

Con la normativa entrata in vigore in Italia il 17 marzo 2005 il principale strumento giuridico per la gestione delle crisi di impresa è divenuto il concordato preventivo, i cui elementi essenziali sono: inizio della procedura e punto di riferimento continuo di essa è il piano di ristrutturazione dell'azienda, presentato dal debitore, che *“può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso QUALSIASI FORMA”* (art. 160 Legge fallimentare) ; il piano di ristrutturazione va concordato (spesso in situazioni di forte conflittualità) con i creditori, la cui soddisfazione non deve essere uguale per tutti, ma può avvenire in maniera differenziata ; il potere del giudice è limitato al ruolo suo proprio, il controllo di legittimità, e molto raramente entra nell'esame del merito dei problemi, la cui gestione è lasciata al debitore e soprattutto al commissario giudiziale ; questi è diventato il “motorino” della procedura.

La nuova normativa italiana è stata influenzata da quella statunitense, che da molto tempo prevede un procedimento finalizzato alla ristrutturazione aziendale, il *“Chapter 11”*. Nell'ambito di esso è sempre più utilizzata negli USA la mediazione gestita da un professionista indipendente. Nel 1998, infatti, l'*Alternative Dispute Resolution Act* stabilì che ciascuna corte federale autorizzasse l'uso degli *ADR* (*Alternative dispute resolutions*) *“in all civilian actions including adversary proceedings in bankruptcy”*.

La mediazione è una tecnica di gestione di qualsiasi conflitto , nella quale un terzo indipendente, autonomo dalle parti, cerca di riattivare e facilitare il dialogo tra i contendenti, in modo che questi ultimi raggiungano un loro proprio accordo senza indicazione (o imposizione) della soluzione da parte del terzo. Il tutto nell'ambito di una completa riservatezza, a meno di parere contrario ed esplicito delle parti, le quali ultime rimangono sempre *“dominae”* della procedura .

L'uso della mediazione in Italia è ai suoi primi vagiti, in quanto è molto poco conosciuta e ancor meno praticata : non insegnata nelle università, è del tutto assente nei percorsi formativi di magistrati, commercialisti ed avvocati, e sostanzialmente osteggiata da questi ultimi. La riforma del diritto societario italiano, in vigore dal gennaio 2004, ha previsto una specifica forma di conciliazione, con agevolazione fiscale e conseguenze procedurali, applicabile alle controversie in materia societaria, bancaria, finanziaria e creditizia ; la legislazione successiva l'ha estesa ai patti relativi alla successione familiare di attività produttive; a luglio 2006 sono stati emanati gli ultimi decreti attuativi; ad inizio 2007 diventerà operativa. E' probabile che tutto ciò darà impulso all'uso della mediazione in Italia . Ma sarà utilizzata anche nelle procedure concorsuali?

L'ampio spazio riconosciuto dalla normativa sul concordato preventivo all'iniziativa del debitore ed agli accordi da realizzare tra questo ed i creditori implicherà la gestione di conflitti (multiparti e multilivello) tra debitore e creditori e tra i creditori stessi . L'uso delle tecniche di mediazione, quindi, sarebbe molto prezioso . Tuttavia, le forti innovazioni normative poste in essere dal 2004 in poi, la fisiologica necessità di analisi, comprensione e adattamento ad esse da parte di tutti gli attori coinvolti (magistrati, avvocati, commercialisti, associazioni imprenditoriali, banche –queste ultime in Italia sono i creditori di maggior peso nelle crisi aziendali) lasciano completa incertezza su tempi e modi, con i quali l'uso della mediazione entrerà nei concordati preventivi.

GIOVANNI MATTEUCCI è nato a Roma il 16.03.1949.

Terminato il liceo classico, ha conseguito

- laurea in Giurisprudenza, Università “la Sapienza” di Roma, marzo 1972, votazione 110 e lode / 110 ; tesi in Economia Politica, “*Perché differiscono i tassi di sviluppo del reddito*” ; relatore prof. Di Nardi ;
- Diploma in Economics, University of York (UK), luglio 1974 ; tesi “*The open market operations, the Italian experience*”;
- laurea in Economia e Commercio, Università “la Sapienza” di Roma, aprile 2005, votazione 110/110 ; tesi in Diritto Commerciale, “*Scorporo e scissione societaria, la tutela dei creditori*” ; relatore prof. Pescatore.

Nel 2005/6 ha seguito il Master di I livello organizzato dall’ Università degli studi di Siena e CCIAA di Grosseto su “*Procedure stragiudiziali di soluzione delle controversie*” ; tesi “*Mediazione e concordato preventivo*” .

Ad ottobre 1979 ha pubblicato, “*Alcune caratteristiche strutturali dell’ industria farmaceutica italiana*” , Quaderni ISIS n.2.

E’ funzionario di banca, dove ha lavorato presso l’ ufficio studi economici ed è stato responsabile di ufficio legale, segreteria, mutui, marketing e prodotti assicurativi, agenzia, clientela “retail”, rapporti con la Pubblica Amministrazione. Attualmente è responsabile della valutazione e gestione del rischio. Esperienze tutte maturate in sedici diverse città italiane.

Dal 1992 è iscritto all’ albo dei promotori finanziari.

e-mail : matteuccigiovanni@tiscali.it

MEDIAZIONE
NEL CONCORDATO PREVENTIVO

INDICE

Introduzione	pagina 4
Mediazione e <i>ADR Alternative Dispute Resolutions</i>	“ 8
Normativa concorsuale italiana dal 1942 al 2005	“ 35
“ <i>The U.S. Bankruptcy Code</i> ” e “ <i>Mediation in bankruptcy</i> ”	“ 40
Concordato preventivo in Italia dal 17.3.2005	“ 52
Conclusioni	“ 65
Appendici	
Legge Fallimentare “ <i>post riforma</i> ”	“ 69
Relazione illustrativa della legge di riforma fallimentare	“ 81
Legge Marzano	“ 86
Tribunale di Messina, decreto 29.12.2005	“ 90
Bibliografia	“ 94

INTRODUZIONE

Nell'ordinamento giuridico italiano, in base alla normativa in vigore dal 17 marzo 2005, l'istituto del concordato preventivo si pone come lo strumento di più ampio utilizzo per la gestione delle crisi di impresa.

Infatti un imprenditore (singolo o associato), in situazione di crisi, può proporre ai creditori un piano di pagamento dei propri debiti, il cui contenuto può assumere qualunque modalità (purché non sia "contra legem").

Il piano di pagamento, insieme ad un :

- bilancio aggiornato ;
 - l'elenco dei beni che l'imprenditore possiede e dei titolari di eventuali diritti reali che gravano su di essi ;
 - l'elenco nominativo dei creditori, dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione ;
 - l'elenco dei beni di eventuali soci illimitatamente responsabili e dei loro creditori personali ;
 - la relazione di un professionista che asseveri la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano ;
- è allegato ad un ricorso di ammissione alla procedura di concordato, che viene presentato al tribunale nel cui distretto c'è la sede principale dell'impresa.

Il tribunale verifica la completezza e la regolarità della documentazione, senza entrare nel merito, e con decreto :

- nomina un giudice delegato alla procedura ;
- nomina il commissario giudiziale ;
- indica la somma che il ricorrente deve depositare entro il termine massimo di quindici giorni per sostenere le spese dell'intera procedura ;
- ordina la convocazione dei creditori entro il termine massimo di trenta giorni .

Il debitore, sotto il controllo del commissario giudiziale, conserva la gestione dell'azienda, ma gli atti di straordinaria amministrazione devono essere autorizzati dal giudice delegato, altrimenti sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

I creditori, dalla data della presentazione del ricorso a quella della sentenza di omologazione del concordato, non possono iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, pena la loro

nullità. Non possono neanche acquisire diritti di prelazione rispetto ai creditori concorrenti.

Il commissario giudiziale :

- verifica le scritture contabili e l' elenco dei creditori e debitori ;
- redige l' inventario del patrimonio del debitore ;
- redige una relazione su cause del dissesto, condotta del debitore e validità della proposta di concordato, relazione che va depositata in cancelleria per lo meno tre giorni prima dell' adunanza dei creditori ;
- convoca i creditori .

Il giudice delegato presiede l' adunanza dei creditori. Questi possono dichiararsi favorevoli o contrari al progetto presentato dal debitore e possono contestare i crediti concorrenti. I crediti contestati possono essere ammessi provvisoriamente ; i creditori esclusi possono opporsi.

Se la maggioranza dei crediti (non dei creditori) ammessi esprime voto favorevole, il concordato è accettato.

I creditori, nel piano presentato dal debitore, possono essere suddivisi in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei. In questo caso, perché si abbia la maggioranza dei crediti, questa deve essere riscontrata nell' ambito di ciascuna classe e tutte le classi devono esprimere voto favorevole . Può succedere però che una o più classi esprimano parere contrario.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca possono approvare o contestare la proposta di concordato preventivo solo se rinunciano al diritto di prelazione.

Dell' adunanza si redige processo verbale, nel quale sono indicati i nomi dei votanti (a favore / contro) e l' ammontare dei rispettivi crediti.

Il tribunale fissa un' udienza in camera di consiglio per la comparizione del debitore, del commissario giudiziale e di eventuali creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato . Assume d' ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie . Nel contraddittorio delle parti, se la maggioranza dei crediti aveva espresso parere favorevole, approva la proposta di concordato . Nel caso di raggruppamento dei crediti in classi , se la maggioranza dei creditori di ciascuna classe e la maggioranza delle classi aveva espresso parere favorevole ma una o più si era dichiarata contraria e se i creditori dissenzienti non possono conseguire di più da procedure alternative (cioè dal fallimento), la proposta di concordato è

approvata.

Il decreto di omologazione chiude la procedura del concordato preventivo; esso va comunicato al debitore e al commissario giudiziale, il quale provvede a darne notizia ai creditori ; va annotato presso il registro delle imprese ; deve essere emanato entro 180 giorni dalla presentazione del ricorso (termine prorogabile una sola volta di 60 giorni dal tribunale).

A tutto ciò si aggiunga che il debitore, al ricorso originario al tribunale, può allegare anche :

- un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato (per quanto superfluo, prima dell' inizio della procedura) con i creditori, che rappresentino almeno il 60% dei crediti ; tale accordo viene pubblicato nel registro delle imprese in modo da permettere il deposito di opposizioni ; senza passare per l' adunanza dei creditori (che è superflua) il tribunale decide delle opposizioni, con decreto motivato omologa l' accordo e ne ordina la pubblicazione nel registro delle imprese ;
- una proposta di transazione fiscale per i debiti chirografari anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse per l' Unione Europea.

Quindi, un imprenditore in crisi può proporre un piano di pagamento dei propri debiti (e di ristrutturazione dell' azienda) dal contenuto assolutamente ampio e variegato ; il piano deve essere sottoposto al vaglio dei creditori ; è compito precipuo del commissario giudiziale smussare le riserve di questi ultimi ; il tutto sotto il controllo principalmente di legalità da parte della magistratura. Ma il debitore può anche presentare al tribunale un accordo già stipulato con un' ampia maggioranza dei creditori e proporre una transazione fiscale. Il tutto in un periodo di 180, massimo 240 giorni.

Notevole flessibilità dei contenuti, formalità procedurali ridotte all' essenziale, forte impegno da parte del commissario giudiziale a raccogliere le adesioni dei creditori ad un progetto da lui già valutato fattibile, tempi prefissati.

Perché tale procedimento giunga ad una conclusione positiva è importante la possibilità di dialogo tra debitore e creditori e tra i creditori stessi e cruciale la capacità di superare i momenti di tensione (se non proprio scontro) che si incontrano col procedere delle trattative. A tal fine può essere di notevole aiuto la mediazione, intesa non come semplice capacità di relazione e dialogo con gli altri, ma come insieme di tecniche

e metodologie relative alla gestione pacifica dei conflitti acquisite con formazione teorica ed affinata con esperienza specifica. Tecnica usata non solo dal debitore (o, più propriamente, dai suoi consulenti) ma soprattutto dal commissario giudiziale e/o uno o più mediatori da lui individuati, previo consenso del giudice delegato.

MEDIAZIONE

E

ADR - ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS

La mediazione ¹ è un procedimento nel quale due o più parti in conflitto scelgono un terzo, neutrale e senza potere decisionale (il mediatore), che le assiste nel dialogo al fine di aiutare le stesse a cercare una soluzione (che è la “loro” soluzione) al conflitto accettabile per tutti ².

Il mediatore non trova una soluzione, non impone un accordo, bensì facilita il dialogo tra due (o più) parti, cerca di indurle ad andare oltre le posizioni sostenute (a volte con veemenza) e di far individuare a ciascuna i loro veri interessi, fa in modo che da sole esse raggiungano un punto di incontro.

Il mediatore cioè non trova, non impone una soluzione, bensì facilita il dialogo delle parti in lite perché raggiungano un accordo, frutto della loro libera determinazione.

La mediazione può essere utilizzata per cercare di risolvere qualunque tipo di contrasto, in particolare può essere applicata come metodo di soluzione stragiudiziale delle controversie. In tale accezione nella terminologia anglosassone è denominata *Alternative Dispute Resolution*, meglio conosciuta con l'acronimo **ADR**.

In Italia la mediazione è ai primi vagiti, ma le sue possibilità di applicazione sono numerose e molto ampi gli spazi di utilizzo.

La mediazione è uno dei vari **ADR**. Questi sono stati teorizzati negli Stati Uniti d' America a partire dagli anni '70 del '900, quando la “*litigation explosion*” fece quadruplicare le cause civili iscritte presso le corti federali con un incremento abnorme delle spese legali. La

¹ I termini “mediazione” e “conciliazione” possono essere utilizzati l' uno al posto dell' altro, sono interscambiabili. Lo stesso per “mediatore” e “conciliatore”.

² “*La mediazione è una procedura in cui un terzo neutrale, il mediatore, assiste le parti nel ricercare una soluzione al loro conflitto accettabile per entrambi*”, Così Giovanni, “*Perché conciliare*”, in Giacomelli S., a cura di, “*La via della conciliazione*”, Ipsa Editore s.r.l., 2003, pag.7.

caratteristica fondamentale degli **ADR** è “*la gestione PRIVATA del conflitto, nel senso che le parti si accordano per tentare di risolverlo con dei mezzi diversi da quello del processo-giudizio pubblico. Gli strumenti dell’ ADR sono molteplici ma costituiscono essenzialmente delle ‘variazioni sul tema’ dei due modelli base : l’ arbitrato e la mediazione. In termini generalissimi, il primo è una forma di giudizio privatizzato, la seconda una negoziazione assistita*”³.

Due (o più) parti litigano tra loro. Nella stragrande maggioranza degli stati moderni dell’area occidentale esse possono rivolgersi ad un magistrato, nominato dall’ ordinamento, persona terza rispetto ai contendenti, esperta nel diritto, il quale ascoltate le pretese delle parti emana una sentenza, cioè indica la soluzione della controversia che deve essere accettata da ognuno. Il tutto nell’ ambito di un procedimento che nella quasi totalità dei casi è pubblico: chiunque può ascoltare ciò che dicono le parti, chiunque può venire a conoscenza del contenuto della decisione del magistrato.

Ma i processi, in genere, sono lunghi e costosi; una volta iniziati possono “sfuggire dalle mani” di chi li ha promossi; sulla decisione finale le parti non possono influire in alcun modo, ma la devono subire; a volte la pubblicità non è gradita. Le parti possono quindi pensare ad un metodo PRIVATO di soluzione delle controversie :

- rivolgendosi ad un soggetto scelto da loro che, sulla base delle regole già prefissate dall’ ordinamento o costituite per l’occasione, individua una soluzione ed emana una decisione obbligatoria (arbitrato) ;
- cercando di negoziare tra loro una soluzione (transazione, negozio di accertamento, atto unilaterale di riconoscimento di diritto altrui o qualcos’ altro), eventualmente con l’assistenza di un terzo che gestisca il dialogo e li aiuti a raggiungere un accordo, vincolante solo perché voluto dalle parti stesse (mediazione).

Entrambi i metodi non sono sottoposti obbligatoriamente a pubblicità.

L’ arbitrato⁴ è un giudizio privato, in quanto la persona (l’ arbitro) che

³ Così Giovanni, citato, nota 2.

⁴ L’ ARBITRATO (d’ora in poi “ A.”) è un istituto giuridico regolamentato dal codice di procedura civile , artt. 806 – 840, con il quale l’ ordinamento riconosce ai privati in lite tra loro il potere (quando lo vogliono) di demandare la risoluzione di quest’ ultima ad un terzo (o a terzi) detto arbitro, scelto dalle parti e diverso dal giudice statale. L’ arbitro emetterà una decisione finale chiamata lodo arbitrale.

L’ A. , quindi, è un processo privato, basato sempre e solo sulla libera decisione iniziale delle parti, in controversia tra loro.

Le parti possono scegliere le norme (anche quelle di un altro Stato), che regoleranno

emana la decisione finale non è indicata dall' autorità pubblica ma è scelta dalle parti. Queste possono individuare anche le norme da applicare; se non lo fanno si usano quelle dell' ordinamento statale. Gli elementi che caratterizzano l' arbitrato sono : controversia; terzo che decide della controversia; giudizio (con decisione finale, il lodo, emanata dal terzo).

L' inizio dell' arbitrato viene stabilito dopo l' insorgere della controversia con un apposito accordo tra le parti detto compromesso o prima che il

lo svolgimento dell' A. . Se non lo fanno si applicano le norme del c.p.c. e l' A. si dice rituale. *“Il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall' Autorità giudiziaria”* (824-bis).

Se invece le parti, *“con disposizione espressa per iscritto ... stabiliscono che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale”* (808-ter) il lodo si dice IRrituale (o convenzionale) ed ha efficacia vincolante negoziale; nel caso di inadempimento si dovrà ricorrere alla cognizione del giudice ordinario e poi all' esecuzione.

“Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto ... che ... pronuncino secondo equità” (822). Le parti possono scegliere anche la lingua del processo. In mancanza sono gli arbitri a decidere le norme da seguire e la lingua da adottare.

Va comunque sempre rispettato il principio del CONTRADDITTORIO (816-bis).

“Nel disegno originario del codice di rito, il compito degli arbitri aveva funzione essenzialmente preparatoria, perché essi erano sempre tenuti a depositare la loro decisione, il lodo, presso la cancelleria del tribunale, che poteva attribuirvi efficacia esecutiva. Per effetto della legge 28/1983, promulgata anche per adeguare l'ordinamento alle convenzioni internazionali, ... il lodo arbitrale è divenuto immediatamente efficace ed obbligatorio per le parti; il successivo deposito del lodo, perché vi fosse riconosciuta l'efficacia esecutiva, è stato perciò previsto come meramente facoltativo e rimesso all' iniziativa delle parti, e non più degli arbitri. La L.25/1994, poi, tenuto conto dell' efficacia autonoma assunta dal lodo, ne ha ammessa la diretta impugnabilità. Con la nuova disciplina (D.lgs. 2.2.2006, n.40, in vigore dal 2.3.2006) poi il lodo acquista l' efficacia della sentenza pronunciata dall' Autorità Giudiziaria (824-bis)” (De Tilla Maurizio–Ferrelli Nino, *“Nuovo arbitrato, conciliazione e costituzione di camere arbitrali”*, Il Sole-24 Ore, 2006, pag. 10, nota 5.).

Codice di procedura civile, libro IV, titolo VIII (*“Dell' arbitrato”*), Capo I, *“Della convenzione d' arbitrato”*. L' intestazione del capo I richiama il principio della volontarietà di questa procedura, che trae inizio da un accordo tra le parti a controversia iniziata (compromesso – 807) o da una clausola contenuta in un contratto che devolve ad arbitri la risoluzione di possibili controversie relative al contratto stesso (clausola compromissoria- 808). Le parti inoltre possono stipulare una convenzione di arbitrato anche per eventuali controversie future derivanti da determinati rapporti non contrattuali (808-bis).

Compromesso, clausola compromissoria, convenzione di arbitrato richiedono, a pena di nullità, la forma scritta.

Se l' ordinamento riconosce alle parti la libertà, e facoltà, di far regolare le controversie da un giudice scelto da loro, purtuttavia stabilisce che non sono

contrasto si manifesti con una clausola detta compromissoria, inserita in un contratto o in uno statuto societario.

Una volta che le parti abbiano dato impulso all' arbitrato (potendo, in taluni casi, indicare la persona che deve giudicare e le norme in base alle quali questa prenderà la decisione) esse perdono la gestione della controversia, che passa nelle mani dell' arbitro. Costui emanerà il lodo che sarà limitato alla materia del contendere inizialmente individuata e vincolante per le parti (con maggiore o minor grado di coercibilità a

assoggettabili ad A. le controversie che cadono sotto la :

- legislazione penale ;
- legislazione amministrativa (è controverso) ;
- fallimento ;
- questioni di stato : cittadinanza, elettorato (attivo e passivo), matrimonio, separazione personale tra coniugi e divorzio (le parti però possono affidare ad arbitri la determinazione del "quantum" dell' assegno di separazione o divorzio) ;
- patria potestà, tutela, filiazione, affiliazione, beni oggetto di eredità beneficiata (senza l' autorizzazione del magistrato si perde il beneficio di inventario):
- in materia di diritti individuali di lavoro (a meno di previsione di legge o accordi sindacali di categoria) e di previdenza e assistenza obbligatorie.

Si è già detto che il lodo dell' A. rituale, dalla data della sua ultima sottoscrizione, ha gli effetti della sentenza pronunciata dall' autorità giudiziaria. Tuttavia, perché abbia efficacia esecutiva, lo si deve depositare, insieme alla convenzione di arbitrato, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell' arbitrato. "*Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto*" (825).

Se invece si vuole rendere coattivo il lodo dell' A. irrituale, bisogna promuovere un giudizio ordinario che riconosca l' inadempienza contrattuale di controparte e poi un provvedimento esecutivo.

In genere le parti di una controversia si rivolgono ad un giudice privato per avere decisioni in tempi rapidi. L' art. 820 stabilisce che "*le parti possono ... fissare un termine per la pronuncia del lodo*". Altrimenti "*gli arbitri debbono pronunciare il lodo entro 240 giorni dall' accettazione della nomina. / In ogni caso il termine può essere prorogato :*

- a) *mediante dichiarazioni scritte di tutte le parti indirizzate agli arbitri;*
- b) *dal presidente del tribunale... su istanza motivata di una delle parti o degli arbitri, sentite le altre parti... .*

Se le parti non hanno disposto diversamente, il termine è prorogato di 180 giorni nei casi seguenti e per non più di una volta nell' ambito di ciascuno di essi :

- a) *se debbono essere assunti mezzi di prova ;*
- b) *se è disposta consulenza tecnica d' ufficio;*
- c) *se è pronunciato un lodo non definitivo o un lodo parziale ;*
- d) *se è modificata la composizione dal collegio arbitrale o è sostituito l' arbitro unico*".

A pena di nullità, il lodo deve avere il seguente contenuto (823) :

- 1) il nome degli arbitri ;
- 2) l' indicazione della sede dell' arbitrato ;
- 3) l' indicazione delle parti ;
- 4) l' indicazione della convenzione di arbitrato e delle conclusioni delle parti ;

seconda di quanto stabilito dell' ordinamento statale, che rimane l'unico depositario dell' uso della "forza") . Il lodo , in genere, è poi passibile di impugnazioni, stabilite a priori dall' ordinamento stesso.

La mediazione invece è una procedura nella quale le parti in contrasto tra loro, che intendono in qualche modo risolvere la controversia senza rivolgersi ad un giudice (pubblico o privato), si rivolgono ad un terzo neutrale⁵ che li aiuta, gestendo il dialogo tra le parti stesse, a trovare una soluzione. Questa sarà un ACCORDO VOLUTO DALLE PARTI , il cui contenuto potrà andare anche al di là dei limiti della controversia iniziale.

-
- 5) l' esposizione sommaria dei motivi ;
 - 6) il dispositivo ;
 - 7) la sottoscrizione degli arbitri ;
 - 8) la data delle sottoscrizioni.

Gli arbitri, per essere tali, devono avere la capacità di agire. Nominati dalle parti, devono accettare per iscritto. Hanno responsabilità (813 ter) e diritti (814). Possono essere ruscitati (815). Possono effettuare attività istruttoria ed ascoltare testimoni, farsi assistere da consulenti tecnici, chiedere informazioni scritte alla pubblica amministrazione (816 ter). In caso di eccezione di incompetenza, decidono sulla propria competenza (817). Non possono concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari (818). Sulle questioni pregiudiziali di merito *"risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge"*(819, c.1) .

Come già detto il lodo può essere dichiarato esecutivo dal tribunale con decreto. *"Contro il decreto che nega o concede l' esecutorietà del lodo è ammesso reclamo mediante ricorso alla corte di appello, entro trenta giorni dalla comunicazione; la corte, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con ordinanza"*.

Entro un anno dalla comunicazione del lodo, ciascuna delle parti può chiedere agli arbitri di correggere il testo, causa omissioni o errori materiali o di calcolo. Se entro 60 giorni gli arbitri non provvedono, l'istanza è proposta al tribunale (826).

Entro 90 giorni dalla notificazione del lodo , questo è sottoposto all' impugnazione di fronte alla Corte d' Appello per:

- nullità per motivi di merito (convenzione di arbitrato invalida, arbitri non nominati con le forme e nei modi prescritti, arbitri non in possesso della capacità di agire, lodo al di fuori dei limiti della convenzione, privo dei contenuti minimi prescritti dalla legge o pronunciato oltre il termine stabilito, principio del contraddittorio non rispettato, ecc.) o per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia o all' ordine pubblico (829);
- revocazione, se il lodo è effetto del dolo di una delle parti in danno dell' altra, se si è giudicato in base a prove false, se dopo l' emanazione del lodo sono stati trovati documenti decisivi, se c' è stato dolo da parte degli arbitri (831, 395);
- opposizione di terzo, quando il lodo pregiudica i suoi diritti (831, 404).

L' A. è attivato dalla volontà delle parti in lite ed inizia dopo che l' arbitro (o tutti gli arbitri) hanno accettato l'incarico. Dopodichè le parti perdono la gestione della procedura ed una di essere può essere condannata anche contumace.

⁵ Nella saggistica anglosassone il mediatore viene definito semplicemente *"neutral"*.

La mediazione, cioè, oltre ad essere un percorso che soggetti in dissenso reciproco effettuano per la ricerca di una soluzione utile ad ognuno, ha anche un' alta potenzialità creativa, di particolare importanza nei rapporti commerciali . Elementi che caratterizzano la mediazione, quindi, sono : controversia ; terzo che facilita il dialogo ; accordo con valore di contratto, il cui contenuto può essere di qualunque tipo ⁶ .
 La combinazione di arbitrato e mediazione hanno portato la teoria e la prassi statunitensi ad elaborare varie figure, tutte ricomprese nel più ampio concetto di **ADR** :

⁶ La mediazione viene spesso assimilata (anche da esperti del settore giuridico !) alla transazione. Mediazione e transazione, invece, sono due istituti giuridici completamente differenti, atipico l'uno, tipico l' altro.

La **TRANSAZIONE** è un contratto regolato espressamente dal codice civile, "*col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro./ Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti*" (1965). Nella transazione , cioè, due parti in lite tra loro (o che potrebbero esserlo nel prossimo futuro), partendo dalle rispettive pretese, e facendosi reciproche concessioni, si trovano "a metà strada". Cioè, cede un po' l'uno, cede un po' l' altro e trovano un accordo. Il tutto gestito dalle parti stesse, senza l'intervento di un terzo . E soprattutto, ognuna di loro rinuncia a qualcosa.

Nella **MEDIAZIONE / CONCILIAZIONE** , invece, due parti già in lite, che hanno una qualche disponibilità a parlarsi, si rivolgono ad un terzo, che facilita il dialogo tra loro, in modo che le parti stesse raggiungano un accordo (e la mediazione viene appunto definita "negoziazione assistita"). Accordo che può essere un incontro "a metà strada", ma può anche risolversi nell' intraprendere una "nuova strada" da parte degli ex contendenti. Questi, cioè, oltre a comporre una lite (con l' aiuto di un terzo che ha facilitato il loro dialogo), possono accordarsi su qualcosa di nuovo (grazie anche alle "opzioni" generate dal soggetto terzo). Possono cedere un po' l'una, un po' l'altra sulle pretese originali, ma possono anche accordarsi su qualcosa di nuovo. E uno degli elementi caratteristici della mediazione sta proprio nella sua "*vis creativa*"

La mediazione, quindi, è "negoziazione assistita", procedimento gestito da un terzo che facilita il dialogo tra due soggetti in lite, perché loro stessi trovino un accordo, comprensivo anche di elementi ulteriori rispetto a quelli oggetto del contendere. Ben diversa dall' istituto giuridico tipico **MEDIAZIONE**, regolamentato dall' art. 1754 del codice civile. In base a quest' ultimo, infatti, "*il mediatore ... mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*". In questa fattispecie NON c'è una lite, ma un terzo che facilita la conclusione di un affare.

Il codice civile italiano regola un' altra figura di intervento di terzo nei rapporti tra le parti, l' **ARBITRAGGIO** . Art. 1349. Determinazione dell' oggetto del contratto – "*Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita ad un terzo e non risulta che le parti volessero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve*

- *early neutral evaluation* – le parti in lite ed i loro avvocati si incontrano davanti ad una persona esperta di diritto (un avvocato od un giudice a riposo), espongono le proprie posizioni senza regole determinate e l'esperto esprime il proprio parere; questo può servire alle parti per prefigurare i possibili esiti di un processo ed, eventualmente, tentare un accordo; il tutto nel giro di poche ore; procedura che richiama il “*parere pro-veritate*” del giureconsulto del diritto comune;

- *moderate settlement conference* – le parti in lite espongono la controversia ad un collegio di esperti, i quali emanano un parere non vincolante, che fornisce alle parti nuovi elementi di valutazione; in molti tribunali statunitensi questo procedimento deve essere instaurato prima di adire la corte;

- *mini trial* – è la simulazione di un processo, in genere collegato a controversie tra aziende: le parti in lite stabiliscono a priori le forme della procedura, la durata, le modalità di esibizione delle prove; un terzo agevola la discussione e controlla lo svolgimento del processo; alla fine la giuria illustra la propria opinione, non vincolante per le parti. Durata del tutto alcuni giorni, con costi elevati causa la competenza tecnica richiesta ai partecipanti. Il *management* delle aziende in lite si fa un'idea dell'

procedere con equo apprezzamento”. Anche in questa fattispecie NON c'è una lite.

Riassumiamo le caratteristiche degli istituti sopra citati:

ARBITRATO:

- c'è controversia;
- c'è un terzo, che decide la controversia;
- c'è un giudizio (con una decisione finale, il lodo, emanata dal terzo);

MEDIAZIONE / CONCILIAZIONE

- c'è una controversia;
- c'è un terzo, che non decide la controversia ma facilita il dialogo tra le parti;
- c'è un accordo (o il non accordo), con valore di contratto e qualunque contenuto voluto dalle parti;

TRANSAZIONE

- c'è una controversia presente o un'eventuale controversia futura;
- non c'è un terzo;
- c'è un accordo, con valore di contratto, tipico, quindi col contenuto stabilito dalla legge (reciproche concessioni)

MEDIAZIONE ART.1754

- non c'è una controversia;
- c'è un terzo che facilita la conclusione di un affare;
- c'è un accordo con valore di contratto.

ARBITRAGGIO

- non c'è una controversia;
- c'è un terzo che decide un elemento del contratto;
- c'è un contratto, fin dall'inizio, il cui oggetto è deciso dal terzo.

eventuale conclusione di un giudizio vero (e dei costi) ;

- *med-arb (mediation–arbitration)* - le parti in lite si rivolgono ad un terzo neutrale, senza poteri decisionali, il quale utilizzando le tecniche della mediazione facilita il dialogo e cerca di condurre le parti ad un accordo comune; se questo non viene raggiunto, la stessa persona da mediatore diventa arbitro ed assume poteri decisionali, che possono essere più o meno vincolanti . La procedura ha un notevole punto di debolezza nel fatto che nella prima fase le parti, sapendo che il mediatore poi diventerà giudice, saranno molto restie ad aprirsi con lui e ad effettuare quel passaggio cruciale del superamento delle posizioni per giungere agli interessi (vedi “*ultra*”) e quindi ad un accordo. Si è passati così alla *med – then – arb* (mediazione, quindi arbitrato), nella quale se fallisce la mediazione si passa all’ arbitrato, ma l’ arbitro è diverso dal mediatore . Sarebbe questa la soluzione auspicabile nel sistema italiano : clausole compromissorie (da inserire costantemente in contratti e statuti societari) con funzione *multi-steps* : nel caso di controversia, le parti prima tenteranno la mediazione e se questa fallisce (di fronte ad un soggetto diverso) l’ arbitrato, che (così come regolamentato dal codice) è appellabile di fronte alla magistratura ordinaria.

Vi sono altre forme di **ADR**, ma di applicazione molto differenziata.

Considerando quindi che una procedura importante tra gli **ADR** è l’ arbitrato (che, si ripete, è un vero e proprio giudizio, privato), da un punto di vista terminologico è più opportuno definire le *Alternative Dispute Resolutions* non metodi stragiudiziali di soluzioni delle controversie, bensì METODI EXTRAGIURISDIZIONALI DI SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE, divisi in metodi aggiudicativi (arbitrato) e metodi facilitativi (mediazione). Mediazione giudiziale (preventiva / successiva) e stragiudiziale, quest’ ultima endoprocessuale (preventiva / successiva o interna / delegata) e extraprocessuale (amministrata / libera) ⁷.

⁷ Vedi Di Rocco Maurizio e Santi Angelo, “*La conciliazione*”, Dott. A. Giuffrè Editore s.p.a., Milano, 2003, pag. 109.

La mediazione giudiziale è quella che avviene nell’ ambito di un giudizio ed è gestita dallo stesso giudice, prima che il processo inizi per evitarlo (preventiva), dopo che è iniziato, sospendendolo, per farlo terminare subito (successiva).

La mediazione stragiudiziale è quella gestita da persona che non fa parte del potere giudiziario e può essere collegata ad un processo (endoprocessuale, anche questa preventiva o successiva) o totalmente scollegata da esso (extraprocessuale), divisibile in

- amministrata, così detta perché fornita da un ente (pubblico o privato) che pubblicizza regolamento, tariffario ed elenco di mediatori (dei quali garantisce formazione, terzietà e riservatezza) ;

Si sottolinea di nuovo che, sia nella pubblicistica anglosassone che in quella dei paesi di *civil law*, il termine mediazione per lo più coincide con quello di conciliazione.

Come già accennato gli **ADR**, nella attuale accezione del termine, sono stati teorizzati negli USA all'inizio degli anni '70 del 1900⁸; nel 1978 iniziò la sperimentazione in alcune corti federali; nel 1998 fu approvato l'*Alternative Dispute Resolution Act*, in base al quale "ogni Corte

- libera, perché gestita in genere da un ente o da un soggetto privato senza le forme di pubblicità di cui sopra.

Nell'ordinamento giuridico italiano la mediazione

- giudiziale preventiva è quella di fronte al giudice di pace (art. 322 c.p.c.);
 - giudiziale successiva si ha nella prima udienza di trattazione (art. 183 e 350 c.p.c.), nelle controversie di lavoro (420 c.p.c.) e nel procedimento di separazione personale tra coniugi (708 c.p.c.);

- stragiudiziale endoprocessuale preventiva: tentativi obbligatori di conciliazione, vere e proprie condizioni processuali di procedibilità (vedi nota 17) in tema di rapporti di lavoro davanti alla Commissione di conciliazione dell'Ufficio provinciale del lavoro (D.Lgs. 80/1998, art. 36, come modificato dal D.Lgs. 387 del 1998; tentativi obbligatori di conciliazione in tema di contratti di subfornitura di fronte alle CCIAA e in tema di contratti agrari di fronte all'Ispettorato provinciale dell'agricoltura);

- stragiudiziale endoprocessuale successiva, o delegata; nel civile, unico caso in Italia l'ordinanza del 25.10.1995 con la quale il Tribunale di Roma sospese il giudizio e rimise la controversia ad una camera di conciliazione esterna; nel penale, il D.Lgs. 28.8.2000 n.274 (Procedimento davanti al giudice di pace) art. 35 e il DPR 22.9.1988 n.488 (Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni) art. 35 non prevedono esplicitamente la mediazione delegata ma la consentono; prassi seguita dalle Corti federali USA a seguito del *Civil reform act* del 1990;

- extragiudiziale; è la mediazione vera, non obbligatoria, scelta liberamente dalle parti, che si rivolgono ad un *ADR provider*, ente pubblico o privato che fornisce il servizio, rispettando le su citate forme di pubblicità (es. le Camere di commercio) (mediazione amministrata) o ad un professionista (mediazione libera).

⁸ " Il primo segno di interessamento ufficiale per i sistemi ADR è da ricondursi alla convocazione nel 1976, in Minnesota, della 'Roscoe Pound Conferente on the causes of popular dissatisfaction with administration of justice'. Accademici, giuristi e legali specializzati in rappresentanza degli interessi pubblici si riunirono in quell'occasione per esplorare le possibilità allora offerte dai metodi alternativi di soluzione delle controversie.

" La 'Pound conference', che ebbe come sfondo la repentina crisi della giustizia civile, solo in parte temperata dalla crescente diffusione dell'arbitrato e della mediazione privati, tracciò di fatto i lineamenti dei primi interventi normativi con cui il Congresso degli Stati Uniti avrebbe di lì a poco introdotto la sperimentazione di forme di risoluzione alternativa delle controversie all'interno delle Corti federali distrettuali: nel 1978 vengono adottati dei programmi di arbitrato 'court-annexed' nelle Corti dei distretti Est della Pennsylvania, Nord della California e nel distretto

distrettuale degli Stati Uniti autorizza l' uso di procedure di risoluzione alternativa delle controversie in ogni azione civile”.

Gli **ADR** si sono diffusi in Gran Bretagna, dove nel 1999 è entrata in vigore la *Civil Procedure Rules*, che ha previsto che le parti in lite, durante il processo, su propria iniziativa o su invito del giudice, possono esperire un tentativo di mediazione presso un soggetto terzo; cominciano ad essere applicati anche in Francia, in altri paesi europei e nella CEE .

La mediazione, tuttavia, ha origini antiche.

Nella Roma repubblicana, nel primo documento giuridico scritto, le XII tavole, risalente al V secolo A.C., c' è il riferimento ad una forma di accordo endoprocessuale.

In India , Giappone e Cina essa è molto diffusa da sempre, conseguenza soprattutto di convinzioni culturali. Per il confucianesimo, infatti, è essenziale che si realizzi l' armonia fra i singoli e la collettività, per cui il conflitto va risolto con una ricerca volontaria di un compromesso.

del Connecticut.

“ In essi si stabilivano le condizioni di procedibilità necessarie per poter adire le corti federali tramite gli strumenti ordinari e si imponeva all' attore il tentativo di esperire forme preventive di risoluzione alternativa della controversia, in modo da valutare se fosse possibile una composizione della lite meno dispendiosa possibile. La forma di ADR che veniva privilegiata era l' arbitrato endoprocessuale obbligatorio, per tutte le controversie rientranti per materia e per valore in determinati parametri, cui facevano eccezione solo i casi previsti dalla legge stessa o da norme locali attuative. Le motivazioni addotte in fase di approvazione di questi programmi citavano soprattutto le percentuali dei procedimenti che, pur svolgendosi davanti alle Corti federali, non si concludevano con una sentenza. Si ricordavano statistiche da cui risultava come non più del 10% del totale delle liti sottoposte all' attenzione delle Corti giungesse alla fine del procedimento. La causa più comune di composizione della lite era un accordo transattivo spesso raggiunto 'in the courthouse step', letteralmente sulla scalinata che porta all' aula del dibattimento, quando ormai si era consumato un irrimediabile dispendio di tempo e di risorse nella fase del 'pretrial'.

“ Nel corso della 'Pound conference' Frank Sander, il futuro fondatore del 'Mediation program' di Harvard, propose di istituire una 'multidoor courthouse', un tribunale 'dalle molte porte', in cui fosse possibile utilizzare diverse modalità di accesso alla giustizia, quali l' arbitrato e la mediazione, in modo da consentire alle parti di poter scegliere lo strumento che meglio si confacesse alle caratteristiche della lite. Sander aveva già capito che la 'A' di ADR doveva in prospettiva significare più 'adeguato' che 'alternativo' “. Così Giovanni, “Le alternative al giudizio”, appunti forniti a novembre 2005 al Master universitario di 1° livello “Procedure stragiudiziali di soluzione delle controversie”, Università degli Studi di Siena e CCIAA di Grosseto.

Nella legislazione italiana preunitaria, soprattutto quella del Regno di Napoli, esisteva il giudice conciliatore, nel quale coesisteva la funzione giurisdizionale con quella conciliativa; figura posta alla base del sistema giudiziario dal Codice di procedura civile del 1886, rimasta tale in quello del 1940 e riproposta con il giudice di pace⁹. Tuttavia in queste figure la funzione conciliativa in genere era marginale; e si trattava comunque di conciliazione endoprocessuale.

La conciliazione extraprocessuale, invece, intesa come procedimento articolato di mediazione, nell'Italia del 1900 era del tutto marginale e veniva di fatto esercitata dalle figure di spicco nelle singole comunità, il parroco, il farmacista, il maresciallo dei carabinieri (basta ricordare nel film "Pane amore e fantasia" il maresciallo interpretato da Vittorio de Sica).

La situazione inizia a mutare con la legge 580/1993 di riforma delle Camere di Commercio, la quale all'art. 4 stabilì che "*Le camere di commercio ... possono tra l'altro promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione di controversie tra imprese e consumatori ed utenti*"⁹. A questi organismi fu poi riconosciuta la competenza relativa alle controversie tra utenti e gestori dei servizi di pubblica utilità (L. 481/1995), a quelle tra imprese e tra imprese e consumatori/utenti per i servizi turistici (L. 135/2001) e a quelle relative ai contratti di subfornitura (L. 192/2001). In effetti già in precedenza le Camere di Commercio svolgevano la funzione di mediazione in materia commerciale, tuttavia la normativa sopra ricordata indica il chiaro intento del legislatore di individuare in questi organismi i soggetti terzi propri degli **ADR**.

L'Unione Italiana delle Camere di Commercio ha promosso la crescita qualitativa e quantitativa di tale funzione, ma le singole Camere hanno interpretato tale ruolo in modo notevolmente variegato, per cui l'aumento complessivo – che pure c'è stato - del numero di arbitrati e conciliazioni in sede camerale, in Italia, è ancora troppo modesto¹⁰.

⁹ Cicogna Michelangelo, Di Rago Gianfranco e Giudice Giovanni Nicola., "*La conciliazione commerciale*", Maggioli editore, 2005, pagg. 27 e seguenti.

¹⁰ Le conciliazioni effettuate presso le Camere di commercio italiane sono state 112 nel 1997, 1.138 nel 2002, 2.128 nel 2003, 4.583 nel 2004, 6.117 nel 2005. Di queste ultime, il 55% hanno riguardato le controversie nel campo delle telecomunicazioni, il 13% nel diritto societario, il 10% nel commercio, l'8% nella subfornitura.

Gli incrementi negli ultimi anni, quindi, sono stati consistenti. Tuttavia i valori assoluti sono ancora poca cosa rispetto ai circa 2,5 milioni di nuovi processi civili

Complice, anche, la notevole carenza culturale sull' argomento ed il disinteresse (se non contrarietà) della classe forense.

Purtuttavia nel sistema camerale si è costituito il primo nucleo significativo di organismi che in Italia, seguendo un proprio regolamento (conciliazione amministrata) e uno standard minimo di formazione, pratica metodi di soluzioni stragiurisdizionali di controversie.

L' art. 38 del D.Lgs. 5/2003 , relativo ai procedimenti in materia di diritto societario, intermediazione finanziaria e materia bancaria e creditizia, all' articolo 38 ha statuito che *“Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie”* sulle materie di cui sopra. *“Il Ministro della Giustizia determina i criteri e le modalità di iscrizione – nell' apposito – registro”*.

Il 24 luglio 2006 è stato emanato il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, che ha reso possibile la presentazione della domanda di iscrizione al registro; secondo alcuni il 2007 sarà l'anno del decollo degli **ADR** in Italia.

* * *

Come detto all' inizio di questo capitolo, il mediatore (conciliatore) è un soggetto terzo, imparziale, che facilita il dialogo tra parti in contrasto tra loro perché raggiungano autonomamente un accordo di reciproca soddisfazione. Tale capacità viene acquisita con esperienza specifica, basata su formazione teorica relativa alle tecniche di gestione della comunicazione.

IL MEDIATORE FACILITA IL DIALOGO .

Innanzitutto egli deve esprimersi non per sé ma per essere compreso da chi lo ascolta; deve cioè adattare il proprio modo di comunicare alle capacità e alle esigenze dell' ascoltatore.

La prima forma di comunicazione è non verbale: il silenzio o uno sguardo corrucciato possono essere ben più espressivi di un lungo discorso.

La comunicazione non verbale si articola in cinesica (gestione del corpo), vocalizzazione (gestione della voce, a prescindere dal contenuto delle

iscritti nei tribunali ed ai circa 1,5 milioni di “fascicoli” aperti dai giudici di pace nel 2004.

parole) e prossemica (dall' inglese "*prossemics*", la cui etimologia è greca "pros" presso "sema"segno, gestione dei rapporti di spazio).

Movimenti nervosi, non riuscire a stare fermo, avere uno sguardo torvo, sono tutti elementi che possono rendere difficile la comunicazione. Una postura controllata ed adeguata alla situazione, il sorriso sul volto, guardare negli occhi la persona con cui si parla, invece, sono tutti messaggi positivi che il nostro corpo (cinesica) invia all' interlocutore.

"Il volume, il tono e la velocità della comunicazione verbale sono aspetti (non verbali) che incidono sull'efficacia della comunicazione" ¹¹ . Una persona che parla quasi urlando infastidisce l' interlocutore, chi usa un tono di voce troppo basso può essere giudicato introverso, un effluvio di parole troppo veloce rende incomprensibile il messaggio. Ne discende la necessità di volume tono e velocità della voce (vocalizzazione) equilibrati e soprattutto adeguati a chi ascolta: se i presenti sono un po' "duri di orecchi", per es., farà loro piacere un interlocutore che parla a voce alta .

La prossemica è la gestione dello spazio in cui si svolge la comunicazione, il posizionamento di se stessi e degli interlocutori in un ambito tale da favorire o, al contrario, rendere più difficile la comunicazione : stare troppo vicino all' interlocutore può recargli disagio, rimanere lontano può creare distacco. Ma anche per questo aspetto lo spazio necessario alla comunicazione varia a seconda delle situazioni : se si vuole creare complicità ci si avvicina, se si intende essere formali "si mantengono le distanze".

E' stato rilevato che per una relazione intima la distanza è di mt.0,45, per una personale da 0,45 a 1,20, sociale da 1,20 a 3,65, pubblica oltre 3,65. E' opportuno inoltre che tra le parti che comunicano ci sia un contatto visivo; l' interlocutore lo interpreterà come segnale di interesse nei suoi riguardi ¹² .

¹¹ Cicogna Michelangelo, Di Rago Gianfranco, Giudice Giovanni Nicola, "*La conciliazione commerciale*", citato, pag. 119.

¹² L' avv. Anna Uzqueda in "*Come conciliare*" (Giacomelli S., a cura di, "*La via della conciliazione*", citato, a pag. 114) specifica :

"Albert Mehrabian, esperto in comunicazione interpersonale dell' UCLA, ha svolto un'importante studio sul rapporto esistente tra i tre elementi presenti nella comunicazione, nel quale ha misurato le differenze tra la credibilità degli elementi verbali, vocali e visivi dei messaggi.

"L' elemento verbale è costituito dal messaggio stesso (le parole), l' elemento vocale è rappresentato dalla voce (il tono, il ritmo, l' enfasi, il timbro) e l' elemento visivo è formato dal linguaggio non verbale (i gesti, la postura).

"La conclusione della ricerca ha evidenziato che il grado di coerenza tra questi tre

La forma principale di comunicazione, tuttavia, è quella verbale (la scritta rileva molto poco nella mediazione, essendo questa un procedimento basato sulla oralità della forma). E siccome compito del mediatore è prima ripristinare il dialogo, poi facilitarlo, per riattivare la comunicazione pone delle domande. Queste sono classificate in vario modo :

- DOMANDE CHIUSE / APERTE : le prime implicano come risposta sì / no e sono dette chiuse perché chiudono un discorso, non lo fanno proseguire (*“desidera essere pagato alla scadenza?”*); le seconde invece stimolano una risposta articolata (*“come valuta lei la possibilità di procrastinare la scadenza di questo debito?”*) ; nella fase di avvio della mediazione si usano principalmente le domande aperte, in fase conclusiva possono essere più comode quelle chiuse ;

- IPOTETICHE : servono a “buttare lì” una proposta facendo in modo che siano gli altri ad attribuirsi la paternità (*“e se valutasse l’ipotesi di procrastinare la scadenza del debito?”*) ;

- CIRCOLARI : partono dal soggetto che fa la domanda, coinvolge l’interlocutore e da questo torna al primo ;

- CON RIFORMULAZIONE: prospettato un certo numero di soluzioni e individuate le alternative positive al raggiungimento dell’ accordo, il mediatore riformula le domande in termini non delle posizioni affermate dalle parti bensì dei loro interessi sottostanti; in questo modo egli genera opzioni: *“Secondo voi è possibile che A, invece di essere pagato alla scadenza, riceva questo tipo di prestazione da B, il quale non ha alcuna difficoltà ad effettuarla?”* ;

- ALTERNATIVE : suggeriscono più soluzioni che però sono in contrasto tra loro (*“secondo lei con questo denaro va effettuato il pagamento o è meglio acquistare il tornio?”*)

- MULTIPLE : si formulano più quesiti sulla stessa domanda (*“secondo lei con questo denaro va effettuato il pagamento e poi chiedere che la fornitura venga effettuata entro il prossimo mese?”*) ;

elementi è il fattore decisivo per la credibilità del messaggio e che gli aspetti più importanti dal punto di vista della percezione del messaggio come attendibile riguardano gli elementi paraverbali o vocali e non verbali : Verbale 7%, vocale 38%, visivo 55%.

- TENDENZIOSE : si fa in modo che l'interlocutore dia una determinata risposta, che forse non darebbe spontaneamente e della quale non è molto convinto (*“secondo lei, dilazionare il pagamento verrebbe incontro anche ai suoi interessi?”*) .

Le domande aperte “allargano” l' oggetto della comunicazione; quelle chiuse lo “definiscono”; le ipotetiche sono “di sondaggio”; quelle circolari di “reciproca identificazione”; quelle con riformulazione servono a superare un punto morto ¹³.

Da evitare, in genere, gli altri tre tipi di domande, in quanto :

- le alternative e le multiple rischiano di far perdere il filo del discorso e quindi rendere la comunicazione inconcludente ;
- le tendenziose sono contrarie allo spirito della mediazione, tesa a far sì che le parti superino le proprie posizioni per individuare i loro veri interessi e da sole raggiungano il punto di accordo.

C'è poi la DOMANDA DELL'AVVOCATO DEL DIAVOLO, una domanda “pesante”, “forte”, che potrebbe anche urtare la suscettibilità della persona cui viene posta. La si usa nelle sessioni individuali (vedi *ultra*), quando la parte si ostina sulle sue posizioni, con una forte componente di irragionevolezza e mantenendo scarsi rapporti con la realtà. E' una domanda aperta, effettuata proprio per far comprendere alla parte l' inutilità della sua posizione, l' opportunità di prendere in esame delle alternative, l' eventuale validità di una soluzione positiva della controversia. E' una domanda “forte”, per cui prima di porla va illustrata la tecnica all' interlocutore e chiesta l' autorizzazione ad effettuarla. Può essere ripetuta anche in più sessioni, ma è uno strumento di comunicazione che va dosato con molta attenzione.

Poste le domande ed ottenute le risposte, è molto utile effettuare la PARAFRASI, ovverosia ripetere ciò che ha detto l' interlocutore e riproporlo in modo ordinato con linguaggio pacato e senza accenti emotivi (*“vediamo se ho compreso...”* , per finire con *“ho capito bene? ho dimenticato qualcosa?”*). Serve a far notare a chi ha parlato che lo si è ascoltato attentamente ed a chiedere conferma dell' esattezza di quanto recepito. In sostanza, serve a controllare se la comunicazione è stata efficace.

Quando la si usa ? Quando chi parla sta perdendo il filo del discorso, quando il dialogo delle parti è diventato troppo acceso e si vuol far raffreddare l' ambiente, quando si desidera indirizzare il discorso su

¹³ Definizioni elaborate dall' Associazione Equilibrio di Bologna .

alcuni dei punti toccati, che si considerano quelli essenziali della controversia. Per attirare meglio l'attenzione si può utilizzare una lavagna.

La parafrasi va fatta con linguaggio neutro (non "piatto"), senza cariche emotive, positive o negative che siano. Nell'effettuarla il mediatore deve togliere impulsività alle parole, in modo che, oltre a controllare se la comunicazione è stata efficace, le parti inconsapevolmente limitino gli eccessi del loro coinvolgimento.

La RIFORMULAZIONE, come la parafrasi, consiste nel riassunto effettuato dal mediatore di quanto detto dalla parte. Ma mentre la parafrasi riassume oggettivamente le parole di quest'ultima, la riformulazione cerca di aggiungere gli spunti, percepibili da quanto ascoltato, favorevoli alla soluzione della controversia (es., consapevolezza del problema e degli argomenti della controparte, tedio di fondo causato dalla prosecuzione della lite, ecc.). La riformulazione viene effettuata quando sono già stati individuati gli interessi ed analizzate le alternative al raggiungimento dell'accordo, in passaggi chiave della mediazione, o di svolta o di conclusione. Usa frasi simili a quelle della parafrasi: inizia con "*Vediamo se ho ben compreso quanto lei ha detto finora ...*" e termina "*Ho capito bene? Devo aggiungere qualcosa? Mi dica se ho tralasciato qualche argomento importante ...*".

Se le parti sono più di quattro o cinque può darsi che porre delle domande ed ottenere, da tutti, risposte ordinate e pacate non permetta di individuare il bandolo della matassa, non porti a far emergere l'idea risolutiva del "*busillis*". Si può allora adottare la tecnica del "*BRAINSTORMING*", la possibilità cioè per ognuno di dire tutto quello che gli passa per la mente, senza critica alcuna da parte degli altri, ma annotato dal mediatore. Questa annotazione può anche essere effettuata su di un lavagna, in modo che l'idea avanzata da un interlocutore sia di stimolo per qualcun altro. Placatasi la "tempesta di idee", il mediatore controllerà quanto annotato e sottoporrà quelle più interessanti ad una valutazione approfondita da parte dei presenti. Importante è che il mediatore spieghi in anticipo agli interlocutori la tecnica del "*brainstorming*" ed ottenga il loro consenso ad usarla¹⁴.

Cosa fare quando ci si trova in una situazione di "*IMPASSE*"? Non ci

¹⁴ Nelle riunioni di un'azienda statunitense i suggerimenti venivano comunicati non a voce, ma scritti, tramite computer, su un grande pannello luminoso, visibili a tutti ma senza la possibilità di risalire alla fonte; nessuno quindi temeva di manifestare idee che potessero essere ritenute "stupide" dagli altri presenti.

sono regole precise. Innanzitutto va valutata la causa di tale situazione :

- c'è un' eccessiva animosità tra le parti ; senza alzare il tono della voce il mediatore ricorda ai presenti le poche norme che regolano gli incontri, da lui enunciate nel discorso iniziale della procedura (vedi “*ultra*”) : alternanza degli interventi e rispetto reciproco sia nel contenuto delle parole sia nel comportamento; il mediatore può alzarsi in piedi (mentre gli altri rimangono seduti) e, guardando fisso gli interlocutori, cerca di “sovrapporre” la sua calma alla scompostezza degli altri; il mediatore può interrompere la seduta ed invitare tutti ad andare a prendere un caffè insieme o può sospendere la riunione e riconvocarla per il giorno successivo;
- la distanza tra le posizioni delle parti rimane marcata ; si usa la “*shuttle negotiation*”, la “negoziazione navetta” (famosa quella usata da Henry Kissinger per risolvere i contrasti USA – Vietnam), cioè si effettuano molte sessioni individuali, alternando in continuazione gli incontri con una parte a quelli con l' altra, per smussare gradualmente gli angoli e realizzare un avvicinamento tra le posizioni ;
- la irragionevolezza (senso di rivalsa, gelosia, alterigia, ecc.) prevale in una o in entrambe le parti : si usa la domanda dell' avvocato del diavolo .

Queste sono solo alcune indicazioni. Saranno poi l' intuito e l' esperienza del mediatore a individuare la via più efficace per uscire dallo stallo. In certi casi, poi, quando sembra che non ci sia soluzione possibile, inaspettatamente la situazione si sblocca da sola.

