



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Alessandro Grillone

**Sulle tracce dei fondamenti degli accordi di
ristrutturazione dei debiti nella compilazione
giustiniana**

Numero XII Anno 2019

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, G. Durante, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi, in ruolo o in quiescenza, cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulta privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

SULLE TRACCE DEI FONDAMENTI DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI NELLA COMPILAZIONE GIUSTINIANEA

SOMMARIO: 1. Alle radici dell'esigenza di risoluzione negoziale delle controversie - 2. Ontologia romanistica degli Accordi di ristrutturazione dei debiti: i contenuti - 3. Segue: gli aspetti procedurali.

1. *Alle radici dell'esigenza di risoluzione negoziale delle controversie*

Erat autem ius interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.

Aulo Gellio (*Noct. Att.* 20.1.46) pone qui in evidenza come anche le più arcaiche procedure di esecuzione personale potessero essere derogate sulla base di una pattuizione negoziale. E, ai nostri fini, poco interessa che tale composizione non intervenisse, a seguito dell'*addictio* del magistrato, tra il creditore e l'aggiudicato, ma tra il primo e le persone intenzionate a salvare il proprio sodale, se non addirittura dalla morte, dalla condizione di asservimento, quello che rileva è che già un *pactum* integrasse una rinuncia al diritto di perseguire, fino alle estreme conseguenze, la soddisfazione di un proprio credito¹. Che questo, poi, fosse il

¹ Sulle origini storiche delle più arcaiche procedure di composizione della lite, nonché sulla peculiare posizione giuridica degli *addicti*, qui rimando

regime originario dell'istituto² o che pure ne rappresentasse un'evoluzione successiva³, ciò che inequivocabilmente si palesa ad un'attenta analisi delle più antiche fonti romane è che legge e società consigliarono spesso alle parti la strada della pacifica composizione delle liti al fine di mitigare, interrompendo il corso di processi cognitivi ed esecutivi, il duro esito applicativo dei precetti delle XII Tavole⁴.

L'idea di prevenire l'accesso ad una fase propriamente processuale di risoluzione dei conflitti attraverso, al più, la

a F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella Storia di Roma*, Napoli, 2006, 65 s. e 200 ss.

² C. GIOFFREDI, 'Rem ubi pacunt orato'. XII Tab. I, 6-9 (Per la critica del testo decemvirale), in *BIDR*, 76, 1973, 278-280.

³ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II. *La regolamentazione decemvirale*, Catania, 1984, 156.

⁴ F. STURM, *Il 'pactum' e le sue molteplici applicazioni*, in 'Contractus' e 'Pactum'. *Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della Lettera Florentina (Copanello 1-4 giugno 1988)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1988, 151 ss. È il caso, tra gli altri, attestato da Tab. 1.6-7: *Rem ubi pactum, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto*, secondo l'interpretazione classica del testo, su cui cfr. C. GIOFFREDI, 'Rem', cit., 271 ss.; O. BEHRENDTS, *Der Zwölfstafelprozess: zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, 77 ss. e, da ultimo, M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino, 2017, 53, nt. 47, ma anche nella manualistica più recente, A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, 560; *contra cfr.* G. NICOSIA, *Il processo*, cit., 67 ss. e M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 83, che leggono che la causa vada celebrata nel luogo stabilito dalle parti e, in assenza di accordo, nel foro o nel comizio, ma pure da Tab. 8.2: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*, su cui rimando ad A. PETRUCCI, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2019, 232 e 300.

procedimentalizzazione di strumenti negoziali è oggi il centro nevralgico attorno a cui orbitano la maggior parte delle prospettive di riforma del diritto procedurale italiano e, come già ho avuto occasione di evidenziare in altro luogo, tale tendenza è stata alla base, in particolare, del recente, sofferto *iter* redazionale del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁵.

Incrocio, quasi per caso, nelle mie letture le recenti parole introduttive di Giuseppe Conte e Massimo Palazzo ad una raccolta di saggi sul tema della crisi della legge e della corrispettiva valorizzazione della produzione privata del diritto nella contemporaneità: «la concezione del diritto come sistema di norme poste dal Parlamento ed applicate ...dal giudice, attraverso un processo logico deduttivo, appare in declino. Ma occorre domandarsi se davvero siamo al crepuscolo del diritto, oppure se la “crisi” riguardi piuttosto quella concezione moderna del diritto nota come dottrina del positivismo giuridico, nella quale hanno creduto, per ragioni storiche e dogmatiche, parecchie generazioni di giuristi. Ogni metodo trova le proprie ragioni in un certo contesto storico»⁶. La crisi della funzione legislativa si riverbera oggi sul potenziamento del ruolo dell'autonomia privata in ogni settore del diritto, nella misura in cui essa diviene, per questa via, erede del ruolo regolativo e di competenze che la modernità aveva

⁵ E, sul punto, qui rinvio ad A. GRILLONE, *Per una storia della crisi d'impresa: dalla liquidazione anticipata della 'merx peculiaris' nel diritto romano dell'età commerciale alla prevenzione dell'insolvenza nella riformanda disciplina fallimentare italiana*, in *TSDP*, 11, 2018, 5-16 e alla bibliografia ivi citata.

⁶ G. CONTE - M. PALAZZO, *Prefazione*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, *Biblioteca della fondazione italiana del notariato (rivista semestrale)*, 2, 2018, 1.

affidato al solo potere giudiziario⁷. E dunque, mi pare che, dal generale al particolare, la direzione segnata in queste illuminanti parole di sintesi, sia quella intrapresa da tempo dal più volte riformato diritto fallimentare italiano, nel cui ambito, a seguito dell'unificazione del diritto privato nel Codice del 1942, si era consumata la *reductio* dell'autonomia contrattuale ad una posizione ancillare nella gestione delle patologie imprenditoriali, mentre oggi il legislatore ha con decisione invertito tale tendenza, ponendo al centro delle future speranze di efficiente regolazione della crisi delle soggettività economiche la concertazione negoziale⁸.

Se, del resto, il *target* del nuovo corso del diritto fallimentare italiano ed europeo è quello di perseguire la migliore soddisfazione dei creditori, conciliandola, in presenza di determinati presupposti, con la conservazione dell'attività dell'impresa in crisi, l'idea che la regolazione coattiva e satisfattiva sia l'unica possibile risposta ordinamentale alla sofferenza delle entità economiche risulta ormai completamente desueta e derelitta⁹. Ciò ha imposto, per portato,

⁷ Mi pare, da questo punto di vista, che questa possa essere, in senso estensivo, la portata delle riflessioni svolte nella stessa raccolta da E. NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, in *Crisi*, cit., 136.

⁸ L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 41, 2014, I, 284 e, più in generale, sul percorso evolutivo, tipicamente italiano, dei rapporti tra diritto commerciale e diritto civile dal XIX° secolo ad oggi, cfr. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2015, 7 ss. e 39 ss., con particolare riguardo alla rivalutazione, dagli anni '80 del secolo scorso, del diritto a formazione spontanea, edificato dall'azione dell'autonomia contrattuale.

⁹ Per la storia di questo secolare percorso dell'Ordinamento italiano e preunitario, qui riassunto in poche battute, che ha costituito i presupposti per l'introduzione dell'istituto degli Accordi di ristrutturazione dei debiti, rimando più diffusamente a I. LIBERO

l'apertura, da ormai più di un decennio, di un lungo e faticoso processo riformatorio teso a scardinare le fondamenta stesse della legge fallimentare del '42 che su quel dogma si fondava integralmente. Le soluzioni negoziali della crisi, che ben si conciliano con i nuovi scopi imposti al diritto fallimentare¹⁰, restavano, infatti, da quell'impalcatura giuridica completamente escluse, neglette, per un atavico pregiudizio di fraudatorietà. Non che esse, ben inteso, fossero estranee al mondo della prassi, ma, percorrendo vie stragiudiziali, risentivano fortemente della circostanza pregiudizievole per cui, in caso di insuccesso, al sopraggiungere della dichiarazione di insolvenza, i creditori vedessero revocatoriamente travolti i propri acquisti e il debitore contestato il reato di bancarotta preferenziale *ex art. 216 l. fall.*¹¹. D'altra parte, è noto come le soluzioni concordatarie giudiziali previste dalla legge fallimentare del 1942 non rispondessero affatto a finalità seppur latamente conservative e prevedendo l'obbligo di soddisfare integralmente i creditori privilegiati e almeno al 40 % i chirografari, condannavano al fallimento tutte le imprese che avrebbero potuto evitare esiti più dannosi per tutti gli interessi

NOCERA, *Dal 'decoctor ergo fraudator' alla composizione negoziale dell'insolvenza: il "viaggio" dell'autonomia privata nel diritto fallimentare*, in *LANUS*, 9, 2013, 109 ss.

¹⁰ G. FAUCEGLIA, *La procedura di composizione concordata della crisi*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1406; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in *Fallimento*, 2005, 1445 e, più recentemente, S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, 137 ss. e F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018, 45 ss.

¹¹ Tra gli altri, cfr. G. FAUCEGLIA, *Gli accordi*, cit., 1445 e A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fallimento*, 2005, 1453.

coinvolti per mezzo di falcidie più ampie e differenziate in ragione delle esigenze concorrenti delle diverse categorie di creditori¹².

Nonostante l'evoluzione della disciplina del concordato, che nella veste datagli dal legislatore con la legge n. 132 del 2015, fissa al 20% la soglia di minima soddisfazione dei creditori chirografari, derogandovi del tutto nel caso di concordato con continuità aziendale¹³, il passo più significativo, almeno nelle intenzioni, nella direzione di ricercare la più profittevole e spedita soluzione della crisi tramite strumenti negoziali stragiudiziali si è apprezzato, per certo, nell'introduzione nel nostro Ordinamento, con decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, dell'istituto, riformato già poi nel corso del 2012, degli «*Accordi di ristrutturazione dei debiti*», di cui all'art. 182 *bis* l. fall., la cui natura sostanzialmente contrattuale¹⁴ ha, tuttavia, fin

¹² A. JORIO, *Le soluzioni*, cit., 1453 e S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 278, nt. 415.

¹³ Cfr. S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 142 s. e, precedentemente, ID., *Modifiche in più direzioni per la disciplina del concordato preventivo*, in *Guida normativa*, 7, 2016, 39.

¹⁴ La natura meramente privatistica, anzitutto, distingue l'istituto in parola da quello del concordato preventivo, avente invece essenza di procedura concorsuale, cfr., sul punto, V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 508 s.; I. LIBERO NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, IV, 1129 s.; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, 1138 s.; L. BALESTRA, *Sul contenuto*, cit., 283 ss. e S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 146 ss. Non che sul tema non vi sia stata *dissensio*, propendono, infatti, al contrario, per la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008, 81 s.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di*

all'approvazione del nuovo Codice, vincolato il piano alla rigorosa soddisfazione dei creditori estranei, stando, da principio, per questa ragione, ingenti critiche di inadeguatezza in relazione alle sue finalità¹⁵. Non v'era, infatti, chi non avesse rilevato l'aggravio eccessivo di dover trovare un accordo con un *quorum* per nulla risibile di creditori, fissato normativamente al 60%, per ottenere l'omologa del tribunale e la conseguente esenzione dall'azione revocatoria, lucrando, come contropartita, soltanto un'esigua dilazione di pagamento nei confronti dei terzi non aderenti al contratto¹⁶.

ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati, in *Dir. fall.*, 2008, I, 607 s.; S. DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 549 s.

¹⁵ A. JORIO, *Le soluzioni*, cit., 1457 e L. BALESTRA, *Sul contenuto*, cit., 283.

¹⁶ Si vedano, tra le altre, le perplessità esplicitate a suo tempo da A. JORIO, *Le soluzioni*, cit., 1457, per cui la pretesa di quel *quorum* nella disciplina originaria dell'istituto, dando pubblicità alla crisi, avrebbe sortito un effetto completamente distrofico rispetto alle proprie finalità. Si rammenti, tuttavia, come il nuovo Codice, a fronte della rinuncia del debitore alla moratoria di pagamento nei confronti dei creditori estranei, riduca la soglia del 60% della metà, ai fini dell'omologazione. Anche quest'ultima soluzione, in ogni caso, c'è da immaginarlo, nell'optare per la riduzione e non per la cancellazione del limite quantitativo, secondo l'alternativa lasciata dall'art. 5, comma 1, lett. b), della legge delega, non verrà accolta con favore da chi sperava di ricondurre l'intera fattispecie nella logica 'pura' della consensualità contrattuale, come F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 59 s.

2. *Ontologia romanistica degli Accordi di ristrutturazione dei debiti: i contenuti*

Procediamo con ordine. Il contenuto di questi accordi, che è lasciato, sia dall'art. 182 *bis* della previgente legge fallimentare sia dal testo dell'art. 57 del nuovo Codice, nella completa disponibilità delle parti, in ossequio all'art. 1322, comma 1, cod. civ., ai sensi del quale le stesse possono liberamente determinare il contenuto del contratto, sia pure entro i limiti imposti dalla legge, può essere evinto, *a contrariis*, nel suo nucleo essenziale, da ciò che tali strumenti negoziali non possono di norma ledere, se non nella misura legislativamente prevista, ovvero i diritti dei creditori non aderenti. Se, infatti, l'obiettivo concreto di questi accordi è la liberazione di risorse che siano in grado di garantire l'integrale soddisfazione dei creditori estranei, molte delle misure in essi contenute saranno volte al ridimensionamento volontario delle aspettative dei consenzienti¹⁷. Di seguito, pertanto, mi pare utile il confronto con il testo del nuovo articolo 57, comma 3, che è sul punto analogo alla previgente disciplina, nella parte in cui vengono fissati i termini della moratoria legale dei crediti estranei:

Gli accordi devono essere idonei ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei nei seguenti termini:

- a) *entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;*
- b) *entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.*

¹⁷ L. BALESTRA, *Sul contenuto*, cit., 285 s. e 289 e F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 49-53.

La classificazione della sostanza economica di questi accordi è stata ricostruita in dottrina secondo due direttrici, una finanziaria e l'altra gestionale, di cui solo la prima interessa direttamente la nostra indagine. Se, infatti, il soddisfacimento dei creditori estranei deve essere integrale e risulta, solo per via legislativa, posposto, diversamente, per i creditori aderenti gli accordi possono, per quanto qui maggiormente importa, integrare rinunce a interessi e quote di capitale, comportare postergazioni o la concessione di moratorie di pagamento, nonché l'accettazione, anche mediante *datio in solutum*, di adempimenti parziali con falcidia o dilazione dei termini di riscossione dell'eccedenza, infine, tradursi nelle più svariate tipologie di contratti novativi¹⁸. L'architettura negoziale in cui si trovano disciolti tali contenuti è complessa e, come da tempo è stato messo in luce in dottrina, si sostanzia in un accordo quadro, cui dovrà esser data attuazione mediante una pluralità di negozi particolari¹⁹.

Il prevedibile contenuto di tali negozi è già, in ogni caso, per noi di estremo interesse, se è vero che, nei suoi lineamenti essenziali, si articola su istituti consueti per il romanista.

¹⁸ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Gli accordi*, cit., 1450; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 375 e S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 162.

¹⁹ Si veda in proposito, V. ROPPO, *Profili*, cit., 376 s., il quale afferma: «si delinea un'architettura contrattuale multilivello. Al primo livello sta l'accordo di ristrutturazione. Che in parte, certo, risulta autosufficiente nella capacità di produrre l'insieme di tutti gli effetti negoziali necessari per il compiuto sviluppo e perfezionamento dell'operazione programmata... ma non sempre si dà tale autosufficienza dell'accordo, che per molti aspetti richiede di essere integrato da atti negoziali successivi...» e, nello stesso senso, E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, IV, 1088.

Mi pare, anzitutto, lapalissiana la constatazione per cui lo schema romanistico del *pactum de non petendo* sia, forse, il principale elemento contenutistico di tali accordi. L'istituto, pur di matrice classica, è fedelmente descritto, sulla scorta della precedente trattazione gaiana, nelle Istituzioni di Giustiniano:

I. 4.13.3: *Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilo minus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur... sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

In forza di questa *conventio*, un'eccezione avrebbe nei fatti reso inesigibile una prestazione derivante da *obligatio*, che per lo *ius civile* un semplice patto non avrebbe potuto estinguere²⁰. Quello sorto dal *pactum de non petendo* era un vincolo d'inesigibilità particolarmente elastico, dal momento che, per effetto della disciplina generale delle eccezioni, avrebbe potuto perdurare in eterno o essere limitato ad un certo arco temporale²¹. È quanto in

²⁰ Così analogamente si esprimeva Gaio, *Inst.* 4.116: [...] *Item si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto conuento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conuenti repelli.* In generale, sulla rilevanza dei *pacta* si vedano le tradizionali trattazioni di P. BONFANTE, *Sui 'contractus' e sui 'pacta'*, in *Scritti giuridici*, III, Torino, 1926, 135 s. e G. MELILLO, voce *Patti (storia)*, in *Enc. dir.*, 32, Milano, 1982, 479 s.

²¹ G. SEGRÉ, *Sull'efficacia del "pactum de non petendo"*, in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 115 ss.; F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto civile italiano*, in *For. it.*, 83, 5, 1960, 129 s e 140; G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum de non petendo' nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 367; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione del debito*, in L. GAROFALO - M. TALAMANCA, *Trattato delle obbligazioni*, III. *I Modi di estinzione*, a cura di

particolare possiamo qui di seguito apprezzare dal proseguito della trattazione giustiniana:

I. 4.13.8-9: *Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales et dilatoriae. Perpetuae et peremptoriae sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem de qua agitur peremunt: qualis est exceptio doli mali et quod metus causa factum est et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur. Temporales atque dilatoriae sunt quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium, nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi.*

Tra le eccezioni, alcune si dicono perpetue e altre dilatorie, le prime sono quelle che in ogni tempo fermano le pretese attoree, le altre invece concedono soltanto una dilazione temporale a chi se ne possa giovare; in particolare, l'eccezione scaturente da un *pactum de non petendo*, nel primo caso, impedisce per sempre che il denaro venga chiesto in giudizio, nel secondo, vale solo per un limitato periodo di tempo e, decorso questo, non incide più sulla possibilità dell'attore di pretendere quanto gli spetta²².

Per quanto interessa la presente indagine, anzitutto, è consolidata l'opinione per cui un simile schema, nella sua forma

A. Burdese ed E. Moscati, Padova, 2008, 537 e H. REICHEL, *Il 'pactum de non petendo'. Traduzione critica*, a cura di T. Dalla Massara e M. D'Onofrio, Pisa, 2018, 17 ss.; 31 ss. e 75 ss.

²² In ogni caso, si noti che se sotto la vigenza del *pactum* il creditore avesse intentato la causa si sarebbe esposto alla pronuncia del giudice, il quale, accogliendo l'eccezione, avrebbe assolto il convenuto con una sentenza, che avrebbe definitivamente privato l'attore del proprio diritto sostanziale; cfr., sul punto, M. BIANCHINI, voce *Remissione del debito (storia)*, in *Enc. dir.*, 39, Milano, 1988, 762 e G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum'*, cit., 370 s.

perpetua, sia il fondamento dell'odierno istituto della remissione del debito²³, ne condivide la funzione e l'effetto economico, distaccandosene per le modalità tecniche con cui mira a perseguire un identico risultato, nonché per la natura non contrattuale della fattispecie di cui all'art. 1236 cod. civ. Si è discusso invece

²³ G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum'*, cit., 367 ss. La contingente sovrapposizione parziale tra il *pactum de non petendo* nella sua forma temporalmente indefinita e la remissione del debito si giustifica storicamente in base alla circostanza che, fino all'opera di Pothier e alla codificazione napoleonica, le fonti romane, cui era estraneo un negozio remissorio generale, volgevano l'intera loro attenzione all'ottenimento in concreto dell'effetto estintivo a cui il patto di non chiedere rispondeva perfettamente, di conseguenza, in seguito alla definizione codicistica di un istituto, altrettanto generale, come la remissione del debito, quest'ultima, naturalmente, avrebbe finito per sostituire il primo. Sul punto si veda anche A. VENTURELLI, *La remissione convenzionale*, in *Obbl. e Contr.*, 2012, 686; *contra* L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione*, cit., 540, per cui il *pactum* si dovrebbe menzionare tra i precedenti storici della remissione solo quando l'effetto remissivo sia ottenuto attraverso un atto propriamente contrattuale di estinzione dell'obbligazione ex art. 1321 cod. civ.; impostazione che, tuttavia, non mi persuade completamente, se si pone mente alla circostanza per cui anche la disciplina di cui all'art. 1236 cod. civ., pur delineando un istituto estraneo alla categoria del contratto, richiede *lato sensu* un convergere delle volontà nella direzione della remissione, potendo ad essa il debitore, in ogni caso, sempre opporsi. I due istituti, del resto, sono pure sovrapponibili per funzione e per effetti concreti, ciò che muta è il dato tecnico-giuridico, le modalità attraverso cui i due ordinamenti perseguono uno stesso fine, come già, dopotutto, rilevava F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza*, cit., 129 s., nel tentativo di mettere in luce che, seppur innegabile la derivazione dell'istituto moderno dall'antico, non sia riscontrabile oggi alcuna utilità di mantenere quest'ultimo artificiosamente in vita, essendo dall'altro, all'atto pratico, solo provocatoriamente distinguibile.

aspramente se il *pactum de non petendo in perpetuum* goda nel nostro sistema giuridico anche di un'autonoma atipica identità. A me pare, a dir del vero, di non ravvisarne l'utilità pratica, oltretutto la ragione giuridica. Nella sua lettura romanisticamente più conforme, esso, infatti, è stato inteso come patto di rinuncia alle azioni, e, tuttavia, mi domando se sia opportuno che una tal convenzione possa superare indenne il giudizio di meritevolezza in un ordinamento dove il Codice ha tipizzato l'istituto della remissione, se, in buona misura, il suo effetto è quello di derubricare un diritto di credito in obbligazione naturale, assoggettando nondimeno il creditore a mora nel caso in cui rifiutasse la prestazione eseguita e, comunque, mantenendo indefinitamente in vita un obbligo pur privo di coercibilità processuale²⁴. Nonostante queste perplessità, è tuttavia

²⁴ Qui, anzitutto, non interessa l'analisi delle numerose teorie che, nel tentativo di favorirne l'assimilabilità ordinamentale, hanno costruito istituti totalmente difforni dal *pactum de non petendo* romano, donandogliene il *nomen*, come quelle per cui il *pactum* avrebbe la funzione di costituire in capo al creditore un'obbligazione di non esigere la prestazione a lui dovuta (cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*², III, Milano, 1948, 187 e *contra* M. SARGENTI, '*Pactum de non petendo*' e remissione del debito, in *For. pad.*, 1959, I, 299 ss., il quale già metteva in evidenza come, se anche non può censurarsi che le parti pongano in essere un tale perverso congegno, il suo unico effetto sarebbe che, qualora il creditore, venendo meno alla sua obbligazione, agisse, il debitore, dopo aver adempiuto, potesse pretendere il risarcimento del danno: nulla di simile, dunque, agli effetti di romana memoria dell'istituto), o quelle per cui tale *pactum* sarebbe oggi un contratto estintivo, ex art. 1321 cod. civ., alternativo alla remissione, con buona probabilità, benché atipico, ammissibile nel nostro ordinamento, ma difforme e soltanto derivato, alla stregua dell'istituto codicistico, dall'antica pattuizione (su questa paternità, cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione*, cit., 540). Tra coloro, invece, che, pur con

diverse sfumature, ritengono compatibile nella sua purezza l'istituto romanistico con il nostro sistema, traducendolo in termini di patto di rinuncia all'azione, cfr. M. ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000, 129 ss. e 158 s.; F. RUSCELLO, *"Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 202 ss. e A. VENTURELLI, *La remissione*, cit., 685-687. Ognuna di queste impostazioni, tuttavia, ha l'effetto comune di attribuire al *pactum* la capacità di trasformare, per alcuni in via processuale, per altri novandola, la preesistente obbligazione in un vincolo, disciplinarmente assimilabile ad un'obbligazione naturale, integrando un'operazione carente sotto il profilo causale (cfr., sul punto, L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 183 ss., per la quale il *pactum* di rinuncia all'azione non è, di certo, volto ad una modifica del rapporto, abdicando il creditore *in toto* alla sua tutela, ma semmai alla sua dismissione; da un lato, pertanto, si può dubitare che sia causalmente fondato un negozio con cui le parti fanno di un'obbligazione un vincolo naturale, dall'altro, se intendono estinguerla, si sovrappongono alle fattispecie legali di cui agli artt. 1236 cod. civ. e 1321 cod. civ., rendendo inutile il riferimento ad un ulteriore istituto. In proposito, si rammenti come F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza*, cit., 140 s., avesse tentato, a quanto pare invano, di dimostrare come l'intera ipotetica casistica delle "pattuizioni di non chiedere" potesse essere riconducibile, in via interpretativa, ad istituti codificati). Vi è, tuttavia, anche chi esplicitamente ha sostenuto che esistano diritti di credito (non naturali) senza pretesa e debiti senza obblighi sanzionabili (M. ORLANDI, *Mutuo e recesso*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria. Atti del convegno – Milano 12 Giugno 2009, Quaderni della fondazione del notariato*, 4, 2009, 71 s.) e che, nel caso di specie, l'impossibilità del debitore pagante di esperire la *condictio indebiti* sia determinata dalla non estinzione del rapporto originario, integro nella sua natura e semplicemente non più coercibile (G. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti* [nota a *Trib. Napoli*, 12 dicembre 1972, n. 7842], in *Dir. e Giur.*, 1972, 262 s.). A questa obiezione, cui anche L. BOZZI, *Ibidem*, alla fine sembrava arrendersi,

non dubitabile che un effetto estintivo e, dunque, remissorio possa raggiungersi per due vie: o quella negoziale ex art. 1321 cod. civ., mercé un contratto consensuale rivolto all'estinzione del debito, o per il tramite della fattispecie delineata dall'art. 1236 cod. civ.²⁵, opzioni, queste, entrambe soddisfacenti nel prescelto ambito d'indagine, dove, anche la seconda, diverrebbe mera attuazione della convenzione quadro posta a fondamento della soluzione concordata della crisi.

Ma, come si accennava, istituti derivati da quello romanistico, possono assolvere pure ad una diversa funzione, ovvero quella dilatoria. Quando, infatti, tale *pactum* sia convenuto *ad tempus*, esso si identifica, secondo l'opinione della dottrina maggioritaria, con un patto di moratoria, mercé il quale venga fissato o modificato il termine per l'adempimento originariamente previsto, cosicché il debito cesserebbe di essere esigibile fino alla nuova scadenza²⁶,

potrebbe risponderci che per questa via la situazione si aggrava, nel senso che, in questo caso, il *pactum* finirebbe per creare un obbligo propriamente giuridico, sebbene non più coercibile, eterno, poiché sottoposto a prescrizione solo a decorrere dalla scadenza del termine (inesistente o non individuato) dello stesso, contro il principio generale della necessaria temporaneità dei rapporti obbligatori (su cui cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 211 e P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, 29, Milano, 1979, 177), se non fosse che G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 13 s.; 25 s. e 56 s., non riconosce a codesto principio alcuna validità nel nostro Ordinamento. Così il dibattito resta oggi del tutto aperto e di esito quanto mai incerto.

²⁵ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione*, cit., 539 ss. e, in senso analogo, sull'esperienza tedesca H. REICHEL, *Il 'pactum'*, cit., 18-21.

²⁶ Cfr. F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza*, cit., 144; P. PERLINGERI, *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto*, in *Dir. e Giur.*, 1969, 699 ss. e F. RUSCELLO, "*Pactum*", cit., 198 ss.

implicando ciò la sua riconducibilità alla categoria dei c.d. negozi regolamentari, ovvero modificativi delle modalità cronologiche di attuazione del rapporto. In adesione emendativa alla più risalente impostazione si è anche sostenuto che le parti, attraverso questo *pactum*, possano talvolta decidere di modificare soltanto le modalità di esercizio del diritto, sospendendo il proprio potere di agire a scopo esecutivo (e non pure conservativo), senza per questo necessariamente alterare il termine di adempimento dell'obbligazione. Anche in ossequio ad una simile lettura della fattispecie, la quale ancor più risulta traduzione positiva dell'istituto delineato dalle fonti romane, gli effetti dilatori, che impongono al creditore, al termine della sospensione, una nuova costituzione in mora, si associano alla non decorrenza degli interessi moratori, riservando, nondimeno, al debitore, diversamente dai casi in cui emerga la volontà inequivoca delle parti di incidere in via sostanziale sul profilo temporale del rapporto, la facoltà di adempiere anticipatamente senza scontrarsi contro il dettato dell'art. 1185, comma 2, cod. civ.²⁷.

Oggetto di negoziazione sono, dunque, frequentemente, i tempi di adempimento o la riduzione quantitativa del credito e, in

²⁷ Cfr. L. BOZZI, *La negozialità*, cit., 175 s., la quale propone questa nuova impostazione nelle more della sua critica alla precedente opinione di G. GABRIELLI, *Dilazione*, cit., 253 ss., che aveva suggerito di assimilare il detto patto agli atti di tolleranza o alla concessione di un termine di grazia, con conseguente decorrenza degli interessi moratori allo spirare dell'immodificato termine di adempimento dell'obbligazione. Nel *pactum*, mi pare in ogni caso condivisibile l'opinione della Bozzi, a differenza che nel contesto dell'istituto dell'atto di tolleranza, viene assunto negozialmente l'obbligo di non chiedere con la conseguenza che il giudice possa rigettare l'eventuale domanda del creditore e non solo apprezzarla negativamente come comportamento contrario a buona fede.

quest'ultima direzione, ma pure a scopo propriamente solutorio, è anche consueto il ricorso alla *datio in solutum*, attraverso la quale si persegue la soddisfazione parziale o totale del creditore per mezzo dell'attribuzione di un *aliud*, presente o futuro. Anche questo istituto si caratterizza primariamente per la sua duttilità e per la capacità di perseguire contemporaneamente effetti solutori e remissivi, potendo, l'accettazione della *datio*, rendere altresì soddisfattivi adempimenti parziali²⁸. Perché tale forma di adempimento possa operare, come noto, oggi, ed egualmente sotto la vigenza del diritto romano (I. 3.29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit...*), è necessario il consenso del creditore ex art. 1197 cod. civ.²⁹. Un consenso che, avvicinandosi in questo caso a quello

²⁸ M. PROSPERETTI, *Adempimento e liberazione del debitore*, Napoli, 1980, 60; T. DALLA MASSARA, *Accettazione di adempimento parziale a saldo e con riserva di saldo: vicende dell'obbligazione e delimitazioni della responsabilità*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, 324 e L. BALESTRA, *Sul contenuto*, cit., 293 s.

²⁹ Sul punto, S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione (Anno accademico 1930-31)*, Napoli, 1931, 72 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)*, I.1, Milano, 1969, 303 s.; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, 251 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, 236 e, da ultimo, T. DALLA MASSARA, *In tema di accettazione di adempimento con riserva di saldo*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 666. Non sono mancate le contrapposizioni dottrinarie circa la natura di questo consenso: per alcuni essendo quello del creditore l'unico rilevante nella fattispecie, con la conseguenza di qualificare l'istituto come atto unilaterale, altri, al contrario, intendendolo come manifestazione di un accordo negoziale perfezionante un contratto reale estintivo dell'obbligazione (cfr., per questo dibattito, M. BAILO LEUCARI,

novativo, potrebbe anche essere volto alla stipula di un *pactum de in solutum dando*, ovvero un accordo di sostituzione dell'oggetto della prestazione originariamente convenuto con uno nuovo liberamente determinato dalle parti ex art. 1321 cod. civ.³⁰.

Romanisticamente derivato è pure l'istituto della novazione oggettiva, in rapporto alla quale, nella sua veste tarda, vi sono più analogie che differenze con l'istituto codicistico (ex artt. 1230-1234) e, in buona sostanza, le due si distinguono più per la misura dell'*aliquid novi*, che per la sua essenza. È, infatti, già sul finire dell'epoca classica che deve essersi affermato il superamento del requisito distintivo dell'istituto più arcaico: ovvero l'*idem debitum*, cioè la necessaria identità d'oggetto della precedente e della nuova obbligazione. Tra II e III secolo d.C., e, poi, nella codificazione giustiniana, le fattispecie novative si caratterizzavano già per una nuova dualità di requisiti costitutivi: l'*aliquid novi*, che poteva ormai investire, nella loro integrità, oggetto e titolo del rapporto, e l'*animus novandi*, ovvero la volontà inequivoca delle parti di determinare consensualmente l'elemento di novità, non più meramente accidentale, del vincolo. Di questo epocale mutamento

'Pactum ut minus solvatur': individuazione della fattispecie e profili di revocabilità, in *Contratto e Impresa*, 2, 2012, 601 ss.).

³⁰ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Accettazione*, cit., 317, ma anche l'opinione di M. BAILO LEUCARI, *'Pactum'*, cit., 606 s., la quale parla, a proposito di questo istituto, di contratto modificativo dell'oggetto dell'originaria obbligazione, che, per l'effetto, da semplice, diverrebbe alternativa; infine, si rammenti l'impostazione di A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento: fra novazione e negozio modificativo*, Milano, 1987, 47, che riteneva questa *species* non distinguibile da quella tipica ex art. 1197 cod. civ., in quanto la *datio in solutum*, pur non integrando novazione, sarebbe, in ogni caso, un accordo modificativo dell'oggetto del rapporto.

di visuale abbiamo un'evidente attestazione, prima che nella compilazione, in un passo dei *Digesta* di Salvio Giuliano³¹:

Iul. 54 dig. D. 45.1.58: ...*Et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem. Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit. Item si quis fructum, deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit. Nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigi possunt.*

La volontà delle parti di estinguere il precedente rapporto per dare vigore ad un nuovo legame giuridico è posta al centro della trattazione del giurista adrianeo. Quando le parti, in due stipulazioni successive, pongono ad oggetto della prima il tutto e della seconda una sua parte³² non dovrebbero ottenere alcun

³¹ Cfr. C. GIARDINA, *Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio. Concetto e requisiti della novazione dai glossatori agli umanisti*, Milano, 1937, 144 s. e 159 ss.

³² A dir il vero, tuttavia, P. LAMBRINI, *Novazione oggettiva e diritti reali: Iul. 54 dig. D. 45,1,58*, in *BIDR*, 101, 1998-1999, 314 ss., separava, per analogia con la soluzione paventata da Giuliano (in Iul. 52 dig. D. 45.1.56.7: *Si a te stipulatus fuero fundum Sempronianum, deinde eundem fundum detracto usu fructu ab alio stipulor, prior stipulatio non novabitur, quia nec solvendo fundum detracto usu fructu liberaberis, sed adhuc a te recte fundi usum fructum peterem. Quid ergo est? Cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, a quo detracto usu fructu fundum stipulatus fueram*), il destino delle stipulazioni successive, enumerate nella prima delle sopra riportate proposizioni, da quello delle seguenti, in quanto, nel primo nucleo casistico, la seconda convenzione verbale si sarebbe, a suo dire, già in quest'epoca affiancata alla prima e non sarebbe risultata in alcun modo viziata da nullità. In tal senso, cfr. G. BESELER, *Erörterungen zur Geschichte der Novation und zur*

effetto, essendo il meno compreso nel più; tuttavia, se espressamente emerge la volontà di novare il rapporto obbligatorio originario, per tal via, raggiungono lo scopo di estinguere il primo vincolo, costituendone uno nuovo avente un'entità oggettiva diversa. Ed esclusivamente dirimente diverrà tale opzione in senso innovativo, quando l'Imperatore Giustiniano, con una costituzione del luglio 530 d.C., statuirà, escludendo qualsiasi rilevanza degli elementi presuntivi elaborati dai *veteres iuris conditores*, che nessuna modifica dell'oggetto del rapporto originario sia di per sé sufficiente ad integrare un negozio novativo, se non accompagnata da una chiara volontà delle parti:

C. 8.41(42).8 pr. *Imp. Iustinianus A. ad senatum. Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit vel*

Geschichte des Litteralkontraktes, Kiel, 1904, 30 ss.; F. BONIFACIO, 'Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur', in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 290 s. In senso contrario, cfr. B. SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht: ein civilistischer Versuch*, Berlin, 1864, 176 s.; E. LEVY, 'Sponsio', 'fidepromissio', 'fideiussio': *einige Grundfragen zum römischen Burgschaftsrechte*, Berlin, 1907, 37, nt. 5; S. RICCOBONO, 'Stipulatio' ed 'instrumentum' nel diritto giustiniano, in *ZSS*, 43, 1922, 291; F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*, II. *Intorno alla storia della 'sponsio'*, Napoli, 1938, 40; G. BRANCA, *Considerazioni minime sulla regola 'qui bis idem promittit ipso iure amplius quam semel non tenetur'*, in *Festschrift H. Lewald*, Basel, 1953, 21 e, in particolare, M. KASER, 'Quanti ea res est'. *Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, 105 e G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano, 1973, 117, che ritenevano, invece, la promessa di usufrutto posteriore a quella inerente al trasferimento di proprietà, anch'essa invalida in base al principio *qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur*, desumibile da Pomp. 10 *ad Sab.* D. 45.1.18.

quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit vel cautionem iuniorum acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus priori cautela innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint.

L'Imperatore, al fine di sciogliere le ambiguità e i dubbi suscitati dall'antica controversialità giurisprudenziale, con tale *lex* stabiliva che non si dovessero più considerare novazione i casi in cui al rapporto obbligatorio originario fosse aggiunto o sostituito un debitore o un creditore, aggiunta una garanzia reale, aumentati o diminuiti gli importi, inserito o espunto un elemento accidentale, con la conseguenza che la nuova stipulazione si sarebbe associata alla vecchia, a meno che le parti avessero rinunciato esplicitamente alla prima e dichiarato di voler lasciare in vita soltanto la seconda³³.

Ad un'attenta analisi, tale evoluzione risulta in buona misura proseguita nell'odierno dettato codicistico, ove l'art. 1230 cod. civ. chiede, affinché si possa parlare di novazione oggettiva, che la volontà delle parti converga su una modifica dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione, con la precisazione doverosa per cui, in base alla dottrina e giurisprudenza dominanti, la sola modifica quantitativa della prestazione³⁴ e, per taluni, la sostituzione della *res*

³³ Cfr. P. LAMBRINI, *La novazione. Lineamenti romanistici e dottrine attuali*, Padova, 2006, 11 ss. e C. BUSACCA, *Qualche osservazione su C. 5.4.24.*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano, 2009, 234 ss.

³⁴ Si ritiene oggi, in altri termini, che, inalterati gli altri elementi dell'obbligazione, una modifica quantitativa del debito non costituisca elemento sufficiente ad integrare l'*aliquid novi* e che mediante la diminuzione del *quantum* dovuto si configuri una mutazione da ritenersi meramente accessoria, P. RESCIGNO, voce *Novazione*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1968, 436; P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle*

oggetto del rapporto non sarebbero sufficienti ad integrare una novazione reale³⁵. In entrambi i casi summenzionati, tuttavia, la novazione si avrebbe comunque, secondo le più illustri opinioni³⁶, quando le parti abbiano inteso estinguere espressamente l'obbligazione precedente, al fine di sostituirla con la nuova, secondo un principio in tutto identico a quello emergente

obbligazioni diversi dall'adempimento, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 71 s.; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 283 ss.; P. LAMBRINI, *La novazione*, cit., 139 ss.; EAD., *La novazione*, in L. GAROFALO - M. TALAMANCA, *Trattato*, cit., 477 ss. e T. DALLA MASSARA, *Accettazione*, cit., 310. È anche la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione a suggerirlo: «perchè vi sia novazione dello stesso non è sufficiente la variazione della misura del canone o del termine di scadenza, trattandosi di modificazioni accessorie, essendo invece necessario, oltre al mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, che ricorrano gli elementi dell'*animus* e della *causa novandi*, il cui accertamento costituisce compito proprio del giudice di merito insindacabile in sede di legittimità se logicamente e correttamente motivato» (Cass. Civ., 5673/2010)

³⁵ Cfr. P. LAMBRINI, *La novazione*, cit., 477 ss., resta infatti ancora incerto, in dottrina e in giurisprudenza, che anche il mutamento radicale dell'oggetto della prestazione possa risultare determinante, di per sé solo, al fine di integrare la fattispecie novativa, in assenza di una manifestazione espressa dell'*animus* delle parti e salvo esso si debba presumere in conseguenza di una mutazione genetica essenziale della *res*, come quando sia sostituita una prestazione di *dare* con una di *facere*.

³⁶ Cfr. P. RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., 436 e G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, Milano, 2012, 46 e Cass. Sez. Un. 13294/2005, in cui, esemplarmente, la Suprema Corte ha affermato che le parti possano, attraverso accordo espresso o *per facta concludentia*, rendere novativa la sostituzione dell'obbligazione di garanzia del venditore con quella ad eliminare i vizi della cosa compravenduta.

dall'elaborazione giustiniana dell'istituto. Lo sforzo crescente delle fonti romane verso il superamento del requisito dell'*idem debitum* è, dunque, qui, portato alle estreme conseguenze, attribuendo natura indubitabilmente novativa proprio ai negozi capaci di determinare un mutamento essenziale nelle qualità dell'oggetto dedotto in obbligazione e consentendo a tutti gli altri, importanti modifiche quantitative o accessorie, di assumerla soltanto per effetto di una specifica pronuncia delle parti in tal senso³⁷.

In conseguenza di quanto fin qui ricostruito, pertanto, riguardo al nostro specifico ambito di indagine, se gli effetti novativi siano effettivamente quelli più conformi agli interessi perseguiti dalle parti, risulta evidentemente incluso nelle loro facoltà di dare esecuzione alle statuizioni di un accordo di ristrutturazione dei debiti mediante una convenzione novativa espressa, anche al fine di decurtare l'ammontare di crediti, sostituirne l'oggetto o individuare modalità eterogenee di esecuzione della prestazione.

3. *Segue: gli aspetti procedurali*

³⁷ Il dibattito resta comunque, in buona misura, ancora aperto, se è vero che la Cassazione pare aprire anche ad una diversa lettura, più estensiva, dell'istituto, postulando tuttavia, anche in questo caso, la necessità dell'accertamento in concreto dell'*animus novandi* in capo alle parti stipulanti. Cfr. Cass. Civ., 11336/2014: «L'effetto estintivo dell'obbligazione, che è proprio della novazione, presuppone sempre - anche se si acceda alla concezione più ampia della novazione medesima, che la ravvisa in ogni ipotesi di mutamenti di carattere quantitativo dell'oggetto o di modifiche di modalità o di elementi di una medesima prestazione - che sia accertata comunque la sussistenza dell'*animus novandi*, che deve essere provato in concreto».

Qui mi pare opportuno, anzitutto, prendere avvio dalla lettura del testo del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza. Sotto il Titolo IV, *Strumenti di regolazione della crisi*, Capo I, dedicato agli *Accordi*, all'art. 57 lo stesso chiarisce come, di norma, *gli accordi di ristrutturazione dei debiti siano conclusi dall'imprenditore... in stato di crisi o di insolvenza, con i creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti...*, e all'art. 60, tuttavia, statuisce che nel caso in cui egli abdichi ai benefici legali verso i creditori non aderenti al piano, ovvero non proponga nei loro confronti moratoria e rinunci a richiedere misure protettive temporanee, *la percentuale di cui all'art. 57, comma 1, è ridotta della metà.*

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui sia ottenuta l'omologa dal tribunale, nella loro veste riformata, come in quella antecedente, sono caratterizzati per l'articolarsi in due fasi: la prima, di natura stragiudiziale, che vede l'imprenditore impegnato, anche attraverso gli strumenti giuridici di cui si è discusso nei precedenti paragrafi, a plasmare un piano di ristrutturazione aziendale capace di superare la situazione di dissesto economico-finanziario dell'impresa e di ottenere il consenso di una compagine quanto più estesa di creditori; la seconda, giudiziale, volta ad ottenere l'omologazione della convenzione e la correlata esenzione dall'azione revocatoria di atti, pagamenti e garanzie poste in essere in sua esecuzione³⁸.

Per la loro capacità di esplicare effetti anche nei confronti dei terzi detti accordi sono rimasti per la dottrina istituto di incerta qualificazione, inducendo i più a riconoscerne l'essenza

³⁸ Sulla veste originaria del procedimento qui rimando a G. FAUCEGLIA, *Gli accordi*, cit., 1448 ss., poi anche cfr. E. GABRIELLI, *Accordi*, cit., 1086 ss., per uno sguardo aggiornato alla legge delega 155/2017, invece, S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 155 ss.

contrattuale e altri, invece, ad optare per quella concorsuale³⁹. A fronte di un obiettivo chiaro dell'istituto, ovvero la responsabilizzazione del debitore attraverso l'incentivazione di una soluzione al suo stato di crisi che passi, non dalla soddisfazione concorsuale dei creditori, bensì dalla autonoma rinegoziazione e successivo adempimento delle obbligazioni contratte⁴⁰, il tentativo, ad opera della recente riforma, di valorizzarlo si è esplicato in due direzioni in buona misura antitetiche. Se, infatti, al fine di favorire la diffusione di accordi di ristrutturazione interamente contenuti nella logica del contratto, appare, forse, come si dirà, finanche troppo prudente la riduzione alla metà del limite del 60 % dei crediti del ceto aderente (art. 60 CCI), quale condizione di

³⁹ Cfr. sopra nt. 14, propende per la natura negoziale di questi accordi anche E. GABRIELLI, *Accordi*, cit., 1087, che pure evidenziava come si trattasse di un atto di autonomia privata geneticamente modificato per il fatto di essere necessariamente inserito in un procedimento giurisdizionale; la natura concorsuale degli stessi, invece, dovrebbe essersi acclarata, secondo L. STANGHELLINI, *Finanziamenti ponte e finanziamenti di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1347, da quando l'istituto ha previsto, con d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010 n. 122, la limitazione dei creditori ad agire esecutivamente nei confronti dei debitori anche durante la fase delle trattative; F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 78, prima dell'ultima riforma non aveva mai dubitato della natura contrattuale di detti accordi, eppure, a seguito della l.d. 155/2017, in ID., *La riforma*, cit., 59 s., finisce per concludere che, al di là del caso isolato oggi rappresentato dall'art. 60 del Codice, «in tutti gli altri casi il “tasso contrattuale” degli accordi sia destinato a scemare» e più volte emerge la notevole prossimità e la comunanza di natura tra detti accordi e il concordato preventivo.

⁴⁰ Cfr. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.*, in O. CAGNASSO - L. PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, 2016, 3238.

omologabilità dell'accordo nei casi in cui il debitore non chieda moratoria del pagamento dei creditori estranei né misure protettive, in una direzione diametralmente opposta è andato l'art. 61, prevedendo al comma 1:

Le disposizioni di cui alla presente sezione si applicano, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, al caso in cui gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici...,

allorquando, prosegue il comma 2, i creditori siano stati messi nelle condizioni di partecipare alle trattative, l'accordo non abbia carattere liquidatorio, *i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria*, la soddisfazione dei non aderenti sia garantita in misura non inferiore alla liquidazione giudiziale.

In altri termini, sembra di non poter intendere diversamente dalla lettura combinata dei due articoli, il medesimo istituto risulta, nelle sue distinte forme di manifestazione, oscillante tra la logica del contratto e quella concordataria, giustificandosi questa mutazione genetica quando, per tramite del requisito dell'omogeneità debitoria, aderenti e dissenzienti vengano a trovarsi in una posizione identica rispetto al problema comune della possibile prospettiva insolvenza del debitore⁴¹.

⁴¹ F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 57 ss., sulla legittimità di questa intromissione nei diritti dei creditori non aderenti si è discusso. Tuttavia, pare alla dottrina di poter salvare la norma, pur ammettendone per molti versi l'inopportunità, attagliandosi al necessario presupposto di ogni legittimo Accordo di ristrutturazione dei debiti, ovvero l'esistenza di un rischio di futura insolvenza del debitore, ché, se non vi fosse, non

La soluzione, che, in attesa di una ponderazione circa le sue ricadute pratiche, ha destato non poche perplessità in dottrina, potrebbe, tuttavia, trovare una sua giustificazione in una prospettiva comparatistica e, a mio avviso, forse anche un fondamento storico.

Nella prima ottica, la figura che sembra più avvicinarsi a quella già contemplata dall'art. 182 *bis* l. fall., oggi solo parzialmente mutata nel combinato disposto degli artt. 57 e 60 del nuovo Codice, è quella della *procédure de conciliation* francese, il cui frutto può con buona approssimazione assimilarsi ad un contratto avente efficacia *inter partes*. E, tuttavia, nella direzione riformatrice intrapresa, soprattutto nel dettato del summenzionato art. 61, il nostro sistema ha optato per un istituto ibrido che reca punti di contatto anche con i procedimenti di *Reorganization* statunitensi e con gli *Insolvenzplan* tedeschi, i quali sono ambedue connotati dallo sfociare nella predisposizione di un piano di salvataggio che, pur frutto di una trattativa privata tra l'impresa e i suoi creditori, se adeguatamente suffragato, gode di efficacia vincolante per i dissenzienti⁴². In una prospettiva storica, invece, mi pare che il tormentato destino di questi accordi, la cui funzione "educativa", oltretutto lo scrupoloso rispetto delle prerogative individuali dei

sarebbe tollerabile, in ossequio al semplice interesse alla ristrutturazione aziendale, una simile limitazione dei diritti dei creditori, potendo occultarsi, per questa via, una manovra dell'imprenditore, non ancora in stato di crisi, volta a eludere i propri vincoli contrattuali (S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 160 s.). Starà al giudice, pertanto, il compito, affatto facile, di sindacare attentamente lo stato di crisi dichiarato dall'imprenditore, onde evitare che l'istituto viri verso finalità elusive e fraudolente in contrasto con la tutela costituzionale del credito (cfr. pure V. ROPPO, *Profili*, cit., 372).

⁴² In riferimento al quadro normativo precedente all'ultima riforma, già così si esprimeva S. DE MATTEIS, *L'emersione*, cit., 154, nt. 88.

creditori, vorrebbero vincolati alla logica del contratto, mentre la mano benevola del legislatore nei riguardi di ogni misura volta a favorire la prosecuzione dell'attività d'impresa nonché la conservazione dei livelli occupazionali preferirebbe piegare al volere della maggioranza, sia, seppur per motivazioni eterogenee, condiviso con un istituto romanistico, il *pactum quo/ ut minus solvatur*, la cui evoluzione fisionomica è ancora, nella sua plurisecolare evoluzione, incerta e discussa in dottrina.

Un testo su tutti pare cristallizzare, quantomeno per l'epoca giustiniana, le caratteristiche di questo istituto, la cui funzione era, all'evidenza, quella di introdurre, limitatamente al contesto della disciplina successoria⁴³, una forma alternativa di deroga, rispetto a quella rappresentata dal *pactum de non petendo* parziale, al principio, già consacrato in Gai. 3.168 e poi ripreso dal manuale imperiale in I. 3.29 pr., di integrale soddisfazione dei debiti⁴⁴:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.19: *Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem.*

Il *pactum ut minus solvatur*, dice il giurista, è opponibile ai creditori solo quando essi abbiano unanimemente e stragiudizialmente consentito alla riduzione proporzionale dei loro debiti oppure quando il pretore con proprio decreto abbia reso

⁴³ Per tutti, P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*⁹, Torino, 1932, 405; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, II, Napoli, 1933, 279 ss. e A. GUARINO, “*Pactum quo minus solvatur*”, in *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli, 1995, 41.

⁴⁴ Gai. 3.168: *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debetur* e I. 3.29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur.*

vincolante la volontà dei più. Dunque, come da tempo risalente è stato sostenuto in dottrina⁴⁵, il testo ulpiano attesta un sistema di prevenzione della procedura concorsuale della *venditio bonorum* di una *hereditas damnosa* articolato in due fasi:

1. Fase stragiudiziale: in essa, *ante aditam hereditatem* (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.17), l'erede del debitore avrebbe potuto cercare un accordo per la riduzione proporzionale di tutti i debiti del *de cuius* tale da consentirgli di far fronte al loro pagamento con le sostanze presenti nell'attivo ereditario; facoltà, questa, che veniva solamente ad aggiungersi a quella di utilizzare, mercé la contrattazione separata di liberazioni parziali con i creditori, qualsiasi ulteriore tipologia di intreccio negoziale volto al perseguimento dei medesimi scopi;
2. Fase giudiziale: se non fosse riuscito ad ottenere il consenso unanime o a predisporre un piano complessivo di riduzioni individuali dei debiti idoneo ad essere soddisfatto tramite l'attivo ereditario, avrebbe potuto provocare *in iure* l'intervento del pretore, affinché, tramite suo decreto, sancisse la vincolatività, anche per i dissenzienti, della riduzione proporzionale accettata dalla maggioranza⁴⁶.

⁴⁵ A. GUARINO, "Pactum", cit., 41; A. CALZADA GONZÁLEZ, *Reflexiones en torno al 'pactum quo minus solvatur'*, in *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno (IV Congreso internacional y VII Congreso iberoamericano de derecho romano)*, Burgos, 2001, 108 s.

⁴⁶ Cfr. A. GUARINO, "Pactum", cit., 41-43 e 55 ss. e ID., *Ancora sul "Pactum quo minus solvatur"*, in *Pagine*, cit., 79, le sue caratteristiche strutturali hanno portato la dottrina, già da tempo risalente, a ritenere il *pactum ut minus solvatur* il fondamento romanistico dell'istituto del concordato preventivo e, sul punto, si veda anche la più recente opinione

di A. CALZADA GONZÁLEZ, *Reflexiones*, cit., 109. In altra direzione, è necessario poi rammentare come la romanistica si sia lungamente divisa sulla classicità del principio, risultante dal passo, di c.d. maggioranza vincolante. Per la tesi conservativa hanno propeso: C. FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, II, Napoli, 1902, 410; S. SOLAZZI, *Diritto*, II, cit., 279 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, 683; P. BONFANTE, *Le successioni*, Milano, 1974, 485 s. e A. CALZADA GONZÁLEZ, *Ibidem*, 112; per l'ipotesi della non genuinità della disciplina contenuta nel Digesto, oltre a Guarino in entrambi gli scritti sopracitati, E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, 206 ss.; B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano. Capacità - Acquisto dell'eredità ed effetti - Divisione*, Milano, 1948, 160 s.; E. ALBERTARIO, 'Hodie', in *Studi di Diritto romano*, VI, Milano, 1953, 125 ss. e M. R. LÓPEZ-BARAJAS MIRA, 'Separatio bonorum', Granada, 1995, 41 ss. Il taglio del presente studio, in ogni caso, solleverebbe chi scrive dal prender posizione sul dibattito dei grandi maestri: infatti, che la veste giustiniana dell'istituto rappresenti o meno il frutto di un'evoluzione post-classica non rileva ai fini del discorso, che qui si intende svolgere, circa le remote radici romanistiche di istituti positivi. E, tuttavia, vorrei, in proposito, per lo meno esplicitare una deduzione logica che, a mio avviso, risulta dall'impostazione da me suggerita nel corpo del testo. Se è imprescindibile conservare la classicità del *decretum praetoris*, come anche il Guarino ammetteva (*Ancora sul "Pactum"*, cit., 81), per la sicura genuinità di Scaev. 4 *resp. D. 40.4.54.1* (*Scripti testamento heredes ante aditam hereditatem pacti sunt cum creditoribus, ut parte dimidia contenti essent, et ita decreto a praetore interposito hereditatem adierunt*), quale ne sarebbe stata l'utilità pratica, se non fosse stato, in certo qual modo, suppletivo di un consenso non prestato e fosse intervenuto semplicemente a ratificare un accordo già valido *inter privato*? Se, dopotutto, l'erede non avesse trovato il consenso unanime dei creditori sulla riduzione proporzionale dei loro debiti, avrebbe sempre potuto cercare una sistemazione delle diverse ragioni, mediante *pacta de non petendo* parziali differenziati in ragione delle singole pretese: entrambe le soluzioni, nondimeno, sarebbero rimaste perfettamente aderenti alla logica del contratto, rendendo di fatto inutile

Per quanto concerne la fase stragiudiziale di trattativa, essa si caratterizzava, allora come oggi, per una completa libertà di contenuti, nel senso che già il diritto romano affiancava alla possibilità di offrire una riduzione proporzionale dei crediti quella di approntare un diverso piano di ristrutturazione dei debiti

l'intervento pretorio (cfr., in tal senso, S. SOLAZZI, *Ibidem*, 280, nt. 1). Il diritto classico, del resto, riconosceva piena libertà di deroga contrattuale al principio d'integrale soddisfazione dei crediti (così proprio A. GUARINO, "Pactum", cit., 40), ciò che allora necessitava di un atto d'imperio era, invece, più verosimilmente, il suo accantonamento in assenza di una simile manifestazione di volontà (cfr. A. CALZADA GONZÁLEZ, *Ibidem*). E, sul punto, ad ulteriore suffragio di questa idea, mi si consenta un riferimento analogico al *decretum* pretorio che, come recentemente è stato argomentato in dottrina (cfr. A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum' nelle fonti classiche e bizantine*, Torino, 2018, 3 s.; 28 ss.; 101 ss. e 138 s.), dava avvio alla *tributio* del peculio del servo *negotiator* inadempiente; in entrambi i casi l'atto assolve ad una duplice funzione: da un lato, quella di autorizzare il debitore alla distribuzione paritaria del patrimonio (ereditario ovvero commerciale), dall'altro, quella di derogare al principio di integrale soddisfazione dei crediti, in assenza di un fondamento propriamente contrattuale (cfr. anche, sul punto, A. GRILLONE, *Per una storia*, cit., 23 ss.). Non mi pare, inoltre, che il recente riesame della *vexata quaestio* compiuto da M. CAMACHO DE LOS RÍOS, *Estudio crítico sobre las formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria*, in *RGDR*, 19, 2012, 7 ss., volto a porre in evidenza l'incompatibilità temporale tra la vigenza del sistema dell'*aditio mandato creditorum* (a suo dire svantaggioso per il creditore) e il *pactum ut minus solvatur* di maggioranza, sia risolutivo, stante l'evidente connotazione sussidiaria e discrezionale dell'intervento decretale pretorio, che, certo, avrebbe potuto tenere conto delle altre ipotesi compromissorie in campo, omettendo di vincolare artificialmente la minoranza quando si fossero presentate alternative negoziali unanimemente condivise dal ceto creditorio.

ereditari per mezzo di una pluralità di altri negozi, come avveniva nel caso in cui l'erede preferisse contrattare riduzioni differenziate con i singoli creditori, predisponendo, al fine di superare la *damnositas* dell'*hereditas*, un complesso reticolo di *pacta de non petendo* parziali. La proposta dell'erede e quella dell'odierno debitore non soffrono, pertanto, in questa fase, limite contenutistico alcuno, in quanto in ogni convenzione la tutela ordinamentale è garantita in primo luogo in forza del consenso e il diritto di credito non può reputarsi irritualmente compresso quando questa contrazione sia derivata dal genuino esplicarsi della libertà contrattuale⁴⁷.

Se ad un accordo soddisfacente si addivenisse per questa via ben aveva fatto il diritto romano a riconoscere aprioristicamente la validità della *conventio*, stante che la stessa non avrebbe potuto in alcun modo esplicarsi contro le prerogative dei singoli creditori, i quali, o da essa non vengono toccati, in quanto terzi, o vi hanno prestato assenso. Che è come dire, nell'esposto regime del "nuovo" Codice della crisi, che quando, nel proporre un accordo di ristrutturazione, il debitore non richieda al tribunale l'applicazione, ai sensi dell'art. 57, comma 3, della moratoria legale dei creditori estranei o misure protettive contro le azioni individuali, né tantomeno l'estensione dei suoi effetti a creditori omogenei non aderenti ai sensi dell'art. 61, la trattativa si svolge in un'impregiudicata ottica di mercato e la conseguente meritevolezza di omologa dell'accordo dovrebbe auto-fondarsi sul consenso, oltreché sulle sue capacità di risolvere lo stato di sofferenza dell'impresa, e, dunque, insensatamente, l'art. 5, lett. b) della legge

⁴⁷ E, in tal senso, colpisce l'assonanza tra l'*incipit* del paragrafo dedicato da F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 49 s., agli accordi stragiudiziali, ai piani attestati di risanamento e agli accordi di ristrutturazione dei debiti e due scorcì della risalente trattazione di A. GUARINO, "*Pactum*", cit., 40 s. e ID., *Ancora sul "Pactum"*, cit., 79.

delega 155/ 2017 lasciava al delegato l'alternativa tra *eliminare o ridurre* il *quorum* dei consenzienti necessario ai fini dell'omologa, con l'inopinata conseguenza che, alla fine, si optasse proprio per tale riduzione⁴⁸.

⁴⁸ Metteva già in guardia sulle conseguenze della scelta, prima che fosse compiuta, F. DI MARZIO, *La riforma*, cit., 57 ss., il quale riteneva nella legge delega affievolito il tasso contrattuale degli accordi di ristrutturazione per effetto dell'introduzione generalizzata di un meccanismo forzoso di estensione della loro vincolatività a categorie omogenee di creditori ed individuava nel solo art. 5, lett. b) un'occasione per restituirgli una natura quantomeno ibrida e non farne un cugino prossimo del concordato. E, tuttavia, seppur da un punto di vista tecnico-giuridico la soluzione desti inevitabili perplessità sistematiche, imponendo artificialmente una soglia di consenso ad una convenzione plurilaterale ad efficacia perfettamente contrattuale, dal punto di vista pratico è stato recentemente osservato: «si potrebbe ritenere che la norma imponga un'eccessiva rigidità; tuttavia, se da una parte l'esperienza pratica insegna che è difficile che raggiungano l'obiettivo tentativi di ristrutturazione che non coinvolgono una percentuale significativa dei crediti, normalmente ben superiore al 60%, dall'altra si tratta di una percentuale che di regola viene raggiunta - già dai soli - creditori finanziari (le banche)», cfr. A. AIELLO, A. AURICCHIO, G. COVINO, L. JEANTET, *Il piano attestato di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti nella riforma del diritto concorsuale*, in *La riforma del diritto fallimentare e le banche*, 2018, http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/aiello_a_auricchio_a_covino_g_jeantet_l_il_piano_attestato_di_risanamento_e_l_accordo_di_ristrutturazione_dei_debiti_2018.pdf, 8 e 14 s. In tal senso, paiono, per altro, a questi Autori inutili i tentativi di mantenere in vita nicchie di pura negozialità nella disciplina della crisi d'impresa, in considerazione del fatto che accordi non protetti del tipo di quelli previsti all'art. 60 CCI, sarebbero, a loro dire, di fattibilità alquanto incerta «presupponendo che un imprenditore si attivi per tempo ed

Alle soluzioni di natura contrattuale il Digesto affiancava la possibilità, come poco sopra si accennava, di integrare la volontà della maggioranza attraverso un atto di imperio del pretore, che avrebbe esteso gli effetti della riduzione concordata ai creditori assenti o contrari; così, allo stesso modo, il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza richiede maggioranze, qui addirittura qualificate, sia per ottenere l'applicazione del regime legale di moratoria quadrimestrale dei crediti dei non aderenti (60% dell'intera assemblea), sia, a maggior ragione, per estendere ai creditori omogenei dissenzienti gli effetti di un accordo approvato dal 75% della loro propria classe di appartenenza. È in tal senso chiaro l'intento del legislatore di valorizzare l'istituto degli accordi, il cui buon esito troppo spesso è stato esposto al capriccio dei singoli, introducendo una nicchia di concordato, capace di proteggerli dall'insensatezza umana, all'interno di un istituto per altri versi più aderente alla logica del contratto. Nel loro complesso, dunque, gli Accordi di ristrutturazione sono, nel corpo del nuovo Codice, un interessante ibrido, sospesi tra lo schema del contratto e quello del concordato, e suggeriscono al romanista, attraverso il confronto con l'istituto del *pactum ut minus solvatur*, un importante dato, ovvero che, quasi per natura, gli istituti nati convenzionali e rivolti alla composizione di situazioni patrimoniali di sovraesposizione debitoria tendono ad essere attratti dal principio di maggioranza nell'ottica concordataria per la difficoltà congenita di far intellere alla massa unanime dei creditori i vantaggi di una comune riduzione delle pretese.

E se ciò, senza dubbio, non può risolvere lo sconfinato dibattito sui caratteri classici dell'istituto, dice nondimeno qualcosa

intervenga quando ancora la sua crisi sia in fase di incubazione, giacché, altrimenti, l'assenza di moratoria e di misure protettive non potrebbero mai essere compatibili con il suo programma ristrutturativo».

sulla sua possibile derivazione dal modello generale del *pactum de non petendo* e lascia presagire l'esistenza di un momento intermedio, nel tempo non chiaramente determinabile, in cui, di fatto, da quest'ultimo non sarebbe stato distinguibile se non per la sua natura plurilaterale, rappresentando, in tale ottica, l'adozione del principio di maggioranza il rimedio, in ogni epoca contrapposto, alle non risibili difficoltà negoziali e pratiche di raccogliere un consenso effettivamente unanime tra i creditori.

E qui, allora, proprio in relazione al principio di maggioranza vale la pena porre in luce un altro straordinario esempio di derivazione. La regola, per noi oggi del tutto scontata, in forza della quale il *quorum* necessario al perfezionamento di un accordo omologabile si computi per titolarità di quote di esposizione debitoria e non per teste, e che è suggellata negli art. 57 e 61, comma 2, CCI, i quali rispettivamente statuiscono che *gli accordi... sono conclusi dall'imprenditore... con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti* e che, ai fini dell'estensione dell'efficacia del piano di riduzione, *i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il 75% di tutti i creditori aderenti*, trova il suo fondamento in un illuminante passo papiniano:

Pap. 10 *resp.* D. 2.14.8 pr: *Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit...*

Qui il giurista, probabilmente in riferimento ad altro istituto⁴⁹, poneva il principio generale⁵⁰ per cui nell'assemblea dei creditori la maggioranza fosse da calcolare con riferimento alla misura del credito e non al numero delle persone⁵¹. In questo calcolo dovevano essere computati i creditori privilegiati, che sarebbero comunque rimasti vincolati al parere della maggioranza, sia che fossero stati assenti, sia che, presenti, avessero espresso parere contrario all'accordo (Pap. 10 *resp.* D. 2.14.10 pr.: ...*Et repeto ...divum Pium rescripsisse fiscus... et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere*), ma non gli ipotecari a cui non si sarebbe potuto impedire di soddisfarsi sui beni vincolati a loro garanzia (*haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt*), restando per questo, costoro, di fatto estranei all'assemblea.

E, in proposito, mi pare significativo che questa distinzione, oltre a non essere stata conservata nella disciplina del concordato preventivo, dove le due categorie qualificate di creditori vengono equiparate quanto al loro destino, prevedendo che i *creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato, in caso di*

⁴⁹ L'idea dell'incerta collocazione dell'originario responso nel contesto della trattazione del *pactum ut minus solvatur* mi pare sia diffusa in dottrina S. SOLAZZI, *Diritto*, cit., 281; A. GUARINO, "Pactum", cit., 65 ss. e, più recentemente, M. CAMACHO DE LOS RÍOS, *Estudio*, cit., 10.

⁵⁰ Sicuramente classico per S. SOLAZZI, *Diritto*, cit., 280; ID., *Estinzione*, cit., 198 e, in tempi a noi più prossimi, per A. CALZADA GONZÁLEZ, *Reflexiones*, cit., 112; *contra* A. GUARINO, "Pactum", cit., 66 s., per cui il responso non avrebbe posto alcun principio generale, ma doveva essere contestualizzato nel procedimento di *bonorum venditio* e solo un'evidente falsificazione triboniana lo avrebbe traslato in altro luogo; opinione, questa, condivisa oggi da M. CAMACHO DE LOS RÍOS, *Estudio*, cit., 10.

⁵¹ Idea che, come nel testo s'è detto, è comune alla totalità dei diritti concorsuali moderni: A. CALZADA GONZÁLEZ, *Reflexiones*, cit., 112 s.

liquidazione dei beni e dei diritti sui quali sussiste una causa di prelazione (art. 85, comma 7, CCI) e che *qualora essi rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono equiparati ai creditori chirografari*, anche quanto al diritto di voto (art. 109, comma 3, CCI), è completamente estranea alla disciplina degli Accordi di ristrutturazione, dove l'adesione dei creditori ipotecari e, parimenti, dei privilegiati, nonché la determinazione delle sue condizioni, sono *in toto* rimesse al libero esplicarsi della contrattazione tra privati, con la conseguenza ulteriore, nondimeno, che, in virtù del nuovo regime di cui all'art. 61, comma 2, pure costoro potrebbero restare vincolati, dalla volontà della maggioranza qualificata della propria categoria, alle decurtazioni previste dalla convenzione quadro. In altri termini, negli Accordi di ristrutturazione dei debiti, pur a seguito della loro mutazione genetica, che ha finito per caratterizzarli come “concordati parziali eventuali”, non solo i privilegiati, ma pure i creditori ipotecari hanno perso la propria connotazione di aventi diritto speciali e possono, contro la propria volontà, veder pregiudicati i loro crediti, seppure a condizioni paritarie con gli altri membri della propria categoria e solo di fronte ad una percentuale di consensi, formatasi internamente alla classe, ed, in rapporto alla stessa, notevolmente consistente.

ABSTRACT

L'articolo ha lo scopo di riscoprire nella compilazione giustiniana le radici storiche di un particolare istituto del diritto fallimentare italiano: gli Accordi di ristrutturazione dei debiti, introdotti nel nostro Ordinamento con d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80 e oggi ampiamente riformati nel nuovo

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Si è trattato, a tal fine, di legare istituti romani, di cui *pactum ut minus solvatur* e *pactum de non petendo* sono solo gli esempi più significativi, con le forme del nuovo strumento di soluzione della crisi d'impresa, evidenziandone analogie e differenze.

The paper aims to discover the historical roots of a particular institution of the Italian bankruptcy law in Justinian compilation: *i.e. Accordi di ristrutturazione dei debiti*, introduced in our Law system by d.l. March 14, 2005, n. 35, converted in l. May 14, 2005, n. 80 and now widely reformed in the new *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. To this end, its principal objective was to link Roman institutions, of which *pactum ut minus solvatur* and *pactum de non petendo* are only the most significant examples, with the different components and characteristics of this new legal tool, highlighting similarities and differences.

KEYWORDS

procedure fallimentari; gestione della crisi d'impresa; accordi con i creditori; *pactum ut minus solvatur*; *pactum de non petendo*.

insolvency proceedings; undertakings' crisis management; agreements with creditors; *pactum ut minus solvatur*; *pactum de non petendo*.

ALESSANDRO GRILLONE

Assegnista di Ricerca e docente a contratto di Storia e Istituzioni di diritto romano (didattica integrativa)

Università degli Studi di Pisa

Email: alessandro.grillone@yahoo.it

