

GIURISPRUDENZA ITALIANA

► edicolaprofessionale.com/giurit

dal 1849

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni
Claudio Consolo - Gastone Cottino
Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo
Mattia Persiani - Mariano Protto
Pietro Rescigno - Giorgio Spangher

Speciale

170 anni

tra tradizione e innovazione

SUPPLEMENTO DIGITALE A GIURISPRUDENZA ITALIANA N. 12 - DICEMBRE 2019



 Wolters Kluwer

UTET
GIURIDICA



Intelligenza s.f.

[Dei nostri clienti e degli strumenti che mettiamo a loro disposizione. Da sempre noi di Wolters Kluwer lavoriamo per realizzare soluzioni digitali evolute, capaci di supportare il pensiero e l'attività dei professionisti.

Da questo impegno oggi nasce One. Una nuova piattaforma intelligente e intuitiva che fornisce velocemente risposte puntuali, complete e affidabili.]

Scopri di più su info.one.it

One | FA GRANDE
LA DIFFERENZA

Giurisprudenza Italiana compie 170 anni

Nata nel 1849 è la più antica Rivista giuridica italiana, che si caratterizza da sempre per la sua assoluta autorevolezza, quale “punto di riferimento” in tutte le aree del diritto, sia per il giurista teorico, sia per quello pratico, per l’approfondimento scientifico, l’analisi critica degli orientamenti della giurisprudenza e il controllo costante ed attento della sua evoluzione.

La sua tradizione ultrasecolare, in ogni caso, non le ha impedito di essere costantemente al passo con i tempi e, grazie all’esperienza maturata nel passato, di guardare al futuro, in un connubio costante, e mai rinunciato, che salda tradizione e novità.

Giurisprudenza italiana, pur conservando l’originaria struttura editoriale, ha saputo così adeguarsi e rispondere, nel corso del tempo alle mutate esigenze conoscitive e professionali dei suoi Lettori.

In tale prospettiva, e perseguendo tale obiettivo, ha coniugato la qualità dell’elaborazione scientifica all’aggiornamento puntuale e selezionato dei suoi contenuti, nella continua e costante ricerca della completezza dei temi indagati e delle soluzioni da offrire a tutte le categorie professionali di cui si compone il pubblico dei propri Lettori, affinché la riflessione proposta fosse in linea con l’evoluzione del diritto e la soddisfazione delle sue concrete necessità operative.

Per celebrare questo importante anniversario, Giurisprudenza italiana, nel segno della tradizione e delle novità, offre un fascicolo Speciale, dedicato all’approfondimento e all’analisi critica di temi classici ma affrontati nella dimensione speculativa della loro attualità, uno strumento per l’elaborazione organica delle novità normative e giurisprudenziali che spesso pongono i Lettori di fronte ad un oneroso compito esegetico e ricostruttivo per la soluzione di concreti problemi applicativi.

Gli scritti, curati da firme prestigiose della Rivista, offrono un prezioso contributo al dibattito sui temi più innovativi e di sicura attualità: Tradizione e novità nel nuovo Codice della crisi d’impresa: le modulazioni dell’autonomia privata e “l’apparizione” del negozio giuridico (E. Gabrielli); Riflessioni minime su Intelligenza Artificiale e servizi giuridici (S. Charloni); Il futuro della proprietà intellettuale nella società algoritmica (M. Ricolfi); L’elaborazione giurisprudenziale delle fattispecie in funzione delle sanzioni nella disciplina dei licenziamenti illegittimi (F. Lunardon); Le lesioni dei diritti della personalità in rete: conflitti di giurisdizione e diritto applicabile (C. Consolo); Le nuove frontiere della responsabilità della pubblica amministrazione (M. Protto); Diritto penale e Intelligenza Artificiale (F. Basile); Vittima e persona offesa nelle nuove dinamiche del processo penale (G. Spangher).

Un modo, che ci è apparso significativo, per festeggiare una ricorrenza così rilevante, che vale simbolicamente, al medesimo tempo, sia come conferma, sia come auspicio e promessa, dell’impegno di Giurisprudenza italiana di continuare ad adempiere per il futuro a quella che, sin dalle origini, sente e persegue come la propria missione scientifica e culturale, mantenendo l’autorevolezza che da sempre la contraddistingue e offrendosi come strumento di sicura utilità, affidabile e completo.

Il risultato di questi “primi secoli” di attività, al pari di quello che risulterà il frutto dei fascicoli che ne seguiranno nel tempo, è stato reso possibile dal generoso impegno e prezioso apporto sia dei Direttori, che nel tempo si sono succeduti nella gestione e organizzazione della Rivista, sia di tutti coloro che a vario titolo vi hanno collaborato. A tutti Voi è rivolto il nostro più sentito ringraziamento.

Nella speranza del gradimento di questa iniziativa, e grati per l’attenzione e i suggerimenti che, anche in futuro, potranno arrivare dai nostri Lettori, Vi invitiamo a seguirci fascicolo dopo fascicolo, quanto meno per i prossimi 170 anni!

COMPLIANCE COMMENTARIO

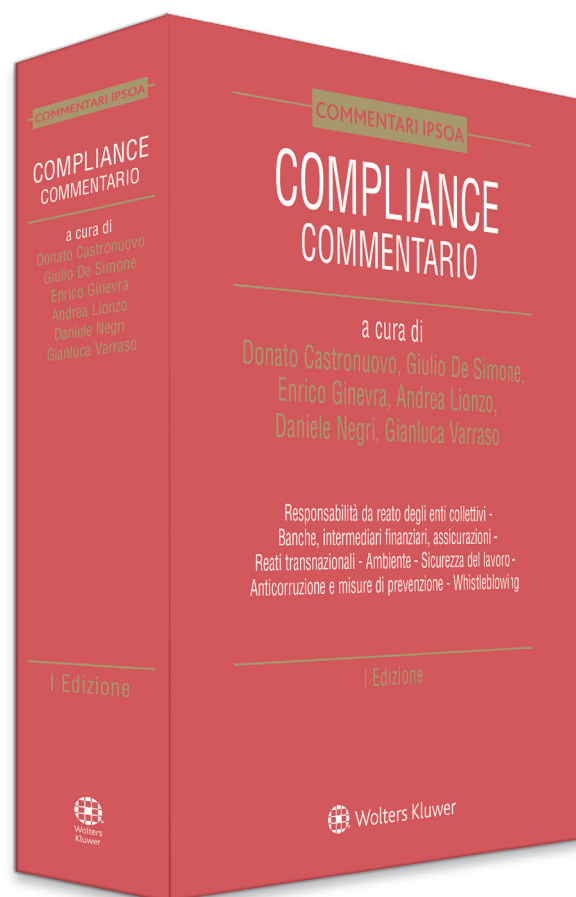
a cura di D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso

Il Commentario offre una sintesi dei tanti profili eterogenei di **compliance aziendale e di responsabilità amministrativa degli enti**.

