



Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra di Diritto Privato 2

LA RINEGOZIABILITA' DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

RELATORE

Chiar.mo Prof. Michele Tamponi

CANDIDATO

Luca Chichiarelli

CORRELATORE

Chiar. mo Prof. Mario Nuzzo

MATRICOLA

126333

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

INDICE

I. ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI: ASPETTI INTRODUTTIVI

1. Innovazione legislativa: dall'eterotutela all'autotutela
2. Presupposto fattuale: lo stato di crisi
3. Finalità e contenuto dell'accordo
4. Le problematiche connesse alla fase esecutiva

II. NATURA GIURIDICA DEGLI ACCORDI E DISCIPLINA APPLICABILE

1. La rilevanza della qualificazione giuridica degli accordi
 - 1.1 La nozione di concorsualità
2. Gli accordi quale procedura concorsuale
 - 2.1 Gli accordi quale *sub*-concordato preventivo
 - 2.2 Confutazione della teoria *sub*-concordataria
3. La teoria negoziale
 - 3.1 La presunta carenza di concorsualità
4. La sentenza della Cassazione del 18 Gennaio 2018 n. 1182: un'occasione mancata?
5. Superamento del concetto di “procedura concorsuale”
6. Il risolutivo apporto al dibattito della sentenza Cass. n. 9087 del 12 aprile 2018
7. La permanenza della scissione tra effetti legali ed effetti negoziali degli accordi

- 7.1 Il rapporto tra il piano e l'accordo
- 8. La qualificazione del negozio giuridico: Gli accordi come fascio di contratti
- 9. Gli accordi come unico contratto plurilaterale...
- 9.1 Gli accordi come contratto bilaterale plurisoggettivo
- 10. Considerazioni finali in merito all'inquadramento strutturale degli accordi di ristrutturazione

III. LA RINEGOZIABILITÀ DEGLI ACCORDI

- 1. Errore e sopravvenienze nei contratti a lungo termine
 - 1.1 Tipologie di sopravvenienze
- 2. Sopravvenienze negli accordi di ristrutturazione
 - 2.1 I casi Gabetti e Sagemini
- 3. L'incompletezza del contratto nell'analisi economica del diritto
 - 3.1 La dottrina del "*relational contract*"
- 4. Le soluzioni del Codice Civile in materia di sopravvenienze
- 5. La clausola di rinegoziazione
 - 5.1 Profili strutturali della clausola rinegoziativa
- 6. L'obbligo legale di rinegoziare: il ruolo dell'equità integrativa
 - 6.1 Il ruolo della buona fede *in executivis* nell'obbligo legale di rinegoziare
- 7. Il rapporto tra l'obbligo legale di rinegoziare e la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta
 - 7.1 Le letture alternative dell'art. 1467 c.c.
- 8. Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare
- 9. Obbligo legale di rinegoziare negli accordi ex art. 182-bis l. fall.
 - 9.1 L' "operazione economica" e la causa negli accordi
 - 9.2 La buona fede e l'obbligo di rinegoziare gli accordi

- 9.3 La discussione in dottrina sul rapporto tra clausole generali e principi costituzionali
- 9.4 Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di obbligo di rinegoziare: la “crisi della fattispecie”
- 9.5 L’adozione della teoria sull’obbligo legale di rinegoziare come scelta sistematica
- 9.6 Futuri possibili sviluppi in un’ottica comparatistica
- 10. La fase esecutiva dell’accordo
- 11. L’omologazione dell’accordo: oggetto e finalità del giudizio
- 12. Gli scostamenti dal piano
- 12.1 Gli scostamenti “rilevanti”
- 13. Flessibilità e meccanismi di adeguamento del piano

IV. COERCIBILITA' DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIARE: CENNI

- 1. Effettività della rinegoziazione: la risarcibilità del danno per rifiuto immotivato di contrattare
- 2. La possibilità dell'esecuzione in forma specifica
- 2.1 Le soluzioni giurisprudenziali
- 3. Tutela cautelare e comminatoria dell’*“astreinte”* ex art. 614-bis c.p.c.

CAPITOLO PRIMO

ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI: ASPETTI INTRODUTTIVI

SOMMARIO: 1. Innovazione legislativa: dall'eterotutela all'autotutela -2.
Presupposto fattuale: lo stato di crisi - 3. Finalità e contenuto dell'accordo - 4.
Le problematiche connesse alla fase esecutiva

1. Innovazione legislativa: dall'eterotutela all'autotutela.

L'introduzione all'interno della legge fallimentare dell'articolo 182-bis sugli accordi di ristrutturazione dei debiti rappresenta un importante punto di svolta nel diritto fallimentare italiano in quanto, attraverso la predisposizione di nuovi strumenti a disposizione dell'imprenditore in stato di dissesto economico, si compie l'auspicato passo in avanti verso l'abbandono di una gestione ormai obsoleta della crisi economica dell'impresa, finalizzata unicamente alla liquidazione delle sostanze residue.

Che il diritto si trovi spesso a dover rincorrere la realtà è un fatto noto, dovuto all'ontologica funzione della legge di dare risposte ai problemi concreti dopo che questi si sono già presentati. Ne deriva un rapporto tra le due entità che sembra quasi risolversi in un paradosso zenoniano in cui, nonostante gli enormi sforzi dell'inseguitore, una volta raggiunto l'inseguito questi è già passato oltre. Benché si tratti quindi di un fenomeno fisiologico, accade talvolta che il legislatore incontri particolari difficoltà nell'adeguare gli strumenti legali alla realtà fattuale, soprattutto in quei campi, come il diritto fallimentare, in cui vi è una forte interdipendenza tra scienza dell'economia e diritto.

Prima della riforma del 2006, infatti, le tradizionali procedure concorsuali erano apprezzate con diffidenza dai giuristi più attenti alle realtà aziendali. Se ne lamentava la lunghezza, l'incapacità di soddisfare i piccoli creditori (onerati di eccessive spese per dotarsi del titolo necessario ad insinuarsi al passivo del fallimento), l'incapacità di salvaguardare aziende ed imprese ancora potenzialmente valide. Il tutto dovuto all'endemica natura della dichiarazione di fallimento che *"importa da un lato una diminuzione assai sensibile del valore dell'attivo e dall'altro un aumento del passivo non foss'altro per le spese della procedura"*¹.

Invero la causa dell'inefficienza del sistema, da taluno individuata nell'"ufficialità"² della procedura fallimentare, era chiara agli studiosi già da moltissimo tempo.

Non era sufficiente a colmare la lacuna la presenza di procedure c.d. "secondarie", quali il concordato preventivo o il concordato fallimentare, rispetto alle quali, sebbene si prevedesse una valorizzazione dell'autonomia dei privati, le esigenze "procedurali" inevitabilmente tornavano a prevalere sulla componente pattizia. Il tutto in ossequio a quell'idea di fondo, da cui le procedure sulla crisi d'impresa sono sempre state permeate, che vede nell'insolvente un soggetto "colpevole" e nell'eterotutela, affidata all'autorità giudiziaria, l'unica strada percorribile per il ripristino della legalità.

Tutto ciò appariva sempre più in stridente contrasto con un'economia di mercato nella quale è indispensabile che l'imprenditore sia soggetto che produce ricchezza attraverso un'attività inevitabilmente connaturata di rischi, dovuti (anche e soprattutto) a fattori esogeni (eventi casuali, competizione, fluttuazioni del mercato). Pur permanendo l'esigenza punitiva nei confronti dei soggetti colpevoli di comportamenti fraudolenti, o anche semplicemente

¹ La citazione, di Tullio Ascarelli, è presente nello scritto di B. Libonati, *"Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa"*, in Giur. Comm, II, p. 327.

² B. Libonati, *op. cit.*, 328.

irresponsabili, si avvertiva con crescente impazienza la necessità di procedure più snelle, libere dalla visione liquidatoria propria della legge fallimentare ed orientate alla prospettiva di un c.d. *"fresh start"*.

A dare risposta a tali istanze è arrivata la novella del 2005, la quale, introducendo con l'art. 182-bis la nuova figura degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ha finalmente imboccato la strada della c.d. degiurisdizionalizzazione, sostituendo la figura ed i compiti del giudice delegato e con questi l'originaria ed unica visione di "eterotutela", con l'innovativo sistema di "autotutela" nel quale vengono valorizzate al massimo le esigenze di un mercato dinamico e dei suoi operatori. Si è verificata, in altre parole, quella che può essere assimilata ad una vera e propria rivoluzione copernicana, in cui il creditore è passato dalla posizione di mero spettatore del procedimento al ruolo attivo di co-autore della complessa trama del suo svolgimento.

Tutto ciò si pone in continuità con quella linea di pensiero che considera indispensabile una "privatizzazione" della gestione della crisi d'impresa, dal momento che, quando il capitale di rischio viene perduto, i creditori dell'imprenditore naturalmente si trasformano da soggetti terzi (quelli che in gergo anglosassone sarebbero chiamati *stakeholders*), a "soci di fatto". In questo sistema il compito dell'ordinamento è semplicemente quello di prendere atto della mutata situazione di fatto e trasferire, anche sul piano giuridico, il controllo dell'impresa dall'imprenditore a quei soggetti che *"loro malgrado, forniscono il capitale di rischio e procurare loro - di per sé non coordinati o strutturati ne' coesi - strumenti per l'organizzazione di quel controllo, al fine di poter esercitare i poteri che spettano agli investitori"*³

Sottolineando la transizione da un sistema di eterotutela a quello di autotutela, vi è poi chi ha descritto la funzione dei creditori nell'ambito della

³ G. Minutoli, *"L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)"*, Il Fallimento, 2008, VIII, p. 1051.

nuova figura, come "*assunzione da parte dei privati di una funzione pubblica*" dal momento che "*le parti gestiscono la crisi al modo di un delegato*"⁴.

A prescindere dalle possibili diverse descrizioni del fenomeno, resta il fatto che nella disciplina degli accordi di ristrutturazione la dimensione privatistica svolge un ruolo predominante a partire dal momento della formazione dell'accordo, in quanto, mancando ogni predeterminazione del suo contenuto, esso è rimesso alle libere scelte dei soggetti coinvolti, senza essere vincolato, a differenza del concordato preventivo, nè al rispetto della *par condicio creditorum*, né dell'ordine delle cause legittime di prelazione⁵.

Tutto ciò, ovviamente, non ha comportato una completa estromissione dell'autorità giudiziaria dalla procedura, ma ciò non mette minimamente in discussione la dirompente portata innovativa dell'istituto⁶, potendo anzi tale circostanza essere considerata come elemento di un ulteriore potenziamento della autonomia privata⁷ in quanto necessaria a garantire il raggiungimento di risultati altrimenti preclusi dal principio di relatività degli effetti del contratto⁸. In base alla norma esaminata, infatti, i creditori estranei all'accordo sono destinatari di una serie di effetti riflessi dell'atto che ne limitano (temporaneamente) la capacità di intraprendere azioni esecutive⁹. Per tale

⁴ M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 49.

⁵ P. Vella, *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi di impresa*, in *IlCaso.it*, 2015.

⁶ Anche se non manca chi interpreta questa previsione come un indizio della natura concorsuale degli accordi: si rinvia al *Cap. II* per una approfondita analisi della natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

⁷ I. L. Nocera, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2014, n. 3-4, 419 parla di "*contratto rafforzato dalla presenza del giudice in funzione meramente stabilizzatrice*".

⁸ Ai sensi dell'art. 1372, II co., c.c., un accordo tra privati non può vincolare dei soggetti diversi dagli stipulanti a meno di espressa previsione di legge.

⁹ E' a loro preclusa la possibilità di "iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore", così come di "acquisire titoli di prelazione se non concordati" per sessanta giorni dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese ovvero, se richiesto dall'imprenditore, anche durante le trattative. La riforma del 2012 ha inoltre

motivo si rende necessaria la supervisione del tribunale che certifichi l'idoneità dell'accordo a garantire l'integrale pagamento dei creditori non aderenti, non solo nella fase dell'omologazione, ma anche ed eventualmente nella precedente fase delle trattative. Quest'attività, però, è diversa da quella tradizionalmente svolta dal giudice delegato: se la procedura fallimentare tradizionale si caratterizza per il fatto di essere paragonabile ad una "macchina" che, grazie all'impulso dell'autorità, "si muove da se dal principio alla fine"¹⁰, in questo caso tutte le volte in cui il giudice si adopera ai fini della procedura, lo fa perché a ciò specificamente richiesto: esso tende quindi ad assumere le vesti di mero "certificatore" dell'attività svolta *aliunde*, essendo sprovvisto del potere di intervenire attivamente nel gioco delle parti. Del resto c'è anche chi osserva come, dati i postulati della libera negoziabilità del contenuto dell'accordo e della rinunciabilità del diritto di credito, prevedere un potere di sindacato nel merito finalizzato alla tutela degli interessi degli stipulanti sarebbe un evidente controsenso¹¹.

2. Presupposto fattuale: lo stato di crisi.

Le differenti interazioni tra autorità giudiziaria, debitore e creditore vengono da taluno emblematicamente descritte facendo ricorso alla metafora dell'atomo di Bohr: si paragona il nucleo all'intervento del giudice (coincidente con il momento di massima giurisdizionalizzazione) e gli elettroni ai protagonisti della crisi (debitore e creditori). All'aumentare della distanza dei secondi dal primo aumenta il livello energetico, ossia

aggiunto un periodo di ulteriori centoventi giorni di attesa ai fini della soddisfazione dei propri diritti, decorrenti dall'omologazione ovvero dalla data di scadenza (qualora successiva).

¹⁰ La citazione, di Francesco Ferrara Jr. è riportata da B. Libonati, *op. cit.*, 328.

¹¹ A. Patti, *Il giudice nella crisi d'impresa: le ragioni di una presenza*, il Fallimento, 2011, 266.

"quell'energia cinetica che consente a debitore (e creditori) di anticipare la soglia di emersione della crisi, prima che essa diventi irreversibile, tanto maggiore è la loro possibilità di ricorrere a strumenti negoziali che non richiedano un'ingerenza giudiziale; viceversa, quanto più statico è il loro atteggiamento di fronte alla naturale involuzione della crisi in insolvenza, nell'attesa passiva di un intervento ab externo, tanto più inevitabile sarà la necessità di affidare il governo della crisi agli organi concorsuali"¹². Tale suggestiva prospettazione può essere sintetizzata nella seguente massima: nelle procedure relative alla crisi d'impresa esiste una correlazione di inversa proporzionalità tra la gravità del dissesto economico ed il livello di ingerenza dell'autorità giudiziaria.

Il legislatore, quindi, con la riforma del 2005, ha tentato di dare risposte ad istanze che da tempo si sollevavano dagli operatori del mercato, affiancando a procedure che presuppongono lo “stato di insolvenza” indicato nell'art. 5 l. fall. (fallimento ed amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi), le cosiddette “operazioni di ristrutturazione” (concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento) utilizzabili da chi, prima di accedere alla liquidazione, può ancora tentare di recuperare il perduto equilibrio finanziario ed aspirare alla continuazione

¹² P. Vella, *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi di impresa*, in IlCaso.it, 2015.

dell'attività d'impresa¹³, introducendo quella che da taluno è stata definita in maniera molto evocativa, come “*cultura del salvataggio*”^{14 15}.

Uno degli indici più rappresentativi del cambio di passo compiuto dalla riforma è dato dal visibile scarto tra il presupposto previsto per l'attivazione della procedura fallimentare, ovvero lo “stato di insolvenza” e quello di “stato di crisi”, con il quale viene indicata la situazione contingente in cui versa colui al quale è dato accedere all'istituto in esame. Si tratta di un concetto ad ampio raggio d'azione¹⁶ che, se da un lato ha il pregio di consentire nella pratica una vasta applicazione dell'istituto, dall'altro genera difficoltà interpretative sulle quali già da tempo si confrontano operatori e giuristi, alle prese con difficoltà

¹³ Sebbene il più ricorrente fa notare come il fine di ristrutturazione non sia l'unico possibile, potendo le parti pretendere anche per un accordo liquidatorio (per un approfondimento della tematica v. *amplius* il paragrafo 3).

E' poi degno di nota che nel progetto Rordorf di riforma della disciplina per la crisi d'impresa si prevede che gli accordi ex art. 182-bis l. fall. sono esclusivamente applicabili ai casi in cui sia, almeno in parte, perseguito l'obiettivo della continuità dell'attività d'impresa (“*nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie*”, cfr. art. 5 d.d.l. n. 3671 del 1 febbraio 2017).

¹⁴ I. L. Nocera, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017, XXX, osserva inoltre come questa sia una tendenza che ha investito non solo la l. fall., ma altresì il diritto societario dove (i) si è sostituito al divieto di compiere nuove operazioni il più elastico dovere di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio sociale (art. 2486 c.c.), così come (ii) si è concessa al liquidatore la facoltà di porre in essere tutti gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, compreso l'esercizio provvisorio, anche di singoli rami d'azienda, in funzione del migliore realizzo (art. 2487 c.c.).

¹⁵ Non meno indicativa a tal riguardo è l'introduzione di limiti ben specifici alla fallibilità del soggetto introdotti dall'articolo 1, comma 2 e dall'art. 15, comma 9, con i quali si è voluto arginare un fenomeno considerato da molti un vero e proprio malcostume, ovvero quello del ricorso all'istanza di fallimento più come strumento di ‘ricatto’ nei confronti del debitore inadempiente, che come effettivo rimedio ad una situazione di reale decozione volta a garantire la *par conditio creditorum*.

¹⁶ “*I problematici rapporti tra i concetti di «insolvenza» e «temporanea difficoltà di adempiere» e il dubbio sull'ammissibilità o meno di una insolvenza reversibile hanno indotto l'uso, nel linguaggio giuridico, del termine «crisi», sfornito di tradizione e perciò meno impegnativo e più sfumato del precedente*”. F. Di Marzio, “*La crisi dell'impresa*” cit.

interpretative accresciute dall'appartenenza della fenomenologia richiamata più alla scienza economica che a quella del diritto¹⁷

Partendo dalla considerazione che il concetto di “stato di crisi” determina l'arretramento del giuridicamente rilevante a situazioni che cadono in uno stadio anteriore rispetto all'irreversibilità dello “stato di insolvenza”, diversi autori ne danno una descrizione *“per relationem”*. E così se per “insolvenza irreversibile” deve intendersi lo stadio ultimo di un processo degenerativo, le fattispecie riconducibili al concetto in esame saranno quelle appartenenti ad una fase anteriore rispetto ad esso, ovvero quelle nelle quali è presente un “pericolo di insolvenza”¹⁸, oppure nelle quali si rinviene una situazione di “pre-insolvenza”, di “temporanea difficoltà ad adempiere”¹⁹, o infine, riconducibili ad una situazione definibile di “insolvenza reversibile”.

Nonostante l'apparente fungibilità di tali definizioni la scelta dell'una o dell'altra non è senza conseguenze, in quanto ciascuna di esse tende a fotografare lo stato di crisi assegnandogli una posizione man mano diversa in quel processo involutivo che conduce l'imprenditore all'insolvenza. E così se lo stato di “pre-insolvenza” o di “insolvenza reversibile” appare quello più vicino e, anzi, giustapposto al dissesto definitivo, la definizione di “temporanea difficoltà ad adempiere” sembra essere quella che lo distanzia maggiormente dalla condizione in cui versa il fallendo; mentre con la descrizione di “pericolo di insolvenza”, si pone in realtà lo stato di crisi nel

¹⁷ Nella prospettiva aziendalistica *“un'impresa è in stato di crisi quando mostra la stabile presenza di meccanismi capaci, se non contrastati, di condurre in tempi più o meno brevi a crescenti tensioni finanziarie e quindi all'insolvenza”*. G. Brugger, *Art. 160 l. fall. Profili aziendali*, Il nuovo diritto fallimentare, a cura di A. Jorio, M. Fabiani, Bologna, 2006, p.2302.

¹⁸ N. Rocco di Torrepadula, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, p. 427.

¹⁹ Se l'incapacità attuale di soddisfare le proprie obbligazioni deriva da una disfunzione della struttura dell'organizzazione dell'impresa sussisterà uno stato di insolvenza; nel caso in cui l'attuale impotenza solutoria discenda invece da circostanze occasionali, ricorrerà uno stato di crisi. Così G. Ferri, *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, I, p. 427.

mezzo tra l'imminente insolvenza ed una semplice momentanea difficoltà ad adempiere che di per sé potrebbe dipendere da una semplice e temporanea carenza di liquidità.

Quindi, come si vede, la preferenza per l'una o per l'altra delle predette definizioni genera di riflesso delle conseguenze sulle concrete condizioni di ammissibilità alla procedura in commento, in quanto l'imprenditore si troverebbe inevitabilmente in una condizione tale da soddisfare i requisiti dell'una, ma non dell'altra.

In questi sforzi volti a sintetizzare al massimo l'indicazione di un presupposto legale mediante l'uso di un binomio (o poco più), si può probabilmente rinvenire la nota "mania" del giurista di ridurre tutto ad unità per poter più facilmente procedere a quello che è da sempre il suo principale obiettivo, la classificazione. Questo metodo, però, nel nostro caso cozza contro la circostanza già rilevata, che il concetto dello stato di crisi non è un concetto propriamente giuridico, essendo stato importato dalla scienza economica e dal mondo dell'impresa, più interessato alle descrizioni, che alle definizioni.

Pertanto, potrebbe apparire più utile ed efficace l'opinione di chi preferisce non prendere le mosse dal concetto di insolvenza, peraltro anch'esso tutt'altro che pacifico²⁰ e dare allo "stato di crisi" una definizione in qualche modo riassuntiva, come "*stato di impotenza attuale, funzionale e non transitoria, che non consente al debitore di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, facendo ricorso al livello del reddito corrente, alle*

²⁰ Essa è stata accostata da V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in Riv. Dir. Priv., 2007, p. 371 "*ad una delle massime acquisizioni della fisica teorica, a quel principio di indeterminazione (elaborato da Werner Heisenberg), per cui certi elementi della materia (specie nella sfera dell'"infinitamente piccolo") non sono suscettibili di percezione oggettiva, perché la stessa presenza attiva dell'osservatore – necessaria per acquisirla – altera l'oggetto su cui si esplicano*".

*integrazioni eventualmente possibili e/o alla ragionevole liquidazione del patrimonio disponibile*²¹.

3. Finalità e contenuto dell'accordo.

Per poter affrontare l'argomento centrale del presente lavoro, ovvero quello della modificabilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti, dopo aver sommariamente illustrato nei paragrafi che precedono le ragioni che hanno determinato l'introduzione dell'istituto in esame ed il substrato fattuale su cui esso ruota, è necessario procedere ad una breve analisi di quello che ne rappresenta la concreta attuazione, ovvero l'"accordo" stipulato con i creditori, che, in un'ottica teleologica, rappresenta lo strumento ideato dal legislatore per raggiungere gli obiettivi perseguiti dall'istituto.

Se al centro dell'istituto vi è dunque l'"accordo" (o gli "accordi", a seconda della visione dogmatica)²², deve sottolinearsi come esso possa considerarsi uno strumento di attuazione del "*piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*", il quale rappresenta la struttura del programma di risanamento o di liquidazione che l'imprenditore intende attuare attraverso la stipula dell'accordo.

Si tratta del "piano" previsto nella procedura del concordato preventivo alla lettera e) dell'art. 161 secondo comma, richiamato dall'art. 182-bis, contenente le indicazioni degli obiettivi e dei vari passaggi atti a raggiungerli, la cui finalità è quella di consentire al giudice una valutazione della fattibilità dell'operazione economica prospettata e del rispetto dei vincoli legislativi con particolare riguardo all'integrale pagamento dei creditori non aderenti. Esso al contempo fornisce ai creditori tutti gli elementi per permettere di prestare un "consenso informato". Le finalità cui il piano può tendere sono essenzialmente

²¹ I. L. Nocera, *Analisi civilistica* cit., XXXVII.

²² V. *amplius cap. 2.2.1.*

due: la ristrutturazione dell'impresa e la liquidazione del patrimonio residuo. Se in un primo momento quest'ultima finalità era apparsa inammissibile per la sua inconciliabilità con l'essenza stessa dell'istituto e con le istanze che ne avevano suggerito l'introduzione²³, oggi, invece, la possibilità di "*liquidare un patrimonio incapiente distribuendo i sacrifici tra i creditori*"²⁴ può considerarsi pacifica sia in dottrina²⁵ che in giurisprudenza²⁶ ed il contrasto (anche terminologico) inizialmente evidenziato, viene superato osservando come il concetto di "ristrutturazione" sia riferito dal legislatore non già all'"impresa", ma al "debito", il che giustifica anche quegli accordi aventi finalità esclusivamente liquidatorie^{27 28}.

De iure condendo va comunque segnalato che nella profonda riforma della disciplina del diritto fallimentare (il c.d. "Progetto Rordorf"), gli accordi di cui all'art. 182-bis saranno applicabili esclusivamente ai casi in cui sia perseguito l'obiettivo della continuazione dell'impresa, mentre l'attività liquidativa sarà consentita solo se parziale ed inserita all'interno di progetti finalizzati al risanamento²⁹.

²³ C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 2, 2006, p. 129 ss..

²⁴ F. Di Marzio, "*La crisi dell'impresa*", in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, V, Giuffrè, Milano, 2012.

²⁵ v., *ex multis*, P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 97, A. Maffei Alberti, *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuazione dell'attività*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2, 2014, 296 ss..

²⁶ v., *ex pluribus*, decreti Trib. Milano 10.11.2016 e 28.1.2016, in *IlCaso.it*.

²⁷ In tal senso M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Principi e regole*, Milano, 2011.

²⁸ Altri, pur ammettendo la possibilità di un accordo con finalità liquidatorie, concludono per l'inutilità, in questo caso, della predisposizione del piano (C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.* 6/2016, p.729).

²⁹ Si fa esplicito riferimento alla limitata applicabilità "nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie", (cfr. art. 5 d.d.l. n. 3671 del 1 febbraio 2017).

Una delle caratteristiche del piano è quella della “durata”³⁰, propria di tutte le operazioni economiche “progettuali”, nelle quali ci si prefigge di raggiungere un determinato obiettivo attraverso una serie pianificata di operazioni.

Esso, inoltre, funge da fondamentale *trait-d’union* tra tutte le pattuizioni che l’imprenditore dovrà stipulare con i vari creditori, determinandone una reciproca rilevanza ed interazione, potendo accadere che i vari accordi, benché diversi, siano teleologicamente orientati verso un medesimo risultato anche in un rapporto di consequenzialità, nel quale l’attuabilità dell’uno dipende dalla previa esecuzione dell’altro³¹.

Il piano, quindi, riveste un ruolo centrale nella vicenda in esame al punto che, grazie all’unità dell’operazione, determina la stessa “causa negoziale” dei singoli contratti³². Esso però, come è stato osservato, non è propriamente un nuovo “istituto” giuridico, bensì uno strumento di natura aziendalistica irrilevante *ex se* nei rapporti giuridici se non mediamente, per il tramite degli accordi che lo attuano.³³

Nella realtà l’importanza pratica dell’accordo è accentuata dal fatto che il legislatore non ne impone in alcun modo il contenuto, incontrando quindi esso soltanto limiti “esterni”, quali la presenza di una causa con finalità di ristrutturazione o liquidazione dell’impresa e, come anche osservato, il rispetto di norme cogenti come quelle di cui agli art. 1343 e 1418 c.c.³⁴. Questa scelta, dettata dalla necessità di rispondere ad un’elevata varietà di dinamiche con cui

³⁰ Sarebbe abbastanza usuale un piano disteso su un periodo compreso tra i tre ed i cinque anni (P. Valensise, *op. cit.*, 392) .

³¹ Per l’inquadramento delle pattuizioni all’interno della teoria del fascio di contratti casualmente collegati, piuttosto che dell’unico contratto, v. *amplius* Cap. 2.2.1.

³² Per un esame della causa si rinvia al cap 2.2.2.

³³ F. Macario, *Il monitoraggio del piano: esecuzione e rinegoziazione*, il Fallimento, 10, 2014, 993.

³⁴ A. Di Majo, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Ghia, Piccininni, Severini, Torino, 2011, p. 683.

si può sviluppare la crisi d'impresa, consente di predisporre accordi aderenti alle esigenze del caso specifico.

Dal lato del creditore l'operazione di ristrutturazione può passare attraverso varie operazioni, essenzialmente remissorie o dilatorie, come: variazioni di scadenze, emissione di titoli di debito, remissioni di debito o rinunce a cause legittime di prelazione.

Essendo poi molto spesso presenti tra il ceto creditizio istituti bancari, è frequente la stipula di un *pactum de non petendo* in virtù del quale essi rinunciano ad intraprendere azioni esecutive o ad esigere interessi maturandi sul proprio credito, così da "congelare" il debito e garantire all'imprenditore una finestra temporale necessaria all'attuazione del progetto di ristrutturazione.

Sono vari, inoltre, gli strumenti che tendono a favorire l'apporto di "nuova finanza", molto spesso indispensabile alla continuazione dell'attività di impresa: tra di essi si annoverano la costituzione di garanzie reali o personali a favore del finanziatore, ovvero, nel caso di impresa collettiva, l'obbligo a carico dei soci di aumentare il capitale, ovvero ancora il divieto di costituire vincoli sul patrimonio dell'impresa a favore di soggetti terzi.

Può essere inoltre concesso ai creditori un potere di controllo sulla corretta esecuzione del piano mediante l'attribuzione ad essi del potere di avanzare in qualsiasi momento richieste di informazione e/o documentazione; ovvero l'obbligo per l'imprenditore di garantire periodici flussi informativi ai creditori; o ancora il loro coinvolgimento nella gestione, attraverso la nomina di un rappresentante a membro dell'organo di controllo o di amministrazione.

In capo agli stessi creditori possono poi essere posti degli obblighi che rendono particolare la posizione di alcuni nei confronti degli altri, come quello di comunicare agli altri creditori le informazioni possedute e consentire la manifestazione di un consenso informato alla conclusione dell'accordo.

Ex latere debitoris, è frequente l'assunzione dei debiti da parte di un soggetto che, rilevando in tutto o in parte l'attivo, assume l'obbligo di

soddisfare, totalmente o parzialmente, i creditori. Altra soluzione a questa affine è quella attuata in caso di scarsa fiducia nelle capacità imprenditoriali o manageriali del debitore, con l'affidamento della *governance* ad un terzo professionista specializzato che provvede ad amministrare l'impresa in qualità di mandatario, in analogia con il meccanismo inglese del "*recognised qualified insolvency practitioner*". Sono poi utilizzabili strumenti di separazione patrimoniale, quali la cartolarizzazione dei crediti o il ricorso ai patrimoni separati.

Ovviamente il contenuto varierà in dipendenza della gravità della crisi e, qualora a difficoltà finanziarie si vadano a sommare problemi di natura economica, si renderanno necessarie misure ben più incisive che possono comportare anche interventi sul piano finanziario, industriale e societario. In tal caso non è peregrina l'ipotesi della creazione di una nuova società di capitali (c.d. *newco*), partecipata dal ceto creditorio, che stipula con il titolare dell'impresa in crisi un contratto di affitto di azienda risolutivamente condizionato all'accettazione dell'operazione da parte di un numero sufficiente di creditori. Tale *newco*, sufficientemente patrimonializzata e depurata dai debiti pregressi (lasciati in capo alla società cedente, c.d. *badco*), svolge la funzione di esigere e gestire i crediti della debitrice insolvente al fine, primariamente, di pagare i creditori aderenti alla scadenza e ripartire il ricavato fra di essi in maniera proporzionale, o, comunque, secondo quanto stabilito nell'accordo.

Dalla disamina sin qui compiuta, ben si comprende come sia particolarmente elevata, nella pratica, la varietà del contenuto sia del piano che degli accordi, la cui complessità dipende dalla maggiore o minore complessità del progetto di ristrutturazione, dalle dimensioni dell'azienda e dall'importanza della crisi che si attraversa.

4. Le problematiche connesse alla fase esecutiva.

Il grado di complessità del piano avrà inevitabilmente riflessi sulla sua fase attuativa: se ad un piano più snello corrisponderà un'esecuzione lineare e potenzialmente priva di problemi, in caso di piani molto elaborati saranno necessari maggiori accortezze e tempi più lunghi per l'attuazione. E' in questo contesto che emerge la problematica legata alla necessità di modifica degli accordi, che se nella maggior parte dei casi sarà dovuta alla sopravvenienza di situazioni modificative del pregresso contesto di riferimento, non è da escludere che derivi dall'emersione di errori di valutazione commessi nella fase della redazione del piano.

D'altra parte, la possibilità dell'insorgenza di sopravvenienze è ineliminabile in tutti i "rapporti di durata", quali sono quelli che scaturiscono dagli accordi stipulati con i creditori. Si tratterà nella maggior parte dei casi di rapporti contrattuali da cui originano prestazioni periodiche o continuative. Tuttavia, anche qualora le obbligazioni assunte in essi si traducano in prestazioni istantanee, l'unitarietà dell'intera operazione di ristrutturazione e l'interazione delle singole prestazioni ne reintroduce quella necessaria "durata" alla quale è connaturale il rischio di sopravvenienze che rendano necessari adattamenti e revisioni dell'iniziale programma a cui hanno prestato il consenso i creditori (o almeno parte di essi) e che eventualmente è stato anche omologato dal tribunale.

Le "sopravvenienze" possono essere definite come quegli eventi esterni alla volontà delle parti che, modificando la situazione sostanziale sottesa all'accordo, incidono sul risultato economico dell'operazione o sulla sua attuabilità, in quanto aggravano i sacrifici che scaturiscono dall'atto contrattuale o diminuiscono le utilità che una parte può trarre da esso³⁵.

³⁵ E. La Rosa, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in Aa.Vv., *Soprapvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di Tommasini, Torino, 2003, p. 243.

Nel gergo dei contratti transnazionali ci si riferisce a tali eventi con il termine inglese “*hardship*”, traducibile letteralmente con “difficoltà”, o “avversità”: secondo l’art. 6.2.2 dei principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali «*Ricorre l’ipotesi di hardship quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l’equilibrio del contratto, o per l’accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione*».

Il problema delle sopravvenienze, come già accennato, si pone esclusivamente con riferimento a quei contratti destinati a durare nel tempo, che “*di frequente, hanno come finalità pratica la realizzazione di un risultato non altrimenti conseguibile se non attraverso l’allestimento di un’operazione negoziale più o meno complessa (spesso articolata, di fatto, in più contratti fra loro economicamente collegati)*”³⁶

Detto in altre parole, nei rapporti “di durata” (a esecuzione continuata, periodica o differita) assume particolare rilevanza la fase dell’esecuzione, a causa della presenza di diversi (e spesso ripetuti) “atti esecutivi” che attribuiscono significato al rapporto nel suo insieme³⁷.

Allo stesso tempo, sussistendo un intervallo temporale tra stipula ed esecuzione, possono intervenire molteplici eventi che incidono sul rapporto, determinandosi una discronia tra il risultato previsto dalle parti e quello conseguibile alla luce della nuova situazione di fatto: tutto ciò pone un problema di riparto del rischio³⁸. Ben possono le parti stesse, al momento della stipula, prevedere il verificarsi di determinati eventi ed inserire nel contratto delle clausole che, basandosi su parametri oggettivi, automaticamente “riallineano” il rapporto alla mutata realtà (c.d. *clausole self adjusting*), ovvero tentare di prevedere in maniera puntuale tutti gli atti negoziali necessari al fine

³⁶ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione cit.*, 13.

³⁷ F. Macario, *Il monitoraggio del piano cit.*, p. 996.

³⁸ P. Gallo, voce *Revisione del contratto*, in Dig. Priv., XVII, Torino, 1999, 434.

di realizzare il risultato pianificato. Tutto ciò spiega perché, nella contrattazione finalizzata alla conclusione di un accordo di durata, assumano un'importanza fondamentale i costi legati alle trattative ed all'accesso alle informazioni necessarie, delle quali solo alcune sono immediatamente disponibili, mentre altre possono soltanto essere oggetto di previsioni³⁹.

In effetti il "contratto perfetto" eliminerebbe il problema del rischio, neutralizzandolo e ripartendolo *ab initio* tra le parti, ma un tale risultato è nella pratica irraggiungibile.

Si osserva come anche nei contratti più dettagliati, nei quali le parti hanno investito ingenti risorse al fine di prevedere tutte le possibili modificazioni, sia impossibile contemplare tutti i possibili sviluppi futuri⁴⁰. Ciò è dovuto alla situazione di razionalità limitata in cui si trovano gli agenti economici che prendono decisioni contemplando un numero di alternative inevitabilmente inferiore rispetto a quelle che possono in concreto verificarsi⁴¹.

Anche qualora si arrivasse, per assurdo, ad una definizione sufficientemente analitica del contenuto dell'accordo, in maniera tale da neutralizzare il rischio, i costi sarebbero inevitabilmente superiori ai benefici⁴².

Tutto ciò comporta, in definitiva, la costante presenza nei contratti a lungo termine dell'interrogativo sulla sorte dell'obbligazione nelle ipotesi in cui, a fronte di una sopravvenienza, nessuna previsione sia stata fatta. In tale caso, e

³⁹ D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in, R. Tommasini (a cura di), *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, p. 507.

⁴⁰ F. P. Patti, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *I Contratti*, 7, 2012, 576.

⁴¹ Cfr F. P. Patti, *Obbligo di rinegoziare* cit., 576, che a sua volta richiama la dottrina dello studio economico del diritto e, nello specifico, G. Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 83 ss., nonché M. Mantello, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, 93 ss..

⁴² Cfr. F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., 999, il quale a sua volta richiama la teoria dell'analisi economica presente in R. Cooter, U. Mattei, P. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 274.

volendo sintetizzare, sono percorribili due strade che passano attraverso (i) l'estrema valorizzazione del principio "*pacta sunt servanda*" e, quindi, il mantenimento dell'equilibrio contrattuale originario, ovvero (ii) il contemperamento di esso con l'altro principio del "*rebus sic stantibus*", con conseguente attribuzione alla parte penalizzata del diritto ad ottenere la rinegoziazione del contratto⁴³.

Se già un problema di "incompletezza" e di "sopravvenienze" si pone con riferimento al contratto di durata, la tematica acquisisce una particolare rilevanza nel caso dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Vista la stretta connessione di questi con l'evoluzione della crisi dell'impresa, evento la cui mutevolezza è congenita, e considerata l'elevata complessità dell'impalcatura negoziale realizzabile, anche in considerazione della numerosità dei soggetti coinvolti, particolarmente sentito è il problema della fase esecutiva degli stessi, nonché della possibilità di rinegoziarne il contenuto ogni qualvolta diventi obsoleto⁴⁴.

Tale necessità, essendo l'evoluzione della crisi d'impresa evento "naturale", sorge direttamente dalla realtà fattuale per poi ripercuotere i suoi effetti nel mondo giuridico, dove non esistono norme che regolamentano la fattispecie in maniera specifica. Ci si trova così, ancora una volta, in una situazione di asimmetria (anche se, in questo caso, fisiologica⁴⁵) tra la realtà fattuale ed il

⁴³ P. G. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 542.

⁴⁴ Cfr. F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit.; M. Arato, *Modifiche all'accordo di ristrutturazione dei debiti e nuovo controllo giudiziario*, *Il Fallimento*, 2012; M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, *Il Fallimento*, 2013; A. Guiotto, *Gli scostamenti dal piano*, in A. Guiotto e M. Fabiani (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012.

⁴⁵ Si è infatti osservato, F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., 995 "*che l'assenza di norme specifiche per l'attuazione del piano non deve stupire, se si considera che lo stesso codice civile non contiene disposizioni sull'esecuzione del contratto "in generale", ad eccezione di quella dell'art. 1375 c.c., che impone il rispetto del principio di buona fede più volte richiamato dal legislatore*".

tessuto normativo, rendendosi necessario un lavoro "deduttivo" del giurista al fine di colmare la lacuna e delineare una possibile regolamentazione del caso non disciplinato. Si deve registrare poi, oltre all'assenza del dato positivo, anche la carenza di diritto vivente, rinvenendosi soltanto sporadiche pronunce giurisprudenziali⁴⁶.

Il tutto si inserisce all'interno di un ambito particolarmente complesso, poichè la tematica della rinegoziazione deve essere analizzata in relazione ad un istituto, quale quello degli "accordi" ex art. 182-bis l. fall., conteso tra il diritto dei contratti e delle procedure concorsuali. Si renderà pertanto necessaria la preliminare analisi della natura giuridica dell'istituto e, di conseguenza, una presa di posizione circa la fonte negoziale o giurisdizionale delle obbligazioni (*capitolo 2*). Soltanto dopo aver risolto il problema dell'inquadramento della fattispecie ed esaminata la disciplina applicabile (la disciplina del contratto, ovvero analogicamente le norme in materia di concordato preventivo) sarà possibile studiare più da vicino le dinamiche del rapporto tra l'istituto e la teorica della rinegoziazione (*capitolo 3*).

⁴⁶ I casi noti sono soltanto due, ovvero quelli di Trib. Terni, 4 luglio 2011, (c.d. "*caso Sangemini*"), Il Fallimento, 2012, 205, e Trib. Milano, 17 giugno 2009 e 30 novembre 2010 ("caso Gabetti"), in Aa.Vv., *Crisi di imprese. Casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, 2011, 962 e 1079.

