché la relatività del contratto, nel caso in questione, parrebbe per certi aspetti... relativa.

In primo luogo, infatti, la mera pubblicazione dell'accordo (sebbene in effetti non l'accordo in sé) già produce un immediato effetto a scapito dei terzi: la già ricordata moratoria di sessanta giorni prevista dall'art. 182 *bis*, comma 3°, l. fall.

In secondo luogo, non risulta del tutto evidente — ma la questione può essere soltanto accennata in questa sede — se la ristrutturazione dei debiti (attuata ad esempio attraverso remissioni, o dilazioni, o *pacta de non petendo*), possa, secondo i principi generali, giovare anche ad eventuali coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso (che in principio sono terzi rispetto all'accordo); oppure non, secondo la regola di cui all'art. 184, l. fall. ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Cfr. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 25.

⁽²⁸⁾ L'applicazione analogica dell'art. 184 l. fall., peraltro, potrebbe preferirsi se l'*eadem ratio* fosse ricavata dalla considerazione che gli accordi di ristrutturazione, al pari del concordato preventivo, si connotano casualmente per la loro funzionalità ad una « ristrutturazione dei debiti » non solo e non tanto intesi come singoli rapporti obbligatori, bensì come debito complessivo contratto al diretto fine di rendere possibile il funzionamento dell'impresa, « finanziamento della sua attività » (G. FERRI jr., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *R. d. comm.*, I, p. 747 ss., a p. 752): con tendenziale esclusione, secondo tale prospettiva, così dei coobbligati come, d'altro canto, degli stessi soci illimitatamente responsabili della società debitrice (*ibidem*). In senso favorevole all'applicazione analogica dell'art. 184 l. fall. si esprime anche G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano 2007, p. 879 ss., a p. 902, nonché G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1107, richiamando anche il precedente di Cass., sez. un., 18 febbraio 1997, n. 1482 (che però faceva riferimento, appunto, al concordato preventivo; lo si legga su *Dir. fall.*, 1997, II, p. 655 ss.); in termini dubitativi, C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 134.

Contro l'applicazione analogica, per la mancanza di una medesima *ratio*, si esprime però E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l. fall.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *D. fall.*, 2005, II, p. 849 ss. (diversamente però parrebbe, se non interpreto male, EAD., in *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 305 ss., ove si esclude l'applicazione analogica dell'art. 184, l. fall. solo per i concordati stragiudiziali, ma non per gli accordi di ristrutturazione omologati, assimilati in questa prospettiva ai concordati giudiziali), nonché S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto fallimen-*

In terzo luogo (così approssimandosi all'analisi della struttura dell'atto), non sarebbe forse improponibile, almeno in taluni casi, qualificare l'accordo di cui si discute come contratto a favore di terzi (art. 1411 ss., c.c.). Si tratta, a ben vedere, di un contratto che alcuni creditori stipulano con il loro debitore (anche) allo scopo (secondo la stessa prescrizione normativa, che deduce tale scopo quale « elemento significativo della causa » ⁽²⁹⁾ negoziale) di garantire il « regolare pagamento » dei creditori estranei; e di garantirlo proprio in un momento in cui, per la verità, la « regolarità » parrebbe piuttosto a rischio ⁽³⁰⁾. Un contratto a favore di terzi, quindi, casualmente connotato da

tare, cit., p. 2552, nonché Id., *Il concordato preventivo*, cit., p. 168, citando anche la recente pronuncia di Cass. 15 ottobre 2005, n. 28774 (la cui argomentazione, tuttavia, non pare — a ben vedere — deporre univocamente contro l'applicazione analogica dell'art. 184, l. fall. alla fattispecie considerata in queste pagine; infatti, la negazione della possibilità di ricorrere ad un'interpretazione analogica venne in quel caso argomentata proprio sulla base della differenza fra procedure concordatarie — alle quali in principio potrebbe avvicinarsi maggiormente la fattispecie qui considerata — e soluzioni concordatarie nell'ambito di procedure amministrate, come l'amministrazione straordinaria di cui ci si occupava nel caso di specie: si legga la decisione su *Fallimento*, 2006, p. 1285 ss., con nota di TERENCE). Nel medesimo senso, sul piano comparatistico, valga inoltre ricordare l'art. L. 611-10, al. 3, *Code de Commerce*: « *L'accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord. Les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué* ».

⁽²⁹⁾ Cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 292, che infatti poi — a p. 301 — adombra la riconducibilità dell'accordo alla categoria del contratto a favore di terzi.

⁽³⁰⁾ Obiezioni a questa impostazione vengono sollevate da F. FERRO LUZZI, *Prolegomeni*, cit., p. 830 ss., secondo cui, sebbene la stessa impostazione comporterebbe, per molti aspetti (soprattutto quelli appresso evidenziati nel testo), una « quadratura del cerchio », occorrerebbe comunque ravvisare nell'accordo di ristrutturazione dei debiti più un contratto « *con effetti favorevoli nei confronti dei terzi* », che un vero e proprio « *contratto a favore di terzi* » ex art. 1411. c.c. Dovendosi infatti escludere — sempre secondo l'A. — che i terzi possano assumere veste giuridica rispetto al rapporto negoziale; e stante poi la difficoltà di inquadrare il debitore nella figura del « *promittente, poiché se è vero, in fatto, che l'imprenditore in crisi è tenuto a eseguire una prestazione nei confronti di un terzo (il creditore estraneo all'accordo) è altresì certo che tale obbligazione non sorge dal perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione ma precede questo, ponendosi allora l'obbligazione del promittente a favore del terzo fuori dal rigido schema dettato dagli artt. 1411 e seg. del codice civile* ».

L'obiezione è seria ed infatti mi induce ad esprimermi, nel testo, in termini dubitativi; senza peraltro convincermi del tutto.

In primo luogo, infatti, occorre rilevare che se è pur vero che i creditori estranei non possono essere formalmente parte dell'accordo sottoposto ad omologazione (e ciò per due ovvie ragioni: primo, e in principio, perché altrimenti essi — per definizione — non sarebbero più « estranei »; secondo perché, in concreto, non potrebbe comunque divenire parte, pur volendolo, chi non fosse stato destinatario di una formale proposta; incredibilmente in senso opposto, anche se forse per paradosso, G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, cit., p. 945, secondo cui « *a ben vedere il ricorso per l'omologa (...) contiene una proposta che è evidentemente diretta ai creditori estranei all'accordo; si*

una funzione (non tanto, o non necessariamente anche, di attribuzione di un nuovo diritto, bensì) di rafforzamento di un credito preesistente ⁽³¹⁾.

Con la possibilità allora, almeno in via di principio, che il terzo aderisca alla convenzione (conclusa con gli altri creditori e già omologata) dichiarando di volerne profittare, così acquistando un diritto immediato contro lo stipulante, eventualmente anche in termini maggiori di quello che già gli spetti. Ad esempio ottenendo, e potendo escutere, nuove garanzie prestate da altre parti del contratto (fra le quali non potrebbe escludersi la figura di un assuntore) ⁽³²⁾ a

*chiede loro — esplicitamente o implicitamente — di non opporsi all'accordo »); pare però altrettanto vero che il contratto necessariamente ed espressamente — pena altrimenti il rigetto dell'omologazione (cfr. Trib. Roma 16 ottobre 2006, in *Fallimento*, 2007, p. 187 ss.) — dovrà contemplare i creditori estranei, in principio nominati e valutati individualmente per ammontare del credito, quali beneficiari di prestazioni da parte del debitore stipulante. Quelle prestazioni consistendo, a ben vedere, non in un semplice ed eventuale « effetto indiretto » del contratto, bensì in un vero e proprio elemento integrante della causa negoziale, quale legalmente prefigurata. Donde parrebbe una petizione di principio che i terzi, pur non essendo parti dell'accordo omologato, e però essendovi espressamente, ed anzi in via casualmente necessaria, contemplati come destinatari di una prestazione di uno dei contraenti, non potrebbero accedervi ex art. 1411 ss., come avverrebbe per qualsiasi altro consimile contratto; così guadagnando anch'essi, allora, una « veste giuridicamente rilevante all'interno dell'accordo ».*

D'altronde, dire che le obbligazioni nei confronti dei terzi (creditori estranei) già preesistono all'accordo, il quale perciò nulla « aggiungerebbe » a loro favore, pare obiezione che prova troppo: ché altrimenti non si comprenderebbe perché mai il loro regolare pagamento sia addirittura preteso dalla legge quale condizione per l'omologazione dell'accordo, e in fondo quale elemento che ne integra la stessa causa. In realtà, è la stessa legge che, muovendo dal presupposto di uno stato di crisi, postula l'obiettivo ed attuale rischio che i creditori non verranno regolarmente pagati: il che — in termini di valore « attualizzato » — equivale a riconoscere, già ora, un valore minore al loro credito (come noto, se ho il 50% delle probabilità che il mio credito di 80 non sarà pagato, questo, in termini di valore « di mercato », al momento varrà 40; se quindi si realizzano le condizioni per un pagamento integrale, avrò avuto un beneficio stimabile in misura pari a 40).

Ne risulta che il beneficio per il terzo — che poi è uno degli obiettivi casualmente rilevanti dell'accordo — non si attua sul piano (della rinnovazione o della modificazione, in ipotesi incrementativa per il creditore estraneo) della struttura o del contenuto (e cioè del valore nominale della prestazione in esso dedotta) del rapporto obbligatorio che lo lega al debitore; bensì su quello (dell'incremento, per effetto delle rinunce degli altri creditori) della garanzia patrimoniale generica che assiste il terzo-creditore estraneo: e quindi dell'incremento del valore di realizzo del suo credito. Un contratto quindi, come si dice anche nel testo, la cui causa si lascia individuare nel *rafforzamento del credito altrui* (ma in fondo poi — almeno negli auspici — anche dello stesso credito dei creditori stipulanti, commisurando il valore di realizzo di tale credito attraverso l'accordo, con quello altrimenti ottenibile in sede fallimentare; ché altrimenti — se anche per i creditori stipulanti un vantaggio, almeno auspicato, non vi fosse — dovrebbe arrivare a parlarsi addirittura di contratto senza causa ovvero a titolo gratuito).