Analizza i problemi interpretativi che spaziano dalla parte generale alla parte speciale del **diritto penale, diritto penale complementare, diritto processuale penale**, e che si intersecano con questioni di natura **societaria, lavoristica, amministrativistica** e di matrice **economico-aziendale**.

Il Commentario tratta:

- **D.Lgs. n. 231/2001**
- **Banche, intermediari finanziari, assicurazioni**
- **Reati transnazionali**
- **Ambiente e Sicurezza del lavoro**
- **Anticorruzione e misure di prevenzione**
- **Whistleblowing**



GIURISPRUDENZA ITALIANA

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni - Claudio Consolo - Gastone Cottino - Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo - Mattia Persiani - Mariano Protto - Pietro Rescigno - Giorgio Spangher

Comitato di Direzione

Emilio Balletti - Fabio Basile - Chiara Besso - Salvatore Boccagna - Guido Bonfante - Mauro Bove - Marina Brollo - Oreste Cagnasso - Roberto Caranta - Antonio Carratta - Franco Carinci - Raffaele Caterina - Piermaria Corso - Pasquale Costanzo - Elena D'Alessandro - Marco Dell'Utri - Madia D'Onghia - Alfredo Gaito - Fiorella Lunardon - Valerio Maio - Antonella Marandola - Michel Martone - Enrico Minervini - Marcella Negri - Stefano Pagliantini - Stefano Petitti - Pietro Pustorino - Marco Ricolfi - Lucia Risicato - Alberto A. Romano - Achille Saletti - Marcella Sarale - Marco Sica - Gianluca Sicchiero - Antonio Vallini - Roberto Weigmann

Comitato di Redazione

Daniele Amoroso - Stefania Baiona - Laura Baccaglioni - Giovanni Barrocu - Andrea Barengi - Ettore Battelli - Angelo Bertolotti - Luca Boggio - Manfredi Bontempelli - Mia Callegari - Lisia Carota - Maurizio Cavanna - Tilde Cavaliere - Stefano A. Cerrato - Daniela Chinnici - Donatello Cimadomo - Alessandro Cogo - Riccardo Conte - Claudio Contessa - Eugenio Dalmotto - Massimo D'Auria - Eva Desana - Amalia Diurni - Margherita Dominici - Chiara Fanuele - Emanuela Fiata - Giorgio Frus - Giulia Garesio - Domenico Garofalo - Filippo Giunchedi - Federica Godio - Lucia Iandolo - Silvia Ingegnatti - Katia La Regina - Sergio Luoni - Matteo Lupano - Barbara Mameli - Silvia Mirate - Alessandro Monteverde - Edoardo Morino - Luciano Olivero - Antonello Olivieri - Massimo Francesco Orzan - Luca Paladini - Paolo Patrito - Luca Penasa - Barbara Petrazzini - Fabrizio Piraino - Federico Riganti - Rossella Rivaro - Carmela Robustella - Rita Rolli - Alberto Ronco - Natalia Rondi - Marco Russo - Riccardo Russo - Fabrizia Santini - Anna Saraceno - Roberto Senigaglia - Marina Spiotta - Marcello Stella - Eugenia Tonello - Davide Turroni - Vincenzo Verdicchio - Diego Volpino - Angelo Zampaglione

Recentissime

Daniele Amoroso - Paolo e Vincenzo Carbone - Claudio Contessa - Massimo Francesco Orzan - Giuseppe Santalucia

Comitato per la Valutazione

Niccolò Abriani - Luigi Balestra - Angelo Barba - Roberto Bartoli - Alessandro Bellavista - Massimo Bione - David Brunelli - Vincenzo Calandra Buonauro - Alberto Cadoppi - Piera Campanella - Guido Canale - Francesco Caprioli - Angelo Castagnola - Giuseppe Cataldi - Maria Cristina Cataudella - Gino Cavalli - Roberto Calvo - Francesco Cavazzuti - Massimo Ceresa Gastaldo - Alessandro Ciatti - Silvia Cipollina - Nicola Cipriani - Carlotta Conti - Giorgio Costantino - Renzo Costi - Donatella Curtotti - Domenico Dalfino - Giovanni D'Amico - Marco De Cristoforo - Giovannangelo De Francesco - Maria Vita De Giorgi - Francesco Delfini - Maria Valeria Del Tufo - Pierpaolo Dell'anno - Giancarlo De Vero - Vincenzo Di Cataldo - Marcello Di Filippo - Adolfo di Majo - Angelo Federico - Paola Ferrari - Fiorenzo Festi - Franco Fichera - Luigi Fiorillo - Giovanni Flora - Enrico Follieri - Gabriele Fornasari - Gabriele Franza - Novella Galantini - Paolo Gallo - Marco Gambacciani - Alberto Gargani - Pietro Gargiulo - Giulio Garuti - Alessandro Giovannini - Andrea Giussani - Enrico Gragnoli - Giulio Illuminati - Massimo Iovane - Maurizio Irrera - Alberto Jorio - Leonardo Lenti - Mario Libertini - Stefano Liebman - Sergio Lorusso - Francesco Luiso - Vincenzo Maiello - Andrea Maltoni - Adelmo Manna - Maria Riccarda Marchetti - Marino Marinelli - Enrico Marzaduri - Maria Rosaria Mauro - Agostino Meale - Elena Merlin - Fabio Merusi - Paolo Montalenti - Salvatore Monticelli - Paolo Morozzo della Rocca - Paolo Moscarini - Ilaria Pagni - Michele Papa - Paolo Pascucci - Giorgio Pastori - Salvatore Patti - Marco Pelissero - Luca R. Perfetti - Lorenzo Picotti - Federico Maria Putaturo Donati - Maurizio Ricci - Vincenzo Ricciuto - Alessandra Rossi - Giuseppe Ruffini - Laura Salvaneschi - Davide Sarti - Bruno Sassani - Franco Gaetano Scoca - Michele Sesta - Marco Spolidoro - Alberto Stagno d'Alcontres - Luigi Stortoni - Giuliano Tabet - Michele Taruffo - Paolo Tosi - Luigi Carlo Ubertazzi - Daniela Valentino - Francesco Vergine - Giovanna Visintini - Tiziana Vitarelli - Giuseppe Zanmarone

Procedura di Revisione

I contributi inviati per la pubblicazione alla Rivista *Giurisprudenza Italiana*, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".

La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.

La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.

I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.

Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.

Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.

In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle osservazioni del revisore.

In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.

La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

Segnalazioni di provvedimenti

La Redazione di "Giurisprudenza italiana" invita i propri Lettori ad inviare provvedimenti di merito e legittimità che per l'importanza degli argomenti trattati e la peculiarità delle interpretazioni contenute meritano di essere pubblicati su questa Rivista.

Il testo completo dei provvedimenti potrà essere inviato:

- via e-mail a: domenica.distefano@wolterskluwer.com

- oppure per posta a: "Giurisprudenza italiana", dott.ssa Domenica Distefano presso Wolters Kluwer Italia s.r.l., Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano.

Sarà cura della Redazione riportare nell'intestazione dei provvedimenti pubblicati i nomi dei Giudici e degli Avvocati difensori.

Per informazioni in merito a contributi e articoli telefonare al seguente numero: 02.82476881.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

DIRETTORE RESPONSABILE

Antonella Loporchio

Passaggio registro SICID n. 1297/18 n. 3 del 17 gennaio 2018. Registro stampa già n. 321/1948.

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

REDAZIONE

Ines Attorresi, Francesco Cantisani, Domenica Distefano
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

SELEZIONE SENTENZE

La selezione delle sentenze in materia di diritto civile, processuale civile, lavoro e penale è a cura dell'avv. Simone Ferrari.

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia s.r.l.

COMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche S.r.l. - Corsico (MI)

STAMPA

L.E.G.O. S.p.A.

Viale dell'Industria, 2 - 36100 Vicenza

Per informazioni in merito a contributi, articoli e argomenti trattati, scrivere a:
domenica.distefano@wolterskluwer.com

UFFICIO ABBONAMENTI

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti
Via Ostiense, 131/L - Palazzo Argonauta - Corpo C1 - 6° piano - 00154 Roma, Italy.

Telefono: 199.100.120

(costo massimo € 0,1449 al minuto da rete fissa senza scatto alla risposta e da rete mobile legato all'operatore utilizzato)

Fax: 199.100.150

e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Per comunicazioni con l'Ufficio Abbonamenti (cambio indirizzo, richiesta arretrati, ecc.) è utile indicare il codice cliente.

ABBONAMENTO 2020

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 300,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 290,00 + IVA 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 600,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 290,00 (esente IVA)

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, oppure a mezzo PEC all'indirizzo: contact@wkicert.it.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/giurit, tablet e smartphone scaricando l'App Edicola professionale.

Le richieste potranno essere inoltrate alle Agenzie operanti sul territorio nazionale oppure a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a Wolters Kluwer Italia Srl - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano - utilizzando le seguenti modalità:

- Conto Corrente Postale 54738745

- Conto corrente Bancario 615222314167

INTESASANPAOLO - AG. ROMA

intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

IBAN IT32K0306905070615222314167

Importante: indicare la causale del versamento

Servizio Clienti: tel. 02.824761 e-mail:

servizio.clienti@wolterskluwer.com

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Le opinioni presenti nei contenuti pubblicati sulla Rivista sono libera espressione del pensiero degli Autori e non impegnano in alcun modo l'Editore.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.

Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).

Indice sommario

Tradizione e novità nel nuovo Codice della crisi d'impresa: le modulazioni dell'autonomia privata e "l'apparizione" del negozio giuridico di Enrico Gabrielli	1
Riflessioni minime su Intelligenza Artificiale e servizi giuridici di Sergio Chiarloni	8
Il futuro della proprietà intellettuale nella società algoritmica di Marco Ricolfi	10
L'elaborazione giurisprudenziale delle fattispecie in funzione delle sanzioni nella disciplina dei licenziamenti illegittimi di Fiorella Lunardon	37
Le lesioni dei diritti della personalità in rete: conflitti di giurisdizione e diritto applicabile di Claudio Consolo	49
Le nuove frontiere della responsabilità della pubblica amministrazione di Mariano Protto	55
Diritto penale e Intelligenza Artificiale di Fabio Basile	67
Vittima e persona offesa nelle nuove dinamiche del processo penale di Giorgio Spangher	75

Daniela
Avvocato Familiarista

DRITTO AL CUORE DELLA MATERIA

One LEGALE
presenta Esperta *Famiglia*

Un patrimonio di strumenti intelligenti di grande ricchezza: guide pratiche, procedure operative, check list, codici commentati, quesiti, riviste, formule, news e molto altro, per gestire non solo le questioni legate al diritto di famiglia ma anche tutto ciò che riguarda successione, testamenti, eredità.

Da oggi, avere soluzioni immediate ad ogni problema è una certezza.

Scopri di più su info.onelegale.it

One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

Tradizione e novità nel nuovo Codice della crisi d'impresa: le modulazioni dell'autonomia privata e "l'apparizione" del negozio giuridico

Enrico Gabrielli

Lo scritto esamina, mediante una visione di sintesi e d'insieme, alcuni istituti del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza nei quali si manifesta ed esprime il potere di autonomia dei privati, segnalando come il Codice impieghi, forse per la prima volta in un testo legislativo, nozioni e concetti che espressamente richiamano la figura del negozio giuridico.

Premessa

Un discorso, seppur meramente introduttivo e svolto con toni e accenti sintetici, adatto ad indicare un significativo percorso temporale, quale quello che dal 1849, anno della sua fondazione, ad oggi ha segnato la Giurisprudenza Italiana, e che quindi abbia l'attitudine a saldare tradizione e novità, può essere suscitato dal tema degli "strumenti negoziali stragiudiziali di composizione e di soluzione della crisi d'impresa", oggi racchiuso nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14).

Una suggestiva ricorrenza storico-legislativa sembra accompagnare tale scelta, se si osserva che l'anno di nascita della Giurisprudenza Italiana, è di poco successivo alla promulgazione nel 1842 del Codice di commercio albertino (che adottò la legge fallimentare francese del 28 maggio 1838) e che dal lontano 1849 la Rivista ha accompagnato l'evoluzione della disciplina del diritto fallimentare e della crisi d'impresa, nonché la riflessione sui suoi svolgimenti teorici e giurisprudenziali, fino ad oggi, quando la legge fallimentare è stata sostituita per la prima volta da un apposito Codice, che entrerà pienamente in vigore solo nel 2020.