CAPITOLO SECONDO

NATURA GIURIDICA DEGLI ACCORDI E DISCIPLINA APPLICABILE

SOMMARIO: 1. La rilevanza della qualificazione giuridica degli accordi - 1.1. La nozione di concorsualità - 2. Gli accordi quale procedura concorsuale - 2.1. Gli accordi quale *sub*-concordato preventivo - 2.2. Confutazione della teoria *sub*-concordataria - 3. La teoria negoziale - 3.1. La presunta carenza di concorsualità - 4. La sentenza della Cassazione del 18 Gennaio 2018 n. 1182: un'occasione mancata? - 5. Superamento del concetto di “procedura concorsuale” - 6. Il risolutivo apporto al dibattito della sentenza Cass. n. 9087 del 12 aprile 2018 - 7. La permanenza della scissione tra effetti legali ed effetti negoziali degli accordi - 7.1 Il rapporto tra il piano e l'accordo - 8. La qualificazione del negozio giuridico: gli accordi come fascio di contratti - 9. Gli accordi come unico contratto plurilaterale... - 9.1. Gli accordi come contratto bilaterale plurisoggettivo - 10. Considerazioni in merito all'inquadramento strutturale degli accordi di ristrutturazione

1. La rilevanza della qualificazione giuridica degli accordi.

La dottrina, già all'indomani dell'introduzione dell'art. 182-bis della legge fallimentare, è apparsa divisa in merito alla riconducibilità dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti alle procedure concorsuali piuttosto che ai contratti di diritto privato.

Innegabile è la natura bivalente dell'istituto, nel quale si rinviene una fase negoziale ed una, successiva, di natura giurisdizionale: ci si trova quindi in una situazione in cui, analizzata la medesima disciplina da due visuali differenti, si è portati a cogliere alcuni dei molteplici elementi che compongono la complessa fattispecie ed a ritenerli decisivi in un senso o nell'altro.

L'operazione è piuttosto complessa, come anche dimostra il fatto che nessuno tra gli esponenti degli opposti schieramenti riesce a rinvenire un particolare elemento decisivo a favore della propria posizione. Essi sono al contrario indotti a condurre un'attività di analisi "quantitativa" che, una volta soppesato il numero degli elementi a favore di una determinata visione, ne determini la prevalenza rispetto ai corrispondenti elementi nell'altro senso.

E' altresì debito premettere che la problematica che si vuole introdurre non attiene ad esigenze meramente classificatorie, ma rappresenta la chiave di volta per la soluzione di molteplici problematiche applicative di rilievo, quali l'efficacia dell'accordo rispetto ai creditori non aderenti, la disponibilità di un apparato rimediabile di tutela, l'applicabilità del principio di consecuzione tra procedure concorsuali⁴⁷.

Ai fini della presente trattazione, invece, ciò che particolarmente interessa è la differente soluzione che si darebbe all'interrogativo circa la fonte delle obbligazioni in essere tra le parti. Una soluzione contrattuale del problema implicherebbe una presa di posizione in favore della natura strettamente negoziale di queste mentre con l'accogliere la visione concorsuale dell'istituto si giungerebbe a sostenere che l'accordo raggiunto nella prima fase del

⁴⁷ I. L. Nocera, *op. cit.*, p. 66.

procedimento rappresenti nient'altro che il primo passaggio della complessa procedura.

In questo secondo caso gli effetti vincolanti per le parti non scaturiranno da un atto di autonomia privata, ma da un provvedimento autoritativo, rappresentando l'omologazione uno degli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1173 c.c.⁴⁸.

E' di tutta evidenza l'incidenza della tematica di cui si discorre sulla possibilità, per le parti, di rinegoziare il contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti. La possibilità di rinegoziare, infatti, trova nella disponibilità dell'effetto giuridico il suo fondamentale postulato, potendo le parti liberamente modificare un assetto di interessi soltanto qualora ne siano loro stesse artefici. Ciò sicuramente sarà possibile nel caso in cui alla base del rapporto intercorrente tra il debitore ed i creditori vi sia un contratto, ossia una dichiarazione di privata volontà attraverso la quale *"Si dichiara di volere che abbia luogo un effetto giuridico, e l'ordine giuridico fa che questo effetto giuridico abbia luogo, per ciò che esso è voluto dall'autore del negozio"*⁴⁹.

Nell'ipotesi in cui si propendesse per l'opposta teoria della natura concorsuale dell'istituto, invece, non sarebbero più le parti stesse a regolamentare il proprio rapporto giuridico patrimoniale.

Non deve in tal caso trarre in inganno la circostanza per cui i soggetti che accedono ad un accordo di ristrutturazione possono determinarne in maniera più o meno libera il contenuto; per tornare alla teoria negoziale, l'accordo di ristrutturazione, benchè denominato tale, sarebbe un "mero atto giuridico", coesistente alla nascita dell'obbligazione, ma non, *ex se*, fonte della stessa.

⁴⁸ F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 997.

⁴⁹ La frase, tratta dalla definizione di negozio giuridico di Windscheid, è riportata in G. Mirabelli, voce *"Negozio Giuridico"*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1978, XXVIII, p.4.

Qualora le parti decidessero di modificarne il contenuto si porrebbero nel nulla gli effetti della prima procedura per intraprenderne una seconda con, al più, il vantaggio di avere alle spalle un'intesa di massima. Di fatto, però, non potrebbe propriamente parlarsi di "rinegoziazione", se non in senso atecnico. E' infatti vero che tale termine può riferirsi in astratto anche a fattispecie non contrattuali (es. la ridefinizione del contenuto di una convenzione matrimoniale) ma il riferimento all'attività negoziale esclude dal senso ascrivibile al termine il comportamento volto a modificare le obbligazioni nascenti da un titolo diverso⁵⁰.

1.1 La nozione di concorsualità

Al fine di poter rispondere all'interrogativo sopra posto si rende quindi necessario procedere all'analisi del concetto di "procedura concorsuale", esaminando gli elementi necessari affinché un procedimento possa considerarsi tale.

L'attività dell'interprete che si confronta con tale problematica è particolarmente complessa, considerando che il termine "procedura concorsuale", pur venendo utilizzato dal legislatore⁵¹, non trova nel diritto positivo una compiuta definizione.

Le difficoltà dell'indagine sono poi accresciute dalla pressochè totale assenza di decisioni giurisprudenziali che abbiano trattato il tema.

L'assenza della definizione in questione potrebbe forse ricondursi alla relativa novità della problematica, sorta con l'introduzione all'interno della

⁵⁰ G. Sicchiero, Voce *Rinegoziazione*, in Dig. Disc. Priv., Torino, 2008 rist., p. 1200.

⁵¹ Vi sono, infatti, norme che vi fanno esplicito riferimento. Nell'art. 111 l. fall., nel dettare l'ordine di ripartizione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, si dispone che "*Sono considerati crediti prededucibili [...] quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*"; all'art. 2499 c.c. che limita la possibilità di trasformazione di società nel caso in cui vi sia incompatibilità con la procedura concorsuale eventualmente pendente.

legge fallimentare delle procedure di composizione della crisi, a cavallo tra autonomia privata e controllo dell'autorità.

Vista l'assenza di dati positivi e di diritto vivente, gli studiosi che si sono approcciati a tale problematica hanno proceduto ad un'analisi "deduttiva" che, partendo dall'esame della disciplina delle procedure concorsuali "tradizionali" (fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa), consentisse di estrapolarne dei tratti strutturali caratterizzanti per poi, in un secondo momento, verificare la presenza di essi all'interno degli istituti di dubbia natura.

Si è quindi concluso⁵² per la presenza, nelle procedure concorsuali, di una variegata articolazione delle seguenti caratteristiche:

- a) la previsione di un accertamento di una situazione di patologia dell'impresa (insolvenza, crisi, irregolarità);
- b) la previsione che l'accertamento sia rimesso all'apprezzamento di una autorità pubblica (giurisdizionale o amministrativa);
- c) la previsione dell'affidamento della gestione, o di una semplice supervisione su di essa, ad un organo nominato dall'autorità pubblica;
- d) la previsione del coinvolgimento dell'intero patrimonio dell'imprenditore nella gestione sostitutiva;
- e) la collettivizzazione delle tutele e l'inibizione alla creazione di posizioni di preferenza (divieto di azioni esecutive e controllo sull'acquisizione di cause di prelazione);
- f) l'applicazione tendenziale delle regole di parità di trattamento;
- g) l'imposizione di un vincolo sui beni del debitore con formazione di una massa funzionalizzata alla soddisfazione dei creditori;
- h) la deviazione del trattamento dei crediti dalle regole ordinarie (ad es. in tema di produzione di interessi);

⁵² La seguente elencazione è frutto di una attività di raccolta di varie posizioni dottrinali rinvenibile in M. Fabiani, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, Il Fallimento, 3, 2018, p. 294.

i) il potenziale concorso tra creditori.

Come è stato osservato⁵³, però, non si rende necessaria la presenza di tutti i caratteri su elencati al fine di poter definire una procedura concorsuale come tale.

Tanto posto con riferimento alla generale definizione, quindi, si tratta ora di procedere ad un'analisi che, guardando da vicino alla disciplina degli accordi di ristrutturazione, consenta di estrapolarne le caratteristiche essenziali per poi confrontarle con quelle appena tratteggiate.

2. Gli accordi quale procedura concorsuale

Come si è accennato in apertura della presente trattazione (*cap. 1.1*), con la stagione delle riforme del 2005 si sono aperte le porte della legge fallimentare allo strumento dell'autonomia privata, raccogliendo le istanze dei molti che, soprattutto negli anni '90, avevano lamentato l'inadeguatezza della concezione squisitamente pubblicistica delle procedure concorsuali. Se quindi si presentava unanimità di vedute in merito alla necessità di una tale "privatizzazione", il problema era costituito (i) dalla misura di tale disintermediazione giudiziaria, (ii) dalla collocazione da riservare all'autorità giudiziaria e (iii) dai contenuti del ruolo da assegnarle.

Con riferimento a queste tre direttrici sono maturati negli anni successivi al 2005 una serie di riforme le quali, in maniera più o meno accentuata, hanno modificato l'equilibrio tra i diversi fattori, essendo ciascun intervento mosso dalla convinzione di poter raggiungere il miglior equilibrio tra lo strumentario negoziale e l'intervento giurisdizionale.

Ad oggi l'autorità giudiziaria può presentarsi all'interno della disciplina esaminata sotto le distinte vesti del giudice c.d. (i) "facilitatore" il quale, al rispetto di determinati requisiti, agevola lo svolgimento delle trattative

⁵³ M. Fabiani, *La nomenclatura* cit., p. 294.

attraverso la concessione dell'ombrello protettivo dalle azioni cautelari o esecutive o del giudice c.d. (ii) "stabilizzatore" che con i propri provvedimenti può conferire all'accordo ed ai singoli atti, al ricorrere di determinati presupposti, una forza che essi, *uti singuli*, non potrebbero avere⁵⁴.

In nessuna delle ricordate circostanze il giudice è chiamato a decidere sulla convenienza della proposta o sulla bontà degli accordi, ma il suo controllo attiene alla loro attuabilità, in primo luogo in punto di diritto e con particolare riferimento alla loro idoneità a soddisfare "integralmente" i creditori rimasti estranei all'accordo⁵⁵.

La finalità di tale sindacato, infatti, sarebbe proprio da rinvenire nella necessità di tutela delle posizioni di diritto soggettivo non altrimenti protette, quali quelle dei soggetti che, non avendo prestato alcun personale consenso, devono poter confidare sulla sostanziale "neutralità" degli accordi raggiunti dal debitore con gli altri creditori⁵⁶.

Tale posizione, oltre che in dottrina, può considerarsi pacifica anche in giurisprudenza. Non diversamente da quanto affermato in tema di concordato preventivo, infatti, si è rimasti fermi nel ribadire come l'attività del giudice debba consistere nel compimento di accertamenti in tre direzioni: in primo luogo, il controllo della completezza, della coerenza logica e della stessa legittimità della relazione di attestazione; in secondo luogo, la verifica dell'inesistenza di ostacoli giuridici alla realizzazione della pianificazione; in terzo luogo si rende necessario valutare che gli accordi non appaiano, *prima facie*, di impossibile attuazione⁵⁷.

⁵⁴ P. Valensise, op cit., p. 107.

⁵⁵ P. Valensise, *op. cit.*, p.108.

⁵⁶ A. Patti, *Il giudice nella crisi di impresa* cit., p. 267.

⁵⁷ App. Torino 3 agosto 2015, in IlCaso.it.

L'attività del giudice così contenutisticamente descritta potrà espletarsi in due differenti fasi del procedimento, conducendo, a seconda delle ipotesi, all'emanazione di provvedimenti con funzioni tra loro diverse.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 182-bis, già nella fase delle trattative, depositando una proposta di accordo, l'imprenditore potrà chiedere l'emissione di alcuni provvedimenti che, prevedendo il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive nei propri confronti, consentano lo svolgimento di tali attività in maniera indisturbata. I benefici di una tale possibilità sono evidenti: non solo il debitore potrà procedere ad una contrattazione senza doversi preoccupare di difendersi da iniziative di aggressione, ma allo stesso tempo anche i creditori destinatari della proposta potranno procedere all'elaborazione di un libero convincimento, trovandosi di fronte ad una situazione che avrà, sebbene solo temporaneamente, i connotati della stabilità.

Questa disciplina, secondo taluni sintomatica di una connotazione concorsuale della procedura, viene interpretata dai sostenitori della teoria pubblicistica quale elemento a favore di una lettura dell'istituto in chiave di concordato preventivo semplificato.

Intendendo la concorsualità come una forma di organizzazione/regolazione del concorso⁵⁸ (concetto peraltro non pacifico, v. *amplius* il paragrafo 3.3), si realizzerebbe anche negli accordi un contatto strutturato tra imprenditore in crisi e creditori, in un contesto in cui è coinvolta l'autorità giudiziaria. Si osserva infatti come (i) la protezione operi automaticamente a partire dal deposito dell'istanza presso il registro delle imprese e vi sia (ii) il coinvolgimento di tutti i creditori i quali, come si ricaverebbe dall'obbligo di

⁵⁸ Secondo G. Terranova, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 4, la concorsualità consisterebbe "nell'allineare tutti i concorrenti dietro un unico nastro di partenza, che impedisca ai più furbi, o ai più informati, di approfittare della confusione per avvantaggiarsi su chi è più indolente o, semplicemente, più corretto".

informazione ex art. 182-bis, co.7, vengono messi nelle condizioni di partecipare all'udienza di discussione dell'istanza⁵⁹.

Sarebbe poi da interpretare nell'ottica sopra menzionata anche la circostanza secondo la quale gli effetti della disciplina si propagano anche nei confronti dei soggetti estranei all'accordo, analogamente a quanto avviene nelle altre procedure concorsuali e, nello specifico, nel concordato preventivo.

Questo non solo accade nell'ipotesi di protezione anticipata previo deposito della proposta di accordo, ma anche e soprattutto, con riferimento alla successiva fase dell'omologazione dell'accordo.

In tal caso, infatti, non solo si produrrà, a seguito del deposito dell'accordo perfezionato, un effetto automatico *erga omnes* di "ombrello protettivo", ma particolarmente significativa è la modalità con cui si svolge l'attività di controllo giurisdizionale.

A tal riguardo viene evidenziato come l'intervento dell'autorità giudiziaria, che si concretizza nel provvedimento di omologazione dell'accordo, in analogia a quanto avviene nelle altre procedure concorsuali, deve aver luogo in ogni caso, prescindendo dalla presenza di opposizioni da parte di terzi: questa caratteristica sarebbe sintomatica della necessità di tutelare tutti quanti gli interessi coinvolti nella crisi dell'impresa, tra i quali rientreranno anche quelli dei creditori estranei all'accordo.

Questi ultimi, quindi, in ogni caso sarebbero parte del procedimento, come anche dimostra l'attribuzione della tutela processuale che transita attraverso la legittimazione a presentare opposizione all'omologazione⁶⁰.

Ulteriori effetti nei confronti dei creditori estranei all'accordo si verificheranno anche in caso di successivo fallimento dell'imprenditore. Vengono in tal senso in considerazione gli effetti connessi alla prededucibilità della nuova finanza erogata in occasione della procedura di accordo (ex art.

⁵⁹ P. Valensise, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁰ P. Valensise, *op. cit.*, p. 130.

182-quater e 182-quinquies) e l'operatività, per una serie di atti, di protezioni da azioni revocatorie.

A tal riguardo particolarmente rilevante è la normativa trasfusa, tramite un intervento correttivo della disciplina avvenuto nel 2012, all'interno dell'art. 182-quinquies: questa disposizione prevede la facoltà per l'imprenditore in crisi, esercitabile nell'ambito della procedura di accordo, di richiedere l'emissione di determinati provvedimenti giurisdizionali di autorizzazione in relazione (i) all'accensione di nuovi finanziamenti, per farne immediatamente dichiarare la prededucibilità, (ii) al pagamento di prestazioni di beni e servizi, per ottenere da subito la protezione da eventuali future azioni revocatorie. Tali provvedimenti produrranno i loro effetti *erga omnes*, nell'ipotesi di successivo fallimento, a prescindere sia dall'effettiva conclusione o meno di un accordo con i creditori, che dall'accoglimento o meno dell'istanza di omologazione dell'accordo, qualora concluso.

Sulla stessa linea delle osservazioni precedenti si collocherebbe l'intervento legislativo del 2012 che è intervenuto sul corpo del comma 1 dell'art. 182-bis, specificamente nella parte relativa alla necessità che l'accordo sia accompagnato da una relazione di un professionista che ne certifichi l'idoneità al pagamento dei creditori estranei: se prima era prevista la necessità di un "regolare" pagamento dei terzi, dopo la riforma citata si fa invece riferimento ad un "integrale" pagamento.

Alla modifica terminologica si è accompagnato un importante cambiamento sostanziale: tale intervento ha infatti inaugurato la possibilità che l'accordo di ristrutturazione ed il connesso piano intervengano, attraverso il passaggio dell'omologazione, sulle scadenze dei rapporti contrattuali in essere tra l'imprenditore ed i creditori rimasti estranei alla procedura, inevitabilmente comportando delle modifiche alle obbligazioni in essere tra le parti.

Da tutto ciò discenderebbe che, lungi dall'aver il carattere della relatività propria del contratto, l'istituto de quo sarebbe da inquadrare nell'ottica di un

procedimento con effetti globali, alla stregua di quanto avviene nel caso delle altre procedure concorsuali.

2.1 Gli accordi quale *sub*-concordato preventivo

Parte della dottrina che sostiene la natura pubblicistica dell'istituto propende per la lettura dello stesso in una chiave *sub*-concordataria, interpretando la disciplina esaminata nell'ottica di un rapporto di *species* a *genus* rispetto a quella che regola il concordato preventivo.

Le affinità tra i due strumenti di risanamento dell'impresa sono a prima vista evidenti, deponendo a favore di tale teoria, in primo luogo, le previsioni che, al rispetto di determinate condizioni, conferiscono la facoltà di passare dall'una all'altra procedura: non solo è possibile, dopo aver presentato la sola domanda di concordato preventivo, procedere al deposito dell'istanza di omologazione di un accordo ex art. 182-bis già perfezionato (art. 161, co. 6, l. fall.), ma viene contemplata anche l'ipotesi di percorso inverso, ovvero di transitare dalla presentazione di un'istanza di protezione in corso di trattative per la conclusione dell'accordo alla successiva domanda di concordato preventivo senza perdere il beneficio della protezione *ad interim* da azioni esecutive o cautelari (art. 182-bis, co. 8, l. fall.)⁶¹.

Sarebbero poi variamente conferenti rispetto alla posizione in questione le seguenti circostanze⁶²:

1. la presenza, nella Relazione Illustrativa al d.l. n. 35/2005 introduttivo della figura esaminata, della frase secondo cui "*il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi di impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa*";

⁶¹ P. Valensise, *op. cit.*, p. 122.

⁶² P. Valensise, *op. cit.*, p. 134.

2. l'identità di presupposti oggettivi (lo "stato di crisi") e soggettivi (l'imprenditore fallibile ai sensi dell'art. 1 l. fall.);
3. la collocazione dell'istituto in esame all'interno del titolo III della legge fallimentare contenente la disciplina concordataria.

2.2 Confutazione della teoria *sub*-concordataria

Molteplici sono le osservazioni che si rinvergono in dottrina e che depongono contrariamente alla sussistenza di un rapporto di *genus a species* tra concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione. Se ne riporteranno due delle più significative, rispettivamente di carattere formale e sostanziale.

Un primo dato si ricava dall'analisi letterale della disciplina enunciata all'art. 182-bis l. fall., il quale contiene uno specifico rinvio ad alcune disposizioni in tema di concordato preventivo. Si ritiene infatti che qualora il legislatore avesse ritenuto l'accordo una forma di concordato non avrebbe avuto senso il ricorso alla tecnica del richiamo puntuale⁶³, potendosi direttamente disporre l'applicazione della disciplina "maggiore" nella sua interezza⁶⁴.

A livello contenutistico, invece, concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione appaiono due istituti speculari nel momento in cui si osserva che nel primo il piano di ristrutturazione viene concepito unilateralmente e solo dopo posto all'attenzione del giudice per essere approvato dalla maggioranza dei creditori attraverso un procedimento che vede coinvolto tutto il ceto creditorio. Nella fattispecie contemplata dall'art. 182-bis, invece,

⁶³ Si richiama l'art. 161, sulla disciplina da seguire ai fini della presentazione della dichiarazione della documentazione; l'art. 183 sul reclamo contro il decreto di omologa; l'art. 168, co. 2, sulla sospensione delle prescrizioni nella moratoria di azioni esecutive e cautelari dopo la pubblicazione.

⁶⁴ I. L. Nocera, *op. cit.*, p. 75.

l'accordo origina dalle trattative con una parte dei creditori e soltanto in seguito alla conclusione esso sfocerà nella fase giudiziale. La forte connotazione stragiudiziale di quest'ultimo giustifica anche la circostanza dell'assenza di un'udienza di comparizione in camera di consiglio e della carenza della figura del commissario giudiziale, il quale nel concordato preventivo assume la funzione di coordinamento e controllo sull'attività del debitore, coadiuvandolo nella gestione dell'attività d'impresa e nella esecuzione degli obblighi concordatari.

3. La teoria negoziale

La dottrina che sussume l'accordo all'interno della disciplina strettamente contrattualistica può considerarsi, invece, la più nutrita. Si sono infatti susseguiti diversi contributi in tal senso che, variamente articolando, hanno ricondotto lo strumento di ricomposizione della crisi esaminato nell'ottica di un contratto di diritto privato. Come più volte ribadito, la presenza di una fase negoziale in apertura della procedura è un dato di fatto; ciò che deve essere analizzato è invece la possibilità di valorizzare il passaggio negoziale a tal punto da leggere tutto il procedimento come semplice accessorio ad una fattispecie che sarebbe già perfetta con il semplice incontro delle volontà dei privati.

Un primo dato che inevitabilmente salta all'occhio è la carenza di un soggetto terzo, nelle vesti di curatore o commissario, che abbia il compito di gestire o, al più, supervisionare la procedura: le parti sono invece libere di esplicitare la loro autonomia contrattuale, stabilendo tempi e modalità della formazione dell'accordo.

L'imprenditore-debitore resterà, a meno di espressa pattuizione dominus dell'impresa (v. Cap. 1.3): non realizzandosi alcuno spossessamento, attività

di controllo esterno, o regime autorizzatorio, infatti, questi mantiene *in toto* i suoi poteri di gestione e direzione.

Risultato di tutto ciò sarebbe quindi la carenza del carattere dell'officiosità, come si dedurrebbe anche dalla mancanza di un provvedimento di un organo pubblico che determini l'apertura della procedura: il giudice sarebbe invece chiamato esclusivamente a verificare i requisiti per il rilascio dell'omologa, la quale non avrebbe l'effetto di completare una fattispecie imperfetta, ma rappresenterebbe un semplice "*imprimatur*" che, giungendo *ex post*, consente di aprire un "ombrello protettivo" che pone il contratto al riparo dall'azione revocatoria in caso di successivo fallimento.

In una visione capovolta rispetto a quella riportata nel precedente paragrafo, si considera poi l'accordo di ristrutturazione pienamente soggetto al principio di relatività degli effetti del contratto, essendo questo vincolante soltanto per le parti contraenti, mentre i creditori estranei, pur soggetti al vincolo di moratoria e di non poter esperire azioni revocatorie, conservano intatte le loro pretese. Tali effetti sarebbero fisiologica espressione della possibilità che il contratto, "*nei casi previsti dalla legge*", possa essere produttivo di effetti verso i terzi (art. 1372, co. 2, c.c.)⁶⁵.

Non opera poi in tale caso, a differenza di quanto invece avviene per il concordato preventivo, la regola della maggioranza: la soglia del sessanta per cento dell'esposizione debitoria rappresenterebbe soltanto un requisito avente "rilevanza esterna", rilevante ai fini di una valutazione di oggettiva affidabilità del tentativo di risanamento e mera condizione per l'omologazione. Tutto ciò sarebbe confermato dalla possibilità di raggiungere tale soglia anche successivamente alla stipula⁶⁶, in maniera del tutto diversa da quanto avviene in ipotesi di concordato preventivo, dove la suddivisione del ceto creditorio in classi aventi trattamenti differenziati e la conseguente

⁶⁵ I. L. Nocera, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁶ G. Minutoli, *L'autonomia privata nelle crisi d'impresacit.*, p. 1054.

differenziazione del voto in ragione dell'eterogeneità di interessi economici e posizioni giuridiche, comporta l'applicazione del principio di soggezione della minoranza alla volontà espressa dalla maggioranza dei creditori.

Tale suddivisione in classi nell'ipotesi concordataria viene letta come il superamento di una visione atomistica dei singoli diritti di credito, tutelati dai rispettivi privilegi, essendo invece la stessa ripartizione in classi un esempio di visione collettiva del ceto creditorio⁶⁷.

Una prospettiva collettiva sembra invece mancare nell'ipotesi degli accordi di ristrutturazione, nei quali è carente l'elemento dell'universalità proprio delle procedure concorsuali: ben potrebbe l'imprenditore, soggetto all'unico limite numerico del superamento della soglia del 60 per cento di creditori aderenti, scegliere i soggetti cui proporre l'accordo, non esistendo alcun residuo del principio paritario. A tal riguardo si osserva come il debitore, pur potendo, per comodità, ripartire i creditori in classi⁶⁸, possa ben prevedere un trattamento differenziato per crediti aventi le stesse caratteristiche e finanche un trattamento deteriore per posizioni giuridiche privilegiate: l'unico vincolo è rappresentato, come si è già avuto modo di notare, dalla soddisfazione integrale dei non aderenti all'accordo, qualunque sia la loro posizione.

E' in questo punto che probabilmente si registra la maggiore distanza dalle procedure concorsuali tradizionali, figlie di una visione che gli organismi di composizione della crisi hanno abbondantemente abbandonato, a favore di una visione "liberale" che affida le speranze di riuscita dell'operazione e di riequilibrio delle posizioni soggettive alla libera iniziativa contrattuale. Particolarmente riassuntiva a tal riguardo è l'osservazione secondo la quale nella disciplina ex art. 182-bis l. fall. *"i creditori si distinguono prevalentemente in relazione agli interessi economici di cui sono portatori e*

⁶⁷ M. Sandulli, *Commento sub art. 160 l. fall.*, in A. Nigro – M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, II, p. 987.

⁶⁸ G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in S. Ambrosini (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, p. 561.

in particolare in relazione al modo in cui partecipano alla gestione della crisi, come co-protagonisti o come semplici comprimari o spettatori”⁶⁹.

3.1 La presunta carenza di concorsualità

Al di là delle singole argomentazioni variamente addotte dagli studiosi a sostegno della tesi privatistica, una caratteristica che merita particolare attenzione è quella della "concorsualità", intesa in senso stretto (come potenzialità di concorso tra i creditori) e non quale attributo della procedura globalmente considerata. Benchè non vi sia un elemento determinante a sostegno dell'una o dell'altra tesi, ed il diritto vivente non ritenga alcuna caratteristica, da sola, decisiva ai fini della classificazione, tra le peculiarità delle procedure concorsuali, questa potrebbe avere (come anche dimostra l'attenzione riservatale dalla dottrina) un peso maggiore delle altre. E' quindi in un'approfondita analisi del concetto di "concorsualità" che può rintracciarsi una preziosa occasione per lo scioglimento del Nodo Gordiano rappresentato dal dilemma sulla natura dell'istituto.

La dottrina tradizionale si è variamente soffermata su questo aspetto, fornendo delle definizioni non sempre coincidenti: Satta coglieva il tratto essenziale della concorsualità in un elemento oggettivo costituito dall'esistenza di *"una situazione anomala, non corrispondente all'ordine giuridico, che è in primo luogo ed essenzialmente di beni, considerati nel loro complesso e nell'unità della loro destinazione"* a soddisfare le ragioni dei creditori, Pajardi identificava la concorsualità con l'universalità (soggettiva) dei creditori intesa come vocazione naturale del fallimento che lo contrappone all'esecuzione individuale (nella quale la partecipazione di una pluralità di creditori è fenomeno meramente accidentale) mentre Bonsignori individuava l'essenza

⁶⁹ M. Fabiani, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione a l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, Il Fallimento, 2010, p. 598.

della concorsualità nell' *"onere per i creditori di utilizzare il mezzo di tutela, previsto nella legge fallimentare"* per il soddisfacimento dei loro diritti⁷⁰.

Tale principio ha subito un'evoluzione che è andata di pari passo con gli interventi legislativi che hanno interessato la disciplina della legge fallimentare.

Si è sostenuto che sarebbe errato intendere la concorsualità come limitata alla sola necessità di comune partecipazione alla distribuzione del ricavato dei beni dell'imprenditore (tale circostanza, oltre che nel concordato preventivo, non si riscontra neanche nell'amministrazione straordinaria), tanto quanto sarebbe riduttivo limitarsi ad una concezione del principio che si focalizzi soltanto sul perseguimento di un interesse collettivo, ossia come un insieme di regole che, disciplinando le attività dei creditori, indirizzi le singole condotte verso un interesse comune⁷¹ (contra v. il paragrafo 2).

Sarebbe sicuramente più aderente allo stato attuale della normativa adottare quella definizione che si apre a contemplare le nuove esigenze perseguite attraverso lo strumento dell'"autotutela" e che quindi definisce la concorsualità come *"un regime giuridico di disciplina di situazioni generalmente caratterizzate da conflittualità tra più soggetti e che non è funzionale in termini esclusivi rispetto al concorso, andando ad abbracciare obiettivi più ampi che oggi sono anche di tipo gestionale e partecipativo"*⁷².

Alla luce dell'evoluzione concettuale di cui si è dato traccia, che sembrerebbe aprire anche alle nuove procedure c.d. "di composizione della crisi", è interessante notare come la dottrina civilistica abbia comunque trovato modo di ribadire l'estraneità degli accordi al *genus* concorsuale.

E' evidente come l'eterogeneità tra accordi e procedure concorsuali emerga adottando la nozione tradizionale di concorsualità che, al fine di assicurare la

⁷⁰ Le varie posizioni "classiche" sono riprese da F. Abate, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, Il Fallimento, 2013, p. 1182.

⁷¹ I. L. Nocera, *op cit.*, p. 87.

⁷² V. De Sensi, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, Roma, 2009, p. 236.

paritetica soddisfazione del ceto creditorio, attua il principio della responsabilità patrimoniale focalizzandosi su una proporzionale liquidazione dell'attivo.

Pur nell'ottica evolutiva di una concorsualità "attenuata", che interviene a limitare l'autonomia privata soltanto nell'ipotesi di posizioni di conflitto dovute ad un patrimonio incapiente, si osserva come il minimo comun denominatore tra tutte le procedure concorsuali sia rappresentato dall'interessamento (tanto in senso statico quanto in senso dinamico) dell'intero patrimonio del debitore e dal coinvolgimento di tutti i creditori.

Nell'istituto di cui all'art. 182-bis l. fall., invece, per i motivi che seguono, non si riscontrerebbero i due caratteri appena evidenziati.

L'assenza di una concezione globale del patrimonio debitorio è un dato di fatto sul quale ci si è ampiamente soffermati in corso di trattazione e che è d'altronde esclusa dalla stessa libertà di cui godono le parti nel plasmare l'operazione di ristrutturazione⁷³.

Dal punto di vista del coinvolgimento della totalità dei creditori, invece, il discorso si fa più complesso, nel momento in cui il dato normativo si potrebbe prestare ad una duplicità di letture aventi entrambe un solido appoggio nella normativa.

Se nel paragrafo 2 sono stati trattati gli aspetti che inducono taluno a sostenere un coinvolgimento nella procedura di tutto il ceto creditorio⁷⁴ sul medesimo punto si possono rinvenire conclusioni diametralmente opposte.

Si legge sostanzialmente il medesimo evento in un'ottica diversa, sostenendo che l'assicurazione dell'integrale pagamento dei creditori che sottoscrivono l'accordo è una condizione di omologabilità della ristrutturazione o un requisito *ex lege* per ottenere l'esenzione dall'azione

⁷³ Del resto l'applicabilità del principio di cui all'art. 1322 del codice civile non viene esclusa neanche dai sostenitori della teoria "pubblicistica".

⁷⁴ Che si basano sulla presenza della legittimazione processuale dei creditori ad opporsi all'omologazione e della necessità di un "*integrale pagamento*" dei terzi.

revocatoria: l'integrale soddisfazione dei creditori estranei rileverebbe quindi non come requisito dell'atto, ma come aspetto esterno ad esso non integrante una condizione di validità. Conferma di ciò sarebbe da rinvenire nel fatto che il pagamento dei creditori non aderenti all'accordo verrà effettuato non in forza dell'accordo di ristrutturazione, trovando fonte in fatti causativi esterni e preesistenti ad esso.

Allo stesso modo la moratoria di pagamento quadrimestrale, inserita dalla riforma del 2012 all'art. 182-bis l. fall., sarà sintomatica della produzione di effetti *ultra vires* del contratto sul piano oggettivo, non soggettivo; questo perché ai sensi del comma primo dell'art. 182-bis l. fall. non vi sarà un differimento *ex lege* dell'originario termine di scadenza dell'obbligazione, ma solo un'incidenza oggettiva sul profilo dell'esigibilità dei crediti i quali, benché scaduti, saranno inesigibili.

4 La sentenza della Cassazione del 18 Gennaio 2018 n. 1182: un'occasione mancata?

Precedenti della giurisprudenza di legittimità sulla questione dell'inquadramento sistematico degli accordi di ristrutturazione sono mancati lungo tutto il periodo che va dall'introduzione dell'istituto fino ad arrivare al Gennaio di quest'anno.

La Cassazione si era in precedenza soltanto avvicinata alla problematica con due pronunce le quali, tuttavia, non entravano nel merito della questione. Ci si riferisce alla sentenza del 4 settembre 2009 n. 19214, che a livello di *obiter dictum* sembrava accomunare le fattispecie del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, nonché all'ordinanza del 24 settembre 2012, n. 16187 la quale ha invece considerato la questione della natura giuridica irrilevante ai fini della decisione a lei rimessa.

La Corte è stata finalmente attenzionata della problematica e si è pronunciata in merito ad essa durante il mese di Gennaio scorso. E' stata sottoposta ai giudici la questione della applicabilità della disposizione sulla prededucibilità dei crediti per prestazioni professionali⁷⁵, svolte in sede di procedimento ex art. 182-bis 1., qualora sia successivamente subentrato il fallimento.

Fulcro della questione era quindi l'applicabilità dell'art. 111, co. 2, 1. fall. all'istituto oggetto di esame, posto l'esplicito richiamo fatto dalla norma alla prededucibilità dei crediti "*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*".

La soluzione della questione, quindi, sarebbe necessariamente dovuta passare attraverso la risposta all'interrogativo della riconducibilità degli accordi tra le procedure concorsuali.

La Suprema Corte, pur dando atto di essere consapevole della risalenza e complessità della questione, arriva alla conclusione della sussumibilità della disciplina dell'istituto all'interno della fattispecie contemplata dall'art. 111, co. 2, 1. fall. per il tramite di un'analisi sorprendentemente stringata.

Il Collegio ha valutato gli accordi riconducibili "*agli istituti del diritto concorsuale*" in quanto ha rintracciato all'interno della disciplina le seguenti caratteristiche (i) *condizioni di ammissibilità*, (ii) *deposito presso il tribunale competente*, (iii) *pubblicazione al registro delle imprese*, (iv) *necessità di*

⁷⁵ L'art. 111 l. fall. così recita:

"Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

- 1) per il pagamento dei crediti prededucibili;*
- 2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;*
- 3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa.*

Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)".

omologazione, (v) meccanismi di protezione temporanea, (vi) esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione del piano, (vii) forme di controllo e pubblicità sulla composizione negoziata.

La decisione del collegio si arresta a tale elenco, o poco più. Il tutto ha assai poco di risolutivo ai fini del dibattito, come anche dimostrano i primi commenti della dottrina, tutt'altro che convinta dalla (parziale) presa di posizione. Taluno evidenzia come i giudici si siano di nuovo sottratti dalla definizione del concetto di "procedura concorsuale", riferendosi invece alla figura esaminata con la perifrasi "*istituto del diritto concorsuale*". Come fatto notare da uno dei primi commenti, infatti, non si è mai rinvenuto alcun dubbio in merito al fatto che l'istituto di cui all' art. 182-bis appartenga a tale categoria, tanto più a seguito dell'incremento del livello di procedimentalizzazione cui è stato soggetto per il tramite dei ripetuti interventi del legislatore⁷⁶.

Pur volendo andare oltre l'evidenza terminologica e considerare "*istituto del diritto concorsuale*" e "*procedura concorsuale*" come due termini equipollenti⁷⁷, la decisione commentata non potrebbe in alcun modo essere considerata concettualmente soddisfacente ai fini della soluzione del problema. Essa non farebbe altro che riproporre, senza analizzare, argomentazioni già ampiamente discusse dalla dottrina le quali sono tutt'altro che decisive.

E' infatti debito osservare come il procedimento esaminato non presenti alcuna condizione di ammissibilità, a meno di dover interpretare il termine nell'ottica della presenza di requisiti (oggettivi o soggettivi) necessari ai fini dell'omologabilità dell'accordo. La dottrina aveva già provveduto a sottolineare il contrasto della previsione di requisiti soggettivi (la figura

⁷⁶ S. Ambrosini, *Nota a Cass. 18 Gennaio 2018, n. 1182*, in *osservatorio-oci.org*, 2018, p. 1.

⁷⁷ Così come fa S. Bonfatti, *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2018, p.2.

dell'imprenditore fallibile ex art. 1 l. fall.) ed oggettivi (la sussistenza di uno stato di crisi) con il principio dell'autonomia contrattuale ex art. 1322⁷⁸. Tuttavia sembra vincente l'obiezione di chi osserva come l'imprenditore, con il chiedere l'omologa giudiziale, non stia domandando l'ammissione ad un procedimento, ma semplicemente un sigillo ad un accordo perfezionato indipendentemente dall'esito dell'analisi giudiziale⁷⁹. A meno di una esplicita manifestazione di volontà delle parti nel senso di condizionare il contratto al positivo esito dell'analisi del tribunale o, in mancanza di previsione, voler ricorrere all'istituto della presupposizione, il contratto sarà già di per sé produttivo di effetti e vincolante tra le parti.

La precisazione appena fatta supererebbe i primi quattro punti addotti dalla Corte a sostegno della propria tesi (ci si riferisce, oltre che alla presunta presenza di condizioni di ammissibilità, anche al deposito presso il tribunale competente, alla pubblicazione sul registro delle imprese ed alla necessità di omologazione). Queste caratteristiche sono del resto accomunate dall'essere attinenti ad una fase che ben potrebbe considerarsi "eventuale" nell'ottica di soggetti che, spinti dalla necessità di regolamentare una situazione patologica di crisi d'impresa, concludono un accordo finalizzato al superamento dell'*empasse* in cui versa la fase esecutiva dei contratti già in essere. Nonostante dal rispetto delle condizioni poste dall'art. 182-bis l. fall. potrebbero discendere effetti che favoriscono la determinazione delle parti di intraprendere un'operazione di ristrutturazione "tipizzata", si incorrerebbe sicuramente in errore qualora si concludesse che omologazione, pubblicazione e deposito dell'accordo siano fasi che influenzano la complessiva disciplina a tal punto da poterla ricondurre a quella di una procedura concorsuale. Vi è

⁷⁸ P. Valensise, *op. cit.*, il quale sostiene che "se la prospettiva era quella degli accordi ex art. 182-bis quale "trionfo dell'autonomia privata", sarebbe sembrato più coerente non delimitare a priori l'utilizzo [...] bensì, con particolare riferimento al presupposto soggettivo, permetterlo ad ogni tipo di imprenditore o, *rectius*, di debitore".

⁷⁹ I. L. Nocera, *op. cit.*, p. 76.

anche chi, partendo da tale assunto, lamenta un'imprecisione letterale dell'articolo 182-bis nella parte in cui dispone che l'accordo, pubblicato nel registro delle imprese, "*acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione*"⁸⁰.

Sulle rimanenti argomentazioni elencate dal Collegio, che nello specifico attengono alla presenza di meccanismi di protezione temporanea, di deroghe alla revocatoria fallimentare e dei controlli del giudice sull'accordo, ci si è invece già ampiamente soffermati nei paragrafi 2 e 3. Anche in tal caso si è avuto modo di evidenziare le problematiche sollevate da coloro i quali argomentano in senso contrario alla posizione c.d. "pubblicistica".