Così come quando — ad esempio — un creditore, d'accordo col debitore, accettasse d'essere postergato, nel pagamento, ad altro creditore sino ad allora di pari rango; anche quest'ultimo — concluderei allora — terzo beneficiario ex art. 1411, c.c.

⁽³¹⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 372.

⁽³²⁾ Cfr. ad es. D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, cit., p. 1212;

suo favore, ovvero a garanzia generica dell'esecuzione del patto. Oppure acquistando un rango prioritario rispetto ad altri creditori stipulanti, e così potendosi opporre al pagamento di quelli che fra essi avessero accettato, nell'accordo, d'essere postergati rispetto ai creditori estranei, o comunque a quel singolo creditore estraneo.

Anche in tal caso, in definitiva, conseguenza ne sarebbe che quello che ai fini dell'omologazione sia stato considerato come « creditore estraneo » finisca con l'essere... estraneo fino a un certo punto; e che quindi, fin quando il piano trovasse attuazione regolare da ogni punto di vista, ogni sua iniziativa a tutela delle proprie ragioni (*in primis* un'istanza di fallimento) risulterebbe non solo infondata nel merito, ma ancor prima neutralizzata dal divieto di venire contro il fatto proprio.

7.4. — Ancora nella prospettiva della determinazione degli effetti dell'accordo, e della loro concatenazione, non pare poi puramente scolastico procedere oltre nell'analisi della natura dell'atto per rilevarne, a parte l'evidente onerosità⁽³³⁾, la struttura tendenzialmente « complessa », per limitarsi ora ad un termine generico.

In una delle prime pronunce sul punto⁽³⁴⁾, la giurisprudenza ha parlato di « contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria », in cui cioè una parte, quella dei creditori, sia composta da una pluralità di soggetti. A parte però il rilievo preliminare che, come detto, una siffatta plurisoggettività potrebbe essere smentita dalla non rara possibilità di un accordo che si presenti piuttosto come bilaterale « secco » (fra il debitore e un singolo creditore); e che forse la stessa bilateralità verrebbe in discussione se, come pare non potersi escludere, l'accordo si caratterizzasse per l'intervento di un assuntore, così assumendo struttura trilaterale; a parte ciò — si diceva — pare comunque che la questione che in concreto, a questo riguardo, più rilevi, sia in definitiva quella di come impostare la soluzione del problema rappresentato da un contratto rispetto al quale, sia prima che dopo l'omologazione, emergano vizi, genetici o funzionali, riguardanti la posizione di un solo contraente, per valutare in quale misura, parziale o totale, tale vizio possa ripercuotersi sull'accordo.

La questione, come noto, è affrontata e tendenzialmente risolta, nel nostro sistema, attraverso la figura dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, mediante la quale il principio di conservazione del contratto opera sino al limite dell'essenzialità della partecipazione invalida; e che quindi — a costo di qualche forzatura — potrebbe costituire per l'interprete una discreta tentazione concettuale, in effetti talora già manifestatasi⁽³⁵⁾.

per la partecipazione all'accordo di « terzi », v. anche E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, cit., p. 738 ss.

⁽³³⁾ V. nt. 30, *in fine*.

⁽³⁴⁾ Trib. Milano 23 gennaio 2007 (decr.), in *Fallimento*, 2007, p. 701 ss.

⁽³⁵⁾ C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131 ss.; G.U. TEDESCHI,

Nondimeno, la forzatura risulterebbe eccessiva: non solo perché, in una prospettiva empirica, non parrebbe comunque rara l'ipotesi di un accordo non plurilaterale, bensì puramente bilaterale, con un *solo* creditore (e tipicamente, poi, quello bancario). Ma soprattutto perché non pare ravvisarsi, nell'accordo di ristrutturazione, quella funzionalità — tipica della categoria evocata — « di ciascuna delle prestazioni al "conseguimento di uno scopo comune" »⁽³⁶⁾: gli scopi delle parti restando, per la verità, sempre contrapposti, così come contrapposti sono sempre il debitore e il creditore⁽³⁷⁾, anche quando una rinegoziazione del loro rapporto sia convenuta nell'interesse di entrambi.

Certo, secondo una certa visuale ultimamente invalsa nell'analisi del diritto azionario, potrebbe pur dirsi che anche i creditori, nello stipulare l'accordo, concorrono col titolare dell'impresa nel (ri)finanziarla, non importa poi se a titolo di capitale di debito o di rischio, ma comunque tutti perseguendo l'unitario scopo del suo salvataggio⁽³⁸⁾. A me pare però che, almeno nel caso qui considerato, l'obiettivo dei creditori resti innanzitutto, ma al limite anche esclusivamente, quello di tutelare efficacemente il proprio credito; poco interessando, alla fine, se, assicurato questo obiettivo (magari attraverso la concessione di capienti garanzie, a questo punto non più revocabili), l'impresa alla fine si salverà o non⁽³⁹⁾. Questa prospettiva finisce allora con il somigliare molto più a quella particolare forma di ristrutturazione del debito, già nota e tipizzata dal diritto azionario⁽⁴⁰⁾, consistente nella modificazione delle condizioni del prestito obbligazionario prevista dall'art. 2415, n. 2, c.c.: certo

Manuale del nuovo diritto fallimentare, cit., p. 576; con riferimento al *genus* degli accordi stragiudiziali, E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 269; segnalano l'incertezza della questione, G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 20, n. 8; A. JORIO, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 107; S. BONFATTI (-P. CENSONI), *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 474, condizionando la risposta all'interrogativo alla valutazione delle concrete modalità secondo cui l'accordo risulti essere stato concluso; sulla stessa linea, ma riconoscendo in ogni caso una causa unitaria alla complessiva architettura contrattuale, E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, cit., p. 738 ss.; contro soluzioni aprioristiche, v. anche S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2540, nonché Id., *Il concordato preventivo*, cit., p. 160 (parlando di istituto « a geometria variabile ») cui aderisce anche L. BOCCIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., p. 111 ss. Per decidere la questione riterrei invece, in ogni caso, priva di grande rilevanza (enfaticizzata invece da G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 899) la circostanza che il legislatore utilizzi il singolare « accordo » (nell'enunciato normativo) o il plurale « accordi » (nella rubrica).

⁽³⁶⁾ Cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 288.

⁽³⁷⁾ Per questa impostazione v. già, in tempi risalenti, DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 5ª ed., Padova 1968, p. 555, v. anche A. JORIO, *op. cit.*, p. 107 ss.

⁽³⁸⁾ L. BOCCIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., p. 128.

⁽³⁹⁾ Ed allora neppure potrebbe parlarsi, con terminologia attinguta dall'analisi dottrinale della causa societaria, del salvataggio dell'impresa come « scopo-mezzo », rispetto allo « scopo fine » della tutela dal proprio credito (così invece BOCCIO, *op. loc. ult. cit.*).

⁽⁴⁰⁾ Cfr. G. FERRI jr., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, cit., p. 752.

anch'essa plurisoggettiva, ma non pensabile come contratto plurilaterale con comunione di scopo ⁽⁴¹⁾.

L'inquadramento in tale categoria, dunque, risulterebbe poco calzante; nonché poi, in fondo, comunque evitabile. Meglio valendo, a ben vedere, inquadrare l'« accordo » (quando non si presenti già di per sé come seccamente bilaterale) come un fascio di negozi bilaterali ⁽⁴²⁾, accomunati però da una causa unitaria — quella emergente dallo stesso art. 182 *bis*, l. fall. — e fra loro, *tendenzialmente*, collegati ⁽⁴³⁾. Un collegamento se non volontario, quindi,

⁽⁴¹⁾ A ciò si aggiunga che gli obbligazionisti, quantomeno, sono creditori volontari; mentre chi si ritrovi a stipulare un accordo di ristrutturazione, non è detto che derivi il suo credito da un atto volontario, come quando ad esempio si tratti di un credito da fatto illecito (per uno spunto in tal senso, e contro la visuale da cui nel testo si dissente, v. anche, se pur a proposito non del tutto coincidente, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna 2007, p. 222, nt. 69).

⁽⁴²⁾ E cfr. già Cass. 18 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951, e in *G. comm.*, 1980, II, p. 700, che si occupa anche di alcuni temi contigui trattati anche nel testo: « nel concordato stragiudiziale o amichevole — che persegue le medesime finalità del concordato preventivo — la rimozione del dissesto dell'imprenditore mediante un accordo che valga ad evitare il fallimento, non richiede necessariamente la stipulazione di un atto formale e concorsuale di tutti i creditori, ma può esaurirsi anche in un complesso di accordi singoli, nei quali la prospettiva e l'interesse di evitare il fallimento del debitore operano come motivo che entra nel contenuto di ciascun negozio sotto il profilo della presupposizione, e cioè come una condizione implicita, alla cui realizzazione è sufficiente che in concreto il fallimento non venga dichiarato con riferimento ad uno stato di insolvenza anteriore alla stipulazione degli accordi stessi, i quali rimangono, in caso diverso, caducati, col conseguente diritto di ciascuno dei creditori stipulanti di partecipare all'esecuzione concorsuale per l'intero credito originario, salva la detrazione (e l'eventuale soggezione ad azione revocatoria) dei pagamenti intanto ricevuti.

Detti accordi, i quali costituiscono nel loro complesso, un fascio di accordi remissori accompagnati dalla rinuncia a chiedere la dichiarazione di fallimento del debitore, sono collegati fra loro — pur in caso di contestualità — soltanto dalla presenza, in ciascuno di essi, di un motivo comune operante nel senso suindicato, ma la validità di ciascuno di essi va riguardata autonomamente; ne consegue che nessuna influenza su tale validità può avere un vizio che infici taluno di essi, così come è del tutto irrilevante la mancata adesione di taluni creditori all'iniziativa concordata ».

Cfr. anche Cass. 20 maggio 1993, n. 5736, in *Fallimento*, 1993, p. 1135 ss.

⁽⁴³⁾ In questo senso, cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 287; nello stesso senso, si veda anche, sul piano comparatistico, Y. GUYON, *Droit des affaires. Entreprises en difficulté. Redressement judiciaire. Faillite*, 9^a ed., Paris 2003, p. 99 ss.; R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti* (nota a decr. Trib. Milano 11 gennaio 2007, 2008), rilevando anche la maggiore diffusione nella prassi degli accordi bilaterali.

Diversa deve ritenersi la posizione di chi, invece, inquadri la fattispecie come mero fascio di negozi bilaterali, ciascuno con una *propria* causa (G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 879 ss.; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 708; F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *D. fall.*, 2007, p. 925 ss.); se è vero infatti che alla base di ciascuna novazione del rapporto fra debitore e singolo creditore stipulante possono esservi ragioni diverse, è anche vero che ciascuna convenzione viene dedotta all'interno di una complessa architettura contrattuale la cui causa negoziale dovrà pur sempre ritenersi unitaria e identificata dalla finalità del complessivo accordo; dovando

quantomeno funzionale ⁽⁴⁴⁾, per la reciproca interdipendenza degli obblighi assunti: la vincolatività dell'impegno di ciascuno dovrà quindi intendersi implicitamente condizionata alla realizzazione dell'unitaria causa negoziale ⁽⁴⁵⁾, e cioè a quella ristrutturazione dell'assetto finanziario dell'impresa ⁽⁴⁶⁾, possibile solo se tutti i creditori oblati, o *quantomeno i principali*, accettino il piano. Il quale peraltro, si tenga presente, potrà poi comportare, secondo gli stessi accordi, anche l'impegno del debitore a porre in essere *ulteriori* negozi, anche con terzi: e si pensi ad esempio all'impegno a vendere alcune parti dell'attivo, a licenziare dipendenti ove possibile, alla realizzazione di alcune operazioni societarie (come un aumento di capitale o una fusione, etc.).

La prospettiva del tendenziale collegamento funzionale fra tutti, o i principali impegni dedotti nell'accordo complessivo, tale che l'adempimento dell'uno si ritenga presupposto o condizione perché gli altri accettino il proprio ⁽⁴⁷⁾, consentirebbe allora di assicurare il giusto equilibrio fra esigenze di tutela dei singoli contraenti ed esigenze di conservazione del complessivo accordo. Questo, quindi, capace di resistere, al limite, al vizio che affetti una singola obbligazione (di un creditore o del debitore), se la mancata attuazione di que-

altresì tutte le pattuizioni di cui esso si sostanzia. In generale, a questo riguardo, v. C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova 1999, p. 117 ss.

Potrebbe tutt'al più parlarsi, allora (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 1987, p. 457; nonché Cass. 27 gennaio 1997, n. 827, in *F. it.*, 1997, I, 1142), di un'unitaria causa « esterna », che sovrasta e teleologicamente accomuna tutte le singole pattuizioni fra debitore e singoli creditori, sia pur ciascuna di queste caratterizzandosi *anche* per la sua causa « interna », a tipica del negozio convenuto. In tal senso, in effetti, la ricostruzione qui delineata — collegamento negoziale fra più pattuizioni strutturalmente bilaterali — sarebbe preferibile a quella di « atto complesso », che invece è atto unitario a più parti (v. ancora BIANCA, *op. loc. ult. cit.*).

Ma neppure si dimentichi, in definitiva, che una causa interna, diversa da quella esterna e principale dell'accordo complessivo, potrebbe spesso risultare *non* autonomamente identificabile: così, una pura remissione concessa da un creditore potrebbe non trovare altra causa se non quella, unitaria dell'accordo, di prevenire o rimuovere l'insolvenza (uno spunto in tal senso in E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 249); laddove, di per sé considerata, essa apparirebbe altrimenti *sine causa*, o giustificata da fini di mera liberalità, il che certo non corrisponderebbe alla volontà negoziale.

⁽⁴⁴⁾ V. in proposito DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in questa *Rivista*, 1958, I, p. 437 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 375 ss.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 276 ss.; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano 1999, 71 ss., in particolare evidenziando come il collegamento negoziale non sia in contraddizione con l'idea di un fascio di negozi non stipulati contestualmente.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. *supra*, § 5, *in fine*.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. FERRI jr., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, cit., p. 752.

⁽⁴⁷⁾ Va da sé che la mancata realizzazione della condizione, se non altro in quanto comporti il mancato raggiungimento della soglia legale del 60%, potrebbe già essere rilevata in sede di opposizione per impedire l'omologazione dell'accordo (G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 917; L. BOCCIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., pp. 118 e 184).

sta non sia stata dalle altre parti assunta, né obiettivamente risulti capace, di compromettere la finalità dell'accordo.

III. — 8. — Dalla già ricordata distinzione fra effetti negoziali dell'accordo e suoi effetti legali, mediati dal procedimento, consegue che se l'esito di questo sia di rigetto dell'omologazione, sarà probabile — secondo la presumibile volontà delle parti — che l'accordo perda ogni efficacia anche negoziale; probabile, però, ma non necessario, quante volte la volontà delle parti sia stata, invece, quella di mantenere ugualmente l'efficacia negoziale dell'accordo, nonostante il modello legale, come detto, prospetti un collegamento fra negozio e procedimento.

In ogni caso, però, sarebbero soggetti ad un'eventuale azione revocatoria fallimentare gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse dal debitore in esecuzione del piano, ancorché già « pubblicato » a norma dell'art. 182 *bis*, l. fall.

Vero infatti che la pubblicazione attribuisce efficacia (legale) all'accordo, e ciò vale ad esempio incondizionatamente per la moratoria prevista dall'art. 182 *bis*, l. fall. Ma, quanto all'esenzione dalla revocatoria fallimentare, si tratta di effetto espressamente condizionato — come previsto dall'art. 67, comma 3°, lett. e), l. fall. — alla successiva omologazione dell'accordo (e in tal caso, quindi, a far data dalla pubblicazione medesima); alla quale omologazione, in tal senso si è proposto di riconoscere una sorta di efficacia « integrativa »⁽⁴⁸⁾, o forse, direi, valenza di vera e propria *condicio iuris*.

Oltretutto, almeno in taluni casi (e si pensi all'ipotesi in cui il diniego dell'omologazione fosse dipeso esclusivamente dalla circostanza che i creditori aderenti fossero portatori di crediti complessivamente inferiori alla percentuale minima richiesta dalla legge) neppure potrebbe escludersi che l'obiettivo di conseguire l'effetto della esenzione da una futura, eventuale revocatoria, potrebbe ugualmente raggiungersi attribuendo al piano concordato con i creditori per la ristrutturazione dei debiti la valenza di un piano di risanamento attestato *ex art.* 67, comma 3°, lett. d), sempre però che esso appaia (come già detto sopra: sulla base di una verifica *ex post*, sia pure in base a criteri *ex ante*) comunque idoneo a « consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria » (il che potrebbe anche non essere quando si punti alla mera ristrutturazione finanziaria); e che, specialmente quanto ai contenuti dell'attestazione peritale, possa verificarsi la sussistenza di tutte le altre condizioni di efficacia previste dal predetto enunciato normativo⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Quale fatto impeditivo della condizione risolutiva dell'accordo: così E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *R. d. priv.*, 2005, p. 738 ss., che tuttavia nutre dubbi sul fatto in ordine alla sottrazione da azione revocatoria degli atti compiuti dopo la pubblicazione dell'accordo ma prima della sua omologazione.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 305: « questi accordi, che non soddisfano (o non pienamente) il paradigma normativo dell'art. 182 bis, ben potrebbero pienamente soddisfare — se del caso in combinazione con altri elementi — quello dell'art. 6, comma 4°, lett. d), e cioè configurarsi come (elementi di) buoni piani di risanamento »; anche D. GAL-

9. — Dovesse l'accordo, invece, essere omologato, e poi trovare regolare esecuzione, questioni considerevoli, almeno in linea di principio e nell'ottica qui prescelta, non dovrebbero emergere.

I creditori estranei conserveranno certo — pur sempre dopo i primi sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese ⁽⁵⁰⁾ — il potere di agire cautelativamente ed esecutivamente contro il debitore. Tuttavia l'omologazione dell'accordo, proprio in quanto questo sia stato ritenuto — *in thesi* — capace di assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, dovrebbe di per sé « certificare », finché l'accordo continui a trovare regolare esecuzione e non vi siano peggioramenti delle condizioni economiche in considerazione delle quali è stato congegnato, che un'eventuale insolvenza è stata, e resta, scongiurata (così come spesso, nel passato, si è trovata ad esprimersi la stessa

LETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, cit., p. 1212, rileva che « dal punto di vista del contenuto del piano le due figure non debbano differenziarsi, a dispetto della differenza di formulazione »; v. anche G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, cit., p. 1451; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 58, evidenziando come le principali differenze si avvertano soprattutto sul piano « esterno » (della pubblicità e della procedura di « interpello »).