Una riflessione nell'indicata direzione, e con le precisazioni già ricordate, tuttavia, a me pare che possa avere come obiettivo principale, e opportunamente circoscritto, non tanto il confronto di dettaglio "tra il vecchio e il nuovo" regime, ovvero la minuziosa registrazione esegetica delle relative differenze e delle novità, quanto l'esame della disciplina di regolazione convenzionale stragiudiziale della crisi d'impresa, intesa nel suo insieme unitario, prevalentemente nella prospettiva dell'inquadramento e della qualificazione di quegli istituti all'interno del sistema disegnato dall'ordinamento. Laddove il potere di autonomia dei privati si confronta con le regole di gestione e di governo dell'insolvenza e diviene, pertanto, un felice momento e luogo di incontro e di confronto tra il diritto civile e quello della crisi d'impresa.

Occorre infatti valutare se, rispetto al passato, tra gli strumenti edificati dall'autonomia negoziale, emergano nuove figure, se quelli già presenti nell'ultimo testo della legge fallimentare, seppur assai integrato dalle novelle degli ultimi decenni, ed ora riproposti, mantengano la medesima rilevanza funzionale e la stessa

conformazione strutturale, ovvero – ed eventualmente in che limiti e in che misura – essi abbiano subito modificazioni tali da alterarne l'originaria configurazione normativa.

Tale modo di procedere, senza voler abbandonare l'attitudine ad interrogarsi su singoli aspetti della nuova disciplina e sulle loro specificità, ha una propria utilità ed un significato "di sistema" nel discorso ricostruttivo teso a comprendere quegli istituti, poiché rappresenta, rispetto a quelle figure, un momento di sintesi sia al fine di individuarne e chiarirne, attraverso l'esame della loro funzione, i profili strutturali, sia per meglio collocarle in un ordinato quadro normativo che faciliti, per un verso, l'emersione dei problemi che sul terreno ermeneutico esse possono sollevare, per un altro, l'applicazione in concreto della disciplina dettata dal legislatore.

Dal fallimento alla liquidazione giudiziale

In tal senso può essere opportuno prendere le mosse, anzitutto, da quella che appare l'idea riformatrice di fondo del nuovo Codice, e le linee direttrici lungo le quali essa si è oggettivamente indirizzata: la crisi dell'impresa (e quindi il fallimento, nella vecchia denominazione legislativa) non può essere più considerata attraverso il prisma sanzionatorio che vede nel fallito tendenzialmente un soggetto fraudolento, e nella liquidazione dell'impresa un mezzo per eliminare dal mercato soggetti ed attività in grado di minare l'affidabilità dei commerci, dei traffici e di causare danni al patrimonio dei suoi creditori, ma deve essere riguardata come una situazione ancora recuperabile¹.

La disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza sembra, quindi, assumere ora, anche sotto il profilo della rilevanza penalistica degli atti e delle condotte (cfr. ad esempio l'art. 324), soprattutto un connotato ed una ideologia di natura "rimediabile", utilizzando, così, una suggestione terminologica che ci viene dalla cultura e dall'esperienza giuridica anglosassone.

Il linguaggio del legislatore, di conseguenza, si adegua al nuovo parametro normativo, e, se è vero che "è il tono che fa la musica", allora la nuova melodia è più ariosa e meno tragica: non più fallimento, ma liquidazione giudiziale è la cifra semantica della nuova forma di regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La diversa formula legislativa è pertanto, e non a

¹ Rordorf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, 129 e segg.; Lo Cascio, *Il Codice della*

crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura, in *Fallimento*, 2019, 263.

caso, meno carica di negativa soggettività concettuale per chi subisce gli effetti dell'insolvenza.

Sicché accanto al più attenuato risvolto psicologico che il termine "liquidazione" suggerisce – e che le nuove parole della legge suggellano – l'insuccesso dell'imprenditore viene riguardato, anche dal punto di vista nominalistico, non sul piano della persona, che ne risulta responsabile, ma su quello degli effetti patrimoniali che conseguono al suo agire imprenditoriale: la liquidazione intesa non tanto come necessaria ed inevitabile dismissione del patrimonio a beneficio dei creditori del concorso, ma come forma di cessazione dell'attività d'impresa, al pari di come – e di quanto – accade nel diritto comune delle società, quando la società non è più in grado, ad esempio, di conseguire l'oggetto sociale.

Alla situazione di crisi dell'impresa, infatti, non deve necessariamente seguire la sua dissoluzione, ma, anzitutto e soprattutto, il tentativo di salvarla, mediante appositi strumenti di possibile predizione degli indici di insolvenza e di previsione del loro concreto manifestarsi, nonché di strumenti di ristrutturazione e comunque di risanamento dell'impresa in crisi da attuare prima che questa divenga irreversibile e l'impresa divenga insolvente.

L'idea di fondo, e la nuova risposta che la Legge offre alle fenomenologie della crisi, è dunque duplice: da un lato, salvaguardare il residuo valore economico dell'impresa, piuttosto che disperderlo attraverso la sua dismissione e liquidazione; dall'altro, non colpire di negatività, e di disvalore soggettivo e personalistico, l'imprenditore che non è riuscito nel suo progetto aziendale, di modo che egli possa nuovamente tentare di svolgere l'attività d'impresa e avere altre possibilità di affermazione, tenendo conto proprio degli errori e/o delle incolpevoli disavventure del passato e dell'esperienza negativa maturata in tal senso.

In questa prospettiva può osservarsi come la legge fallimentare del 1942 aveva come suo soggetto di riferimento l'impresa e l'imprenditore.

Il Codice della crisi d'impresa guarda, invece, al debitore. L'art. 1, infatti, recita "Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore...", così che al centro della intenzione riformatrice del legislatore sembra collocarsi più la persona, e per certi versi la sua tutela soggettiva, che l'impresa.

Il quadro degli strumenti stragiudiziali

Una logica del recupero, del risanamento, del rilancio industriale ed economico – che si sostituisca così alla precedente logica della dissoluzione dell'impresa e della sua eliminazione dal mercato – impone, però,

che venga privilegiata la dimensione negoziale degli strumenti di intervento, di gestione e di regolazione della crisi.

L'autonomia privata – le sue articolazioni e le sue declinazioni – è dunque il nuovo terreno all'interno del quale si misurerà l'effettiva attitudine funzionale dei suoi strumenti per il perseguimento ed il raggiungimento delle intenzioni del legislatore della riforma.

È noto, infatti, che, un tempo, l'idea che l'autonomia privata potesse fare ingresso nel rigoroso regime delle procedure fallimentari era percepita con grande ostilità, ma le novelle ed integrazioni nella legge fallimentare, seguite dal 2005 in poi, e attuate soprattutto nel corso dell'ultimo decennio, ne hanno sensibilmente attenuato il connotato negativo, provocandone – quasi per la legge del contrappasso – un ampliamento, forse perfino eccessivo, ed una introduzione di nuove figure ed istituti non sufficientemente filtrati da una preventiva e corretta mediazione tra teoria e prassi, e quindi non accompagnata dalla piena consapevolezza dei limiti e dei parametri entro i quali la novità legislativa potesse aspirare ad utilmente collocarsi e a proiettarsi all'interno del sistema e del suo ordine concettuale.