5. Superamento del concetto di "procedura concorsuale"

Al termine della disamina delle varie argomentazioni addotte dagli interpreti non possono che confermarsi le premesse con le quali si introduceva l'analisi appena terminata. Si è cioè consapevoli del fatto che, probabilmente, ed a meno di interventi legislativi o giurisprudenziali definitivi, non si possa allo stato dei fatti abbracciare con sicurezza alcuna delle due posizioni. Entrambe presentano degli innegabili pregi ed allo stesso tempo delle carenze che sembrano minare la tenuta dell'impalcatura argomentativa.

Ed è forse in termini diversi che dovrebbe approcciarsi il problema, ovvero tentando di dare una lettura che cerchi di superare l'ostacolo con un'attività di sintesi, piuttosto che attraverso una scelta tra uno dei due elementi della dicotomia.

Il rischio è infatti quello di rilegare l'istituto esaminato in un Letto di Procuste, estendendone innaturalmente la portata o amputando potenziali funzionalità al solo scopo di veder soddisfatta l'esigenza classificatoria.

⁸⁰ M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 6.

Un preciso inquadramento, infatti, sicuramente gioverebbe alla certezza del diritto, ma comporterebbe allo stesso tempo un'inevitabile perdita di funzionalità che soltanto un istituto con una tale "*innaturale complessità duale*"⁸¹ può possedere.

Depone del resto in questo senso l'argomentazione della Suprema Corte nella quale, oltre a rifuggire ostinatamente dalla classificazione, i giudici sono sembrati molto attenti a non accostare all'istituto de quo la definizione di "procedura". Allo stesso modo l'assenza nella legge fallimentare di un preciso inquadramento degli accordi potrebbe interpretarsi in senso conforme al famoso brocardo secondo cui qualora il legislatore avesse voluto avrebbe "parlato" e, quindi, anche il silenzio è in realtà una scelta ben precisa.

E del resto sembrerebbe difficile configurare come un'ulteriore coincidenza il fatto che la "timidezza definitoria" del legislatore del 2005 e dei giudici di legittimità si riscontri anche negli schemi di decreti delegati che dovrebbero dar corpo al Codice della Crisi e dell'Insolvenza (c.d. "Progetto Rordorf") sostitutivo dell'attuale legge fallimentare.

Tali schemi presentano in apertura una sezione dedicata alle definizioni (ne sono 25) delle quali nessuna è però dedicata alla precisazione del concetto di "procedura concorsuale", così come dalle norme dedicate agli accordi non emerge nessuna specifica volontà di ricondurli all'interno del *genus* "procedure".

Non può ignorarsi tutta questa serie di indici, che ben si potrebbero ricondurre ad un complessivo movimento che porti ad un abbandono della nozione tradizionale di procedura a favore di strumenti ibridi i quali possano al loro interno coniugare ai benefici della libertà, propria del contratto, la tutela e l'efficacia esterna delle procedure concorsuali.

E' del resto difficile che un istituto giuridico che vuole porsi quale strumento utile a fini strettamente pratici possa naturalmente conformarsi ad

⁸¹ M. Fabiani, *La nomenclatura delle procedure concorsuali* cit., p. 297.

un preciso schema giuridico: ciò significherebbe voler anteporre in maniera innaturale una conseguenza (la norma) alla propria "fonte" (la realtà fattuale).

Ed in effetti è proprio questo che è accaduto con l'introduzione dell'istituto degli accordi: si è proceduto a plasmare un istituto del diritto concorsuale che, forse anche in ragione della motivazione che lo rendeva necessario, fosse a se stante, rispondendo soltanto alle istanze concrete degli operatori economici.

L'istituto di cui si discorre è nato dall'osservazione delle soluzioni stragiudiziali, alternative alle procedure, già adottate dai pratici, ed alla loro successiva trasposizione nel tessuto normativo⁸²: si procede così a sacrificare la coerenza normativa, che vuole una netta distinzione tra procedure concorsuali e soluzioni stragiudiziali, favorendo dall'altro lato l'efficacia della normazione.

Se quindi, date le enormi carenze nella disciplina, sembra assai difficile potersi parlare di "procedura concorsuale" (v. paragrafi 3.3 e 4) è nell'altro senso chiaro che il carattere puramente negoziale dell'istituto possa sostenersi *"soltanto con acrobazie ermeneutiche e giochi di parole"*⁸³: sarebbe piuttosto riduttivo -oltre che, forse, concettualmente errato- guardare alle conseguenze dell'omologa giudiziale come ad effetti riconducibili direttamente al contratto. Questo è ciò che cercano di fare gli esponenti della teoria contrattualistica nel momento in cui procedono ad affermare che l'improcedibilità di azioni cautelari o esecutive, il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati, l'inesigibilità per centoventi giorni dei crediti dei creditori estranei siano delle eccezioni tipizzate (ex art. 1372, co. 2, c.c.) al principio della relatività del contratto⁸⁴.

⁸² L. Boggio, *Effetti legali e negoziali* cit., p. 22.

⁸³ A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis)*, in *Dir. Fall.*, 2011, I, p. 17.

⁸⁴ I. L. Nocera, *op. loc. ult. cit.*.

Non può non osservarsi l'errore di fondo insito in questa affermazione: gli "effetti dell'accordo" non sono infatti attribuibili al contratto stesso, ma sono più propriamente da ricondurre al perfezionarsi di una fattispecie legale che contempla il negozio giuridico in quanto mero presupposto di fatto.

E' infatti vero che il contratto, per previsione legislativa, ben può produrre effetti "riflessi" nei confronti di terzi, ma in tutte queste ipotesi⁸⁵ esso rileverà comunque quale atto giuridico e sarà *il contratto stesso*, ancorchè "esternamente", a produrre gli effetti *utra partes* e non già un distinto provvedimento, come invece avviene nell'ipotesi dell'omologa giudiziale degli accordi.

Nell'ipotesi in oggetto si registra invece un'evidente scissione tra le conseguenze legali e negoziali dell'accordo, al punto da potersi osservare che gli effetti c.d. esterni si produrranno indipendentemente da un'espressa volontà delle parti del negozio le quali nulla prevedono a riguardo e che, per assurdo, non potrebbero, pur volendo, disporne. Nella medesima prospettiva dovrebbe ritenersi che persino l'omologazione dell'accordo privo dei requisiti fissati dalla legge, qualora erroneamente concessa, produrrà ugualmente i suoi tipici effetti legali: il provvedimento giudiziale avrà un'efficacia non solo costitutiva, ma anche sanante⁸⁶. E' allo stesso tempo la mera pubblicazione dell'accordo (e non l'accordo in sé) a produrre tanto gli effetti immediati quanto, retroattivamente, quelli condizionati all'omologazione⁸⁷: proprio alla luce

⁸⁵ Ovvero i contratti traslativi o costitutivi di diritti (c.d. contratti *con effetti reali*), i contratti attributivi di diritti opponibili ai terzi (la prelazione legale, il contratto attributivo di un diritto personale di godimento o la vendita con patto di riscatto), i contratti associativi con efficacia esterna od i contratti suscettibili di tutela Aquiliana (F. Galgano, *Commento all'art. 1372*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, p. 32).

⁸⁶ M. Sciuto, *op. cit.*, p. 344.

⁸⁷ Si rammenta che, da questo momento,: (i) l'accordo acquista efficacia (art. 182-bis, co. 2), (ii) decorre un periodo di 60 giorni nel corso del quale "*i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore né acquisire titoli di prelazione se non concordati*" (art. 182-bis, co.

della funzione "costitutiva" così delineata, infatti, invece che di "deposito" dovrebbe più propriamente parlarsi di "*iscrizione nel registro delle imprese*"⁸⁸.

E' quindi abbastanza evidente la realtà dei fatti: l'istituto degli accordi di ristrutturazione sconfinava nel campo pubblicistico producendo effetti verso soggetti terzi a tal punto da rendersi riduttiva una semplice qualificazione dello stesso in termini contrattuali; allo stesso tempo, però, i momenti giurisdizionali non sono così rilevanti da consentire l'ingresso della figura nel campo delle procedure concorsuali.

Alla luce di ciò sarebbe più rispettoso della connaturata eterogeneità strutturale parlare di una fattispecie complessa dalla quale scaturiscono sia effetti "negoziali" (o, meglio, "contrattuali") che effetti "legali"⁸⁹; effetti tra loro sicuramente complementari, ma decisamente distinti.

Si rende quindi necessario, per individuare la disciplina applicabile al fine di sciogliere l'interrogativo dal quale muove la presente trattazione, procedere ad una disamina caso per caso e risalire alla fonte della specifica obbligazione esaminata. Se si farà riferimento alla prima fase si applicheranno le norme proprie del contratto, qualora invece l'analisi attenga alla seconda fase (quella giudiziale) nulla esclude che possa ritenersi applicabile analogicamente la disciplina del concordato preventivo (sull'affinità tra le due figure si è discusso nel paragrafo 2.1) ovvero quella generale delle procedure concorsuali⁹⁰.

3) e (iii) inizia altresì un periodo di 30 giorni nel quale "*i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione*" (art. 182-bis, co. 4).

⁸⁸ V. Sanna, "*Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: profili pubblicitari*", in C. Ibba (a cura di), *Profili della nuova legge fallimentare*, Torino, 2009, p. 129 – 131.

⁸⁹ Si adotta un'efficiente terminologia usata da M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione* cit., la quale consente bene di scindere le due fasi del procedimento con i rispettivi effetti.

⁹⁰ In maniera adesiva rispetto all'ipotesi di applicazione analogica delle disposizioni sulle procedure concorsuali si è pronunciato M. Fabiani, *op. cit.*, p. 297.

6. Il risolutivo apporto al dibattito della sentenza Cass. n. 9087 del 12 aprile 2018

All'indomani delle considerazioni che precedono veniva emanata una sentenza con la quale la Suprema Corte ha, per la prima volta dall'introduzione dell'istituto, apertamente preso posizione nel dibattito di cui si è dato nota. La sentenza in questione, infatti, dedica un ampio approfondimento al tema della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione che denota consapevolezza delle perplessità manifestate dalla dottrina con riferimento alle precedenti pronunce.

La vicenda processuale che ha dato luogo al provvedimento in esame ha essenzialmente origine dall'interrogativo circa l'applicabilità agli accordi di ristrutturazione dei debiti della normativa contenuta all'interno dell'art. 162, comma I, l. fall., che, per il concordato preventivo, prevede la possibilità del Tribunale di concedere al debitore un termine per l'integrazione del piano e la produzione di nuovi documenti strumentali alla proposta di risanamento⁹¹.

⁹¹ Più nel dettaglio: una società in stato di insolvenza, pendendo talune istanze di fallimento a suo carico, depositava una domanda di concordato preventivo con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall; entro il termine concesso dal tribunale la società, essendo riuscita a raggiungere con i creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti, presentava la domanda di omologa dell'accordo medesimo, accedendo così alla c.d. "passerella" tra concordato e accordo, espressamente consentita dalla legge.

Una volta depositata la domanda di omologa è tuttavia risultato mancare il consenso di uno dei creditori, all'acquisizione del quale i restanti creditori avevano subordinato il proprio. Difettando in radice un accordo con il 60% dei creditori, requisito indefettibile per ottenere l'omologa dell'accordo medesimo, la società invocava un termine per produrre la documentazione attestante il consenso del creditore mancante; tuttavia il tribunale, convocate le parti all'udienza per l'omologa del concordato, negava la concessione del termine e con tre differenti provvedimenti, dichiarava inammissibile la domanda di concordato preventivo con riserva e la domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, per, infine, dichiarare il fallimento della proponente. Il reclamo proposto dalla società avverso la sentenza di fallimento viene respinto.

La fallita avanzava dunque ricorso per cassazione, nel quale, tra gli altri motivi, lamenta la mancata concessione del termine ex art. 162, comma I, l. fall. per integrare la documentazione prodotta, chiedendo alla S.C. di affermare la possibilità di applicare in via analogica la norma dettata per la fase di ammissione al concordato preventivo alla procedura di omologa dell'accordo.

Prima di ricordare con dovizia di argomenti i numerosi indici che inducono a ritenere che gli accordi sono anch'essi procedure concorsuali, la sentenza menziona il precedente arresto del medesimo giudice di legittimità⁹², che aveva (in maniera invero non chiarissima⁹³) affermato siffatto principio desumendolo dalla disciplina alla quale nel tempo l'istituto è stato assoggettato dal legislatore⁹⁴ che – nel pure rilevante spazio di autonomia privata accordato alle parti – suppone realizzate forme di controllo, pubblicità sulla composizione negoziata ed effetti protettivi, coerenti con le caratteristiche dei c.d. “*istituti di diritto concorsuale*”⁹⁵.

Entrando nel merito della argomentazione, si è in primo luogo indicato quale indice a favore di una lettura in chiave concorsuale dell'istituto *de quo* quell'evoluzione normativa che, a parere della Corte, lo ha progressivamente avvicinato al concordato preventivo attraverso la lunga serie di rinvii normativi che “*hanno finito per delinearli come strumenti di regolazione della crisi di impresa non solo alternativi ma anche (specie dal 2012) biunivocamente interscambiabili in itinere*”⁹⁶. Vengono altresì menzionate le tendenze evolutive del diritto dell'Unione Europea, che sarebbero anch'esse

⁹² Ci si riferisce alla Sentenza Cass. 1182/2018.

⁹³ V. a riguardo la critica della dottrina, cui si è dedicato il paragrafo 4.

⁹⁴ In punto di condizioni di ammissibilità, deposito presso il tribunale competente, pubblicazione al registro delle imprese e necessità di omologazione, da un lato, e meccanismi di protezione temporanea, esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione, dall'altro.

⁹⁵ Si procede, vista l'ambiguità del termine in questione, ad una sorta di attività di interpretazione autentica attraverso la quale si sancisce (superando le perplessità degli studiosi che si sono pronunciati all'indomani della sentenza in questione) la parificazione della terminologia “*istituto del diritto concorsuale*” con la più tradizionale dicitura di “*procedura concorsuale*”, così colorando di un nuovo significato ed una portata del tutto nuovi la precedente decisione del Collegio.

⁹⁶ Il riferimento è qui agli artt. 161, comma 6 e art. 182-bis, comma 8, l. fall. che consentono il passaggio da una procedura all'altra attraverso quel fenomeno che è stato dalla dottrina definito in termini di “*passerella*”.

nel senso di iscrivere gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra le procedure concorsuali⁹⁷.

Questo corso delle riforme renderebbe quindi anacronistico l'approccio della dottrina prevalente ancorata ai tradizionali rigidi requisiti della concorsualità⁹⁸ a fronte dell'importazione di profili di autonomia e negozialità all'interno di tutte le procedure concorsuali⁹⁹ che riscriverebbero la cifra della moderna concorsualità, riducendola a tre profili minimali: *“i) una qualsivoglia forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quantomeno "protettive" (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo e fosse anche solo per attribuire ad alcuni di essi un ruolo di "estranei", da cui scaturiscono conseguenze giuridicamente predeterminate; iii) una qualche forma di pubblicità”*: sarebbe questo il minimo comun denominatore delle

⁹⁷ Il riferimento è all'art. 1 del Regolamento UE n. 848 del 2015 sull'insolvenza transfrontaliera, che individua le *"procedure concorsuali pubbliche"* disciplinate dalle norme in materia di insolvenza con rinvio a quelle elencate come "procedure d'insolvenza" nell'allegato A, ove per l'Italia figurano anche gli "Accordi di ristrutturazione" nonché all'art. 2 che, in maniera compatibile con gli accordi ex art. 182-bis l. fall., definisce il concetto di procedura concorsuale come quella *"procedura che comprende tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura"*.

⁹⁸ *"[...] quali il costante coinvolgimento del giudice sin dall'inizio della procedura, la previsione di una fase preventiva di ammissione, lo spossamento totale o attenuato del debitore, la presenza di organi di nomina giudiziale, l'universalità oggettiva e soggettiva della procedura ed il tendenziale rispetto della par condicio creditorum (cui è andato invero progressivamente sostituendosi l'obbiettivo del miglior soddisfacimento possibile dei creditori)"*.

⁹⁹ Ciò è avvenuto, lo si ribadisce, non solo per quanto riguarda le procedure di nuovo conio, ma anche in quelle tradizionali (il riferimento è: al criterio civilistico di non scarsa importanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione del concordato preventivo ex art. 186, comma 2, l. fall.; alla figura dell'attestatore designato dal debitore ex art. 161, comma 3, l. fall.; alla sottrazione al giudice delegato dei poteri di direzione delle operazioni del fallimento ex art. 25, comma 1, l. fall.; alla esaltazione del ruolo del comitato dei creditori ex art. 41 l. fall.; alla adozione delle vendite competitive ex art. 107 l. fall.).

procedure concorsuali caratterizzante a pieno titolo anche gli accordi di ristrutturazione dei debiti¹⁰⁰.

7. La permanenza della scissione tra effetti legali ed effetti negoziali degli accordi

La decisione in commento potrebbe dunque rappresentare un valido punto fisso nel dibattito circa l'inquadramento della natura degli accordi che, alla luce di una rinnovata visione del fenomeno delle procedure concorsuali, vengono definitivamente inseriti dai giudici di legittimità all'interno di tale cerchia.

Preme tuttavia ribadire che, ai fini che qui interessano, tale conclusione non mette in discussione le considerazioni svolte in precedenza, le quali portavano a scindere gli effetti del procedimento in due distinte categorie, rispettivamente riconducibili alla legge ed alla autonomia dei privati a seconda della fonte specifica; gli effetti possono derivare dalla volontà delle parti

¹⁰⁰Argomenta ancora la S. C. che "La conclusione è ancora una volta confortata dal diritto unionale, se si considera che l'art. 1, lett c), del Regolamento (UE) 2015/848 definisce "procedure concorsuali pubbliche" anche quelle in cui semplicemente "una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali è concessa da un giudice o per legge al fine di consentire le trattative tra il debitore e i suoi creditori, purchè le procedure per le quali è concessa la sospensione prevedano misure idonee a tutelare la massa dei creditori e, qualora non sia stato raggiunto un accordo, siano preliminari a una delle procedure di cui alle lettere a) o b)" ossia, rispettivamente, quelle in cui "un debitore è spossessato, in tutto o in parte, del proprio patrimonio ed è nominato un amministratore delle procedure di insolvenza" (lett. a) e quelle in cui "i beni e gli affari del debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza di un giudice" (lett. b). Per non dire, poi, dei "Quadri di ristrutturazione preventiva" contemplati dalla Raccomandazione n. 2014/135/UE e dalla Proposta di Direttiva COM (2016) 723 final, nei quali tra l'altro - e significativamente - la partecipazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa va limitata "ai casi in cui è necessaria e proporzionata alla salvaguardia dei diritti delle parti interessate" (art. 4 Prop. Dir.; cfr. art. 7 Racc.), il debitore deve mantenere "il controllo totale o almeno parziale dei suoi attivi e della gestione corrente dell'impresa" (art. 5, par. 1, Prop. Dir.; cfr. art. 6, lett. b), Racc.) e "la nomina da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa di un professionista nel campo della ristrutturazione non è sempre obbligatoria" (art. 5, par. 2, Prop. Dir.; cfr. art. 9 Racc.)".

trasfusa nell'accordo ovvero dal provvedimento di omologazione: quest'ultimo consente infatti di inferire diversi e più ampi effetti all'accordo e, soprattutto, conferisce rilevanza giuridica autonoma al "piano attestato".

7.1 Il rapporto tra il piano e l'accordo

Gli accordi ed il piano si trovano in un rapporto di reciproca interdipendenza: l'adempimento degli accordi con i creditori è reso possibile da una serie di azioni ed interventi che consentono la piena solvibilità e, allo stesso tempo, il piano di risanamento recepisce e si beneficia della ristrutturazione del debito attuata attraverso gli accordi con i creditori¹⁰¹.

In effetti sia l'attuabilità dell'accordo, sia la possibilità di pagare regolarmente i creditori estranei non derivano *sic et simpliciter* dall'accordo con una parte qualificata dei creditori, ma da un insieme coordinato di azioni che il debitore intende intraprendere (anche) grazie alla ristrutturazione del suo debito e che devono necessariamente trovare rappresentazione nel piano da sottoporre ai creditori: il contenuto di questo piano integrerà, quindi, un elemento centrale e imprescindibile dell'accordo *ex art. 182-bis*, e ad esso andrà collegato (tramite trasfusione nel testo o allegazione documentale) al fine di consentirne la valutazione da parte del ceto creditorio¹⁰².

La rilevanza privatistica del piano nei rapporti tra i creditori stipulanti ed il debitore non può quindi essere trascurata, poiché la comunione di intenti si realizzerà attorno ad un programma che non si limita alla singola pattuizione, ma è influenzato dalla progettualità insita nel programma di risanamento. Il piano tuttavia avrà, allo stesso tempo, una propria autonomia dagli accordi,

¹⁰¹ L. Boggio, *Gli scostamenti dal piano cit.*, p. 107.

¹⁰² Diversamente dal piano di concordato preventivo, peraltro, il piano *ex art. 182-bis* sarà normalmente preconcordato con i principali creditori e oggetto di valutazione preventiva da parte dei creditori interessati che su di esso fonderanno le loro determinazioni in merito alla convenienza della soluzione proposta. (L. Boggio, *Gli scostamenti dal piano cit.*, p. 108).

essendo la lettura che lo rilega a semplice strumento accessorio non solo disallineata rispetto alla visione pubblicistica dell'istituto, ma, allo stesso tempo, poco attenta all'aspetto fenomenico dello stesso.

Si osserva infatti come, sebbene la formulazione letterale delle norme premiali contenute nella legge fallimentare sembri considerare i soli atti compiuti in esecuzione degli accordi, gli effetti vantaggiosi dell'istituto non riguardino soltanto gli atti in adempimento delle obbligazioni nascenti dall'accordo, ma anche gli atti compiuti nei confronti e con la partecipazione di soggetti terzi rispetto agli accordi omologati, parti rispetto ad atti esecutivi del piano correlato¹⁰³.

Se la rilevanza degli atti in questione viene sottolineata da tale dottrina con esplicito riferimento agli effetti premiali della disciplina fallimentare, si osserva come la premessa di tale conclusione, non esplicitata dall'Autore ma necessario presupposto del ragionamento, debba essere rintracciata nell'autonomia del piano non solo quale fonte di effetti, ma anche quale fonte di oneri per l'imprenditore. Ciò in quanto gli atti esecutivi del piano (almeno quelli non contemplati nell'accordo) non potranno in alcun modo essere ricondotti alla fonte negoziale e, allo stesso tempo, sembra difficile poterne escludere la necessità di un loro espletamento al fine di evitare il naufragio della prospettiva del risanamento e l'apertura della procedura fallimentare.

Si tratta evidentemente di un ambito diverso (ma complementare) rispetto all'affermazione della produttività di effetti nei confronti dei creditori estranei: si osservi come la possibilità offerta dall'art. 182-bis di rateizzare i pagamenti dei creditori estranei, la moratoria, la protezione dalle azioni esecutive, siano

¹⁰³ Se, quindi, la cessione di un cespite aziendale ad un soggetto terzo, prevista nel piano ma necessaria per l'adempimento dell'accordo di ristrutturazione godrebbe delle tutele previste dall'art. 67, comma III, lett. e) e 217-bis l. fall, i crediti sotto forma di nuova finanza necessaria al pagamento dei creditori estranei all'accordo e concessa da istituti di credito diversi dai creditori dell'impresa sarebbero prededucibili ai sensi dell'art. 182-quater, comma I, l. fall. anche qualora i finanziatori non siano parte degli accordi omologati (L. Boggio, *Gli scostamenti dal piano* cit., p. 108).

dei fenomeni che inevitabilmente incideranno, modificandoli, sui rapporti contrattuali sussistenti tra il debitore e quelli tra i creditori che non hanno preso parte ad alcun accordo. Accade quindi che, mentre i creditori aderenti con la stipula degli accordi rinegozieranno le proprie condizioni contrattuali in prima persona, ciò non avviene per tutti coloro che ne rimangono estranei.

E' a questo punto che subentra la centralità del piano, nel quale l'imprenditore in crisi non solo deve illustrare come dal perfezionamento dell'accordo discenda la creazione di risorse utili all'integrale soddisfazione di tutti coloro i quali non vi aderiscono ma anche, coerentemente, in che modo le risorse verranno destinate all'"integrale pagamento" di costoro. E' quindi (anche) su questo documento, sulla sua conformità alla legge, nonché sulla sua coerenza con l'accordo che dovranno esprimersi il professionista attestatore ed il tribunale: *"è solo dall'omologazione giudiziale, oltre che dell'accordo propriamente detto anche del connesso piano che discende la parziale modifica dei rapporti contrattuali di tutti quei creditori che hanno ritenuto di rimanere estranei all'accordo di ristrutturazione"*^{104 105}.

Se si ricostruisce in questa maniera la *ratio* della presenza del piano ed il ruolo del giudice, sembra naturale concludere nel senso della vincolatività per l'imprenditore in crisi del progetto contenuto nel piano omologato: dalla previsione degli atti di esecuzione, in altre parole, discenderanno dei veri e propri obblighi di attuazione per il debitore che voglia evitare il fallimento¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Così P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione* cit., p. 390.

¹⁰⁵ Il ruolo del professionista attestatore e, soprattutto, del giudice nel giudizio di omologazione, deve infatti essere visto come l'emblema dell'attenzione dell'ordinamento alla tutela degli interessi di coloro tra i creditori che non hanno potuto (ri)negoziare personalmente le proprie condizioni contrattuali e che quindi si affidano al sindacato del giudice per non vedere compromesse le aspettative di riscossione del credito. Alla luce di ciò certa dottrina sottolinea come l'oggetto principale di valutazione da parte del professionista non sia l'accordo con i creditori, ma piuttosto il piano dell'imprenditore. (L. Boggio, *Gli scostamenti dal piano* cit., p. 109).

¹⁰⁶ Ed è del resto in questo ambito che può ravvisarsi un punto di congiunzione con la disciplina del concordato: come avviene nella procedura "maggiore", gli obblighi di attuazione degli atti esecutivi menzionati del piano ma non contemplati nei singoli accordi

I comportamenti compiuti in attuazione della complessa procedura ex art. 182-bis l. fall. saranno dunque scindibili in obbligazioni *ex contractu* ed oneri *ex lege* a seconda del *titolo* da cui derivano: alla prima categoria saranno riconducibili quelli contemplati negli accordi, alla seconda quelli che invece deriveranno direttamente dal piano.

Conferma della bontà di un tale approccio si ricava del resto anche dalla prassi degli affari nella quale è invalso l'uso di condizionare risolutivamente¹⁰⁷ l'efficacia dell'accordo alla mancata omologa del giudice ovvero alla mancata adesione di altri creditori tali da consentire il raggiungimento della faticosa soglia del 60% dei crediti¹⁰⁸: ciò è emblematico del fatto che gli accordi nell'ipotesi in cui non venga completata la procedura che porta all'omologazione produrranno comunque i loro effetti, i quali discendono direttamente dalla volontà dei contraenti, a differenza degli effetti che si

(e, per questo, non etichettabili come "obbligazioni") deriveranno direttamente dalla legge, non essendo a questi applicabile la disciplina privatistica. Conferma della bontà della soluzione prospettata, per l'ipotesi del concordato, potrebbe trarsi, tra vari indici, anche dalla disciplina contenuta all'interno dell'art. 186 l. fall. ove si prevede che, in ipotesi di inadempimento non lieve dell'imprenditore, i creditori potranno chiedere la risoluzione del concordato (art. 186 l.fall.): la trasposizione in questo campo della medesima disposizione dell'art. 1467 c.c. si giustifica alla luce dell'inapplicabilità della disciplina privatistica alle obbligazioni nascenti esclusivamente dalla legge.

¹⁰⁷ Si registra in dottrina una non univocità di vedute in merito all'inquadramento di tale elemento accidentale tra le condizioni sospensive (così M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali* cit., p. 342) ovvero risolutive (E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009, p. 121).

A proposito della qualificazione della condizione nella giurisprudenza di legittimità si è avuto modo di affermare come "*ai fini della distinzione tra condizione sospensiva e risolutiva, occorre che alla qualifica che le attribuiscono le parti, alle modalità da esse stabilite per il regolamento del rapporto nello stadio di pendenza della condizione. Tale accertamento costituisce un'indagine di fatto, riservata al giudice di merito, che può essere censurata in sede di legittimità soltanto per vizi di motivazione*" (Cass. 17 agosto 2000, n. 10921, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 1812). Ai fini della qualificazione della condizione bisognerà dunque prendere atto dell'intenzione delle parti di dare immediata esecuzione alla realizzazione del programma negoziale senza attendere l'omologa (ed in tal caso la condizione sarà risolutiva) ovvero di ricondurre il prodursi degli effetti dell'accordo all'*imprimatur* giudiziale (ipotesi nella quale si tratterà, invece, di condizione sospensiva).

¹⁰⁸ In tale maniera si considera l'accordo come fonte "autosufficiente" delle obbligazioni, a prescindere dal perfezionarsi del procedimento.

propagheranno soltanto attraverso l'omologa giudiziale. Tale prassi sembra essere avallata, seppur a livello di *obiter dictum*, anche dalla sentenza qui commentata¹⁰⁹ e dalla stessa dottrina "pubblicistica", la quale analizza l'accordo intercorso nella prima parte del procedimento alla luce della disciplina del contratto di diritto privato¹¹⁰.

Nel capitolo che segue si procederà quindi ad analizzare la possibilità di rinegoziare il contenuto degli accordi con la consapevolezza del rinnovato peso della teoria pubblicistica ma, allo stesso tempo, avendo in mente l'impossibilità di ridurre tutti gli effetti scaturenti dal procedimento all'interno della *species* degli obblighi *ex lege*¹¹¹.

8. La qualificazione del negozio giuridico: gli accordi come fascio di contratti

Le principali posizioni in merito alla struttura del negozio esito della prima fase del procedimento sono riconducibili a due idee di fondo: a chi interpreta il negozio in un'ottica unitaria, ovvero quale unico contratto plurilaterale, si contrappone la visione dello stesso nell'ottica atomistica di un fascio di contratti causalmente collegati.

Anche se può risultare chiara in linea teorica, la distinzione tra unico contratto plurilaterale e pluralità di contratti collegati non è da un punto di vista pratico sempre agevole. Sarebbe infatti da considerarsi errata e poco avveduta la posizione che volesse la corresponsione tra il numero di documenti materialmente depositati ed il numero di rapporti giuridici intercorrenti tra le parti, dovendosi invece risalire all'espressa o implicita

¹⁰⁹ V. Sent. 9087/2018, punti 6 e 6.1.

¹¹⁰ P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione* cit., pp. 360 ss.. Emblematica in tal senso è la digressione svolta dall'A. sull'inquadramento dell'accordo quale contratto plurilaterale ovvero fascio di contratti distinti.

¹¹¹ V. *amplius* Cap. 3.

volontà delle parti di dar vita ad un unico vincolo nei confronti di tutti i partecipanti o ad un'operazione economica unitaria regolata mediante distinti vincoli giuridici¹¹².

E' allo stesso tempo necessario precisarsi come al fine del conteggio delle parti contraenti sia inconferente il numero dei soggetti materialmente coinvolti nella contrattazione: definendosi la "parte" come "*centro di interessi cui risale il regolamento contrattuale*"¹¹³ ben potrebbero più persone stipulanti il medesimo negozio giuridico essere considerate come un'unica parte.

Il legislatore non sembra dare nella disposizione particolari indici ai fini della soluzione della problematica, eccezion fatta per l'implicita necessità della forma scritta, richiesta dalle attività di deposito dell'accordo ai fini dell'omologa e della pubblicazione nel registro delle imprese.

Analogamente nulla si prevede riguardo alle formalità che devono assistere la manifestazione del consenso dei creditori, alle modalità di raccolta delle adesioni o alla possibilità di depositare singoli accordi piuttosto che un unico documento.

¹¹² Si veda a tal proposito, tra le altre, la Sent. Cass. 17 novembre 1983 n. 6864 in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 10, secondo la quale "*Nel caso di più dichiarazioni contestuali aventi - se considerate l'una indipendentemente dalle altre - individualità ed efficacia proprie, occorre distinguere l'ipotesi in cui ciascuna dichiarazione viene in considerazione come un distinto negozio giuridico, per cui alla pluralità di dichiarazioni corrisponde una molteplicità di negozi, da quella in cui le varie dichiarazioni risultino combinate tra loro, sì da dar vita ad un negozio giuridico unitario. Mentre in quest'ultima ipotesi si ha un solo negozio, complesso o misto, caratterizzato dall'unificazione dell'elemento causale, nella prima ipotesi si ha invece un insieme di negozi che possono essere collegati funzionalmente o anche solo occasionalmente. In particolare, ove si tratti di una pluralità di negozi collegati, il collegamento deve ritenersi meramente occasionale quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, sono solo causalmente riunite, mantenendo l'individualità propria di ciascun titolo negoziale in cui esse si inquadrano, sì che la loro unione non influenza, di regola, la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano; il collegamento è, invece, funzionale quando i diversi e distinti negozi in cui le parti diano vita nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengano tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, sì che le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia*".

¹¹³ R. Alessi. *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, p. 102.

In continuità con la sentenza della Cassazione del 1979 n. 1562, che, con riferimento al concordato stragiudiziale aveva stabilito la strutturazione dello stesso in un fascio di contratti a contenuto remissorio, una delle prime decisioni di merito che hanno seguito l'introduzione dell'istituto esaminato aveva considerato gli accordi di ristrutturazione come il risultato di una molteplicità di singole pattuizioni, destinate solo in un secondo momento ad essere raggruppate in un unico supporto documentale ai fini del deposito in Tribunale¹¹⁴.

A sostegno di tale posizione deporrebbe il dato letterale della rubrica dell'art. 182-bis la quale menziona il plurale "*accordi di ristrutturazione dei debiti*": potrebbe così essere alimentata la visione che vuole gli accordi come delle intese separate e teleologicamente orientate al medesimo risultato. In effetti gli accordi di ristrutturazione, sebbene richiedano il raggiungimento di una soglia di adesioni pari al sessanta per cento dei crediti, non prevedono a tale scopo né un'adunanza dei creditori (come invece accade per il concordato preventivo), né uno strumento alternativo di confronto collettivo tra le parti, pur auspicabile al fine di una maggiore efficienza delle negoziazioni¹¹⁵.

E' quindi evidente la difficoltà che l'imprenditore dovrà affrontare qualora dovesse o volesse concludere un unico accordo con l'intero ceto creditorio, anche e soprattutto in considerazione del fatto che difficilmente si presenteranno davanti ad esso una serie di posizioni giuridiche uniformi.

Di tal maniera l'accordo di ristrutturazione non si concluderebbe mai "*unum actu*", dovendosi più propriamente parlare di un procedimento in cui

¹¹⁴ Cfr. T. Bari, 21 novembre 2005, *Il Fallimento*, 2006, p. 169.

¹¹⁵ A tal riguardo L. De Angelis, *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, in *Società*, 2008, p. 1462, propone l'affidamento della rappresentanza dei creditori aderenti ad un unico soggetto che possa agire nell'interesse comune così da assicurare parità di trattamento tra i vari istituti di credito.

l'imprenditore raccoglie il consenso del ceto creditorio conformandosi alle peculiari caratteristiche delle singole controparti¹¹⁶.

9. Gli accordi come unico contratto plurilaterale

Potrebbe altresì interpretarsi l'accordo di ristrutturazione come un contratto plurilaterale che, fino al deposito ai fini della pubblicazione, sia aperto all'adesione di ulteriori creditori rispetto a quelli che precedentemente ne hanno definito con l'imprenditore le condizioni¹¹⁷.

Accadrebbe quindi che il negozio, soggetto al principio consensualistico di cui all'art. 1326 c.c., si perfezionerebbe nel momento in cui l'ultima accettazione necessaria per il raggiungimento della soglia del sessanta per cento venga a conoscenza delle altre parti e dunque, qualora difettino altre prove, dovrà ritenersi presuntivamente concluso al momento del deposito per la pubblicazione nel registro delle imprese¹¹⁸.

Diversamente da tale prospettazione, invece, altri propendono per la sussistenza di un obbligo di comportamento conforme a buona fede che imporrebbe all'imprenditore la tempestiva comunicazione a tutti i creditori dell'avvenuta pubblicazione nel registro delle imprese e, con specifico riferimento ai creditori estranei, del termine entro cui è possibile presentare opposizione¹¹⁹.

La necessità che i creditori conoscano il trattamento riservato ad altri viene sostenuto anche da altra parte della dottrina la quale, in aggiunta, sottolinea come un obbligo di informazione sorga in capo al debitore anche in una fase

¹¹⁶ F. Innocenti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento collettivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Diritto Fallimentare*, 2007, p. 927.

¹¹⁷ Cfr. Trib. Brescia, 22 Febbraio 2006, *Il Fallimento*, 2006, p. 669.

¹¹⁸ C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione* cit., p. 131.

¹¹⁹ G. Verna, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, in *Diritto Fallimentare*, 2005, p. 865.

anteriore rispetto a quella del deposito, ovvero nell'ipotesi in cui la proposta iniziale venga modificata soltanto con riferimento ad alcuni dei creditori: in un tale circostanza, infatti, anche chi ha nel frattempo accettato le condizioni iniziali vedrebbe mutati i presupposti fattuali che ne avevano indotto la manifestazione di consenso. La formalità della pubblicazione non avrebbe infatti un'efficacia informativa sufficiente, essendo la notizia tempestivamente accessibile soltanto ad operatori professionali dotati di risorse e competenze¹²⁰.

A sostegno di tale conclusione sarebbe da interpretare l'affermazione contenuta nel comma 3 dell'art. 182-bis l. fall. secondo cui l'accordo "*acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione*"; l'esigenza di assicurare la genuinità della manifestazione di volontà dei creditori aderenti faciliterebbe la tesi che vuole l'accordo trasfuso in un unico documento, riferendosi invece il plurale "accordi di ristrutturazione", usato nella rubrica, alla possibilità per l'imprenditore di concludere vari accordi con i singoli creditori i quali devono tuttavia confluire in un unico contratto da depositare in tribunale. Ad analogia conclusione condurrebbe del resto la circostanza che nel corpo della disposizione il legislatore utilizza il termine "accordo" soltanto al singolare, così come si riferisce ad una sola "relazione dell'esperto" sull'attuabilità dello stesso¹²¹.

La qualificazione dell'accordo come contratto plurilaterale, però, benchè più funzionale ad una cooperazione tra i soggetti che prendono parte all'operazione, comporta anche una maggiore precarietà della convenzione che sarà esposta ad ogni singola vicenda relativa alla validità o alla risoluzione dell'intesa tra l'imprenditore ed i singoli creditori ogni qualvolta la

¹²⁰ G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Banca e Borsa, I, 2006, p. 37.

¹²¹ I. L. Nocera, *op. cit.*, p. 149.

partecipazione del soggetto sia essenziale per la realizzazione dell'accordo stesso ex artt. 1420 e 1459 c.c.¹²².

Per quanto specificamente interessa la presente trattazione si evidenzia come, in maniera analoga a quanto accadrebbe in ipotesi di fascio di contratti causalmente collegati, sarà necessario guardare a costi e benefici connessi alle prestazioni promesse da ciascun contraente al fine di riscontrare, a seguito di sopravvenienze, uno squilibrio contrattuale (v. cap. 3.1)

9.1 Gli accordi come contratto bilaterale plurisoggettivo

Una terza pronuncia a tal riguardo¹²³, pur considerando gli accordi un unico contratto, ne riconosce una configurazione plurisoggettiva a causa unitaria ma bilaterale, vedendo nel ceto creditorio aderente al piano di salvataggio un unitario centro d'interessi: il contratto si qualificherà quindi come "bilaterale plurisoggettivo".

Nelle varie obbligazioni si presenterà una pluralità di soggetti attivi o passivi che avranno la caratteristica di essere raggruppati sotto una *eadem causa obligandi* ed una *eadem obligatio* dalla quale scaturisce una contitolarità del debito o del credito: in tal caso l'interesse comune al risanamento dell'impresa attraverso la ristrutturazione dei debiti rileverebbe a tal punto da non poter il singolo creditore esercitare *pro quota* le azioni contrattuali in grado di influire sull'intero rapporto, ma in ogni caso dovrebbe preliminarmente transitarsi attraverso l'accordo unanime dei soggetti che, in concreto, "compongono" la parte.

Una siffatta ricostruzione ha il pregio di riflettere meglio le concrete modalità di raccolta del consenso, in considerazione del fatto che spesso l'imprenditore in crisi cerca di raggiungere un'intesa con ogni singolo

¹²² C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131.

¹²³ Trib. Milano, 11 gennaio 2007, in *Dir. Fall.*, 2008, p. 138, con nota di R. Proietti.

creditore in maniera disgiunta o, se vogliamo, parallela. Di tal modo si abbandona anche la concezione che vuole ciascuna posizione contrattuale strumentale al conseguimento dello stesso scopo, evidenziando invece, in maniera più realistica, come i creditori spesso si pongano in posizione antagonista rispetto all'imprenditore in crisi¹²⁴.

10. Considerazioni in merito all'inquadramento strutturale della fase negoziale degli accordi di ristrutturazione

Dalla disamina appena terminata si ricava un'idea dell'assoluta eterogeneità che la figura esaminata può recare a livello strutturale.