Tutto quanto ritenuto da questi Autori, e ipotizzato nel testo, mantiene d'altronde una sua plausibilità sempre che, al di là delle appena indicate *possibili* divergenze, non si ritenga (anche al fine di rendere razionalità ad un'altrimenti ridondante offerta normativa di strumenti per esimersi dalla revocatoria fallimentare) una diversità *strutturale* e quindi una necessaria distinzione del campo d'applicazione fra i piani di risanamento attestati e gli accordi di ristrutturazione: fra loro non sovrapponibili per l'essere i primi utilizzabili soltanto operando sul solo lato dell'attivo (cioè risanando l'impresa potendo disporre a condizioni « sicure » del proprio attivo), e i secondi, invece, operando sul solo lato del passivo (limitandosi a ristrutturare il debito): così G. PRESTI, intervento alla tavola rotonda svoltasi a Torino nel maggio 2008 nell'ambito del convegno sul nuovo diritto fallimentare organizzato da Giurisprudenza commerciale. Critico verso una riqualificazione dell'accordo non omologato quale « piano attestato », S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 178, ritenendo « l'omologazione consustanziale all'istituto »; critica però non decisiva, quante volte un determinato « piano » risulti in concreto sussumibile non solo nell'« istituto in esame » ma anche — autonomamente — alla diversa fattispecie prevista dall'art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall.

⁽⁵⁰⁾ Durante i quali pare doversi ritenere, *a fortiori*, che neppure potrà essere proposta istanza di fallimento, se la si ritiene compresa nel *genus* delle azioni esecutive. Tanto parrebbe ricavabile, quantomeno, dalla *ratio* della norma (volta a consentire la possibilità che l'accordo, se idoneo, pervenga ad omologazione senza vedere pregiudicate le sue finalità da azioni *medio tempore* intraprese dai creditori non coinvolti nella negoziazione): oltre che poi, forse, dalla sua lettera (che certo, su una questione così cruciale, non brilla per chiarezza), che parla non già di « azioni esecutive individuali », ma di « azioni esecutive » *tout court*: e quindi — può ritenersi — anche « collettive ». Non mancano peraltro opinioni opposte, come quella di F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 937; D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *D. fall.*, II, 2008, p. 307. Si pone peraltro il problema (segnalato da G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, cit., p. 953) di evitare che la protezione prevista dalla legge nel termine di sessanta giorni affinché l'omologazione dell'accordo preceda, e con ciò precluda (una dichiarazione giudiziale del)lo stato di insolvenza, non venga vanificata dal tempo necessario a decidere su eventuali opposizioni.

Corte di legittimità) ⁽⁵¹⁾. E che quindi i creditori estranei, oltre a non poter (giustificatamente) instare per il fallimento, neppure potrebbero (giustificatamente) reclamare scadenze anticipate del proprio credito (*ex art. 1186 c.c.*) o intraprendere azioni cautelari (difettando, in assenza della prova di un'insolvenza attuale o imminente, un *periculum in mora*).

IV. — 10. — Le questioni concettualmente più complesse, e sulle quali le opzioni di vertice sulla qualificazione contrattuale degli accordi di ristrutturazione manifestano le proprie ricadute pratiche, riguardano l'ipotesi in cui l'efficacia dell'accordo, dopo la sua omologazione — e quindi ben dopo il perfezionamento del procedimento al quale la legge stessa collega e tendenzialmente condiziona il negozio — venga in qualche modo contestata. Ciò potrebbe innanzitutto dipendere da ragioni emerse nel corso dell'esecuzione dell'accordo (vizi funzionali), in quanto l'accordo non trovi regolare esecuzione, o comunque la sua esecuzione non risulti più in grado di assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. Oppure potrebbe dipendere da ragioni relative al contenuto stesso dell'accordo o alle modalità con cui è stato negoziato (vizi genetici), ragioni che potrebbero allora condurre alla nullità dell'accordo (soprattutto per illiceità della causa o — forse meglio — dei motivi comuni) o alla sua annullabilità (tipicamente per dolo del debitore proponente). Appare invece dubbia, già in via di principio, l'applicabilità della rescissione per lesione, in considerazione del particolare contesto negoziale: e cioè, non soltanto perché una qualche aleatorietà debba ritenersi insita in un contratto che, puntando ad una incerta ristrutturazione finanziaria, « gioca » comunque sul rischio di impresa, e si giustifica casualmente proprio in relazione ad un attuale rischio di insolvenza; ma anche perché l'accordo, per la funzione perseguita, risulta causalmente connaturato a significative rinunce — al limite anche *ultra dimidium* — almeno in termini di valore nominale (laddove in termini di valore attualizzato, cioè di accresciute probabilità di realizzo del credito rinegoziato, potrebbe anche accogliersi l'idea che in realtà l'accomodamento risulti migliorativo per il creditore stipulante).

Rispetto ai vizi così prospettati, verrebbero certo in mente, di primo acchito, i rimedi tipicamente concordatari della risoluzione e dell'annullamento. Eppure, la suggestione rivela la sua fallacia non appena si ricordi che qui non si è in presenza di un procedimento che, *bon gré mal gré*, impone i termini di un piano approvato a tutti i creditori; bensì di un vero e proprio contratto, efficace solo *inter partes* (seppure « omologato » e, certo, in parte capace di riverberare sui terzi gli effetti legali che ne discendono) e concluso all'unanimità.

⁽⁵¹⁾ Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *F. it.*, 1990, I, c. 1174, nonché in *R. d. impr.*, 1991, II, p. 366 e in *G. comm.*, 1991, II, p. 366; Cass. 20 maggio 1993, n. 5736, in *Fallimento*, 1993, p. 1135. E cfr. sul punto L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare (La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali)*, 2^a ed., Torino 2007, p. 346; con generale riferimento agli accordi stragiudiziali, E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 250 ss.

11.1. — Stante quanto appena rilevato, e cominciando con il considerare l'ipotesi di inadempimento dell'accordo, o comunque di sua sopravvenuta impossibilità di garantire il regolare pagamento dei creditori estranei, potrebbe allora sì parlarsi di « risoluzione »; e però — tipicamente — di quella disciplinata agli artt. 1453 ss., c.c. ⁽⁵²⁾.

Rimedio contrattuale come tale accessibile, però, ai soli creditori partecipanti all'accordo, ed utilmente azionabile da costoro soltanto a partire dal momento in cui si constati che l'accordo non stia trovando regolare esecuzione ⁽⁵³⁾. Prima di ciò, pertanto, una domanda di risoluzione, ma anche, allora, un'eventuale istanza di fallimento, non dovrebbero ritenersi ammissibili, in ossequio al generale divieto di venire *contra factum proprium* ⁽⁵⁴⁾.

Non risulta del tutto evidente, peraltro, come, processualmente, tali azioni dovrebbero essere fatte valere, avuto riguardo al fatto che nel caso in questione, come detto, ci si muove in una dimensione eminentemente contrattuale, e che quindi non risulta immediatamente applicabile la disciplina (della risoluzione) del concordato preventivo. Se non vi fosse un interesse a far dichiarare il fallimento del debitore, non parrebbe preclusa un'ordinaria azione — anche di un singolo creditore ⁽⁵⁵⁾ — volta esclusivamente a far dichiarare la sola risoluzione del contratto ⁽⁵⁶⁾ (o ad « accertarla », se già avvenuta risoluzione per effetto di un termine essenziale o di una clausola risolutiva espressa). Altrimenti, se l'inadempimento degli impegni assunti dal debitore nell'accordo giustificasse anche una richiesta di fallimento da parte dei creditori che vi abbiano aderito (dei creditori estranei si dirà fra un attimo), parrebbe che la via più congrua per sovvenire all'urgenza del caso sarebbe quella di pro-

⁽⁵²⁾ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 353; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 923.

⁽⁵³⁾ Neppure esclusa, in principio, sarebbe la possibilità che una delle parti si limiti ad opporre un'eccezione di inadempimento (art. 1460, c.c.). Però è pur chiaro che, tendenzialmente, l'interesse perseguito nel caso in questione non è tanto quello dello scambio di prestazioni in sé (ed anzi, profili di diretta corrispettività potrebbero anche non emergere affatto, quante volte ad una mera novazione decrementativa del diritto di uno dei creditori, evidentemente volta a favorire l'uscita dalla crisi del debitore, non corrisponda una controprestazione *ad hoc* di quest'ultimo), quanto quello di realizzare la rimozione dello stato di crisi. Sicché, è plausibile che non saranno tanto singoli inadempimenti a costituire oggetto di contestazione, quanto il venir meno — sia pure per loro effetto — della possibilità di realizzare la finalità complessiva dell'accordo, invocandone allora la risoluzione.

⁽⁵⁴⁾ In questa direzione, V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 298.

⁽⁵⁵⁾ Stante la tendenziale interdipendenza degli impegni assunte dei singoli creditori, deve infatti ritenersi che la risoluzione chiesta da uno giustificerebbe in via di principio (e sia pure mediante giudizio svolto in litisconsorzio necessario) la risoluzione anche per gli altri rapporti collegati. V. già, in tempi risalenti, ARTESE, *Contratto plurilaterale e concordato stragiudiziale*, in *D. fall.*, 1941, II, p. 470; A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino 1902, p. 252 ss. E in generale, in materia di negozi collegati, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 457.

⁽⁵⁶⁾ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 922; in senso conforme, parrebbe, V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 507.

porre (arg. ex artt. 186, 137 e 140, l. fall.) ricorso al Tribunale competente, per la contestuale dichiarazione di fallimento del debitore e (può discutersi se incidentalmente o non, e in quest'ultimo caso se preliminarmente o consequenzialmente alla dichiarazione di fallimento) di risoluzione dell'accordo omologato (o comunque di caducazione dei suoi effetti, v. *infra*).