Il nuovo codice, invece, senza rimanere ammaliato dal sortilegio del sistema, ma con apprezzabile coerenza, gradua ora l'ingresso del potere di autonomia dei privati nel contesto della crisi d'impresa segnandone i limiti e circoscrivendone il perimetro, a seconda del tipo di fattispecie, degli interessi in concreto di volta in volta coinvolti e da governare, del diverso strumento ritenuto a tal fine più adeguato per la relativa e coerente regolazione.

Le "tracce" degli istituti di matrice negoziale sono sparse e disseminate nel corpo del testo normativo², per poi concentrarsi nel titolo IV sotto la rubrica di "Strumenti di regolazione della crisi" con la successiva distinzione tra quelli "negoziali stragiudiziali" e quelli "negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione".

La partizione segue un rigoroso ordine logico, che tiene conto, a mio modesto avviso, delle differenti declinazioni di intensità espansiva del potere di autonomia privata, muovendo dal perimetro segnato da una più ampia e libera esplicazione a quello, più circoscritto, poiché soggetto al controllo giudiziale.

Nella prima sezione si collocano i cc.dd. "accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento" (56); nella seconda, "gli accordi di ristrutturazione dei debiti" (57).

Questi ultimi sono ulteriormente distinti in "accordi di ristrutturazione agevolati" (60) e in "accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa" (61).

Le differenti discipline apprestate dal legislatore, risultano, nella geometria dei concetti e delle aggettivazioni che le connotano, dirette a governare i varie-

² Per limitare il richiamo ad un solo esempio, si osservi che i punti di emersione della disciplina del c.d. piano attestato partono dagli artt. 19 e 20, fino al 56, che si colloca nel titolo IV rubricato

"Strumenti di regolazione della crisi", per proseguire con gli artt. 166, 284, 324.

gati interessi che di volta in volta, con riguardo alle singole fattispecie, il potere di autonomia dei privati sembra voler intravedere per la soluzione della crisi.

L'unicità di funzione dell'atto di autonomia – coerentemente a quelli che possono essere gli strumenti che si rivelino in concreto più adeguati³ – si conferma pertanto adattata ed adattabile ad una pluralità di strutture formali espressive di interessi a contenuto variabile da soddisfare.

È, dunque, nel diverso alternarsi di strutture, tutte parimenti coerenti alla funzione di risanamento perseguita, che in queste figure l'autonomia privata sembra esprimere, con significativa accentuazione, tutta la sua elasticità e capacità di plasmarsi per la creazione di assetti di interessi diretti alla soddisfazione delle concrete esigenze del debitore e dell'imprenditore in crisi.

L'apparizione del negozio giuridico e delle sue strutture "configurative"

Nella prospettiva di inquadramento, nell'ambito dell'autonomia privata, degli strumenti di regolazione della crisi un elemento si rivela subito dirimpante, e non solo sul piano semantico; il legislatore dell'insolvenza usa il termine "strumenti negoziali", e, con riferimento alla transazione fiscale e agli accordi su crediti fiscali e previdenziali, espressamente parla di "sottoscrizione dell'atto negoziale" (art. 63, 2° comma).

Il riferimento, portato dall'aggettivazione "negoziabili" e dalla locuzione "atto negoziale", alla figura del negozio giuridico appare, forse per la prima volta, in un testo legislativo e non è un caso che questo testo sia proprio un Codice. E non è necessario in questa sede indagare se ciò sia il risultato di un processo cognitivo consapevole o di un riflesso subliminale dell'impiego che del vocabolo si opera nel corrente linguaggio giuridico.

È sufficiente, per ora, prenderne atto.

Sta di fatto che l'impiego della nozione di negozio giuridico – e tutto il pensiero teorico che essa evoca⁴ – senza voler riaprire in questa occasione il dibattito sulla persistente validità della figura, e sull'opportunità del mantenimento della categoria alla quale esso ha dato luogo⁵, è indice, anche sul piano nominalistico e

concettuale, di una esigenza di maggiore e più penetrante apertura all'autonomia privata nella gestione della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Si tratta però di vagliare e ricostruire come tale negoziabilità effettivamente si atteggi, e come si manifesti nelle sue graduazioni, proprio sul piano di rilevanza delle modalità di esplicazione ed esternazione dell'autonomia privata e delle sue connotazioni, considerato che (come ha osservato autorevole dottrina), "nella realtà pratica ed empirica, ma anche in quella giuridica, non esiste il "negozio", ma i "negozi", ossia una infinità varietà e diversità di tipi e figure, ciascuna contraddistinta da un proprio regime e da un corrispondente quadro di effetti a seconda della dimensione soggettiva e della misura oggettiva degli interessi perseguiti"⁶.

In tal senso la partizione della figura degli accordi di ristrutturazione in negoziali stragiudiziali (che potremmo denominare "puri") e negoziali stragiudiziali "soggetti ad omologazione" definisce un primo limite concettuale e ricostruttivo, anzi usando un'antica terminologia si potrebbe dire "dogmatico".

La legge – sotto la denominazione di strumenti negoziali – parla infatti di "accordi", ma essi in realtà nella rubrica della norma (art. 56) vengono definiti "accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento", sicché, per la ricostruzione logica del significato della norma, e delle sequenze strutturali di cui si compone, poiché è il "piano attestato" a precedere "l'accordo in esecuzione", sarebbe stato, forse, più corretto intitolare la rubrica dell'art. 56 in maniera coerente con il suo significato normativo, e cioè: "Atti unilaterali e contratti posti in essere in esecuzione del piano attestato", recuperando, così, la formula di cui all'ultimo comma della medesima norma.

Il piano attestato – il cui profilo causale è il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e il riequilibrio della situazione finanziaria – per la sua stessa conformazione acquisisce valore e natura di negozio configurativo⁷, in piena aderenza con la qualificazione in termini di negoziabilità della natura di tali accordi.

L'accordo di ristrutturazione "puro" si configura, infatti, secondo una struttura formale unitaria e programmatica dell'operazione economica diretta al superamento della crisi e alla paralizzazione del rischio

³ In tal senso appare indicativa la circostanza che gli accordi di ristrutturazione soggetti ad omologazione sono ammissibili anche per "gli imprenditori non commerciali e diversi da quelli minori" i quali si trovino in stato di crisi e d'insolvenza (art. 57, 1° comma).

⁴ Sul punto mi permetto di rinviare di recente, anche per ulteriori richiami, a E. Gabrielli, *La nozione di contratto. (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. It.*, 2018, 2780 e segg.