Il tentativo di ricondurre ad unità le forme in cui l'assetto negoziale dell'istituto può presentarsi è poi ulteriormente minato dalla precarietà teorica delle due principali categorie oggetto di analisi; si osserva infatti come il contratto plurilaterale e la teoria del fascio di negozi siano di fatto distinte da una sottile linea, la quale spesso rende gli aspetti differenziali più teorici che effettivi: se il primo può funzionalmente accomunarsi ad un fascio di contratti paralleli è vero che il secondo, da un punto di vista logico, potrebbe anche ricondursi ad un unico contratto¹²⁵.

Alla luce di ciò non sono pochi gli studiosi che rifuggono da una qualificazione rigida o aprioristica del negozio procedendo invece ad una analisi induttiva che consenta loro di risalire ad una delle varie ipotesi partendo dal caso concreto¹²⁶. Questo anche in considerazione del fatto che, oltre ai modelli tipici del fascio di contratti collegati o dell'unico contratto, è

¹²⁴ V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)* cit., p. 374.

¹²⁵ I. L. Nocera, *op. cit.*, p. 159.

¹²⁶ Così L. Boggio, *op. cit.*, p. 112; E. Capobianco, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, Banca e Borsa, 2010, p. 295; M. Arato, *Gli accordi di salvataggio o liquidazione dell'impresa in crisi*, Il Fallimento, 2008, p. 1237.

possibile che le esigenze delle parti e del singolo dissesto economico rendano necessaria una combinazione di essi, anche in ragione di gruppi differenti di creditori.

Tipico è l'utilizzo dello schema di un unico contratto plurilaterale con gli istituti di credito e, al contempo, la stipula di accordi separati con i creditori fornitori. Si potrebbe poi plasmare una configurazione atipica multilivello, con l'accordo di ristrutturazione in senso stretto come contratto quadro e, a valle, i vari contratti alternativi con i singoli creditori¹²⁷.

Più che procedere all'elaborazione di schemi generici che possano "contenere" tutti gli assetti in astratto realizzabili, quindi, sembra più funzionale allo scopo perseguito indagare la presenza di elementi comuni alle varie fattispecie e, una volta rintracciati, basare l'analisi specifica della possibilità di rinegoziare su di essi¹²⁸.

CAPITOLO TERZO

LA RINEGOZIABILITÀ DEGLI ACCORDI

SOMMARIO: 1. Errore e sopravvenienze nei contratti a lungo termine – 1.1 Tipologie di sopravvenienze – 2. Sopravvenienze negli accordi di ristrutturazione – 2.1. I casi Gabetti e Sagemini – 3. L'incompletezza del contratto nell'analisi economica del diritto – 3.1 La dottrina del "*relational contract*" – 4. Le soluzioni del Codice Civile in materia di sopravvenienze – 5. La clausola di rinegoziazione – 5.1 Profili strutturali della clausola rinegoziativa – 6. L'obbligo legale di rinegoziare: il ruolo dell'equità

¹²⁷ In tale ultima ipotesi occorrerà, in sede di omologazione, verificare anche i contratti esecutivi dell'accordo, avendosi la determinazione degli obblighi assunti solo al momento della stipula di tali singoli negozi, così I. L. Nocera, *op. cit.*, p. 160.

¹²⁸ Per un'analisi della causa del contratto in questione e del concetto di "operazione economica" si rinvia al capitolo terzo, paragrafo 12.1.

integrativa – 6.1. Il ruolo della buona fede *in executivis* nell’obbligo legale di rinegoziare – 7. Il rapporto tra l’obbligo legale di rinegoziare e la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta – 7.1 Le letture alternative dell’art. 1467 c.c. – 8. Il contenuto dell’obbligo di rinegoziare – 9. Obbligo legale di rinegoziare negli accordi ex art. 182-bis l. fall. – 9.1. L’“operazione economica” e la causa negli accordi – 9.2. La buona fede e l’obbligo di rinegoziare gli accordi – 9.3. La discussione in dottrina sul rapporto tra clausole generali e principi costituzionali – 9.4. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di obbligo di rinegoziare: la “crisi della fattispecie” – 9.5. L’adozione della teoria sull’obbligo legale di rinegoziare come scelta sistematica – 9.6. Futuri possibili sviluppi in un’ottica comparatistica – 10. La fase esecutiva dell’accordo – 11. L’omologazione dell’accordo: oggetto e finalità del giudizio – 12. Gli scostamenti dal piano – 12.1 Gli scostamenti “rilevanti” – 13. Flessibilità e meccanismi di adeguamento del piano

1. Errore e sopravvenienze nei contratti a lungo termine

Dopo aver introdotto nel capitolo 1.4 la problematica legata alla fase esecutiva dei contratti c.d. di durata, si rende necessaria un’analisi degli avvenimenti che rendono il regolamento negoziale originariamente pattuito non più rispondente alla realtà fattuale presupposta al momento della stipula.

A tal riguardo serve precisare come l’ipotesi di sopravvenienze non sia l’unica causa di tale distonica relazione tra fatto e negozio, posto che potrebbe entrare in gioco anche un’errata valutazione della realtà che, invece, caratterizzi il contratto fin dal momento del suo venir in essere.

Si tratta di due “*fattispecie indubbiamente affini*”: determinato uno scollamento tra il regolamento contrattuale e la realtà “esterna”, assume importanza secondaria il momento nel quale viene in essere tale situazione,

sussistendo problemi assolutamente analoghi e dovendo l'interprete scegliere uno tra gli strumenti rimediali dell'adeguamento o della caducazione del contratto¹²⁹¹³⁰.

Potrebbe quindi dar luogo ad un'esigenza di revisione del contratto non solo il mutamento delle circostanze, ma anche il fatto che in sede di esecuzione del contratto una delle due obbligazioni risulti più onerosa di quanto non si potesse prevedere in base ad una precedente valutazione delle parti¹³¹.

¹²⁹ P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 219.

¹³⁰ Tale assunto va tuttavia vagliato alla luce della normativa sull'invalidità del contratto, posto che ai sensi dell'art. 1428 c.c. l'errore può essere causa di annullamento del negozio quando sia "essenziale" e "riconoscibile". E' possibile un'impugnativa contrattuale per errore sulla natura del contratto, sull'oggetto della prestazione, su di una qualità rilevante o sulla persona dell'altro contraente (art. 1429 c.c.), mentre non si ritiene sufficiente ai fini della caducazione del contratto l'errore sui motivi e quello sul valore: chi conclude un contratto nel dubbio circa le effettive caratteristiche o qualità del bene non potrebbe far valere la discordanza con la realtà, valendo il dubbio da assunzione del rischio. Con riferimento all'errore bilaterale, invece, sembra oggi giurisprudenza consolidata quella che sostiene un trattamento del tutto assimilato all'errore del singolo con l'esonero dalla necessità di dimostrare la riconoscibilità dell'errore ai fini della caducazione del contratto. Tale tesi, autorevolmente sostenuta in dottrina già all'indomani dell'adozione del Codice Civile, è stata costantemente adottata a partire da una decisione del 1952 anche dalla Suprema Corte. In casi di errore, tuttavia, i giudici italiani hanno dimostrato una certa diffidenza nell'applicazione dello strumento della revisione, contraddicendo, ad opinione di autorevole dottrina, quella che sembra essere la posizione del legislatore che emergerebbe dalla disciplina di contratti tipici presente nel codice civile.

¹³¹ Una soluzione in linea con tale osservazione viene adottata dalla dottrina anche con riferimento all'art. 1710 c.c. che, obbligando il mandatario alla comunicazione delle circostanze sopravvenute che potrebbero rendere necessaria la revoca ovvero la modifica del mandato, renderebbe necessario il medesimo comportamento anche per l'ipotesi di circostanze preesistenti la cui conoscenza sia intervenuta dopo la conclusione del contratto (C. Santagata, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Commentario*, a cura di Scialoja e Branca, Roma – Bologna, 1985, p. 124).

Potrebbe trarsi un'ulteriore conferma di questa teoria nell'osservazione di come anche il legislatore tedesco del 2002 nell'introdurre all'interno del § 313 del BGB la possibilità di chiedere l'adeguamento giudiziale di un contratto con condizioni sperequate abbia equiparato la modifica delle circostanze al caso in cui le rappresentazioni rilevanti delle parti si rivelino errate.

Da ciò deriva che le classificazioni delle sopravvenienze, elaborate guardando agli effetti sul negozio, saranno applicabili anche alla fattispecie dell'errore comune.

1.1 Tipologie di sopravvenienze

A tal riguardo deve abbracciarsi quella distinzione che vuole le sopravvenienze appartenere a due tipologie differenti in base alla possibilità che esse consentano la continuazione del rapporto ovvero privino le parti dell'interesse alla prosecuzione dello stesso. Nel primo caso si dovrebbe parlare di circostanze "squilibranti", mentre le seconde sono state definite "impossibilitanti"¹³².

Le sopravvenienze c.d. "squilibranti", quindi, si limitano a rompere l'equilibrio di valore tra le prestazioni fissato originariamente nel contratto o, se dal contratto derivano obbligazioni per una sola parte, a rendere la prestazione eccessivamente onerosa, ma non stravolgono il senso del contratto in maniera irrimediabile: il punto di incidenza è quello puramente economico e rimane possibile un adeguamento del contratto.

Le sopravvenienze "impossibilitanti", per contro, scompaginano il contratto rendendolo improseguibile tanto che in tale eventualità è tipico dei codici parlare di "*impossibilità della prestazione*", da cui a cascata derivano l'estinzione dell'obbligazione e lo scioglimento del contratto.

Le dottrine che si focalizzano sulla tematica della gestione della vita del contratto (ci si riferisce agli studi sulla rinegoziazione e sulla presupposizione), tendono però ad andare oltre l'impossibilità che nella dogmatica tradizionale viene strettamente riferita alla categoria dell'*obligatio*, immaginando delle ipotesi in cui la sopravvenienza, piuttosto che rendere

¹³² In dottrina affermano questa distinzione P. Gallo, *op. cit.*, p. 278, A. Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa Dir. Priv.*, 2001, 843 ss..

impossibile la prestazione, sconvolge il senso originario del contratto. In Germania si indica tale eventualità con la terminologia *Fall der Zweckerreichung*, mentre nella dottrina inglese si parla di *Frustration*: i medesimi concetti sono resi in Italia facendo riferimento alle categorie dell'inutilità sopravvenuta del contratto o, ancora, del venir meno della sua funzione in senso concreto¹³³.

Dal breve excursus tratteggiato si deduce quindi come “*quello dischiuso dalle sopravvenienze [...] si rivela più che altro un orizzonte problematico, anziché una categoria omogenea di casi*”¹³⁴.

Questa prospettiva viene accolta dal Codice Civile che, nel capo dedicato alla risoluzione del contratto, prevede rimedi per sopravvenienze secondo due modelli antitetici che corrispondono ai due ambiti accennati: all'impossibilità sopravvenuta totale della prestazione di una delle parti, ed al conseguente scioglimento del contratto (art. 1463 c.c.), si affianca infatti l'eccessiva onerosità come situazione rimediabile, potendo la risoluzione essere evitata per il tramite della riduzione ad equità (art. 1467 c.c.)¹³⁵.

Lo stesso discorso potrebbe essere fatto con riferimento all'errore comune alle parti il quale non solo può rendere impossibile l'esecuzione del contratto così come era stato concluso, o rendere difficile il rapporto di equivalenza tra le prestazioni rispetto a quanto le parti ritenevano di aver concordato, ma può anche privare una parte dell'utile che si riprometteva di trarre dall'esecuzione

¹³³ A Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione* cit., p. 847.

¹³⁴ A Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione* cit., p. 847.

¹³⁵ Tale differente trattamento è poi particolarmente evidente nell'ipotesi di contratti unilaterali o con prestazioni a carico di una sola parte, non essendo la risoluzione neanche prevista e potendo il debitore domandare soltanto la riduzione ad equità (art. 1468 c.c.). E' allo stesso tempo interessante rintracciare la medesima distinzione all'interno dell'art. 1464 ove l'impossibilità parziale viene trattata in maniera diversa a seconda che essa incida solo quantitativamente ovvero qualitativamente sulla prestazione rendendola inutile in relazione ad un interesse apprezzabile del creditore: nel primo caso è infatti previsto un adeguamento del contratto attraverso la riduzione della controprestazione, mentre nel secondo il diritto di recesso della controparte.

del contratto: se i primi due casi potrebbero essere rispettivamente accostati alle ipotesi di impossibilità e mutamento del rapporto di equivalenza tra le prestazioni a seguito di sopravvenienze, l'ultimo gruppo di fattispecie viene viceversa assimilato ai casi di irraggiungibilità dello scopo contrattuale come conseguenza del mutamento delle circostanze¹³⁶.

Da un punto di vista pratico è infatti assolutamente indifferente che la parte sia privata dell'utilità che si riprometteva di trarre dal contratto come conseguenza del mutamento delle circostanze o dell'errore comune presente fin dal momento della stipula.

2. Sopravvenienze negli accordi di ristrutturazione

Per quanto specificamente attiene gli accordi di ristrutturazione, si osserva come essi, almeno nella loro parte negoziale, non presentino dinamiche molto dissimili da quelle esaminate dalla dottrina con riferimento alla possibilità di sopravvenienze o di errore comune nel contratto.

La particolarità risiede invece nell'esigenza di attuazione del "*piano*": come si è già osservato, il piano è un concetto metagiuridico, importato dalle scienze economiche aziendalistiche, e contiene una previsione delle modalità attraverso le quali raggiungere l'obiettivo finale rappresentato dalla ristrutturazione dell'impresa. Esso, pertanto, può essere anche considerato come quella "causa esterna" cui la dottrina fa riferimento nell'esposizione della teorica del collegamento negoziale. In tale ipotesi sussisterebbe, infatti, uno scopo "globale" dell'operazione, al quale le singole pattuizioni sarebbero strumentali, che è identificabile con il fine ultimo del risanamento dell'impresa. Un problema di sopravvenienze, o di errore di valutazione, è quindi duplice: non solo potrebbero presentarsi problemi di attuazione del

¹³⁶Le elaborazioni e le distinzioni che precedono sono riprese da P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale* cit., p. 260.

singolo contratto, che lega il debitore al creditore (o ai creditori), ma si potrebbero manifestare delle problematiche più generali che, pur non affliggendo il singolo rapporto negoziale, rendano inattuabile lo scopo della complessiva operazione. Del resto è possibile guardare all'operazione di risanamento dell'impresa tanto in un'ottica atomistica (come composta da una molteplicità di singoli contratti) quanto nell'ottica di un unico complessivo negozio che coinvolge due sole parti¹³⁷. L'impossibilità di raggiungere lo scopo, quindi, potrà affliggere tanto il generale progetto, quanto la singola operazione parte di esso, ponendosi nei due casi delle problematiche qualitativamente non dissimili.

E' a questo punto utile, al fine di sussumere la fattispecie concreta nel quadro teorico delineato, un cenno alla casistica concreta in materia di inattuabilità delle previsioni degli accordi; si premette come i casi editi di sopravvenienze in materia di accordi di ristrutturazione siano piuttosto limitati: quelli rintracciabili possono tuttavia essere ritenuti un buon esempio della naturale sensibilità dell'attuabilità del piano ai mutamenti della realtà fattuale sottostante.

2.1 (segue) I Casi Gabetti e Sangemini¹³⁸

Il primo dei casi riguarda il gruppo societario Gabetti, impresa operante nel campo dell'intermediazione immobiliare che, a causa di difficoltà nell'adempire le obbligazioni restitutorie nei confronti del ceto creditorio, prevalentemente composto da istituti bancari, proponeva alle banche creditrici la pianificazione del risanamento aziendale attraverso un accordo di

¹³⁷ V. *amplius* cap. 2, paragrafi 6 e 7.

¹³⁸ Nell'esposizione degli avvenimenti che seguono si farà riferimento ai fatti esposti in U. Molinari, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.: i casi Gabetti Property Solutions S.p.A. e Risanamento S.p.A.* in F. Bonelli (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011 e M. Arato, *Modifiche all'accordo di ristrutturazione dei debiti e nuovo controllo giudiziario, il Fallimento*, 2012, p. 206 ss..

ristrutturazione che contemplasse una serie di attività strumentali allo sdebitamento.

Si procedeva quindi a stipulare un unico accordo che vedeva partecipare le quattordici società del gruppo e gli istituti bancari creditori.

In base agli accordi veniva disposta una radicale modifica del piano industriale attraverso una drastica riduzione dei costi fissi, una ristrutturazione patrimoniale e finanziaria che transitava attraverso un aumento del capitale sociale della capogruppo e la conseguente riduzione, nel corso dei cinque anni di vita del piano, dell'indebitamento nei confronti del sistema bancario. Le pattuizioni si basavano sulla proiezione di superamento della crisi in un arco temporale piuttosto breve.

Benchè gli accordi di ristrutturazione omologati fossero stati correttamente eseguiti, accadeva che nel corso del 2009 e 2010 non si registrava una significativa ripresa dell'economia italiana ed europea, ma l'estendersi della crisi finanziaria alle finanze pubbliche di vari Paesi rappresentava la causa della stagnazione del numero delle transazioni e dei prezzi degli immobili. Tutto ciò ha comportato, con specifico riferimento all'impresa, dei ritardi nelle dismissioni di immobili che, a loro volta, hanno prodotto un rallentamento nella riduzione dell'indebitamento ipotecario e chirografario. Tale persistente situazione di difficoltà del settore immobiliare ha altresì determinato per il gruppo Gabetti una contrazione delle altre aree di business, fra cui quella dei servizi tecnici e della mediazione finanziaria.

Da tutto ciò è conseguito un necessario aggiornamento del piano industriale e finanziario, con particolare riferimento alle previsioni sulla tempistica relativa alla dismissione del patrimonio immobiliare, così da tener conto delle nuove condizioni del mercato di riferimento.

Conseguenza ultima è stata quindi un disallineamento tra il piano di rimborso dell'indebitamento finanziario e le nuove previsioni sulla dismissione del patrimonio immobiliare, con l'inevitabile impossibilità di

poter rispettare i termini fissati per l'adempimento delle obbligazioni derivanti dall'accordo di ristrutturazione e l'esigenza di modificare le condizioni inizialmente pattuite nell'accordo e nel piano.

Il secondo caso, invece, vede come soggetto la società Sangemini S.p.a., concessionaria della licenza di imbottigliamento delle acque dal comune di Fiuggi, la quale giungeva, nel 2010, a stipulare due accordi di ristrutturazione che vedevano controparti, rispettivamente, gli istituti bancari ed i fornitori. Gli accordi erano quindi tra loro complementari, essendo l'uno finalizzato alla ristrutturazione dei debiti finanziari e l'altro al risanamento dei rapporti commerciali.

Anche in questo caso il piano aveva quale presupposto un programma di risanamento che, attraverso la riduzione di costi ed alcuni interventi aziendali, avrebbe dovuto portare alla ristrutturazione dell'impresa.

Accadeva tuttavia che le previsioni delineate in sede di stipula venissero messe in discussione da un successivo avvenimento, rappresentato dalla stipula di un nuovo contratto di gestione degli impianti, che legava la società ed il comune proprietario degli stessi a delle condizioni economicamente più onerose per il gestore: i maggiori oneri finanziari rendevano il piano originario non più attuabile nelle sue previsioni originali.

Si rendeva quindi necessario un ulteriore intervento di ristrutturazione finanziaria al quale il socio di controllo si era dichiarato disponibile impegnandosi al versamento di 4 milioni di Euro sotto forma di finanziamento in conto capitale. Tale ulteriore intervento non era naturalmente contemplato all'interno degli accordi iniziali, ponendosi anche in questo caso una problematica di rinegoziazione degli stessi.

Possono leggersi le vicende sopra riportate da due visuali diverse traendone degli spunti per le considerazioni che seguono.

Innanzitutto non può non trarsi conferma delle osservazioni della dottrina che vede nell'errore di valutazione e nella sopravvenienza due temi tra loro

strettamente affini nell'ottica delle dinamiche contrattuali a lungo termine. Se nel caso Sangemini la stipula di un nuovo contratto di gestione può sicuramente ricondursi all'interno del novero delle sopravvenienze contrattuali, si osserva come il secondo caso potrebbe essere inquadrato indifferentemente nell'una o nell'altra categoria. Ben potrebbe parlarsi di un problema di valutazione prospettica insito nel regolamento contrattuale o, allo stesso tempo, interpretare il peggioramento delle condizioni economiche come un evento sopravvenuto imprevedibile dalle parti.

Al di là delle osservazioni sulla qualificazione giuridica delle dinamiche di cui si tratta, le due vicende sono poi un chiarissimo esempio della caratteristica mutevolezza dalla quale sono connotate le operazioni in questione. Ciò si spiega tanto perché l'attività economica è ontologicamente connotata da delle componenti di rischio, quanto perché l'evento stesso della crisi è in se oggetto di sviluppi in direzioni *ex ante* imprevedibili.

3. L'incompletezza del contratto nell'analisi economica del diritto

Può poi considerarsi causa coesistente dell'elevata sensibilità della previsione contrattuale alle modifiche della realtà fattuale quella dinamica che va sotto il nome di *"incompletezza del contratto"*.

Possono attribuirsi a tale termine due significati diversi: da un primo punto di vista può parlarsi di contratto incompleto nell'ipotesi in cui il negozio non presenti tutti gli elementi previsti dalla legge come necessari, mentre, dall'altro, ci si potrebbe riferire a tale espressione avendo a mente un regolamento che, pur non presentando lacune da un punto di vista giuridico, allo stesso tempo non tenga conto di tutte le circostanze in grado di incidere sulle utilità economiche attese dalle parti.

Entrambi gli approcci, giuridico ed economico, partono dal presupposto che le parti non siano in grado di individuare *"tutti i possibili stati del mondo"* e

stabilire la probabilità con cui si presenterà ciascuno di essi: è il cosiddetto concetto di "*razionalità limitata*"¹³⁹.

Limitando la presente trattazione ai contratti originariamente validi e, quindi, alla concezione prettamente economica di incompletezza, si procederà ad indagare cause e conseguenze di tale fenomeno.

L'assunto di una congenita incompletezza del contratto si pone in contrasto con il processo decisionale ideale suggerito dalla teoria neoclassica dello studio economico del diritto secondo la quale l'operatore dovrebbe analizzare tutte le possibili alternative, prevederne gli sviluppi e, infine, scegliere l'azione che massimizza l'utilità attesa: l'operazione descritta richiede abilità e competenze di cui gli individui non dispongono¹⁴⁰.

Gli agenti economici, per contro, decidono a seguito dell'osservazione di un numero di alternative di gran lunga inferiore rispetto a quello astrattamente possibile per poi giungere ad una decisione che, sebbene potrebbe non essere la migliore, presenta tuttavia dei requisiti minimi che consentono di soddisfare le aspirazioni di rendimento¹⁴¹.

Nella pratica si giunge quindi ad una decisione di compromesso nella quale, in base ad una analisi necessariamente incompleta, il costo sostenuto nella fase delle trattative è comunque proporzionato alle aspettative di rendimento dell'operazione.

Si sottolinea infatti come i costi di informazione, funzionali alla raccolta dei dati necessari ad una scelta informata, non siano gli unici da sostenere, affiancandosi a questi i c.d. costi di decisione, i quali sono invece legati alla scelta, tra le molteplici prospettabili, della strategia decisionale ottimale¹⁴².

¹³⁹ G. Bellantuono, *Le regole di default nel diritto dei contratti*, Riv. Dir. Civ., IV, 2000, p. 438.

¹⁴⁰ G. Bellantuono, *Le regole di default* cit., p. 440.

¹⁴¹ H. Simon, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985.

¹⁴² G. Bellantuono, *Le regole di default* cit., p. 441.

Accade quindi che, non potendo i contraenti pervenire ad un contratto completo, essi siano comunque propensi ad anticipare gli inconvenienti che potrebbero derivare dagli investimenti attraverso la predisposizione di misure di salvaguardia le quali, in maniera più o meno completa, possono dare risposta ai problemi di sopravvenienze che presumibilmente si realizzeranno durante la fase attuativa.

Questo spiega perché in un numero significativo di casi l'impossibilità di descrivere *ex ante* tutti gli stati di natura non impedisce di ottenere risultati identici a quelli che deriverebbero da un contratto completo. A ciò è sufficiente che i contraenti siano dotati della razionalità necessaria a prevedere i guadagni associati a ciascuna delle possibili azioni e le relative probabilità.

Una problematica sorge però dalla considerazione che gli agenti tendono a trascurare le situazioni qualificate poco probabili di cui non hanno una diretta esperienza: le decisioni interne si baseranno quindi sulla ricostruzione di uno scenario nel quale i rischi connessi a tali eventi sono del tutto assenti, con conseguente inadeguatezza dell'assetto di interessi ogni qualvolta un evento poco probabile si materializza¹⁴³.

Vi sarebbe quindi *“qualcosa di paradossale nella pretesa di collassare un futuro indomabile in un progetto ex ante completamente esaustivo”*¹⁴⁴.

3.1 La dottrina del "*relational contract*"

Nel momento in cui risulta impossibile una preventiva ed esaustiva regolamentazione delle sopravvenienze si pone quindi un problema di allocazione del rischio economico legato al materializzarsi di eventi

¹⁴³ G. Bellantuono, *Le regole di default* cit., p. 445.

¹⁴⁴ R. Pardolesi, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, Riv. critica dir. privato, 1996, p. 457.

imprevisti. A tal riguardo autorevole dottrina¹⁴⁵ sostiene una visione del contratto composto da due componenti: quella dello scambio, che si realizza con il reciproco adempimento, e quella dell'allocazione del rischio, la quale viene definita – vuoi per scelta, vuoi in conseguenza di una mancata decisione – al momento della determinazione dei reciproci impegni e viene sottratta alla libera determinabilità dei contraenti solo quando sulle scelte delle parti incidano eventi eccezionali ed imprevedibili.

Una tale ricostruzione, continua l'Autore, sembra avallata anche dalla giurisprudenza, la quale ha ammesso che *"anche per i contratti cosiddetti commutativi le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze, che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumerne, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, la applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti dall'ordinaria disciplina del contratto"*¹⁴⁶.

Sulla stessa linea si argomenta come *"la tutela dell'interesse di un contraente si risolve, di volta in volta, nell'accollo di un obbligo o di un rischio all'altro contraente, il quale ne accetta il peso solo nella misura in cui ne ricavi un corrispettivo"* sicché *"un contratto non è altro che l'insieme di questo reciproco accollo di rischi ed obblighi, l'equilibrio di essi ed una correlativa distribuzione dei costi"*¹⁴⁷.

Gli studiosi dell'analisi economica del diritto hanno quindi provveduto ad analizzare gli indici idonei ad orientare l'allocazione del rischio: a tal riguardo

¹⁴⁵ G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e Impresa*, II, 2002, p. 789.

¹⁴⁶ Cass., 26 gennaio 1993, n. 948.

¹⁴⁷ La citazione, riportata da G. Sicchiero, *La rinegoziazione* cit., p. 789, appartiene a Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 272.

vengono in gioco fattori quali la scelta di uno specifico tipo contrattuale¹⁴⁸ o il corrispettivo versato in relazione al valore di mercato della prestazione¹⁴⁹.

In tutte queste circostanze la buona fede funge da criterio di valutazione del caso concreto, facendo riferimento al normale comportamento del contraente medio in situazioni analoghe ed essendo il semplice riferimento ad aprioristiche definizioni insensibile alle scelte poste in essere dalle parti nel caso di specie.

Da tutto quanto sopra deriverebbe quindi che le sopravvenienze inidonee a determinare lo scioglimento del rapporto non sono necessariamente a carico del danneggiato, spettando invece alla valutazione dell'accordo in concreto posto in essere di determinare se il relativo rischio economico debba traslare sulla controparte perché strutturalmente a suo carico.

Taluni avanzano la teoria secondo la quale i rischi prevedibili su cui i contraenti non si sono pronunciati dovrebbero rimanere a carico della parte che può prevenirli con il minor costo, o che può assicurarsi dai medesimi¹⁵⁰.

La stessa regola, invece, non potrebbe operare nel caso in cui si tratti di circostanze non prevedibili: in tale evenienza sarà sicuramente più ragionevole affidare la gestione del contratto alla c.d. "rinegoziazione"¹⁵¹.

Sono essenzialmente queste le premesse dalle quali muovono gli studiosi per l'elaborazione della teoria del c.d. "*relational contract*".

Tale teoria origina dagli studi posti in essere dai giuristi di common law i quali, presupponendo l'esistenza di un deficit cognitivo ineliminabile nel momento della predisposizione del regolamento negoziale, hanno provveduto

¹⁴⁸ La quale potrebbe comportare un'implicita assunzione delle conseguenze (si riporta il caso dei contratti di borsa che, benchè non siano ritenuti aleatori, comportano una specifica scelta di allocazione del rischio di sopravvenienze negative).

¹⁴⁹ Un prezzo pattuito sproporzionatamente in alto o in basso può essere sintomatico della scelta dei contraenti in ordine all'aleatorietà del contratto.

¹⁵⁰ R. Pardolesi, *Regole di default*, cit., p. 455.

¹⁵¹ G. Sicchiero, *La rinegoziazione* cit., p. 791.

ad abbandonare la concezione tradizionale del contratto, figlia di una logica ormai superata, la quale presuppone una preventiva e compiuta allocazione del rischio.

Le codificazioni ed i grandi sistemi occidentali del diritto privato muovono da un modello di scambio isolato ed atomistico, basato sull'aspirazione degli operatori economici alla massimizzazione della propria utilità immediata. Il modello in questione affonderebbe le proprie radici nell'antropologia hobbesiana la quale, tuttavia, non offrirebbe un adeguato modello di funzionamento dei rapporti sociali.

I contraenti, per contro, non sarebbero degli operatori autonomi i quali si incontrano in occasione di transazioni isolate, ma apparterrebbero ad una comunità legata da relazioni continuative ispirate alla solidarietà: in tale prospettiva, quindi, alla logica del "*puro scambio*", alla quale ancora sono improntate le regole giuridiche del contratto, dovrebbe sostituirsi una nuova e diversa logica "*associativa*" in ossequio alla quale i contraenti sono immaginati quali soggetti che collaborano al conseguimento di uno scopo comune¹⁵².

Ben si sposa con questo rinnovato approccio al concetto di contratto quella dottrina che vede nell'atto (lo strumento negoziale) e nell'attività (il rapporto intrasoggettivo) due concetti inscindibili e nella teoria della fattispecie la (errata) ricostruzione che li renderebbe incomunicabili: ciò accade perché nell'approccio tradizionale si tende a risolvere il "*momento del contratto*" con il determinarsi della sua perfezione ed efficacia, quando invece uno strumento effettivamente rispondente alle esigenze degli operatori dovrebbe abbracciare l'intero affare e non limitarsi a ricondurre la rilevanza giuridica alla sola fattispecie tipizzata. Ogni qualvolta si fosse dato inizio al rapporto, invece, non sarebbe più possibile "*isolare la considerazione dell'atto da quella*

¹⁵² F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 58.

dell'attività", ma occorrerebbe "valutare globalmente la situazione di fatto creata dall'atto e dall'attuazione che ha avuto"¹⁵³.

Si giunge, in altre parole, a ridisegnare i confini del negozio giuridico e ad estendere l'obbligo assunto dalle parti ad elementi ulteriori rispetto a quelli contenuti nel testo contrattuale: la pattuizione obbligherebbe gli stipulanti all'attuazione della complessiva operazione e non solo a quelli, tra i profili della stessa, espressamente disciplinati.

Altra dottrina giunge a risultati affini per il tramite dell'importazione dalla Germania del concetto di "rapporto fondamentale", che spiega come "l'adempimento dei singoli obblighi non esaurisce il rapporto nel suo complesso e come, viceversa, anche i singoli obblighi possano residuare quando il rapporto (fondamentale) è venuto a cessare"¹⁵⁴.

Il discorso in questione non potrà tuttavia applicarsi alle c.d. *discrete transactions*, ovvero quelle transazioni commerciali ad efficacia istantanea che presuppongono l'assenza di rapporti precedenti o successivi fra le parti del contratto e che, pertanto, esauriscono i loro effetti nell'ambito dell'operazione economica isolatamente considerata.

Qualora invece le parti confidino nella continuità del rapporto, entrerebbe in gioco un reciproco affidamento e, per il tramite del principio della solidarietà, i contraenti sarebbero stretti in un vincolo più affine a quello instaurato dai contratti associativi piuttosto che dai modelli del contratto di scambio.

La conseguenza di tale visione sul regolamento di interessi sarà quella della flessibilità del contratto in molteplici suoi elementi: dall'oggetto, all'adesione

¹⁵³ Si assisterebbe, nei contratti di durata, ad un superamento della tradizionale nozione di contratto di scambio a favore di una rinnovata visione che vuole le parti cooperare al fine di raggiungere un risultato a lungo termine, in maniera simile a quanto avviene nei contratti c.d. associativi (sul punto v. anche P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 322).

¹⁵⁴ A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario al Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna, 1988, p. 86.

delle parti, all'instaurazione di ulteriori ed accessori rapporti, alle modalità di esecuzione¹⁵⁵.

Una volta inserito in tale dinamica il contratto non dovrà più definire *ex ante* tutte le modalità del successivo rapporto e neutralizzare le possibili sopravvenienze, ma la determinazione del programma negoziale, assieme agli adattamenti e alle modifiche subite dalla realtà fattuale presupposta, andrebbero assicurati alla rinegoziazione delle parti¹⁵⁶.

Tale modello economico si sposa alla perfezione con il rapporto inquadrato dagli accordi ex art. 182-bis c.c.. Se si interpreta il rapporto contrattuale continuativo nell'ottica di una relazione che sopravviva al singolo negozio, si osserverà come, nella fattispecie oggetto della presente analisi, le parti pongano in essere un accordo che sarà per definizione strumentale alla prosecuzione di una relazione che avrà una finalità ulteriore rispetto al singolo negozio. La ristrutturazione dei debiti, qualora esaminata prescindendo dalle future relazioni economico-giuridiche che intercorreranno tra debitore e creditore perderebbe di senso¹⁵⁷.

4. Le soluzioni del Codice Civile in materia di sopravvenienze

Le considerazioni appena svolte rappresentano un importante strumento per analizzare le esigenze concrete degli operatori economici ma non possono essere considerate risolutive del problema giuridico delle sopravvenienze. Si

¹⁵⁵ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 60.

¹⁵⁶ M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, 3, p. 472.

¹⁵⁷ "[...] i singoli contratti dovrebbero ritenersi tutti funzionali al conseguimento del salvataggio dell'impresa in crisi, creandone le condizioni attraverso la parziale rinuncia dei creditori accettanti ad una puntuale tutela delle proprie ragioni di credito". (L. Boggio, *Gli accordi di salvataggio* cit., p. 116, nt. 35).

tratta infatti di considerazioni puramente teoriche, sintomatiche di un'istanza ma non foriere di risposte: non si può prescindere, nella ricerca di una risposta giuridica alle esigenze esposte, dalla analisi delle regole positivizzate¹⁵⁸.

Nella sezione del codice dedicata alla disciplina generale del contratto non si riscontra la presenza di alcuna norma che disciplini la fase esecutiva dello stesso¹⁵⁹. Si osserva, per contro, come l'interesse dell'ordinamento alla disciplina dei contratti di durata sia orientata all'individuazione di strumenti di reazione a patologie del rapporto aventi quale unico obiettivo lo scioglimento del vincolo¹⁶⁰.

Discorso a sé va fatto con riferimento alla normativa sull'eccessiva onerosità sopravvenuta. L'art. 1467 è sintomatico della reazione dell'ordinamento al sopravvenire di avvenimenti imprevedibili ed eccezionali tali da modificare l'equilibrio economico voluto dalle parti con l'operazione negoziale.

Emblematica in tal senso è la relazione al Codice civile nella quale si dispone come, imponendosi una *"rigida valutazione obiettiva del concetto di eccessiva onerosità"* si *"esclude il pericolo di eccessi"* in quanto essa *"non opera quando non è superata l'alea normale del contratto (art. 1467, secondo comma)"*. E non c'è dubbio che *"i redattori del codice avevano davvero inteso adottare il*

principio rigoroso secondo il quale, con la sola eccezione del caso di sopravvenienza dell'imprevedibile, il debitore è tenuto fino al limite dell'impossibilità". Partendo da tali presupposti sembrerebbe passaggio

¹⁵⁸ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 69.

¹⁵⁹ E' stata probabilmente tale assenza ad indurre gli studiosi ad occuparsi in maniera copiosa dell'esecuzione del contratto ed a tracciare la linea di confine rispetto al concetto di adempimento, ricondotto, invece, più propriamente all'obbligazione (A. Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967).

¹⁶⁰ Si fa riferimento alla disciplina del recesso unilaterale (art. 1373, II co.), della risoluzione per inadempimento (art. 1458), dell'impossibilità sopravvenuta nei contratti con effetti traslativi o costitutivi di diritti reali (art. 1465, II co.).

necessario la successiva affermazione dell'irrilevanza di tutte le sopravvenienze che, pur deludendo uno dei contraenti, non assumano la consistenza che la legge prende in esame per intervenire sul contratto e che al contempo non siano state oggetto di pattuizione. Tutto ciò in ossequio al principio secondo cui ogni evento non considerato tra le regole dell'accordo rappresenta un rischio assunto o, al più, da sopportare per la parte cui il corso degli eventi lo ha posto a carico.

La conclusione appena riportata non soddisfa gli studiosi, i quali, pur riconoscendo la scelta politica del legislatore del 1942 di non offrire, nei contratti a prestazioni corrispettive, strumenti di tutela flessibili alla parte onerata dalle sopravvenienze, evidenziano la limitazione di una tale veduta¹⁶¹
¹⁶².

Si è quindi proceduto ad elaborare delle teorie finalizzate a sostenere la tesi della sussistenza, tra le obbligazioni derivanti dalla stipula di un contratto a prestazioni corrispettive, di un obbligo legale di rinegoziare anche qualora non siano le parti ad inserire all'interno dell'assetto di interessi delle clausole c.d. di rinegoziazione: all'interno del codice civile potrebbero rivenirsi una serie di indici che sembrano avvalorare una ricostruzione in questo senso, trasparente nella disciplina dei contratti a lungo termine un sostrato normativo permeato dal principio dell'adeguamento¹⁶³.

¹⁶¹ F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 27.

¹⁶² Per una analisi del rapporto tra la teorica dell'obbligo legale di rinegoziare e la norma dell'art. 1467 c.c. si rimanda *infra* al paragrafo n. 5.

¹⁶³ Gli esempi riportati (F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., pp. 103 ss.) sono:

(a) *la somministrazione*. Ai sensi dell'art. 1560 c.c. vi possono essere ipotesi nelle quali l'entità della somministrazione venga specificata in corso di rapporto, così come circostanze nelle quali il prezzo, non pattuito alla stipula, viene determinato in corso di rapporto (art. 1561 c.c.)

(b) *l'appalto*. Emblematicamente nell'ipotesi di appalto l'indeterminatezza dell'oggetto del contratto, identificato con l'opera o il servizio da compiere, al momento della conclusione del contratto, non ne determina la nullità, a meno di risultare indefinita la stessa funzione dell'opera o del servizio da realizzare: le caratteristiche specifiche dell'oggetto possono

5 La clausola di rinegoziazione

La clausola di rinegoziazione è lo strumento negoziale adottato dalle parti per gestire le sopravvenienze di ordine economico o giuridico sostituendo parzialmente il contenuto del contratto nei suoi elementi non essenziali: per evitare che l'alterazione degli equilibri economici del contratto possa indurre all'inadempimento, si stabiliscono *ex ante* i criteri per la rinegoziazione del contratto sottraendo questa attività alla discrezionalità delle parti.

Il termine stesso, infatti, richiama un "*ritorno al contratto già perfetto*", analogamente a quanto si verifica nel caso della ripetizione o della rinnovazione del contratto; allo stesso tempo l'attività in questione ha carattere iterativo, sussistendo identità delle parti che addivengono alla ridefinizione

infatti essere determinate d'accordo fra le parti o ad iniziativa di una di esse nel corso del rapporto. Analogamente, ai sensi dell'art. 1657 c.c., viene eliminato il problema della nullità del contratto per indeterminabilità del corrispettivo attraverso la fissazione di criteri legali di determinazione operanti in assenza di diversa volontà dei contraenti. E' però nella normativa codicistica dei maggiori oneri riscontrati dall'appaltatore e del suo diritto ad un equo compenso che si esprime in maniera emblematica la ratio della disciplina dell'adeguamento del contratto in corso di esecuzione, poiché vengono predisposti gli strumenti di tutela dell'appaltatore a seguito della modificazione dell'oggetto, tanto sotto un profilo di maggiore durata del contratto, quanto sotto un profilo di maggiore onerosità della prestazione a seguito di sopravvenute difficoltà di realizzazione derivanti da cause idrogeologiche.

(c) *il mandato*. Anche in tale ipotesi il legislatore si dimostra attento a dettare regole particolarmente attente alle vicende modificative del rapporto patrimoniale. Si fa nello specifico riferimento all'art. 1710 c.c. che, in tema di diligenza del mandatario, sancisce l'obbligo di questi di comunicare al proprio mandante quelle circostanze sopravvenute che possano determinare la "*revoca o la modificazione del mandato*". La ratio della previsione in questione risiede dunque nella necessità di consentire al mandante una valutazione sull'opportunità di modificare il mandato ogni qualvolta la sua esecuzione potrebbe risultare potenzialmente pregiudizievole.