Con possibilità allora, per i creditori partecipanti all'accordo, di insinuarsi al passivo per l'importo del credito originario, detratta la parte riscossa in esecuzione dell'accordo⁽⁵⁷⁾. E salva sempre, ovviamente, l'esenzione da revocatoria fallimentare degli atti, dei pagamenti e delle garanzie sino ad allora posti in essere in esecuzione dell'accordo.

11.2. — L'essere la risoluzione del contratto omologato rimedio spettante, come tale, ai soli creditori aderenti all'accordo, non indebolisce il potere di autotutela dei creditori estranei⁽⁵⁸⁾. Per essi, infatti, l'accordo resta, almeno in via di principio, *res inter alios acta* (senza però dimenticare le sopra esaminate interferenze col principio della relatività del contratto, oltre che poi, soprattutto, la rilevante esternalità negativa rappresentata dall'esenzione da un'eventuale revocatoria fallimentare degli atti compiuti in esecuzione dell'accordo).

Oltre a vantare — all'interno del procedimento stesso e in via « preventiva » — il diritto di opporsi all'omologazione (art. 182 *bis*, comma 4°, l. fall.), il creditore estraneo, dunque, una volta trascorsi i sessanta giorni di moratoria dalla pubblicazione dell'accordo riacquisterà la piena legittimazione ad avvalersi di tutti gli strumenti di tutela che normalmente l'ordinamento gli offre anche a prescindere dall'esistenza di un accordo di ristrutturazione. Fra i quali, eminentemente, anche quello di proporre istanza di fallimento, sempre che dall'insuccesso dell'accordo, rivelatosi inidoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori istanti, emerga un effettivo stato di insolvenza del debitore⁽⁵⁹⁾.

11.3. — Anche con riferimento all'eventualità or ora rappresentata, però, la legge risulta piuttosto laconica: manca infatti un espresso coordinamento

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Cass. 18 marzo 1979, n. 1562, cit. alla nt. 42; nel medesimo senso, M. ARATO, *Fallimento: le nuove norme introdotte con la l. 80/2005*, in *D. fall.*, 2006, I, 157 ss., a p. 173. L'opinione contraria (parrebbe: A. CALAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, nota a Trib. Bari 21 novembre 2005, in *D. fall.*, 2006, p. 536 ss., a p. 543; nonché L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., p. 210) non sembra infatti tener conto che la restituzione di quanto ricevuto contraddirebbe il principale effetto legale degli accordi omologati, e cioè proprio la stabilità (almeno *sub specie* di esenzione da revocatoria) degli atti e dei pagamenti effettuati dal debitore in esecuzione dell'accordo stesso.

⁽⁵⁸⁾ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 349 ss.; F. GUERRERA, *op. cit.*, 177.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2553; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 59; App. Trieste 4 settembre 2007, cit.

fra un'eventuale dichiarazione di fallimento richiesta dai creditori estranei e la sorte dell'accordo omologato, concluso con gli altri creditori.

In linea di principio, e dal punto di vista sostanziale, parrebbe doversi ritenere che a seguito della sentenza dichiarativa di fallimento si caducheranno tutti gli effetti negoziali dell'accordo omologato ⁽⁶⁰⁾ (ma non ovviamente quelli legali, e soprattutto l'esenzione da una futura revocatoria; la quale, anzi, è prevista e troverà modo di manifestarsi proprio in relazione a tale evenienza).

Nella prospettiva strettamente negoziale, infatti, la dichiarazione di insolvenza del debitore, e la sua conseguente sottoposizione a fallimento, rappresentano la conclamata preclusione della finalità alla quale l'accordo era preordinato. E dunque non soltanto, per effetto dello spossessamento del debitore, la sopravvenuta incapacità, da parte di quest'ultimo, di adempiere agli impegni presi ⁽⁶¹⁾; ma ancor più a monte la negazione della stessa causa dell'accordo (o, come si dice talora, il suo « difetto funzionale »), l'inverarsi della sua intrinseca e potenziale caducità ⁽⁶²⁾, condizionata al venir meno del presupposto, esplicito o implicito che sia ⁽⁶³⁾, dell'effettiva possibilità di recupero

⁽⁶⁰⁾ In tal senso S. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano 2005, p. 313, secondo cui la mancata omologazione dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti — indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento che ne potrebbe conseguire — comporta anche l'invalidità e, dunque, l'inefficacia dell'adesione espressa dai creditori; v. anche S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2545, nonché Ib., *Il concordato preventivo*, cit., p. 166, profilando però la deduzione di un'apposita clausola risolutiva espressa; con riferimento alla categoria generale degli accordi stragiudiziali, v. anche E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 203, nt. 4, e 333 ss.; e già PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano 1974, p. 2762 ss. *Contra*, A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova 2006, p. 585, cui aderisce D. BENINCASA, *Crisi d'impresa: accordi di ristrutturazione dei debiti e soluzioni stragiudiziali* (consultabile su http://www.altalex.com/index.php?azione=Nuovo_documento&idnot=10668, del 18 febbraio 2007), secondo cui « nell'ipotesi di insuccesso, l'eventuale successivo fallimento dell'imprenditore non sarà causa di risoluzione dell'accordo stesso, ma determinerà solo la misura dell'importo per il quale i creditori aderenti potranno chiedere l'ammissione al passivo »; G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, cit., p. 1450; L. DE CRESCIENZO-U. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano 2005, p. 67; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., p. 239 parlando di « rischio assunto », al quale non è possibile sottrarsi.

⁽⁶¹⁾ V. già F. E. ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, nei *Dizionari del diritto privato* (a cura di N. Irti), vol. III, *Diritto commerciale e industriale*, Milano 1981, p. 374 ss.

⁽⁶²⁾ Sull'attenzione recentemente prestata a tale concetto dalla dottrina civilistica europea, nella redazione dell'*Avant Projet Catala* di riforma del diritto delle obbligazioni francese (titoli tre e quattro del libro terzo del *Code civil*), cfr. P. SPADA, *Chi ha paura del negozio giuridico*, in *R. d. comm.*, 2007, I, p. 517 ss., a p. 525; e, in generale, G.B. FERRI, *L'Avant Projet di riforma dei titoli tre e quattro del libro terzo del Code civil*, in *Europ. d. priv.*, 2006, p. 35 ss.

⁽⁶³⁾ Per la conduzione risolutiva implicita, v. già G. BONELLI, *Del fallimento*, III, Milano 1939, p. 42, nt. 1, e 50, nt. 2 per l'ammissibilità di una clausola risolutiva espressa, v. invece S. AMBROSINI, cit.

dell'impresa coinvolta. Anche in difetto di una clausola risolutiva espressa (peraltro ben possibile), dunque, il *Wegfall der Geschäftsgrundlage* sarà capace di condurre — sempre tramite un richiamo all'istituto della presupposizione — alla risoluzione del contratto ⁽⁶⁴⁾ ⁽⁶⁵⁾.

E tuttavia non viene precisato, quanto alle modalità processuali, se la cessazione di tali effetti debba ritenersi, in tal caso, automatica; oppure se, invece, presupponga un'espressa pronuncia giudiziale di risoluzione, o comunque di perdita di efficacia, dell'accordo ⁽⁶⁶⁾; e poi se questa debba comunque essere richiesta espressamente dai creditori aderenti al patto ⁽⁶⁷⁾. Non potendo del resto neppure escludersi, almeno in teoria, che alcuni di costoro potrebbero intendere confermare comunque (o aver inteso *ex ante* assumersi incondizionatamente) gli impegni contrattuali presi nell'accordo (e così ad esempio le remissioni o le dilazioni convenzionalmente concesse con l'accordo).

Anche per questi aspetti, quindi, la disciplina legale risulta non del tutto perspicua, benché — come si diceva poc'anzi — parrebbe comunque preferibile, anche per analogia con i percorsi delineati per i concordati giudiziali,

⁽⁶⁴⁾ Potrà trattarsi, in particolare, di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ovvero per impossibilità sopravvenuta, come per analogia si orienta la prevalente giurisprudenza con riferimento alla presupposizione (cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 440, nt. 71 e 72; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1040, ove ulteriori richiami). Nel senso della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, v. anche V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 507. Per un collegamento con la prospettiva (anche qui coltivata) della presupposizione, v. in particolare A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 843 ss. (nonché ne *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino 2002).

⁽⁶⁵⁾ È per questa seconda ragione (risoluzione automatica del contratto e non solo sopravvenuta incapacità del debitore di adempiervi) che — salvo il caso del tutto particolare in cui i creditori abbiano espressamente accettato di mantenere i propri impegni contrattuali anche in caso di successivo fallimento — parrebbe in principio fuori luogo ipotizzare l'assoggettamento dello stesso accordo di ristrutturazione al regime dei contratti pendenti (in tal senso L. BOCCIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., p. 221, che al contempo, però, parla anche — a p. 192, 225, 230 — di sopravvenuto difetto di causa e quindi di risoluzione dell'accordo), con possibilità quindi del curatore di mantenere in vita il contratto dandovi esecuzione nei termini assunti dal debitore critico, anche, verso tale tesi, S. AMBROSINI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁶⁾ In ogni caso non pare proprio che si dovrebbe, e potrebbe, passare per una revoca del decreto di omologazione *ex art.* 710 c.p.c., posto che, a ben vedere, resterà pur sempre proprio l'omologazione dell'accordo il provvedimento sulla cui base (e quindi: sulla cui perdurante efficacia) si fonderà, a fallimento dichiarato, il tipico effetto legale dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare.