⁵ Cfr. per tutti ed anche per più ampi riferimenti, in tempi relativamente recenti, Sacco, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da Sacco, Torino, 2005, 273 e segg.; G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, II ed., Padova, 2004, 69; Id., voce "Negozio giuridico", in *Digesto Civ.*, 1995, 63; Galgano, voce "Negozio giuridico (dottrine gen.)", in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 936; Id., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* diretto

da Cicu Messineo Mengoni, II ed., Milano, 2002; Mirabelli, voce "Negozio giuridico", in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 e segg.; Rescigno, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. It.*, 1978, IV, 113 e segg.; Id., Premessa, in E. Gabrielli, (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tratt. dei Contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, II ed., Torino, 2006, XXXVI; A. Falzea, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1996, I, 1 e segg.; V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 3 e segg.; G. Benedetti, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, II ed., Napoli, 1997, 112.

⁶ V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 33.

⁷ Per la descrizione e l'inquadramento teorico della figura cfr. Palermo, *L'autonomia privata*, III ed., Torino, 2015, 26 e segg.

di insolvenza. Tale struttura si articola e modella secondo una sequenza che si snoda e si svolge in più atti e comportamenti successivi, ma tutti previsti, configurati e disciplinati *ab origine* dall'originario "negozio di risanamento" che si compone sia del piano, sia degli accordi che ne costituiscono la fase esecutiva.

In tal senso l'accordo di ristrutturazione cd. "puro" può essere inquadrato come patto configurativo delle successive fasi, comportamenti e adempimenti, che – ciascuna di per sé autonoma nella sua singolarità e nel suo contenuto sostanziale – disegnano, secondo un rigoroso e teleologico processo costruttivo, un complesso meccanismo negoziale, il quale si struttura in un'unica ed unitaria operazione economica⁸ funzionalmente diretta al risanamento e al riequilibrio finanziario dell'impresa in crisi.

Conferma se ne trae dalla previsione normativa (art. 56, 6° comma) che impone una determinata forma – quella scritta ed avente data certa – "agli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano", cioè a dire che il piano – quale negozio configurativo – prevede necessariamente successivi atti, negozi, contratti e adempimenti allo stesso collegato, i quali trovano la loro giustificazione causale, anche in termini di fondamento del relativo spostamento patrimoniale – solo in ragione dell'esistenza "a monte" del piano, che, riguardato secondo una differente veste formale, assume le sembianze di un accordo quadro, una sorta di *Rahmenvertrag*, secondo la terminologia tedesca.

Negli accordi di ristrutturazione "puri" il potere di autonomia privata è, dunque, pieno e l'autodeterminazione del debitore e dei suoi creditori non subisce né vincoli, né condizionamenti che non siano quelli dettati dai requisiti di sostanza e di forma che l'ordinamento impone. Manca però qualsiasi forma di protezione legislativa dell'accordo medesimo dalle azioni e dall'aggressione esecutiva o concorsuale di terzi soggetti.

Sicché alla pienezza delle manifestazioni di autonomia segue, secondo un corretto bilanciamento di interessi, una assenza di strumenti di tutela *ab externo* degli effetti sostanziali del piano, che non sia quello dell'esenzione da revocatoria di cui all'art. 166, 3° comma.

Un diverso discorso, per l'inquadramento delle fattispecie, sembra potersi introdurre per il secondo tipo di strumenti negoziali stragiudiziali, cioè quelli soggetti ad omologazione.

Fattispecie che ricalca quella già presente nella precedente legge fallimentare (art. 182 *bis*) e nella quale all'atto di autonomia privata si affianca l'intervento integrativo dell'ordinamento mediante l'omologazione del Tribunale.

Significativo, in punto di ricostruzione della figura,

è il mutamento della terminologia dalla precedente legge fallimentare all'attuale Codice della crisi: si passa dall'accordo agli accordi⁹.

Gli accordi soggetti ad omologazione, a loro volta, si suddividono in due ulteriori partizioni: ad efficacia, che potremmo definire, "limitata" (art. 57); ad efficacia "estesa" (art. 61), in ragione della differente adesione o partecipazione agli stessi del ceto dei creditori. A questi vanno aggiunti sia la transazione fiscale, sia gli accordi su crediti contributivi innestati nell'ambito degli accordi di ristrutturazione (art. 63).

La presenza del procedimento di omologazione segna una netta linea di discriminazione e di differenziazione tra gli accordi "puri" e quelli "omologati" proprio sul terreno dell'autonomia privata. Gli accordi di ristrutturazione in sé considerati, in questa seconda forma, si estrinsecano, infatti, nonostante l'uso della formula al plurale, in un unitario atto di autonomia privata inserito in un procedimento giurisdizionale.

Pertanto, seppure è innegabile un ruolo e un intervento del potere dei privati, nella seconda tipologia di accordi, si presuppone sempre la necessaria sussistenza di un equilibrato coordinamento tra poteri dei privati e poteri del giudice, per cui – ferma restando la qualificazione del piano, in sé e per sé considerato, come fattispecie di negozio configurativo – si assiste ad una concorrente presenza della volontà dei privati e dell'intervento del giudice sugli atti di autonomia negoziale.

Gli accordi "omologati" a loro volta subiscono distinzioni ulteriori in ragione di un profilo quantitativo, offerto alla riflessione dell'interprete dalla differente misura dell'adesione dei creditori.

In quelli omologati "semplici" l'adesione dei creditori deve essere pari al 60% dei crediti ed in ogni caso gli accordi devono essere idonei ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei.

In quelli omologati "agevolati" la percentuale del 60% è ridotta alla metà, e quindi al 30% dei creditori "quando il debitore: a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi; b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee".

In quelli "ad efficacia estesa" la suddivisione in classi dei creditori determina una ipotesi di autonomia privata autoritativa o impositiva, poiché si prevede una automatica estensione degli effetti degli accordi "omologati" anche ai creditori non aderenti, e ciò in esplicita deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. vale a dire ai principi della forza di legge del contratto solo fra le parti e del contratto a favore del terzo.

Deroga che, in linea generale, non rappresenta una novità, poiché era già presente nella legge fallimentare nelle declinazioni mediante le quali si articolava la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ad esempio nell'art. 182 *septies*, anche se ricorda la

⁸ Cfr. E. Gabrielli, "Operazione economica" e teoria del contratto, Milano, 2013, 101 e segg.

⁹ Sul punto cfr. già, E. Gabrielli, *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006, 293.

fattispecie del “negoziato a danno del terzo”, nel quale la salvezza degli effetti dell’atto è data dalla circostanza che il terzo subisce un pregiudizio in virtù della legittimazione di chi lo compie¹⁰.