(d) *l'assicurazione*. Nel caso dell'assicurazione, l'ordinamento, affinché sia rispettato l'equilibrio fra il rischio assicurato e l'ammontare del premio, propende verso l'adeguamento del contratto. Ai sensi degli artt. 1897 e 1898 c.c. le conseguenze della modificazione del rischio (tanto in aumento quanto in diminuzione) sono gestite legittimando l'assicurato a pagare un premio minore nel primo caso mentre, nel secondo, consentendo il recesso dell'assicuratore on un diverso termine di efficacia a seconda della misura dell'aggravamento.

dell'assetto di interessi con le parti che hanno proceduto alla stipulazione del negozio originario (o con i loro successori nel rapporto negoziato).

L'elemento peculiare del fenomeno in esame può dunque essere individuato nella volontà di sostituire quanto concordato nel precedente contratto, connotandosi la volontà dei contraenti per due diverse componenti: una prima *“latu sensu risolutoria delle precedenti disposizioni”* ed una seconda *“dispositiva e relativa alle nuove”*¹⁶⁴.

L'intervento sostitutivo riguarda inoltre il contenuto del contratto (ciò valendo a distinguere la rinegoziazione dalla rinnovazione) che viene modificato in maniera soltanto parziale dovendosi parlare altrimenti, più propriamente, di “sostituzione” del contratto¹⁶⁵.

Non potranno essere oggetto di rinegoziazione gli elementi essenziali del tipo contrattuale stipulato, come quelle clausole che, sebbene accessorie, connotano il tipo e, allo stesso tempo, non è possibile introdurre clausole con questo incompatibili¹⁶⁶.

Un approccio empirico sarà poi indispensabile al fine di valutare il rapporto tra rinegoziazione ed integrazione del contratto: premesso che l'attività di rinegoziazione consiste nella sostituzione di clausole, al fine di poter ristabilire un equilibrio contrattuale alterato può essere necessario anche l'introduzione di nuove con portata innovativa. E' soltanto con una valutazione empirica che risulta possibile differenziare l'attività rinegoziativa dalla novazione estintiva del contratto, essendo possibile valutare la capacità degli elementi di novità di

¹⁶⁴ Tali tratti caratteristici contribuiscono a differenziare la rinegoziazione da ogni altra stipula di carattere accertativo, ricognitivo o interpretativo (C. Daidone, *Clausola di rinegoziazione*, in M. Confortini (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2017, p. 1057).

¹⁶⁵ C. Daidone, *Clausola di rinegoziazione* cit., p. 1057.

¹⁶⁶ Si osserva tuttavia come *“sia spesso complesso individuare quali siano gli elementi essenziali del tipo, [poiché] nella prassi un'attività (nuovamente) negoziale potrebbe incidere su alcuni di essi senza per questo alterare l'identità del contratto, identità che a questo punto diverrebbe empiricamente intesa secondo un approccio più psicologico che logico”*.

incidere sul preesistente regolamento di interessi così da poterne conservare l'identità intima¹⁶⁷.

5.1 (segue) Profili strutturali della clausola rinegoziativa

Spostando l'indagine verso il profilo strutturale dei modelli convenzionali che richiedono la concertazione dei contraenti per l'adattamento delle condizioni contrattuali, nasce da se l'osservazione di come l'autonomia privata abbia dato in questo campo prova di fervida immaginazione. Nella prassi contrattuale è invero agevole registrare l'inserzione di clausole di rinegoziazione che presentano tra loro delle sostanziali differenze, tanto con riferimento ai presupposti quanto alle regole previste per l'adattamento del contratto. Se tali differenze in alcune circostanze sono giustificate dalla natura del contratto ovvero dal settore economico in cui è prevista la procedura rinegoziativa, nella quasi totalità dei casi sono determinate dalle specifiche finalità cui tendono i contraenti.

A tal proposito si sottolinea come la volontà dei contraenti diretta a controllare in maniera assoluta l'incidenza delle sopravvenienze sull'assetto negoziale si risolva spesso, sul piano redazionale, nella predisposizione di clausole che, per quanto concerne l'individuazione delle sopravvenienze rilevanti e degli effetti che devono produrre sulla composizione degli interessi, sono contraddistinte da un contenuto estremamente generico.

Si osserva nella prassi negoziale come un numero rilevante di clausole hanno inteso subordinare l'attività di rinegoziazione al verificarsi nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale di eventi sopravvenuti, prevedibili o imprevedibili, tali da incidere sull'equilibrio economico-giuridico originariamente concordato: un'elaborazione generica della clausola di

¹⁶⁷ La rinegoziazione può in conclusione definirsi come un'attività complessa che, sebbene incida sulla globalità del contratto, ne modifica l'assetto in maniera soltanto parziale. (v. *amplius* il paragrafo 6).

rinegoziazione consente alle parti di riservare alla propria sfera di controllo la determinazione degli effetti delle sopravvenienze sull'assetto di interessi impedendo, per quelle eccedenti l'alea normale, la risoluzione del rapporto contrattuale. Si sottolinea infatti come il rimedio della risoluzione sia visto dalle parti con sfavore *“non solo perché esso vanifica la realizzazione di un risultato per il quale sono stati spesso investiti notevoli mezzi ed energie, ma anche perché costringe la parte che voglia realizzare ad ogni costo l'operazione economico-giuridica ad intraprendere nuove trattative non solo costose ma, talvolta, anche infruttuose per la difficoltà di trovare un nuovo contraente con il quale concludere un accordo che riproduca per grandi linee quello estintosi a seguito delle sopravvenienze”*¹⁶⁸.

Una tale osservazione, valida in linea generale per tutte quelle contrattazioni con obiettivi di durata, dimostra la sua assoluta contestualità nel momento in cui si vada a prendere in considerazione l'ambito qui oggetto di indagine, ossia la dimensione negoziale degli accordi di ristrutturazione dei debiti. In tale circostanza, infatti, l'alternativa alla revisione, in ipotesi di sopravvenienze che rendano inopportuna la prosecuzione del rapporto così come originariamente pattuito, è, nella maggioranza dei casi, il fallimento. Ciò, come appare ovvio, conduce ad aumentare esponenzialmente l'interesse delle parti a che il rapporto negoziale giunga al proprio termine fisiologico, avendo la prospettiva alternativa i connotati della cessazione dell'attività di impresa e, dal lato dei creditori, l'assoluta incertezza circa la possibilità di riscuotere il *quantum debeatur* una volta entrati nelle astruse maglie della procedura fallimentare.

Si osserva poi come una soluzione generica quale può essere quella di una clausola “generica” che consenta di controllare in modo assoluto il rischio

¹⁶⁸ V. M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 126.

contrattuale ed impedire lo scioglimento del rapporto avrà dei vantaggi anche strettamente pratici. L'eventuale individuazione in via preventiva delle specifiche sopravvenienze sulla base delle quali può essere azionato il procedimento di adattamento delle condizioni negoziali presuppone infatti un'attività lenta e dispendiosa, che, oltre ad accrescere considerevolmente i costi delle trattative, potrebbe risultare anche particolarmente difficoltosa nel contesto della crisi d'impresa.

Allo stesso tempo, tuttavia, il contenuto generico della clausola di rinegoziazione, se sostanzialmente finisce per ridurre l'incidenza dell'alea contrattuale sull'economia dell'affare, potrebbe allo stesso tempo far sorgere inconvenienti altrettanto svantaggiosi. Ciò in quanto l'imprecisione nell'elaborazione della clausola di rinegoziazione impone una valutazione di carattere soggettivo nel momento in cui si rende necessario verificare la corrispondenza tra la sopravvenienza in concreto verificatasi e quella genericamente prevista in sede di elaborazione della regola convenzionale. Ciò può senz'altro dar luogo ad abusi da parte di quei contraenti che cerchino di approfittare del contenuto generico della clausola al fine di risolvere nel senso a loro favorevole la questione della corrispondenza tra l'ipotesi realizzatasi e quella dedotta nel contratto. Potrebbe dunque accadere che la clausola rinegoziativa rappresenti in questo senso un elemento di fragilità del vincolo negoziale, tanto da poter condurre alla dissoluzione del rapporto negoziale piuttosto che alla sua conservazione¹⁶⁹.

Accade quindi sempre più spesso che i contraenti, nell'elaborazione della clausola rinegoziativa, siano spinti a prevedere in maniera particolareggiata le sopravvenienze rilevanti e le conseguenze che esse produrranno sull'assetto di interessi, dovendo in un secondo momento procedere ad una mera attività di sussunzione dell'ipotesi in astratto tipizzata in quella in concreto realizzatasi.

¹⁶⁹ V. M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione* cit., p. 129.

Tanto premesso, si capisce come l'autonomia privata, nel tentativo di prevenire i suddetti margini di insicurezza caratterizzanti la scelta in uno dei due sensi indicati, abbia cercato di predisporre regole convenzionali che potessero contemperare al meglio le opposte esigenze. Da ciò deriva un ampissimo panorama di clausole profondamente diverse tra loro per quanto attiene i presupposti applicativi e la disciplina della procedura di adattamento, tanto da risultare particolarmente arduo il compito di rappresentare con esaustività il contenuto che le clausole in questione potrebbero in concreto assumere. Ciò non toglie tuttavia che l'autonomia privata abbia dato vita a delle clausole rinegoziate quasi sempre contraddistinte da un contenuto minimo man mano arricchito di specificazioni ulteriori.

Il contenuto delle clausole in questione è in particolare quasi sempre costituito dalla previsione, più o meno specifica, di circostanze modificative che possono sopraggiungere, dalle conseguenze che produrranno sull'assetto di interessi originariamente concordato nonché dall'indicazione della disciplina applicabile al verificarsi dei presupposti tipizzati. Tale ultima disciplina può essere limitata alla semplice previsione dell'obbligo di rinegoziare l'intero assetto di interessi o una parte sola di esso¹⁷⁰, ovvero concretarsi nell'organizzazione di una procedura estremamente complessa, indicando i criteri (soggettivi e/o oggettivi) che dovranno guidare la trattativa, ovvero l'intervento di un terzo che accerti il verificarsi dell'ipotesi rinegoziativa o determini un nuovo assetto di interessi¹⁷¹.

6 L'obbligo legale di rinegoziare: il ruolo dell'equità integrativa...

Ai sensi dell'art. 1374 c.c. *"Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano*

¹⁷⁰ Per una più ampia trattazione del contenuto dell'obbligo di rinegoziare v. il paragrafo 8.

¹⁷¹ V. M. Cesaro, *Clausola di rinegoziazione* cit., p. 133.

secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità": il contenuto del contratto non è solo, come si esprime l'art. 1321, frutto dell'accordo delle parti ma è piuttosto la risultante di una pluralità di fonti¹⁷².

Tra le varie fonti l'equità differisce sia dalla legge sia dagli usi perché non è, come questi, fonte di norme generali ed astratte: è la norma del caso concreto creata dal giudice negli eccezionali casi in cui la legge gli consente di farlo. Ciò potrà accadere sia quando, ai sensi del codice di procedura civile, si tratta di decidere la controversia sottoposta all'esame del giudice o degli arbitri, anziché secondo il diritto, secondo equità; sia quando, in maniera integrativa rispetto all'autonomia contrattuale, si tratta invece di concorrere a determinare il contenuto di un contratto: *"fondamentalmente, integrare un contratto secondo equità significa completare, o correggere, la volontà contrattuale delle parti alla stregua di valori di mercato"*¹⁷³.

Accadrebbe così che, in ossequio alla capacità espansiva di tale disposizione, nei contratti di durata particolarmente lunga, connotati da scelte operative condizionate alla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, si renderebbe implicita la deduzione di una clausola di rinegoziazione. Di tal maniera si sostituirebbe un *"dato aggiornato e opportuno"* al *"dato obsoleto e non più funzionale"* e la materia delle sopravvenienze, dominata in via generale dall'istituto della risoluzione, si accrescerebbe di *"rimedi equitativi ulteriori"* nell'ipotesi in cui si verificano *"esigenze nuove"*, *"nuovi criteri di opportunità"*, ovvero un *"sostanziale squilibrio economico"* che non integri comunque i presupposti della risoluzione per eccessiva onerosità¹⁷⁴.

¹⁷² L'accordo, si fa notare, non sempre è, tra le fonti delle obbligazioni *"la più imporrante nel caso del contratto con prezzo o altre clausole imposte dai pubblici poteri (o in quello, che è quasi sempre ricompreso nel precedente, dell'obbligo a contrarre)"*. (F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, 1993, p. 65).

¹⁷³ F. Galgano, *Degli effetti del contratto* cit., p. 93.

¹⁷⁴ R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (a cura di), Torino, 2004, II, pp. 722-725.

Le parti in tale circostanza *"non avrebbero alcun interesse a pattuire la clausola di rinegoziazione, posto che l'obbligo nascerebbe comunque dalla legge"*¹⁷⁵.

6.1 ... e della buona fede *in executivis*

Si è parallelamente sostenuto che un obbligo legale di rinegoziare potesse derivare dal principio di buona fede nell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c.. A tal proposito vengono in gioco due ricostruzioni, che vedono, rispettivamente, derivare l'obbligo di rinegoziazione da (i) l'offerta di riconduzione ad equità ex art. 1467, III co., c.c. (la rinegoziazione in tal caso sarebbe inevitabilmente connessa al giudizio promosso per la risoluzione del contratto) ovvero, in maniera autonoma rispetto alle vicende risolutive, esso si risolverebbe in (ii) una modalità di attuazione del rapporto obbligatorio¹⁷⁶.

Per quanto riguarda il punto *sub (i)*, l'argomentazione muove dall'interpretazione del disposto secondo cui *"La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto"*. Si configurerebbe, in capo alla parte beneficiaria, il diritto ad evitare la risoluzione: il destinatario dell'offerta sarebbe "obbligato a non rifiutare" l'offerta di aprire una trattativa, in quanto ciò sarebbe contrario alla buona fede nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c.¹⁷⁷.

Nell'ipotesi *sub (ii)*, invece, l'obbligo di rinegoziazione rileverebbe in maniera autonoma e svincolata dall'operatività dell'articolo 1467 c.c. quale specificazione del generale obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede: ciò comporta che, in concreto, l'obbligo di comportarsi correttamente in esecuzione del contratto comporti (a) il riconoscimento della situazione che

¹⁷⁵ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 314.

¹⁷⁶ F. Gambino, *Problemi del rinegoziare* cit., p. 11.

¹⁷⁷ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 295.

renda necessaria la revisione delle condizioni del contratto e (b) lo svolgimento delle trattative per giungere ad un nuovo assetto di interessi¹⁷⁸.

Si osserva come, in un raffronto con le norme del sistema, *"i termini della relazione tra trattative e buona fede sembrano essere invertiti: se il canone generale è che, quando le parti negoziano, si devono comportare in buona fede, qui è in ragione dell'esecuzione in buona fede del rapporto che i contraenti hanno l'obbligo di trattare e rinegoziare"*¹⁷⁹: accade in sostanza che, se di norma l'obbligo di comportarsi secondo buona fede è consequenziale alla scelta di entrare in trattativa, nella specifica ipotesi esaminata è, invece, esso stesso un fatto condizionante l'obbligo di rinegoziare.

La buona fede verrebbe poi in gioco sotto una distinta veste, ovvero quale criterio interpretativo del contratto a lungo termine in applicazione della regola contemplata dall'art. 1366 c.c..

La buona fede, presupponendo un dubbio sul significato delle dichiarazioni contrattuali delle parti, è uno strumento accessorio ai fini della interpretazione della volontà negoziale che consente di andare al di là della volontà dei contraenti, vincolarli all'oggettivo significato delle dichiarazioni e proteggere l'affidamento del destinatario della dichiarazione.

L'obbligo di rinegoziazione si potrebbe dedurre attraverso due argomentazioni differenti. Oggetto di interpretazione potrebbe essere innanzitutto la singola dichiarazione contrattuale e, quindi, l'interprete potrebbe ricondurre la predisposizione a rinegoziare alla volontà originaria delle parti. Un'altra strada passa attraverso l'interpretazione dell'accordo nel suo complesso ove, venendo in gioco il fattore temporale, la buona fede sarebbe strumentale alla ricostruzione del globale spirito dell'intesa. Nei contratti in oggetto, quindi, ogni qualvolta il contenuto del contratto si trovi in una situazione di distonia con la realtà fattuale ad esso sottesa, si ricostruisce

¹⁷⁸ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 315.

¹⁷⁹ F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 12.

la volontà degli stipulanti nel senso di volere un adeguamento del suo contenuto¹⁸⁰.

7 Il rapporto tra obbligo legale di rinegoziare e la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

Una problematica da indagare dopo aver esposto le strade percorse dalla dottrina al fine di introdurre un obbligo di rinegoziazione del contratto nei rapporti a lungo termine, è quella del rapporto tra tali ricostruzioni e la disciplina positiva in materia di gestione del rischio contrattuale.

La problematica attiene essenzialmente all'ambito di applicazione di tale norma, posto che, se all'interno della fattispecie contemplata dall'art. 1467 c.c. fossero sussumibili tutte le ipotesi di sopravvenienze, verrebbe preclusa qualsiasi ipotesi di ricostruzione alternativa della disciplina.

Una conclusione in questo senso sembrerebbe favorita da quella lettura del testo normativo che volesse porre in antitesi il primo ed il secondo comma della norma richiamata: posta l'inoperatività del dispositivo dell'art. 1467 c.c. nell'ipotesi di sopravvenienze rientranti nell'alea normale si determinerebbe il concetto in questione come composto dai due elementi della *prevedibilità* dell'evento e della *dimensione non eccessiva* dell'onerosità sopravvenuta. L'adempimento del debitore sarebbe obbligato nell'ipotesi delle ultime circostanze richiamate, mentre oltre tali limiti si configurerebbero i presupposti della risoluzione per eccessiva onerosità. Una logica siffatta sarebbe preclusiva della possibilità di introdurre nel giudizio complessivo sullo squilibrio tra prestazioni elementi di valutazione ulteriori e diversi.

¹⁸⁰ F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 15, il quale inoltre osserva come “*il criterio contiene elementi di congiunzione con l'istituto della presupposizione, distinguendosi tuttavia da questo per la conseguenza giuridica del venir meno della situazione presupposta: non già la caducazione degli effetti contrattuali, ma la revisione del contratto, cui l'obbligo di rinegoziare sarebbe, in ultima analisi strumentale*”.

Di tal maniera andrebbe esclusa la rilevanza giuridica di eventi “*antecedenti*” al realizzarsi di quello contemplato nel primo comma dell’art. 1467 c.c.: non essendo preclusa alle parti la possibilità di regolare convenzionalmente il contratto in corso di esecuzione, si dovrebbe essere indotti ad escludere che i contraenti abbiano voluto assoggettarsi alla rinegoziazione al di fuori del meccanismo di cui all’art. 1467, terzo comma.¹⁸¹

Una tale conclusione si fonderebbe però *“su un corollario non ancora verificato: ovvero che l’interpretazione a contrariis dell’art. 1467 c.c. imponga di ritenere appunto irrilevante ogni sopravvenienza che non sia imprevedibile e straordinaria”*¹⁸². La disposizione, infatti, non consentirebbe di inferire una serie di regole valide per le circostanze diverse (quelle ad es. non imprevedibili) né tantomeno di sancirne l’irrilevanza: essa sarebbe invece dettata con esclusivo riferimento alle ipotesi di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta e non per altri e diversi fini, per i quali si tratterà di verificare quale diversa disciplina risulti applicabile.

Si sostiene quindi come il conflitto tra le norme sia solo apparente, dal momento che le disposizioni dalle quali si ricava l’obbligo legale rinegoziativo si fonderebbero su dei presupposti differenti rispetto a quelli dell’art. 1467 c.c. e, pertanto, non vi sarebbe una invasione della sfera di operatività della norma in questione.

7.1 (segue) Le letture alternative dell’art. 1467

La teorica della rinegoziazione, come sopra riportato, deve preliminarmente superare la forza di attrazione onnivora dell’art. 1467: a tal proposito viene proposta una lettura del secondo comma autonoma e distinta da quella del primo. Di tal maniera l’interprete potrebbe introdurre nel complessivo giudizio

¹⁸¹ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 316.

¹⁸² G. Sicchiero, *Rinegoziazione* cit., p. 790.

sull'alterazione dell'equilibrio tra le prestazioni degli elementi di valutazione differenti rispetto a quelli ricavabili dal testo della norma.

Si vuole in primo luogo far passare la liberazione del debitore dal proprio obbligo di adempiere per il tramite del concetto di “inesigibilità” della prestazione, ovvero ogni qualvolta “*circostanze diverse dall'imprevedibile, anche senza rendere impossibile l'adempimento di una delle parti, turbano l'equilibrio contrattuale*”¹⁸³.

L'esigibilità della prestazione in tale caso avrebbe quale limite ultimo il sacrificio che, in base ad un giudizio improntato alla buona fede, può essere richiesto alla controparte: la pretesa di ottenere la prestazione oltre una tale soglia si configurerebbe come “*abuso del diritto*”¹⁸⁴.

Si anticipa, in altre parole, la soglia del giuridicamente rilevante ad un momento anteriore e la si fa coincidere non più con una irrimediabile alterazione dell'equilibrio tra le prestazioni ma con la misura massima dell'adempimento esigibile secondo buona fede.

E' nella zona compresa tra l'adempimento esigibile e l'irrimediabile squilibrio tra le prestazioni che nascerebbe l'obbligo di rivedere il contenuto del contratto; si tratterebbe di una rinegoziazione diversa da quella prevista in ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta: quella prospettata tenderebbe non tanto a “*salvare*” il contratto inesequibile a causa di una intollerabile sproporzione tra le prestazioni, ma a “*far aderire*” il regolamento contrattuale a suo tempo predisposto alla situazione di fatto nel frattempo evolutasi. Soltanto in questo modo si renderebbe l'attuazione del regolamento contrattuale congrua rispetto agli interessi dei contraenti¹⁸⁵.

¹⁸³ M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale* cit., p. 399.

¹⁸⁴ M. Bessone, *Adempimento* cit., p. 399.

¹⁸⁵ “*in queste ipotesi il problema della rinegoziazione delle condizioni può assumere i connotati di una modalità di esecuzione del contratto ovvero, per chi intenda tenere ben distinta l'esecuzione degli obblighi contrattuali dall'adempimento delle obbligazioni*”

E' solo in quest'ottica che potranno comprendersi appieno i riferimenti al principio di buona fede, tanto nell'interpretazione, quanto nell'esecuzione del contratto, potendo ipotizzarsi che, ai sensi dell'art. 1366 c.c., le parti avrebbero trattato di nuovo per la conclusione del contratto sulla base delle rinnovate condizioni, essendo svantaggiosa ed irragionevole una negoziazione basata su una situazione di mercato non rispondente alla realtà. Accade quindi che il rifiuto di trattare opposto dalla parte che continui ad eseguire le condizioni contrattuali originariamente pattuite si colorerà negativamente quale comportamento opportunistico non suscettibile di essere tutelato dall'ordinamento, con conseguente diritto della controparte di sospendere l'esecuzione in applicazione del combinato disposto degli artt. 1375 c.c. e 1460 c.c.¹⁸⁶.

Accade pertanto che l'antinomia tra la libertà di autodeterminazione e l'obbligo di rinegoziare sia soltanto apparente, dal momento che la rinegoziazione tenderà non già a comprimere ma a realizzare la volontà delle parti consacrata nell'atto di autonomia; la (apparente) coercizione della volontà delle parti nell'adoperarsi per ridefinire le condizioni del regolamento si giustificherà nel rispetto dell'obbligo di buona fede che si specificherà in funzione della natura dell'affare¹⁸⁷. Il percorso argomentativo non cambierà nell'ipotesi in cui si voglia invece abbracciare la differente lettura (che della precedente condivide la conclusione pur possedendo un diverso percorso argomentativo) che vuole la capacità integrativa dovuta all'equità ex art. 1374¹⁸⁸. Il rapporto tra le due clausole generali non è di reciproca esclusione, rappresentando invece esse una differente esternazione del medesimo fenomeno; si sottolinea come l'operazione integrativa *ope iudicis* condotta ex

accessorie, di un obbligo funzionale alla realizzazione del risultato contrattuale" (F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 320).

¹⁸⁶ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 321.

¹⁸⁷ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 322.

¹⁸⁸ R. Sacco, *Il contratto* cit., p. 686.

art. 1375 c.c. sarà nient'altro che una attività di specificazione in concreto del richiamo all'equità: quest'ultima atterrà al profilo “*regolamentare ed obiettivo*”, attenendo invece la buona fede a quello “*attuativo e comportamentale*”; se, quindi, la prima si rivolge alla regola come tale, la seconda si rivolge ai soggetti che tale regola hanno concorso in maniera esclusiva o determinante a porre in essere¹⁸⁹.

8 Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare

L'obbligazione di negoziare consiste nel porre in essere una serie di atti che, con riferimento alle circostanze del caso concreto possono consentire alle parti di “*accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto alla luce delle modificazioni intervenute*”; se quindi l'obbligazione può considerarsi unitaria da un punto di vista teleologico¹⁹⁰, essa è nel contenuto scomponibile in una serie di situazioni giuridiche, tanto attive quanto passive, strutturalmente autonome¹⁹¹. L'interesse del *creditore* (identificabile con la parte svantaggiata dalle sopravvenienze) a mantenere in vita il rapporto contrattuale può infatti essere soddisfatto soltanto a condizione che vengano eseguite tutte le prestazioni in concreto esigibili: in altre parole può ritenersi

¹⁸⁹ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato* cit., p. 801.

¹⁹⁰ La dottrina tedesca scinde invece l'obbligo di rinegoziare in più sottocategorie. Nello specifico si potrebbe rintracciare il semplice obbligo di dare inizio alla fase delle trattative, di condurre correttamente le stesse o di elaborare delle concrete proposte di adattamento del contenuto contrattuale. Nella prima categoria rientrerebbero gli obblighi relativi alla disciplina della procedura di adattamento tra cui, in particolare, i limiti temporali alla rinegoziazione ed altri aspetti formali quali l'ora e il luogo in cui dovrà essere svolta la trattativa; nella seconda sarebbe da inserire il divieto di condurre comportamenti scorretti connotati da violenza o dolo; la terza ed ultima categoria dovrebbe invece raggruppare gli obblighi relativi al rilascio della proposta di adattamento nonché della sua motivazione: essa dovrà essere presa in considerazione dalla controparte, la quale non può ritardare ovvero impedire la conclusione dell'accordo in maniera sleale. (V. M. Cesaro, *Clausola di rinegoziazione* cit., p. 133).

¹⁹¹ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 343.

adempito l'obbligo di rinegoziare soltanto se tutte quante le obbligazioni di cui esso è composto vengano in concreto adempiute. Attività certo non semplice è quella che consiste nell'isolare i singoli contenuti dell'obbligazione, posto che essa può caratterizzarsi in tanti modi quante sono le contingenze del caso concreto¹⁹².

Si sottolinea tuttavia come l'adempimento non può in alcun modo essere rappresentato dal compimento di un semplice atto di impulso della trattativa: esso comporterà in ogni caso l'obbligo di instaurare e condurre correttamente la trattativa intrapresa conformemente al canone di buona fede. Se l'obbligo di dare impulso alla trattativa può ben essere vincolante per una soltanto delle parti, l'obbligo di proseguirla graverà su tutti quanti i contraenti i quali saranno tenuti a trattare in buona fede ed a condurre a termine la contrattazione giungendo ad un risultato che non necessariamente dovrà essere rappresentato dall'accordo per la prosecuzione del rapporto tutte le volte in cui lo scioglimento risulti per entrambe le parti più conveniente.

Allo stesso tempo la facoltà di denuncia dell'accadimento dell'evento presupposto sostanziale della trattativa è prevista in favore di una delle parti la quale dovrà esercitare il diritto correttamente, in maniera tale da consentire all'altra parte di verificare l'esistenza dei presupposti e delle circostanze rilevanti in base alla richiesta di rinegoziazione tra le quali assume fondamentale importanza la verifica dell'effettiva sussistenza dell'interesse del preponente alla modifica del contratto¹⁹³.

Il rifiuto immotivato di contrattare opposto da una delle parti costituirà senz'altro inadempimento: chi riceve la proposta dovrà reagire dichiarando le

¹⁹² La stessa obbligazione di rinegoziare è stata anche assimilata a quella categoria delle c.d. *obbligazioni di scopo* delle quali si sottolinea la prospettiva teleologica implicando così una certa elasticità di contenuto e, con essa, una difficile classificazione della prestazione secondo la tradizionale partizione secondo le obbligazioni di dare, fare o non fare (F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 345).

¹⁹³ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 348.

proprie intenzioni con una risposta tempestiva e, soprattutto, congrua da un punto di vista contenutistico, ciò implicando l'obbligo per l'oblato di esaminare la proposta pervenutagli e, conseguentemente, motivare in maniera adeguata le eventuali modificazioni al contratto avanzate in forma di controproposta o di rifiuto.

Il mancato raggiungimento dell'accordo modificativo non implica *ex se* inadempimento, essendo tuttavia possibile valutare il comportamento delle parti sul piano della conformità al criterio della buona fede¹⁹⁴.

Si osserva pertanto come sebbene l'atipicità degli obblighi in cui si specifica la regola della buona fede rifletta l'elasticità dell'obbligazione *de quo*, è possibile enucleare almeno delle *tipologie di comportamenti* cui le parti saranno vincolate nella prospettiva di salvaguardare le rispettive posizioni giuridiche: a) l'obbligo di instaurare i contatti con la controparte e proseguirli correttamente; b) l'obbligo di fornire la informazioni rilevanti cui la controparte non ha accesso agevolmente; c) l'obbligo di riservatezza rispetto alle informazioni acquisite durante la negoziazione.

9 Obbligo legale di rinegoziare negli accordi *ex art. 182-bis l. fall.*¹⁹⁵

¹⁹⁴ Si tornerà più ampiamente sul tema dell'inadempimento al capitolo 4.

¹⁹⁵ La trattazione sull'obbligo di rinegoziare che verrà svolta nel corso di tale paragrafo si rende necessaria dal momento che le problematiche relative alla rinegoziazione con fonte legale appaiono duplici: non è infatti sufficiente analizzare i risvolti procedurali dell'intervenuta modifica dell'accordo di ristrutturazione, ponendosi problemi sulla configurabilità stessa di un siffatto obbligo, che, come visto, implicano ragionamenti sulla teoria generale del contratto e sul ruolo da assegnare alle clausole generali (in particolar modo alla buona fede). Lo stesso invece non accade con riferimento alle altre due forme di rinegoziazione, quali sono l'adempimento dell'obbligo derivante da espressa clausola contrattuale (la cui ammissibilità nell'ordinamento è, come già detto, pacifica) e dalla spontanea attività delle parti successiva alla stipula, le quali origineranno dalla sola volontà privata e per le quali si renderà sufficiente la trattazione delle implicazioni sul procedimento contemplato nella legge fallimentare (per tale trattazione si rimanda ai Par. 10 ss.). Si tratterà, in altre parole, di osservare la problematica da due differenti prospettive: se, da un lato, si tratterà di vedere quali siano le dinamiche "civilistiche" che derivano dal calare la disciplina sulla rinegoziazione all'interno dell'accordo-negozio, dall'altro sarà necessario

Si è già avuto modo di evidenziare come gli accordi di ristrutturazione siano inevitabilmente improntati a regolare un rapporto di durata: debitore e creditore, convenendo sull'attuabilità di un piano di risanamento si accordano sul rivedere le reciproche posizioni contrattuali ponendo in essere un atto di autonomia privata che, conformemente alle prospettive di risanamento dell'impresa¹⁹⁶, possa condurre alla solvibilità del debito pregresso scampando alle maglie di una procedura fallimentare.

Le due parti riporranno dunque nell'accordo delle aspettative diverse e, se vogliamo, complementari: se per il debitore l'accordo rappresenta lo strumento per estinguere il debito e scongiurare il fallimento, per il creditore esso può costituire l'unico modo per ottenere quanto a lui dovuto. Si realizza quindi una cooperazione tra le parti per il raggiungimento di un risultato individuale che può essere conseguito soltanto attraverso il perseguimento di un obiettivo comune, rappresentato dal superamento della crisi aziendale.

Sembrano men che mai attuali, in tale ottica, le osservazioni fatte da quella dottrina¹⁹⁷ che considera tutti i contratti di durata, sebbene formalmente classificabili all'interno della categoria dei contratti di scambio, inevitabilmente connotati da una componente di associazionismo, insita nella necessità delle parti di cooperare al fine di attuare il contratto¹⁹⁸.

La volontà delle parti di addivenire ad un risultato comune è del resto insita nella stessa vicenda che conduce alla stipula dell'accordo di ristrutturazione, il quale già *ex se* rappresenta una rinegoziazione dei rapporti obbligatori

capire quale sia il perimetro all'interno del quale possono essere compiuti atti non pianificati conservando la protezione accordata dall'ordinamento e quando, invece, si rende necessaria una nuova omologazione.

¹⁹⁶Sulla possibilità di rinegoziare un accordo con finalità prettamente liquidatorie (sicuramente configurabile, v. *supra* Cap. 1, Par. 3) si tornerà più avanti.

¹⁹⁷ Già richiamata *supra*, v. par. 3.1.

¹⁹⁸ P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi* cit..

preesistenti che vengono “*ristrutturati*” a seguito del sopravvenire di uno stato di dissesto economico.

9.1 (segue) L’ “operazione economica” e la causa negli accordi

La dottrina si è del resto dimostrata sensibile all’argomento della finalità prospettica cui sono votati gli accordi ogni qualvolta si è trovata ad esaminarne le peculiarità, così come dimostrano in maniera emblematica gli esiti cui è giunta nello studio sulla struttura degli accordi¹⁹⁹.

Tanto che si abbracci la teoria che riconduce i negozi all’interno di un unico contratto plurilaterale, ovvero si propenda per la visione atomistica di essi quale fascio di contratti, inevitabilmente si inserisce l’operazione negoziale all’interno di una dinamica che si proietta nel tempo.

Secondo la prima teoria l’intento di evitare la dichiarazione di fallimento assurgerebbe a causa unitaria la quale, assorbendo la causa tipica di ciascun accordo, attribuirebbe all’operazione negoziale una propria individualità rintracciabile nella comune intenzione dei contraenti di superare lo stato di crisi: il contratto, dunque, presuppone realizzato il proprio scopo soltanto nell’eventualità in cui si veda raggiunto un obiettivo proiettato nel futuro.

Si giunge ad un risultato analogo anche partendo dal diverso presupposto della sussistenza di più negozi separati, così come si può constatare dalle riflessioni che sin dal vigore della precedente legge fallimentare sono state condotte in materia di concordati stragiudiziali.

E’ a tal proposito emblematica la riflessione, dalla quale muove la dottrina odierna, contenuta in una lontana pronuncia della Suprema Corte la quale, in materia di concordati stragiudiziali affermava come la rimozione del dissesto dell’imprenditore si esaurisce in un complesso di accordi singoli, nei quali la

¹⁹⁹ Si è già avuto modo di introdurre la problematica in questione al cap. 2, par. 6, 7, 7.1 ed essa tornerà utile *infra* nel momento in cui si tratterà di esaminare quali sono i riflessi che la rinegoziazione di un accordo ha sul permanere in vita di quelli paralleli.

prospettiva e l'interesse di evitare il fallimento del debitore operano come motivo che entra nel contenuto di ciascun negozio sotto il profilo della presupposizione²⁰⁰.

Rintracciare la prospettiva di evitare il fallimento nella presupposizione rappresenterebbe l'elemento unificante funzionale a considerare i molteplici contratti funzionalmente collegati tra loro, in quanto volontariamente coordinati per il conseguimento di un medesimo scopo economico²⁰¹.

Il medesimo risultato, che si pone sicuramente in continuità con la decisione menzionata, viene oggi perseguito facendo ricorso al principio della causa del contratto. Adottando un concetto di causa quale funzione economico-individuale del negozio, o scopo pratico del medesimo²⁰², si può giungere ad assegnare alla complessiva operazione una causa propria rappresentata dall'interesse concreto di sottrazione dell'impresa dal fallimento, con specifica ed autonoma rilevanza rispetto a quella parziale dei singoli contratti. Si assiste alla sussistenza di una "doppia causa"; la causa propria di ciascun tipo contrattuale è inidonea di per sé a giustificare la complessiva operazione economica, la quale trova invece una propria rilevanza soltanto all'interno di una "causa esterna", costituente la ragione giustificatrice complessiva: senza tale assetto complessivo realizzato con il collegamento, le parti non si sarebbero determinate alla stipula di alcun negozio. Tra di essi si instaura una relazione tale da renderli interdipendenti così che non sia possibile un esame che prescindendo dalla loro considerazione quali parti di una

²⁰⁰ Cass., 16 marzo 1979, n.1562, in *Giust. Civ.*, 1979, I, p. 951.

²⁰¹ I. L. Nocera, *Analisi civilistica* cit., p. 137.

²⁰² Secondo un indirizzo ormai costante della Suprema Corte la causa è "la funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si svolga al fine di cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale" (Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 1718 con nota di F. Rolfi).

complessa operazione. I contraenti vorranno una specifica modifica dell'assetto di interessi precedente ma, diversamente da quanto avviene con un contratto isolato, potranno realizzare il loro scopo in conseguenza di eventi che non dipenderanno esclusivamente dalla loro volontà²⁰³.

Si compirà in altre parole un'operazione "ciclica" attraverso la quale la "seconda causa", da elemento esterno al singolo contratto, giungerà ad informare di sé anche la singola espressione negoziale, implicitamente finalizzata al superamento della situazione di crisi economica: è dunque difficile marcare il confine tra l'interesse individuale e collettivo, tanto quanto risulta problematico individuare lo specifico "tipo" contrattuale posto in essere dalle parti che, pur rivestendo la forma di un contratto di scambio, ben potrebbe contenere in sé i tratti di un contratto associativo.

Potrebbe infatti essere non peregrina quella analisi che ravvisa in tale complessiva operazione alcuni elementi del contratto di associazione in partecipazione, nel senso di vedere una cooperazione tra l'impresa ed i creditori i quali, in maniera non dissimile da quanto avviene nei contratti di *project financing*, possono anche entrare attivamente nella gestione dell'impresa²⁰⁴ e ricavare benefici dalla ripresa dell'attività economica, tanto da un punto di vista di recupero del credito, quanto in un'ottica prospettica di continuazione della relazione contrattuale.

E' dunque a tal proposito assolutamente funzionale quella riflessione che vede nello schema formale classico del contratto un elemento non più adeguato a soddisfare le esigenze degli operatori economici in quanto "insufficiente ad esprimere il multiforme atteggiarsi degli interessi in gioco e la variabilità delle soluzioni attraverso le quali gli stessi possono comporsi" e ravvisa nel concetto di "operazione economica" lo strumento utile a

²⁰³ I. L. Nocera, *Analisi civilistica* cit., p. 142.

²⁰⁴ Sul possibile contenuto degli accordi e sulla possibilità di controllo dei creditori sull'attività economica si è dato conto *supra*, Cap. 1, Par. 3.

consentire una lettura delle operazioni negoziali coerente con la loro effettiva finalità²⁰⁵.

Con la nozione di operazione economica si identifica infatti una “*sequenza unitaria e composita*” che, oltre al regolamento contrattuale in senso stretto, comprende in sé anche i comportamenti ad esso collegati - funzionali al perseguimento dei risultati voluti - e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole si colloca, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata. In definitiva l'operazione economica, per la duttilità che le è propria, “*postula una maggiore elasticità nella definizione degli elementi di cui si compone, proprio perché alcuni di essi non necessitano [...] di essere fin dall'inizio pienamente determinati nei punti essenziali*”²⁰⁶.

Quanto precede sarebbe tanto più vero con riferimento all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti rispetto al quale il legislatore sembra aver definitivamente abbandonato lo schema del singolo contratto per inserire i negozi all'interno di un'unica operazione economica: in sede di disciplina concreta di tali accordi dovrà aversi riguardo non già ai singoli segmenti di cui sono composti, ma all'operazione unitariamente e globalmente considerata²⁰⁷.

9.2 La buona fede e l'obbligo di rinegoziare degli accordi

La configurabilità di un obbligo di rinegoziare gli accordi deve dunque indagarsi all'interno di tale contesto, nel quale il creditore non aderisce ad un

²⁰⁵ Osserva E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, IV, 1997, p. 719 come “*L'autonomia privata nel moderno diritto dei contratti conquista nuovi territori, amplia i propri orizzonti, e moltiplica gli schemi contrattuali. Il contratto atipico, che all'alba della codificazione del 1942, rappresentava un'eccezione è oggi la regola e gli strumenti di cui si serve diventano sempre più complessi, poiché sempre più complesse e articolate sono le forme di organizzazione degli interessi*”.

²⁰⁶ E. Gabrielli, *op. loc. ult. cit.*.

²⁰⁷ E. Gabrielli, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2005, p. 741.

assetto di interessi che può essere atomisticamente considerato, ma si dichiara favorevole ad un progetto più ampio, in funzione del quale la sottoscrizione dell'accordo iniziale rappresenta già un'adesione alla complessiva operazione di ristrutturazione dell'impresa. Qualora intervengano delle sopravvenienze tali da non consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale alle condizioni originariamente pattuite apparirebbe difficilmente giustificabile l'atteggiamento del contraente che si sottragga immotivatamente alla trattativa per la revisione dell'accordo, soprattutto qualora il debitore proponga una soluzione idonea al risanamento che non ponga i creditori in una posizione deteriore rispetto alla prospettiva dell'apertura della procedura fallimentare.

Il creditore con la sottoscrizione dell'accordo e l'adesione al piano ha già espresso il proprio consenso alla ristrutturazione del credito, ed un rifiuto immotivato di trattare si rivelerebbe, oltre che irrazionale, anche contrario al generale divieto di *venire contra factum proprium*²⁰⁸.

Discenderebbe per contro dagli artt. 1175 e 1375 c.c. un obbligo di trattare al fine di trovare un nuovo equilibrio tra i contrapposti interessi: l'obbligo di rinegoziare, infatti, lungi dall'essere una compressione dell'autonomia privata rappresenterebbe un imprescindibile strumento utile a consentire una piena realizzazione di una volontà già espressa e vincolante²⁰⁹.

La clausola generale di buona fede consente, in altre parole, di avviare le parti “*verso l'itinerario che, se informate, avrebbero trovato normale e naturale*”²¹⁰: un'assoluta conferma di tale conclusione potrebbe trarsi dallo studio della casistica edita in tema di revisione degli accordi nella quale, emblematicamente, la problematica di un rifiuto da parte dei creditori non si è

²⁰⁸ F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 1001.

²⁰⁹ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 322.

²¹⁰ R. Sacco, in R. Sacco e G. De Nova (a cura di), *Il contratto* cit., p. 72.

posta, essendo invece la rinegoziazione intervenuta di comune accordo tra le parti.²¹¹

Non può tuttavia del tutto escludersi la possibilità di un rifiuto a contrattare il quale si dimostrerebbe contrario al dovere di comportamento secondo buona fede e, in ultima analisi, contrario al generale divieto di abuso del diritto che trae origine dal dovere di solidarietà costituzionalmente protetto.

9.3 La discussione in dottrina sul rapporto tra clausole generali e principi costituzionali

Qualora si aderisse alle osservazioni di quella dottrina che ravvisa la sussistenza di un obbligo legale di rinegoziare nei contratti a lungo termine si avrebbe gioco facile, alla luce dell'analisi compiuta, nel ricondurre anche la figura degli accordi di ristrutturazione all'interno di tale categoria e ad applicare alla fattispecie esaminata i meccanismi rinegoziativi esposti²¹².

Emblematiche a tal riguardo sono le conclusioni di quell'illustre Autore, tra i padri italiani della teoria dell'obbligo legale rinegoziativo, che di fronte all'analisi dell'istituto *ex art. 182 l. fall.* non ha esitato ad estendervi le conclusioni raggiunte per la generale categoria dei contratti a lungo termine²¹³.

Devesi tuttavia evidenziare come le conclusioni raggiunte non sono andate esenti da critiche.

Per poter prendere posizione in merito a tale dibattito è quindi necessario estendere l'indagine ad un livello più profondo, esaminando la bontà di quella corrente di pensiero, genitrice della teorica sulla rinegoziazione, che origina da una particolare interpretazione delle clausole generali.

²¹¹ Il riferimento è ai casi Gabetti e Sangemini le cui dinamiche sono già state esposte all'interno del paragrafo 2.1.

²¹² Oltre all'analisi della fonte negoziale delle obbligazioni nascenti dall'accordo il riferimento è alla descrizione del contenuto dell'obbligo di rinegoziare.

²¹³ Si fa riferimento a F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 1001.

Il principio di buona fede può infatti considerarsi fonte di un obbligo positivo a trattare soltanto qualora si aderisce a quella teoria, diffusa ma non incontestata, che connette le clausole generali ai principi costituzionali ritenendoli direttamente applicabili nei rapporti di diritto privato.

Una prima posizione in tal senso veniva espressa da un'autorevolissima dottrina la quale osservava come la "*mutilazione dell'art. 1175 cod. civ., operata dal frettoloso legislatore del 1942*" dovesse essere recuperata "*coordinando l'art. 1175 cod. civ. con l'art. 2 Cost*"²¹⁴.

Il medesimo approccio veniva poi ripreso e sviluppato in una prospettiva innovativa da un altro Autore secondo il quale "*l'art. 1175 non deve essere considerato come un isolato termine di riferimento, ma, al pari dell'art. 1375 [...] espressione del principio di solidarietà che caratterizza ormai il nostro sistema*"; i criteri di correttezza e buona fede, come espressi dagli artt. 1175 e 1375, avrebbero infatti una comune area di incidenza rappresentata dalla materia delle obbligazioni e dei contratti, nella quale si presenterebbero nella veste di specificazioni del principio di solidarietà"; ciò spiega il perché, secondo l'A., "*l'interpretazione restrittiva dell'art. 1375 perde definitivamente ogni significato*"²¹⁵

E' stata proprio di tali posizioni la responsabilità di aver aperto una "*breccia*" nella disciplina delle obbligazioni e dei contratti attraverso la quale si è poi giunti a flessibilizzare il principio della "*forza di legge del contratto*", giungendo a risultati che, probabilmente, sono lontani dagli originari

²¹⁴ Norma che, attraverso il criterio della buona fede, impone al debitore e al creditore l'osservanza vicendevole degli obblighi di correttezza (G. Iudica, *Fair dealing e contratto di appalto*, in G. Iudica (a cura di), *Sette questioni in tema di appalto*, Milano, 2016, p. 18, il quale a sua volta richiama L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Castronovo, Albanese, Nicolussi (a cura di) *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, p. 262).

²¹⁵ G. Iudica, *Fair dealing e contratto di appalto* cit., p. 18 con richiamo a S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. 2004, p. 140 e 150.

intendimenti del legislatore²¹⁶, in ossequio ai quali si è invece inizialmente esclusa la possibilità per le parti di mettere in discussione l'assetto di interessi già "cristallizzato", essendo, secondo taluno, lo svolgimento delle trattative per la stipula di un contratto e la rinegoziazione parimenti riconducibili ad esplicazioni dell'autonomia privata: appartenendo le due specie concettuali al medesimo *genus*, risulterebbe innegabile *"il contrasto che corre tra il rinegoziare e quell'obbligo determinato, non già dal libero esercizio del potere dei privati (come accade, ad esempio, per l'obbligo dedotto in una clausola di rinegoziazione), ma da una fonte esterna"*²¹⁷.

Il *"peccato originale"* che avrebbe dato vita alle prassi snaturanti gli equilibri originari del codice civile viene rintracciato nell'errata interpretazione delle norme costituzionali le quali, essendo *"norme senza fattispecie"*, dovrebbero essere identificate nient'altro che con i principi generali e quindi necessitare nella loro applicazione la mediazione della legge. I valori sociali ed i principi morali se non qualificati in fattispecie legali, sussunti in categorie formali, o cristallizzati in consolidate e distinte tradizioni, non avrebbero un contenuto univoco e certo, presentando una portata non definibile a priori²¹⁸.

Il rischio ultimo è quello di incrinare il fondamentale valore di certezza del diritto in nome di un connubio tra clausole generali e principi costituzionali

²¹⁶ Il significato originario della formula era volto del resto ad *"esaltare, da un lato, la libertà dell'individuo, attribuendole la forza di creare diritto, dall'altro la sua responsabilità, vincolandolo agli impegni assunti nell'esercizio della libertà"* (F. Gambino, *Problemi del rinegoziare* cit., p. 79, il quale menziona il passo di F. Santoro Passarelli, *Libertà e autonomia nel diritto civile*, Padova, 1977, p. 94).

²¹⁷ In sostanza l'autonomia privata viene collocata in una posizione esterna rispetto agli interessi dedotti nel contratto che, considerato non modificabile, non può subire erosioni nel corso della sua fase attuativa (F. Gambino, *Problemi del rinegoziare* cit., p. 62 ss. il quale a sua volta richiama E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953).

²¹⁸ Il rapporto tra norme costituzionali e norma ordinaria *"dovrebbe passare attraverso l'approntamento della fattispecie ad opera di quest'ultima, affinché in una Drittwirkung ordinata, non sia il giudice a diventare signore del fatto al quale riferire l'effetto giuridico previsto dalla norma"* (C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 29).

che, sebbene mosso dal nobile intento di contribuire ad un'evoluzione del sistema giuridico nella direzione di nuovi ideali di giustizia, rischia di annegare in un'opinabile visione di "giustizia contrattuale" la quale, in ultima analisi, non sarebbe altro che un'individuale ed insindacabile proiezione dei convincimenti soggettivi del giudicante: in tal modo quest'ultimo "*cambia veste e ruolo, scende dal suo alto scranno e si getta nel running the business*" giungendo sinanco a riscrivere di proprio pugno il contratto²¹⁹.

9.4 Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di obbligo di rinegoziare: la "*crisi della fattispecie*"

Le decisioni dell'organo giudicante che hanno mostrato di aderire alla teoria della rinegoziazione si pongono all'interno di quella corrente giurisprudenziale la quale, attraverso la menzionata valorizzazione della clausola generale di buona fede, si è dimostrata particolarmente attenta a garantire comportamenti corretti e costituzionalmente ispirati durante la fase dell'esecuzione del contratto²²⁰. Secondo una storica sentenza della Suprema

²¹⁹ G. Iudica, *Fair dealing e contratto d'appalto* cit., p. 24.

²²⁰F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 1001. Tra le decisioni in tal senso più significative, dalle quali traspare un'interpretazione della buona fede quale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna parte di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra si menziona:

- il c.d. caso "Fiuggi" (Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. It.*, 1995, I, p. 852). In tale circostanza un'impresa affittuaria di un'azienda era tenuta a versare al concedente un canone di affitto rapportato al prezzo di vendita del prodotto praticato dall'impresa al distributore. L'impresa aveva tenuto fermo nel tempo tale prezzo, mentre il distributore, società facente capo all'impresa stessa, aveva più volte aumentato il prezzo al pubblico con enormi guadagni. Era stata ritenuta evidente l'esecuzione contraria a buona fede del contratto, che comportava il blocco del canone, ma non dei guadagni, sia pure indiretti, dell'affittuario. Il contratto era dunque risolubile per inadempimento e il danno derivante al concedente dal mancato aumento del prezzo al distributore, e quindi del canone, andava risarcito;

- la sentenza Cass. 24 settembre 1999, n. 10511 (in *Giust. Civ.*, 1999, p. 2929) nella quale viene sostenuta la tesi della riducibilità *ex officio* della penale pattiziamente prevista facendo leva sul principio di solidarietà e sull'obbligo di buona fede e correttezza;

Corte il dovere di correttezza si pone nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva (attiva o passiva) contrattualmente attribuita contribuendo *“alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l’ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l’interpretazione (art. 1366 c.c.) e l’esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l’interesse dell’altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio”*²²¹.

Il passo che corre tra l’adesione della giurisprudenza a tale interpretazione delle clausole generali e l’applicazione nel caso concreto dell’obbligo di rinegoziare è piuttosto breve. La buona fede introduce nel regolamento contrattuale doveri e regole di condotta che le parti avevano omesso di prevedere, ma che è necessario adempiere o rispettare per consentire la piena attuazione dell’accordo, atteggiandosi quale strumento di valutazione della condotta dei contraenti tutte le volte in cui questa non trovi una puntuale disciplina in contratto. In considerazione delle peculiarità dei contratti di lunga durata, anche in forza di una sorta di impegno reciproco delle parti (che si specifica in ragione della natura dell’affare) per una trattativa mirata all’adeguamento e alla conservazione del rapporto, la buona fede viene vista quale fonte di un diritto-dovere di rinegoziare, traducendosi in obbligo per i contraenti di cooperare, nel senso di rendersi disponibili alla modificazione del

- la sentenza Cass. 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. It.*, 2011, 794, con nota di P. Rescigno, in cui è stato ritenuto sleale ed abusivo il comportamento di un locatore che, pur avendo la possibilità di compensare il proprio debito con il maggior credito vantato dal conduttore, ha comunque invocato la risoluzione del contratto per morosità.

²²¹ Cit. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775.

contratto, allorché la parte interessata a mantenere in essere un contratto ragionevolmente aderente alla concreta realtà del mercato inviti l'altra a rinegoziare.

E' essenzialmente questo il percorso argomentativo fatto proprio dal collegio arbitrale presieduto dal Prof. Alpa nell'emanazione di un lodo che rappresenta una delle primissime pronunce favorevoli alla sussistenza di un obbligo legale rinegoziativo nei contratti di durata²²².

Oltre a tale pronuncia si possono rinvenire altri due precedenti giurisprudenziali conformi alla medesima posizione teorica. Si tratta di due sentenze di merito emesse dal tribunale di Bari che nelle motivazioni aderiscono agli orientamenti dottrinali favorevoli alla configurabilità di un obbligo di rinegoziare fondato sul principio della buona fede esecutiva.

Nell'un caso l'esigenza di rinegoziare derivava dalla modifica della normativa regionale intercorsa durante l'esecuzione del contratto²²³, mentre

²²² Ci si riferisce al lodo emanato dal collegio arbitrale composto dal prof. Alpa (in qualità di presidente), dal prof. Sbisà e dal prof. Nanni, in data 19 luglio 2004, commentato da P. G. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in Contr. Impr., 2, 2005, p. 539 ss.. La controversia in questione trae origine dalla compravendita di un pacchetto azionario, che prevedeva la corresponsione del prezzo in due parti: (a) la prima (in misura fissa) da pagarsi all'atto della girata delle azioni; (b) la seconda (in misura variabile) da pagarsi secondo uno schema disciplinato dal regolamento contrattuale. Nella specie veniva prevista: (i) per il caso di quotazione (entro un certo termine) della società le cui azioni formavano oggetto d'acquisto, la corresponsione di un ulteriore prezzo proporzionale al prezzo di collocamento, da calcolarsi secondo scaglioni predeterminati (con previsione di un corrispettivo massimo e di un corrispettivo minimo dovuto); (ii) per il caso di mancata quotazione della società (per qualsiasi motivo), la corresponsione di un ulteriore prezzo, in questo caso in misura fissa. Non essendo stata quotata la società nel termine previsto dal contratto, la parte venditrice richiedeva all'acquirente il pagamento della seconda *tranche* di corrispettivo in misura fissa; per contro l'acquirente, eccependo la notevole diminuzione di valore del bene ceduto, si rifiutava di pagare alcunché. Atteso l'altrui rifiuto di adempiere, la parte venditrice attivava procedura arbitrale rituale di diritto, per ottenere la condanna della società acquirente al pagamento del corrispettivo residuo; dal canto suo, l'acquirente, si opponeva alle richieste avversarie, tra l'altro, eccependo la eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, altresì chiedendo al Collegio, in subordine (per effetto di un tentativo dell'acquirente di «rinegoziare» il contenuto del contratto), di modificare equamente le condizioni del contratto.

²²³ Più nello specifico la società che ricorre in via cautelare e urgente ex art. 700 c.p.c. ha stipulato con una banca un mutuo fondiario sulla base di una sovvenzione finanziaria della Regione Puglia. Il contratto prevedeva un periodo di ventiquattro mesi, al termine del quale la banca avrebbe erogato il saldo e sarebbe iniziato a decorrere il piano di ammortamento.

nell'altro il mutamento della situazione fattuale sottesa all'accordo originava dal mancato perfezionamento di un contratto previsto in funzione di garanzia con ripercussioni sull'attuabilità della complessiva operazione economica²²⁴.

Ancorché il termine per usufruire dell'investimento fosse stato prorogato con delibera della Giunta regionale, decorsi i ventiquattro mesi, la banca, alla luce di quanto stabilito dal contratto, si è rifiutata di corrispondere la somma del saldo residuo, non utilizzato dalla ricorrente, subordinando il pagamento dello stesso alla condizione che la ricorrente presentasse manleva circa l'eventuale successivo diniego della concessione dell'agevolazione in conto interessi da parte della Regione (non soltanto sulla quota ancora da erogare, ma sull'intero finanziamento). Pur non violando il contratto, la condotta della banca si pone in contrasto con il parere espresso dal Comitato Tecnico Consultivo (organo composto da dirigenti della Regione e rappresentanti dei maggiori istituti di credito) secondo cui le suddette proroghe deliberate dalla Giunta avrebbero consentito il differimento dei termini di ultimazione degli investimenti, sicché sarebbe stato ancora possibile effettuare l'erogazione a saldo in costanza di ammortamento, dopo la prima scadenza. Alla luce del prolungamento del termine entro il quale usufruire dell'investimento e del parere del Comitato Tecnico Consultivo, la ricorrente si è rivolta così all'autorità giudiziaria per ottenere l'erogazione del saldo alle condizioni stabilite dalla normativa regionale vigente e la fissazione di una somma di denaro *ex art. 614-bis c.p.c.* per il ritardo nell'esecuzione. A seguito dell'intervenuto mutamento delle circostanze - nella specie, la modificazione della normativa regolamentare sulla base della quale il contratto di mutuo era stato stipulato - la società ricorrente chiede il diritto alla revisione della clausola contrattuale che limita a ventiquattro mesi il termine per l'integrale utilizzazione del mutuo. Il Tribunale concede la misura cautelare e, ponendo in atto l'esecuzione coattiva dell'obbligo di adeguamento del contratto, ordina di eseguire - la prestazione cui la parte sarebbe tenuta in forza della rinegoziazione. (T. Bari, ord. 14 giugno 2011, in *I contratti*, 7, 2012, p. 571 ss. con nota di F. P. Patti).

²²⁴ Più nel dettaglio, una s.r.l. acquista da due fratelli la totalità delle azioni di una s.p.a. In base agli accordi delle parti, l'ultima parte del prezzo doveva essere corrisposta entro un dato termine a una banca mediante bonifico e rimanere vincolata a titolo di «*parziale garanzia dell'obbligo di garanzia della parte alienante delle sopravvenienze passive*» della s.p.a. indicate nel contratto. All'uopo si stabilisce che i venditori hanno l'obbligo di costituire in deposito la suddetta somma, conferendo alla banca mandato irrevocabile, ai sensi dell'art. 1723, comma 2o, cod. civ., anche nell'interesse della s.p.a. Il mandato, che attribuisce alla banca il potere di amministrare il denaro e provvedere ad eventuali pagamenti nei confronti dell'acquirente, in caso di specifiche sopravvenienze passive della s.p.a., costituisce oggetto di un precedente accordo tra le parti e la stessa banca ed è allegato al contratto di compravendita delle azioni. Per garantire l'adempimento dell'obbligo di pagamento del saldo, i contraenti concordano circa la conclusione di un ulteriore contratto, con il quale la parte acquirente conferisce ad un notaio l'incarico di prendere in consegna tre assegni, per un valore complessivo pari alla parte del prezzo delle azioni da corrispondere mediante bonifico bancario, e di restituirli alla s.r.l. acquirente se, entro il termine previsto per effettuare il pagamento, questa abbia esibito copia del bonifico in favore dei due fratelli venditori, oppure di consegnarli a questi ultimi nel caso in cui non sia stato effettuato il predetto bonifico e sia stata dimostrata l'esistenza di un conto corrente cointestato ai due fratelli presso la banca mandataria. La banca non accetta il suddetto mandato irrevocabile - che, secondo le pattuizioni delle parti, avrebbe dovuto dar vita al descritto meccanismo di garanzia - e sopravvengono delle passività. Non avendo ancora provveduto al pagamento del saldo, al

In entrambi i casi si è comunque assistito ad un intervento del giudice che, giungendo alla modifica del regolamento contrattuale, ha di fatto raggiunto attraverso la clausola della buona fede un risultato che in una prospettiva puramente dogmatica sarebbe difficilmente sostenibile²²⁵ e sul quale non a caso venivano a suo tempo espresse perplessità²²⁶ da parte di quella dottrina più vicina allo spirito originario del codice civile.

Sembrerebbe dunque che la risposta in merito alla possibilità di abbracciare o meno la teoria menzionata passi necessariamente attraverso la preventiva adesione ad una delle differenti ricostruzioni del rapporto che dovrebbe sussistere tra potere giudiziario, clausole generali e ruolo della fattispecie.

Sul punto si confrontano due differenti teorie che guardano alla complessiva impalcatura del diritto privato attraverso visuali differenti che le portano a valorizzare esigenze della vita pratica diverse e, per alcuni aspetti, antitetiche. Se da un lato infatti sussiste la necessità per gli operatori economici di fare affidamento su un diritto il quanto più possibile “calcolabile”, inevitabilmente convive con questa aspirazione un’esigenza di flessibilità che consenta di adattare le norme positive a dei valori in costante mutamento e, soprattutto, ad una casistica concreta imprevedibile al momento dell’emanazione della legge. La problematica di fondo può essere rinvenuta in quella situazione in cui versa il legislatore il quale si trova a dover costruire un regolamento per situazioni in divenire nell’impossibilità di avere una piena

fine di evitare che il notaio trasmetta gli assegni ai due fratelli, la s.r.l. acquirente revoca l’incarico conferito al notaio e ricorre ex art. 700 cod. proc. civ. chiedendo, in via principale, la restituzione degli assegni e, in via subordinata, che questi non vengano consegnati ai venditori. il Tribunale, accertata l’esistenza di un collegamento negoziale tra i due mandati (quello conferito alla banca e quello conferito al notaio) e il contratto di compravendita delle azioni, rileva la sussistenza di un obbligo di fonte legale di rinegoziare il contratto, basato sulla clausola generale di buona fede in caso di sopravvenienze che alterino l’equilibrio dell’operazione contrattuale, secondo cui, a fronte del mancato perfezionamento del mandato conferito alla banca, i contraenti, nell’interesse della parte acquirente, avrebbero dovuto convenire una nuova garanzia. (T. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, I, 2013, p. 117 ss. con nota di F. P. Patti).

²²⁵ Così F. P. Patti, *Obbligo di rinegoziare* cit., p. 577.

²²⁶ Come si rilevava in precedenza (v. nota 232).

conoscenza dell'avvenire: è stato evidenziato come il diritto abbia in sé la “*pretesa di dominare l'imprevedibile, di attribuire significato agli eventi futuri*”, pur nella consapevolezza dell'impossibilità di successo²²⁷. Accade dunque che di fronte a questa “*minaccia del divenire*” ci si debba affidare ad un “*calcolo di probabilità*” in base al quale si sceglie di regolamentare soltanto quegli eventi che appaiono più predisposti a ripetersi: ci si trova così a dover tipizzare eventi che sono privi di lineamenti determinati e ciò non può che avvenire ricorrendo allo strumento dell'*astrattezza*²²⁸.

Si spiega così il ricorso alla *fattispecie*, ossia a quel “*precetto ipotetico [...]* *il quale consta di una previsione (condizione) e di una corrispondente disposizione o statuizione*”: attraverso di essa, in altre parole, si prevede un'astratta ipotesi di fatto (il “*caso*”²²⁹) alla quale si ricollega “*un correlativo trattamento giuridico*”²³⁰.

Il concetto di *fattispecie*, assieme alla metodologia applicativa immaginata dagli estensori del Codice, starebbe attraversando un grave momento di “*crisi*”, riconducibile al diffondersi di due fenomeni.

Innanzitutto vi è “*lo spostarsi dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge*”, ossia il ricorso a norme costituzionali, sovraordinate rispetto ai codici, le quali vengono applicate senza la mediazione di leggi ordinarie:

²²⁷ N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, p. 36.

²²⁸ Sono eventi che, per usare le parole dell'Autore, “*non hanno né nome né volto, né tempo né luogo*” (N. Irti, *op. ult. cit.*, p. 37).

²²⁹ “La parola «caso» indica propriamente la duplice natura del fatto concreto: da un lato, l'*oggettiva imprevedibilità* del suo accadere (il quale dipende dal combinarsi e intrecciarsi di serie causali, a noi ignote); dall'altro, l'*oggettiva conformità* dell'accaduto al modello normativo, di cui appunto viene a costituire uno degli innumerevoli esempi. Il fatto, considerato con riguardo all'applicazione di una legge, assume la posizione logica di «caso». La relazione di legge a caso potrebbe anche enunciarsi come relazione di *forma ad evento*, poiché quest'ultimo, lungi dall'esprimere un significato interno, riceve significato dalla legge, la quale, applicandosi ad esso, ne fa un proprio caso. Questo esser «caso» è come prendere una forma, che altrimenti il fatto, in sé considerato, non avrebbe mai avuta” (N. Irti, *op. ult. cit.*, p. 39).

²³⁰ N. Irti, *op. ult. cit.*, p. 38.

essendo “*norme senza fattispecie*” esse non possono in alcun modo soddisfare lo schema sillogistico che vorrebbe il giudice ricondurre la premessa maggiore alla minore per poi ricavarne una conclusione. Si assiste invece al passaggio “*dal diritto ai valori*” i quali riempiono le lacune lasciate dalla normativa positiva e, allo stesso tempo, servono a giustificare l’esistenza stessa delle norme che vengono così private della loro autosufficienza in quanto legittime soltanto se “*giustificate e sorrette da qualcos’altro*”.

E’ proprio su questa linea che si è posto l’intervento di Luigi Mengoni il quale, sotto l’influsso dell’esperienza tedesca che a partire dal XIX secolo ha messo in discussione “*il principio positivista che identifica la norma giuridica col testo legale*”²³¹ si è invece impegnato per ricostruire una teoria di clausole e principi generali tale da determinare, anche in Italia, “*il definitivo scardinamento del paradigma veteropositivista che [...] voleva l’interprete, ed il giudice in particolare, ridotto a semplice bouche de la loi*”^{232 233}.

Mengoni procede ad una reinterpretazione del ruolo delle clausole generali: esse, non direttamente applicabili, rappresentano un tramite che, esprimendo delle “*direttive*” al giudice, assegna a quest’ultimo il compito di ricercare i valori fondanti della società, quindi di tradurli in norme di decisione²³⁴. Se questa è l’interpretazione mengoniana della clausole generali, si osserva come il ruolo del giudice di fronte alle “*norme giuridiche formulate con la tecnica*

²³¹ L. Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 417.

²³² L. Nivarra, *op. ult. cit.*, p. 414.

²³³ Come scrive C. Castronovo, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 28, così come richiamato da L. Nivarra, *op. loc. ult. cit.*, “*l’ordinamento intero ha acquistato una capacità di allungarsi sulla realtà grazie ad una nuova consapevolezza dei giudici, meno alieni di prima dal considerarsi partecipi della costruzione dell’ordinamento, e una teoria giuridica che ha abbandonato i falsi pudori della natura dichiarativa dell’interpretazione*”.

²³⁴ L. Nivarra, *Clausole generali cit.*, p. 419.

della fattispecie” non sia qualitativamente differente; anche in quest’ultimo caso è presente un’attività di intermediazione “attiva” che consiste nel filtrare il testo normativo alla luce dei “*giudizi di valore ricavati dai dati reali del caso da decidere*”: non sarebbe, dunque, “*applicazione in senso proprio, bensì concretizzazione mediante traduzione ad opera del giudice in una norma di decisione*”²³⁵.

L’adesione della giurisprudenza a tale linea di pensiero è quanto si auspicano i sostenitori dell’obbligo legale rinegoziativo, nonché quanto già accaduto in quelle pronunce che già hanno riconosciuto valida tale ricostruzione dottrinale. E’ emblematica a tal riguardo quella particolare ricostruzione che nel lodo Alpa, Sbisà, Nanni viene data al rapporto tra norme positive e principi, necessaria al fine di introdurre tra le maglie della legislazione un obbligo di trattare per la revisione del contratto non è positivizzato. Si rende infatti necessario superare la portata “onnivora” della disciplina sulle sopravvenienze contenuta all’interno dell’art. 1467: ciò viene effettuato attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata della norma che ne giustifichi il superamento e l’applicazione di una disciplina parallela qualora si possa ravvisare la maggiore ragionevolezza della rinegoziazione rispetto alla risoluzione dell’accordo.

Argomentano i giudici²³⁶ come “*l’art. 1467 c.c., per costante orientamento giurisprudenziale e dottrinale, contiene una norma dispositiva, come tale derogabile per volontà delle parti e, ancor prima, da norme imperative di legge [...]. Ebbene tra le norme imperative di legge figurerebbe anche “il*

²³⁵ La differenza tra i due tipi di norme riguarda lo “*schema del rigore e gli strumenti di controllo dell’intersoggettività. Quando la norma è formulata con la tecnica della fattispecie, il giudice dispone in partenza di un patrimonio di dati per la ricerca della decisione, costituito dal testo normativo... Quando applica la clausola generale, il giudice non dispone di un patrimonio di dati offerti dal testo normativo. Le clausole generali non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo; sono destinate a operare negli abiti di altre norme, in funzione di fonti integrative dei rapporti giuridici che in esse si costituiscono*” (L. Nivarra, *op. ult. cit.*, p. 420 – 421).

²³⁶ Si riporta la ricostruzione di P. G. Marasco, *La rinegoziazione cit.*, p. 553.

precetto che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede (artt. 1175, 1375 c.c.)”: pertanto “*se è vero che il principio della correttezza non è semplicemente specchio di un generico sentire sociale, ma somma di valutazioni espresse «nella legge fondamentale dello Stato, come tali sopraordinate ad ogni altra anche dal punto di vista formale», si deve allo stesso modo ritenere che la normativa sulla correttezza (con le regole che ne scaturiscono, ivi compreso il dovere di rinegoziare un contratto sperequato) non possa essere derogata né dalla volontà delle parti né da norme dispositive (rispetto alle quali, nell’ipotesi di «contrasto», è destinata comunque a prevalere)*”.

Una norma positivizzata sarebbe dunque destinata a soccombere per lasciare il posto ad una norma del caso concreto più coerente con i principi costituzionali.

Ciò viene effettuato anche nelle altre pronunce sopra richiamate le quali, pur non esplicitando con tale chiarezza il ragionamento sotteso alla decisione, si spingono comunque oltre la realtà concretizzata dalle parti nell’accordo e la disciplina codicistica sulle sopravvenienze per introdurre un obbligo di rinegoziare “*finalizzato a conferire effettività alla tutela relativa all’esecuzione del contratto*”²³⁷.

Ci si trova gli antipodi rispetto alla visione dogmatica che rintraccia nel “*culto della forma*” l’unica possibile espressione giuridica del mondo secolare ed unica possibile via di “*salvazione*” per il diritto. Non si assiste più ad un raffronto tra fattispecie ed evento, ma si procede a commisurare il fatto ad un dato valore del quale si reclama la (mancata) realizzazione; in maniera simmetrica a tale *modus operandi* dei giudicanti le parti non espongono al giudice eventi sussumibili all’interno di stati di fatto contrari al diritto, ma “*operazioni economiche*” rispetto alle quali si nutrono speranze ed attese di

²³⁷ Cfr. ord. T. Bari, 14 giugno 2011, in *I contratti*, 7/2012, p. 572.

profitto, in attesa di un giudizio di valore del giudice che le possa approvarle o meno²³⁸.

Di questo metodo vengono dunque colte due implicazioni differenti che, come detto in apertura di trattazione, si dimostrano sensibili a differenti istanze. Da un lato si vede nel vincolo del diritto positivo ai valori metalegislativi un movimento naturale che, negli ordinamenti giuridici nati nel secondo dopoguerra, contribuisce alla creazione di un “*diritto giusto*” attraverso il ricorso a principi regolativi dell’attività di formazione delle leggi e ad un’attività giurisprudenziale che possano contribuire allo sviluppo del diritto positivo per la soluzione di nuove problematiche²³⁹.

Dall’altro punto di vista si scorge invece in questo approdo ai valori la fine della certezza del diritto, il quale sarebbe invece rimesso a delle valutazioni che si basano, in ultima analisi, su dei valori “mobili” ed in costante evoluzione. Per contro gioverebbe alla calcolabilità una decisione fondata sulla sussunzione del caso nella fattispecie astratta: la norma, infatti, non si limita a descrivere un fatto generale e futuro, ma collega al suo verificarsi un effetto giuridico che consente all’individuo di calcolare ciò che avverrà. Nel momento in cui pone in essere una condotta si può dunque prevedere quale sarà la conseguenza dell’azione poiché si è consapevoli del fatto che

²³⁸ N. Irti, *La crisi della fattispecie* cit., p. 43. Il diritto, scrive l’autore, *si risolve in norme positive, cioè poste dall’uomo secondo metodi e forme di produzione. Esso ha validità procedurale, non verità di contenuto: non c’è alcun superiore criterio di giudizio, onde le norme ano dirsi, di volta in volta, vere o non vere, legittime o non legittime. Tutto si svolge e consuma nella volontà umana, che trae le norme dal nulla e le risospinge nel nulla. Il diritto è in questo apparire e scomparire di norme, in possibilità di scelta che le situazioni storiche offrono al volere umano. Lo sguardo non può levarsi in alto; i cieli sono ormai vuoti; non c’è istanza di appello contro la volontà umana che non sia un’altra umana volontà. Le norme giuridiche discendono dalla nostra volontà, e - oggi ripeteremo con Schelling - “in quanto tutto ciò che è derivato ha una realtà semplicemente dipendente e, in questo senso, dubbia, si può dire allora che esse possiedono in se stesse un’esistenza dubbia, o che la loro natura è di oscillare tra l’essere e il non essere”*. (N. Irti, *Un incompiuto dialogo con Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, I, 2012, p. 197 – 198).

²³⁹ L. Nivarra, *Clausole generali* cit., p. 430.

“decisione e applicazione della legge (nel suo proprio congegno di fattispecie ed effetto) coincidono appieno”. Per dirla con le stesse parole dell’Autore, *“la decisione è basata sul giudizio applicativo, onde la qualifica predisposta dalla legge viene assegnata ad un fatto concreto e determinato. La fattispecie è il necessario strumento di questa logica, poiché essa contiene la figura anticipatoria di ciò che accadrà; e, traendolo indietro nel tempo, lo rende prevedibile e calcolabile”*²⁴⁰. E’ lo stesso Irti a rintracciare una delle massime espressioni dell’imprevedibilità in quei trend giurisprudenziali, tra i quali sembrano inscrivibili anche le pronunce qui esaminate, che attraverso il ricorso al principio della solidarietà si spingono al punto di correggere il rapporto fra le prestazioni economiche contemplate nel contratto²⁴¹.

Sembra invece collocarsi nel solco della dottrina formalista un’altra decisione, precedente rispetto a quelle commentate, che, animata da un intento valorizzatore della certezza del diritto e del ruolo della fattispecie, ha negato la sussistenza dell’obbligo legale di rinegoziare un contratto di durata²⁴².

²⁴⁰ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2015, p. 13.

²⁴¹ N. Irti, *La crisi della fattispecie* cit., p. 42.

²⁴² T. Miano, sent., 9 gennaio 1997, in *Riv. Arb.*, 1999, p. 67ss con nota di F. Criscuolo, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell’arbitro (o giudice) di equità*.

Questa la ricostruzione della vicenda: una società stipula un contratto di cessione di un pacchetto azionario, contenente un patto di riacquisto immediato su richiesta dell’acquirente (avente natura di impegno preliminare unilaterale), ad un prezzo da determinarsi sulla base degli stessi criteri utilizzati per la determinazione del prezzo di vendita. Mutati i valori di riferimento per la determinazione del prezzo di riacquisto, la società, avendo l’acquirente manifestato la propria volontà di realizzare il trasferimento, chiede ad arbitri di rideterminare il prezzo della retrocessione, adeguandolo secondo equità. A seguito del rigetto della domanda la società impugna il lodo. Il Tribunale di Milano, tuttavia, conferma le conclusioni raggiunte dagli arbitri. Secondo la corte ove una delle prestazioni previste da un contratto preliminare divenga, nelle more del definitivo, onerosa al punto da alterare l’originario equilibrio del sinallagma, in difetto dei presupposti e della domanda per la risoluzione nonché di clausole di adeguamento, indicizzazione e rinegoziazione – non è consentito al giudice, sia esso arbitro d’equità, adeguare le prestazioni, contrapponendo un assetto di interessi ispirato all’equità contrattuale, a quello divisato dai contraenti.

Questi due elementi della sentenza sono ben isolati dal commento, dissenziente rispetto alle posizioni raggiunte, il quale auspica invece *“una rivalutazione del nucleo della teoria della fattispecie, alla stregua della quale il contratto, lungi dall’essere un dato intangibile, deve essere assunto come punto di riferimento di una valutazione che l’ordinamento opera anche nella fase dello svolgimento del rapporto e che, alla luce dei principi di correttezza e buona fede, può perfino condurre ad un esito, in termini di disciplina, distante da quello risalente alla volontà dei contraenti”*²⁴³. L’orientamento neopositivista dei giudicanti emerge poi ancora più netto dalle parole di critica che vengono utilizzate per descrivere la scelta di sacrificare la flessibilità regolamentare sull’altare della certezza del diritto²⁴⁴.

Un simile approccio viene poi chiaramente adottato da una seconda pronuncia a quest’ultima coeva nella quale si è ancora statuito come la clausola generale di correttezza non possa essere spinta fino al punto di derogare al principio generale che governa il diritto dei contratti e configurare, a carico di una parte, un obbligo di rinegoziazione dell’assetto contrattuale²⁴⁵.

²⁴³ F. Criscuolo, *Equità e buona fede come fonti di integrazione* cit., p. 75.

²⁴⁴ Commenta l’Autore: *“L’equità, invero, criterio di valutazione intrasistemico, espressione comunque riferibile al sistema giuridico positivo, esige che il giudice, nel formulare il proprio giudizio, ancori la valutazione delle circostanze della specie concreta ai principi fondamentali, in particolare, ovviamente, a quelli costituzionali, ed alle clausole generali. In questa chiave equità non può significare né arbitrio né incertezza del diritto. La garanzia di certezza non è un problema di cui deve farsi carico l’autore del giudizio”* (F. Criscuolo, *Equità e buona fede* cit., p. 75).

²⁴⁵ Tribunale Pescara, 24 gennaio 1997, in *Giustizia Civile*, 1997, I, p. 1093 ss., con nota di Di Marzio. Nel caso di specie, gli attori mutuatari avevano adito l’autorità giudiziaria al fine di ottenere, tra l’altro, la risoluzione ex art. 1467 c.c., nonché la riconduzione ad equità del contratto ex art. 1468 c.c., divenuto eccessivamente oneroso a causa degli eventi straordinari ed imprevedibili del settembre 1992 e del conseguente forte apprezzamento dell’Ecu nel rapporto di cambio con la lira. Inoltre, veniva proposta domanda di risarcimento dei danni per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, non avendo l’istituto erogante offerto soluzioni alternative, idonee a ricondurre i rapporti contrattuali in un ambito di alea normale, quale quella che originariamente li contraddistingueva, e per avere anzi «con comportamento passivo... osservato il deterioramento con geometrica progressione della posizione del mutuatario».

9.5 (segue) L'adozione della teoria sull'obbligo legale di rinegoziare come scelta sistematica

Alla luce dell'analisi riportata nel paragrafo precedente sembra dunque che, in ultima analisi, il giudizio sulla configurabilità di un obbligo legale di rinegoziare si risolva in una scelta di fondo sul ruolo da assegnare alle clausole generali e, più in generale, sulla metodologia di interpretazione ed applicazione delle fattispecie legali e negoziali. A tal proposito si è cercato di tratteggiare le principali caratteristiche delle due teorie, contestualizzandole in un panorama giurisprudenziale che, nel corso degli anni, sembra essersi progressivamente allontanato dalle posizioni austero-dogmatiche che lo rendevano chiuso a soluzioni interpretative meno legate alla forma e più vicine ai valori consacrati nella Carta Costituzionale. Probabilmente non è possibile effettuare una scelta definitiva in un senso o nell'altro essendo ciascuna posizione caratterizzata da punti di forza e contemporaneamente minata da elementi di debolezza.

Sembra del resto che anche gli autori che sostengono le opposte teorie siano consapevoli dell'insolvibilità del dibattito, che pare quasi risolversi in una scelta dogmatica tra due termini di una dialettica inconciliabile.

Sono a tal proposito emblematiche le parole con cui il Professor Irti conclude lo scritto dedicato al dialogo intercorso con Luigi Mengoni: *“il problema va oltre gli interlocutori di ieri e solleva la domanda entro il pensiero di tutte le generazioni. Le quali sono strette nei ceppi di un'alternativa :o - ed uso parola centrale nella pagina di Mengoni - di “ripiegarsi”, cioè di volgersi entro se stesse e di ricavare di qui l'unico fondamento di verità, l'incontestabile verità dell'io; o invece di “dispiegarsi”, che è un aprirsi al di fuori e ricevere dall'alto un lume di azione. E così anche il diritto o si ripiega o si dispiega, o si chiude nella soggettiva energia del*

*volere o si dischiude al conforto dei “criteri superiori” e delle “oggettività ideali”. Non c’è giurista, giovane o non giovane, che possa sottrarsi a questa alternativa, ossia alla perentoria domanda del nostro tempo; non c’è giurista, che, per implicito o per esplicito, non abbia compiuto la scelta. L’ultima pagina di Mengoni è un dolente richiamo alla domanda, una posizione dell’interrogativo prima del silenzio”*²⁴⁶.

Non si potrà abbracciare in questa sede una definitiva presa di posizione che, oltre ad essere assolutamente lontana dalle competenze di chi scrive, per essere quantomeno credibile richiederebbe un esame dimensionalmente sproporzionato per questa trattazione.

9.6 (segue) Futuri possibili sviluppi in un’ottica comparatistica

Osservando come la giurisprudenza recente sembra essersi notevolmente aperta sulla tematica del “diritto giusto”, risulta meno peregrina l’ipotesi di futuri sviluppi che vedano una sempre maggiore diffusione delle menzionate dottrine favorevoli all’obbligo legale di rinegoziare. Si assiste infatti ad una diffusa istanza di decostruzione delle tradizionali categorie civilistiche, travolte da una domanda di giustizia che, non essendo contemplata in categorie giuridiche preesistenti difficilmente potrebbe essere evasa in altro modo: in quest’ottica il ragionamento per principi si presenta una possibile e valida alternativa al ragionamento sillogistico di matrice dogmatica²⁴⁷. Conseguenza è una progressiva “*destrutturazione della gerarchia delle fonti*” (tra fonti formali e fonti non formali) con una sostanziale prevalenza di quelle fonti che, a dispetto del principio di validità, sono in grado di produrre decisioni normative di maggiore impatto; è così che, si rileva, la disciplina dei contratti va oggi ricercata in una pluralità di fonti interne, europee, di *soft law*

²⁴⁶ N. Irti, *Un incompiuto dialogo* cit., p. 201.

²⁴⁷ C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, 2017, Torino, p. 5.

o riconducibili a prassi contrattuali mercatorie che, anche attraverso il fenomeno del c.d. *shopping del diritto*, comportano una contaminazione dell'ordine giuridico interno²⁴⁸. A seguito della rottura dell'equilibrio che voleva il dominio della fonte formale nel modello del codice civile l'ordinamento sarà sempre più permeabile a quelle normative extrastatali che già contemplano il fenomeno della rinegoziazione e che, per il tramite dei "valori" ritenuti applicabili al caso concreto, saranno sempre più influenti nelle decisioni giurisprudenziali.

Nel panorama di *soft law* la più autorevole fonte a contemplare il principio della revisione contrattuale è sicuramente rappresentata dai Principi *Unidroit*, che in ipotesi di mutamento di circostanze influente sull'equilibrio contrattuale originariamente delineato (è il concetto di c.d. *hardship*) attribuiscono alla parte svantaggiata il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto senza ingiustificato ritardo, indicandone i motivi a fondamento; in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole ciascuna parte potrà rivolgersi al giudice per ottenere una risoluzione del contratto ovvero un adattamento ispirato ai criteri di correttezza (art. 6.2.1).

In ambito europeo la tendenza al riequilibrio contrattuale è in un primo momento emersa con il Progetto Gandolfi, il cui testo prevede che se eventi straordinari ed imprevedibili rendono la prestazione del debitore eccessivamente onerosa, quest'ultimo non può considerarsi inadempiente e acquista il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto, mediante una comunicazione alla controparte²⁴⁹ che inibisce per sei mesi l'instaurazione del giudizio per la risoluzione; in caso di fallimento della rinegoziazione, ovvero quando sia trascorso inutilmente il termine, il debitore può adire il giudice secondo la procedura applicabile nel luogo in cui il contratto deve essere

²⁴⁸ C. Camardi, *op. ult. cit.*, p. 13.

²⁴⁹ Che specifichi, a pena di nullità, le condizioni che il debitore propone al fine di conservare il contratto.

adempito: la corte, una volta valutate le circostanze, potrà valutare se modificare o sciogliere il contratto (nella sua interezza o soltanto relativamente alla parte inadempita) (artt. 97 e 157).

Una tendenza simile può essere rintracciata nei Principi Europei di Diritto Contrattuale, elaborati dalla Commissione Lando, in cui viene previsto che, quando l'eccessiva onerosità derivi dal mutamento delle circostanze sopravvenute, le parti sono tenute ad intavolare trattative per la modifica o lo scioglimento del contratto e, in ipotesi di rifiuto o di rottura ingiustificata, viene riconosciuto al giudice il potere di condannare al risarcimento del danno l'autore della condotta scorretta. Ove non venga raggiunto un accordo in un tempo ragionevole il giudice potrà sciogliere il vincolo negoziale o modificare il regolamento contrattuale così da distribuire in maniera equa perdite e vantaggi connessi alle sopravvenienze (art. 6:111 PECL).

Nel Draft Common Frame of Reference, invece (art. III-1:110), pur non essendo previsto uno specifico vincolo a trattare, si limita l'obbligo di adempimento nell'ipotesi in cui un mutamento delle circostanze renda lo squilibrio economico manifestamente ingiusto: in tale occasione è consentito il ricorso al giudice che può, alternativamente, optare per la revisione o la risoluzione del contratto.

Il *favor contractus* e la possibilità di modifica del rapporto trova infine consacrazione nella proposta di regolamento per il diritto comune europeo in materia di vendita (*Common European Sales Law*) ove, a fronte di un'eccessiva onerosità della prestazione dovuta al mutare delle circostanze si prevede che, similmente a ciò che avviene nel *PECL*, le parti debbano “avviare trattative intese a modificare o risolvere il contratto” e, in ipotesi di esito infruttuoso di queste, il giudice possa modificare il contratto così da “renderlo conforme a quanto le parti avrebbero ragionevolmente convenuto al momento della sua conclusione se avessero tenuto conto del mutamento delle circostanze” (art. 89 CESL).

E' a questo punto estremamente interessante notare come ordinamenti vicini al nostro non si siano dimostrati insensibili alle menzionate regole del commercio internazionale. In Germania è nel 2002 intervenuta una riforma del BGB che al nuovo § 313 prevede la possibilità di pretendere un adeguamento del regolamento contrattuale “*qualora le circostanze poste a fondamento del contratto si siano modificate in modo rilevante successivamente alla sua conclusione*”. Perché si possa procedere alla revisione è richiesto che il mutamento delle circostanze sia tale da non poter ragionevolmente imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto con particolare riguardo alla ripartizione legale o contrattuale dei rischi.

Analoga è la previsione che nel rinnovato codice civile olandese, emanato nel 1992, affronta specificamente l'ipotesi di circostanze sopravvenute (artt. 6:258 e 6:260): è infatti concesso al giudice il potere di modificare il contratto ove si verificano circostanze imprevedute di natura tale che la parte contraente in base alla buona fede non possa ragionevolmente aspettarsi che esso sia mantenuto inalterato. Anche il codice civile greco, dopo una riforma ispirata al BGB ed alla teoria francese dell'*imprevision* prevede che le parti possano rivolgersi al giudice per chiedere, in alternativa alla risoluzione del contratto, la modifica dello stesso (art. 388). Un riconoscimento legislativo della teoria in oggetto è infine avvenuto in Francia con la novella apportata nel 2016 all'art. 1195 del *code civil*: è stata ripresa e trapiantata nella sistematica del diritto privato la *théorie de l'imprévision*, inizialmente elaborata dal Consiglio di Stato, così coronando gli sforzi fatti dalla dottrina che già da tempo aveva teorizzato una siffatta soluzione: in ipotesi di sopravvenienze imprevedibili al momento della sottoscrizione del contratto, che rendano l'esecuzione di questo eccessivamente onerosa, si prevede un procedimento articolato in tre fasi: nella prima l'obiettivo è la rinegoziazione consensuale. Nel caso di mutamento di circostanze tali da rendere eccessivamente onerosa la prestazione si

attribuisce alla parte che non aveva accettato il rischio la facoltà di sollecitare l'altra a rinegoziare le condizioni contrattuali, pur continuando ad eseguire la prestazione finchè non si trovi un accordo. Nella seconda, per il caso in cui l'accordo non si raggiunga a causa del rifiuto opposto ovvero del fallimento della negoziazione, i contraenti hanno l'opportunità di scegliere se risolvere consensualmente il contratto alla data e alle condizioni stabilite o chiedere consensualmente al giudice di intervenire per adeguarlo alla nuova situazione. La terza ed ultima fase prende infine avvio in mancanza di accordo sulla richiesta di adeguamento entro un termine ragionevole quando uno dei contraenti ricorre al giudice per ottenere la revisione o la risoluzione del contratto alle condizioni da questi stabilite²⁵⁰.

E' interessante porre l'attenzione su un dato che emerge dall'analisi delle esperienze vissute negli ordinamenti menzionati, rappresentato dal fatto che, prima di una positivizzazione della disciplina, la dottrina e, talvolta, la giurisprudenza, si erano già spinte in direzione del riconoscimento dell'opzione rappresentata dalla revisione del contratto. Se in Germania, infatti, gli studiosi avevano già avuto modo di ricollegare siffatta ricostruzione alla teoria della buona fede, in Olanda non si è fatto altro che recepire un principio già da tempo applicato dalla Suprema Corte alle condizioni contrattuali divenute sperequate mentre in Francia la modifica del *code* del 2016 non fa altro che "importare" in campo privatistico un orientamento nato nel lontano 1916 dalla giurisprudenza del *Conseil d'Etat*. Si ravvisa, in altre parole, quell'attività propulsiva nell'evoluzione del diritto che viene auspicata da parte dottrina esaminata e che potrebbe aiutarci a leggere le pronunce del tribunale di Bari come un primo tentativo di importare l'istituto, il quale, non è ipotesi peregrina, potrebbe anche avere in futuro un più ampio sviluppo.

²⁵⁰ V. Di Gregorio, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, III, 2018, p. 392.

10 La fase esecutiva dell'accordo

La fase esecutiva dell'accordo di ristrutturazione, differentemente da quanto avviene per il concordato preventivo, non trova alcuna disciplina positiva. Si presenta in tale ambito una delle principali differenze tra l'istituto in questione ed i concordati fallimentari, i quali hanno invece una vera struttura "procedurale": si basa su tale assunto la posizione, un tempo prevalente in dottrina, che vedeva negli accordi di ristrutturazione un mero istituto di diritto privato. Una siffatta interpretazione è stata recentemente smentita dalla Suprema Corte, che ha proceduto ad adottare un nuovo e più snello concetto di concorsualità attraverso il quale ha ricondotto gli accordi nella famiglia degli "istituti concorsuali"²⁵¹. Tale soluzione potrebbe essere considerata una valida conferma di quelle posizioni, espresse in dottrina anche anteriormente alla pronuncia citata, che vedrebbero l'applicabilità per via analogica delle disposizioni concordatarie anche agli accordi di ristrutturazione in vista delle notevoli affinità tra i due istituti²⁵².

Non può tuttavia sfuggire all'interprete come la sovrapposibilità dei due istituti sia soltanto parziale ed attenga ad una fase necessariamente anteriore all'omologazione. E' in tal senso piuttosto significativa anche l'analisi della Cassazione che ravvisa le affinità tra le due figure nella comune presenza di *"una domanda cd. prenotativa, a partire dal cui deposito l'imprenditore è soggetto agli stessi presupposti [...] a prescindere che si accinga a depositare una proposta di concordato o un accordo di ristrutturazione dei debiti"*.

Accade in questi casi che *"il legislatore faccia riferimento alla sola procedura "principale" - il concordato preventivo - spesso richiamandone gli elementi costitutivi della proposta e del piano (che peraltro, a ben vedere,*

²⁵¹ V. *amplius* cap. 2, par. 5 e 6.

²⁵² Per tutti vedesi P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione* cit., p. 371.

*rappresentano elementi costitutivi anche del procedimento di formazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti)*²⁵³.

Se quindi, alla luce di tali osservazioni, sembra naturale estendere l'applicazione di norme che attengono alla fase preliminare (come nel caso deciso dalla Suprema Corte è stato fatto con riferimento all'art. 162 l. fall), innegabile è l'ontologica differenza del momento esecutivo dei due istituti, non a caso attenzionati in maniera diversa dal legislatore. Le norme dettate in funzione dell'esecuzione del concordato ruotano attorno alla figura del "*commissario giudiziale*" che, tra le varie funzioni, ha quella di sorvegliare l'adempimento del concordato "*secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione*" (art. 185, comma I, l. fall.).

L'intera vicenda degli accordi di ristrutturazione invece si dispiega, eccezion fatta per la parentesi dell'omologazione, all'interno di un panorama giuridico dominato dalla libertà negoziale e dall'autonomia privata, come emblematicamente dimostra l'assenza di una figura con funzioni di sorveglianza durante la fase di attuazione.

Tutto ciò porterebbe a concludere nel senso della non utilizzabilità di disposizioni relative all'esecuzione del concordato, al posto delle quali dovrà essere osservato il diritto comune delle obbligazioni e dei contratti (per la disciplina della relazione tra il debitore e i suoi creditori nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio), ovvero i principi della responsabilità patrimoniale (a presidio dei riflessi dei singoli rapporti nei confronti dei terzi e del ceto creditorio globalmente inteso)²⁵⁴.

²⁵³ Cfr. Cass. 9087/2018.

²⁵⁴ Si ravvisa un parallelismo con la disciplina del contratto anche per quanto attiene la specifica tecnica di normazione utilizzata dal legislatore. Accade infatti che, così come le norme sull'esecuzione dei contratti sono esplicitate dal legislatore del codice nella disciplina dei singoli contratti (eccezion fatta per la norma contenuta all'interno dell'art. 1375), lo stesso sembra essere avvenuto all'interno della legge fallimentare, ove si ravvisa l'inesistenza di una disciplina generale ed uno specifico intervento sul tema soltanto con

Le conclusioni fatte proprie dall'indirizzo privatistico sopravviverebbero dunque soltanto in occasione di aspetti non esplicitamente disciplinati e strutturalmente incompatibili con la disciplina del concordato, i quali richiedono il supporto della disciplina civilistica.

Queste conclusioni porterebbero in prima analisi a scartare la possibilità di "importare" quelle posizioni dottrinali che, in materia di concordato preventivo, escludono qualsiasi margine di rinegoziabilità nella fase successiva all'omologazione, nella quale l'unico rimedio all'inadempimento dell'obbligazione del debitore sarebbe la risoluzione del concordato (art. 186 l. fall.) e la conseguente apertura della procedura fallimentare^{255 256}.

Anche gli autori favorevoli ad una lettura "sub-concordataria" dell'istituto si sono del resto dimostrati consapevoli della differenza tra i due procedimenti, con ciò concludendo nel senso della modificabilità del contenuto degli accordi²⁵⁷. Potendosi escludere l'applicabilità *tout court* della soluzione elaborata in materia di concordato, non resta che indagare quelli che sono gli

riferimento a particolari figure (nella specie, i concordati). (F. Macario, *Il monitoraggio del piano cit.*, p. 995).

²⁵⁵ Emblematica dell'impossibilità di deviare il corso della pianificazione consacrata nel decreto di omologa del tribunale è quell'osservazione della dottrina che indica quale (unico) rimedio al naufragio del concordato la predisposizione di un accordo di ristrutturazione dei debiti con la funzione di ultima alternativa all'impossibilità di attuare il programma concordatario (D. Vattermoli, *La rinegoziazione del concordato post-omologazione*, in Giustiziacivile.com).

²⁵⁶ Anche in materia di concordato preventivo è tuttavia stato sostenuto come non tutti gli scostamenti dal programma omologato comportino la risoluzione per inadempimento. G. Fauceglia, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1105, ricorda 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". Ciò lascerebbe un certo margine di discrezionalità alle parti nella fase esecutiva.

²⁵⁷ Cfr P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione cit.*, p. 480, C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, VI, 2016, p. 720.

spazi lasciati liberi all'autonomia privata dalla disciplina degli accordi di ristrutturazione²⁵⁸, partendo da una premessa di tipo "metodologico".

L'indagine sulla rinegoziazione dovrà svolgersi avendo in mente il rapporto tra gli "accordi" (i negozi intercorrenti tra il debitore ed i suoi creditori), ed il "piano" (il programma di risanamento che è sotteso agli stessi)²⁵⁹.

Affrontare il tema del "monitoraggio" del piano e della sua attuazione mediante atti esecutivi implica, in altre parole, la considerazione di due diversi concetti giuridici:

a) l'adempimento dell'obbligazione, che nella maggioranza dei casi sarà di natura pecuniaria;

b) la realizzazione del risultato finale (la gestione della crisi del debitore) programmato e vagliato dall'autorità giudiziaria.

Poiché, a differenza di quanto accade nell'usuale dinamica dei rapporti contrattuali, gli interessi in gioco non sono soltanto quelli delle parti contraenti (venendo in rilievo i diritti dei terzi e, in generale, del ceto creditorio), i temi dell'adempimento degli obblighi assunti e della realizzazione del piano nel suo complesso sono destinati ad incrociarsi, rendendo non poco problematica la ricostruzione argomentativa²⁶⁰.

²⁵⁸ Si sostiene che "trattandosi di accordi che hanno, di regola, per oggetto diritti disponibili, nulla esclude che questi possano essere modificati, secondo la definizione che del contratto viene data nell'art. 1321 c.c. quale accordo per costituire o regolare (e quindi anche modificare) od estinguere un rapporto patrimoniale" (C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione* cit., p. 719). E' tuttavia inevitabile che, essendo gli accordi inseriti all'interno di un procedimento di stampo pubblicistico, la modifica produrrà conseguenze sui c.d. *effetti legali* degli accordi stessi.

²⁵⁹ L'espressa previsione della necessità, negli accordi, di un piano risale al 2012 allorquando, nell'art. 161, comma 2, l.fall., nell'elencazione degli allegati alla domanda di concordato (norma richiamata anche dall'art. 182 bis l.fall.), è stata aggiunta la lettera e). Anche antecedentemente a tale modifica normativa, peraltro, in via interpretativa, giurisprudenza e dottrina avevano affermato la necessità dell'esistenza di un piano da depositarsi assieme agli accordi.

²⁶⁰ F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 997.

Accade così, come la dottrina più attenta all'analisi aziendalistica del fenomeno rileva, che la tutela delle ragioni dei creditori aderenti e, soprattutto, di quelli estranei, non derivino tanto dall'attuazione del vincolo negoziale intercorrente tra le parti, quanto *“da un insieme coordinato di azioni che il debitore intende intraprendere (anche) grazie alla ristrutturazione del suo debito e che devono necessariamente trovare idonea rappresentazione nel piano da sottoporre ai creditori”*²⁶¹.

11 L'omologazione dell'accordo: oggetto e finalità del giudizio

Ai sensi dell'art. 182-bis, I e II co, l. fall. nella concessione dell'omologa dell'accordo di ristrutturazione il tribunale deve verificare la sussistenza di determinati presupposti soggettivi²⁶², formali e procedurali²⁶³. La dottrina si interroga su quale debba essere l'ampiezza dell'indagine condotta dal giudice, ossia se il giudizio sia affidato ad una mera verifica formale o se,

²⁶¹ *“Il contenuto di questo piano integrerà, quindi, un elemento centrale e imprescindibile dell'accordo ex art. 182-bis, e ad esso andrà collegato (tramite trasfusione nel testo o allegazione documentale) al fine di consentirne la valutazione da parte del ceto creditorio. Così argomentando, l'oggetto principale di valutazione da parte del professionista attestatore non sarà, precipuamente, l'accordo con i creditori quanto il piano dell'imprenditore (A. Guiotto, Gli scostamenti dal piano cit., p. 107).*

²⁶² Il ricorrente dovrà provare la sua legittimazione ad agire e la sua qualità di imprenditore fallibile (commerciale, non piccolo).

²⁶³ La norma prende in considerazione i seguenti elementi: (a) la sussistenza della competenza del tribunale adito; (b) il deposito dei documenti previsti dall'art. 161 l. fall. (una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; uno stato analitico ed estimativo delle attività; l'elenco nominativo dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà del debitore; il documento originale recante l'accordo di ristrutturazione); (c) il deposito di una relazione redatta da un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 l. fall., che attesti la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo, avendo particolare riguardo alla sua capacità di assicurare l'“integrale pagamento” dei creditori estranei; (d) l'attestazione della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese almeno da sessante giorni; (e) la genuinità del consenso prestato dagli aderenti e l'effettivo raggiungimento della soglia del 60% degli aderenti rispetto al complessivo ammontare del passivo.

attraverso un controllo di merito, vadano presi in considerazione aspetti ulteriori.

L'incontestato punto di partenza è comunque rappresentato dalla finalità cui deve tendere l'*imprimatur* giudiziale, da tutti ricondotto alla verifica sull'"attuabilità" degli accordi e coincidente, in ultima analisi, con l'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nei termini previsti dall'art. 182-*bis* l. fall..

Un primo orientamento vede l'attività valutativa del tribunale limitata alla verifica di un elemento esterno al contenuto del piano, rappresentato dalla coerenza e completezza argomentativa dell'analisi svolta dal professionista attestatore: è in altre parole necessario procedere ad un'indagine macroscopica che verifichi l'utilizzo di comuni canoni e schemi logici a testimonianza della coerenza tra premesse argomentative e conclusioni²⁶⁴.

Su questa linea di pensiero si ritiene che il tribunale non debba deliberare sulla convenienza economica dell'operazione dovendosi invece limitare ad omologare o meno l'accordo. Sono queste le premesse dalle quali muove una posizione secondo la quale il tribunale non potrebbe neanche autorizzare modifiche successive, essendo precluso qualsiasi spazio per ulteriori interventi diversi da quelli valutativi di cause di risoluzione o di annullamento²⁶⁵; da una valutazione strettamente formalistica deriverebbe in sostanza una netta separazione di ruoli e fasi del procedimento: l'attività del tribunale origina e si arresta in una fase preliminare rispetto all'attuazione di piano ed accordi ed è relegata alla verifica della correttezza formale del procedimento logico seguito dal professionista attestatore. Per tali motivi il giudice non potrebbe in alcun modo valutare la conformità delle modifiche al progetto originario, essendo

²⁶⁴ Cfr. Trib. Roma, 5 settembre 2009 e Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Il Corriere giuridico*, 2010, p. 109 ss..

²⁶⁵ Trib. Terni, 4 agosto 2011.

necessario, qualora si vogliano ottenere le protezioni legali per gli atti esecutivi, procedere ad una procedura nuova ed autonoma.

Questa posizione è da considerarsi probabilmente superata dopo una pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite con la quale, in materia di concordato preventivo, è stato rivalutato il ruolo del giudice riconoscendo a quest'ultimo la possibilità di sindacare un piano che *prima facie* si rivelava inidoneo a soddisfare l'interesse dei creditori. Il giudice sarebbe deputato alla verifica dell'effettiva realizzabilità della *causa concreta* della procedura, la quale non può prescindere da un'indagine finalizzata a formare nel giudicante un compiuto convincimento sull'idoneità della complessiva operazione a superare la crisi ed a garantire la soddisfazione dei creditori dissenzienti. L'importazione dal diritto civile del concetto di *causa in concreto* è emblematica della volontà da parte della Suprema Corte di adottare una metodologia, già consolidata in materia contrattuale, che consenta un controllo giudiziale che vada oltre le forme per spingersi alla valutazione, nel caso concreto, dell'idoneità della specifica operazione a raggiungere gli obiettivi prefissati dal legislatore.

E' stato osservato come il controllo giudiziale sull'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione presenti caratteristiche non dissimili dal controllo sulla fattibilità del piano concordatario, dal momento che la valutazione dell'impegno assunto dal debitore prende in considerazione in entrambi i casi la capacità del piano e della proposta di pagamento di rimuovere la crisi e la conseguente possibilità di far fronte agli obblighi verso i creditori estranei nei termini originariamente assunti. L'accordo di ristrutturazione, al pari del patto concordatario, si atteggia in ultima analisi "*alla stregua di un contratto su come deve essere regolata la crisi*", che diventa vincolante nei confronti di tutti soltanto a seguito dell'omologazione del giudice²⁶⁶.

²⁶⁶ F. De Santis, *I controlli del giudice cit.*, p. 1056.

Accade quindi che anche il concetto di “attuabilità” degli accordi si colori, dopo la sentenza commentata, di nuove sfumature: non solo si ridefiniscono i confini del sindacato giudiziale, ma viene a determinarsi un nuovo concetto di omologazione che si distacca dalla mera *verifica* della validità di un’analisi esterna per approdare al più penetrante significato di *valutazione*, da intendersi quale convincimento che il giudice in prima persona deve maturare i merito alla raggiungibilità delle finalità ultime della procedura. Se da un lato il controllo si fa più penetrante, dall’altro, ridisegnandone gli obiettivi in tal senso, si rende anche meno vincolato al formalismo con inevitabili conseguenze sulla fase di attuazione degli accordi. Non si pone più la rigida alternativa tra conformità o non conformità al modello previsto dal professionista, ma potrebbero immaginarsi meritevoli di tutela anche delle strade alternative ed altrettanto valide nell’attuabilità dell’obiettivo di risanamento dell’impresa, rendendo la fase dell’esecuzione più aperta a modifiche autorizzate che si dovessero rendere necessarie allo scopo in corso di procedura.

12 Gli scostamenti dal piano

Non tutti gli atti successivi al perfezionamento dell’istituto potranno godere delle tutele previste dalla legge fallimentare, essendo queste ultime previste con esclusivo riferimento agli atti compiuti in esecuzione del piano o degli accordi omologati.

Si ritiene tuttavia che gli effetti premiali siano estensibili anche a quegli atti che, sebbene non espressamente menzionati, sono comunque presupposti dal

piano omologato, essendo possibile ricavare un nesso funzionale tra atto e piano in base a criteri logico-deduttivi²⁶⁷.

E' del resto pacifico che non sia possibile prevedere dettagliatamente tutti gli atti di gestione necessari al raggiungimento degli obiettivi²⁶⁸: sebbene un buon grado di analiticità consentirebbe un più pregnante controllo sull'esecuzione, accade nella prassi che soltanto gli atti più rilevanti sono puntualmente identificati.

Da tutto ciò consegue un rischio piuttosto elevato di compiere atti non previsti, con conseguenze che saranno varie a seconda dell'entità dello scostamento; oltre all'immediata conseguenza dell'assenza di protezione per tali atti (che in sede di fallimento potranno essere revocati ex art. 67 l. fall., ovvero configurare una fattispecie penalmente rilevante di bancarotta) può infatti accadere che uno scostamento dal piano particolarmente rilevante comporti l'impossibilità di attuare quest'ultimo così come originariamente previsto, con la conseguenza che anche tutti gli atti successivi risulteranno privi delle tutele accordate dalla normativa sugli accordi di ristrutturazione.

Risulta quindi necessario indagare, ai fini che qui interessano, quale sia la linea di demarcazione tra la rilevanza o meno dello scostamento dal piano, in quanto dalla maggiore o minore sensibilità di quest'ultimo deriverà la risposta sulla possibilità di rinegoziazione degli accordi che ne sono sottesi. E' a questo punto che si dimostra utile la riflessione condotta nel capitolo precedente che ha portato a scindere gli atti esecutivi in due differenti categorie, a seconda che questi derivino dagli accordi ovvero dal piano.

Nell'ottica della disciplina fallimentare si osserva infatti una maggiore rigidità nell'esecuzione del piano rispetto agli accordi: gli obiettivi di tutela

²⁶⁷ Graverà tuttavia in questo caso sul soggetto interessato l'onere di dover provare il nesso di funzionalità, con un non trascurabile rischio di valutazione negativa da parte del giudice (A. Guiotto, *Gli scostamenti dal piano* cit., p. 110).

²⁶⁸ E' applicabile al piano attestato l'analisi condotta *supra* (Par. 3) con riferimento alla c.d. incompletezza del contratto.

del ceto creditorio sono perseguiti soprattutto attraverso la veridicità del progetto contenuto nel programma generale contemplato nel piano, che dovrebbe rappresentare il complessivo andamento dell'attività di ristrutturazione mentre il contenuto degli accordi ne rappresenta nient'altro che delle specificazioni. Allo stesso tempo, analizzando la vicenda da un'ottica prettamente civilistica, si osserva come potrà propriamente parlarsi di rinegoziazione soltanto con riferimento a quei vincoli che siano disponibili dalle parti stesse: un presupposto del genere è evidentemente carente nel piano attestato, il quale, oltre ad essere predisposto unilateralmente da parte dell'imprenditore (e, quindi, non è "negoziato"), si perfezionerà soltanto attraverso l'*imprimatur* del giudice rappresentato dall'omologazione, dopo il quale, a meno di intraprendere una nuova procedura, non sarà possibile modificarne la struttura.

11.1 (segue) Gli scostamenti "rilevanti"

E' opinione comune in dottrina quella secondo cui non ogni scostamento rispetto a quanto previsto nel piano ne influenzi l'efficacia protettiva: oltre agli scostamenti di rilievo assolutamente marginale non è tuttavia semplice individuare quali siano le caratteristiche tali da rendere una deviazione dal progetto di risanamento ininfluyente rispetto agli effetti del piano.

E' prassi diffusa quella di inserire nel piano indicazioni quantitative di natura economica e finanziaria che lo caratterizzeranno le quali, suddivise per periodi ed accompagnate dalla descrizione delle principali attività operative, contribuiranno al raggiungimento di risultati discontinui rispetto al passato.

Accade tuttavia assai di frequente che la gestione debba essere caratterizzata da operazioni straordinarie le quali saranno rilevanti a tal punto da essere imprescindibili per la corretta esecuzione del piano: tra gli esempi noti alla letteratura si menzionano la dismissione di partecipazioni non

strategiche, la sottoscrizione di contratti di mutuo che possano procurare della nuova finanza necessaria all'operazione di *turnaround*, il compimento di operazioni di *lease back* immobiliare. Questi atti imprescindibili sono di norma oggetto di minuziosa previsione nel piano: se per l'imprenditore l'indicazione sarà necessaria al fine di dimostrare la bontà delle prospettive di risanamento (tanto al professionista attestatore, quanto ai soggetti interessati alla fattibilità del piano), per la controparte l'indicazione sarà necessaria al fine di determinare in maniera esatta l'atto che sarà compiuto in esecuzione del piano, potendo così scongiurare il rischio che l'operazione cadrà sotto i colpi di un'azione revocatoria futura ovvero che possa integrare eventuali profili penalmente rilevanti.

Ci si chiede quindi se il raggiungimento di tali obiettivi intermedi attraverso atti diversi da quelli contenuti nel piano possa comportare conseguenze sugli effetti protettivi del piano stesso: a tal riguardo sono state prospettate in dottrina diverse ricostruzioni.

Secondo un approccio prettamente fenomenico, è stato osservato come possano essere considerati esecutivi del piano originario tutti quegli atti che, sebbene non previsti, non ne modificano modalità e tempi di esecuzione: ciò accadrà nelle ipotesi in cui il piano originariamente omologato riceva una "*limitata manutenzione*". Se, viceversa, a cambiare saranno modalità e tempi di esecuzione sarà necessario, ai fini di ottenere la protezione prevista dall'ordinamento, ottenere una nuova asseverazione giudiziale. Traslando tale analisi empirica su un piano prettamente civilistico si è cercato di tradurre gli scostamenti irrilevanti in quelle modifiche secondarie che lascerebbero inalterate le parti e le prestazioni economiche dedotte²⁶⁹.

Ci si troverebbe, in altre parole, nell'impossibilità di poter dare una soluzione univoca, essendo invece necessaria una valutazione casistica che, a

²⁶⁹ M. Arato, *Modifiche all'accordo* cit..

seconda della portata delle modifiche, consenta di valutare l'entità dello scostamento (e la conseguente necessità di una nuova omologazione).

La ricostruzione appena prospettata non è andata esente da critiche²⁷⁰ nel momento in cui, si è osservato, il criterio dell'entità della "manutenzione", sebbene condivisibile, presenta il congenito difetto di essere eccessivamente generico²⁷¹ e, si sarebbe tentati di aggiungere, di essere poco funzionale ad una applicazione pratica nel momento in cui non consente, *ex ante*, la previsione di un confine oggettivo tra scostamenti praticabili e non.

Si è a tal proposito suggerito di ricercare il criterio per la soluzione della problematica nella valutazione dell'incidenza dei mutamenti sulla garanzia patrimoniale dei terzi estranei allo specifico rapporto inciso dalla variante del piano. Essendo l'impatto sulla garanzia patrimoniale a determinare la necessità della nuova omologazione, saranno soltanto i mutamenti "puramente esecutivi", i quali non avranno riflessi sulla garanzia patrimoniale dei terzi a non richiedere una nuova omologazione²⁷².

Taluno, infine, prospetta una suddivisione delle deviazioni dal piano originario nelle due categorie degli scostamenti oggettivi e soggettivi. Si avrà uno scostamento oggettivo ogni qualvolta il raggiungimento di un risultato compatibile con le prospettive di risanamento venga raggiunto attraverso mezzi o tempistiche diverse da quelli previsti nel piano attestato²⁷³.

Considerando che gli effetti protettivi saranno subordinati all'iniziale attestazione, alla successiva omologazione da parte del tribunale ed alla perdurante idoneità del piano a garantire il risanamento dell'impresa con le

²⁷⁰ F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 997.

²⁷¹ F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 996.

²⁷² F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 998. Sulla stessa linea si pone M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione* cit., p. 774 il quale, con riferimento all'accordo (ma il discorso è estensibile anche al caso del piano) osserva come "Se si cambiano gli accordi e si vuole che tale cambiamento produca effetto verso i terzi non v'è dubbio che l'accordo vada prima attestato e poi omologato".

²⁷³ A. Guiotto, *Gli scostamenti dal piano* cit., p. 114.

modalità originariamente prospettate, si afferma come gli atti compiuti non potranno mai essere in queste circostanze “*in esecuzione del piano*”, in quanto uno scostamento oggettivo, sebbene quantitativamente ininfluenza ai fini del raggiungimento degli obiettivi del piano, non consentirà mai di ritenere quest’ultimo fattibile nella sua conformazione iniziale²⁷⁴.

Conseguenza di ciò sarà, oltre alla sottrazione dell’atto compiuto dalle protezioni correlate all’istituto, anche l’impossibilità di considerare i successivi atti come conformi al piano originario.

Differenti sarebbero invece le conseguenze di difformità a carattere meramente soggettivo, le quali non inciderebbero sulla fattibilità del piano e sugli effetti protettivi dell’istituto, così come accadrà in tutte quelle ipotesi in cui le prestazioni previste vengano effettuate da parte di soggetti differenti rispetto a quelli menzionati nel piano ma lasciando intatti i lineamenti oggettivi degli atti esecutivi²⁷⁵.

Non può non evidenziarsi come anche quest’ultima soluzione possa prestare il fianco a critiche rilevanti. Una risposta definitiva sulla questione può infatti essere data soltanto se si guarda alla *ratio* dell’omologa giudiziale, che è quella di tutelare i soggetti estranei agli accordi. Orbene, affermare che una

²⁷⁴ A titolo di esempio si considera l’ipotesi in cui il piano oggetto di attestazione da parte del professionista prevede la concessione di un finanziamento ipotecario da parte di un istituto di credito, da utilizzare per pagare i creditori secondo gli accordi pregressi. Potrà tuttavia intervenire una circostanza sopravvenuta che, non consentendo l’ottenimento del finanziamento renda necessario, al fine di acquisire la liquidità necessaria, la vendita di un immobile che non generi plusvalenze o minusvalenze rispetto alla somma necessaria. Ebbene, in tale ipotesi l’incasso del prezzo consentirà di pagare i creditori in maniera conforme alle modalità ed alle tempistiche previste: gli atti compiuti non saranno tuttavia compatibili con le modalità di esecuzione del piano così come valutate dal debitore ed attestate dal professionista. (A. Guiotto, *Gli scostamenti dal piano* cit., p. 115).

²⁷⁵ Si riporta l’esempio di piani che prevedano, rispettivamente, la concessione di un finanziamento da parte di un determinato istituto bancario ovvero la dismissione di un immobile attraverso l’alienazione ad un soggetto specifico: orbene, nell’ipotesi in cui il credito venga concesso alle medesime condizioni da parte di un soggetto diverso o il bene venga alienato ad un acquirente differente ma con modalità conformi a quelle previste, la sostituzione della controparte sarebbe indifferente rispetto alla fattibilità del piano nei termini originariamente prospettati. (A. Guiotto, *op. loc. ult. cit.*).

determinata deviazione dal progetto originario possa implicare o meno la perdita della tutela che l'ordinamento appresta all'atto in base ad una mera classificazione tra modifiche ad aspetti soggettivi od oggettivi sembra una conclusione non sempre vera. Una modifica soggettiva potrebbe infatti rivelarsi assolutamente deteriore della garanzia di soddisfazione integrale per i soggetti estranei, così come delle variazioni ad aspetti prettamente oggettivi potrebbero lasciare integre le dinamiche attuative approvate dal giudice. Si pensi, a titolo di esempio, a quanto rilevi la figura del contraente nelle ipotesi in cui si tratti di delegare la gestione dell'azienda ad un soggetto terzo rispetto all'imprenditore in crisi, o, viceversa, all'irrelevanza della dismissione di un cespite differente da quello previsto ma avente medesimo valore del primo²⁷⁶.

La scelta della strada percorribile nella soluzione della problematica sembra quindi restringersi tra due sole alternative: si potrebbe prediligere un approccio molto rigido e considerare qualsiasi scostamento dal piano insuscettibile di tutela, ovvero, sempre superando la differenza tra modifiche oggettive e soggettive, prediligere una valutazione dell'incidenza sulla garanzia patrimoniale dei soggetti terzi alla luce dell'effettivo impatto della modifica.

12 Flessibilità e meccanismi di adeguamento del piano

La scelta tra una delle alternative del binomio sopra menzionato si porrà soltanto qualora le parti non abbiano previsto alcun meccanismo di adeguamento del piano. E' infatti piuttosto frequente che, a fronte dell'impossibilità di prevedere in maniera esaustiva e compiuta l'evolvere della crisi d'impresa, vengano predisposti dei piani che indichino obiettivi intermedi più o meno prudenziali così da modulare la flessibilità delle

²⁷⁶ Si è data un'idea della varietà contenutistica dell'operazione di risanamento dell'impresa nel Cap. 1.3.

previsioni in maniera utile ad assicurarne la fattibilità anche qualora vi siano scostamenti non marginali dalla pianificazione iniziale.

Il medesimo risultato può inoltre essere ottenuto attraverso la predisposizione di meccanismi che, in maniera “dinamica”, consentano delle modifiche al piano stesso prevedendo, ad esempio, degli atti esecutivi alternativi in ipotesi in cui il principale non sia più eseguibile (in questo caso il piano sarà “*self adjusting*”).

Tali premesse risultano dunque fondamentali nell’analisi dei possibili limiti alla revisione degli accordi di ristrutturazione, la cui entità e/o fattibilità dovrà essere esaminata in rapporto agli influssi prodotti sull’attuabilità del piano così come originariamente predisposto.

Il perimetro di tale autonomia è segnato dall’ampiezza più o meno accentuata della previsione contenuta nel piano: a tal riguardo torna sicuramente utile sottoporre il piano ad uno specifico test di flessibilità che, attraverso la modifica di determinate componenti, possa misurarne la capacità di raggiungere gli obiettivi prefissati: in tal modo si individua *ex ante* quali elementi influenzano maggiormente il raggiungimento delle finalità previste. Si riesce anche a discernere quali sono gli elementi di più accentuata criticità, i quali andranno monitorati con maggiore attenzione; allo stesso tempo si individua lo scarto massimo che, rispetto alle previsioni, rimane compatibile con il raggiungimento degli obiettivi prefissati²⁷⁷.

Un’analisi del genere sarà sicuramente rimessa al professionista attestatore la cui relazione, da presentare assieme al piano per l’omologa, sarà oggetto di specifica approvazione da parte del giudice: si tratterà, dunque, di un piano più ampio il quale consentirà senza ombra di dubbio la variazione degli accordi sottostanti all’interno del perimetro così tracciato; l’imprimatur del giudice, infatti, abbraccerà anche le operazioni alternative che potranno essere ritenute

²⁷⁷ A. Guiotto, *Gli scostamenti* cit., p. 116.

“*in esecuzione del piano*” anche nell’ipotesi in cui siano “*determinabili*” e non già “*determinate*”.

Tale discorso è relativo soltanto a quegli atti che, previsti nel piano, risentono delle vicende che interessano gli accordi; si puntualizza infatti come “*il binomio tra fattibilità del piano ed adempimento degli accordi di ristrutturazione dei debiti non appare caratterizzato da una correlazione perfetta*”²⁷⁸: così come è ipotizzabile l’adempimento di un accordo in presenza di un piano non più fattibile²⁷⁹, può viceversa accadere che l’inadempimento o la revisione di un accordo non vada ad incidere sull’attuabilità del piano originario (ciò accadrà, ad esempio, quando il piano presenti meccanismi di *self adjusting* ovvero quando gli obiettivi intermedi (c.d. *milesones*) siano fissati in maniera prudenziale a tal punto da non presentare un margine di conformità eccessivamente sensibile²⁸⁰). Allo stesso tempo, se indubitabili sono i benefici di un piano flessibile, che può senza dubbio contribuire al modellamento dell’operazione sulle esigenze che si manifestano in corso di procedura, si manifesta una diffusa e giustificata diffidenza verso quelle clausole che consentono delle modifiche degli accordi non preventivamente circoscrivibili. Se da parte di taluno si è dubitato dell’omologabilità di una clausola di rinegoziazione ad hoc²⁸¹, altri la considerano astrattamente legittima, a patto che, una volta attivata, intervenga una seconda omologazione

²⁷⁸ A. Guiotto, *Gli scostamenti dal piano* cit., p. 122.

²⁷⁹ Si evidenzia (A. Guiotto, *op. loc. ult. cit.*) come talvolta uno scostamento dal piano possa essere addirittura necessario al fine di adempiere ad un accordo di ristrutturazione, come avviene nell’ipotesi in cui l’imprenditore, al fine di pagare i creditori aderenti, ponga in essere un’operazione finalizzata ad incamerare la liquidità necessaria non prevista nel piano originario.

²⁸⁰ “*Lo scostamento si intende “significativo” allorquando l’ipotesi contenuta nel piano e assunta a milestone non sia più realizzabile ovvero lo sia, ma a condizioni economiche e/o temporali incompatibili con il rispetto del cronoprogramma e/o degli obiettivi su cui si basa il piano*” (linee guida CNDCEC, raccomandazione n. 17, p.47).

²⁸¹ M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali* cit., p. 365.

a certificare le modifiche intercorse²⁸². Ciò, se si interpreta correttamente il ragionamento, in considerazione del fatto che il tribunale si troverebbe ad apporre il proprio visto su una pianificazione suscettibile di essere completamente stravolta da una rinegoziazione futura; lo stesso non accadrebbe in ipotesi in cui l'accordo presenti delle clausole c.d. *self adjusting* che consentano un controllo del giudicante, potendo questi *ex ante* ricondurre a determinati sviluppi le rispettive conseguenze²⁸³. In linea con queste premesse si potrebbe anche ritenere possibile l'omologazione di una clausola di rinegoziazione la cui portata sia predeterminata, attraverso una previsione che, ad esempio, preveda uno scarto massimo di modifica di un determinato parametro ovvero limiti l'attività di revisione delle parti soltanto ad alcuni elementi dell'accordo omologato.

Può dunque sintetizzarsi il discorso osservando come uno scostamento dall'accordo possa comportare l'inattuabilità del piano originariamente omologato, a meno che non sussistano dei meccanismi tali da "reagire" ad un siffatto evento: qualora accorra uno scostamento rilevante (quale è, come si osservava, quello che mette in discussione l'integrale pagamento dei creditori estranei) è necessario analizzare se l'atto esecutivo sia presente all'interno dell'accordo al fine di poter comunque godere degli effetti protettivi previsti dall'art. 182-*bis* l. fall.. Sarà infatti indifferente ai fini dell'ottenimento della protezione da revocatoria la previsione dell'atto all'interno di uno dei percorsi protetti rappresentati dall'art. 182-*bis* (accordo omologato) ovvero 67 l. fall. (piano attestato): la predisposizione di un piano piuttosto flessibile, in ultima analisi, può rappresentare un utile "paracadute", funzionale a ricondurre in un'area protetta tutti quegli atti che, dopo la revisione degli accordi, non sono

²⁸² E. Capobianco, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Judicium.it*, p. 18.

²⁸³ L'inserimento di clausole del genere viene auspicato da M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi cit.*, p. 772.

più riconducibili all'interno di questi ultimi²⁸⁴: sono infatti da considerarsi protette tutte quelle operazioni “*riconducibili all'esecuzione del piano in base ad una valutazione di nesso funzionale tra atto e piano ancorchè non analiticamente indicate*”²⁸⁵. Il medesimo concetto viene espresso nelle “*Linee guida per il risanamento delle imprese in crisi*”²⁸⁶ ove si precisa che ai fini dell'esenzione da revocatoria il piano non debba indicare ogni singolo atto in modo espresso. La mancata inclusione di un atto, pagamento, garanzia od “operazione” non sempre implica, di per sé, il suo mancato esonero da revocatoria o la sua perdurante rilevanza a livello di responsabilità civile o penale. Ciò accade in quanto a rilevare, come già osservato dalle Sezioni Unite della cassazione, è la *funzione* dell'istituto, ossia quella di garantire un'esenzione ad atti che siano funzionali allo scopo del risanamento ed al conseguente pagamento di tutti i creditori: ciò presuppone l'esistenza di una relazione funzionale fra piano di risanamento e atto da esentare, sul cui rapporto si giocherà la riuscita dell'operazione. E' infatti indubbio che il rapporto tra piano ed accordo vada esplicitato e che “*è indice di una corretta utilizzazione dello strumento del piano attestato o dell'accordo di ristrutturazione, descrivere nel modo più dettagliato possibile le operazioni cui si intende assicurare la protezione*”, ma è altresì consigliato adottare un grado di dettaglio “*direttamente proporzionale all'importanza dell'atto, del pagamento o della garanzia nell'economia del piano*”²⁸⁷: se dunque un piano

²⁸⁴ E' stato osservato che “*ove intervenga il fallimento ed il curatore decida di promuovere una azione revocatoria per veder dichiarata inefficace una [delle operazioni], sarà il terzo a dover dimostrare l'applicabilità dell'esenzione provando che l'atto è esecutivo dell'accordo, ed è riconoscibile come esecutivo dell'accordo se previsto nel piano allegato o direttamente nell'accordo, ipotesi, però, più rara*” (M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi cit.*, p. 773, nonché, sulla stessa linea, A. Guiotto, *Gli scostamenti dal piano cit.*, p. 124).

²⁸⁵ M. Fabiani, *op. loc. ult. cit.*, nonché A. Guiotto, *Gli scostamenti dal piano cit.*, p. 121.

²⁸⁶ Documento redatto dall' Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili il quale rappresenta un'importante chiave nell'applicazione della normativa sulla crisi di impresa (è rinvenibile all'indirizzo www.cndcec.it).

²⁸⁷ Linee guida CNDCEC cit., p. 43.

molto dettagliato giova alla certezza delle operazioni ed è auspicabile una previsione analitica degli atti imprescindibili alla riuscita dell'operazione, è allo stesso tempo da preferire un minore grado di dettaglio quando si tratti di prevedere atti "ancillari" le cui concrete modalità di attuazione possano andare incontro a modifiche in corso d'opera.

Nelle due uniche decisioni giurisprudenziali edite in materia²⁸⁸ sembrano essere state confermate le suggestioni appena espresse. In un primo caso, a seguito della modifica dell'accordo intercorrente tra la società ed il suo maggiore creditore, veniva presentata in tribunale – assieme ad una dichiarazione integrativa del professionista attestante che le modifiche non pregiudicavano la corretta esecuzione dell'accordo – la richiesta di rilascio del provvedimento che sarebbe stato ritenuto "*più opportuno, ovvero di un provvedimento di omologa delle modifiche apportate agli accordi già omologati*"; ebbene in tale circostanza l'istanza di conferma della persistenza degli effetti dell'accordo originario veniva dichiarata dal tribunale "*sfornita di formale tutela*"²⁸⁹. Questo orientamento potrebbe *prima facie* essere ritenuto contrastante con un'altra decisione, di segno diametralmente opposto, assunta dal Tribunale di Milano nel c.d. caso Gabetti. Dopo l'iniziale corretta esecuzione dell'accordo con gli istituti bancari ed a seguito di un aggravamento delle condizioni economiche dell'impresa, si rendeva necessaria una modifica del piano che contemplasse una nuova tempistica di pagamenti ai creditori ed un ulteriore aumento di capitale: veniva quindi stipulato un nuovo accordo che, dopo una rinnovata asseverazione, costituiva oggetto di un'ulteriore omologa²⁹⁰.

²⁸⁸ Si tratta dei casi Gabetti e Sangemini cui si è fatto riferimento al paragrafo 2, cui si rimanda per un'esposizione di maggiore dettaglio dei fatti.

²⁸⁹ Trib. Terni, decr., 4 luglio 2011, in *Il Fallimento*, II, 2012, p. 205 ss.

²⁹⁰ Trib. Milano, decreti del 17 giugno 2009 e 30 novembre 2010 relativi alla prima ed alla seconda omologa, pubblicati in appendice al volume F. Bonelli (*a cura di*) *Crisi di Imprese: Casi e Materiali* cit., pp. 962 e 1079.

Il conflitto tra le due posizioni è invero solo apparente: se nel primo caso la progressiva pianificazione economica non è mutata, non incidendo le modifiche dell'accordo su modalità e tempi di esecuzione del piano, nel caso Gabetti si è reso necessario elaborare un piano del tutto nuovo che sostituisce il precedente ormai sconnesso dalle reali tempistiche di recupero dell'impresa. Si capisce dunque anche dall'analisi di tale casistica che un nuovo accordo che non modifichi modalità e tempi di esecuzione del piano (soprattutto con riferimento alla soddisfazione dei creditori) non richieda una nuova asseverazione, ma, al più, una conferma della validità dell'asseverazione precedentemente. Viceversa, se modalità e tempi di esecuzione cambiano si avrà un nuovo accordo che necessariamente deve ricevere una nuova omologa.

Non può dunque darsi un a risposta univoca ed aprioristica in merito alla possibilità di rinegoziare il contenuto degli accordi mantenendo inalterato l'assetto delineato dall'omologa giudiziale. La risposta a questo interrogativo passa attraverso un inevitabile considerazione del caso concreto, mirata a constatare la misura del discostamento dal piano originario e la possibilità di sfruttare la maggiore o minore flessibilità di quest'ultimo. L'analisi in questione deve essere condotta, oltre che avendo in mente l'"entità" dello scostamento, anche considerando l'incidenza sulla garanzia di soddisfazione integrale dei creditori estranei alla procedura.

CAPITOLO QUARTO

COERCIBILITA' DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIARE: CENNI

1. SOMMARIO: 1. Effettività della rinegoziazione: la risarcibilità del danno per rifiuto immotivato di contrattare – 2. La possibilità dell'esecuzione in forma specifica – 2.1 Le soluzioni giurisprudenziali – 3. Tutela cautelare e comminatoria dell' *“astreinte”* ex art. 614-bis c.p.c.

1. Effettività della rinegoziazione: la risarcibilità del danno per rifiuto immotivato di contrattare

Dopo l'analisi dei principi in virtù dei quali, come si è visto, si potrebbe ritenere configurabile un obbligo di rinegoziare il contenuto degli accordi di ristrutturazione, è utile esaminare i possibili rimedi che possono rendere effettivo il diritto soggettivo della parte onerata dalla sopravvenienza; in questo caso, così come nelle altre ipotesi di contratti di durata - rispetto ai quali l'ordinamento sembra mostrare una certa *“riluttanza a contemplare il rimedio risolutorio”* - è più che mai cogente la necessità *“che il contratto prosegua [...] con gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati”*²⁹¹.

²⁹¹ V. Roppo, *Il contratto*, in G Iudica – P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, p. 968.

Una situazione giuridica soggettiva sprovvista di tutela processuale perderebbe di effettività: nel campo della rinegoziazione sono quindi stati ingenti gli sforzi della dottrina per costruire un'impalcatura processuale adeguata a restituire concretezza all'obbligo in questione. Un problema da risolvere prima di poter calare tali costruzioni dottrinali nella procedura *de quo* attiene alla disciplina applicabile in ipotesi di inadempimento degli accordi di ristrutturazione: si assiste sul punto a due differenti ricostruzioni che originano dalla presa di posizione sulla natura negoziale o concorsuale dell'istituto.

I sostenitori della teoria privatistica hanno gioco facile nel sostenere l'applicazione, anche in questo campo, delle norme di cui agli artt. 1453 ss. del codice civile²⁹², così sopperendo alla carenza di disciplina positiva della fase di attuazione dell'accordo. Chi propende per una ricostruzione dell'istituto quale procedura concorsuale tende invece a ricondurre l'inadempimento dell'accordo nel novero delle fattispecie contemplate dall'art. 186 l. fall., in virtù del quale "*ciascuno dei creditori*" può chiedere, qualora l'inadempimento non abbia scarsa importanza, la risoluzione del concordato. Si hanno dunque due differenti ricostruzioni le quali potrebbero offrire differenti rimedi nel caso in cui si assista al rifiuto da parte del soggetto avvantaggiato dalla sopravvenienza di contrattare: se la ricostruzione *sub-concordataria* non sembra contemplare altra alternativa alla risoluzione, rendendo difficile configurare un esito diverso dalla caducazione dell'accordo, maggiore capacità di adattamento alle teorie sull'obbligo di rinegoziare presenta invece la lettura in chiave contrattuale dell'istituto, che consentirebbe di importare più facilmente, anche in campo processuale, le ricostruzioni già esposte.

²⁹² Tra gli altri, M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali* cit., p. 358; E. Capobianco, *Le patologie degli accordi* cit., p. 15.

Alla luce della recente pronuncia della Cassazione²⁹³ che ha aperto la strada al consolidamento della teoria *sub-concordataria* è imprescindibile l'indagine sulla possibilità di coniugare le due visioni dogmatiche in una medesima prospettiva "dinamica". La maggiore differenza tra le due posizioni si ravvisa nel riconoscimento o meno ai creditori estranei della possibilità di far valere l'inadempimento e chiedere la risoluzione degli accordi²⁹⁴, mentre con riferimento alle azioni a disposizione delle parti contraenti le visioni potrebbero non essere così distanti.

Ciò non solo perché rispetto ai creditori aderenti la norma di cui all'art. 186 ricalca la disposizione dettata in sede di disciplina generale del contratto (compreso il requisito della "*non scarsa importanza*" dell'inadempimento), ma anche perché, come è stato osservato da chi anche prima della sentenza sosteneva la visione concorsuale degli accordi, la norma in questione, incentrata sull'inadempimento del debitore non impedirebbe una diversa ricostruzione per l'ipotesi inversa, consentendo "*all'imprenditore che avesse ottenuto l'omologazione dell'accordo, nel momento in cui si configurasse l'inadempimento di uno dei soggetti aderenti al medesimo, sia (i) di attivare gli ordinari rimedi civilistici contro un comportamento del genere, (da quelli rivolti all'adempimento a quelli risarcitori), sia (ii) [...], tenuto conto della*

²⁹³ Cui si è dato conto nel Cap. 2, Par. 6.

²⁹⁴ Per essi, infatti, l'accordo resta *res inter alios acta* e la tutela in caso di inadempimento dovrà essere ricercata all'esterno della disciplina cui è soggetto lo specifico vincolo negoziale. Fra gli strumenti a disposizione risalta la possibilità di proporre istanza di fallimento la quale prescinde dall'esistenza stessa di un accordo di ristrutturazione (sempre che dall'insuccesso dell'accordo, rivelatosi inidoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori istanti, emerga un effettivo stato di insolvenza del debitore) (M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali* cit., p. 359).

Dalla natura concorsuale deriverebbe invece la possibilità di applicare estensivamente l'art. 186 l. fall. il quale, con la dizione "*ciascuno dei creditori*" estende il diritto di chiedere la risoluzione anche ai creditori non aderenti.

*flessibilità con la quale il piano è stato concepito, di valutare un'eventuale rimodulazione dell'accordo e del connesso piano”*²⁹⁵.

Oltre a ciò si è sostenuto che il rimedio contrattuale è azionabile dai creditori partecipanti all'accordo soltanto a partire dal momento in cui si constata che l'accordo non stia trovando regolare esecuzione²⁹⁶, non dovendosi invece ritenere ammissibile una domanda di risoluzione anteriore a tale momento, in ossequio al generale divieto di venire *contra factum proprium*²⁹⁷. Orbene una medesima preclusione dovrebbe precludere la possibilità di risolvere un accordo che, attraverso la rinegoziazione, può essere ancora riportato nei ranghi del piano originario (o di un nuovo progetto la cui riuscita venisse debitamente attestata). Ciò non solo perché sarebbe evidente l'irrazionalità del rifiuto di rinegoziare un accordo che già testimonia la volontà di riformare l'originaria situazione debitoria²⁹⁸, ma anche poiché le due fattispecie sembrano tra loro sovrapponibili: un piano attuabile mediante la rinegoziazione del connesso accordo equivale ad un piano il cui successo non è stato del tutto compromesso. Posto che il successo dell'operazione transita per l'adempimento delle obbligazioni aventi fonte negli accordi, in ipotesi di clausola rinegoziativa o di configurazione di un obbligo legale di rinegoziare, il dovere di intraprendere una nuova trattativa sarebbe nient'altro che uno dei vari passaggi che, teleologicamente orientati alla soluzione della crisi, vincola le parti sin dal momento della stipula; ben potrà profilarsi una situazione nella quale, avverso la domanda di risoluzione (ovvero, come appare più ragionevole, in previsione della stessa), il debitore farà valere la

²⁹⁵ P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione* cit., p. 486.

²⁹⁶ M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali* cit., p. 358.

²⁹⁷ V. Roppo, *Profili funzionali e strutturali* cit., p. 298.

²⁹⁸ F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 1001.

sopravvenienza ai fini della richiesta di rinegoziazione dell'accordo e dell'attuazione del piano²⁹⁹.

I creditori, a fronte della proposta, dovranno valutare serietà, completezza ed attendibilità del nuovo accordo e, in ipotesi di rifiuto immotivato a trattare ovvero di comportamento ostruzionistico in sede di rinegoziazione, potranno essere esposti al rischio di risarcimento del danno: la responsabilità è sicuramente contrattuale nei confronti dell'imprenditore (in ipotesi di fallimento il danno potrà essere fatto valere dal curatore a vantaggio della massa) ed aquiliana verso i creditori estranei³⁰⁰, mentre, con riferimento agli "intranei", potrà assumere una diversa veste a seconda dell'assetto negoziale concretamente posto in essere³⁰¹.

Nella liquidazione equitativa del danno si dovrà presumibilmente tener presente delle concrete prospettive di recupero che la rinegoziazione, in ipotesi di esito positivo, avrebbe potuto assicurare all'impresa: nei confronti della massa dei creditori il danno dovrà essere calcolato nella misura della differenza tra il credito ammesso al passivo e la somma conseguita nella liquidazione, mentre a favore del fallito esso sarà pari al valore del patrimonio netto aziendale in ipotesi di successo della ristrutturazione del debito³⁰².

2. La possibilità di esecuzione in forma specifica

La possibilità di addivenire alla risoluzione del rapporto con l'accessoria condanna al risarcimento dei danni non può che lasciare nell'interprete un

²⁹⁹ F. Macario, *op. ult. cit.*, p. 1002.

³⁰⁰ L. Boggio, *Gli accordi di salvataggio* cit., p. 182; F. Macario, *op. loc. ult. cit.*, p. 1002.

³⁰¹ Torna utile in questo caso l'analisi compiuta al Cap. 2, Parr. 8-10 in merito alla struttura negoziale che può essere assunta dagli accordi. Nel caso in cui si ravvisi un unico contratto plurilaterale l'inadempimento dell'obbligo in questione da parte di uno dei debitori sarà riconducibile a responsabilità contrattuale mentre, qualora si considerino i vari contratti tra loro separati, l'inadempimento si colorerà dei connotati della responsabilità aquiliana.

³⁰² F. Macario, *Il monitoraggio del piano* cit., p. 1002.

senso di insoddisfazione, tenuto conto che, come più sopra si osservava, attraverso il procedimento rinegoziativo la parte onerata tenta di perseguire la soluzione “positiva” della conservazione del rapporto. La contraddizione è evidente tanto nel caso in cui si faccia riferimento alla sussistenza di un obbligo legale di rinegoziare quanto (e, si direbbe, soprattutto) qualora sia stato compiuto in sede di trattativa lo sforzo finalizzato all’inserimento nel contratto di una clausola di rinegoziazione.

L’“insoddisfazione” verrebbe sicuramente meno qualora, in alternativa alla risoluzione del contratto per inadempimento, fosse garantita una tutela che garantisca, per via giudiziaria, la conservazione del rapporto.

In dottrina (e, come si vedrà, in alcune isolate pronunce) è stato compiuto uno sforzo finalizzato alla verifica della possibilità per il giudice, su iniziativa della parte non inadempiente, di intervenire sulla vicenda rinegoziativa con una pronuncia che, compiuto l’accertamento dei fatti costitutivi richiesti per la rinegoziabilità, proceda alla determinazione di nuove e diverse condizioni negoziali proporzionate agli equilibri fissati in sede di elaborazione del regolamento contrattuale.

Il giudice dovrebbe emettere una sentenza determinativa e specificativa delle condizioni del negozio modificativo: a tal proposito si constata come, sebbene il nostro ordinamento già prevede la pronuncia giudiziale costitutiva di nuovi rapporti giuridici, molto diversa è la situazione relativa alla possibilità per il giudicante di intervenire con provvedimenti che, oltre ad essere costitutivi, incidano anche sul contenuto del rapporto attraverso l’enunciazione di regole dalle quali la vicenda dovrebbe essere disciplinata³⁰³.

La tutela costitutiva è assicurata nel nostro ordinamento dall’art. 2908 c.c. che consente all’autorità giudiziaria, nei casi previsti dalla legge, la possibilità di “*costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici*”: è questa l’unica tipologia di tutela che prescinde dall’impiego di mezzi coercitivi ed assicura in

³⁰³ V. M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione* cit., p. 245.

maniera “immediata” la soddisfazione della pretesa dell’avente diritto. La dottrina ritiene che le ipotesi di sentenze costitutive abbiano natura tassativa: il dato letterale (“*nei casi previsti dalla legge*”) sarebbe corroborato in questa conclusione dalla costatazione dell’esistenza nel nostro ordinamento di un principio di valorizzazione dell’autonomia privata che limita l’intervento sostitutivo del giudice a casi eccezionali. Per tali motivi si riscontra una certa difficoltà nel riconoscere all’autorità giudiziaria il potere di pronunciare sentenze c.d. “determinative” e, di riflesso, non è pacifico se tra i compiti riconosciuti al giudice possa rientrare quello di intervenire in una procedura rinegoziativa per determinare un elemento negoziale che le parti non sono riuscite a fissare attraverso lo strumento del consenso³⁰⁴.

La dottrina (e certa giurisprudenza) sono riuscite a spingersi oltre tali perplessità, contribuendo a dotare di effettività l’impegno a contrattare contenuto nella clausola rinegoziativa o discendente dal principio generale di buona fede. Si è sostenuto che la soluzione contraria avrebbe motivo di esistere soltanto in quelle ipotesi in cui “*fosse possibile riconoscere alle parti assoluta libertà di autodeterminazione della conduzione della trattativa posta*

³⁰⁴ E’ a tal proposito utile la ricostruzione che viene fatta da V. M. Cesàro, *op. ult. cit.*, p. 246, nt. 226, il quale, riportando il pensiero contrastate di insigni giuristi, restituisce al lettore un’idea della complessità e della risalenza della vicenda. Per A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela cd costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti osstanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, I, p. 84 ss. la categoria delle sentenze determinative costituisce un inut ile eccesso di qualificazione, potendo trovare giustificazione soltanto nell’ambito della giurisdizione non contenziosa; secondo altro autore, invece (L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1994, p. 152 ss.) la categoria delle sentenze costitutivo-determinative non verrebbe affatto proposta per il gusto di esigenze teoriche, ma sarebbe resa necessaria dall’esigenza di superare l’orientamento giurisprudenziale che, attraverso l’assunto della tipicità delle sentenze costitutive e dell’interpretazione restrittiva dell’art. 2932 c.c., esclude la possibilità di sanzionare in maniera adeguata gli obblighi di contrattare. Si pone sulla medesima prospettiva A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 345, il quale riporta esempi nei quali l’intervento determinativo del giudice si pone in una prospettiva sostitutiva dell’autonomia privata, quali ad esempio la fattispecie in cui si rende necessario, nel realizzare la comunione forzosa del muro di confine, stabilire le modalità ed i termini del rapporto, ovvero l’ipotesi in cui il giudice deve precisare la parte di bene su cui deve insistere una servitù coattiva avente titolo nella legge.

in essere in esecuzione dell'obbligo rinegoziativo", in quanto, come è ovvio, l'intervento giudiziale minerebbe alla base la libertà negoziale cui dovrebbe essere riconosciuto il monopolio nella costruzione del nuovo assetto negoziale³⁰⁵.

In relazione all'obbligo di rinegoziazione derivante da una specifica clausola pattizia, invece, sono state elaborate due ricostruzioni parzialmente diverse; secondo una prima visione³⁰⁶ dalla clausola in questione discenderebbe per le parti un obbligo di "contrattare" che si risolverebbe anzitutto nel dovere di avviare la trattativa modificativa, quindi nel dover condurre la stessa secondo buona fede in *executivis*; sarebbe la clausola generale di buona fede ad introdurre nella trattativa rinegoziativa parametri analitici e concreti ai quali deve tendere la contrattazione, imponendo alle parti l'obbligo di elaborare proposte che siano ragionevoli e coerenti con l'originario equilibrio contrattuale: è proprio facendo ricorso a questi parametri "guida" che, in ipotesi di comportamento illegittimo, il giudice potrà adattare le condizioni negoziali divenute sperequate alla nuova realtà fattuale.

L'autorità giudiziaria, in altre parole, non procederà alla creazione di un nuovo rapporto contrattuale, limitandosi alla modifica di un regolamento nella direzione già indicata nella clausola di rinegoziazione o, in via suppletiva, seguendo il canone della buona fede. In tal modo il giudice non si sostituisce all'autonomia privata, ma, attuando i criteri sulla base dei quali le parti erano tenute ad improntare il percorso rinegoziativo, procede ad una valorizzazione e concretizzazione della stessa, provvedendo a distribuire oneri e vantaggi discendenti dalle sopravvenienze in maniera "*coerente con le scelte di ordine economico e giuridico adottate dalle parti in sede di elaborazione dell'assetto di interessi*"³⁰⁷.

³⁰⁵ V. M. Cesàro, *op. ult. cit.*, p. 263.

³⁰⁶ V. M. Cesàro, *op. ult. cit.*, p. 264 ss..

³⁰⁷ V. M. Cesaro, *op. ult. cit.*, p. 265.

Secondo altri³⁰⁸ l'autonomia e la discrezionalità dei contraenti nel decidere se concludere o meno il contratto modificativo si esaurisce nel momento stesso della conclusione del contratto originario e nella scelta dell'inserimento della clausola di rinegoziazione: quest'ultima sarebbe la fonte di un vero e proprio obbligo di "*contrarre*" il quale ben potrà essere attuato in via autoritativa dal giudice il quale dovrà realizzare il risultato contrattuale tenendo conto di vari parametri quali le trattative svolte ed il loro stato di avanzamento, nonché di criteri "esterni" quali l'equità integrativa e la buona fede nell'esecuzione del contratto.

Sulla scia di quest'ultima impostazione vi è poi chi ha fatto espressamente riferimento al rimedio tipico previsto del nostro ordinamento nell'art. 2932 c.c. interpretando le clausole di rinegoziare quali accordi preliminari dai quali sorge in capo ai contraenti l'obbligo di stipulare un nuovo contratto sostitutivo di quello originario di talché, in caso di mancato adempimento, la parte non inadempiente potrebbe invocare la tutela costitutiva prevista dall'articolo richiamato³⁰⁹.

2.1 Le soluzioni giurisprudenziali.

La configurabilità dell'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. sarebbe particolarmente funzionale allo scopo di conferire effettività all'obbligo legale di rinegoziare: tale rimedio, a fronte dell'altrui inadempimento, consentirebbe di ottenere con sentenza un contratto adeguato dal giudice alle mutate circostanze; secondo un'innovativa pronuncia sul punto il rimedio in questione è utilizzabile non solo in presenza di un obbligo contrattuale derivante da clausola di rinegoziazione, ma anche di fronte ad un

³⁰⁸ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 425.

³⁰⁹ M. Costanza, *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, Milano, 1992, p. 316.

obbligo legale di rinegoziare quale quello riconducibile alla clausola generale di buona fede³¹⁰.

La possibilità di esperire l'azione *de quo* è legata alla sussistenza di due presupposti rappresentati rispettivamente dal rifiuto in mala fede a rinegoziare il contenuto del contratto (ovvero dal comportamento ostruzionistico in sede di trattative) e dalla sussistenza di elementi che consentano al giudice di risalire in maniera sufficientemente precisa al contenuto delle obbligazioni che sarebbero scaturite da un ideale e corretto svolgimento delle trattative³¹¹; in mancanza di tali elementi la violazione dell'obbligo potrà esser fatta valere soltanto mediante la tutela risarcitoria, benché si faccia rilevare come nel caso di contratti di durata non sia difficile rinvenire gli indici necessari per l'emanazione della pronuncia³¹².

La soluzione prospettata presenta delle indubbe criticità.

Da un lato si sottolinea l'inidoneità della buona fede ad offrire parametri guida per l'intervento del giudice nella "gestione" del contratto, posto che le trattative, le quali potrebbero anche mancare del tutto, non offrirebbero criteri univoci: nella redistribuzione del rischio contrattuale il giudice sarebbe in ultima analisi chiamato a scegliere in maniera arbitraria una sola tra le molteplici alternative, ciascuna a suo modo rispettosa della clausola generale di buona fede. Per ammettere l'intervento giudiziale, sulla scia dell'interpretazione tradizionale dell'art. 2932, occorrerebbe dimostrare la biunivoca corrispondenza tra gli indici ricavati dalla trattativa e la soluzione

³¹⁰ Cfr. T. Bari, ord. 14 giugno 2011, in *I contratti*, p. 571 ss. La ricostruzione trova fonte nell'estrapolazione della *ratio decidendi* da quelle pronunce nelle quali la giurisprudenza di legittimità ha considerato applicabile la medesima norma a casi simili quali, ad esempio, il rifiuto di contrattare in caso di monopolio previsto dall'art. 2597 c.c.. In tal modo, è stato osservato, si è andati ben oltre le conclusioni della dottrina più all'avanguardia (F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., p. 419-433) che, invece, riconosce la tutela in forma specifica soltanto con riferimento all'obbligo di rinegoziare di fonte negoziale (F. P. Patti, *Obbligo di rinegoziare* cit., p. 581).

³¹¹ F. P. Patti, *Obbligo di rinegoziare* cit., p. 581.

³¹² F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit, p. 431.

sostitutiva che consenta il ripristino dell'utilità marginale derivante dal contratto, onde evitare l'attribuzione al giudice di un potere illimitato nella definizione del riparto dei rischi³¹³. Si ripresenterebbe, in altre parole, il problema sul margine di discrezionalità da attribuire al giudice nella concretizzazione delle clausole generali.

Sulla scia di una corrente giurisprudenziale che valorizza il principio della solidarietà contrattuale derivante dall'art. 2 della Costituzione, il limite al potere di intervento del giudice è stato individuato nel sacrificio economico esigibile, attribuendo al giudice il compito di valutare l'incidenza dei costi nella possibilità di realizzazione dell'interesse della parte onerata³¹⁴.

In tale ottica la possibilità che il giudice possa percorrere diverse strade per il ripristino dell'equilibrio tra le prestazioni non è circostanza preclusiva del suo potere di intervento, posto che, in ossequio all'interpretazione della clausola di buona fede quale "*disposizione di legge elastica che richiede giudizi di valore in sede applicativa*", è insopprimibile un certo margine di discrezionalità nel compiere la scelta più congeniale alla fattispecie concreta³¹⁵.

Si intravede di nuovo quella tendenza che è stata definita "*crisi della fattispecie*" nel momento in cui si sostiene che la bontà della decisione, lungi dal poter essere "prevista" (attraverso un giudizio prognostico di coincidenza tra fatto e fattispecie), potrà ben essere valutata considerando le modalità di

³¹³A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 715.

³¹⁴F. P. Patti, *Obbligo di rinegoziare* cit., p. 582 il quale richiama la posizione di G. M. Uda, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 496 ss. secondo cui il giudice sarebbe tenuto ad una valutazione di tipo economico "*nel senso di un raffronto tra l'equilibrio dei costi e dei profitti "prima" e "dopo" l'individuazione dell'atto strumentale*".

³¹⁵F. P. Patti, *op. loc. ult. cit.*

attuazione della clausola generale che verranno esplicitate nell'ambito della motivazione del provvedimento³¹⁶.

La problematica principale della ricostruzione dottrinale esposta riguarda tuttavia l'evidente differenza tra la situazione esaminata e la dinamica nella quale normalmente si trova ad operare l'art. 2932: in sede di rinegoziazione non solo è assente la predeterminazione del nuovo accordo, ma, per di più, le parti sono libere di scegliere se concluderlo o meno³¹⁷. Mentre nella vicenda della rinegoziazione l'emanazione della sentenza avente "gli effetti del contratto non concluso" deriva da un giudizio discrezionale, l'art. 2932 c.c. si applica soltanto quando le parti (o la legge) prevede espressamente l'obbligo di concludere il contratto e nessuna ulteriore trattativa è necessaria per la determinazione del contenuto dello stesso. Il rilievo viene (timidamente) superato sostenendo un'interpretazione evolutiva della norma in questione³¹⁸, ma la forzatura in tale ricostruzione è abbastanza evidente, a meno che ci si imbatta in una clausola contrattuale la quale, sotto le spoglie di una clausola di rinegoziazione, celi un vero e proprio contratto preliminare³¹⁹.

La difficoltà di sostenere in maniera convincente l'attuabilità del rimedio in esame può del resto essere desunta anche dal fatto che nel precedente giurisprudenziale in commento, pur sostenendosi la teoria sopra esposta, poi di fatto non venga emessa una pronuncia costitutiva ai sensi dell'art. 2932, ma una pronuncia di condanna all'adempimento della prestazione prevista nel "nuovo" assetto contrattuale introdotto d'imperio dal giudicante.

3 Tutela cautelare e comminatoria dell'"astreinte" ex art. 614-bis c.p.c.

³¹⁶ F. P. Patti, *op. loc. ult. cit.*.

³¹⁷ A. Gentili, *La replica della stipula cit.*, p. 715.

³¹⁸ F. P. Patti, *op. ult. cit.*.

³¹⁹ Come nella ricostruzione di Costanza, *Clausola di rinegoziazione cit.*, p. 316.

Ai limiti della sostenibilità teorica di tale rimedio giudiziale si aggiungono le difficoltà legate ai tempi necessari ad ottenere tutela attraverso l'art. 2932 c.c., evidentemente incompatibili con quelli previsti per l'attuazione del piano di ristrutturazione del debito. Se si considera che la durata media del piano è stimata tra i 2 ed i 5 anni, ben si comprende la difficoltà di ottenere una pronuncia costitutiva in tale lasso di tempo, posto che, secondo l'indirizzo prevalente, le sentenze costitutive si considerano produttive di effetti soltanto dopo il loro passaggio in giudicato³²⁰.

Certo è che, come avvenuto nel caso esaminato dal Tribunale di Bari, sarà sempre possibile agire in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. in quanto i tempi stretti e le implicazioni economiche irreversibili faranno ritenere sussistenti i requisiti previsti per l'esperimento della procedura, anche se ciò non può affatto garantire un effettivo accorciamento dei tempi i quali in caso di introduzione del giudizio di merito potrebbero addirittura risultare dilatati.

E' senz'altro suggestivo il ricorso, nell'ambito della procedura d'urgenza, alla misura dell'*astreinte* fatto nella sentenza in commento, nella quale è stata condannata la parte inadempiente al pagamento di una somma ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c., per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione di quanto statuito in sentenza. Va tuttavia osservato che in quella circostanza ciò è stato possibile proprio grazie alla mancata applicazione – nonostante i proclami – dell'art. 2932, il quale è stato “surclassato” dalla condanna all'esecuzione della prestazione prevista dal contratto modificativo considerato dal giudice già in essere.

Del resto la possibilità di chiedere l'*astreinte* cumulativamente ad una domanda di esecuzione forzata ex art. 2932 c.c., benché autorevolmente sostenuta³²¹, non è affatto pacifica, poiché, anche dopo la novella del 2015 che

³²⁰ B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2017, p. 16.

³²¹C. Consolo, *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere Giuridico*, 2009, p.741.

ha esteso l'applicabilità dell'istituto agli obblighi di fare fungibili è mantenuto il limite dato dal riferimento alla "condanna" mentre nell'art. 2932 c.c. è previsto un chiaro capo condannatorio soltanto per l'obbligazione relativa al pagamento del prezzo³²².

Una strada alternativa per l'applicazione dell'istituto è quella di abdicare alla richiesta di una sentenza costitutiva in favore di una domanda alla condanna della parte inadempiente alla rinegoziazione del contratto: in questo modo si avrebbe la possibilità di imporre un termine per l'esecuzione spontanea della condanna, al cui mancato rispetto verrebbe a collegarsi la penale prevista dall'art. 614-*bis*. Si tratta comunque di una soluzione ancora discussa in dottrina, parte della quale considera il rimedio di cui all'art. 2932 come esclusivo e vincolante nel caso di violazione dell'obbligo di contrarre, coerentemente alla tradizionale netta separazione tra rimedi costitutivi e rimedi condannatori³²³.

³²²B. Capponi, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2017, p. 575.

³²³ "Il rischio è che si debba continuare a pensare che la tutela prestata dall'art. 2932 c.c. (che è, a seconda della prospettiva, condannatoria o costitutiva) non sia compatibile con la tutela prestata dall'astreinte, perchè da un lato v'è un capo condannatorio relativo al pagamento del prezzo, dall'altro lato v'è un effetto costitutivo, efficace soltanto con la formazione del giudicato, che non è materia di un capo condannatorio eseguibile nelle forme del Libro III. O che, per altro verso, la sinallagmaticità delle posizioni contrattuali esclude che l'astreinte possa essere pronunciata a carico di una sola parte, posto che l'attuale giurisprudenza di legittimità esclude che la condanna al pagamento del prezzo sia provvisoriamente esecutiva ex art. 282 c.p.c." (B. Capponi, *op. loc. ult. cit.*)

BIBLIOGRAFIA

- F. Abate, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, Il Fallimento, 2013
- R. Alessi, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015
- S. Ambrosini, *Nota a Cass. 18 Gennaio 2018, n. 1182*, in osservatorio-oci.org, 2018
- M. Arato, *Gli accordi di salvataggio o liquidazione dell'impresa in crisi*, Il Fallimento, 2008
- M. Arato, *Modifiche all'accordo di ristrutturazione dei debiti e nuovo controllo giudiziario*, Il Fallimento, 2012
- M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e Diritto Privato*, 2003
- G. Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000
- G. Bellantuono, *Le regole di default nel diritto dei contratti*, Riv. Dir. Civ., IV, 2000
- M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975
- E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953

- S. Bonfatti, *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in Riv. Dir. Banc., 2018
- G. Brugger, *Art. 160 l. fall. Profili aziendali*, in A. Jorio, M. Fabiani (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006
- C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, 2017
- E. Capobianco, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, Banca e Borsa, 2010
- B. Capponi, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2017, p. 575
- B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2017
- C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015
- C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986
- V. M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000
- C. Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere Giuridico*, 2009
- M. Costanza, *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, Milano, 1992
- F. Criscuolo, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o giudice) di equità*, in *Riv. Arb.*, 1999
- C. D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in, R. Tommasini (a cura di), *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003
- L. De Angelis, *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, in *Società*, 2008

- V. De Sensi, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, Roma, 2009
- C. Daidone, *Clausola di rinegoziazione*, in M. Confortini (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2017
- V. Di Gregorio, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, III, 2018
- A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis)*, in *Dir. Fall.*, 2011
- A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario al Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna, 1988
- A. Di Majo, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Ghia, Piccininni, Severini, Torino, 2011
- A. Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967
- A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987
- F. Di Marzio, *"La crisi dell'impresa"*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012
- M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011
- M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, *Il Fallimento*, 2013
- M. Fabiani, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, *Il Fallimento*, 3, 2018
- M. Fabiani, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione a l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, *Il Fallimento*, 2010
- G. Ferri, *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011
- P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971
- E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009

- E. Gabrielli, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2005
- E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, IV, 1997
- F. Galgano, *Commento all'art. 1372*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1993
- F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, 1993
- P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992
- F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004
- F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2014
- A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003
- A. Guiotto, *Gli scostamenti dal piano*, in A. Guiotto e M. Fabiani (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012
- F. Innocenti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento collettivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2007
- N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014
- N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2015
- N. Irti, *Un incompiuto dialogo con Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, I, 2012
- G. Iudica, *Fair dealing e contratto di appalto*, in G. Iudica (a cura di), *Sette questioni in tema di appalto*, Milano, 2016
- E. La Rosa, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in *Aa.Vv.*, *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra*

controllo e gestione del rapporto contrattuale, a cura di Tommasini, Torino, 2003

B. Libonati, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in Giur. Comm, 2001

F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996

F. Macario, *Il monitoraggio del piano: esecuzione e rinegoziazione*, il Fallimento, 10, 2014

A. Maffei Alberti, *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuazione dell'attività*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2, 2014

M. Mantello, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003

P. G. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2005

L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Castronovo, Albanese, Nicolussi (a cura di) *Scritti, II, Obligazioni e negozio*, Milano, 2011

G. Minutoli, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, Il Fallimento, 2008

G. Mirabelli, voce "*Negozio Giuridico*", in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1978

U. Molinari, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.: i casi Gabetti Property Solutions S.p.A. e Risanamento S.p.A.* in F. Bonelli (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011

L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1994

A. Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa Dir. Priv.*, 2001

L. Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2007

- I. L. Nocera, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017
- I. L. Nocera, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2014
- R. Pardolesi, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, *Riv. critica dir. privato*, 1996
- A. Patti, *Il giudice nella crisi d'impresa: le ragioni di una presenza*, *il Fallimento*, 2011
- F. P. Patti, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *I Contratti*, 7, 2012
- G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca e Borsa*, I, 2006
- G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in S. Ambrosini (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008
- C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 2, 2006
- A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela cd costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti osstanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991
- N. Rocco di Torrepadula, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. Comm*, 2009
- S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. 2004
- V. Roppo, *Il contratto*, in G Iudica – P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011
- V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007

- R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (a cura di), Torino, 2004
- M. Sandulli, *Commento sub art. 160 l. fall.*, in A. Nigro – M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006
- F. Santoro Passarelli, *Libertà e autonomia nel diritto civile*, Padova, 1977
- V. Sanna, *"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: profili pubblicitari"*, in C. Ibba (a cura di), *Profili della nuova legge fallimentare*, Torino, 2009
- C. Santagata, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Commentario*, a cura di Scialoja e Branca, Roma – Bologna, 1985
- M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009
- G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e Impresa*, II, 2002
- G. Sicchiero, *Voce Rinegoziazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2008 rist
- H. Simon, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985
- G. Terranova, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2012
- C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.* 6/2016
- G. M. Uda, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004
- P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012
- D. Vattermoli, *La rinegoziazione del concordato post-omologazione*, in *Giustiziacivile.com*, 2015
- P. Vella, *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi di impresa*, in *IlCaso.it*, 2015

G. Verna, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, in *Diritto Fallimentare*, 2005, p. 865