Le tecniche di comunicazione, fugacemente accennate, sono importanti ma a nulla servono se non si sa ascoltare . Prima ancora di saper comunicare, IL BUON MEDIATORE DEVE SAPERE ASCOLTARE . Ascoltare i messaggi del corpo (cinesica) dell' interlocutore, della sua voce (vocalizzazione), del suo modo di posizionarsi e relazionarsi fisicamente con gli altri (prossemica), il contenuto delle parole , i silenzi.

Il mediatore deve solo facilitare il dialogo tra le parti e tenersi completamente fuori della disputa o è opportuno che – pur rimanendo terzo rispetto agli interlocutori – valuti la situazione ed indichi delle possibili soluzioni alla controversia ? La mediazione cioè deve essere facilitativa o valutativa ?

La forza della mediazione sta nella terzietà, nella neutralità del mediatore, nella fiducia che egli sa ispirare alle parti, in modo che queste, grazie a lui, superino le posizioni di antagonismo, individuino i loro veri interessi

e raggiungano un accordo che sentano come loro (perché è il “loro” accordo), inventandosi anche soluzioni diverse dalle posizioni di partenza. Questo percorso sarà tanto più rapido e profondo quanto più le parti percepiranno il mediatore come soggetto che non parteggia per alcuno e quindi quanto più esse si apriranno a lui. L’ esperienza insegna che la mediazione efficace è quella facilitativa.

E’ nella fase degli incontri individuali (vedremo fra poche pagine) che nel momento di “generare opzioni” il mediatore dà qualche suggerimento, “butta lì una parolina”; in queste situazioni si potrebbe pensare ad un accenno di valutativa. Tuttavia il mediatore deve saper gestire così bene la comunicazione da fare in modo che “la parolina buttata lì” sia fatta propria dall’ interlocutore, sia percepita come un mezzo per facilitare il dialogo e nulla più ¹⁵. Inoltre, man mano che aumenta il tecnicismo della materia del contendere, gli spunti di valutativa aumentano proporzionalmente ¹⁶, fin quasi a raggiungere una mediazione mista.

La cosa essenziale, comunque, è che siano le parti a raggiungere l’ accordo e che lo percepiscano come loro, perché è l’ accordo che loro hanno raggiunto, non imposto da altri. Saranno così maggiormente disposte a rispettarlo nel tempo.

L’ efficacia della mediazione facilitativa (o, se si preferisce, l’ inefficacia della valutativa) è dimostrata dai risultati deludenti ottenuti dalla conciliazione obbligatoria (come già detto i termini mediazione e conciliazione sono interscambiabili). Cioè, per disposizione di legge, le parti in lite, prima di adire un giudice, devono esperire un tentativo di mediazione presso un organismo terzo ¹⁷. La legge italiana lo ha prescritto per le controversie di lavoro e per il rapporto di subfornitura industriale (vedi nota 7) .

In entrambi i casi i risultati sono stati molto modesti ¹⁸, non foss’ altro

¹⁵ In pratica, lo stesso metodo che si usa nelle discussioni in famiglia, con la moglie!

¹⁶ Ad un affermato mediatore californiano hanno chiesto: “*Lei usa il metodo facilitativo o il valutativo?*”. “*Quando comincio la mattina alle 9,00 il facilitativo, man mano che si avvicinano le 17,00 sempre più il valutativo*”.

¹⁷ “*Tecnicamente si parla di TENTATIVO DI CONCILIAZIONE A PENA DI IMPROCEDIBILITA’ ... cioè, se la parte che inizia l’ azione davanti al giudice non ha esperito il tentativo di conciliazione, il giudice dovrà rilevarlo, interrompere il giudizio e invitare la parte che non lo ha fatto a fare il tentativo di conciliazione prima di ripresentarsi davanti a lui*”, Cicogna Michelangelo, Di Rago Gianfranco e Giudice Giovanni Nicola, “*La conciliazione commerciale*”, citato, pag. 145

¹⁸ “*Il tentativo obbligatorio di conciliazione è stato introdotto nel 1998 con la finalità di ridurre il contenzioso del lavoro. In realtà tale effetto si è prodotto molto*

perché le parti che si presentano al tentativo obbligatorio di conciliazione raramente sono disposte al dialogo. Infatti, perché la conciliazione / mediazione riesca c'è bisogno di un minimo di disponibilità delle parti in lite a dialogare e, soprattutto, la presenza di un terzo che percepiscano veramente come tale e che cerchi solo di aiutarli nella ricerca di un accordo che deve essere loro.

Altro argomento discusso è se il mediatore debba essere un tecnico della materia oggetto della controversia. Cioè, se le parti sono in disaccordo su come è stato costruito un terrazzo (e sul prezzo da pagare), il mediatore è opportuno che sia un ingegnere ?

Secondo alcuni più il mediatore non conosce l' oggetto della contesa (ed i relativi aspetti tecnici), più si presenta "vergine" all' incontro, meglio svolge il suo ruolo di terzo neutrale (in una mediazione, per quanto superfluo, facilitativa). Secondo altri, invece, la competenza tecnica permette al mediatore di meglio comprendere i retroscena della disputa e di essere più incisivo nel momento cruciale di "generare opzioni" (vedi *ultra*).

A mio giudizio il mediatore deve essere innanzitutto un tecnico dalla comunicazione, POI un esperto della materia. Basta osservare il comportamento ed il linguaggio adottati da molti avvocati, privi di una formazione di mediazione, nell' affrontare quest' ultima : istintivamente si arroccano nella tecnica avversariale e nelle categorie mentali proprie di essa, e la mediazione non inizia neppure.

* * *

parzialmente. I dati relativi alle controversie in materia di pubblico impiego sono indubbiamente inquietanti: nel 2004 le controversie iniziate (176.104) sarebbero più del doppio rispetto di quelle del 2002 (84.356), e di quelle trattate davanti le Direzioni provinciali del lavoro (35.734) solo il 14% (5.006) ha trovato una soluzione conciliativa, che rappresenta il 2,8% del totale.

"Un tale risultato dimostra una totale inefficienza e antieconomicità del sistema. Nel lavoro privato il numero di conciliazioni raggiunte è più alto -77.487 nel 2004 su 319.815 nuove liti- ma per motivi diversi, non per il buon funzionamento del sistema. Infatti i datori di lavoro hanno più capacità e velocità decisionale per conciliare una controversia: nelle strutture pubbliche il processo decisionale è spesso complesso e comunque dura di più dei novanta giorni previsti. Inoltre nell' impiego privato è molto più facile che la controversia sia gestita sin dall' inizio dagli avvocati che utilizzano la sede della Dpl soltanto per sottoscrivere un accordo già raggiunto, per renderlo stabile ai sensi dell' articolo 2113 del Codice civile". Toffoletto Franco "La conciliazione (obbligatoria, n.d.r.) è un filtro inutile", in Il Sole-24 Ore, 24.7.2006, Norme e tributi, pag. 21.

Fugacemente delineate le tecniche della mediazione passiamo ad illustrare lo svolgimento della procedura.

Le fasi sono essenzialmente quattro ¹⁹ :

- preparazione dell' incontro ,
- sessione congiunta iniziale , presenti il mediatore e tutte le parti; quello si presenta e spiega gli scopi della mediazione, ciascuna parte (a turno) espone il proprio punto di vista sulla controversia;
- sessioni individuali, incontri separati tra il mediatore e ognuna delle parti, per far emergere più soluzioni alternative alla controversia ;
- sessione congiunta finale, si raggiunge l' accordo o si prende atto che la divergenza è insanabile.

Esperate le prime due fasi, le altre possono essere reiterate ed intrecciarsi tra loro: gli incontri individuali con le stesse singole parti possono essere più d' uno, poi si può passare ad una seduta congiunta e quindi tornare a quelle individuali, ecc.. Il tutto si può esaurire nell' arco di un'ora, come possono essere necessari mesi. La procedura della mediazione è flessibile e si adatta alle più varie esigenze.

Analizziamo le singole fasi .

FASE PREPARATORIA : è difficile che due parti litighino per strada e, per caso, incontrino un mediatore che faciliti il loro dialogo e li aiuti a trovare una soluzione. Nella totalità dei casi c'è una fase preparatoria, questa sì formale e ben regolamentata dai vari organismi che forniscono il servizio di mediazione; e più l' oggetto del contendere è complesso più aumentano i documenti che le parti forniscono in questa fase (vedi *ultra* la fase preparatoria nella “*mediation in bankruptcy*” statunitense).

In genere uno dei contendenti fa istanza all' *ADR provider* (la struttura che fornisce il servizio, Camera di commercio o quant' altro) di adire una procedura di mediazione secondo il regolamento proprio dell' ente, indicando l' oggetto della controversia ed il nome dell' altra parte. Quest' ultima viene contattata dall' *ADR provider* e, se accetta per iscritto, è richiesto ad entrambi le parti il pagamento dei diritti di segreteria. Ottenuto questo, l' ente designa il mediatore, il quale accetta sempre per iscritto ²⁰. La mediazione inizia.

Secondo i puristi, prima dell' avvio della procedura il mediatore non

¹⁹ Secondo alcuni sono tre, secondo altri arrivano a dodici.

²⁰ E' possibile che le parti si mettano d' accordo di adire insieme l' *ADR provider* ed indicare a quest'ultimo anche il nome del mediatore.

dovrebbe esaminare la documentazione esibita dalle parti e presentarsi “vergine” all’ incontro comune iniziale, in modo da non farsi fuorviare da una soluzione alla controversia che avrebbe già formulato dentro di sé. Probabilmente, invece, è opportuno che il mediatore analizzi la documentazione ma poi, cominciato l’ incontro comune, chieda alle parti di esporre la loro visione della disputa, non facendo trapelare nulla di ciò che sa ed essendo ben attento ad ascoltare.

SESSIONE CONGIUNTA INIZIALE : sono presenti il mediatore ed entrambe le parti (eventualmente accompagnati dai loro consulenti, avvocato o commercialista, oppure da un amico o dalla mamma).

Da questo momento il mediatore deve porre in essere tutte le tecniche di comunicazione :

- cinesica : deve stare seduto in maniera corretta, non tambureggiare sul tavolo con la penna, non assentire quando una delle parti parla altrimenti l’ altra può pensare che parteggi per la prima; ecc.
- vocalizzazione : il mediatore deve essere chiaro; a tal fine utilizza un tono di voce pacato (non soporifero), usa termini non troppo tecnici, si adegua alle capacità di ascolto dei presenti ;
- prossemica : è opportuno mantenere una distanza propria da rapporto interpersonale, circa mt. 0,90, con la possibilità di stabilire il contatto visivo con tutti. Se sono presenti il mediatore e due parti, le tre persone si dispongono intorno ad un tavolo tondo, agli estremi di un ideale triangolo equilatero, in modo che tutti i soggetti siano equidistanti ed il mediatore , mentre ascolta e guarda una parte, possa mantenere il contatto visivo anche con l’ altra (in questo modo risulta neutrale anche visivamente e controlla meglio la situazione). Questa la teoria; nella pratica ci si adatta a qualunque forma di tavolo e a distanze molto varie. Cinesica e vocalizzazione, invece, vanno sempre molto curate.

La sessione congiunta iniziale si articola nelle seguenti fasi :

- discorso introduttivo del conciliatore ;
- la parte A espone la sua versione della controversia ;
- parafrasi del discorso di A da parte del mediatore ;
- la parte B espone la sua di versione ;
- parafrasi del discorso di B da parte del mediatore ;
- alcune domande da parte del mediatore ;
- redazione dell’ agenda dei lavori da parte del mediatore .

Discorso introduttivo – il mediatore :

- si presenta e rimarca di non avere alcun rapporto con le parti ;
- spiega la natura della mediazione , procedura volontaria, informale,

riservata (gli appunti che lui prenderà saranno distrutti prima della conclusione); sottolinea che le parti ne mantengono sempre la disponibilità fino alla fine (cioè, se in qualunque momento desiderano alzarsi ed andar via potranno benissimo farlo); specifica che l' accordo finale – se ci sarà – sarà solo quello voluto dalle parti stesse ;

- fa presente le poche regole da seguire : parlare uno per volta, non interrompere l' altro, mantenere un tono ed un atteggiamento rispettoso dell' interlocutore; riunioni congiunte e private; tempi.

Esposizione di A . Il mediatore prende appunti.

Parafrasi del discorso di A : in questo modo il mediatore fa comprendere ad A che ha prestato attenzione a quanto lui stava dicendo, comincia a focalizzare i punti centrali della controversia, smorza eventuali toni troppo accesi usati da A.

Esposizione di B .

Parafrasi del discorso di B.

Il mediatore fa alcune domande, se necessario, in modo da meglio focalizzare le posizioni delle parti e i punti fondamentali della contesa, cominciare a distinguere tra fattori oggettivi e soggettivi, organizzare un piano di lavoro.

Se il contrasto tra le parti è articolato, e quindi la mediazione richiederà più incontri e forse durerà giorni, il mediatore redige un' *agenda dei lavori*, da concordare con gli interlocutori.

SESSIONI INDIVIDUALI (detti anche, con terminologia americana, “*caucuses*”). Eucleati i punti essenziali della controversia, distinti i fattori oggettivi da quelli soggettivi, individuate le posizioni delle parti, il tutto avvenuto nella sessione pubblica iniziale, nella fase successiva si devono superare le posizioni dichiarate per far emergere gli interessi sottostanti, raccogliere confidenze riservate (e da mantenere tali), cominciare ad individuare possibili soluzioni . Si passa, cioè, agli incontri individuali.

A questo punto il mediatore, dalla stanza dove si è svolta la sessione congiunta iniziale, dovrebbe accompagnare la parte A in un locale attiguo, più piccolo in modo da favorire una comunicazione più raccolta, e la parte B in un altro locale ancora. Spesso, invece, il mediatore resta seduto al posto dove già si trovava e chiede ad una delle parti di uscire

dalla sala dove si è tenuta la sessione congiunta ; sarebbe quanto meno opportuno accompagnarla alla porta.

Nella sessione individuale il mediatore cerca di far sfogare la parte, di “toglierle il rospo dallo stomaco”, di capire esattamente cosa c’è dietro quello che dice. Egli inoltre sottolinea all’ interlocutore che ciò che questi confiderà nella sessione individuale sarà comunicato all’ altra parte solo dietro espressa specifica autorizzazione.

Se l’interlocutore continua in un atteggiamento di chiusura, il mediatore può prospettare le soluzioni alternative al mancato accordo, quella migliore (*BATNA Best alternative to a negotiated agreement* o, in italiano, MAAN Miglior alternativa ad un accordo negoziato) e quella peggiore (*WATNA Worst alternative to a negotiated agreement* o PAAN Peggior alternativa ad un accordo negoziato). Se la MAAN è forte, cioè se la mancanza di un accordo comporterà un’ alternativa molto vantaggiosa per la parte, è difficile che questa continui nella mediazione ; all’ opposto, se la MAAN è debole, o la PAAN è forte, è molto probabile che il soggetto cerchi un esito positivo alla mediazione.

A questo punto il mediatore può cominciare a “generare opzioni” (e qui fa capolino la mediazione valutativa). Si noti, “generare” e non “formulare” opzioni. Il mediatore infatti dovrà “buttar lì” una proposta, facendo in modo che l’ interlocutore la faccia propria. Se la materia del contendere è semplice, basterà un accenno; se invece è molto tecnica, il mediatore dovrà scendere nel dettaglio (e la competenza specifica sulla materia prevarrà sulle tecniche di comunicazione).

E’ nella fase delle sessioni individuali che si manifesta ciò che più differenzia la mediazione da tutte le altre procedure di soluzione extragiurisdizionale delle controversie : la creatività . Nel generare opzioni, infatti, il mediatore può anche prospettare strade nuove, non battute in precedenza dalle parti; e se questi suggerimenti rispondono agli interessi (di cui sopra), il contrasto potrebbero avere sbocchi stimolanti ed inaspettati.

Molto probabilmente è proprio la “creatività” l’elemento che contraddistingue il bravo mediatore, il “*quid*” di indefinibile che non si acquisisce con nessuna tecnica ma si può solo affinare con l’ esperienza.

Finito l’ incontro singolo con la parte A, il mediatore ne effettua un altro con B, stando bene attento a dedicare lo stesso tempo ad entrambi i soggetti. Deve infatti sempre dare l’ impressione di equidistanza.

Se la controversia è semplice, una sessione individuale con A ed una con B possono essere sufficienti. Dopodichè si torna alla sessione comune finale, nella quale il mediatore riformula i termini della controversia ed i possibili punti di accordo emersi fino ad allora.

Ma può anche succedere che si debba procedere con più sessioni individuali; oppure che, una volta avviato l' incontro comune finale, i toni si riaccendano all' improvviso e che il mediatore ritenga opportuno tornare alle individuali per far placare gli animi.

La mediazione –come si è già detto- non è una procedura formale, non ci sono percorsi standard da seguire; quello che conta è riavviare il dialogo , mantenere una comunicazione pacata ma con buon ritmo, individuare i veri interessi delle parti, generare opzioni. A volte, quando sembra di essere in un “*impasse*” insuperabile, senza un motivo specifico la situazione si sblocca.

SESSIONE CONGIUNTA FINALE - Acquisito nelle sessioni individuali un numero sufficiente di opzioni alternative (che il mediatore avrà provveduto ad appuntare), individuate le MAAN, mediatore e parti si riuniscono di nuovo tutti insieme.

Il mediatore provvederà a riformulare la controversia, non più sulle posizioni ma in termini di interessi, ed enuncerà le opzioni emerse. Queste ultime vengono passate al vaglio di criteri oggettivi (tecnici, giuridici, ecc.), basati cioè su dati di fatto e non sulle opinioni delle parti, veri e propri filtri necessari per valutare la fattibilità delle opzioni. Le alternative che rimarranno dopo questa operazione di “setaccio” vengono confrontate con le MAAN delle parti e si perviene alla fase conclusiva : accordo / rottura .

Quindi :

- riformulazione della controversia basata sugli interessi ;
- filtro delle opzioni attraverso criteri oggettivi ;
- confronto con le MAAN ;
- decisione finale , accordo / rottura .

Se si perviene ad un accordo, questo è riportato in un atto scritto che sarebbe opportuno far redigere dalle parti, il che avviene quando queste sono assistite dai consulenti. Mancando questi ultimi le parti in genere incaricano il mediatore della redazione. Nell' un caso come nell' altro l' accordo finale viene sottoscritto solo dalle parti ed ha valore di contratto.

Il mediatore invece (nel caso di procedura amministrata) redige il verbale del procedimento di mediazione, con la specifica che l' accordo è stato (o non è stato) raggiunto. Tale documento, sottoscritto dal mediatore e dalle parti, insieme alla documentazione raccolta nella fase preparatoria, viene conservato dalla segreteria della struttura che ha fornito il servizio di mediazione ²¹.

* * *

Finora si è parlato di controversie tra due parti (per parte si intende un' entità fisica o giuridica portatrice di interessi), ognuna costituita da una persona (fisica o giuridica). In questo caso la mediazione è tra due parti.

Tuttavia ciascuna parte può essere formata da più persone (fisiche o giuridiche) o da gruppi più o meno organizzati. Ad esempio, due gruppi di proprietari agricoli, l' uno sulla sponda di un canale, l' altro sull' altra, che sono in disaccordo sulle modalità di utilizzo dell' acqua. Stiamo sempre nell' ambito della mediazione tra due parti, chiamata però collettiva.

Possono invece esserci più di due parti, ognuna di esse costituita da una singola persona (fisica o giuridica) o da più persone, in contrasto su di un unico problema (es., l' ente pubblico e più comitati di cittadini in

²¹ Il verbale del procedimento di mediazione (presso alcune Camere di commercio nominato "Verbale dell' incontro conciliativo") contiene

- il richiamo al regolamento dell' *ADR provider* ;
- il nome della parte che ha richiesto la mediazione ("*con domanda del ... il signor...*") ;
- il nome della controparte che ha accettato ("*con lettera del.. il signor.. ha accettato..*") ;
- il nome del mediatore che ha accettato ;
- l' indicazione delle persone presenti alla mediazione ;
- il richiamo al principio di riservatezza, vincolante per il mediatore e le parti stesse, le quali ultime si impegnano "*a non utilizzare nel corso di eventuali successivi procedimenti contenziosi i fatti e le informazioni appresi durante il procedimento di mediazione, nonché ad astenersi dal chiamare il mediatore, i funzionari e chiunque altro abbia preso parte al procedimento a testimoniare il giudizio sugli stessi*";
- menzione che il mediatore ha invitato le parti ad esporre le proprie posizioni e che c' è stata approfondita discussione;
- l' indicazione che le parti hanno / non hanno raggiunto un accordo;
- "*... al termine il mediatore prende atto e dichiara che la presente procedura si è conclusa / non si è conclusa con esito favorevole e che i contenuti dell' accordo (se c' è stato, n.d.r.) sono recepiti in un documento separato e sottoscritto solo dalle parti*" ;
- sottoscrizione delle parti e del mediatore; luogo e data.

disaccordo per la localizzazione di una discarica di rifiuti); si ha la mediazione multiparti (così come il conflitto).

Da ultimo si possono avere più parti in contrasto su più questioni collegate tra di loro. Pensiamo ad un palazzo dove un condomino desidera la chiusura del portone dalle 20,00 alle 7,00, un secondo condomino (che può essere una società) è interessato alla durata del riscaldamento comune dalle 16,00 alle 22,00, un terzo desidera vendere i locali dell' ex portierato per affrontare le spese di rifacimento del tetto, ecc. Oppure pensiamo al concordato preventivo dove il debitore è contrapposto a più creditori e questi spesso sono in contrasto tra loro. Mediazione multiparti e multilivello : non c'è da risolvere solo un problema, ma una pluralità di questioni, tutte collegate tra loro . I vari condomini effettueranno una serie di “*trade-off*” bi-multilaterali; il debitore si impegnerà a pagare una certa porzione del debito, alcuni crediti saranno soddisfatti in percentuale superiore ad altri, alcuni verranno rimborsati prima altri dopo, qualche creditore verrà soddisfatto non in denaro ma con prestazioni d'opera, ecc. .

Se quindi il conflitto non è tra due sole parti, la procedura della mediazione si deve adeguare a situazioni più complicate, causa il maggior numero di soggetti da ascoltare, l' intersecazione dei problemi tra loro, il maggior tecnicismo in genere implicito in questo tipo di controversie.

La fase preparatoria diviene più complessa : si formalizza il numero ed il tipo dei documenti da depositare; si verificano i poteri di chi rappresenta i gruppi (o le persone giuridiche); si può chiedere una prima formulazione delle pretese di ciascuna parte. Questo è ciò che avviene nella “*mediation in bankruptcy*” statunitense (vedi oltre).

C'è poi da chiedersi se il mediatore deve essere uno o più d' uno.

Se il conflitto è su un unico punto (es. localizzazione di una discarica) con più gruppi in contrasto tra loro, la pluralità di mediatori può far risparmiare tempo ed il loro modo di operare è stato così codificato dall' Associazione Equilibrio :

mediazione multiparti con più mediatori

fase preparatoria :

- . tutti i mediatori insieme incontrano ogni parte in riunioni differenti ;
- . spiegano le caratteristiche della mediazione ,
- . individuano gli interessi e le necessità ,

- . individuano la MAAN e la PAAN all' accordo ,
- . generano alternative ,
- . chiedono di nominare rappresentanti per la riunione congiunta ;

riunione congiunta iniziale (presenti tutti i mediatori e tutti i rappresentanti) :

- . i mediatori fanno il discorso introduttivo generale ,
- . i rappresentanti presentano le posizioni ,
- . parafrasi congiunta ,
- . discussione su alcuni punti ,
- . divisione in gruppi, ognuno con un conciliatore;

riunioni individuali (un conciliatore per ogni gruppo), gestite con le tecniche sopra enunciate, nelle quali si riformulano le posizioni, si individuano gli interessi e si cerca di generare opzioni; queste riunioni sono continuamente intramezzate da incontri dei mediatori tra loro per confrontarsi su quanto emerso con ciascun gruppo;

riunione congiunta conclusiva: tutti i mediatori incontrano tutti i rappresentanti, comunicano loro i risultati e i rappresentanti stipulano l'accordo o prendono atto della rottura definitiva ²².

Se invece si tratta di un conflitto multiparti e multivello (per es., procedura concorsuale), con tanti problemi intersecantesi tra loro, la presenza di un solo mediatore (eventualmente assistito da co-mediatori esperti in specifici argomenti) potrebbe consentire una visione più organica del tutto ed una maggiore incisività nel generare opzioni. Problemi in genere connotati da forte tecnicismo, per cui è necessario che il mediatore, oltre che esperto nelle tecniche di comunicazione, sia anche conoscitore della materia. Mediazione valutativa inoltre che erode sempre più spazi alla facilitativa, per giungere quasi ad una mista.

²² Schemi forniti dall'avv. Anna Uzqueda, dell' Associazione Equilibrio di Bologna, ad aprile 2006 al Master universitario di I livello "Procedure stragiudiziali di soluzione delle controversie", Università degli Studi di Siena e CCIAA di Grosseto.

NORMATIVA CONCORSUALE ITALIANA DAL 1942 AL 2005

La normativa sulle procedure concorsuali emanata in Italia nel 1942 (R.D. 16.3.1942, n.267, in G.U. 6.4.1942 n.81) tendeva essenzialmente a garantire la “*par condicio creditorum*” di un imprenditore in stato di insolvenza²³, cioè cercava di dare uguali possibilità di recupero per i crediti in essere all’ inizio della procedura, fatte salve le cause di prelazione stabilite dal codice.

La così detta LEGGE FALLIMENTARE cercava di fotografare la situazione dell’ impresa decotta ad una certa data, quantificarne attivo e passivo, liquidarne l’ attivo al meglio e ripartire il ricavato tra i creditori. Attenzione limitata era posta alla sopravvivenza dell’ impresa, alla sua capacità potenziale –anche se remota- di continuare a produrre ricchezza non solo per l’ imprenditore ma per la comunità in genere e per i lavoratori dipendenti. Una interpretazione frutto di un’ economia statica, prevalentemente agraria, chiusa in angusti confini nazionali.

L’ evoluzione socio economica successiva alla seconda guerra mondiale ; l’ aprirsi del mercato italiano a spazi internazionali notevolmente ampi ; il progresso tecnologico ed il forte aumento –a livello mondiale- della produttività ; il crescere a dismisura, in quantità e tipologia, degli strumenti finanziari ; la rilevanza “sociale” sempre più riconosciuta all’ azienda ; la durata eccessiva delle procedure concorsuali e, spesso, i modesti risultati pratici da esse conseguiti. Tutti questi fattori hanno indotto il legislatore italiano a passare da un approccio statico ad uno evolutivo della crisi di impresa, a sfronarla dei formalismi procedurali per concentrarsi sull’ essenza dei problemi, a ricondurre il compito della magistratura al ruolo suo proprio di controllo di legittimità, lasciando ai “privati” la gestione del merito.

La crisi economica degli anni ’70 portò ad un primo provvedimento che andava in questa direzione, la c.d. LEGGE PRODI , la cui applicazione però era limitata alle grandi imprese con un numero rilevante di dipendenti. Il D.L. 30.1.1979, n. 26 (in G.U. 6.2.1979, n. 36), convertito con modifiche nella L. 3.4.1979, n. 95 (in G.U. 4.4.1979, n. 94), infatti, prevedeva la nuova procedura dell’ amministrazione straordinaria solo

²³ Art. 5, c.2 – “*Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”.

per le società in stato di insolvenza con almeno trecento dipendenti e debiti verso istituti creditizi, previdenziali e di assistenza non inferiori a trentacinque miliardi di lire (euro diciotto milioni).

Il Ministro dell' Industria (organo amministrativo e non giurisdizionale) decretava l' inizio della procedura e nominava uno o tre commissari, i quali, tenendo conto dell' interesse dei creditori, potevano continuare l' esercizio dell' impresa per un periodo massimo di cinque anni. Il commissario doveva (art. 2, c.4) predisporre un programma che prevedeva *“in quanto possibile e tenendo conto degli interessi dei creditori, un piano di risanamento coerente con gli indirizzi della politica industriale, con indicazione specifica degli impianti da riattivare e quelli da completare, nonché gli impianti o complessi aziendali da trasferire e degli eventuali nuovi assetti imprenditoriali...”*.

L' art. 6 bis, poi, stabiliva che *“nei casi di trasferimento di aziende, impianti o complessi aziendali di immobili o mobili in blocco è consentita la vendita senza incanto e la vendita ad offerta privata”*.

Inoltre , l' amministrazione straordinaria, dichiarata nei confronti di una società, era estesa a tutte le società a quella collegate; nei confronti di tutte, *“ancorché non sia stato accertato lo stato di insolvenza, il commissario ... può esperire l' azione revocatoria di cui all' articolo 67 della legge fallimentare...”* (art.3,c.3).

Quindi, per una società (di grandi dimensioni) in stato insolvenza, per la prima volta la normativa italiana prevedeva la possibilità di continuare l' attività per un periodo non breve e la realizzazione di un piano di risanamento aziendale dal contenuto potenzialmente molto articolato. L' interesse dei creditori doveva essere tenuto in considerazione, ma non prevaleva su tutto. L' azione revocatoria fallimentare poteva essere azionata come una clava.

Censure da parte della Comunità europea su alcune disposizioni contenute nella normativa sopra citata portarono alla LEGGE PRODI BIS (D.Lgs. 8.7.1999, n. 270, in G.U. 9.8.1999, n.185, in genere ricordato come “decreto legislativo 270”), molto più articolata della precedente, che all' art. 1 statuiva : *“L' amministrazione straordinaria è la procedura concorsuale della grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali”*. La conservazione dell' azienda, quindi, diviene l' obiettivo primario dell' amministrazione straordinaria.

Il commissario deve presentare un programma che (art. 56) indichi
“a) le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere;

b) il piano per la eventuale liquidazione dei beni non funzionali all’ esercizio dell’ impresa ;

c) le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell’ esercizio dell’ impresa ;

d) i modi della copertura del fabbisogno finanziario con specificazione dei finanziamenti e delle altre agevolazioni pubbliche di cui è prevista l’ utilizzazione.

“Se è adottato l’ indirizzo della cessione dei complessi aziendali il programma deve altresì indicare le modalità della cessione, segnalando le offerte pervenute o acquisite, nonché le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori.

“Se è adottato l’ indirizzo della ristrutturazione dell’ impresa, il programma deve altresì indicare ... le eventuali previsioni di ricapitalizzazione dell’ impresa e di mutamento degli assetti imprenditoriali, nonché i tempi e le modalità di soddisfazione dei creditori, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato”.

Tutte queste attività vengono svolte sotto il controllo di un comitato di sorveglianza, alcuni membri dei quali sono scelti tra i creditori chirografari, altri tra esperti dell’ attività aziendale o nella materia concorsuale.

Come si vede la *“par condicio creditorum”* è una pallida entità relegata sullo sfondo. Ciò che conta è la conservazione dell’ azienda e sono indicate le principali linee operative per realizzarla. Il commissario può ben adottare strumenti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge.

Sulla scena economico, sociale e politica irrompe il caso Parmalat, il dissesto finanziario aziendale più grande mai verificatosi nella storia d’ Italia.

Il 23.12.2003 viene emanato il D.L. n. 347 (G.U. 24.12.2003, n.298), convertito con modifiche nella L.18.2.2004, n.39 (G.U. 20.2.2004, n.42) LEGGE MARZANO , avente ad oggetto *”le imprese soggette alle disposizioni sul fallimento in stato di insolvenza, che intendono avvalersi della procedura di ristrutturazione economica e finanziaria di cui al Decreto legislativo 270, purché abbiano entrambi i seguenti requisiti :*

a) lavoratori subordinati ... non inferiori a mille;

b) debiti ... per un ammontare non inferiore ad un miliardo di euro” .

Secondo tale legge può essere redatto un programma di ristrutturazione economica e finanziaria, il quale (art 4bis) “può prevedere la soddisfazione dei creditori attraverso un concordato, di cui deve indicare dettagliatamente le condizioni e le eventuali garanzie” con

“ a) la suddivisione dei creditori in classi, secondo interessi economici omogenei; la possibilità di costituzione di autonome classi per i piccoli creditori (vedi i piccoli creditori nei dissesti finanziari Cirio, Giacomelli, Parmalat – n.d.r.) e per i possessori di obbligazioni emesse o garantite dalla società in amministrazione straordinaria ;

“ b) trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse ;

“ c) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma tecnica, in termini di scadenza, tasso di interesse e presenza di eventuali garanzie reali e personali; in particolare, la proposta di concordato può prevedere l’ attribuzione ai creditori, o ad alcune categorie di essi, di azioni o quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni ed altri strumenti finanziari e titoli di debito.

“8. Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza del valore assoluto dei crediti ammessi. Ove siano previste diverse classi di creditori il concordato è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza dei creditori appartenenti a ciascuna classe, la quale rappresenti la maggioranza dei creditori ammessi alla classe medesima.

“9. Qualora la maggioranza di cui al comma 8 sia raggiunta, il tribunale approva il concordato. Ove siano previste diverse classi di creditori, il tribunale ... può ritenere priva di effetto la mancata approvazione del concordato da parte di una o più classi di creditori qualora la maggioranza delle classi abbia approvato la proposta di concordato o i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle altre alternative concretamente praticabili”.

Nell’ arco di sessant’ anni, quindi, la normativa italiana sulle procedure concorsuali aveva subito una profonda mutazione

Nella legge fallimentare emanata nel 1942 i creditori costituivano una massa uniforme (più appropriato definirla “indistinta”), differenziati tra loro solo dal diritto di prelazione sul prezzo dei beni vincolati da ipoteca o pegno o dal privilegio relativo a determinati diritti (art. 54). La legge Prodi rese possibile una gestione “dinamica” delle poste attive e passive del bilancio dell’ azienda sottoposta ad amministrazione straordinaria. La

legge Marzano introdusse la possibilità di concordare con i creditori soluzioni sempre più articolate, prevedendo anche la suddivisione dei creditori in classi, alle quali poter offrire soluzioni differenziate.

Questa evoluzione ha beneficiato dell' esperienza nord americana.

“THE UNITED STATES BANKRUPTCY CODE”

E

LA “MEDIATION IN BANKRUPTCY”

Nel 1978 il Congresso degli Stati Uniti d' America adottò il “*Bankruptcy Code*”²⁴, il quale, sia pur rimaneggiato, è tutt'ora in essere nel Titolo 11 dell' *United States Code*.

Nell' ambito di questo titolo, “*Chapter 7*” e “*Chapter 11*” raggruppano le norme che più ci interessano ai fini del presente elaborato.

La rubrica di questi due capitoli è, rispettivamente, “*liquidation*” e “*reorganization*” (la Prodi-bis specificava, all' art.37, che la procedura di amministrazione straordinaria si realizza con un programma di “*cessione dei complessi aziendali*” e con un programma di “*ristrutturazione*”).

La maggior parte delle procedure concorsuali negli Stati Uniti d' America comincia con la sottoscrizione da parte del debitore di un' istanza di un paio di pagine (“*voluntary petition*”, § 301 – nei codici italiani come unità di classificazione è usato l' “articolo”, negli USA la “*section*” o §) da depositare presso una corte fallimentare, unitamente al pagamento delle spese della procedura (un proverbio afferma che “*tutto il mondo è paese*”!).

La fattispecie base di “*bankruptcy*” è regolata nel “*Chapter 7 – liquidation*”. Inizia con il deposito dell' istanza da parte del debitore presso una corte fallimentare, la nomina di un curatore (“*trustee*”, i cui doveri sono specificati nel § 704), l' elezione da parte dei creditori di un comitato costituito da non meno di tre e non più di undici creditori chirografari. Vengono effettuate le fasi di “*collection, liquidation and distribution*” dei beni del debitore. Il curatore, se autorizzato dalla corte, può per un periodo limitato gestire l' attività del creditore, se ciò serve a meglio preservare e liquidare il patrimonio di quest' ultimo (§721); deve sottoporre a verifica i titoli di prelazione dei crediti affermati tali; deve attribuire ai creditori il ricavato della “*liquidation*” secondo criteri stabiliti dalla legge stessa, quello che rimane al debitore (§726). Una procedura quindi di individuazione dei beni del debitore, vendita e distribuzione del ricavato; principi generali ampiamente presenti anche nell' ordinamento giuridico italiano.

²⁴ Da “*banca rupta*”, prassi medievale di “*breaking the bench*” di un banchiere o commerciante che si eclissava con i beni dei suoi clienti.

Ma su richiesta del debitore , o di qualunque altro soggetto interessato, la corte può trasferire il caso in esame dall'applicazione del “*Chapter 7*” a quella del “*Chapter 11*” (§706). Il debitore stesso, tuttavia, può chiedere l' applicazione di quest' ultimo fin dall' inizio della procedura (§109, d).

Come già detto il “*Chapter 7*” regola l' individuazione dei beni del debitore, la loro vendita, la distribuzione del ricavato ai creditori. Il “*Chapter 11*”, invece, prevede la possibilità per il debitore di presentare un piano di ristrutturazione della propria attività. Il caso classico è l' impresa, sotto forma di società, che si trova in una situazione di crisi finanziaria e presenta un piano di ristrutturazione tale da consentire il pagamento dei debiti privilegiati (in genere nei confronti delle banche) , le imposte e parte dei debiti chirografari.

Se richiesta l' applicazione del “*Chapter 11*”, “ ... *a debtor in possession shall have all the rights ... and powers, and shall perform all the functions and duties ... of a trustee ...*” (§1107,a); cioè, entro limiti e condizioni posti dalla legge e, nel caso specifico, dalla corte, non viene nominato il curatore ed il debitore continua a gestire la propria attività, al riparo da esecuzioni individuali sui propri beni, purché rispetti il piano concordato con i creditori. Qualcosa di analogo può essere ricercato negli accordi stragiudiziali previsti dalla normativa italiana in vigore dal 17.3.2005²⁵.

In qualsiasi momento tra il deposito dell' istanza di applicazione del “*Chapter 11*” e l' approvazione del piano di ristrutturazione, tuttavia, la corte può nominare un curatore se c' è stata truffa, disonestà, incompetenza o errori grossolani da parte del debitore o se ritiene che tale nomina sia nell' interesse dei creditori e degli azionisti (§1104,a).

Se il piano non viene rispettato, o se la sua applicazione comporta perdite più che guadagni, si può chiedere alla corte di sottrarre il caso dalla normativa del “*Chapter 11*” e trasferirlo a quella del “*Chapter 7*”.

Come già detto, “*under Chapter 11*” il curatore può anche mancare, per cui il ruolo dei creditori è determinante sia nel negoziare il piano di ristrutturazione, sia nell' approvarlo, sia nel monitorarne l' esecuzione e la convenienza. E' prevista (§1102,a) la nomina del comitato dei creditori non solo chirografari, ma anche di altro tipo, nonché degli azionisti. La corte può ordinare di cambiare la composizione del

²⁵ Più precisamente dall' art. 182 bis della Legge fallimentare post riforma, articolo inserito nel R.D. 16 marzo 1942 n.267 dal D.L. 14.3.2005 n.35, art. 2, c.1, lettera l), convertito con modifiche dalla L. 14.5.2005 n.80.

comitato per assicurare un' adeguata rappresentanza dei soggetti coinvolti, nonché l' inserimento di un "piccolo" creditore.

Il piano può assumere i contenuti più vari, anche se un elenco di essi meramente indicativo lo si trova nella §1123. Questa, inoltre, specifica che il piano deve :

"(1) designate .. classes of claims (creditori) and classes of interests (azionisti);

"(2) specify any class of claims and interests that is not impaired under the plan;

"(3) specify the treatment of any class of claims or interests that is impaired under the plan;

"(4) provide the same treatment for each claim or interest of a particular class .."

§1126 (a) : *"The holder of a claim or interest .. may accept or reject a plan .."* ;

(c) : *"A class of claims has accepted a plan if such plan has been accepted by creditors .. that hold at least two-thirds in amount and more than one-half in number of the allowed claims of such class .."* ;

(d) : *"A class of interest has accepted a plan if such plan has been accepted by holders of such interest .. that hold at least two thirds in amount of the allowed interests of such class .."* .

Quindi, la situazione tipica prevista da un piano di ristrutturazione secondo la normativa statunitense prevede non un' indistinta categoria di creditori, ma interessi differenziati che vengono rappresentati da differenti (e numerose) classi di creditori ed azionisti, che approvano il piano solo se una maggioranza qualificata all' interno di ciascuna classe esprime parere favorevole.

Nel caso di classi di creditori o azionisti sfavorite (*"impaired"*) dal piano di ristrutturazione, i loro componenti o accettano il piano o

§1129, a, 7, ii : *"will receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of value .. that is not less than the amount that such holder would so receive if the debtor were liquidated under chapter 7 .."*

E' questo il meccanismo denominato del *CRAMDOWN* : nel caso il piano sia approvato, le classi di creditori ed azionisti dissenzienti riceveranno lo stesso ammontare di denaro, che verrebbe ricavato dalla liquidazione dei beni del debitore applicando *"Chapter 7"*. *"Cramdown"* perché tale soluzione è approvata dalla corte, o *"crammed down"* sulla classe dei creditori che ha espresso voto negativo.

Quindi nella normativa concorsuale statunitense la procedura di semplice “*liquidation*” e quella ben più articolata di “*reorganization*” hanno pari dignità e c’è osmosi, bidirezionale, tra le due. Il privato, l’operatore economico che si trova in difficoltà finanziaria può adire sia l’una che l’altra; poi, se ha fatto istanza per l’applicazione del “*Chapter 7*” il suo caso può essere trasferito al “*Chapter 11*”, così come il contrario.

Il debitore che spera di riuscire a mantenere la disponibilità e gestione dei propri beni (soprattutto se si tratta di un’impresa) adirà la procedura prevista nel “*Chapter 11*”. Egli infatti può usare, vendere i propri beni e continuare a gestire l’azienda nell’ambito dell’ordinaria amministrazione senza dover prima ottenere l’autorizzazione della corte (e senza che sia obbligatoria la presenza del curatore); egli è appunto denominato “*debtor-in-possession*”. Ma essenziale è la formulazione di un piano di ristrutturazione frutto della negoziazione fra il “*debtor-in-possession*” ed i creditori. Assoluta prevalenza nel “*Chapter 11*” è data al rapporto tra queste due entità, alle forti differenze che ovviamente sussistono tra gli interessi di diversi tipi di creditori e che trovano un riconoscimento formale nella divisione di questi ultimi in classi ²⁶.

Determinante a questo punto diventa la gestione della naturale contrapposizione debitore–creditori e delle eventuali conflittualità tra creditori. Essenziale, quindi, il ricorso a tecniche di mediazione.

L’uso di questo metodo di soluzione delle controversie è in crescita negli Stati Uniti d’America, a seguito anche del fatto che l’*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998 stabilì che ciascuna corte federale autorizzasse secondo regole locali l’uso degli **ADR** “*in all civilian*

²⁶ Il ricorso al “*Chapter 11*” non è immune da critiche : “*Some critics have claimed that Chapter 11 bankruptcy is excessively lenient in giving a needless ‘escape hatch’ to the incompetent management of a failing company, damaging the efficiency of the economy as a whole and allowing poor managers to continue managing. It is unusual for the management of a company in Chapter 11 to be fired, as it is usually assumed that the present management knows far more about the company and its customers than would a new set of management. These critics note that in Europe bankruptcy law is far less lenient for failing companies.*

“*Another efficiency criticism is that a company undergoing Chapter 11 bankruptcy is effectively operating under the ‘protection’ of the court until it emerges, in some cases giving the bankrupt company a great advantage against its competitors. The most-cited current example is the airline industry in the United States; as of 2006, over half of the industry’s seating capacity is on airlines that are in Chapter 11. These airlines have been able to stop making debt payments, freeing up cash to expand routes or weather a price war against competitors – all with the bankruptcy court’s approval.*” . www.wikipedia.org , marzo 2006 .

actions, including adversary proceedings in bankruptcy” (28 U.S.C §651,b). A gennaio 2005 l’ uso della mediazione era già un fatto acquisito in 40 delle 94 corti fallimentari degli Stati Uniti d’America .

Le situazioni in cui la mediazione è di particolare efficacia nell’ esperienza concorsuale statunitense sono :

FASI INIZIALI DELLE PROCEDURE - spesso le procedure concorsuali sono causate dalla contrapposizione acuta tra il debitore e i suoi finanziatori; i fatti contestati sono già stati oggetto di scambi di citazioni e iniziative giudiziali; nulle le prospettive di risolvere i problemi , anche tramite un programma di riorganizzazione aziendale.

L’ intervento del mediatore, nella fase preconcorsuale o subito dopo l’ avvio della procedura, può consentire di comporre i contrasti, analizzare congiuntamente la situazione finanziaria del debitore, stilare un bilancio preventivo, svincolare dalla garanzia attività finanziarie e permetterne l’ uso, approntare dei controlli sull’ attività del debitore sia nel breve che nel lungo termine.

L’ attività del mediatore nella fase iniziale della procedura vuol dire incidere nelle fasi prodromiche di un possibile piano di ristrutturazione, essendo di aiuto a

- . far raggiungere un accordo sui punti base da cui partire ;
- . stabilire obiettivi da perseguire e parametri di riferimento, l’ analisi dei quali permetterà al creditore di controllare ad intervalli regolari la capacità e la volontà del debitore di mantenere gli impegni assunti ;
- . creare l’ intreccio di relazioni su cui basare ulteriori futuri rapporti commerciali e negoziazioni;

RECUPERO DEI BENI DEL DEBITORE – nella fase iniziale di un procedimento “*under Chapter 11*” il recupero dei beni del debitore e la risoluzione di controversie relative a contratti importanti può essere determinante per la realizzazione di un progetto di riorganizzazione aziendale. I costi, ma soprattutto i ritardi connessi con le controversie giudiziali, disperdono risorse preziose, fanno perdere opportunità e ritardano di molto la generazione di reddito oltremodo necessario.

Nelle procedure “*under Chapter 7*” la composizione rapida di controversie può mettere a disposizione mezzi finanziari che riducano la probabilità di insolvenza, soprattutto se l’ accordo oggetto della mediazione è stato raggiunto prima dell’ inizio della procedura concorsuale o subito dopo. Compromessi realizzati su base volontaria, inoltre, evitano complicate azioni esecutive o pignoramenti, per di più dagli esiti concreti incerti;

CONTROVERSIE SUI CREDITI – spesso crediti liquidati e convalidati con decreto del giudice non trovano corrispettivo in pari entità di moneta, soprattutto per i crediti chirografari. La presa d'atto di questa realtà, unitamente all'intervento di un mediatore, permette una risoluzione delle controversie molto più rapida.

Stesse considerazioni per le contestazioni di titoli di prelazione sui crediti, sia per il titolo in sé sia per il grado di priorità. E le contestazioni possono sorgere non solo tra debitore e creditore ma anche tra i creditori stessi;

FORMAZIONE DI UN PIANO DI RISTRUTTURAZIONE – le trattative per la formazione di un piano di ristrutturazione “*under Chapter 11*” sono particolarmente complesse. Il debitore infatti deve gestire la formazione e realizzazione attraverso un processo relazionale tra lui ed i creditori e tra i creditori stessi, processo relazionale multipartito relativo a molteplici opzioni spesso interrelate tra loro: i creditori privilegiati in genere mantengono la rigidità dimostrata fin dalle prime battute della procedura; il comitato dei creditori, quello degli obbligazionisti e quello degli azionisti possono assumere una posizione antagonista sia nei confronti del piano di investimenti sia verso i creditori privilegiati; la situazione può deteriorare verso posizioni peggiori di quelle iniziali; il tutto sotto il rischio di conversione al “*Chapter 7*” e liquidazione dei beni residui non si sa a quali valori;

REVOCATORIA FALLIMENTARE – il creditore è profondamente frustrato quando si sente chiedere la restituzione del denaro a suo tempo legalmente incassato e divenuto oggetto di recupero giudiziale a seguito del deposito dell'istanza di fallimento. Negli Stati Uniti sembra che la maggior parte di queste controversie venga appianata (di certo non succede lo stesso in Italia!) ma solo dopo una lunga “*querelle*” giudiziaria e con il pagamento di parcelle consistenti a consulenti vari.

Il ricorso all'attività di un mediatore fin dalla prima avvisaglia di controversia (quando cioè l'istanza di revocatoria viene avanzata per la prima volta dal curatore o dal “*debtor-in-possession*”) comporta molti vantaggi. Un mediatore capace, infatti, può essere un catalizzatore di ragionevolezza e fin da prima che l'istanza sia depositata egli può indurre le parti a ben valutare la possibilità di vincere la causa (MAAN) così come i suoi costi, monetari e non (PAAN). Ma la mediazione può essere utile anche a controversia giudiziale iniziata, per porre fine ad essa o per ridurre al minimo i punti del contendere;

CONTRASTI TRA SOGGETTI CHE CONTINUANO A COLLOQUIARE – è questo il terreno più fertile per l'uso della

mediazione. Le sentenze (sia pubbliche – magistrato – sia private – arbitrato; vedi “*supra*”) in genere cristallizzano una situazione, sono rivolte al passato, non considerano la possibilità che le parti coinvolte nella controversia possono essere interessate a continuare ad avere rapporti. Soprattutto nel campo commerciale, nonostante i litigi presenti, bisogna guardare al futuro; per esempio, la contestazione sull’ammontare di un credito vantato da un cliente importante può essere risolta negoziando un nuovo e diverso accordo di vendita. Inoltre la mediazione permette di preservare la riservatezza, che è un aspetto di assoluto rilievo nei rapporti economici .

Ma in quale momento della procedura concorsuale statunitense è opportuno che intervenga il mediatore ? Come per qualunque controversia, il più presto possibile, per evitare che i contrasti si radicalizzino e le spese crescano.

Tuttavia la tempistica e le modalità possono variare .

A volte la procedura concorsuale è il tentativo estremo di uscire da un contenzioso bilaterale che sta per paralizzare completamente l’attività economica del debitore. In tale situazione una mediazione bilaterale deve cercare innanzitutto di risolvere questo conflitto, dopodiché sarà possibile avviare una negoziazione – meglio se assistita – per concretizzare un piano di ristrutturazione.

Nella maggior parte dei casi il progetto di ristrutturazione inizia con incontri tra il debitore e le banche (comprendendo con questo termine una serie variegata di operatori finanziari che negli Stati Uniti sono molto più numerosi ed operativi che in Italia) per negoziare i termini essenziali del progetto. L’ intervento del mediatore può essere utile se questi incontri sono divenuti numerosi e inconcludenti. Ma il mediatore può anche mantenersi defilato, mentre il debitore negozia la formazione del progetto, se non poi intervenire al momento che la trattativa si blocca; intervenire solo con una o con più o con tutte le parti , a seconda delle necessità.

Nell’ ambito di una procedura concorsuale statunitense, quindi, l’ attività del mediatore non segue modalità e tempistiche schematizzate a priori, bensì è molto flessibile, al fine di adattarsi a situazioni estremamente variegata.

Il mediatore comunque deve sempre ricondursi all’ essenza stessa della propria professione : facilitare la comunicazione; nello specifico facilitare

la ricerca, da parte – ed insieme – a tutti i soggetti coinvolti, di una “*exit strategy*” alle contrapposizioni articolate e complesse tra debitore e creditori e tra i creditori stessi. Facilitare sia la formazione di un progetto di ristrutturazione (*Chapter 11*) sia la liquidazione corretta dei beni del debitore (*Chapter 7*). Il mediatore, terzo e neutrale, infatti, può ottenere dalle parti in lite tutte le informazioni necessarie più facilmente di uno qualsiasi dei soggetti coinvolti e può quindi esplorare tutta la gamma delle possibili soluzioni accettabili dagli attori della controversia.

Sintetizzate le situazioni e le modalità con cui un mediatore statunitense interviene in una procedura concorsuale, analizziamo gli aspetti tecnici del suo operare.

Come già detto nei capitoli precedenti, alcuni teorici sostengono che il mediatore debba presentarsi agli incontri con le parti quasi senza conoscere i motivi della controversia, in modo da non crearsi dei pregiudizi sulla possibile soluzione della lite ed essere così del tutto “*neutral*” rispetto alle parti stesse.

Altri invece ritengono che una conoscenza degli aspetti tecnici della contesa permetta al mediatore di meglio orientarsi nei colloqui e soprattutto, durante gli incontri riservati, essere più incisivo nel “generare opzioni”.

Nella pratica della “*mediation in bankruptcy*” statunitense prevale questa seconda linea di pensiero, principalmente a causa della notevole complessità tecnica delle procedure concorsuali.

Il mediatore prima di cominciare la procedura analizza i termini della controversia, gli avvenimenti sotto l’aspetto giuridico economico e finanziario, gli interessi dei soggetti coinvolti, l’intenzione di mantenere rapporti d’affari, le possibili combinazioni di soluzioni alternative che potrebbero essere accettate dalle parti.

La mediazione in una procedura concorsuale con programma di ristrutturazione aziendale comporta la gestione di un conflitto multiparte e multilivello. Multiparte perché coinvolge il debitore e più creditori, i quali ultimi su certi argomenti (prelazione nella riscossione dei crediti e quantità della torta da spartire) possono essere anche in conflitto tra loro stessi. Multilivello perché non si tratta solo di determinare quanta parte dei crediti vantati verrà riscossa, ma anche come e quando.

In un piano di ristrutturazione aziendale, infatti, le banche possono

accontentarsi di ottenere il pagamento di una parte dei loro crediti subito, un' altra dilazionata nel tempo, un' altra ancora convertita in titoli di partecipazione nella iniziativa economica. I lavoratori (nel contesto italiano) possono accettare un contratto di solidarietà, così come piani di mobilità e trasferimento ad altre aziende. I fornitori potrebbero essere interessati a sostituire parte dei loro crediti con contratti di esclusiva a lunga durata, in determinate aree geografiche. I concessionari delle vendite possono anche versare le provvigioni in anticipo rispetto alla ricezione della merce. L' amministrazione fiscale può utilizzare quanto previsto dalla normativa per rinviare l' esazione delle imposte. Eccetera.

Le possibili soluzioni, quindi, sono così sfaccettate e interrelate tra loro che è più che opportuno che prima di iniziare il mediatore abbia una buona conoscenza della situazione, si configuri più possibili combinazioni alternative, identifichi le parti da "lavorare" maggiormente perché determinanti per l' accordo finale, individui quali ostacoli giuridici (divieti, autorizzazioni, permessi) devono essere superati.

Passa quindi ad individuare le parti che devono partecipare alla procedura e ad identificare i soggetti fisici che le rappresentano (controllando i loro poteri di rappresentanza ed eventuali limiti alla capacità negoziale).

Per quanto ovvio, la mediazione raggiunge il suo scopo se tutte le parti sono d' accordo; e' quindi opportuno che tutte siano presenti fin dall' inizio della procedura. Tuttavia, in una mediazione multiparti è anche possibile che qualche soggetto non ci sia fin dai primi incontri, se questo è necessario per mettere in moto la procedura con risparmio di tempi e costi. Nondimeno tutte le parti devono essere presenti per la determinazione degli accordi iniziali relativi al metodo di procedere (anche per evitare che gli assenti temano "pastette" tra gli altri soggetti della procedura).

Uno degli elementi essenziali della mediazione è la riservatezza. Se un dispositivo di legge non ne riconosce l' obbligatorietà, il mediatore un domani potrebbe essere citato in processo a rendere testimonianza su quanto da lui appreso durante la mediazione ²⁷.

Negli USA il ricorso alla mediazione nell' ambito di una procedura concorsuale può essere deciso o dal magistrato o dalle parti coinvolte (col benessere della corte). La disposizione del magistrato dovrebbe contenere un richiamo espresso al principio della riservatezza ed esimere il

²⁷ L' ordinamento italiano ha affrontato per la prima volta il problema nelle norme sulla conciliazione societaria, entrate in vigore nel 2004.

mediatore da future citazioni in giudizio quale teste. Nel caso manchi, tutte le parti dovrebbero sottoscrivere un accordo a tal riguardo (o il mediatore avveduto dovrebbe richiederlo prima di iniziare la procedura). Alcuni stati americani hanno codificato il principio della non citabilità in giudizio del mediatore come teste su casi oggetto di mediazione, non così la normativa federale.

Inizia la procedura.

Il mediatore convoca le parti e i loro consulenti. In genere chiede che questi preparino un “*PRE-MEDIATION STATEMENT*”, una comunicazione scritta con cui ciascuna parte comunica al mediatore quali sono (secondo lui) lo stato della controversia ed i suoi punti cruciali, comunicazione – per quanto superfluo – non vincolante ai fini dell’ esito finale della mediazione.

Il “*pre-mediation statement*” è in genere così articolato :

- indicazione delle persone e dei loro consulenti che parteciperanno agli incontri di mediazione, compresi poteri (e limiti) di rappresentanza ;
- descrizione della controversia ;
- indicazione dei principali argomenti ritenuti significativi per la mediazione, compresa la normativa che li riguarda ;
- esposizione dei tentativi di accordo portati avanti fino a quel momento ;
- determinazione dell’ ammontare di eventuali richieste di risarcimento danni ;
- stima, di parte, la più precisa possibile, su costi ed onorari di un dibattimento di fronte al magistrato;
- copia di tutti i documenti che la parte ritiene utili per il mediatore ,
- indicazione delle date fissate per qualsivoglia attività giudiziaria relativa alla controversia ;
- eventuali suggerimenti sul modo di affrontare la mediazione o l’ indicazione di opzioni basate sugli interessi che potrebbero non rilevare dai punti precedenti.

Tutte queste indicazioni non sono dirette a indirizzare, a limitare l’ attività del mediatore, ma solo a fornirgli ragguagli sulla posizione di ciascuna parte della controversia prima che cominci la procedura.

Viene infatti convocata una “*PRE-MEDIATION CONFERENCE*”, nella quale i consulenti delle parti consegnano al mediatore e si scambiano tra loro i “*pre-mediation statements*”.

Dopodichè inizia la mediazione.

Prima sessione. Eccetto che nei rari casi in cui il mediatore lo ritenga controproducente, sono presenti tutte le parti con i loro consulenti. Il mediatore espone le regole principali del procedimento (tono della voce, rispetto reciproco, alternative degli interventi, “caucuses”, agenda).

I consulenti a turno effettuano un’ esposizione iniziale dei fatti e della posizione del loro cliente; alcuni mediatori preferiscono che a parlare sia la parte stessa per dare maggiore autenticità all’ esposizione, tuttavia è opportuno che prima dell’ inizio dell’ incontro il mediatore ed i consulenti chiariscano questo punto per evitare imbarazzanti prese di posizione da parte di questi ultimi (sempre prima che la riunione cominci è opportuno appurare con i consulenti se tra alcune delle parti c’è un eccesso di astio ; in tal caso non le si fa sedere vicine).

Perché l’ esposizione iniziale abbia efficacia – siamo in una procedura di mediazione – è opportuno che essa venga effettuata senza acrimonia, che il consulente / la parte usi argomentazioni basate su fatti insieme ad una disponibilità a comprendere le motivazioni dell’ interlocutore. “*Explanation and understanding*” sono fattori essenziali per raggiungere un accordo e se tale è l’ obiettivo di chi partecipa ad una mediazione è opportuno che vengano usati da subito. Sottolineare invece solo le ragioni di una parte e cercare di convincerne il mediatore serve a poco, perché questo non deve emanare una decisione ma facilitare il dialogo.

Poiché si tratta di una controversia concorsuale e l’ argomento è in genere molto tecnico, fin dall’ esposizione iniziale verranno prodotte copie di documenti , possibilmente autenticate e in numero tale da essere consegnate a tutti i presenti.

Da questo punto in poi la procedura continua secondo lo schema indicato nei capitoli precedenti.

E’ opportuno che nella sessione pubblica finale, presenti tutte le parti e i loro consulenti, venga sottoscritto da tutti – eccetto che dal mediatore – un accordo scritto, il “*FINAL SETTLEMENT AGREEMENT*”, con le clausole richieste dalla normativa dello stato dell’ Unione, dove si svolge la mediazione, per l’ eventuale applicazione coattiva di esso.

In genere viene poi redatto un “*POST-MEDIATION SETTLEMENT AGREEMENT*”, con tutti i dettagli tecnici, documenti allegati e l’ indicazione della parte che provvederà al deposito presso la corte del “*final statement agreement*” per l’ esame ad opera del giudice e l’

apposizione della clausola di esecutività. Il “*post-mediation settlement agreement*” in genere indica anche le procedure extragiurisdizionali per la risoluzione di eventuali future controversie relative all’ applicazione dell’ accordo raggiunto.

Per quanto superfluo il mediatore si limita ad assistere le parti nella redazione del “*final settlement agreement*” e del “*post-mediation settlement agreement*”, eventualmente fornendo lo schema da seguire, in genere per quest’ ultimo.

Rispetto allo schema base della mediazione, indicato nel capitolo precedente, nella “*mediation in bankruptcy*” statunitense c’ è una forte differenza nella fase preparatoria. Il mediatore si presenta all’ inizio della procedura tutt’ altro che “vergine” nella conoscenza dei fatti e degli intenti delle parti; addirittura è previsto che queste ultime indichino nel “*pre-mediation statement*” anche le loro opzioni di accordo basate sugli interessi. Ciò è conseguenza della complessità della materia e, fors’ anche, del fatto che l’ onorario del mediatore dipende anche dal tempo che dedica alla procedura e”*time is money*”.

La normativa italiana degli ultimi trent’ anni sulle crisi di impresa è stata influenzata dal “*Chapter 7*” e “*Chapter 11*” statunitensi. C’è da chiedersi se anche in Italia verrà adottata la prassi della “*mediation in bankruptcy*”.

La normativa sulla crisi delle grandi aziende e quella riformata sul concordato preventivo, quest’ ultima in vigore dal 17 marzo 2005, hanno introdotto la potenziale necessità di una gestione dei conflitti multiparti e multilivello. Tuttavia, come già detto, la mediazione in Italia nell’ anno 2006 sta emettendo i primi vagiti. Probabilmente nei prossimi anni alcuni commissari giudiziali, che si saranno formati anche nelle tecniche della mediazione, utilizzeranno queste ultime. Tuttavia essi saranno sempre visti come “*longa manus*” del magistrato e le parti saranno riluttanti ad aprirsi completamente con loro. Ci vorrà del tempo prima che un mediatore professionista (pur anche curatore fallimentare) venga chiamato, in Italia, a svolgere mediazione pura e semplice nell’ ambito concorsuale.

CONCORDATO PREVENTIVO IN ITALIA DAL 17 . 3 . 2005

Il D.L. 14.3.2005, n. 35, convertito con modifiche nella L. 14.5.2005, n.80, ha introdotto la normativa sul concordato preventivo in vigore, nell'ordinamento giuridico italiano, dal 17.3.2005.

Il D.Lgs. 9.1.2006 n.5 ha poi riformato gli altri istituti concorsuali.

Dal combinato disposto della normativa sopra citata, possono usufruire della procedura di concordato preventivo gli imprenditori che :

- esercitano un' attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori ; sono "piccoli" gli imprenditori che, anche alternativamente, hanno effettuato investimenti nella loro azienda fino ad euro 300.000,00 e/o realizzato ricavi lordi annui (nella media degli ultimi tre anni e dall' inizio dell' attività se di durata inferiore) fino ad euro 200.000,00 ;
- si trovano in uno stato di crisi .

Il primo requisito è comune al fallimento (e al concordato fallimentare), non così il secondo; il fallimento, infatti, presuppone lo stato di insolvenza. Questo "*si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente alle proprie obbligazioni*" (L.F., art.5, c.2). Lo stato di crisi, invece, non ha ancora una definizione condivisa in modo unanime, ma consiste in uno squilibrio finanziario, economico e patrimoniale dell' azienda, tale da prospettare il rischio di insolvenza, cioè –nella maggioranza dei casi- l' impresa è in crisi quando i debiti diventano eccessivi (per le aziende medio piccole come indicatore estremamente rozzo può essere usato il rapporto interessi / fatturato; quando supera il 10-15% ci può essere qualche serio problema) ²⁸ L' ultimo comma dell'

²⁸28 "La norma afferma che l' imprenditore per accedere alla procedura di concordato preventivo deve trovarsi in uno 'stato di crisi'. L' interprete deve chiedersi se lo stato di crisi è solo la 'temporanea difficoltà', e cioè una forma di insolvenza 'reversibile', o è anche la vera e propria insolvenza alla pari del fallimento.

"La norma usa una terminologia infelice ed ambigua. Al fine di dare un' interpretazione sistematica occorre considerare che il concordato preventivo consente al debitore di ottenere uno 'sconto' sui propri debiti anche senza il consenso di ciascun creditore interessato (per l' omologa del concordato è infatti sufficiente la maggioranza del valore dei crediti), derogando per legge al principio cardine in materia contrattuale, secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti. Insomma, l' effetto esdebitatorio della procedura imposto per legge anche ai

articolo 160 comunque specifica che “*per stato di crisi si intende anche stato di insolvenza*”. Questo comprende quello, ma lo stato crisi è prodromico rispetto all’ insolvenza.

Quindi, se l’ imprenditore (privato e non piccolo) comincia ad avere “difficoltà” a pagare i propri debiti, prima che tale situazione si trasformi in “impossibilità” può adire il concordato preventivo sulla base di :

- piano di ristrutturazione aziendale presentato dall’ imprenditore stesso ;
- certificazione da parte di un esperto della sua fattibilità (nonché della

creditori dissenzienti induce a ritenere che presupposto della procedura sia l’ insolvenza anche nella forma attenuata della temporanea difficoltà ad adempiere. Altrimenti, l’ asserito stato di crisi ‘autoproclamato’ dal debitore potrebbe condurre a conseguenze aberranti per i creditori, che si vedono imposta (a maggioranza) una soluzione dolorosa, magari da chi avrebbe potuto pagare integralmente i propri debiti.

*Inoltre, la soluzione interpretativa qui suggerita ha un effetto etico nei confronti del debitore che, presentando una domanda di concordato preventivo, deve mettere in conto che una reiezione della stessa conduce al fallimento. L’ interpretazione della norma appena esposta coincide con quella fornita dalla prima giurisprudenza edita (Tribunale di Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 793). E l’ opinione contraria (Bozza G., ‘Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato’, in ‘*Fallimento*’, 2005, 952 seg., secondo cui, il legislatore nell’ art. 160 L. fallimentare non ha usato l’espressione ‘insolvenza’, ciò significa che ‘stato di crisi’ sia un fenomeno diverso dall’ insolvenza) non appare convincente in quanto le conclusioni cui si perverrebbe se si seguisse tale opinione non sarebbero ragionevoli :*

- *se un imprenditore è ‘insolvente’ può essere solo assoggettato a fallimento, in quanto il concordato preventivo è una procedura destinata solo a chi non è insolvente ;*
- *se un imprenditore ‘non è insolvente’ può scegliere tra amministrazione controllata (fin a quando resterà in vigore) e concordato preventivo (allorché l’ imprenditore non insolvente non ha verosimilmente bisogno di ricorrere ad una procedura così invasiva come il concordato preventivo).*

La realtà sistematica della riforma è un’ altra : il nuovo concordato preventivo è la c.d. ‘procedura di crisi’ volta a far emergere le situazioni di difficoltà dell’ imprenditore a prescindere da una sua conclamata insolvenza. E anche in caso di conclamata insolvenza, il nuovo concordato può consentire una composizione più agile e negoziata della crisi.

*Pertanto, chi è in una situazione di temporanea difficoltà, o chi è insolvente, può accedere al concordato preventivo e, successivamente, se la procedura non giunge al compimento, al fallimento, all’ amministrazione straordinaria o alla liquidazione coatta amministrativa. E in caso di consecuzione tra procedure, i termini per la revocatoria retroagiranno alla prima procedura per identità di presupposti (d’ altronde, la giurisprudenza pacificamente ammette di conteggiare a ritroso il periodo sospetto della prima procedura – ‘rectius’ dal deposito della domanda di ammissione alla prima procedura – anche in caso di amministrazione controllata, il cui presupposto di ammissione esclude il vero e proprio stato di insolvenza : ritengo che lo stesso debba avvenire anche per il nuovo concordato preventivo, il cui presupposto di ammissione non esclude l’insolvenza)”. Arato M., “*Fallimento : le nuove norme**

- veridicità dei dati riportati) ;
- accordo dei creditori ;
 - parere positivo da parte del commissario giudiziale ;
 - controllo (principalmente di legalità) da parte del tribunale ed omologa

Le linee fondamentali cui si è ispirata la riforma di questo istituto sono :

- ampio spazio all' iniziativa dell' imprenditore, nella scelta sia del "quando" proporre l' istanza, sia, soprattutto, nel contenuto da dare al piano di ristrutturazione ;
- contenimento del ruolo della magistratura a quello suo proprio, il controllo di legittimità ;
- notevole potenziamento dell' attività del commissario giudiziale, che diviene il "motorino" della procedura ;
- spazio al comitato dei creditori, al quale vengono riconosciuti poteri – e responsabilità – maggiori che in passato .

* * *

L' articolo 160 della Legge Fallimentare, "ante" riforma, stabiliva che era ammesso al concordato preventivo l' imprenditore in stato di insolvenza, che pagava il 100% dei debiti privilegiati (e delle spese di procedura) e dava serie garanzie (reali o personali) di rimborsare almeno il 40% dei chirografari, con denaro o con cessione di beni. Altrimenti, dichiarazione di fallimento, individuazione dei crediti e realizzazione della "*par condicio*", liquidazione dei beni e pagamento dei debiti. Sopravvivenza dell' azienda e sua continuazione concetti quasi inesistenti.

Dal 17.3.2005, per adire il concordato preventivo, basta lo stato di crisi (ripeto, prodromico rispetto all' insolvenza, ma – per dettato di legge- da questa ricompreso), non è indicata una percentuale minima di debiti da pagare, ciò che conta è ristrutturare per far sopravvivere l' impresa.

Il piano di ristrutturazione, quindi, diventa il fulcro di tutta la procedura. La veridicità, la logicità, la completezza, la fattibilità di esso sono i presupposti essenziali perché il concordato possa iniziare, proseguire e concludersi in maniera positiva.

Non sarà sufficiente riportare le principali voci di bilancio, enunciare i criteri in base ai quali esse sono state formulate, accennare a possibili variazioni future (usando metodiche rispettose della legge ma

introdotta con la L. 80 / 2005", in "*Il diritto fallimentare e delle società commerciali*", genn – febb. 2006, n.1, pag. 160.

fondamentalmente “tuzioristiche”); bisognerà spiegare il vero “perché” c’è squilibrio finanziario, le dinamiche negative del mercato esterne all’azienda così come gli sbagli gestionali, i vincoli inattesi creati dall’*“edictum principis”* così come gli errori nelle scelte di marketing, gli imprevedibili cambiamenti nei tassi di interesse così come l’inadeguatezza delle scelte nelle modalità di finanziamento. Per quanto riguarda il futuro, poi, dovranno essere sottolineati con molta chiarezza i punti di forza del progetto e gli inevitabili punti di debolezza.

Bisognerà quindi andare oltre ciò che appare *“prima facie”* (bisognerà andare oltre quelle, che nel capitolo di questo elaborato dedicato a “Mediazione e *ADR*”, sono state chiamate “posizioni”) per rappresentare le dinamiche aziendali di fondo (gli “interessi”). Cioè comprendere per far comprendere; in una parola, comunicare.

Ed i primi decreti di rigetto di istanza di concordato preventivo *“post riforma”*, depositati nel 2005 e 2006 da tribunali italiani, vanno proprio in questa direzione : sottolineano l’inadeguatezza, l’illogicità, l’insufficienza del contenuto dei piani di ristrutturazione presentati; alcune ordinanze invitano a completarli o a riformularli ²⁹.

²⁹ Tribunale di Torino 17 .11. 2005, pres. Griffey, Est. Fabbro, T.C. spa in liquidazione .

“1. In via preliminare sulla eccepita questione inerente l’ ammissibilità delle nuove integrazioni e produzioni documentali effettuate dal debitore, il Tribunale osserva che il procedimento di ammissione al concordato segue le regole del rito camerale e pertanto non è soggetto ad alcuna preclusione ed anzi la domanda di concordato preventivo può anche essere modificata in ‘melius’.

“2. Passando alla valutazione dei requisiti di ammissibilità della proposta occorre premettere che secondo il nuovo dettato legislativo il Tribunale deve limitarsi I) alla verifica della completezza e della regolarità della documentazione e II) alla valutazione della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi.

“3. Procedendo allora sulle linee guida dettate dal legislatore in ordine alla completezza e alla regolarità della documentazione, va evidenziato che il PM ha ritenuto di svolgere dei rilievi soprattutto con riferimento alla relazione del professionista effettuata ex art. 161 l.fall. .

“ Il PM ha parlato di inesistenza della relazione del professionista ed ha svolto considerazioni critiche con riguardo all’ esistenza e alla legittimità della provvista del concordato.

“ Ritiene il Collegio che il Tribunale, nel verificare la completezza e regolarità della documentazione, debba anche valutare che la relazione del professionista ‘... attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano ...’. La relazione, essendo diretta a sostituire l’attività istruttoria del Tribunale e a garantire che i creditori siano adeguatamente e correttamente informati sugli esatti termini della proposta, non può essere un ‘. mero atto di fede dei dati aziendali ..’.

“ Anche se la legge non precisa la natura e soprattutto i limiti degli accertamenti affidati al professionista, è evidente che, se al predetto viene demandata l’

Ma uno degli elementi più innovativi della disciplina entrata in vigore il 17.3.2005 sta nel contenuto del piano di ristrutturazione. Ci può essere di tutto (purché, per quanto superfluo, non “*contra legem*”). L’art. 160 L.F., infatti, stabilisce che “ *il piano può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma*”. Sottolineo, QUALSIASI FORMA. Le indicazioni successive sono un semplice elenco di possibili soluzioni , quasi un suggerimento, di certo non esaustivo: “ *cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l’attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; l’attribuzione delle attività ad un esecutore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura*”.

Una delle prime entità che si cercherà di ristrutturare sono i debiti verso le banche (in Italia una delle principali voci del passivo delle imprese) : consolidamento delle esposizioni, trasformando la scadenza da breve a lunga; rinegoziazione di mutui pluriennali già in essere; postergazione di crediti; sospensione per un certo tempo del pagamento degli interessi, ed anche del capitale (le operazioni di finanza strutturata troveranno ampia

attestazione della veridicità dei dati, ciò non può che essere il risultato di una qualche forma di verifica. Limitarsi pertanto a riferire che i dati sono stati recepiti dalla contabilità dell’imprenditore, senza alcun controllo, significa sfuggire alla funzione, quella prevista dalla legge.

“ Peraltro, la mancata disciplina da parte del legislatore del livello di accertamento demandato al professionista non può che far propendere l’interprete per una lettura che, senza svuotare di contenuto la norma, le attribuisca tuttavia il significato meno oneroso per la parte che propone il concordato. In omaggio, del resto, all’evidente ispirazione di fondo del legislatore della novella, che è quella di favorire ed estendere quanto più possibile forme di trattamento dell’insolvenza ... rimesse all’accordo delle parti.

“ Sembra pertanto ragionevole concludere che la questione del livello di approfondimento dell’accertamento sia rimessa alla discrezionalità professionale dell’interessato, apparendo sufficiente che nelle sue attestazioni compaia comunque una motivata assunzione di responsabilità propria in ordine al risultato.

“ Nel caso di specie, se nella prima relazione del professionista, incaricato dalla S.p.a. T.C., poteva essere ravvisato un mero rinvio recettizio alla contabilità aziendale, tale menda appare sufficientemente sanata nelle successive integrazioni. Ivi si fa ancora rinvio al recepimento dei dati aziendali, ma con una valutazione di attendibilità, sorretta da una discussione critica delle voci più rilevanti dello stato patrimoniale, che appare idonea da un lato ad ancorare la responsabilità del referente ad una sua effettiva prestazione professionale e dall’altro consentire di qualificare il contenuto della attestazione come non meramente apparente”. In “Il fallimento”, Ipsoa, n.6/2006, pag. 691.

possibilità di applicazione); conversione del debito in quote di partecipazione al capitale; cancellazione “*sic et simpliciter*” di parte del debito; operazioni di *lease-back*. Si cercherà di ottenere nuova finanza, collegata ad appositi fondi di garanzia. Si vedrà di negoziare lo svincolo di somme oggetto di pegno, la cui disponibilità sarebbe di cruciale importanza per l’azienda in crisi, contro –per esempio- la cessione di crediti vantati nei confronti della pubblica amministrazione. Questi sono solo alcuni esempi di operazioni fattibili (ma le banche italiane sono pronte a cogliere queste opportunità?).

Nei confronti dei lavoratori dipendenti negli ultimi 5 / 10 anni in Italia sono già state sperimentate molteplici forme di soluzioni negoziali : ristrutturazione dei turni di lavoro, ricorso al part-time, cassa integrazione guadagni, contratti di solidarietà, trasformazione del contratto da lavoro di pendente a quello di rappresentanza, ecc.

Con i fornitori ed i rappresentanti commerciali si possono riformulare tempi di pagamenti e riscossioni, *royalties* di vendita, esclusività nelle aree geografiche o nella tipologia dei prodotti.

Se poi le dimensioni aziendali non sono più adeguate all’ andamento del mercato, o se alcune linee di produzione non sono più profittevoli, si può ricorrere a vendite di rami aziendali o a scissioni societarie (le quali ultime, grazie alla normativa in vigore dal 1.1.2004, hanno assunto un notevole grado di flessibilità operativa). Si può anche spostare la sede della produzione da aree ad alto valore immobiliare, che consentono vendite con consistenti plusvalenze, verso siti più a buon mercato; per non parlare poi della delocalizzazione in altre nazioni.

Ricordo di nuovo che l’ articolo 160 della L.F. prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso “*qualsiasi forma*”.

Altro punto di rottura con il passato è la possibilità, da inserire nel piano di ristrutturazione, di DIVIDERE I CREDITORI IN CLASSI secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei e di effettuare trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse (art. 160, c.1).

La “*par condicio creditorum*”, architrate portante della struttura normativa concorsuale del 1942 , ha perso molta della sua importanza : I CREDITORI POSSONO RICEVERE TRATTAMENTI DIFFERENZIATI . Se l’ obiettivo primo del concordato è divenuto la sopravvivenza dell’ impresa, quale portatrice di ricchezza non solo per

chi ci lavora ma anche per chi lavora con essa, il legislatore ha semplicemente preso atto che le esigenze (gli “interessi”) dei lavoratori sono diverse da quelle del ceto bancario, che quelle dei fornitori non possono essere uguali a quelle dei rappresentanti commerciali o dei clienti, che i creditori garantiti da pegno o ipoteca avranno una disponibilità verso il progetto di ristrutturazione ben differente dai chirografi.

Ne discende che dovrebbe essere più efficace prospettare le varie soluzioni differenziate in base agli “interessi” di chi ascolta (adeguare le modalità della comunicazione alle caratteristiche dell’ interlocutore) e più rapido comunicare con i rappresentanti delle varie classi, invece che con una indistinta molteplicità di creditori ³⁰.

Uno dei primi decreti di ammissione al concordato preventivo, in Italia, con divisione dei creditori in classi, è stato adottato dal Tribunale di Messina il 29.12.2005, nel quale si legge :

“rilevato che la proposta è stata integrata e modificata prevedendo la divisione dei creditori in due classi: creditori privilegiati e creditori chirografari;

che i creditori privilegiati sono stati suddivisi, a loro volta, in due sottoclassi:

la prima riservata ai creditori ipotecari per i quali è previsto il pagamento integrale dei crediti già scaduti entro 30 gg. dalla omologazione del concordato e, per le rate a scadere, il loro pagamento al 100% con le modalità e le scadenze previste nei piani di ammortamento già definiti e che si chiede di mantenere quale condizione irrinunciabile;

la seconda, riservata agli altri creditori privilegiati, che prevede il pagamento integrale del credito vantato, da corrisondersi entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato;

che, quanto ai creditori chirografari, sono state previste due sottoclassi: classe 1, relativa ai fornitori di beni e servizi comprese le banche, per i quali è previsto il pagamento nella misura del 20% in un’ unica soluzione entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato;

classe 2, relativa ai debiti per compensi agli amministratori, che prevede

³⁰ Di diverso avviso Stanghellini: “...la possibilità di suddividere i creditori (chirografari) in classi ... non rende ‘di per sé’ più facile l’ approvazione del concordato, imponendo, oltre al voto della maggioranza, anche il voto delle singole classi, quest’ ultimo superabile solo con una decisione del giudice. Tanto le classi rendono più difficile il concordato, che nel caso Parmalat si è deciso di fare una classe sola di tutti i creditori delle società del gruppo”. Stanghellini Lorenzo, in “Il Fallimento”, Ipoa, n.4/2006, pag. 379.

il pagamento del 5% del debito in questione entro sei mesi dall'omologazione del concordato; ritenuto, in ordine alla suddetta suddivisione in classi, che le stesse sono state costituite secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, così come previsto dall'art. 160 lett. d); si dichiara aperta la procedura di concordato preventivo”³¹ .

L’ art. 177 “*ante*” riforma stabiliva che il concordato preventivo era approvato se dava voto favorevole “*la maggioranza dei creditori votanti, la quale rappresenti due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto*”.

Per l’ art. 177 “*post*” riforma, invece, “*il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto*”; chiaro l’ intento del legislatore di facilitare l’ accordo tra debitore e creditori, considerato che non è più richiesta anche la maggioranza dei due terzi del valore dei crediti. Inoltre, “*ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima*”.

Cioè, se i creditori sono divisi in classi, la maggioranza di queste può non rappresentare la maggioranza dei crediti (sia “*per capita*” che per valore). Anzi, l’ ammontare dei crediti rappresentati dalla maggioranza del numero delle classi (che ha approvato il concordato) può essere inferiore alla metà del totale dei crediti.

Primo problema , i creditori privilegiati devono essere pagati al 100 % ? Più specificatamente, è possibile costituire classi di creditori privilegiati di cui si preveda soddisfare il credito in maniera non integrale ?

Secondo il Tribunale di Torino “*la valutazione della ‘vexata quaestio’*”

³¹ Vedi in Appendice pag.83. Alcune settimane dopo l’ emanazione del citato provvedimento il Tribunale di Bologna, con decreto 26.1.2006, Pres. Pilati, est. Fiorini : “*Premesso che trattasi di un’ istanza per concordato preventivo , fondata su un piano che essenzialmente prevede :*

“*1. l’ attribuzione delle attività dell’ impresa suddetta, in stato di crisi, ad un soggetto ... in qualità di assuntore, il cui impegno è limitato ai soli debiti come attualmente risultanti dalla contabilità , oltre alle spese di procedura ;*

“*2. La suddivisione dei creditori in quattro distinte classi, sottoposte a trattamento differenziato , e precisamente : a) privilegiati, da pagare al 100%; b) chirografari del ceto bancario ed assimilabili, in quanto fidejussori già escussi, da pagare al 35% ; c) chirografari per titoli diversi dalla categoria precedente da pagare al 50% ; d) crediti chirografari dei soci per finanziamenti alla società da pagare al 3% “ In “ Il Fallimento”, n.6/2006, Ipsoa, pag. 676.*

del pagamento parziale dei creditori privilegiati deve avvenire in fase di ammissione del concordato e non rinviata al momento della votazione del concordato, perché è in questa sede che occorre vagliare i criteri di formazione delle classi.

“ ... osserva la parte ricorrente che non vi è capienza dei beni del patrimonio per il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione perché ‘la capienza si esaurisce con la collocazione dei crediti di grado prioritario e i restanti privilegi si riducono a chirografari e concorrono, come tali, su altri eventuali beni..’, Secondo l’ impostazione della parte ricorrente, quindi, la garanzia o il privilegio competerebbe solo nei limiti della capienza, visto che la somma messa a disposizione dall’ assuntore non costituisce reintegrazione degli attivi mobiliari dell’ impresa, bensì autonoma erogazione destinata a soddisfare i creditori altrimenti destinati a non essere pagati. In altri termini ... la distribuzione per classi effettuata riguarderebbe posizioni ormai tutte chirografarie.

“La tesi non convince. .. Già con il c.d. vecchio concordato preventivo si era sostenuto che i creditori forniti di un diritto di prelazione, che si esercita unicamente sul ricavato” di determinati beni non capienti , il credito privilegiato non soddisfatto diventa chirografario. I crediti, invece, forniti di privilegio generale hanno diritto ad essere soddisfatti su tutti i beni del debitore non gravati da garanzia reale o da privilegi speciali e ad essere soddisfatti prima dei creditori chirografari. Scorretto, quindi, secondo il Tribunale di Torino, collocare i creditori muniti di privilegio generale in due classi distinte, una considerata privilegiata, l’ altra chirografaria, sulla base di una mera previsione di incapienza dell’ attivo patrimoniale.

“Si torna così alla .. questione della ammissibilità della formazione di classi di creditori privilegiati di cui sia previsto il soddisfacimento solo parziale. Lo sforzo della parte ricorrente, inteso a configurare un’ interpretazione profondamente innovativa ed estensiva delle condizioni di ammissibilità del ‘nuovo’ concordato preventivo, appare pregevole ed in linea con non poche prese di posizione desumibili dai lavori preparatori della c.d. riforma fallimentare.

“Ritiene tuttavia il Collegio che le nuove norme sul concordato preventivo .. non consentano di sfuggire alla lettura .. che conserva il requisito di ammissibilità del pagamento integrale dei crediti privilegiati”³² .

Inutile aggiungere che a tale sentenza, nella rivista citata in nota, segue articolo che esprime parere opposto a quello del Tribunale.

Altro dubbio interpretativo : la suddivisione in classi facilita l’ accordo

³² Tribunale di Torino 17.11.2005, in “*Il Fallimento n.6/2006*”, Ipsoa, pag. 692.

tra debitori e creditori o lo rende più complicato ?

La formazione delle classi dei creditori, come già detto, cerca di adeguare le esigenze dei creditori alla realizzabilità del piano di ristrutturazione e quindi dovrebbe anche rendere più facile il raggiungimento delle maggioranze. “Dovrebbe” !

L’ art. 177, c.1, stabilisce : *“Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori , che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima”*.

La seconda parte di tale comma è incompleta: dice come calcolare la maggioranza all’ interno delle classi ma nulla sul numero delle classi che devono approvare il piano di ristrutturazione. Si puo’ quindi giungere alla duplice conclusione : è sufficiente la maggioranza del numero delle classi (a prescindere dal raggiungimento del 51% del totale dei crediti) oppure è sufficiente il 51% dei crediti (a prescindere dal 51% del numero delle classi). Sembra tuttavia preferibile la prima soluzione (.. *voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto NELLA CLASSE MEDESIMA ..*”).

Ma tale conclusione potrebbe essere contraddetta dal disposto del comma 2 (che recepisce il principio del “*cram down*”, di cui si è parlato a proposito del “*Chapter 11*” statunitense, a cui si rimanda) : la maggioranza del numero delle classi sembra non essere sufficiente, perché per eventuali classi dissenzienti il giudice deve valutare (qui, nel merito) se la soddisfazione dei loro crediti sarebbe maggiore o no rispetto al fallimento.

* * *

I problemi interpretativi posti dalla nuova normativa italiana sul concordato preventivo sono molteplici e non è certo questa la sede per enunciarli tutti, tanto meno esaminarli. Può essere invece interessante prefigurare le modalità di utilizzo della mediazione nella nuova formulazione di questa procedura concorsuale.

L’ imprenditore in situazione di crisi può realizzare degli accordi stragiudiziali, omologabili da parte del tribunale se il 60% dei creditori esprime parere favorevole (art. 182 bis); accordi che (ante riforma della

legge fallimentare e senza l' omologa) spesso sono stati utilizzati in situazioni di difficoltà aziendali, di solito gestiti dall' avvocato o dal commercialista dell' imprenditore o, nei casi più importanti, da banche di affari; se in Italia si formeranno dei mediatori specializzati, il loro intervento, sollecitato dalle parti interessate, sicuramente faciliterà la conclusione degli accordi stragiudiziali; e le modalità, secondo cui opereranno, saranno quelle della mediazione ordinaria. L' ordinamento nulla precisa sulla forma della stipula degli accordi stragiudiziali, nulla prescriverà su eventuale attività di mediazione al loro interno.

Il concordato preventivo vero e proprio, invece, inizia con il deposito presso la cancelleria del tribunale di un ricorso, cui è allegato il piano di ristrutturazione dei debiti, accompagnato da bilancio aggiornato, elenco dei beni dell' imprenditore e dei creditori, relazione di un professionista che asseveri la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Il tribunale nomina il giudice delegato alla procedura, il commissario giudiziale e convoca i creditori entro massimo 30 giorni.

Adunanza dei creditori. Se la maggioranza esprime voto favorevole, la proposta di concordato è approvata. Se la maggioranza non è raggiunta, il tribunale fissa un' udienza in camera di consiglio nella quale compariranno debitore, commissario giudiziale ed eventuali creditori dissenzienti. Entro 180 giorni (prorogabili a 240) dalla presentazione dell' originario ricorso, il tribunale deve decidere se approvare il concordato o dichiarare il fallimento.

Il commissario giudiziale può esercitare lui attività di mediazione, tuttavia sarà sempre considerato come "longa manus" del giudice delegato e difficilmente debitore e creditori si apriranno del tutto a lui nelle sessioni private.

Molto più opportuno è che il mediatore sia un terzo, del tutto estraneo alla procedura, che intervenga su richiesta del debitore, di uno o più dei creditori o del commissario giudiziale, e sia scelto dal giudice delegato nell' ambito di un apposito elenco presso il tribunale (o, in attesa che questo venga costituito, presso la Camera di Commercio). Le modalità della procedura di mediazione potrebbero ben essere mutate da quella statunitense :

- il mediatore convoca i creditori (inviando loro il piano di ristrutturazione depositato), sulla base dell' elenco di questi ultimi già presso la cancelleria del tribunale;

- “*pre-mediation statement*” : comunicazione scritta da parte di ciascun creditore al mediatore con l’ indicazione di
 - . soggetti che rappresentano il creditore e loro poteri di rappresentanza e negoziali ;
 - . credito vantato, ammontare e diritti di prelazione ;
 - . eventuali tentativi di accordo già effettuati con il debitore ;
 - . critiche al piano di ristrutturazione e suggerimenti , contestazione di altri crediti o dei diritti di prelazione vantati ;
 - . elenco dei documenti allegati ;

- “*pre-mediation conference*” : incontro del mediatore con tutti i creditori (non partecipa il commissario giudiziale), durante il quale ognuno consegna a tutti gli altri i “*pre-mediation statements*” ;

- inizio della procedura di mediazione (senza il commissario giudiziale) e suo svolgimento ;

- se si raggiunge un accordo, sessione pubblica finale presenti mediatore e tutti i creditori (non il commissario giudiziale), redazione del “*final settlement agreement*”, accordo sottoscritto da tutti i creditori (e non dal mediatore) unitamente ad un verbale di chiusura della procedura (quest’ ultimo con la firma anche del mediatore) ;

- consegna da parte del mediatore al commissario giudiziale del “*final settlement agreement*” e deposito di esso presso la cancelleria del tribunale ;

- analisi da parte del giudice sul rispetto degli elementi formali (convocazione di tutti i creditori, poteri di rappresentanza, firme) nonché della assenza di clausole “*contra legem*”; omologa del concordato preventivo.

Con quale tempistica dovrebbe essere realizzato il “*final settlement agreement*” ?

Possibilmente entro la data della convocazione dei creditori (massimo 30 giorni dal deposito del ricorso di concordato preventivo). Altrimenti la mediazione continuerebbe anche dopo l’ adunanza dei creditori davanti al giudice (se in questa sede la maggioranza a favore della proposta di concordato non è stata raggiunta). La mediazione deve però terminare prima dell’ emanazione del decreto di ammissione al concordato preventivo o di dichiarazione di fallimento (180 giorni, massimo 240, dal deposito del ricorso). Sarebbe opportuno che, per evitare dispendio

inutile di energie (e costi), il tribunale sospendesse la propria attività in attesa della conclusione della mediazione.

Futuro prossimo venturo? E' auspicabile.

Tuttavia, ciò che preme sottolineare è che il cambiamento di filosofia sottostante la legislazione entrata in vigore il 17.3.2005 è radicale. Sarà compito degli attori tutti della procedura di ben comprendere ed ancor meglio interpretare i ruoli rispettivi. Ma i bizantinismi interpretativi, le possibilità di contrapposizioni, gli arzigogoli procedurali saranno sempre in agguato, pronti a perpetrare i problemi di eccessiva lentezza e costo dei procedimenti ed a realizzare "*summum ius, summa iniuria*". Un antidoto a tutto ciò può essere fornito dal metodo collaborativo di gestione delle controversie, di cui si è parlato nel presente elaborato. Un utilizzo adeguato di esso sicuramente consentirebbe di sfruttare le notevoli positive potenzialità insite nella nuova normativa.

CONCLUSIONI

La legge fallimentare italiana del 1942 poneva al centro di tutto la “*par condicio creditorum*”, cioè la soddisfazione imparziale dei creditori nel rispetto dei diritti di prelazione stabiliti dal codice civile.

La figura cardine era il giudice, il curatore la sua “*longa manus*”, i creditori avevano limitata voce in capitolo, il debitore beneficiava di scarsa iniziativa e suo unico compito era quello di mettere i propri beni a disposizione della procedura, pochissima l’attenzione riservata ad un’eventuale possibile sopravvivenza dell’impresa. Era sì prevista una procedura, il concordato preventivo, con la quale si poteva evitare il fallimento, ma essa era sottoposta a vincoli stringenti e tutti tesi a tutelare i creditori : offerta di garanzie reali o personali che assicurassero il pagamento del 100% dei crediti privilegiati ed il 40% dei chirografi oppure cessione ai creditori dei beni, purché la loro valutazione desse garanzia del pagamento dei debiti nelle percentuali sopra indicate. Erano inoltre prescritti alcuni requisiti relativi alla precedente buona condotta commerciale del debitore.

Nei decenni successivi la durata delle procedure concorsuali è cresciuta a dismisura e, in genere, quel poco che si ricavava serviva a coprire i costi (sempre più alti) delle procedure stesse. Sopravvivenza delle aziende, intese come centro produttivo di ricchezza per chi ci lavorava e per la comunità, molto limitata.

La crisi economica dei grandi complessi industriali degli anni '70 ed il cambiamento acuto della struttura socio economica italiana avvenuto nella seconda metà del XX secolo hanno indotto il legislatore ad una radicale trasformazione della normativa concorsuale, realizzata in maniera disorganica tra il 2005 ed il 2006. Nell’ambito di essa lo strumento deputato alla gestione delle crisi di impresa è divenuto il concordato preventivo.

Cardini dell’attuale struttura di quest’ultimo sono : il potere del giudice è limitato al ruolo suo proprio, il controllo di legittimità , e molto raramente entra nell’esame del merito dei problemi; ampio spazio è lasciato all’autonomia del debitore ed alla gestione della procedura da parte del commissario giudiziale, il quale ne è diventato il “motorino” ; inizio e punto di riferimento continuo è il piano di ristrutturazione dell’azienda , presentato dal debitore, con il fine precipuo della sopravvivenza

di quest' ultima e da concordare con i creditori; la soddisfazione di questi ultimi (previo riconoscimento dei diritti di prelazione) non è più uguale per tutti, ma può essere differenziata.

La nuova normativa italiana è stata influenzata da quella statunitense, che da molto tempo prevede una procedura finalizzata alla ristrutturazione aziendale, il "*Chapter 11*". Nell' ambito di tale procedimento è sempre più utilizzata negli USA la mediazione gestita da un professionista indipendente. Nel 1998, infatti, l' *Alternative Dispute Resolution Act* stabilì che ciascuna corte federale autorizzasse l' uso degli *ADR* (*Alternative dispute resolutions*) "*in all civilian actions including adversary proceedings in bankruptcy*".

La mediazione (termine usato in alternativa a quello di conciliazione) è una tecnica di gestione di qualsiasi conflitto , nella quale un terzo indipendente, autonomo dalle parti, cerca di riattivare e facilitare il dialogo tra i contendenti, in modo che questi ultimi raggiungano un loro proprio accordo senza indicazione (o imposizione) della soluzione da parte del terzo. Accordo – se così desiderano le parti – che può anche non essere raggiunto. Il tutto nell' ambito di una completa riservatezza, a meno di parere contrario ed esplicito delle parti, le quali ultime rimangono sempre "*dominae*" della procedura .

La mediazione (e gli *ADR* in genere) sono stati teorizzati ed applicati negli USA a partire dagli anni '70, a seguito del notevole aumento del numero dei processi, della loro durata e dei costi connessi. In Italia, nonostante l'esistenza di problemi del tutto analoghi, la mediazione è molto poco conosciuta e ancor meno praticata . Non insegnata nelle università, per nulla presente nei percorsi formativi di magistrati, commercialisti ed avvocati, sostanzialmente osteggiata da questi ultimi, la mediazione ha cominciato ad avere un riconoscimento formale ed una qual certa "istituzionalizzazione" nel 1993, quando fu prevista la costituzione presso tutte le Camere di commercio italiane di commissioni arbitrali e di conciliazione. 112 le conciliazioni nel 1997 tenute nel circuito camerale, 1.138 nel 2002, 6.117 nel 2005. Notevoli gli incrementi in valore percentuale, ben poca cosa in valori assoluti, considerato che nel 2004 sono stati circa 4.000.000 i procedimenti civili iniziati presso tribunali e giudici di pace.

La riforma del diritto societario italiano, in vigore dal gennaio 2004, ha previsto una specifica forma di conciliazione, con agevolazione fiscale e conseguenze processuali, applicabile alle controversie in materia societaria, bancaria, finanziaria e creditizia; la legislazione successiva l'

ha estesa ai patti relativi alla successione in attività produttive tra familiari; a luglio 2006 sono stati emanati gli ultimi decreti attuativi; ad inizio 2007 diventerà operativa. E' probabile che tutto ciò darà impulso all' uso della mediazione in Italia .

Sarà utilizzata anche nelle procedure concorsuali ?

L' ampio spazio riconosciuto dalla normativa sul concordato preventivo (in vigore dal 17.3.2005) all' iniziativa del debitore ed agli accordi da realizzare tra questo ed i creditori implicherà la gestione di conflitti tra debitore e creditori e tra i creditori stessi. L' uso delle tecniche di mediazione, quindi, sarebbe particolarmente prezioso. Tuttavia, le forti innovazioni normative, la fisiologica necessità di analisi, comprensione e adattamento ad esse da parte di tutti gli attori coinvolti (magistrati, avvocati, commercialisti, associazioni imprenditoriali, banche –queste ultime in Italia sono i creditori di maggior peso nelle crisi aziendali) lasciano completa incertezza su tempi e modi con i quali l'uso della mediazione entrerà nei concordati preventivi.

Utile può essere leggere le considerazioni in proposito di un operatore statunitense : *“Mediation of disputes is hardly a new idea. It is been embraced enthusiastically by just about all federal and states courts. That includes bankruptcy courts in theory, but less so in practice.*

“... ADR in the small Chapter 7 and big Chapter 11 cases permits prompt dispute resolution at a reasonable cost . . .

“Now, let's look at the middle of the spectrum, the small medium and large non-public company Chapter 11 cases. It is these cases that have been giving bankruptcy reorganization a bad name. They are extraordinary complicated, thanks to a Code and Rules that give every party something to litigate about... . Consequently they are outrageously expensive. ... It is estimated that only about 10% of Chapter 11 cases result in a confirmed AND performed Chapter 11 Plan.

“Chapter 11 plan formulation and confirmation is the epitome of multi-party litigation. Yet, generally speaking, mediation of disputes in Chapter 11 cases is virtually non-existent.

“Why ? The short answer is that mediation is simply not yet part of the bankruptcy culture. But does not fully answer the question.

“ ... I had a conversation with an experienced Chapter 11 lawyer . . . I touted my idea that using mediation in Chapter 11 would result in more plan confirmations, in shorter times and at lesser costs. I was stunned at his reply: ‘No, it won't work. When we get hire by a committee or creditor, we expect to make some MONEY. You can't do that by

mediating’ “³³ .

Gli antichi romani affermavano : “*nihil sub sole novi*”.

³³ Wied W. Colin (cww@wwied.com), “*Mediation in bankruptcy – Why just in mini Chapter 7 and mega Chapter 11 cases ?*”, in www.callbar.ca.gov , 2004.

A P P E N D I C I

R.D.16 marzo 1942, n. 267 (post riforma) Legge fallimentare

Titolo III DEL CONCORDATO PREVENTIVO E DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Capo I

Dell' ammissione alla procedura di concordato preventivo

Art. 160 . *Condizioni per l' ammissione alla procedura di concordato preventivo* – L' imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere :

a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni , accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l' attribuzione ai creditori , nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;

b) l' attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato;

c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei;

d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Ai fini del primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza.

Art. 161 . *Domanda di concordato* – La domanda per l' ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l' impresa ha la propria sede principale; il trasferimento della stessa intervenuto nell' anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza.

Il debitore deve presentare con il ricorso :

a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell' impresa;

b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l' indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;

c) l' elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore ;

d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere

accompagnati dalla relazione di un professionista di cui all' articolo 28³⁴, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Per la società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell' articolo 152³⁵.

Art. 162 . Inammissibilità della domanda – Il tribunale, sentito il pubblico ministero e occorrendo il debitore, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta se non ricorrono le condizioni previste dal primo comma dell' articolo 160 o se ritiene che la proposta di concordato non risponde alle condizioni indicate nel secondo comma dello stesso articolo.

In tali casi il tribunale dichiara d' ufficio il fallimento del debitore.

Art. 163 . Ammissione alla procedura – Il tribunale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione, con decreto non soggetto a reclamo dichiara aperta la procedura di concordato preventivo³⁶: ove siano previste diverse classi di creditori, il tribunale provvede analogamente previa valutazione della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi.

Con il provvedimento, di cui al primo comma, il tribunale :

- 1) delega un giudice alla procedura di concordato ;
- 2) ordina la convocazione dei creditori non oltre trenta giorni dalla data del

³⁴ **Art. 28 . Requisiti per la nomina a curatore** – Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore :

- a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti;
- b) studi professionali associati o società tra professionisti , sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a) . In tal caso, all' atto dell' accettazione dell' incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;
- c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento.

Nel provvedimento di nomina il tribunale indica le specifiche caratteristiche e attitudini del curatore.

Non possono essere nominati curatore il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell' impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento.

³⁵ **Art. 152 . Proposta di concordato (fallimentare)** – La proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale.

La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell' atto costitutivo o dello statuto :

- a) nelle società di persone , sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale;
- b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori.

In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma, deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell' articolo 2436 del codice civile.

³⁶ **Art. 50 bis c.p.c. . Cause nelle quali il tribunale giudica in composizione collegiale** - Il tribunale giudica in composizione collegiale :

- 1);
- 2) nelle cause di opposizione, impugnazione, revocazione e in quelle conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti , di cui al R.D. 16.3.1942, n. 267 e alle altre leggi speciali disciplinanti la liquidazione coatta amministrativa ;
- 3) nelle cause devolute alle sezioni specializzate ;
- 4) nelle cause di omologazione del concordato fallimentare e del concordato preventivo;
- 5)

provvedimento e stabilisce il termine per la comunicazione di questo ai creditori ;
 3) nomina il commissario giudiziale, osservate le disposizioni degli articoli 28 e 29 ³⁷ ;
 4) stabilisce il termine non superiore a quindici giorni entro il quale il ricorrente deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma che si presume necessaria per l'intera procedura.

Qualora non sia eseguito il deposito prescritto, il commissario giudiziale prevede a norma dell' articolo 173, quarto comma ³⁸ .

Art. 164 . *Decreti del giudice delegato* – I decreti del giudice delegato sono soggetti a reclamo a norma dell' articolo 26 ³⁹ .

Art. 165 . *Commissario giudiziale* – Il commissario giudiziale è, per quanto attiene all' esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale.

³⁷ Art. 28, vedi nota 1

Art. 29 . *Accettazione del curatore* –Il curatore deve, entro i due giorni successivi alla partecipazione della sua nomina, far pervenire al giudice delegato la propria accettazione.

Se il curatore non osserva questo obbligo, il tribunale in camera di consiglio provvede d' urgenza alla nomina di un altro curatore.

³⁸ L' articolo 179 NON ha un quarto comma , per il testo dell' articolo vedi oltre.

³⁹ **Art. 26 .** *Reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale* – Salvo che non sia diversamente disposto, contro i decreti del giudice delegato e del tribunale può essere proposto reclamo al tribunale o alla corte di appello, che provvedono in camera di consiglio.

Il reclamo è proposto dal curatore, dal fallito, dal comitato dei creditori e da chiunque vi abbia interesse.

Il reclamo è proposto nel termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione o dalla notificazione del provvedimento per il curatore, per il fallito, per il comitato dei creditori e per chi ha chiesto o nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento; per gli altri interessati, il termine decorre dall' esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte dal giudice delegato. La comunicazione integrale del provvedimento fatta dal curatore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax o posta elettronica con garanzia dell' avvenuta ricezione in base al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al DPR 28.12.2000, n. 445, equivale a notificazione.

Indipendentemente dalla previsione di cui al terzo comma, il reclamo non può proporsi decorsi novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria.

Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento.

Il reclamo si propone con ricorso, che deve contenere l'indicazione del tribunale o della corte di appello competente, del giudice delegato e della procedura fallimentare; le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio in un comune sito nel circondario del tribunale competente; la determinazione dell' oggetto della domanda; l' esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa il reclamo e le relative conclusioni; l' indicazione specifica, a pena di decadenza, dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Il presidente del collegio nomina il giudice relatore e fissa con decreto l' udienza di comparizione delle parti in camera di consiglio, assegnando al reclamante un termine per la notifica al curatore ed ai controinteressati del ricorso e del decreto di fissazione dell' udienza. Tra la notifica e l' udienza devono intercorrere non meno di dieci giorni liberi e non più di venti; il resistente, almeno cinque giorni prima dell' udienza fissata, deposita memoria difensiva contenente l' indicazione dei documenti prodotti.

Nel medesimo termine e con le medesime forme devono costituirsi gli interessati che intendono intervenire nel giudizio.

Nel corso dell' udienza il collegio, sentiti il reclamante, il curatore e gli eventuali controinteressati, assume, anche d'ufficio, le informazioni ritenute necessarie, eventualmente delegando uno dei suoi componenti.

Entro trenta giorni dall' udienza di convocazione delle parti, il collegio provvede con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento reclamato.

Si applicano al commissario giudiziale gli articoli 36, 37, 38 e 39⁴⁰.

Art. 166 . *Pubblicità del decreto* – Il decreto è pubblicato, a cura del cancelliere, mediante affissione all’ albo del tribunale e comunicato in via telematica per l’ iscrizione all’ ufficio del registro delle imprese. Il tribunale può, inoltre, disporre la pubblicazione in uno o più giornali, da esso indicati.

Se il debitore possiede beni immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione, si applica la disposizione dell’ articolo 88, secondo comma⁴¹.

Capo II

⁴⁰ **Art. 36 .** *Reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori* – Contro gli atti di amministrazione del curatore, contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori ed i relativi comportamenti omissivi, il fallito ed ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge, entro otto giorni dalla conoscenza dell’ atto o, in caso di omissione, dalla scadenza del termine indicato nella diffida a provvedere. Il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio.

Contro il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al tribunale entro otto giorni dalla data della comunicazione del decreto medesimo. Il tribunale decide entro trenta giorni, sentito il curatore e il reclamante, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, con decreto motivato non soggetto a gravame.

Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del curatore, questi è tenuto a dare esecuzione al provvedimento della autorità giudiziaria. Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del comitato dei creditori, il giudice delegato provvede in sostituzione di quest’ ultimo con l’ accoglimento del reclamo.

Art. 36 bis . *Termini processuali* – Tutti termini processuali previsti negli articoli 26 e 36 non sono soggetti alla sospensione feriale.

Art. 37 . *Revoca del curatore* – Il tribunale può in ogni tempo, su richiesta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d’ ufficio, revocare il curatore.

Il tribunale provvede con decreto motivato, sentiti il curatore ed il comitato dei creditori.

Contro il decreto di revoca o di rigetto dell’ istanza di revoca è ammesso reclamo alla corte di appello ai sensi dell’ articolo 26; il reclamo non sospende l’ efficacia del decreto.

Art. 37 bis . *Sostituzione del curatore e dei componenti del comitato dei creditori* – In sede di adunanza per l’ esame dello stato passivo, i creditori presenti, personalmente o per delega, che rappresentano la maggioranza dei crediti allo stato ammessi, possono effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori nel rispetto dei criteri di cui all’ articolo 40, nonché chiedere la sostituzione del curatore indicando al tribunale le ragioni della richiesta ed un nuovo nominativo. Il tribunale provvede alla nomina dei soggetti designati dai creditori, salvo che non siano rispettati i criteri di cui agli articoli 28 e 40.

Dal computo dei crediti, su istanza di uno o più creditori, sono esclusi quelli che si trovino in conflitto di interessi.

Nella stessa adunanza i creditori che rappresentano la maggioranza di quelli allo stato ammessi, indipendentemente dall’ entità dei crediti vantati, possono stabilire che ai componenti del comitato dei creditori sia attribuito, oltre al rimborso delle spese di cui all’ articolo 41, un compenso per la loro attività, in misura non superiore al dieci per cento di quello liquidato al curatore.

Art. 38 . *Responsabilità del curatore* – Il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell’ incarico. Egli deve tenere un registro preventivamente vidimato da almeno un componente del comitato dei creditori e annotarvi giorno per giorno le operazioni relative alla sua amministrazione.

Durante il fallimento, l’ azione di responsabilità contro il curatore revocato è proposta dal nuovo curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, ovvero del comitato dei creditori.

Il curatore che cessa dal suo ufficio, anche durante il fallimento, deve rendere il conto della gestione, a norma dell’ articolo 116.

Degli effetti dall' ammissione al concordato preventivo

Art. 167 . *Amministrazione dei beni durante la procedura* – Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l' amministrazione dei suoi beni e l' esercizio dell' impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fidejussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l' ordinaria amministrazione, compiuti senza l' autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Con il decreto previsto dall' articolo 163 o con successivo decreto il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l' autorizzazione, di cui al secondo comma.

Art. 168 . *Effetti della presentazione del ricorso* – Dalla data di presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore.

Art. 39 . *Compenso del curatore* – Il compenso e le spese dovuti al curatore, anche se il fallimento si chiude con concordato, sono liquidati ad istanza del curatore con decreto del tribunale non soggetto a reclamo, su relazione del giudice delegato, secondo le norme stabilite dal Ministro della giustizia.

La liquidazione del compenso è fatta dopo l' approvazione del rendiconto e, se del caso, dopo l' esecuzione del concordato. E' in facoltà del tribunale accordare acconti sul compenso per giustificati motivi.

Se nell' incarico si sono succeduti più curatori, il compenso è stabilito secondo criteri di proporzionalità ed è liquidato, in ogni caso, al termine della procedura, salvi eventuali acconti.

Nessun compenso, oltre quello liquidato dal tribunale, può essere preteso dal curatore, nemmeno per rimborso di spese. Le promesse e i pagamenti fatti contro questo divieto sono nulli, ed è sempre ammessa la ripetizione di ciò che è stato pagato, indipendentemente dall' esercizio dell' azione penale.

Art. 40 . *Nomina del comitato* – Il comitato dei creditori è nominato dal giudice delegato entro trenta giorni dalla sentenza di fallimento sulla base delle risultanze documentali, sentiti il curatore e i creditori che, con la domanda di ammissione al passivo, o precedentemente, hanno dato la disponibilità ad assumere l' incarico ovvero hanno segnalato altri nominativi aventi i requisiti previsti. Salvo quanto previsto dall' articolo 37 bis, la composizione del comitato può essere modificata dal giudice delegato in relazione alle variazioni dello stato passivo o per altro giustificato motivo.

Il comitato è composto di tre o cinque membri scelti tra i creditori, in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti ed avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi.

Il comitato, entro dieci giorni dalla nomina, provvede, su convocazione del curatore, a nominare a maggioranza il proprio presidente.

La sostituzione dei membri del comitato avviene secondo le modalità stabilite nel secondo comma.

Il componente del comitato che si trova in conflitto di interessi si astiene dalla votazione.

Ciascun componente del comitato dei creditori può delegare in tutto o in parte l' espletamento delle proprie funzioni ad uno dei soggetti aventi i requisiti indicati nell' articolo 28, previa comunicazione al giudice delegato.

⁴¹ **Art. 88 .** *Presa in consegna dei beni del fallito da parte del curatore* – Il curatore prende in consegna i beni di mano in mano che ne fa l' inventario insieme con le scritture contabili e i documenti del fallito.

Se il fallito possiede immobili o beni soggetti a pubblica registrazione (C.C art. 2683 ss.), il curatore notifica un estratto della sentenza dichiarativa di fallimento ai competenti uffici, perché sia annotato nei pubblici registri.

Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano.

I creditori non possono acquistare i diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall' articolo precedente.

Art. 169 . Norme applicabili – Si applicano, con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato, le disposizioni degli articoli 45 , 55 , 56 , 57 , 58 , 59 , 60 , 61 , 62 e 63 ⁴².

⁴² **Art. 45 . Formalità eseguite dopo la dichiarazione di fallimento** – Le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi (art. 2642 c.c., Atti soggetti a trascrizione) , se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori.

Art. 55 . Effetti del fallimento sui debiti pecuniari – La dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell' articolo precedente

Art. 54 c.3, -L' estensione del diritto di prelazione agli interessi è regolata dagli artt. 2749, 2788 e 2855, commi secondo e terzo, del codice civile, intendendosi equiparata la dichiarazione di fallimento all'atto di pignoramento. Per i crediti assistiti da privilegio generale il decorso degli interessi cessa alla data del deposito del progetto di riparto nel quale il credito è soddisfatto anche se parzialmente.

I debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento.

I crediti condizionali partecipano al concorso a norma degli articoli 96, 113 e 113bis. Sono compresi tra i crediti condizionali quelli che non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escussione di un obbligato principale.

Art. 56 . Compensazione in sede di fallimento – I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.

Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra i vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell' anno anteriore.

Art. 57 . Crediti infruttiferi – I crediti infruttiferi non ancora scaduti alla data della dichiarazione di fallimento sono ammessi al passivo per l' intera somma. Tuttavia ad ogni singola ripartizione saranno detratti gli interessi composti , in ragione del cinque per cento all' anno, per il tempo che resta a decorrere dalla data del mandato di pagamento sino al giorno della scadenza del credito.

Art. 58 . Obbligazioni e titoli di debito – I titoli derivanti da obbligazioni e da altri titoli di debito sono ammessi al passivo per il loro valore nominale, detratti i rimborsi già effettuati; se è previsto un premio da estrarre a sorte, il suo valore attualizzato viene distribuito tra tutti i titoli che hanno diritto al sorteggio.

Art. 59 . Articoli non pecuniari – I crediti non scaduti , aventi per oggetto una prestazione in denaro determinata con riferimento ad altri valori o aventi per oggetto una prestazione diversa dal denaro, concorrono secondo il loro valore alla data della dichiarazione di fallimento.

Art. 60 . Rendita perpetua e rendita vitalizia – Se nel passivo del fallimento sono compresi crediti per rendita perpetua, questa è riscattata a norma dell' articolo 1866 del codice civile.

Il creditore di una rendita vitalizia è ammesso al passivo per una somma equivalente al valore capitale della rendita stessa al momento della dichiarazione di fallimento.

Art. 61 . Creditore di più coobbligati solidali – Il creditore di più coobbligati in solido concorre nel fallimento di quelli tra essi che sono falliti, per l'intero credito in capitale e accessori, sino al totale

Capo III Dei provvedimenti immediati

Art. 170 . *Scritture contabili* – Il giudice delegato, immediatamente dopo il decreto di ammissione al concordato, ne fa annotazione sotto l' ultima scrittura dei libri presentati.

I libri sono restituiti al debitore, che deve tenerli a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale.

Art. 171 . *Convocazione dei creditori* – Il commissario giudiziale deve procedere alla verifica dell' elenco dei creditori e dei debitori con la scorta delle scritture contabili presentate a norma dell' articolo 161, apportando le necessarie rettifiche.

Il commissario giudiziale provvede a comunicare con raccomandata o con telegramma ai creditori un avviso contenente la data di convocazione dei creditori e le proposte del debitore.

Quando la comunicazione prevista dal comma precedente è sommamente difficile per il rilevante numero dei creditori o per la difficoltà di identificarli tutti , il tribunale , sentito il commissario giudiziale, può dare l' autorizzazione prevista dall' articolo 126 ⁴³.

Se vi sono obbligazionisti, il termine previsto dall' articolo 163, primo comma, numero 2, deve essere raddoppiato.

In ogni caso l' avviso di convocazione per gli obbligazionisti è comunicato al loro rappresentante comune.

Sono salve per le imprese esercenti il credito le disposizioni del R.d.l. 8 febbraio 1924, n. 136.

Art. 172 . *Operazioni e relazione del commissario* – Il commissario giudiziale redige l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolarizzata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, e la deposita in cancelleria almeno tre giorni prima dell' adunanza dei creditori.

pagamento.

Il regresso tra i coobbligati falliti può essere esercitato solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito.

Art. 62 . *Creditore di più coobbligati solidali parzialmente soddisfatto* – Il creditore che, prima della dichiarazione di fallimento, ha ricevuto da un coobbligato in solido col fallito o da un fideiussore una parte del proprio credito, ha diritto di concorrere nel fallimento per la parte non riscossa.

Il coobbligato che ha diritto di regresso verso il fallito ha diritto di concorrere nel fallimento di questo per la somma pagata.

Tuttavia il creditore ha diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli. Resta impregiudicato il diritto verso il coobbligato se il creditore rimane parzialmente insoddisfatto.

Art. 63 . *Coobbligato o fideiussore del fallito con diritto di garanzia* – Il coobbligato o fideiussore del fallito, che ha un diritto di pegno o d' ipoteca sui beni di lui a garanzia della sua azione di regresso, concorre nel fallimento per la somma per la quale ha ipoteca o pegno.

Il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno spetta al creditore in deduzione della somma dovuta.

⁴³ **Art. 126 .** *Concordato nel caso di numerosi creditori* – Ove le comunicazioni siano dirette ad un rilevante numero di destinatari, il giudice delegato può autorizzare il curatore a dare notizia della proposta di concordato, anziché con comunicazione ai singoli creditori, mediante pubblicazione del testo integrale della medesima su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale.

Su richiesta del commissario il giudice può nominare uno stimatore che lo assista nella valutazione dei beni.

Art. 173 . *Dichiarazione del fallimento nel corso della procedura* – Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell' attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve darne immediata notizia al giudice delegato, il quale, fatte le opportune indagini, promuove dal tribunale la dichiarazione di fallimento.

Il fallimento è dichiarato anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell' articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l' ammissibilità del concordato.

Capo IV

Della deliberazione del concordato preventivo

Art. 174 . *Adunanza dei creditori* – L' adunanza dei creditori è presieduta dal giudice delegato.

Ogni creditore può farsi rappresentare da un mandatario speciale, con procura che può essere scritta senza formalità sull' avviso di convocazione.

Il debitore o chi ne ha la legale rappresentanza deve intervenire personalmente. Solo in caso di assoluto impedimento, accertato dal giudice delegato, può farsi rappresentare da un mandatario speciale.

Possono intervenire anche i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

Ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti.

Il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti, e ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti.

Art. 176 . *Ammissione provvisoria dei crediti contestati* – Il giudice delegato può ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi.

I creditori esclusi possono opporsi alla esclusione in sede di omologazione del concordato nel caso in cui la loro ammissione avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze.

Art. 177 . *Maggioranza per l' approvazione del concordato* – Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori , che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima.

Il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione. La rinuncia può essere anche parziale, purché non inferiore alla terza parte dell' intero credito fra capitale e accessori.

Qualora i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono assimilati ai creditori chirografari; la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato.

Sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato.

Art. 178 . *Adesione alla proposta di concordato* – Nel processo verbale dell' adunanza dei creditori sono inseriti i voti favorevoli e contrari dei creditori con l' indicazione nominativa dei votanti e dell' ammontare dei rispettivi crediti.

Il processo verbale è sottoscritto dal giudice delegato, dal commissario e dal cancelliere.

Se nel giorno stabilito non è possibile compiere tutte le operazioni, la loro continuazione viene rimessa dal giudice ad un' udienza prossima, non oltre otto giorni, senza bisogno di avviso agli assenti.

Le adesioni, pervenute per telegramma o per lettera nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale, sono annotate dal cancelliere in calce al medesimo. Se il concordato è stato approvato dalla maggioranza dei creditori votanti nell' adunanza, senza che tale maggioranza abbia raggiunto i due terzi della totalità dei crediti, le adesioni sono valutate agli effetti del computo della maggioranza dei crediti .

Capo V

Dell' omologazione e dell' esecuzione del concordato preventivo.

Degli accordi di ristrutturazione di debiti.

Art. 179 . *Mancata approvazione del concordato* – Se nei termini stabiliti non si raggiungono le maggioranze richieste negli articoli 177 e 178, il giudice delegato ne riferisce immediatamente al tribunale, che deve provvedere a norma dell' articolo 162, secondo comma.

Art. 180 . *Approvazione del concordato e giudizio di omologazione* – Il tribunale fissa un' udienza in camera di consiglio per la comparizione del debitore e del commissario giudiziale. Dispone che il provvedimento venga affisso all' albo del tribunale e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti.

Il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi interessato devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell' udienza fissata, depositando memoria difensiva contenente le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d' ufficio, nonché l' indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti prodotti. Nel medesimo termine il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere.

Il tribunale, nel contraddittorio delle parti, assume anche d' ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie, eventualmente delegando uno dei componenti del collegio per l' espletamento dell' istruttoria.

Il tribunale, se la maggioranza di cui al primo comma dell' articolo 177 è

raggiunta, approva il concordato con decreto motivato. Quando sono previste diverse classi di creditori, il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma dell' articolo 177, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Il decreto è comunicato al debitore e al commissario giudiziale, che provvede a darne notizia ai creditori, ed è pubblicato e affisso a norma dell' articolo 17⁴⁴.

Le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irripetibili, sono depositate nei modi stabiliti dal tribunale, che fissa altresì le condizioni e le modalità per lo svincolo.

Art. 181 . *Chiusura della procedura* – La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell' articolo 180. L' omologazione deve intervenire nel termine dei sei mesi dalla presentazione del ricorso ai sensi dell' articolo 161; il termine può essere prorogato per una sola volta dal tribunale di sessanta giorni.

Art. 182 . *Procedimento in caso di cessione di beni* – Se il concordato consiste nella cessione dei beni (vedi art.160) e non dispone diversamente, il tribunale nomina nella sentenza di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione.

Art. 182 bis . *Accordi di ristrutturazione dei debiti* – Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all' articolo 161, un accordo di ristrutturazione dei beni stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull' attuabilità dell' accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

L' accordo è pubblicato nel registro delle imprese; i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione.

Il tribunale, decise le opposizioni, procede all' omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Il decreto del tribunale è reclamabile alla Corte di appello ai sensi dell' articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

L' accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese.

⁴⁴ **Art. 17 .** *Comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento* – Entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, la sentenza che dichiara il fallimento è notificata, su richiesta del cancelliere, ai sensi dell' articolo 137 del codice di procedura civile al debitore, eventualmente presso il domicilio eletto nel corso del procedimento previsto dall' articolo 15, ed è comunicato per estratto, ai sensi dell' articolo 136 del codice di procedura civile, al curatore ed al richiedente il fallimento. L' estratto deve contenere il nome del debitore, il nome del curatore, il dispositivo e la data del deposito della sentenza.

La sentenza è altresì annotata presso l' Ufficio del registro delle imprese ove l' imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta.

A tale fine, il cancelliere, entro il termine di cui al primo comma, trasmette, anche per via telematica, l'estratto della sentenza all' Ufficio del registro delle imprese indicato nel comma precedente.

Art. 182 ter . *Transazione fiscale* – Con il piano di cui all’ articolo 160 il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell’ Unione Europea. La proposta può prevedere la dilazione del pagamento. Se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali; se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari.

Copia della domanda e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente concessionario del servizio nazionale della riscossione ed all’ ufficio competente sulla base dell’ ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l’ esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda, al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale. Il concessionario, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l’ entità del debito iscritto al ruolo scaduto o sospeso. L’ufficio, nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e dalla notifica dei relativi avvisi di irregolarità , unitamente ad una certificazione attestante l’ entità del debito derivante da atti di accertamento ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché da ruoli vistati ma non ancora consegnati al concessionario. Dopo l’ emissione del decreto di cui all’ articolo 163, copia dell’ avviso di irregolarità e delle certificazioni devono essere trasmessi al commissario giudiziale per gli adempimenti previsti dall’ articolo 171, primo comma, e dell’ articolo 172. In particolare per i tributi amministrati dall’ Agenzia delle dogane l’ ufficio competente a ricevere copia della domanda con relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l’ ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento.

Relativamente ai tributi non iscritti a ruolo, ovvero non ancora consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, l’ adesione o il diniego alla proposta di concordato è approvato con atto del direttore dell’ ufficio, su conforme parere della competente direzione regionale, ed è espresso mediante voto favorevole o contrario in sede di adunanza dei creditori, ovvero nei modi previsti dall’ articolo 178, primo comma.

Relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, quest’ ultimo provvede ad esprimere il voto in sede di adunanza dei creditori, su indicazione del direttore dell’ ufficio, previo conforme parere della competente direzione regionale.

La chiusura della procedura di concordato, ai sensi dell’ articolo 181, determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma.

Ai debiti tributari amministrati dalle agenzie fiscali non si applicano le disposizioni di cui all’ articolo 182 bis.

Art. 183 . *Appello contro la sentenza di omologazione* – Contro la sentenza che omologa o respinge il concordato possono appellare gli oppositori o il debitore entro quindici giorni dalla affissione.

L'atto di appello è notificato al debitore, al commissario giudiziale e alle parti costituite in giudizio.

La sentenza è pubblicata a norma dell' articolo 17 ed il termine per ricorrere per cassazione decorre dalla data dell' affissione.

Art. 184 . *Effetti del concordato per i creditori* – Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore ed i coobbligati in via di regresso.

Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

Capo VI

Dell' esecuzione, della risoluzione e dell' annullamento del concordato preventivo

Art. 185 . *Esecuzione del concordato* - Dopo l' omologazione del concordato , il commissario giudiziale ne sorveglia l' adempimento, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione. Egli deve riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

Si applica il secondo comma dell' articolo 136 ⁴⁵ .

Art. 186 . *Risoluzione e annullamento del concordato* – Si applicano al concordato preventivo le disposizioni degli articoli 137 ⁴⁶ e 138 ⁴⁷ , intendendosi sostituito al

⁴⁵ **Art. 136 .** *Esecuzione del concordato* - Le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili, sono depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato.

⁴⁶ **Art. 137 .** *Risoluzione del concordato* – Se le garanzie promesse non vengono costituite in conformità del concordato o se il proponente non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato e dal decreto di omologazione, il curatore e il comitato dei creditori devono riferirne al tribunale. Questo procede a norma dell' articolo 26, sesto, settimo, ottavo comma. Al procedimento partecipa anche l' eventuale garante. Nello stesso modo provvede il tribunale su ricorso di uno o più creditori o anche di ufficio . Il decreto che risolve il concordato riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutivo.

Il decreto è reclamabile ai sensi dell' articolo 131.

Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l' ultimo adempimento previsto nel concordato.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore.

Non possono proporre istanza di risoluzione i creditori del fallito verso cui il terzo, ai sensi dell' articolo 124, non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato.

⁴⁷ **Art. 138 .** *Annullamento del concordato* – Il concordato omologato può essere annullato dal tribunale, su istanza del curatore o di qualunque creditore, in contraddittorio del debitore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell' attivo. Non è ammessa alcuna altra azione di nullità. Si procede a norma dell' articolo 17 .

Il decreto che annulla il concordato riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutivo. Esso è reclamabile ai sensi dell' articolo 131.

Il ricorso per l' annullamento deve proporsi nel termine di sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l' ultimo adempimento previsto nel

curatore il commissario giudiziale.

Nel caso di concordato mediante cessione dei beni, a norma dell' articolo 160 , comma secondo, numero due, questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento.

Con la sentenza che risolve o annulla il concordato, il tribunale dichiara il fallimento.

RELAZIONE ILLUSTRATIVA DELLA LEGGE DI RIFORMA FALLIMENTARE

L' articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n.80, delega al governo l' attuazione della riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, di cui al Regio decreto 16 marzo 1942, n.267. La vigente legge fallimentare, emanata con tale Regio decreto, e perciò risalente ad oltre un cinquantennio, non è mai stata sistematicamente riformata, sebbene abbia subito nel tempo numerosi e rilevanti interventi della Corte Costituzionale e le interpretazioni interpretative introdotte dalla giurisprudenza.

L' attuale disciplina si ispira ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell' impresa insolvente e ad una tutela accentuata dei diritti dei creditori, determinando un completo spossessamento del patrimonio del debitore che viene posto in una condizione di assoluta incapacità di disporre, anche con effetti extra concorsuali e di tipo personale, del proprio patrimonio. In tale quadro, la finalità recuperatoria del patrimonio imprenditoriale ha finito per trovare collocazione secondaria rispetto allo scopo sanzionatorio del fallimento.

Si tratta di una procedura che non risulta più adeguata alle finalità che la evoluzione socio-economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale: finalità ispirate ad una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell' impresa (beni produttivi e livelli occupazionali); inoltre, il rilevante contenzioso a cui la procedura dà vita ne determina l' eccessiva durata.

L' 'inadeguatezza del quadro normativo da lungo tempo in vigore ha stimolato vari tentativi, rimasti senza esito, di riforma del sistema, con l' obiettivo di renderlo più flessibile ed adeguato alla nuova realtà economica.

..... . Con la conferita delega il legislatore ha inteso allinearsi agli altri Stati membri dell' Unione europea ed introdurre una nuova disciplina concorsuale che semplifichi le procedura attualmente esistenti e sopperisca in modo agile e spedito alla conservazione dell' impresa e alla tutela dei creditori.

Tale finalità è stata realizzata mediante un duplice intervento posto in essere dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge n. 80/2005. Esso, da un lato, ha modificato direttamente alcune disposizioni della legge fallimentare, in particolare l' articolo 67 in materia fallimentare e gli articoli 160, 161, 163, 167, 180 e

concordato.

181, in materia di concordato preventivo, introducendo altresì l' articolo 182 bis in tema di ristrutturazione dei debiti; dall' altro ha dettato al Governo i criteri e i principi :

- l' ambito oggettivo di estensione della procedura fallimentare ;
- l' accelerazione delle procedure applicabili alle controversie nella stessa materia ;
- la modifica della disciplina dei requisiti della nomina a curatore , conferendo ai creditori il potere di confermare o di richiedere al giudice delegato la sostituzione del curatore medesimo in sede di adunanza per l' esame dello stato passivo ;
- la modifica delle conseguenze personali del fallimento ;
- la modifica degli effetti della revocazione ;
- la riduzione del termine di decadenza per l' esercizio dell' azione revocatoria ;
- la modifica degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, compresa la disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare ;
- la modifica della disciplina dell' esercizio provvisorio dell' impresa insolvente ;
- la modifica del procedimento dell' accertamento del passivo, abbreviando i tempi e semplificando le modalità di presentazione delle domande ;
- la predisposizione da parte del curatore di un programma di ristrutturazione contenente le modalità e i termini previsti per la liquidazione dell' attivo ;
- la modifica della ripartizione dell' attivo, abbreviando i tempi della procedura e semplificando gli adempimenti connessi ;
- la modifica della disciplina del concordato fallimentare accelerando i tempi della procedura e prevedendo l' eventuale suddivisione dei creditori in classi ;
- l' introduzione dell' istituto dell' esdebitazione ;
- la abrogazione del procedimento sommario e dell' amministrazione controllata ;
- previsioni in materia fiscale .

..... . Il giudice delegato (**art. 25**) non è più l' organo motore della procedura, essendo stata sostituita l' attività di direzione con quella di vigilanza e di controllo. Nondimeno, proprio questi poteri sono stati rafforzati in funzione di verificare che la maggiore autonomia del curatore non si risolva in una gestione incontrollata. Da qui la previsione del potere di convocazione del curatore e del comitato dei creditori, quella di vincolare all' autorizzazione del giudice ogni iniziativa giudiziale, quella di liquidare il compenso ai difensori nominati dal curatore e di disporre la revoca e quella di rendere partecipe il curatore del procedimento di nomina degli arbitri rimasto in capo al giudice.

..... . E' previsto (**art. 36**) che, laddove sorgano conflitti tra il curatore e il comitato dei creditori – anche in relazione a comportamenti omissivi o a dinieghi di tali organi – possa essere chiesto l' intervento del giudice delegato soltanto denunciando eventuali violazioni di legge.

In questo modo al giudice delegato spetta esclusivamente il potere di controllo di legalità della procedura, senza alcuna possibilità di ingerirsi nelle scelte riguardanti la gestione economica di essa, potere allocato esclusivamente in capo al comitato dei creditori e, nei casi espressamente previsti, in capo al curatore.

..... . Di ampia portata (**art. 40**) sono le previsioni dedicate alla nomina del comitato dei creditori. Tra le novità si segnala la necessità di comporre il comitato (anche in caso di sostituzione dei componenti) con modalità tali da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti, tenuto conto delle possibilità di soddisfacimento degli stessi, sentiti il curatore e i creditori che hanno dato la

disponibilità ad assumere l'incarico ovvero segnalato altri nominativi.
 Il potere di nomina del presidente del comitato viene poi trasferito dal giudice delegato alla maggioranza dei componenti del comitato stesso.

..... . Viene completamente ridisegnato (**art. 41**) il ruolo del comitato dei creditori con l'assegnazione di poteri di autorizzazione e di controllo dell'operato del curatore, con un'ampia previsione di partecipazione all'attività gestoria laddove le deliberazioni del comitato sono qualificate come vincolanti.

Per quanto riguarda il controllo di legalità e la risoluzione dei conflitti che possono insorgere tra il curatore e il comitato si rinvia all'articolo 36, ove si è ritenuto di attribuire al giudice delegato il compito di decidere i reclami contro gli atti e i comportamenti omissivi, sulla base di valutazioni di mera legittimità. Ciò ha reso necessario introdurre la previsione secondo la quale le deliberazioni del comitato debbono essere succintamente motivate (art. 41, c.1)

... Particolare rilievo, all'interno di un sistema di equilibrio tra i poteri degli organi, assume la disposizione con la quale sono state puntualmente indicate e circoscritte le ipotesi in cui il giudice delegato può sostituirsi al comitato dei creditori. Ciò è consentito soltanto nei casi di inerzia, quando il comitato non decide nel termine di quindici giorni previsto dal terzo comma del presente articolo, di impossibilità di funzionamento dello stesso organo o nei casi di urgenza (quando è necessario intervenire prima che il comitato possa materialmente deliberare).

Ulteriore novità è costituita dalla previsione relativa alla azione di responsabilità nei confronti dei componenti il comitato dei creditori ai sensi dell'art. 2407 c.p.c., proponibile anche durante la procedura in parallelo a quanto previsto dall'articolo 38, c. 2, in relazione al curatore.

..... . Coerentemente con l'impostazione della delega verso una maggiore semplificazione ed una maggiore efficienza della procedura, ... le nuove disposizioni sulla realizzazione e sulla ripartizione dell'attivo (**Capo VI**) si ispirano (non tanto ad un apparente garantismo, spesso rivelatosi più formale che reale, concausa del sistematico ritardo della durata delle procedure fallimentari, quanto) a criteri di efficienza e di semplificazione operativa . Ciò ha anche reso necessaria ... la ridefinizione dei ruoli del giudice delegato, del curatore e del comitato dei creditori e l'individuazione dei più opportuni adempimenti procedurali, improntati essi pure a semplicità e rapidità.

In questa prospettiva si è ritenuto di dover privilegiare la scelta di una minore giurisdizionalizzazione, in coerenza con l'accentuato ruolo del curatore, divenuto il vero organo motore della procedura, dal quale parte ogni impulso per le scelte di liquidazione e di conservazione delle imprese assoggettate alla procedura concorsuale, nella consapevolezza che, invece, il ruolo del giudice deve essere esclusivamente indirizzato ad una funzione di controllo sulla regolarità della procedura e di organo preposto alla soluzione dei conflitti endoconcorsuali.

Proprio in ragione di questa scelta, si giustifica l'aver conservato la disposizione secondo cui il giudice delegato ha il potere di sospendere la vendita quando il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto (**art. 108**).

In stretta correlazione a questa nuova impostazione delle attribuzioni degli organi fallimentari è stato ridisegnato, anche nella fase liquidatoria, il ruolo del comitato dei

creditori, espressione collettiva dell' interesse comune al ceto creditorio, cui è attribuito il compito precipuo di effettuare le valutazioni sulla convenienza economica delle operazioni liquidatore, mediante pareri – anche vincolanti – per il curatore ed autorizzazioni per gli atti maggiormente significativi sul piano economico.

L' ulteriore novità consiste nel fatto che, per quanto possibile, l' attività di liquidazione dovrà avvenire non più con operazioni diversificate, non coordinate, occasionali e non rientranti in una strategia unitaria, bensì nel quadro di un razionale programma di liquidazione, predisposto dal curatore ed approvato dal giudice delegato, previo parere vincolante del comitato dei creditori. Piano attuabile subito dopo che si siano resi disponibili i necessari elementi di valutazione sull' entità, sulla qualità e sul valore di mercato dei beni appresi nell' attivo, né variabile. Solo in presenza di “sopravvenute esigenze” il curatore può presentare, con le stesse modalità, un supplemento del piano di liquidazione.

Lo scopo del programma di liquidazione è, appunto, quello di evitare, per quanto possibile, i rischi di irrazionali disgregazioni liquidatore. La possibilità di consentirne l' attuazione, ancor prima dell' emanazione di decreto di esecutività dello stato passivo, si pone coerentemente in linea con l' esigenza di favorire la speditezza del procedimento.

Inoltre, l' intervento riformatore, sempre in coerenza con la scelta generale di ridurre al minimo indispensabile la giurisdizionalizzazione del concorso, ha evitato, per quanto possibile, la tradizionale trasfusione “*per relationem*” nella riformata legge fallimentare del sistema del codice di procedura civile relativo alle esecuzioni individuali ed ha adottato nuove specifiche scelte operative, tratte anche da soluzioni pragmatiche positivamente sperimentate dalla giurisprudenza più attenta.

(Art. 104) In questo contesto, frutto di un rinnovato modo di interpretare la stessa funzione dell' esecuzione forzata collettiva, si pone anche la previsione dell' esercizio provvisorio dell' impresa, il quale può essere autorizzato

- o con la sentenza dichiarativa di fallimento, nel caso in cui l' improvvisa interruzione possa comportare un “danno grave”, sempre che “ non arrechi pregiudizio ai creditori “,

- o con un successivo provvedimento del giudice delegato, su proposta del curatore, qualora il comitato dei creditori con parere vincolante ritenga la continuazione temporanea dell' esercizio dell' impresa conveniente per i creditori stessi o più proficua ai fini della collocazione sul mercato dell' azienda o di suoi rami .

Ed è proprio in questo secondo caso che si può cogliere l' aspetto più significativo dell' innovazione, essendosi qui voluto accentuare che l' istituto – a differenza di quanto previsto dall' art. 90 del regio decreto del 1942 – risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un migliore risultato della liquidazione concorsuale ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell' impresa ceduta nella sua integrità o in parte, sempre che il ceto creditorio non ritenga di trarne nocimento. Difatti, al fine di scongiurare tale eventualità, è stata mantenuta la previsione del parere favorevole vincolante del comitato dei creditori per l' autorizzazione alla temporanea continuazione dell' esercizio dell' impresa.

Sul piano sostanziale, degna di rilievo è la disposizione secondo la quale i contratti pendenti alla data del fallimento proseguono durante l' esercizio provvisorio, salva la facoltà del curatore di chiederne lo scioglimento secondo le norme dettate in materia di effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti (Sezione IV del Capo II del Titolo II). Le norme in materia di effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti trovano impregiudicata applicazione anche al momento della cessazione dell'

esercizio provvisorio dell' impresa per quei contratti ancora pendenti alla medesima data.

Al fine di dirimere possibili contrasti è espressamente previsto che i crediti sorti durante l' esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione nel fallimento.

(**Art. 104–bis**) Nel quadro delle nuove esigenze conservative assume una particolare importanza l' istituto dell' affitto dell' azienda, strumento ormai diffuso nella prassi e pienamente in linea con un sistema concorsuale caratterizzato da un fine non esclusivamente liquidatorio, ma indirizzato al recupero delle componenti attive dell' impresa.

In realtà, la prassi giudiziaria, ancor prima della L. 223 del 1991 (che all' art. 7, c. 4, dava per scontata la soluzione positiva), aveva largamente utilizzato questo istituto come mezzo per la conservazione temporanea dell' integrità dell' azienda – o dei suoi rami – anche nella prospettiva della loro migliore collocazione sul mercato.

La riforma ha inteso recepire questa prassi, colmando tuttavia la lacuna normativa consistente, soprattutto, nella più precisa individuazione degli effetti sulla procedura concorsuale della retrocessione dai terzi affittuari di aziende o di suoi rami. La soluzione, a questo punto, è stata trovata nella previsione di non “*responsabilità del patrimonio acquisito all' attivo per i debiti maturati sino alla retrocessione*”, in deroga a quanto stabilito dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. La deroga trova giustificazione nel bisogno di assicurare che i creditori anteriori, in funzione della cui tutela l' affitto è stato disposto, non vengano ad essere penalizzati dalla condotta dissennata dell' affittuario.

(**Art. 104–ter**) Assoluta novità, tesa a semplificare e razionalizzare la fase di liquidazione dell' attivo, è costituita dalla presente disposizione che impone al curatore di predisporre, entro sessanta giorni dalla redazione dell' inventario, il programma della liquidazione. In questo modo, a differenza da quanto previsto dalla precedente normativa, che subordinava l' apertura della fase di liquidazione al deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, il curatore potrà procedere alla liquidazione dell' attivo più speditamente, a prescindere dalla chiusura dello stato passivo.

Trattandosi di un atto di gestione, il programma di liquidazione, prima di essere approvato dal giudice delegato, deve ottenere il parere favorevole vincolante del comitato dei creditori, il quale valuterà nel merito la opportunità e la convenienza delle scelte operate dal curatore.

Ai noti fini semplificatori e acceleratori, cui si ispira l' intento riformatore, è previsto un termine relativamente breve per la presentazione del programma di liquidazione (quello di sessanta giorni indispensabile al curatore per acquisire gli elementi utili sulla composizione, sul valore e sulle possibilità di realizzo dal patrimonio), nonché che la sua approvazione tiene luogo delle autorizzazioni che sarebbero necessarie per l' adozione dei singoli atti previsti nel programma medesimo.

L' articolo in rassegna reca dettagliatamente il contenuto minimo del programma di liquidazione che, in particolare, deve indicare l' opportunità di disporre l' esercizio provvisorio dell' impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell' art. 104, ovvero l' opportunità di autorizzare l' affitto dell' azienda, o di singoli rami, a terzi ai sensi dell' art. 104 bis. Viene inoltre prescritta la necessaria indicazione della

- sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto,
- di azioni riscaritorie, recuperatorie e revocatorie da esercitare,
- delle possibilità di cessione unitaria dell' azienda, di singoli rami, di beni o di

rapporti giuridici individuabili in blocco, nonché delle condizioni della vendita di singoli cespiti .

... Infine, risponde sempre ad esigenze di speditezza e di economicità, la previsione – essa pure innovativa- di una possibile c.d. derelizione di beni, per qualsivoglia ragione vuoi per il loro modesto valore venale, vuoi per il carattere di oggettiva invendibilità (come nel caso di impianti fuori norma , e dunque incommerciabili, o di terreni inquinati, ecc.). Su tali beni, restituiti al debitore cui appartengono, potranno –se del caso- soddisfarsi “*uti singuli*” i creditori concorsuali.

(**Art. 105**) Per le medesime esigenze sopra evidenziate è sembrato necessario prevedere una specifica disciplina anche della vendita dell’ azienda, che assume un ruolo centrale nel nuovo sistema dell’ esecuzione coattiva concorsuale.

Anzitutto si è disposto che la vendita atomistica dei singoli beni rientranti in un complesso aziendale possa essere effettuata allorquando sia prevedibile che la vendita dell’intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori: ciò al fine di contemperare la scelta generale della “conservazione” dei complessi aziendali con la finalità comunque liquidatoria, nell’ interesse del ceto creditorio, della procedura fallimentare.

In secondo luogo è stata prevista, come per i beni immobili, una più ampia facoltà di scelta tra ogni possibile forma liquidatoria consentita dall’ ordinamento, se connotata comunque da massima trasparenza, da rapidità esecutiva e dall’ adozione delle più opportune forme di “pubblicità”, nessuna esclusa, fra le tante oggi offerte anche dai mezzi di informazione telematica.

Anche in questo caso, così come in tutta la fase della liquidazione dell’ attivo, deve trovare applicazione ogni forma ed ogni mezzo che finisca per raggiungere il duplice obiettivo del massimo realizzo e della massima conservazione possibile dei nuclei ancora produttivi. Sotto questo secondo aspetto si giustifica la previsione, secondo cui – ai fini della vendita di aziende o di suoi rami in esercizio - la scelta dell’ acquirente deve essere effettuata tenendo conto non solo dell’ ammontare in sé del prezzo offerto ma anche delle “garanzie di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli di occupazione”. Si tratta di un’ indicazione già adottata da tempo da alcuni giudici, ma che è stata sempre a ragione considerata alla stregua di una soluzione interpretativa “*praeter legem*” in presenza di un contesto normativo, quello del 1942, che privilegiava ... il risultato ... quantitativo del realizzo.

Anche la previsione secondo cui, “nell’ ambito delle consultazioni relative al trasferimento di un’ azienda previste dall’ art. 47 della L. 29.12.1990, n. 428, il curatore, l’ acquirente e il rappresentante dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell’ acquirente e ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia” costituisce evidente espressione di quella flessibilità e duttilità da cui è caratterizzato l’ intero impianto normativo, al fine di conseguire il primario risultato della rapida collocazione sul mercato dei nuclei produttivi ancora vitali.

Per ciò che riguarda le forme delle vendite e dei loro effetti, si è innovato molto e si è ritenuto di eliminare ogni rinvio alla disciplina del processo esecutivo individuale, fermo restando comunque il fondamentale effetto “purgativo” delle vendite forzate. Si spiegano così le previsioni delle cessioni anche a mezzo di soggetti specializzati o con il conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione, dell’ azienda del debitore o di suoi rami, di beni o crediti, con i relativi rapporti in corso, esclusa comunque la responsabilità dell’ alienante ai sensi dell’ art. 2560 del codice civile.

Si è peraltro inteso favorire le rapide cessioni anche attribuendo all' acquirente la possibilità di effettuare le proprie controprestazioni non pagando direttamente il prezzo, bensì accollandosi debiti concorsuali, purché ciò non si traduca in una alterazione della graduazione dei crediti, come potrebbe avvenire nel caso dell' acquisto dei beni concessi al debitore in leasing.

(**Art. 106**) Particolare importanza assume la previsione della possibilità di cessione di tutti i crediti, qualunque ne sia la natura, compresi quelli fiscali e futuri pur se contestati.

Questa soluzione, così come la possibilità di cedere le azioni revocatorie, è stata dettata dall' esigenza di evitare ritardi nelle chiusure delle procedure concorsuali che, secondo il sistema previgente, sono spesso dovuti proprio ai lunghi tempi connessi alla definizione con sentenza passata in giudicato dei contenziosi fiscali e ordinari. Le azioni cedibili sono tutte quelle comunque dirette a conseguire incrementi di patrimonio del debitore, mentre le revocatorie possono essere cedute limitatamente a quelle già pendenti, al fine di evitare che in una materia così delicata l' esercizio delle azioni ... possa assumere una connotazione negativa di tipo speculativo.

(**Art. 124**) In virtù del principio di delega che imponeva la modifica della disciplina del concordato fallimentare, riducendo i tempi della procedura, consentendo l' eventuale suddivisione dei creditori in classi per posizioni giuridiche nonché trattamenti differenziati per i creditori appartenenti alle diverse classi, si è provveduto in tal senso a rinnovare l' istituto in esame.

La prima novità, contenuta nel primo comma dell' articolo in commento, consiste nella estensione della legittimazione alla proposta di concordato ad uno o più creditori o ad un terzo.

Il secondo comma, nell' indicare il nuovo contenuto che può assumere la proposta di concordato, fa espresso riferimento alla suddivisione dei creditori in classi, secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei, ai trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse adeguatamente motivati e alla ristrutturazione dei debiti e alla soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessioni di beni, acollo o altre operazioni straordinarie. Riguardo a quest' ultima categoria vengono ricomprese le attribuzioni ai creditori - nonché a società da queste partecipate - di azioni, quote o obbligazioni (anche convertibili in azioni) o altri strumenti finanziari e titoli di debito.

La proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto di prelazione non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile (in ragione della collocazione preferenziale) sul ricavato in caso di vendita avuto riguardo al valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia. Valore di mercato indicato nella relazione giurata di un esperto o di un revisore contabile o di una società di revisione designati dal tribunale.

Viene altresì precisato che il trattamento stabilito per ciascuna classe non possa avere l' effetto di alterare l' ordine delle cause legittime di prelazione.

In relazione poi al programma di ristrutturazione ed alla soddisfazione dei crediti va evidenziato l' ampliamento delle modalità e delle forme utilizzabili per ottenere il risultato prefissato in sintonia con quelle che sono le soluzioni negoziali per il superamento della crisi utilizzate nella prassi. Allo stesso fine si ispira la norma che, nel disciplinare il contenuto della proposta di concordato fallimentare presentata da un terzo, stabilisce la possibilità di prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nella

massa attiva fallimentare, anche delle azioni di pertinenza del fallimento. Infine, allo scopo di limitare l' impegno assunto dal terzo con il concordato, è espressamente previsto che il medesimo può essere limitato al soddisfacimento dei soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e di quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva prima della presentazione della proposta. In questo caso, tuttavia, il fallito continua a rispondere verso tutti gli altri creditori, fatto salvo quanto disposto dalla disciplina della esdebitazione prevista dagli articoli 142 e seguenti.

(**Art. 125**) L' articolo in esame rimodella il procedimento previsto in materia di esame della proposta – di concordato - imprimendo una forte caratterizzazione privatistica al medesimo. Difatti viene sottratto al giudice delegato il potere di valutare l'eventuale convenienza della proposta che viene invece comunicata ai creditori una volta sentiti il comitato dei creditori e il curatore, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e previa acquisizione del parere favorevole del curatore.

Al tribunale spetta il compito di verificare il corretto utilizzo dei criteri previsti dall' articolo 124, c. 2, lettere a) b), quando la proposta contiene condizioni differenziate per singole classi di creditori.

(**Art. 128**) ... Qualora la proposta di concordato suddivida i creditori per classi, il concordato risulta approvato se riporta il voto favorevole dei crediti ammessi al voto nelle singole classi. Tale norma va tuttavia coordinata con quanto previsto dall' articolo 129, se la proposta di concordato è stata approvata solo dalla maggioranza delle classi.

(**Art. 129**) Anche la disciplina dell' omologazione del concordato viene radicalmente modificata in linea con quanto dettato dai principi e criteri contenuti nella legge delega. A tal fine vengono previsti due distinti procedimenti : l' uno di omologazione e l' altro di approvazione.

Il primo riguarda il caso in cui non vengano proposte opposizioni nel termine fissato dal giudice delegato; in tal caso il tribunale si limita a verificare la regolarità della procedura e l' esito della votazione prima di omologare il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame. Detta procedura semplificata di omologazione presuppone altresì che la proposta di concordato, in caso di suddivisione dei creditori in classi, abbia ottenuto l' approvazione di tutte le classi.

Il secondo si applica alle ipotesi in cui, invece, siano state proposte opposizioni da parte dei creditori ovvero la proposta sia stata approvata soltanto dalla maggioranza delle classi e il proponente abbia presentato la richiesta di approvazione; in tal caso il tribunale non si limita ad accertare l' avvenuto raggiungimento della maggioranza, di cui all' articolo 128 c. 1, ma può precedere all' approvazione del concordato , nonostante il dissenso della minoranza delle classi, qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano essere soddisfatti nel concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili in sede fallimentare.

... l' ultimo comma dell' articolo in esame precisa che le classi dei creditori non ammessi al voto a norma dell' art. 127 c. 2 sono considerate favorevoli nel computo della maggioranza delle classi previste, in particolare dal settimo comma.

(**Art. 167**) Nel primo comma viene soppressa l' attribuzione di un ruolo di direzione

al giudice delegato, in armonia con il principio di delega dettato in materia di concordato e volto ad un riequilibrio delle posizioni riconosciute nell' ambito della procedura in capo a diversi organi.

Dopo il secondo comma è aggiunta una innovativa disposizione, per la quale, con il decreto di apertura della procedura di concordato preventivo o con successivo provvedimento, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l' autorizzazione di cui al secondo comma. L' intervento tende ad un alleggerimento della procedura

**D.L.23.12.2003, n.347,
convertito con modificazioni dalla L. 18.2.2004 n.39
Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi
imprese in stato di insolvenza (G.U. 24.12.2003, n. 298)**

Art. 1 . *Requisiti per l' ammissione* – Le disposizioni del presente decreto si applicano alle imprese soggette alle disposizioni sul fallimento in stato di insolvenza che intendono avvalersi della procedura di ristrutturazione economica e finanziaria, di cui all' art. 27, c. 2, lettera b) del D.lgs. 8.7.199 n. 270 – di seguito nominato “decreto legislativo n. 270” – purché abbiano i seguenti requisiti :

- a). lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiori a mille da almeno un anno ;
- b). debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a un miliardo di euro.

Art. 2 . *Ammissione immediata all' amministrazione straordinaria* – L' impresa che si trovi nelle condizioni di cui all' articolo 1 può richiedere al Ministro delle attività produttive, con istanza motivata e corredata di adeguata documentazione, presentando contestuale ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale del luogo in cui ha la sede principale , l' ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, tramite la ristrutturazione economica e finanziaria, di cui all' articolo 1.

... .

Art. 4 bis . *Concordato* – 1 . Nel programma di ristrutturazione il commissario straordinario può prevedere la soddisfazione dei creditori attraverso un concordato, di cui deve indicare dettagliatamente le condizioni e le eventuali garanzie. Il concordato può prevedere :

- a). la suddivisione dei creditori in classi, secondo interessi economici omogenei; la possibilità di costituzione di autonome classi per i piccoli creditori e per i possessori di obbligazioni emesse o garantite dalla società in amministrazione straordinaria;
- b). trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse;
- c). la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma tecnica, in termini di scadenza, tasso di interesse e presenza di eventuali garanzie reali e personali; in particolare, la proposta di concordato può prevedere l' attribuzione ai creditori, o ad alcune categorie di esse, di azioni o quote, ovvero di obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito .

... .

8 . Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza del valore assoluto dei crediti ammessi. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza dei creditori appartenenti a ciascuna classe, la quale rappresenti la maggioranza dei crediti ammessi alla classe medesima

9 . Qualora la maggioranza di cui al comma 8 sia raggiunta, il tribunale approva il concordato con sentenza in camera di consiglio. . . . Ove siano previste diverse classi di creditori il tribunale . . . può ritenere priva di effetto la mancata approvazione del concordato da parte di una o più classi di creditori qualora la maggioranza delle classi abbia approvato la proposta di concordato e i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle altre alternative concretamente praticabili.

TRIBUNALE DI MESSINA

Il Tribunale di Messina, seconda sezione civile, riunito in camera di consiglio nelle persone dei signori magistrati:

dott. Emilio IANNELLO, Presidente,

dott. Carmelo BLATTI, Giudice rel.;

dott. Cosimo D'ARRIGO, Giudice,

letto il ricorso, depositato in cancelleria in data 19.10.2005, con il quale

- la società “**(OMISSIS) S.r.l.**”, con sede in (omissis), in persona del suo amministratore unico e legale rappresentante, autorizzato in forza di delibera di assemblea straordinaria dei soci del 01.06.2005 - ha chiesto di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo;

rilevato che sono state depositate: relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa (nel corpo del ricorso),

l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco analitico ed estimativo delle attività (all.1), le relazioni di stima degli immobili posseduti, la relazione di un professionista che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano;

lette le rettifiche ed integrazioni apportate con atti depositati in data

13.12.2005, contenenti la proposta di concordato preventivo rettificata, e gli elenchi modificati dei creditori privilegiati, chirografari e dei creditori in contestazione;

letti gli atti dell'istruttoria compiuta e gli allegati;

letti gli artt. 160 e segg. con le modifiche apportate dall'art. 2 del d.l. n.35/2005;

ha emesso il seguente

DECRETO

rilevato che con gli atti depositati il 13.12.2005 la proposta è stata integrata e modificata prevedendo (pagg 19 - 21) la **DIVISIONE DEI CREDITORI IN due CLASSI**: creditori privilegiati e creditori chirografari; che i creditori privilegiati sono stati suddivisi, a loro volta, in due sottoclassi: la prima riservata ai creditori ipotecari per i quali è previsto il pagamento integrale dei crediti già scaduti entro 30 gg. dalla omologazione del concordato e per le rate a scadere, il loro pagamento al 100% con le modalità e le scadenze previste nei piani di ammortamento già definiti e

che si chiede di mantenere quale condizione irrinunciabile;
la seconda, riservata agli altri creditori privilegiati, che prevede il pagamento integrale del credito vantato, da corrispondersi entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato;

che, quanto ai creditori chirografari, sono state previste due sottoclassi:

classe 1, relativa ai fornitori di beni e servizi comprese le banche, per i quali è previsto il pagamento nella misura del 20% in un' unica soluzione entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato;

classe 2, relativa ai debiti per compensi agli amministratori, che prevede il pagamento del 5% del debito in questione entro sei mesi dall'omologazione del concordato;

ritenuto, in ordine alla suddetta suddivisione in classi, che le stesse sono state costituite secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, così come previsto dall'art. 160 lett. d); che, opportunamente, al fine di non sovvertire l'ordine legale di graduazione dei crediti determinato dalla sussistenza di cause legittime di prelazione, per i creditori privilegiati è stato previsto il loro pagamento integrale; che, quanto ai tempi previsti per il pagamento, quello di 30 gg. dall'omologazione del concordato appare contenuto entro i limiti necessari, imposti dai tempi tecnici delle operazioni da eseguirsi, mentre, per le rate a scadere dei crediti ipotecari, il previsto mantenimento dell'originario piano di ammortamento, posto come condizione irrinunciabile, fa presumere che siano stati raggiunti in proposito i necessari accordi con i creditori interessati;

ritenuto, quanto alla seconda sottoclasse relativa ai creditori privilegiati non garantiti da ipoteca, che nulla osta alla circostanza che per essi venga previsto il pagamento entro sei mesi dall'omologazione del concordato; che, invero, il principio in base al quale nel concordato preventivo i crediti privilegiati dovevano essere pagati immediatamente veniva desunto dalla formulazione originaria dell'art. 160 l.fall. che prevedeva che i pagamenti ai chirografari potevano essere eseguiti nella misura minima del 40% entro i sei mesi dalla data di omologazione del concordato e che, se era prevista una dilazione maggiore, essa era consentita a condizione che fossero offerte idonee garanzie anche per il pagamento degli interessi; che tali condizioni non sono state più riproposte nella nuova formulazione dell'art. 160 l. fall., cosicché è legittimo ritenere che non viene più richiesta una percentuale minima da distribuire ai creditori chirografari e che, mentre il pagamento al 100% dei privilegiati continua ad essere una condizione necessaria per la semplice considerazione che gli stessi non possono subire alcuna falcidia, non partecipando all'approvazione della proposta attraverso il voto, nessun ostacolo viene a configurarsi per il tempo del loro pagamento, sempre che vengano adeguatamente ristorati con gli interessi maturati a causa della prevista dilazione;

che, con riferimento alle rettificazioni ed integrazioni della proposta del 13.12.2005, deve ritenersi opportuna la nuova collocazione dei crediti degli amministratori tra quelli chirografari, non potendo agli stessi essere attribuito il privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 2 c.c. (Cass. 23.07.2004 n.13805); allo stesso tempo opportunamente è stato escluso il pagamento dei crediti dei soci per finanziamenti, già inseriti nella seconda classe dei creditori chirografari con la previsione del pagamento in percentuale del 5%; che, invero, l'art. 2467 c.c. impone la postergazione delle ragioni creditorie dei soci a quelle degli altri creditori, con la conseguenza che ove la proposta preveda, come nel caso esaminato, che gli altri chirografari vengono pagati solo in percentuale, nulla potrà residuare per i soci finanziatori che sono postergati anche a quegli stessi creditori chirografari;

opportuna, inoltre, considerata l'articolazione delle due classi di creditori in

sottoclassi, è la precisazione della sorte dei crediti in contestazione, nel caso di loro riconoscimento in sede giudiziale o transattiva: per essi è previsto il pagamento al 100% se privilegiati e al 20% se chirografari;

che, in ordine al residuo fabbisogno concordatario è stata previsto il pagamento proporzionale dell'imposta di registro pari al 3% del passivo, calcolato in circa € 20.000,00 ed il pagamento delle spese di giustizia, pari ad € 80.000,00, nonché il pagamento di consulenze varie per € 150.000,00;

rilevato che per fare fronte al fabbisogno concordatario la proposta prevede, previa riduzione del capitale per le perdite, il suo aumento a pagamento di € 1.500.000,00, da deliberarsi subito dopo il raggiungimento delle maggioranze di cui all'art.177 l.fall., con la sottoscrizione dei soci dopo l'omologazione ed il versamento del 25% contestualmente e, per la restante parte, entro sei mesi dalla sottoscrizione; che per attuare tale scopo alcuni soci, detentori del 76,15 % del capitale sociale, hanno ceduto le loro quote alla (omissis) S.r.l., con sede in San Filippo del Mela (ME), con effetto differito e subordinato all'omologazione, impegnandosi ad assumere tutte le delibere necessarie a dare attuazione al concordato medesimo, compreso l'aumento di capitale sociale (dichiarazione allegata alla proposta), il perfezionamento delle cessioni delle quote con atto notarile e diritto di opzione sul nuovo capitale da parte dei soci uscenti in favore della (omissis) S.r.l.; che quest'ultima società si è impegnata a sottoscrivere l'aumento del capitale sociale non solo per le quote di cui risulterà cessionaria (76,15%), ma anche per la parte spettante agli altri soci, nel caso in cui questi non provvedessero; che la (omissis) S.r.l. garantisce l'adempimento delle obbligazioni assunte attraverso una polizza fideiussoria da emettersi, subito dopo l'approvazione del concordato ai sensi dell'art. 177 l.fall., da una primaria compagnia assicuratrice per un massimale di € 650.000,00, pari al fabbisogno concordatario per i creditori chirografari e alle spese di procedura, della durata di anni uno, con assunzione dell'obbligo di rinnovo fino all'integrale esecuzione del concordato.

Ritenuto che il suddetto programma di esecuzione del concordato è fondato sull'assunzione degli obblighi descritti da parte di un nuovo socio, con apporto di nuovi capitali ed il rimpasto della compagine; che esso viene garantito attraverso l'offerta di idonea polizza fideiussoria; che esso è fondato su un adeguato programma di ristrutturazione industriale dell'impresa, sorretto da articolate valutazioni economico finanziarie.

Ritenuto la relazione del professionista di cui all'art. 161 comma 2 l. fall., così come integrata in data 17.11.2005, attesta effettivamente la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo; che, invero, appare ricostruibile l'iter logico seguito dal professionista, posto a base delle sue valutazioni, in quanto si da conto dei riscontri e della documentazione esaminata, nonché della metodologia seguita nei controlli effettuati, articolati nelle seguenti fasi :

1) accertamento delle scritture contabili e della regolare tenuta dei libri sociali obbligatori,

2) controllo (sia formale che sostanziale) della rispondenza dei dati esposti nella situazione economico finanziaria della società, prodotta a sostegno della proposta di concordato, con le scritture contabili del corrente anno; rilevazione del contenuto dei verbali di verifica redatti dal Collegio Sindacale e delle relazioni di quest'ultimo organo, per verificare l'attendibilità delle scritture contabili e dei libri sociali, nonché la corretta redazione dei bilanci di esercizio chiusi negli anni precedenti al presente; controllo incrociato delle esposizioni debitorie al 30.09.2005 attraverso il riscontro della documentazione contabile d'appoggio della debitrice con i documenti provenienti dagli stessi creditori;

3) riesame del passivo e predisposizione del prospetto relativo al "passivo rettificato" allegato alla proposta; indicazione, infine, delle passività potenziali, riferibili a contenziosi pendenti o prevedibili;

4) attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano medesimo. Sempre a proposito della relazione del professionista va detto che appare opportuna l'assimilazione dell'attestazione in essa contenuta alla verifica e al giudizio al quale è tenuto il revisore contabile delle società per azioni ai sensi dell'art. 2409 ter lett. b) e lett. c), atteso che, come quella, deve articolarsi in diverse fasi (ispettivo-ricognitiva, valutativa della regolarità, comminatoria, con pubblica esplicitazione del giudizio espresso) e necessita della possibilità di ricostruire i controlli effettuati.

Ritenuta l'effettiva "fattibilità" del piano già attestata dal professionista ai sensi dell'art. 161, comma 2 l.fall.; verificata la completezza e la regolarità della documentazione, in quanto la stessa appare idonea a dare adeguato riscontro dei dati sui quali è fondata la proposta ed a consentire al Commissario Giudiziale l'attività di controllo nonché di valutazione della proposta medesima per la redazione della sua relazione da sottoporre ai creditori prima del loro voto;

DICHIARA

aperta la procedura di concordato preventivo;

NOMINA

giudice delegato alla procedura il dott. Carmelo Blatti e commissario giudiziale _____;

ORDINA

la convocazione dei creditori per l'udienza del 26.01.2006 ore 9,30;

FISSA

il 15.01.2006 quale termine entro il quale deve essere effettuata la comunicazione del presente provvedimento ai creditori; il 15.01.2006 quale termine entro il quale il ricorrente deve depositare nella cancelleria del Tribunale la somma di € 50.000,00, che si presume necessaria per la procedura.

Si comunichi al ricorrente ed al nominato Commissario Giudiziale.

Così deciso in Messina nella Camera di Consiglio della seconda sezione civile addì 29.12.2005.

Il Giudice Est. Il Presidente
(dott. Carmelo Blatti) (dott. Emilio Iannello)

Depositato in Cancelleria il 29.12.2005

BIBLIOGRAFIA

- Acierno Rosanna, Cinieri Saverio, “ *Aspetti fiscali della riforma fallimentare*”, Ipsoa Editore s.r.l., 2006
- Allegritti F., “*Circolare serie legale n. 7, 2.3.2006*”, “*..n.13, 18.5.2006*”, “*..n.16, 30.5.2006*”, “*..n.19, 21.6.2006*”, Associazione Bancaria Italia
- American Bankruptcy Institute, “*Mini Code, Special readlined Edition*”, US Bankruptcy Code, Title 11, 2006 Edition, with the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005
- Arato Marco, “*Fallimento: le nuove norme introdotte con la L.80/2005*”, in “*Il diritto fallimentare e delle società commerciali*”, gennaio-febbraio 2006, n.1, pag. 157
- Bernardini Piero (a cura di), “*La conciliazione*”, Unioncamere, Egea s.p.a., 2001
- Bozza Giuseppe, “*La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*”, in “*Il Fallimento*”, Ipsoa Editore s.r.l., n.10/2005, pag. 1208
- Caiafa Antonio, “*Nuovo diritto delle procedure concorsuali*”, CEDAM, Casa Editrice dott. Antonio Milani, 2006
- “*Camere di Commercio*”, Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, VI edizione, gennaio 2005
- Cicogna Michelangelo, Di Rago Gianfranco, Giudice Giovanni Nicola, “*La conciliazione commerciale*”, Maggioli Editore, febbraio 2005
- Così Giovanni, “*Le alternative al giudizio*”, appunti forniti a novembre 2005 al Master Universitario di I livello “*Procedure stragiudiziali di soluzione delle controversie*”, organizzato dall’ Università degli Studi di Siena e dalla CCIAA di Grosseto
- De Palo Giuseppe, D’Urso Leonardo, Golann Dwight, “*Manuale del conciliatore professionista*”, Dott. A. Giuffrè Editore s.p.a., Milano 2004
- De Tilla Maurizio, Ferrelli Nino, “*Nuovo arbitrato, conciliazione e costituzione di camere arbitrali*”, Il Sole-24 Ore s.p.a., 2006

- Di Rocco Maurizio, Santi Angelo, *“La conciliazione”*, Dott. A. Giuffrè Editore s.p.a., Milano, 2003
- Gaudenzi Andrea Sirotti, *“Guida al diritto dell’ arbitrato”*, Il Sole-24 Ore s.p.a., 2006
- Giacomelli S. (a cura di), *“La via della conciliazione”*, Unioncamere Toscana, Ipsoa Editore s.r.l., 2003
- Julini Mauro, *“Se il conflitto è di molti”*, Experta s.p.a., 2005
- Katz Erwin, Fenning Lisa Hill, Esher Jacob Aaron, *“ABI Guide to bankruptcy mediation”*, American Bankruptcy Institute, January 2005
- Stanghellini Lorenzo, *“Crediti ‘forti’ e governo della crisi d’ impresa nelle nuove procedure concorsuali”*, in *“Il Fallimento”*, Ipsoa Editore s.r.l., n. 4/2006, pag. 377
- Uzqueda Anna, dell’ Associazione Equilibrio di Bologna, appunti forniti ad aprile 2006 al Master Universitario di I livello *“Procedure stragiudiziali di soluzione delle controversie”*, organizzato dall’ Università degli Studi di Siena e dalla CCIAA di Grosseto
- Weintraub Benjamin, Resnik Allan N., *“Bankruptcy law manual”*, Ed. Warren, Gorham & Lamont

Desidero ringraziare il prof. Giovanni Cossi, ideatore e direttore del Master, per aver letto e commentato una prima stesura del presente lavoro nonché il rag. commercialista Mauro Julini, docente del Master, per i giudizi costruttivi e gli spunti di analisi che mi ha fornito.

Elaborato finito a Grosseto il 15.10.2006