

MARIO CAMPOBASSO (*)

Prof. ord. dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

LA CONVENZIONE DI MORATORIA ED IL CONTRATTO A SFAVORE DI TERZO

SOMMARIO: 1. Il contratto a sfavore di terzo nel codice della crisi d'impresa. – 2. Lineamenti di disciplina della convenzione di moratoria. – 3. Le parti. L'oggetto della convenzione di moratoria e l'oggetto del contratto a sfavore di terzo. – 4. Il contratto a sfavore di terzo, contratti associativi e principio di correttezza. – 5. Contratto a sfavore di terzo come rimedio al *free riding*. – 6. Contratto a sfavore di terzo e principio di parità di trattamento. – 7. Il principio di assenza di pregiudizio. – 8. L'opposizione dei creditori e la responsabilità "precontrattuale" nei confronti del terzo. – 9. Vicende del rapporto derivante dal contratto a sfavore di terzo. – 10. Conclusioni: lo statuto del contratto a sfavore di terzo.

1. – «La convenzione di moratoria [...], in deroga agli artt. 1372 e 1411 del codice civile, è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti»: con queste parole l'art. 62 c.c.i.i. mette in chiaro che l'accordo ivi regolato, concluso fra il debitore ed una maggioranza qualificata di creditori appartenenti ad una determinata categoria, non è soggetto ai tradizionali principi civilistici secondo cui il contratto ha forza di legge solo tra le parti (art. 1372 c.c.) o tutt'al più può produrre solo effetti diretti *favorevoli* per i terzi (art. 1411 c.c.), se la legge non dispone diversamente. Con la convenzione di moratoria, invece, i creditori minoritari della categoria, benché non aderenti all'accordo, sono vincolati dagli effetti accettati dagli altri creditori: in breve, la convenzione di moratoria produce effetti *diretti* svantaggiosi nei riguardi di terzi.

A dire il vero, l'art. 62 c.c.i.i. non è la prima, né l'unica norma consensuale in cui appare la deroga espressa agli artt. 1372 e 1411 c.c. La stessa formula è presente nell'art. 61, comma 1°, c.c.i.i. riguardo agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, e prima ancora si ritrovava nell'art. 182-*septies* l. fall. che costituisce l'antecedente storico degli attuali

(*) Il presente contributo è dedicato a Vittorio Santoro ed è destinato alla raccolta di scritti in Suo onore.

artt. 61 e 62 c.c.i.i. Che il superamento del principio di relatività del contratto sia però invocato sempre a proposito, è alquanto incerto. Il sistema delle soluzioni consensuali delle crisi d'impresa è popolato di figure *gender fluid*, in cui convivono caratteristiche negoziali e profili giudiziari o amministrativi propri delle procedure concorsuali: istituti la cui natura contrattuale è controversa, come il concordato preventivo o il concordato nella liquidazione giudiziale; oppure, rimedi in cui un accordo fra debitore e creditori è alla base di una successiva attività giurisdizionale, come l'accordo di ristrutturazione dei debiti⁽¹⁾. Ed allora resta sempre il dubbio che l'estensione degli effetti ai creditori dissenzienti o estranei all'accordo non sia frutto genuino della volontà negoziale degli aderenti (e dunque non abbia niente a che fare con il principio di relatività contrattuale) bensì sia prodotto da qualche elemento che ne integra dall'esterno l'efficacia: il provvedimento giudiziale di omologa, l'approvazione dell'autorità di vigilanza, una disposizione di legge, ecc.⁽²⁾.

⁽¹⁾ In questa sede non è necessario affrontare la disputa sulla natura contrattuale o processuale del concordato: fra i contributi che in tempi più recenti hanno affrontato approfonditamente il problema, si possono consultare, con contrapposto orientamento, le monografie di F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano 2011, p. 166 ss. (contrario alla natura contrattuale del concordato preventivo); M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa 2017, p. 115 ss. (favorevole); e per la natura contrattuale del concordato fallimentare, M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino 2009, p. 119 ss. Non si può fare a meno di osservare, tuttavia, che l'evoluzione legislativa degli ultimi anni (ammissibilità di proposte concorrenti, progressivo annacquamento delle maggioranze necessarie per l'approvazione, riconoscimento del potere del giudice di forzare l'opposizione dei creditori mediante la procedura di "ristrutturazione trasversale" e di omologare il concordato nonostante la contrarietà della maggioranza dei votanti, ecc.) rende sempre più arduo riconoscere nel concordato preventivo un accordo contrattuale.