L’autonomia dei privati, mediante l’automatica estensione dei suoi effetti, sembra, quindi, acquisire terreni fino ad oggi inesplorati, poiché – in presenza di determinate condizioni e di specifici requisiti dettati dal 2° comma, art. 61 – come recita la norma, gli accordi “ad efficacia estesa” producono gli stessi effetti degli accordi “omologati” nei confronti “dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, individuata tenendo conto dell’omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici” (61, 1° comma).

Il meccanismo ricorda, per certi aspetti, ma in senso inverso sul piano degli effetti, quello del “negoziato unilaterale a struttura bilaterale soggetto a rifiuto” (che vede nello schema di cui all’art. 1333 c.c. il suo archetipo¹¹), laddove l’effetto patrimoniale incrementativo, nella sfera del destinatario, si attua in ragione del di lui mancato rifiuto.

La modificazione della sfera patrimoniale del “creditore non aderente”, invece, si realizza per effetto della semplice presentazione dell’accordo ad opera del debitore e produce effetti in via automatica, rispetto alla posizione del creditore (e ciò accade a maggior ragione nel caso della transazione fiscale e degli accordi su crediti fiscali e previdenziali, di cui all’art. 63); effetti che però, in questo caso, non sono incrementativi, ma meramente modificativi e perfino peggiorativi, sul piano della soddisfazione del credito.

Si potrebbe affermare che ciò avvenga, anche in questa ipotesi, in assenza del rifiuto del destinatario, nella misura in cui si possa ritenere che il rifiuto si concretizzerebbe, in tal caso, non in un comportamento inerte (avente natura eliminativa o impeditiva) ma in un comportamento attuativo, cioè nel diritto “del creditore non aderente” di proporre l’opposizione di cui al 3° comma dell’art. 61, al fine di eliminare quell’effetto automatico già prodottosi nella sua sfera giuridica.

Nello schema, seppure secondo un modulo concettuale inverso, si riconoscono quindi le caratteristiche del negoziato unilaterale sopra richiamato, poiché gli effetti del piano attestato, quale atto negoziale, si producono nella sfera giuridica altrui in maniera riflessa, giacché l’unilateralità, in questo tipo di negozi, non è solo nella loro struttura ma nei loro effetti, poiché – sia pure sul piano del solo rapporto – non vi è un’altra parte: la struttura negoziale è unilaterale, sebbene il rilievo dei suoi effetti sia bilaterale o plurilaterale, cioè nei confronti del ceto dei creditori del proponente.

Le variazioni dell’autonomia privata in questa ipotesi si articolano, sul piano sostanziale e contenutisti-

co, secondo modulazioni che tengono conto di parametri quantitativi e qualitativi degli interessi coinvolti, per produrre in via immediata e diretta – e quindi automatica – l’estensione degli effetti dell’accordo.

Parametri quali, ad esempio, l’assolvimento di particolari oneri informativi in capo al proponente nei confronti dei creditori “non aderenti”; il carattere non liquidatorio dell’accordo e la previsione sia della prosecuzione dell’attività d’impresa, sia della soddisfazione, dal ricavato della continuità aziendale, dei creditori in misura significativa o prevalente; che i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria; i creditori della medesima categoria ma “non aderenti” (ai quali quindi vengono estesi automaticamente gli effetti dell’accordo) possano risultare soddisfatti in base all’accordo “in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale”.

In tutte le forme di accordi di ristrutturazione omologati, ovviamente, il debitore riceve effetti protettivi già noti (quali ad esempio quelli in materia di revocabilità degli atti dispositivi) e il creditore può proporre opposizione all’omologazione.

La costruzione risponde alla dimensione della negoziabilità ed al governo della sua fenomenologia, se è vero – come è vero – che la negoziabilità “altro non è che una peculiare modalità del processo di realizzazione giuridica degli interessi, è più precisamente la forma teorica e organizzativa di una intera categoria di interessi umani, quella degli interessi a rilevanza inattuata o programmatica, una dimensione – come tale – della giuridicità assolutamente reale e praticamente fondata. E si tratta di una dimensione comune a tutti gli atti di autonomia privata, nei quali la realizzazione di interessi e valori non solo è opera esclusiva del diritto, ma si colloca anche in una fase – rappresentata dalla produzione degli effetti – necessariamente successiva a quella della preventiva enunciazione programmatica di interessi e regole operata dai soggetti”¹².

La convenzione di moratoria

Accanto agli accordi di ristrutturazione si pone la rivisitata “Convenzione di moratoria”.

La figura non è nuova: l’art. 182 *septies* L. fall. la contemplava più o meno con le stesse caratteristiche che oggi leggiamo nell’art. 62 del Codice, ma, prima ancora, ne parlava il Codice di commercio del 1885 (art. 819).

Leone Bolaffio salutò, infatti, con particolare favore la soppressione della moratoria “posteriore” alla dichiarazione di fallimento, che riteneva mancasse “di base razionale e morale”, poiché essa “al peccato d’origine di ritenere che un fallito possa dare il cento per

¹⁰ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, II ed., 265.

¹¹ Cfr. G. Benedetti, *Il diritto comune dei contratti e degli atti*

unilaterali, cit., 24.

¹² V. Scalisì, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 62.

cento ai creditori, associava l'inconveniente e il danno di arrestare la procedura di fallimento regolarmente iniziata, e della quale il fallito non avrebbe potuto ottenere la revoca, unicamente per offrire a costui il mezzo per giungere ad un accordo, così detto amichevole (art. 825), senza le garanzie del fallimento e la uniformità dei patti del concordato¹³.

Nella nuova versione essa è funzionale “a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito” – e che in passato era soggettivamente limitata al caso in cui ne fossero parti “l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari” – viene ora, invece, estesa al rapporto tra “un imprenditore anche non commerciale e i suoi creditori”.

Fermo restando che – pure in questo caso in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. – essa è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, a condizione che siano stati osservati e rispettati determinati obblighi e requisiti.

Autonomia privata e connotazioni di concorsualità negli strumenti stragiudiziali di soluzione della crisi d'impresa

In una prospettiva ricostruttiva dei singoli istituti sia nella loro individualità, sia nel complessivo quadro che essi concorrono a delineare, come anticipato, ci si deve chiedere se gli stessi, per così come ora risultano definiti dal legislatore, abbiano modificato il loro profilo ermeneutico, rispetto al passato, ovvero se – ed in quale misura – ne abbiano mantenuto gli originali tratti distintivi.

Nell'interpretazione delle Corti l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* L. fall. – quantomeno dopo la loro riforma ad opera del D.L. n. 83/2012, convertito dalla L. n. 134/2012 – “appartiene agli istituti del diritto concorsuale”, ovvero, più esplicitamente, rientra “tra le procedure concorsuali”.

Tale convinzione viene desunta “dalla disciplina alla quale nel tempo è stato assoggettato dal legislatore; disciplina che, 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, (v. l'art. 182 *bis* L. fall., nei suoi vari commi, e l'art. 67 L. fall., 3° comma, lett. e) – suppone realizzate, nel pur rilevante spazio di autonomia privata accordato alle

parti, forme di controllo e pubblicità sulla composizione negoziata, ed effetti protettivi, coerenti con le caratteristiche dei procedimenti concorsuali”¹⁴.

Il piano attestato di risanamento *ex art. 67*, attuale L. fall. non è invece considerato e qualificato come una “procedura concorsuale”, ma viene fatto rientrare nell'amplissimo genere delle “convenzioni stragiudiziali”¹⁵, mancando di qualsivoglia intervento giudiziale (sia esso di valutazione oppure di controllo) e della partecipazione necessaria del ceto creditorio, essendo piuttosto “frutto di una decisione dell'impresa, come attinente alla programmazione della propria futura attività e intesa al risanamento della relativa “situazione finanziaria” (...) che nella sua traduzione operativa, poi, viene di necessità ad avvalersi dell'attività contrattuale di un professionista indipendente, per la funzione di attestatore, e che può anche venire a comportare, nel caso, la conclusione di convenzioni con creditori o terzi in genere”, come conferma la possibilità di “scelta di pubblicarlo o meno nel registro delle imprese a mente dell'ultimo periodo dell'art. 67, 3° comma, lettera d., che di per sé rappresenta una scelta propria dell'autonomia di impresa”¹⁶.

La nostra giurisprudenza riteneva – con riguardo alla qualificazione degli istituti in termini di concorsualità o meno – che tre fossero i profili minimali per la sua qualificazione in tal senso: a) una qualsivoglia forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quantomeno “protettive” (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); b) 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; c) una qualche forma di pubblicità.

Sulla base di tali premesse teoriche – o meglio di quello che è stato definito il “minimo comun denominatore” delle procedure concorsuali¹⁷ – si era in passato operato l'inquadramento dell'uno e l'altro istituto in un senso (cioè come “procedura concorsuale”) piuttosto che in un altro.

Con riguardo al tema dell'incidenza dell'autonomia privata negli istituti connotati dal carattere della concorsualità, si può, in definitiva, osservare che – pur nella consapevolezza che storicamente la nozione di autonomia privata è stata usata come schema concettuale di riferimento per giustificare un ampliamento del potere dei privati a scapito del controllo giudiziario sulle operazioni di salvataggio delle imprese in crisi – negli ultimi decenni, il semplice richiamo al concetto, e agli schemi teorici mediante i quali si manifestava, rendeva chiaro il riferimento alla possibilità per i

¹³ Bolaffio, *La legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti*, Verona, 1903, 16.

¹⁴ Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182; cfr. Cass., 30 ottobre 2014, n. 23111, secondo cui la proposta di concordato o di accordo preventivo sono riconducibili all'autonomia privata, il cui esercizio deve essere oggetto di bilanciamento, ad opera del giudice,

con le esigenze di tutela degli interessi pubblicistici al cui soddisfacimento la procedura fallimentare è finalizzata.

¹⁵ Cfr. da ultimo Cass., 12 aprile 2018, n. 9087.

¹⁶ Cass., 25 gennaio 2018 n. 1895.

¹⁷ Cfr. da ultimo Cass., 12 aprile 2018, n. 9087.

privati di intervenire sui meccanismi della crisi e dell'insolvenza secondo una pluralità di prospettive e di modelli di riferimento che avevano il proprio centro di gravità nella dimensione negoziale¹⁸.

Con la conseguenza che, in presenza di un variegato insieme di figure e di istituti (piani attestati, accordi di ristrutturazione, convenzioni di moratoria) e del connesso complesso di discipline alle stesse riconducibili – spesso inserite nel tessuto normativo per soddisfare esigenze economiche contingenti e venti di riforma passeggeri, dettati sovente da opportunità di propaganda politica – si trattava, allora, di giustificarle, non solo in ragione delle loro specificità fattuali, ma attraverso una giustificazione formale che potesse trovare il proprio fondamento in una consolidata categoria ordinante: quella, appunto, dell'autonomia privata.

Oggi, con il nuovo Codice, non sembra che ciò sia più possibile.

Discorrere, al tempo presente, di autonomia privata all'interno della crisi d'impresa significa non dire sostanzialmente nulla – poiché il richiamo non costituisce certamente un elemento sufficiente per indirizzare nella scelta di una determinata disciplina, piuttosto che di un'altra, alla nozione di autonomia privata pure ascrivibile – se non per soddisfare quelle ancestrali compiacenze ricostruttive, presenti nel ceto dei giuristi, che si indirizzano sempre alla ricerca di categorie

ordinanti per appagare quell'inconscio bisogno di certezze che, spesso in modo vano ed inutile, i dottori della legge vanno da secoli cercando ed inseguendo.

Con il nuovo Codice – pur in presenza, nelle differenti fattispecie, di una sostanziale ed omogenea funzione negoziale di risanamento dell'impresa e di superamento della sua crisi, fondata sulla matrice dell'accordo negoziale tra debitore e creditori – occorre abbandonare la ricerca di preordinate categorie concettuali e ordinanti, per operare, con riguardo alle singole fattispecie di strumenti negoziali, le opportune distinzioni tra strutture formali, tra loro diversificate in ragione delle specificità delle singole discipline.

Strutture le quali non necessariamente risultano pienamente coincidenti con gli stilemi tradizionali dell'autonomia privata, laddove questa, come accade in alcune di queste figure, invece che manifestarsi come pieno e assoluto potere di autodeterminazione, di autoregolamento dei propri interessi ad opera dei privati, sia mediata dall'intervento giudiziale; ovvero risulti, negli effetti in concreto prodotti, perfino, autoritativamente imposta dalla singola norma, indipendentemente dalla manifestazione di volontà del destinatario di tali effetti, che alla stessa può opporre solo il rifiuto, manifestato nella forma attuosa dell'opposizione.

¹⁸ Esempio in tal senso è stata – sul piano dell'utilizzo delle categorie offerte dalla teoria generale del contratto – la valorizzazione della “causa in concreto”, nel giudizio di ammissibilità del concordato preventivo, operata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nel ben noto arresto del 23 gennaio 2013, n. 1521, secondo cui “Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di

legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori”.