⁽⁶⁷⁾ V. però, in materia di concordato preventivo, Cass. 18 aprile 2008, *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 4, secondo cui « la circostanza che la sollecitazione a risolvere il concordato sia pervenuta al Tribunale da un soggetto che non sarebbe stato autonomamente legittimato a proporre un'istanza al riguardo non ha rilievo e non può certo inficiare la sentenza emessa dal medesimo Tribunale, il quale ben può attivarsi, anche d'ufficio, una volta che abbia comunque accertato che le condizioni per risolvere il concordato e dichiarare il fallimento sussistevano ». In merito, v. anche F. GUERRERA, *op. cit.*, p. 177.

l'interpretazione per cui la dichiarazione di fallimento del debitore provocherà la caducazione, sia pure *ex nunc*, degli effetti negoziali dell'accordo⁽⁶⁸⁾.

(⁶⁸) Pare discenderne, quindi, un regime diverso da quello che normalmente, nella caducazione degli effetti del contratto, comporterebbe l'insorgere di obblighi restitutori reciproci.

(i) Su un versante, infatti, è certo che ciò che è stato « prestato » dal debitore (consenso alla stipulazione di atti, effettuazione di pagamenti, concessione di garanzie, secondo l'elencazione dell'art. 67, comma 3°, lett. e) « in esecuzione dell'accordo », resta — sia pure per effetto legale e non negoziale — sottratto a revocatoria fallimentare (benché non necessariamente anche — si vedrà — a revocatoria ordinaria). E così il pagamento di un debito, o la concessione di una garanzia, o la stipulazione di un nuovo (cioè contemplato dall'accordo al fine di recuperare l'equilibrio d'impresa, ma ulteriore rispetto all'accordo stesso) contratto: si supponga un contratto assicurativo, ovvero di *leasing*, che, secondo l'accordo, saranno funzionali alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa. Contratti, questi, che comunque, a fallimento aperto, andranno soggetti al comune regime dei contratti « pendenti ». Si noti, peraltro, che vi sono « atti », come ad esempio certe operazioni societarie — una fusione o un aumento di capitale — rispetto ai quali già in astratto si rende difficilmente concepibile un'azione revocatoria (cfr. F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di « riorganizzazione »*, in *R. soc.*, 2008, p. 17 ss., a p. 49). E ciò (come si vedrà più ampiamente nel § successivo) quand'anche controparte sia un terzo diverso dai creditori aderenti al patto, e quindi anche un creditore estraneo al patto stesso.

(ii) Sull'altro versante, però, ne deriva — se non vedo male — una qualche perplessità su quale debba essere la sorte di ciò che sia stato eventualmente « ricevuto » dal debitore (ovviamente non in adempimento di obblighi preesistenti all'accordo e da esso autonomi, ma) in esecuzione di nuovi impegni assunti dai creditori proprio per effetto dell'accordo. Certo, si tratta di ipotesi meno frequente di quella in cui sia il debitore ad aver « dato »: dal canto loro, infatti, i creditori si saranno per lo più limitati a convenire meri atti di « rinuncia », anziché l'effettuazione di nuove attribuzioni patrimoniali; ma si supponga comunque un nuovo prestito, o la sottoscrizione di un aumento di capitale, ovvero (se, come detto, si ammette che la ristrutturazione finanziaria possa realizzarsi anche attraverso un risanamento aziendale) una fornitura di materie prime.

Da una parte, infatti, si potrebbe sostenere che ciò che è stato « dato » al debitore in esecuzione dell'accordo, dovrebbe essere senz'altro restituito proprio perché, venuti meno gli effetti del negozio, resterebbe un'attribuzione priva di causa, e quindi indebita (cfr., in generale, E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 208, nt. 4). In tale ipotesi, peraltro, la restituzione dovrebbe avvenire in moneta fallimentare e dunque senza prededuzione (sulla cd. nuova finanza, in particolare, v. *infra*, § 16); e comunque, in quanto avente ad oggetto un indebitato, senza sottostare alle condizioni contrattuali — ormai non più vincolanti dopo la caducazione degli effetti negoziali — eventualmente pattuite nell'accordo.

D'altra parte, però, il principio per cui ciò che è stato « dato » dal debitore non è più revocabile, pone un problema di giustificazione causale di tale persistente attribuzione e, conseguentemente, anche un problema di simmetria con la sorte di ciò che, sempre in esecuzione dell'accordo, dal debitore stesso sia stato invece « ricevuto ». Dovrebbe valere insomma — riguardato dal « verso » — lo stesso principio di simmetria che, quando un'azione revocatoria sia invece esperita con successo, legittima il terzo, dal canto suo, a ripetere la sua prestazione: ché — si ricorda giustamente (L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 168) — « *la restituzione di quanto ricevuto dal terzo priva nel contempo di causa l'attribuzione patrimoniale da lui effettuata, non potendo l'inefficacia investire l'atto se non nella sua interessezza* » (Cass. 7 novembre 1985, n. 5405) » (in *G. comm.*, 1987, II, p. 57 ss., nonché in *D. fall.*, 1986, II, p. 231 ss.).

In questa prospettiva allora, una giustificazione causale delle attribuzioni effettuate dal

E in questa prospettiva conforta (o... sconsiglia, avuto riguardo al para-

debitore ed ormai non più revocabili *ex art. 67, comma 3°, lett. e), l. fall.*, non potrebbe facilmente fondarsi su una concezione che, in conseguenza dell'apertura del fallimento (o comunque della risoluzione o invalidazione dell'accordo), neghi retroattivamente qualunque effetto all'accordo. Una tale giustificazione causale potrebbe piuttosto fondarsi, allora, su una diversa ricostruzione che concepisca la caducazione degli effetti del negozio come *non retroattiva*.

Resterebbero ferme, cioè, tutte le attribuzioni patrimoniali poste in essere, *ex utroque latere*, sino a quel momento in esecuzione dell'accordo omologato. In tal senso, dunque, non solo quanto « dato » dal debitore, ma anche tutto quello che sino a quel momento fosse stato prestato a favore del debitore per effetto dell'accordo, resterebbe — in principio (e cioè salvi altri vizi negoziali, e salvo che una pretesa restitutiva non fosse essa stessa componente causale dell'attribuzione, e andasse quindi comunque soddisfatta sulla base e alle condizioni del negozio che vi ha dato titolo, e che resta perciò « fermo »: così, ad esempio, se si trattasse di quanto prestato a titolo di mutuo; e sulla cd. nuova finanza v. infatti *infra*) — irripetibile, trovando, simmetricamente, la sua giustificazione causale in una caducazione soltanto *ex nunc* degli effetti negoziali.

Ad instar, insomma, di vicende negoziali regolate analogamente, e per le quali la conservazione degli effetti *medio tempore* prodottisi si giustifica in considerazione della distribuzione nel tempo dell'esecuzione del contratto (e si ricordi così quanto previsto in generale dall'art. 1458 c.c., per i contratti di durata, quale in effetti il pattuito piano di ristrutturazione potrebbe atteggiarsi) ovvero della particolare esigenza di certezza del traffico giuridico che insorge quando in esso sia entrata una complessa attività d'impresa: viene così in questione, a quest'ultimo riguardo, il regime conservativo previsto nel disciplinare le conseguenze dell'accertata nullità delle società di capitali, ovvero dell'invalidità del procedimento di trasformazione o di fusione o di scissione societaria, o di aumento e riduzione del capitale sociale (artt. 2332, 2500 *bis*, 2504 *quater*, 2506 *ter*, 2379 *ter*, c.c.). A ben vedere tutte vicende, anch'esse, in cui le aspettative di stabilità degli atti già compiuti traggono un particolare affidamento proprio dall'esistenza di un previo controllo di natura « omologatoria ». E tutte vicende — si noti anche, a conferma di quanto si vien dicendo — che rilevano per l'argomento qui affrontato non soltanto in chiave analogica, ma poi anche *direttamente*, in quanto esse stesse, in effetti, capaci di costituire oggetto dell'accordo di ristrutturazione. Ed in tal senso, è ben evidente che l'irretroattività di tutto quanto posto in essere in esecuzione di tali procedimenti, resterà ferma non solo se il vizio affetti la deliberazione che abbia disposto l'operazione, ma anche se la patologia negoziale riguardi, a monte, l'accordo in esecuzione del quale l'operazione è stata deliberata (cfr. F. GUERRERA-M. MALTONI, *op. loc. ult. cit.*). Se dunque gli spostamenti patrimoniali realizzati in esecuzione di queste operazioni, e quindi in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione che le abbia previste, sono irripetibili *ex utroque latere*, parrebbe anomalo che per altre attribuzioni patrimoniali effettuate in esecuzione dell'accordo dovrebbe valere diversamente: confermandosi così la sensazione che la caducazione degli effetti dell'accordo di ristrutturazione operi solamente *ex nunc*.

(iii) Infine — tanto che si acceda alla tesi della caducazione retroattiva degli effetti, ovvero a quella *ex nunc* — dovrà comunque ritenersi che ciò che, secondo l'accordo, sia stato fra le parti soltanto « promesso », ma non ancora « eseguito », cesserà per il futuro d'essere vincolante, insieme alla caducazione di tutti gli altri effetti negoziali. E così varrà per le « rinunce » (dilazioni, remissioni, *pacta de non petendo*, decurtazioni del tasso di interesse, etc.) concesse secondo l'accordo (con possibilità allora di insinuarsi al passivo per l'importo originario del credito, salvo quanto già riscosso in esecuzione dell'accordo stesso v. *supra*, § 11.1, *in fine*); ed altrettanto varrà per tutti gli altri impegni ivi assunti, ma non ancora eseguiti (e cioè quelli non ancora tradottisi nella stipulazione di ulteriori contratti o nell'effettuazione di attribuzioni patrimoniali).

gone con la scarna disciplina nostrana) un'analogo soluzione rinvenibile sullo scenario comparatistico, ed in particolare nel diritto concorsuale francese, ove (art. L. 611-12, *Code de Commerce*) in termini molto nitidi si esplicita la regola per cui l'apertura di una procedura concorsuale, di per sé, « *met fin* [locazione, questa, che lascia pensare ad una caducazione *ex nunc* degli effetti] *de plein droit à l'accord constaté ou homologué* »; e che poi, in tal caso, i creditori avranno diritto di concorrere per l'importo originario del loro credito (avvalendosi anche delle eventuali garanzie che originariamente l'assistevano), detratto quanto sino ad allora percepito in esecuzione dell'accordo ⁽⁶⁹⁾.

11.4. — Ancora. Resta imprecisato dalla legge (ed è un silenzio grave, anche per la difficoltà di dare per scontata un'uniformità di soluzioni rispetto a quanto già si potrebbe ritenere con riferimento ad un piano approvato nell'ambito di un concordato preventivo) se, ed eventualmente in quali limiti e soprattutto in quale modo, il programma di ristrutturazione approvato con l'accordo omologato, anziché essere risolto *tout court*, possa essere — con soluzione meno drastica e forse più efficiente — modificato per adeguarsi a mutate circostanze di fatto ⁽⁷⁰⁾: ipotesi, questa, pronosticabile come tutt'altro che improbabile. Se modificazioni minime sono forse possibili senza particolari formalità ⁽⁷¹⁾, finché non si alteri la sostanza economica del programma, non potrebbe forse neppure escludersi la possibilità di modificazioni più significative attraverso una rinnovazione del contratto ed una sua (nuova) omologazione (sempre *ex art. 182 bis*, l. fall., e sempre che si riscontrino, stavolta forse con maggiore severità, i requisiti di attuabilità) che si sovrapponga, assorbendolo, al precedente programma negoziale omologato. Altrimenti, pur ipotizzando una modificazione convenuta fra tutti i contraenti, quanto eseguito in conformità di tale modificazione, ma non previsto dall'accordo già omologato, resterebbe fuori dall'ombrello protettivo previsto dall'art. 67, comma 3°, lett. e), l. fall.

Dubbia, del resto, risulterebbe la portata (o forse la stessa omologabilità) — quanto alla capacità di proiettarsi sugli stessi effetti *legali* dell'accordo omologato — di una clausola di rinegoziazione *ad hoc* ⁽⁷²⁾, appositamente in-

⁽⁶⁹⁾ « *L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué en application de l'article L. 611-8. En ce cas, les créanciers recourent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article L. 611-11* ».

⁽⁷⁰⁾ Cfr. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 39.

⁽⁷¹⁾ Cfr. G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1105, ricordando l'orientamento invalso in tema di concordato fallimentare, per cui gli obblighi capaci di provocare la risoluzione di cui all'art. 137 sarebbero i soli « obblighi principali ».

⁽⁷²⁾ In generale, v. V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli 2000.

serita nell'accordo e quindi essa stessa, in tutte le sue potenzialità, coperta da omologazione.

12. — Anche rispetto ai *vizi genetici* dell'accordo, secondo quanto già rilevato, pare opportuno accantonare un meccanicistico ricorso allo strumento dell'annullamento concordatario, e quindi anche ad alcune regole (in effetti inopportune, fuori da una procedura concorsuale) che esso comporta, come l'esclusione di qualsiasi altro rimedio invalidatorio, ovvero il ristretto limite temporale concesso a chi invochi quel rimedio.

Al contrario — almeno nella prospettiva della contestazione degli effetti negoziali — occorrerà sempre muoversi nella prospettiva eminentemente contrattuale degli accordi in questione ⁽⁷³⁾; muovendo anche, quindi, dalla distinzione di principio fra parti del contratto e creditori ad esso estranei (benché, certo, la legittimazione a far valere un'eventuale nullità del contratto resterebbe « assoluta », e quindi anche a favore di questi ultimi).

Che dia luogo a nullità per illiceità dei motivi comuni alle parti (ad esempio, la stipulazione di un accordo al solo scopo di « consolidare », col tempo, una garanzia altrimenti revocabile in un fallimento che già si sappia inevitabile), ovvero ad annullamento (tipicamente per dolo, ed ovviamente azionabile dai soli creditori che siano stati così indotti al consenso), emerge come problema principale quello della *frode*: quando cioè l'accordo sia stato stipulato, verosimilmente per fini di trattamento preferenziale, già sapendo della sua inidoneità a garantire il pagamento dei creditori estranei; ovvero a condizioni estremamente svantaggiose per alcuni degli stessi creditori partecipanti, ai quali l'imprenditore proponente, per sua sola iniziativa o d'accordo con altri creditori, abbia occultato le sue reali condizioni economiche.

Anche in tali casi, come per la risoluzione, l'invalidazione del contratto comporterà la cessazione, sia pure *ex nunc* ⁽⁷⁴⁾, degli *effetti negoziali* e quindi, fra l'altro, la possibilità per tutti i creditori — a questo punto anche di quelli già partecipanti ma ora sciolti dal contratto — di richiedere il fallimento del debitore.

Possibilità, però, e non necessità: ché spetta comunque ai creditori, a questo punto, di valutare se ricorrano i presupposti, e poi la convenienza, di una dichiarazione di fallimento. Pare pertanto da escludersi ogni argomento che evochi una « consecuzione » automatica ⁽⁷⁵⁾.

V. — 13. — Il fallimento è dunque una possibilità (anzi una forte probabilità; non potendo tuttavia escludersi, in via di principio, l'imbocco di una nuova soluzione concordata, compresa quella tipicamente giudiziale) che si

⁽⁷³⁾ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 354; P. VALENSISE, *op. cit.*, p. 1103.

⁽⁷⁴⁾ V. *supra*, nt. 68 e testo corrispondente.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. P. VALENSISE, *op. cit.*, 1105; dubitativamente, F. GUERRERA, *op. cit.*, 176.

apre (a) quando l'accordo non sia omologato ovvero quando (b) perda efficacia perché: (b1) risolto, in quanto non eseguito nei confronti dei creditori stipulanti; (b2) o comunque sopravanzato da una dichiarazione di fallimento, richiesta da un creditore estraneo insoddisfatto, anche successivo all'omologazione dell'accordo ⁽⁷⁶⁾; (b3) invalidato.

Nelle tre ultime ipotesi, l'inefficacia che ne deriva, anche per iniziativa dei creditori partecipanti all'accordo, riguarderà i soli effetti negoziali, e non quelli legali — tipicamente l'esenzione dalla revocatoria fallimentare.

È infatti la stessa norma che dispone tale esenzione che, evidentemente, presuppone che l'accordo omologato non sia andato a buon fine: il che dimostra che l'effetto (legale) dell'esenzione dalla revocatoria resta — ed anzi trova finalmente modo di operare — a prescindere dalla, ed anzi proprio in virtù della, caducazione degli effetti negoziali.

14. — A ben vedere, quindi, è soltanto in quest'ultima ipotesi — che certo potrebbe anche non verificarsi — che l'accordo di ristrutturazione trova modo di manifestare la sua peculiarità normativa rispetto ad un qualsiasi altro accordo stragiudiziale di ristrutturazione dei debiti: quella cioè di provocare (al di là dell'immediata ma circoscritta moratoria delle azioni esecutive e cautelari) l'esenzione dalla revocatoria fallimentare degli atti, dei pagamenti e delle garanzie poste in essere in esecuzione (ma non, come visto, per la « preparazione ») dell'accordo medesimo, già omologato ed ormai non più negozialmente vincolante; con decorrenza retroattiva, peraltro, fin dal momento, precedente, della pubblicazione nel registro delle imprese ⁽⁷⁷⁾.

L'esenzione riguarderà ovviamente tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo e nei confronti di chiunque. È quindi non soltanto nei confronti dei creditori partecipanti all'accordo; ma anche nei confronti — e ci mancherebbe altro! — dei creditori estranei, il cui regolare pagamento rientra nel contenuto dell'accordo, ed anzi ne condiziona la stessa omologazione ⁽⁷⁸⁾; e persino nei confronti di qualunque altro terzo, pur nei limiti di quanto sia stato funzionale all'esecuzione dell'accordo e — direi anche per ragioni di certezza — in esso espressamente previsto *ex ante* ⁽⁷⁹⁾. Si

⁽⁷⁶⁾ Ipotesi anch'essa riconducibile alla risoluzione dell'accordo: v. *supra*, § 11.3. *Contra*, A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 341.

⁽⁷⁷⁾ P. VALENSISE, *op. cit.*, p. 1105.

⁽⁷⁸⁾ G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 33; V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 301; P. VALENSISE, *op. cit.*, p. 1104; *contra* però, M. ARATO, *Fallimento: le nuove norme introdotte con la l. 50/2005*, cit., p. 174.

⁽⁷⁹⁾ Ma salva comunque un'eventuale esenzione se riconducibile ad altra fattispecie prevista dall'art. 67, comma 3°. Nel senso che l'esenzione da revocatoria presupporrebbe in principio un'espressa previsione dell'accordo, comprendendo anche, però, « *i negozi non esplicitamente previsti dall'accordo, ma resisi strettamente necessari per la sua esecuzione* », G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, cit., p. 959.

pensi ad esempio alla cessione di un ramo d'azienda a terzi, espressamente contemplata quale condizione della ristrutturazione ⁽⁸⁰⁾.

S'è già motivata, prima, la preferenza per una interpretazione secondo la quale l'effetto previsto dall'art. 67, comma 3°, lett. e), l. fall., riferendosi ad accordi omologati, sia da ricollegarsi più all'omologazione, che al contratto in sé: e sia allora da ritenersi tendenzialmente incondizionato, quand'anche si accertasse *ex post* che, in realtà, l'accordo omologato (sempre che « esistente » nei suoi elementi identificativi: concluso fra un imprenditore e i suoi creditori per finalità di ristrutturazione finanziaria) non avrebbe meritato l'omologazione, in quanto privo di alcuni requisiti ai quali quest'ultima doveva ritenersi condizionata; soprattutto, poi, in termini di percentuale di creditori aderenti o di effettiva attuabilità.

Ci si potrebbe chiedere però se l'effetto previsto dall'art. 67, comma 3°, lett. e), l. fall., possa essere eccezionalmente sopravanzato ed impedito dalla dimostrata natura fraudolenta dell'accordo — ed allora dalla sua dichiarata nullità per frode alla legge, ovvero dal suo annullamento per dolo — in ossequio al principio generale secondo il quale *fraus omnia corrumpit* ⁽⁸¹⁾.

Tuttavia una tale soluzione, oltre a non trovare indizi di conferma nel testo della legge, e ad introdurre elementi di incertezza che ne contrasterebbero lo spirito (quello cioè di propiziare, in generale, la conclusione degli accordi di ristrutturazione, attraverso la garanzia di un incondizionato « ombrello protettivo »), non risulta neppure necessaria.

15. — Sia chiaro infatti — a quest'ultimo proposito ma poi anche più in generale — che l'esenzione di cui parla l'art. 67, comma 3°, lett. e), l. fall., riguarda la sola revocatoria fallimentare, ma *non quella ordinaria*.

Tanto si ricava non solo dal contesto di tale articolo, evidentemente riferito alla sola revocatoria fallimentare; ma ancor più dovrebbe ricavarsi dal principio costituzionale di parità di trattamento, che certo apparirebbe violato laddove l'autore di un atto consapevolmente pregiudizievole dei creditori, ed eventualmente la controparte collusa che ne sia beneficiata, risultassero eccezionalmente protetti dall'azione pauliana solo in ragione del fatto che il disponente sia un imprenditore in stato di crisi ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 301.

⁽⁸¹⁾ In tal senso, L. GUGLIEMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 355; F. GUERRERA, *op. cit.*, p. 177; un cenno anche in V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 303; scettico, sull'esperibilità concreta del rimedio, F. FERRO LUZZI, *Prolegomeni*, cit., p. 828 ss. E cfr. art. L 631-8, *Code de Commerce*, al. 3: « *Sauf cas de fraude, elle [la date de cessation des paiements, rilevante ai fini della revocatoria ex art. L 632-1] ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable en application du II de l'article L. 611-8* ».

⁽⁸²⁾ P. SPADA, *De la fallite du commerçant à la fallite du commerçant: quel mouvement du droit italien des procédures collectives?*, lezione tenuta il 6 marzo 2008 presso la Caisse des Dépôts de Paris, nel quadro dei Corsi di aggiornamento organizzati con Paris I Panthéon. Nella

Sicché, è evidente come, avverso un qualsivoglia accordo di ristrutturazione (omologato che sia o non) viziato da scopi fraudolenti, ben si presti l'ordinaria azione revocatoria; benché certo — come noto — questa sconti il pesante limite dell'irrevocabilità dei pagamenti di debiti scaduti (art. 2901, comma 3°, c.c.).

16. — Venendo ad ulteriori profili effettuali, si è posto, fin dai primi commenti dell'art. 182 *bis*, l. fall., la questione se la cd. nuova finanza erogata all'imprenditore (quantomeno da terzi, se non da soci) in esecuzione, o comunque in concomitanza con l'esecuzione dell'accordo di ristrutturazione, possa beneficiare di un pagamento in prededuzione nella eventuale procedura fallimentare che seguisse all'accordo stesso.

La questione — piaccia o non (e a me francamente « non piace ») — mi pare fosse negativamente risolta sin dall'introduzione della riforma. La quale, specificamente, nella sede deputata alla questione (art. 111, l. fall.), ha garantito la prededuzione dei *solii* crediti « sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge ». Procedure fra le quali, come notato dai più⁽⁸³⁾, non può ritenersi compreso il procedimento regolato dall'art. 182 *bis*, l. fall. E ciò non tanto perché questo non sia in nessun caso definibile come « procedura » (ché — come visto — un procedimento dinanzi ad un giudice effettivamente esiste ed ha luogo); ma perché non è, chiaramente, « concorsuale », non coinvolgendo, per definizione, l'intera collettività dei creditori⁽⁸⁴⁾.

Risposta, questa, che è risultata implicitamente — ma anche inequivocamente — confermata a seguito dell'introduzione del cd. decreto correttivo del settembre 2007, e del suo perdurante silenzio sulla questione. Obiettivo dichiarato del decreto, in effetti, è stato quello di porre rimedio a diverse lacune

stessa direzione, v. anche G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, cit., p. 959. *Contra*, P. VALENSISE, *op. cit.*, p. 1104.

⁽⁸³⁾ Cfr., fra i molti, S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2557; da ultimo V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 510 ss. e 515 ss. *Contra*, però, P. VALENSISE, *op. cit.*, p. 1107; in termini dubitativi, M. ARATO, *Fallimento: le nuove norme introdotte con la l. 80/2005*, cit., p. 176.

⁽⁸⁴⁾ Diversamente, e direi con maggiore opportunità, prevede invece l'art. 611-11, *Code de Commerce*: « *En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation.*

Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital ».

ed ambiguità dell'originaria formulazione della norma qui osservata (ad esempio quella in tema di azioni cautelari e conservative), già diffusamente evidenziate in dottrina. E tuttavia, fra queste, non ha infine ricevuto alcuna considerazione quella — pur da molti, e ripetutamente, avvertita e segnalata — relativa alla prededuzione della cd. nuova finanza.

Ciò detto, comunque, potrebbe anche aggiungersi che — pur a stregua della disciplina vigente, così come qui interpretata — sarebbe ugualmente possibile pervenire, in concreto, ad un'adeguata tutela di chi presti « nuova finanza ». Ed infatti, benché il suo rimborso dovrà avvenire in moneta fallimentare, resterebbe comunque impregiudicata — in una prospettiva funzionalmente contigua, benché tecnicamente diversa dalla prededuzione — la sottrazione a revocatoria delle eventuali *garanzie* concesse, in esecuzione del piano, a fronte dell'erogazione di nuova finanza ⁽⁸⁵⁾ (che quindi, pur senza divenire credito della massa, avanzerebbe comunque di rango rispetto ai normali chirografi).

17. — In ultimo — sempre quanto agli effetti, ma stavolta indiretti, dell'accordo omologato — occorre chiedersi: chi « paga » quando il piano negoziato non sia andato a buon fine, con evidente danno, soprattutto, dei creditori estranei che dovranno subire l'esonazione dalla revocatoria fallimentare degli atti a loro pregiudizievoli compiuti in esecuzione dell'accordo?

Non v'è dubbio che possa rispondere, innanzitutto, l'esperto che abbia predisposto la relazione di attuabilità del piano di ristrutturazione, quantomeno se si accerti che sia venuto meno agli *standard* di diligenza professionale che ci si potrebbe attendere in tale materia; e pur concessa, *ex art.* 2236, c.c., la « speciale difficoltà » dei problemi tecnici che comporta un giudizio ampiamente prognostico ⁽⁸⁶⁾ come quello che, in effetti, l'esperto è tenuto a formulare. E risponderà — direi, anche nella prospettiva del riparto dell'onere probatorio — contrattualmente nei confronti degli stipulanti l'accordo (posto che anche un creditore partecipante all'accordo può subire un pregiudizio, ad esempio, per il pagamento preferenziale di altro creditore eseguito sempre nell'ambito dell'accordo medesimo); ed extracontrattualmente nei confronti dei creditori estranei e di eventuali terzi ⁽⁸⁷⁾.

Non emergono evidenti ragioni, invece, per invocare la disapplicazione, già in via di principio, di norme penali, quali quelle in tema di concessione

⁽⁸⁵⁾ Cfr. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 41. Accorgimento, quello ricordato nel testo, del resto già da tempo noto alla prassi, attraverso il rilascio di garanzie non sottoponibili a revocatoria fallimentare o a consolidamento accelerato: cfr. sul punto C. COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *D. fall.*, 1998, I, 2, p. 695 ss.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, cit., p. 1449.

⁽⁸⁷⁾ Cfr., ad es., D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, cit., p. 1211; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 355.

abusiva del credito o di concorso in bancarotta fraudolenta (e poi, particolarmente, preferenziale). E però mi pare che l'incasso di un pagamento, o l'assistenza finanziaria che abbiano luogo, e trovino ragione, in esecuzione di un accordo di ristrutturazione che sia stato omologato dal Tribunale, dovrebbero condurre (sia per le obiettive circostanze di fatto, sia per quella che si è ritenuta essere la *ratio* stessa — di « incentivazione » — dell'istituto) ad un'estrema cautela nel valutare la rilevanza penale di tali condotte ⁽⁸³⁾.

⁽⁸³⁾ Cfr. C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 139; S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2558, nonché ID., *Il concordato preventivo*, cit., p. 182 ss.; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 42; V. ROPPO, *Profili strutturali*, cit., p. 303, che sottolinea la possibilità di far valere appunto l'accordo quale « elemento idoneo a escludere il dolo specifico costitutivo della fattispecie criminale »; L. STANCHHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 362; G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, cit., p. 960; C. G. SANDRELLI, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 50/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, p. 1219; F.F. ALLEGRETTI, *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *D. fall.*, 2007, I, p. 586 ss., a p. 587; A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 324; dubitativamente, S. BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare*, 2005, in *www.judicium.it*; V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 517 ss. In materia, anche se fuori da un procedimento ex art. 182 bis l. fall., cfr. Trib. Milano, sez. II pen., 19 dicembre 2006, in *Riv. dott. comm.*, 2008, I, p. 109 ss., con nota di TROYER.