Naturalmente, nulla impedisce che un contratto sia previsto come elemento di una procedura concorsuale. È questo probabilmente il caso degli accordi di ristrutturazione, che sono un contratto, ma sono nel contempo anche una procedura concorsuale, secondo l'opinione preferibile ed ormai accolta dalla giurisprudenza (Cass. civ., sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182 e Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2018, n. 1896, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 515, con nota di VALENSISE; Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2018, n. 16347. Per l'argomentazione di questa tesi sia consentito il rinvio a M. CAMPOBASSO, *Autonomia ed eteronomia nelle soluzioni consensuali delle crisi d'impresa*, in P. POLLICE (a cura di), *Liber amicorum per Biagio Grasso*, Napoli 2015, p. 113 ss.). Fra autonomia privata e procedimento concorsuale non vi è assoluta incompatibilità e in presenza di figure ibride il problema è semmai quello di stabilire a quale ordinamento attingere per colmare le lacune: per restare sull'esempio fatto in precedenza, se la risoluzione per inadempimento degli accordi di ristrutturazione dei debiti debba seguire le regole del contratto, oppure (come sembra preferibile) essere regolata secondo i principi ricavabili dalla risoluzione del concordato.

⁽²⁾ Così, per salvare il principio di relatività del contratto, è diffusa la tesi che gli accordi di ristrutturazione producano effetti diretti solo per le parti, mentre gli effetti per i terzi trovino origine nella legge (I.L. NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristruttura-*

Nulla di tutto questo per la convenzione di moratoria, il cui carattere schiettamente contrattuale è indiscusso e l'intervento del giudice è solo eventuale, in quanto spetta ai creditori estranei attivarlo mediante un atto di opposizione: in mancanza, il contratto produrrà comunque i suoi effetti su tutta la categoria di creditori interessata. Perciò, la convenzione di moratoria può essere considerata un "caso di scuola" per lo studio del contratto a sfavore di terzi⁽³⁾.

Prima di esaminare in qual modo la convenzione di moratoria si inserisca nel sistema di principi dell'autonomia privata, conviene però tratteggiare i caratteri essenziali della disciplina dell'istituto.

2. – Come anticipato, la disciplina della convenzione di moratoria contenuta nell'art. 62 c.c.i.i. trova il suo antecedente nella "Convenzione di moratoria con banche e intermediari finanziari", originariamente regolata dall'art. 182-*septies*, comma 5°, l. fall., introdotto dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. n. 132/2015, poi confluita con modifiche nell'art. 182-*octies* l. fall. a seguito della riforma della legge fallimentare operata dal c.d. "decreto agosto" (d.l. 24 agosto 2021, n. 118, conv. con l. 21 ottobre 2021, n. 147).

Con la convenzione di moratoria un imprenditore, allo scopo di «disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi», concorda con i creditori una o più delle seguenti misure: *a*) la dilazione delle scadenze dei crediti⁽⁴⁾; *b*) la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e

zione dei debiti, Torino 2017, p. 246 ss. che però riconosce la natura contrattuale degli effetti per i terzi degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa) o nel provvedimento di omologazione (M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2009, p. 343 ss.). All'opposto, riconosce la natura negoziale degli effetti prodotti dagli accordi verso i creditori non aderenti M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali*, cit., p. 137 ss. il quale fa notare come il tribunale non abbia il potere di determinare gli effetti dell'accordo di ristrutturazione per i terzi, né di modificare il contenuto convenzionalmente stabilito: può solo concedere o no l'omologazione.

⁽³⁾ È inutile stare a domandarsi se gli effetti nei confronti del terzo siano da collegare alla volontà negoziale dei contraenti, oppure alla previsione di legge che consente al contratto di produrre effetti esterni. È evidente che si tratta di una falsa antitesi: gli effetti negativi per il terzo si producono *perché* i contraenti l'hanno voluto e *perché* una norma di legge lo consente. E comunque, quand'anche si volesse attribuire un rilievo preponderante all'esistenza di una disposizione autorizzatoria, i problemi che si andranno a sviluppare in questo contributo riguardo al contratto a sfavore di terzi non ne sono alterati di una linea.

⁽⁴⁾ La norma non indica una durata massima della moratoria, che certamente deve essere temporanea dato che la convenzione è volta a disciplinare "in via provvisoria" gli effetti della crisi (M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, p. 1272 ss.; M. AIELLO, *La convenzione di moratoria*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina*