

L'EVOLUZIONE NORMATIVA DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Tesi di Matteo Faccini

Relatore: prof.ssa Elisabetta Pederzini

Insolvenza e crisi

Evoluzione

Concorsualità

Soluzioni negoziali

Accordi di ristrutturazione

INDICE

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO 1	6
1.1 Genesi e sviluppo all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale delle soluzioni negoziate delle crisi d'impresa.	6
1.2 Inserimento della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel testo della legge fallimentare.	11
1.3 Commenti dottrinali alla disciplina primigenia degli accordi di ristrutturazione e analisi delle prime sentenze di merito testimonianti le difficoltà operative ingenerate dalla disciplina in parola.	16
CAPITOLO 2	24
2.1 I decreti legislativi attuativi della delega contenuta nella legge 80/2005.	24
2.2 La "correzione" normativa e i primi interventi giurisprudenziali.	31
CAPITOLO 3	47
3.1 Successivi interventi legislativi sugli accordi di ristrutturazione.	47
3.2 I primi contributi giurisprudenziali.	61
CAPITOLO 4	66
4.1 L'ultimo intervento normativo in materia di accordi di ristrutturazione: il decreto legge <i>crescita</i> .	66
CONCLUSIONI	80
BIBLIOGRAFIA	86

INTRODUZIONE

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti costituiscono un istituto particolare di natura stragiudiziale inserito all'interno del panorama della disciplina concorsuale nazionale.

Tale particolarità risiede nel fatto che la legge fallimentare¹ è stata storicamente plasmata su di un'impostazione marcatamente pubblicistica e ciò portò a far sì che essa venisse intesa in un'ottica tipicamente afflittiva.

Detto ciò risulta comprensibile il fatto che gli strumenti privatistici di risoluzione delle crisi dell'impresa (al cui interno si rinviene la categoria dei concordati stragiudiziali di cui gli accordi di ristrutturazione dei debiti vengono a costituire, come meglio si vedrà, "l'incarnazione legale") siano stati lungamente considerati incompatibili con la funzione intrinseca e marcatamente pubblicistica che si è sempre ricollegata alle procedure concorsuali.

Ciò che la riforma (ormai non più recente) del diritto fallimentare ha compiuto è stata una trasformazione che potremmo definire fondamentale, la quale ha comportato, come scrisse Fabiani, lo spostamento dell'asse «...delle procedure concorsuali da una piena afflittività ad una (...) considerazione degli interessi oggettivi dell'imprenditore»² appunto attraverso l'accoglimento di istituti nuovi (quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti o i piani attestati di risanamento) in grado di favorire valori ideologici innovativi come quella della continuità aziendale e della conservazione dell'impresa.

¹ Contenuta nel R. D. 16 marzo 1942, n. 267

² M. Fabiani, in *Diritto Fallimentare, un profilo organico*, contenuto nella collana *Strumenti del diritto*, Bologna, 2011, p. 37.

Ciò che questo lavoro si propone di fare è un'analisi dell'istituto in oggetto, che non può prescindere da un'iniziale rassegna degli interventi normativi che, succedutesi con una cadenza ritmica quasi annuale, hanno contribuito alla formazione della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Perciò dopo una rapida occhiata alla struttura di fondo introdotta dalla riforma del 2005 passerò a considerare gli aspetti oscuri e lacunosi rimasti aperti dopo l'introduzione dell'istituto. Proseguirò l'analisi prendendo in considerazione i successivi interventi modificatori e come gli stessi abbiano spesso recepito le critiche mosse dalla dottrina e dalla giurisprudenza cercando di porre rimedio in corso d'opera a quelle lacune e a quei punti oscuri che hanno impedito ad un istituto di sicuro rilievo di esprimere le sue reali potenzialità³, così da giungere all'analisi del più recente e profondo intervento normativo occorso alla disciplina degli accordi di ristrutturazione ad opera del c.d. Decreto Sviluppo⁴.

Nel condurre tale analisi sarà mia premura tentare di direzionare l'attenzione del lettore sulla dimensione sostanziale che l'istituto in oggetto ha occupato ed occupa oggi all'interno dell'ordinamento concorsuale e di come durante le varie fasi dell'evoluzione normativa della sua disciplina tale aspetto abbia subito valutazioni non sempre concordi da parte della dottrina e della giurisprudenza, in modo tale da capire se oggi lo strumento degli accordi di ristrutturazione sia giunto a ritagliarsi all'interno della disciplina fallimentare un suo preciso ambito applicativo.

³ Ciò è dovuto largamente alla metodologia adottata dal legislatore italiano dell'ultimo ventennio in merito alla predisposizione delle riforme, spesso riguardanti anche ampie porzioni dell'ordinamento giuridico. A causa di tali metodologie, come meglio si evincerà nel seguito della trattazione, sono stati spesso azzerati anche gli elementi positivi immessi nell'ordinamento a causa delle consequenziali difficoltà di coordinamento delle stesse novità con le norme preesistenti.

⁴ Il riferimento va al d.l. del 22 giugno 2012 convertito in legge n. 134 del 7 agosto 2012.

CAPITOLO 1

1.1 Genesi e sviluppo all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale delle soluzioni negoziate delle crisi d'impresa.

Le norme predisposte dall'ordinamento giuridico italiano per la risoluzione delle crisi d'impresa trovano la loro storica collocazione all'interno della materia concorsuale. La disciplina fallimentare, sviluppatasi in tempi ormai remoti, ha assunto, in base ai diversi periodi storici in cui è venuta a formarsi, funzioni differenti frutto di necessità e contingenze a loro volta differenti; tutte ragioni che hanno portato al formarsi di una disciplina che di volta in volta ha assunto, in definitiva, caratteri differenti.

Per ciò che concerne gli strumenti negoziali è da sottolineare come essi abbiano sempre trovato un loro spazio e un loro riconoscimento nel nostro ordinamento anche se solamente a livello di prassi. L'atteggiamento del legislatore nei loro confronti, invece, è stato assai alterno: il vecchio Codice di Commercio del 1882 si mostrava decisamente aperto alle soluzioni negoziali⁵, mentre il successivo legislatore 1942⁶

⁵ Tant'è che l'art. 825 conteneva una disciplina in parte sovrapponibile a quella degli accordi di ristrutturazione dei debiti che stabiliva: «Se durante la moratoria abbia luogo un accordo amichevole con tutti i creditori, le relazioni ulteriori fra questi ed il debitore si regolano secondo la convenzione» (co.1) «L'accordo può anche validamente stipularsi colla sola maggioranza dei creditori che rappresenti almeno i tre quarti del passivo, purché i creditori assenzienti assumano insieme col debitore le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti e, ove occorra, l'intero pagamento dei loro crediti» (co.2) «In ambo i casi, se già vi fu dichiarazione di fallimento, l'accordo deve essere omologato dal tribunale e produce gli effetti del concordato quanto alla chiusura del fallimento.» (co.3).

aveva adottato una concezione del fallimento di tipo afflittivo che non dava alcuno spazio alle soluzioni concordate delle crisi dell'impresa; ciò comportava che l'istituto fallimentare venisse ad essere considerato come un deterrente idoneo a far sì che gli operatori commerciali (in definitiva gli imprenditori) tenessero comportamenti rispettosi delle pratiche commerciali e soprattutto del ceto creditorio. La procedura fallimentare così come originariamente intesa, infatti, tendeva, di base, esclusivamente alla realizzazione del principio della responsabilità patrimoniale così come enunciato ex art. 2740 c.c.⁷ e quindi presentava una funzione tipicamente liquidatoria dell'impresa insolvente. Ulteriormente la disciplina della procedura concorsuale voleva realizzare un *quid pluris*: ossia il soddisfacimento della responsabilità patrimoniale in modo egualitario verso l'intero ceto creditorio di quell'imprenditore che si fosse venuto a trovare in una situazione tale per cui non avesse più potuto soddisfare in modo regolare le obbligazioni che aveva contratto con i suoi creditori; ovvero il principio della c.d. *par condicio creditorum*. Questi fattori andavano a connotare tale procedura come tipicamente esecutiva e di fatto inidonea a porre un rimedio per così dire "costruttivo" alle situazioni di crisi (più o meno reversibili) delle imprese.

Ma tale concezione di fondo "invecchiò" velocemente, infatti, i rapidi mutamenti socio economici che si susseguirono dal secondo dopo guerra in poi mostrarono il complesso di limiti⁸ che veniva a riconnettersi alla visione prettamente afflittiva e

⁶ Il quale adottò il Regio Decreto 267 del 1942 contenente la legge fallimentare tutt'ora vigente, anche se ad oggi essa risulta profondamente rimaneggiata nella sua struttura e conseguentemente nella sua funzione intrinseca.

⁷ L'articolo recita al suo primo comma: «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.»

⁸ È da sottolineare come nel periodo storico a cavallo tra gli anni '70 e '90 del secolo scorso si stesse realizzando un'evoluzione della realtà economico-sociale degli organismi produttivi e del ruolo che essi andavano a ricoprire all'interno del sistema economico-sociale stesso. Situazione che portava

liquidatoria. Così all'interno del mondo della dottrina⁹ prima e successivamente tra gli operatori giurisprudenziali iniziò a farsi largo un sentimento di insoddisfazione nei confronti della procedura concorsuale¹⁰, dato proprio dalla sua eccessiva rigidità, la quale non permetteva di considerare una logica di conservazione dell'impresa¹¹. Conseguenzialmente il passo verso l'elaborazione di soluzioni differenti, più elastiche, fu breve anche se non si mosse, almeno inizialmente, sul piano legislativo¹².

con se la necessità che anche gli strumenti predisposti per la risoluzione delle crisi delle imprese predisponessero una disciplina idonea a tutelare e implementare questi nuovi valori emergenti, quali ad esempio la rapidità delle procedure prescelte in funzione di una pronta "rimessa in carreggiata" dell'impresa trovata in difficoltà, passando per la preservazione del valore intrinseco dell'attività produttiva stessa, piuttosto che puntare unicamente alla disgregazione, ancorché egualitaria, del patrimonio della stessa tra il ceto creditorio.

⁹ È molto eloquente un passaggio di un intervento tenuto da L. Panzani ad un convegno contenuto in *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, 6, 1997, p. 553 in cui l'autore sosteneva come: «Il fallimento è un costo, rappresenta un'attività liquidatoria che elimina un'impresa dal mondo produttivo, non sostituisce nulla ad essa, ripartisce poco ai creditori: è un'immensa macchina che si mette in moto faticosamente per partorire risultati modesti. Registriamo ripartizioni di percentuali irrisorie ai creditori chirografari dopo anni ed a fatica, a prezzo di cause, un'applicazione della disciplina delle azioni revocatorie più rigida che in altri paesi, vissuta da chi non è esperto di questo settore come una vera e propria ingiustizia, sempre meno compresa.»

¹⁰ Tale per cui alcuni autori parlarono di vera e propria "crisi" del modello liquidatorio-dissolutorio fallimentare. Uno su tutti A. Nigro, in *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese, lineamenti generali*, all'interno di *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), XXV, Torino, 2012, p. 21.

¹¹ Nella disciplina concorsuale, infatti, l'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa è sempre stato inquadrato come uno strumento volto a migliorare la tutela degli interessi dei creditori e non di certo quale mezzo per salvare il complesso produttivo facente capo all'impresa in crisi.

¹² Mi riferisco all'uso alternativo di strumenti quali l'amministrazione controllata e del concordato preventivo che certi interpreti avevano riconosciuto come idoneo a superare la monodirezionalità della procedura fallimentare. Per una lucida disamina su tale tematica vedasi L.Lanfranchi, *uso «alternativo» delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e preveducibilità dei crediti*, in *Riv. Diritto Civile*, 1985, I, p. 133.

Dagli anni ottanta del secolo scorso infatti iniziarono a prendere sempre maggior vigore strumenti di tipo stragiudiziale¹³ e di natura negoziale idonei a consentire all'imprenditore (debitore) di affrontare o quantomeno approntare la risoluzione della crisi della sua impresa¹⁴. Così attraverso questi strumenti, che presero il nome di concordati stragiudiziali (proprio in quanto la loro genesi e la loro esecuzione avveniva al di fuori di qualsiasi controllo giudiziale), l'imprenditore aveva la possibilità di negoziare un piano o un accordo diretto a risolvere la situazione di crisi in cui egli si trovava (o si sarebbe trovato di lì a poco) direttamente con i suoi creditori e attraverso i quali doveva unicamente sottostare ai vincoli legali che il codice civile predispose per il concreto impiego della libertà negoziale e potendo, ulteriormente, individuare modalità idonee a permettere il superamento della crisi in un'ottica di preservazione dei valori dell'impresa.

È evidente come tale soluzione comportasse vantaggi per tutti: per imprenditore/debitore in *primis*, per i creditori scesi a patti con il debitore¹⁵ e anche per quei creditori che non avessero partecipato o si fossero opposti a tali accordi stragiudiziali, in quanto, in caso di esito positivo, gli accordi stessi avrebbero permesso l'agognato superamento della crisi allontanando così lo spettro dell'insolvenza. Appare chiaro come fosse proprio la flessibilità il tratto maggiormente caratterizzante e che più di ogni altro rendeva "appetibile" la soluzione stragiudiziale di risoluzione delle crisi d'impresa.

¹³ Anche se tali strumenti vissero il loro periodo aureo a cavallo del decennio 1990/2000.

¹⁴ Spesso tali crisi si manifestavano nella forma del sovra indebitamento; il fatto che le soluzioni negoziate si formassero sotto l'egida del principio della libertà contrattuale privatistica rese questi strumenti assi più funzionali all'allontanamento del rischio dell'insolvenza dell'impresa e per ciò stesso maggiormente appetibili.

¹⁵ In quanto essi a fronte del sacrificio rappresentato dall'aver dovuto rimodulare il loro credito ottenevano in cambio la (pur teorica) certa solvibilità del credito stesso.

Ma tali aspetti, che potremmo definire positivi o di vantaggio, si andavano a scontrare di fatto con altri aspetti, che potremmo invece definire negativi, i quali rendevano dubbio l'utilizzo di tali concordati e che di fatto avevano impedito a questo strumento di risoluzione delle crisi dell'impresa di potersi concretamente diffondere nella pratica.

Mi riferisco al fatto che, essendo tali accordi espressione della libertà negoziale così come prevista all'art. 1322 c.c.¹⁶, non vi era alcuna certezza in merito alla loro liceità in quanto esisteva una "corrente di pensiero" per cui la regolazione della crisi d'impresa sarebbe rientrata in quelle materie indisponibili, ossia sulle quali i privati non avrebbero potuto liberamente accordarsi; ancora, sussisteva il concreto rischio che, nelle more, esistenti a causa della redazione e della successiva stipulazione dell'accordo oggetto del concordato, il patrimonio dell'imprenditore/debitore fosse esposto alla possibilità di essere aggredito da azioni esecutive o conservative poste in essere dai suoi stessi creditori¹⁷; ulteriormente le risorse concesse per consentire il superamento e la prosecuzione dell'attività d'impresa (attività definita generalmente come nova finanza¹⁸) non subivano alcuna trattamento legale preferenziale nell'eventualità in cui l'accordo stesso non riuscisse a condurre all'esito sperato e quindi si andasse incontro alla dichiarazione di fallimento per insolvenza. Inoltre nell'ipotesi appena prospettata sarebbero emersi ulteriori elementi a disfavore dei

¹⁶ Il quale recita: (I) «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.» (II) «Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.»

¹⁷ Magari ancora ignari del fatto che fossero in atto delle trattative finalizzate al conseguimento di un concordato stragiudiziale diretto proprio a superare la situazione di crisi e quindi in definitiva a garantire il soddisfacimento di tutti i crediti dello stesso debitore.

¹⁸ A ben vedere questa tipologia di erogazioni costituiscono un elemento imprescindibile nella pratica finanziaria per far sì che un'impresa in crisi possa tornare ad operare in maniera competitiva all'interno del tessuto economico.

concordati stragiudiziali: infatti le operazioni poste in essere per dare esecuzione all'accordo rimanevano esposte, nel successivo fallimento, al rischio dell'esercizio delle azioni revocatorie, ulteriormente potevano essere oggetto di azioni di responsabilità sociale ed anche ad azioni dirette ad accertare l'eventuale responsabilità penale¹⁹ del debitore stesso.

1.2 Inserimento della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel testo della legge fallimentare.

Il decreto legge 35/2005 successivamente convertito nella legge 80/2005²⁰ riconosceva esplicitamente l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti e lo andava a collocare all'interno del titolo III della legge fallimentare dedicato al concordato preventivo²¹; prendeva così luce l'art. 182-*bis* specificamente dedicato a disciplinare questo strumento di composizione delle crisi dell'impresa.

¹⁹ Per il reato di concessione abusiva del credito e per il reato di bancarotta fraudolenta (artt. 216-218 l. fall.)

²⁰ Con tale intervento normativo il legislatore si proponeva di riformare in modo integrale ed organico la materia fallimentare, infatti la legge di conversione conteneva una delega espressa a favore del governo per approntare una riforma di questo genere. Dietro a propositi indubbiamente apprezzabili desta non poche perplessità la tecnica prescelta per arrivare allo scopo, infatti come sostiene A. Nigro, in *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese, lineamenti generali*, cit. p.31: «...in realtà (...) la riforma così attuata non può considerarsi affatto "organica". (...) innanzitutto (...) non copre tutte le procedure concorsuali presenti nel nostro ordinamento. (...) poi (...) essendo stata realizzata in tre tempi e con la tecnica non della riscrittura integrale delle norme (...) ma dell'inserimento di singole modifiche (...) si è tradotta in un testo non uniforme (...) con tutti i problemi, anche gravi, sia in termini di coordinamento sia in termini di diritto intertemporale che ovviamente ne conseguono.»

²¹ Nella cui rubrica per l'occasione era stato inserito accanto alla precedente menzione "Del concordato preventivo" anche quella "degli accordi di ristrutturazione".

È giusto il caso di sottolineare come tale innovazione fosse stata caldeggiata fortemente dagli operatori commerciali²² (i quali da tempo invocavano soluzioni maggiormente flessibili rispetto alla rigidità del fallimento), e portò ad includere all'interno della materia concorsuale, oltre alla disciplina degli accordi in analisi, sia modifiche significative alla disciplina del concordato preventivo (tali da avergli valso il nome di nuovo concordato preventivo) sia un nuovo strumento tipicamente negoziale chiamato piano attestato di risanamento. Soluzioni, in definitiva, che fecero penetrare all'interno della rigida disciplina fallimentare una nuova percezione del concetto di crisi dell'impresa, la quale si traduceva in una disciplina votata maggiormente al coinvolgimento del debitore e dei creditori in modo da lasciare all'autorità giudiziaria un ruolo più marginale nelle operazioni di risoluzione delle crisi dell'impresa; ma non solo, questa innovazione comportava il superamento della storica funzione che, come si è già accennato in precedenza, era stata ricollegata alla disciplina concorsuale. Infatti, partendo dall'innegabile presupposto che la crisi dell'impresa fosse un evento di natura patologica che aveva per molto tempo portato a ritenere corretta unicamente una tipologia di rimedi a carattere distruttivo (nei confronti del valore intrinseco²³ rappresentato dall'impresa in crisi), gli strumenti in questione hanno dato la possibilità di considerarla, invece, anche come elemento semplicemente evitabile, sanabile o addirittura prevenibile: comunque tale da non comportare sempre l'automatico dissolvimento del capitale aziendale.

²² Mi riferisco alle associazioni rappresentative degli interessi degli istituti di credito *in primis* e più in generale alle banche.

²³ S'intende quella plusvalenza rappresentata dal fatto che un'impresa al di là del valore rappresentato dal suo patrimonio, è in grado di crearne ulteriore per la collettività. Generalmente l'impresa (produttiva ma non solo) può creare sinergie con altre imprese, dà lavoro a dipendenti, in definitiva costituisce un elemento in grado di generare ricchezza distribuita a diversi livelli del tessuto sociale.

Tra di essi gli accordi di ristrutturazione dei debiti, oltre a costituire un istituto a metà strada tra i piani attestati di risanamento (in cui trovava massima espressione la libertà negoziale concessa alle parti e in cui il controllo giudiziale era inesistente) e il concordato preventivo (che invece rientrava a pieno titolo all'interno della categoria delle procedure concorsuali e in cui il controllo giudiziale risultava stringente), rappresentavano, meglio degli altri, la volontà di trovare un compromesso tra due opposte necessità: quella di preservare il valore intrinseco rappresentato dall'attività commerciale oggetto dell'impresa in crisi e le ragioni del ceto creditorio²⁴ dell'imprenditore/debitore stesso. Ed era proprio questo contemperamento, ossia la rilevanza che questo contemperamento veniva ad assumere, che rese necessario un elemento ulteriore, un *quid pluris* rappresentato, nella fattispecie analizzata, da un giudizio di omologazione degli stessi accordi; controllo giudiziale, in definitiva, necessario a garantire un qual certo grado di affidabilità allo strumento che altrimenti non si sarebbe distaccato molto dal suo modello ispiratore; era indubbio, infatti, che essi rappresentassero il modello legale delle convenzioni stragiudiziali.

A questo punto, prima di proseguire nell'analisi dell'evoluzione di questo istituto, risulta utile dare uno sguardo fugace alla disciplina dello stesso così come approntata dal legislatore, giusto per comprendere se le perplessità che la dottrina aveva sollevato in occasione dei concordati stragiudiziali potessero ritenersi superate.

Il neo introdotto art. 182-*bis* andava, nella sua veste originaria, a delineare una procedura secondo la quale il debitore che avesse stipulato con una percentuale qualificata (nello specifico il 60%) del suo ceto creditorio un accordo avente ad oggetto la ristrutturazione dell'esposizione debitoria della stessa impresa avrebbe

²⁴ Specialmente di quella parte del ceto creditorio che fosse rimasta estranea agli accordi stessi, le cui ragioni potevano comunque essere assimilate anche a quelle dei terzi estranei all'accordo ma nei cui confronti lo stesso esplicava ugualmente effetti.

potuto chiedere l'omologazione dello stesso innanzi all'autorità giudiziaria; richiesta che si andava a perfezionare mediante il deposito dell'accordo, unitamente alla documentazione che la legge prescriveva all'art. 161 l.fall. (per il concordato preventivo) e ad una relazione redatta da un professionista (non meglio individuato) in grado di attestare la capacità del piano, sul quale l'accordo si basava, di risolvere la situazione di crisi finanziaria dell'impresa, garantendo al contempo il regolare pagamento di quella parte dei creditori che sarebbero rimasti estranei all'accordo stesso. Ulteriormente l'accordo doveva essere pubblicato nel registro delle imprese in quanto da tale adempimento sarebbe scattato il termine di trenta giorni entro il quale le eventuali opposizioni al procedimento di omologa, mosse dai creditori (aderenti e non) e da ogni altro interessato, sarebbero dovute pervenire alla segreteria del tribunale adito per l'omologa stessa. Il Tribunale, decise le eventuali opposizioni, con decreto dichiarava se l'accordo meritasse di ricevere l'omologazione o meno, facendo, in caso affermativo, scattare anche l'unico effetto legale correlato alla disciplina neo introdotta, ossia l'esenzione dall'azione revocatoria (esercitabile nel successivo ed eventuale fallimento) di atti pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo.

Appare chiaro anche ad una prima e fugace analisi di come questa disciplina risultasse assai scarna e di approssimativa formulazione, andando a lasciar scoperti la maggior parte degli elementi problematici che la dottrina precedente in merito ai concordati stragiudiziali aveva già ampiamente individuato. Presti ben sintetizzava quanto appena detto sostenendo come: «In sostanza la legge ha, almeno in parte, tipizzato gli accordi di ristrutturazione dei debiti²⁵, ma - salvo l'ombrello di protezione dall'azione revocatoria - ha schivato gli altri profili sui quali da più parti

²⁵ Tipizzazione che comunque fa sorgere non poche domande su come vadano nella pratica qualificati gli accordi stessi.

si chiedeva di intervenire. (...) la doglianza» continua Presti, «non riguarda le soluzioni legislative, ma il silenzio che il legislatore ha serbato su tali importanti profili scaricando integralmente sull'interprete il compito di ricostruire contenuto ed effetti degli accordi *ex art. 182-bis*»²⁶.

Il parere dell'autore in merito alla qualità dell'intervento legislativo in oggetto risultava condiviso pressoché in maniera unanime dal mondo della dottrina, ma non solo, esso si rivelò in un qual certo modo profetico in quanto effettivamente il compito di riempire tale scarna disciplina sarebbe stato, come vedremo più avanti, effettivamente svolto da dottrina e giurisprudenza, prima che dal legislatore, con l'inevitabile conseguenza di gettare incertezza su di uno strumento potenzialmente idoneo a garantire il raggiungimento di quei proclami che accompagnarono l'adozione della decretazione d'urgenza²⁷ in esame. Infatti sempre lo stesso autore concludeva il suo contributo sostenendo come: «(...) gli accordi di ristrutturazione sono uno strumento importante, utilmente fruibile quando il debito è concentrato nei confronti di un numero ristretto di creditori competenti nella gestione del rischio di credito [altrimenti detto le banche]. In una situazione come quella italiana ove il debito delle imprese è per lo più concentrato nei confronti delle banche, (...), è ragionevole immaginare che lo spazio per gli accordi di ristrutturazione sia alquanto esteso; (...) Proprio per questo avrebbe meritato una maggiore attenzione da parte del legislatore.»²⁸

²⁶ G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, I, 2006, p. 20

²⁷ Per altro la maggioranza della dottrina era concorde nel affermare che nell'occasione in cui fu emanato il decreto legge 35/2005, c.d. Decreto Competitività, non sussistessero quelle straordinarie condizioni di urgenza e necessità che l'art. 77, comma 2° della Costituzione enuclea in modo tanto chiaro quanto inderogabile, aleggiava così sullo stesso una fosca aura d'incostituzionalità.

²⁸ G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit. , p. 42

1.3 Commenti dottrinali alla disciplina primigenia degli accordi di ristrutturazione e analisi delle prime sentenze di merito testimonianti le difficoltà operative ingenerate dalla disciplina in parola.

Come accennato nella chiusura del paragrafo precedente la dottrina si mostrò da subito molto coinvolta dalle tematiche scaturenti dalla fumosa disciplina degli accordi di ristrutturazione e ciò proprio per gli ampi spazi interpretativi lasciati dalla stessa. Specialmente nella fase immediatamente successiva all'introduzione della nuova disciplina vennero a svilupparsi analisi discordanti per ciò che concerne tratti essenziali della struttura dell'istituto, tali da gettare pesanti interrogativi in merito alla natura stessa degli accordi. Infatti la disattenzione del legislatore in merito alla redazione letterale della norma nonché rispetto al suo posizionamento topografico²⁹ già accennato in precedenza fecero ritenere in prima battuta l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti come una specie di concordato preventivo minore³⁰.

La ragione alla base di un'interpretazione della disciplina così ardita³¹ potevano essere facilmente individuate; esse, infatti, andavano a radicarsi nella constatazione

²⁹ L'art. 182-bis risultava inserito nel capo V del titolo III della legge fallimentare, intitolato "*Dell'omologazione del concordato preventivo*" ed ulteriormente comprendeva al suo interno specifici rimandi alla disciplina del concordato preventivo.

³⁰ Per chi volesse approfondire queste "stravaganti" teorie può leggere il contributo di M. Ferro, *Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, p. 56.

³¹ Ardita in quanto nella disciplina degli accordi di ristrutturazione, almeno nella loro veste originaria, non residuavano elementi di alcun tipo in grado di far ricomprendere lo stesso strumento all'interno

secondo cui così ragionando le numerose questioni non specificamente inquadrate dalla disciplina tracciata dall'art. 182-*bis* sarebbero state risolte alla luce della disciplina generale prevista per il concordato preventivo.

Gli elementi, invece, che spinsero la maggioranza della dottrina a negare la suddetta ricostruzione degli accordi non furono costituiti da semplici osservazioni di natura sistematico/lessicale, essi vennero ad assumere un carattere ben più sostanziale.

A tal proposito Presti, il quale risultò tra i primi ad aver inquadrato efficacemente la questione inerente la disciplina degli accordi in esame, sottolineò come uno degli elementi distintivi di fondo tra le due figure fosse rappresentato dal fatto che gli accordi di ristrutturazione costituivano nulla di più di un negozio di diritto privato in cui la libertà negoziale delle parti trovava piena espressione e in cui l'intervento dell'autorità giudiziaria non andava a rappresentare altro che un elemento di certificazione necessario a far sì che gli effetti legali³² previsti ex art. 182-*bis* potessero scaturire; al contempo puntualizzò come il concordato, invece, costituisse una procedura concorsuale a tutto tondo, con la consequenziale presenza di una vera e propria procedura la quale sarebbe stata svolta interamente al di sotto dell'egida dell'autorità giudiziaria.

La differenza tra i due strumenti appariva perciò chiara, essendo uno caratterizzato da una natura tipicamente pubblicistica e l'altro da una natura, invece, tipicamente privatistica, differenza che non poteva essere azzerata da semplici dati testuali, lessicali, o da mere collocazioni topografiche. Ciò che scaturiva, pertanto, dall'attivazione del concordato preventivo era una procedura concorsuale *tout court* dotata dell'assistenza l'ungo tutto il suo svolgimento dell'autorità giudiziaria; mentre

della categoria delle procedure concorsuali. Appare ulteriormente palese che la natura di un istituto non possa essere desunta unicamente dalla rubrica di un Capo o di un Titolo di una legge.

³² Ossia l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare dei pagamenti e delle garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione

dall'attivazione dello strumento degli accordi scaturiva un procedimento strutturato in una duplicità di fasi: la prima stragiudiziale, nella quale le parti (quindi l'imprenditore/debitore e i suoi creditori) discutevano nella loro autonomia negoziale, così come garantita dal codice civile, il superamento della crisi (presente o futura) dell'impresa attraverso la redazione di un piano che sarebbe andato a costituire l'oggetto dell'accordo e, ove le loro volontà si fossero incontrate, esse avrebbero dato vita ad uno o più accordi validi ed efficaci; la seconda giudiziale, la quale si svolgeva, invece, innanzi al Tribunale che avrebbe dovuto riscontrare di fatto la presenza degli elementi che il legislatore aveva reputato essenziali affinché l'accordo stesso potesse esprimere anche quell'effetto legale protettivo (appunto l'esenzione da revocatoria) che lo stesso volle ricollegare alla disciplina prevista *ex art. 182-bis*.

Un ulteriore argomento sostanziale che sottolineava nuovamente, se ve ne fosse stato ancora bisogno, l'estraneità dell'istituto in oggetto dalla disciplina concorsuale scaturiva come diretta conseguenza di quanto si è appena sottolineato. Essendo, infatti, che gli accordi di ristrutturazione possedevano una natura di diritto privato (ossia di matrice contrattualistica), da essa discendeva l'applicazione «(...) del principio di relatività: il contratto ha forza di legge tra le parti (art.1372 c.c.), ma non può intaccare le posizioni degli estranei»³³ allo stesso.

Analizzata la questione inerente la tesi della riconduzione dell'istituto degli accordi di ristrutturazione all'interno della categoria delle procedure concorsuali, vorrei dare uno sguardo alle ragioni che, come ho accennato in precedenza, hanno condotto alcuni autori ad una teorizzazione di tal specie.

³³ G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 25. Come sappiamo invece il concordato preventivo omologato (secondo il principio della maggioranza dei creditori) va ad esprimere i suoi effetti anche nei confronti dei creditori che si fossero espressi negativamente o che si fossero astenuti.

Tali ragioni erano da attribuire alla laconicità della disciplina contenuta dall'art. 182-*bis* nella quale tutta una serie di fattori erano stati taciuti dal legislatore.

Come efficacemente osservato da Proto³⁴, la norma andò a disinteressarsi completamente di elementi essenziali quali l'individuazione dei presupposti soggettivi e oggettivi (quale tipologia d'imprenditore può predisporre gli accordi in parola? E ancora lo stesso dovrà versare in uno stato d'insolvenza o di generica crisi?) necessari all'applicazione della disciplina in oggetto, tralasciò di specificare quale fosse il foro competente a conoscere del procedimento d'omologazione del piano oggetto degli accordi, diede una regolamentazione assai fumosa in merito alla figura e alle competenze del professionista attestatore (soggetto la cui opera risultava di assoluta centralità nella disciplina degli accordi in analisi), ancora la tipizzazione del genere concordato stragiudiziale lasciò aperta la questione dell'individuazione degli elementi tipici che potessero permettere di ricondurre la fattispecie degli accordi all'interno di una categoria contrattuale specifica cosicché potesse essere più semplice individuare la disciplina di riferimento in caso si manifestassero situazioni "patologiche" degli accordi in grado di generare il loro scioglimento.

Questi ed altri numerosi elementi³⁵ andavano pesantemente ad incidere su ulteriori elementi ad essi correlati, come per esempio l'individuazione della portata dell'accertamento giudiziale che sarebbe dovuto spettare al Tribunale in sede di omologa (ossia se esso dovesse estendersi al merito degli accordi o se dovesse essere composto da un mero controllo sul rispetto dei requisiti previsti dall'art. 182-*bis* e ancora se la sua intensità variasse in base alla presenza di opposizioni o meno).

³⁴ C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 2, 2006, pp.129 ss.

³⁵ La cui esposizione è sistematicamente resa sia nell'articolo di C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., che nel contributo di G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

A tutto ciò era da aggiungersi l'amara considerazione per cui il legislatore nel aver approntato la disciplina dell'istituto in esame lasciava completamente irrisolte le questioni problematiche che la dottrina precedentemente in materia di concordati stragiudiziali aveva già sollevato; così di fatto nessuna protezione avverso le azioni esecutive o conservative (poste in essere dai creditori) veniva consentita nei confronti del debitore³⁶, nessuna protezione – eccettuata l'esenzione dall'azione revocatoria – nel futuro (eventuale) fallimento ricevevano quei crediti sorti in funzione del piano o per aver dato esecuzione al piano oggetto degli accordi (ossia nessuna protezione fu prevista per tutta la nuova finanza, compresi i c.d. finanziamenti ponte), inoltre nessuna scriminante penale era stata inserita in modo da far sì che le operazioni poste in essere attraverso gli accordi non generassero responsabilità in capo ai loro autori³⁷. Come diretta conseguenza di quanto appena detto gli elementi problematici evidenziati incisero fortemente sull'applicazione concreta dell'istituto in esame e la (poca) giurisprudenza sviluppatasi sulla materia in oggetto ben rappresentò le difficoltà che nella pratica coloro i quali desideravano usufruire di tale istituto avessero incontrato³⁸.

³⁶ Il quale di fatto rimaneva esposto nel momento più delicato della procedura riconducibile agli accordi in questione, ossia quella delle trattative con i singoli creditori, alla possibilità di subire azioni aggressive o conservative nei confronti del suo patrimonio, tra cui anche la stessa dichiarazione di fallimento (la cui pendenza, ad esempio, avrebbe potuto rendere alcuni creditori maggiormente restii a fidarsi del piano propostogli dal debitore stesso).

³⁷ Anche se è da sottolineare come la circostanza che un esperto attestatore avesse ritenuto l'accordo idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e che questa attestazione fosse stata pure omologata dall'autorità giudiziaria, poteva costituire valido argomento per provare la mancanza di dolo relativamente alle condotte poste in essere in funzione dell'esecuzione di tali accordi.

³⁸ Infatti a circa un anno dalla sua introduzione i casi giurisprudenziali che riguardavano la materia in esame potevano essere contati sulle dita di una mano.

Tra le corti di merito, inoltre, talvolta si svilupparono interpretazioni non sempre rispondenti al dato letterale della norma³⁹.

Ciò nonostante era individuabile una tendenza piuttosto uniforme del formante giurisprudenziale alla conferma delle tesi sviluppate ed accolte delle prime elaborazioni interpretative a proposito della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Ciò può essere riscontrato dall'analisi di alcune di queste poche decisioni di merito intervenute nella materia in oggetto⁴⁰. Senza voler entrare nella descrizione dei fatti di causa che hanno portato alle decisioni delle corti di merito, mi preme segnalare il metodo logico che le stesse avevano adottato per giungere alla decisione.

Le corti, infatti, appurarono che la materia in oggetto era di nuova introduzione e che ulteriormente la stessa risultava lacunosa; perciò decisero che per poter giungere a valutare correttamente la domanda di omologa dei piani oggetto degli accordi depositati presso le loro segreterie dovessero eseguire una ricognizione della disciplina dell'istituto, in modo tale da gettare delle basi solide su di cui articolare la decisione, cosa che altrimenti non sarebbe potuta accadere se la stessa avesse dovuto sostenersi sul mero dato testuale *ex art. 182-bis*. Proprio da tale ricostruzione le corti giunsero innanzitutto alla medesima conclusione⁴¹ in merito alla natura dello

³⁹ Si veda il decreto emanato dal Tribunale di Milano il 21 dicembre 2005, edito in *Il Fallimento*, 6, 2006, p. 669, con nota di G.B. Nardecchia, il quale di fatto veniva ad accogliere e quindi ad omologare un accordo di ristrutturazione dei debiti in cui era prevista la soddisfazione dei creditori non aderenti alle stesse condizioni di quelli aderenti, non considerando evidentemente il dato letterale della norma che imponeva, invece, che i creditori estranei all'accordo dovessero essere pagati integralmente alla scadenza delle loro rispettive obbligazioni.

⁴⁰ Mi riferisco al decreto adottato dal Tribunale di Bari il 21 novembre 2005, edito in *Il Fallimento*, 2, 2006, p. 169, con nota di G. Presti, e a quello dal Tribunale di Brescia il 22 febbraio 2006, edito in *Il Fallimento*, 6, 2006, p.669, con nota di G. B. Nardecchia

⁴¹ Conclusione che, come vedremo meglio più avanti, nella giurisprudenza successiva verrà data come un fatto certo.

strumento in esame, ossia che esso costituiva un metodo di risoluzione della crisi dell'impresa a se stante, che non condivideva alcun elemento con quelli rinvenibili nelle procedure concorsuali e consequenzialmente con il concordato preventivo. Successivamente analizzarono rispettivamente gli aspetti in grado di sollevare dubbi interpretativi in merito ai differenti fatti di causa che avevano portato, nei due diversi casi di specie, l'imprenditore/debitore a voler ricorrere allo strumento degli accordi di ristrutturazione, analisi che portò i Tribunali in entrambi i casi a formulare un decreto di rigetto della domanda di omologa degli accordi, in quanto essi si dimostrarono carenti di alcuni degli elementi legalmente previsti ex art. 182-*bis*.

Credo che questi due casi pratici ben rappresentino le difficoltà che materialmente i soggetti interessati ad accedere allo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti per risolvere la situazione di crisi patrimoniale della propria impresa incontrassero nei "momenti" successivi all'introduzione della stessa disciplina, momenti perdurati sino all'intervento del decreto legislativo *correttivo* della stessa riforma⁴².

Indubbiamente è da apprezzare la volontà espressa dal legislatore della riforma di aver introdotto all'interno della disciplina concorsuale strumenti negoziali per la risoluzione delle crisi delle imprese come quello in esame, andando così ad ascoltare quel sentimento d'insofferenza che il mondo dei pratici e della dottrina aveva ormai da tempo formulato ed esteriorizzato. Ciò che invece è da valutare negativamente (se non si fosse già ampiamente compreso) sono le modalità a dir poco imperfette con il quale tale intervento riformatore è stato posto in essere, in quanto se le norme degli istituti risultano scritte male esse non saranno utilizzate dagli operatori o se saranno utilizzate, perché magari non esistono altre vie alternative, esse ingenereranno

⁴² Ossia il d. lgs. 169 del 2007 frutto ancora della delega legislativa contenuta nella legge di conversione 80 del 2005, la quale fu prorogata a sua volta dal d. lgs. 5 del 2006.

“costi”⁴³ altissimi che di fatto comportano un appesantimento del sistema stesso, aspetto che, almeno stando alle pompose parole utilizzate nella redazione del d.l. 35 del 2005, il legislatore⁴⁴ si era proposto di evitare.

⁴³ Con costi qui voglio significare: difficoltà per gli operatori a comprendere il funzionamento della disciplina di un istituto, che si traducono in tempi giuridici maggiormente dilatati (come se ce ne fosse bisogno) e minore certezza giuridica, elementi che di fatto tendono a distruggere un ordinamento giuridico più che a renderlo “competitivo”.

⁴⁴ È giusto il caso di riferire che uno degli intenti ad oggetto della riforma posta in essere con gli interventi legislativi in parola consisteva nel moderare il ricorso agli strumenti concorsuali in favore dell’utilizzo di quelli negoziali. Intento che, quantomeno in questa prima fase, non fu assolutamente realizzato; di fatto il concordato preventivo risultava assai più appetibile per gli operatori commerciali, garantendo maggiori certezze e maggiori protezioni in capo al debitore che accedeva alla stessa procedura rispetto all’attivazione di uno strumento così incertamente disciplinato quale quello degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

CAPITOLO 2

2.1 I decreti legislativi attuativi della delega contenuta nella legge 80/2005.

Come precedentemente accennato la legge 80 del 2005 di conversione del decreto legge 35 del 2005 conteneva una esplicita delega al governo all'attuazione di una riforma organica e sistematica dell'intero diritto fallimentare nazionale. Tale incarico è stato svolto dal governo attraverso l'emanazione del decreto legislativo 5 del 2006, il quale aveva di fatto comportato quell'operazione di ammodernamento della materia concorsuale tanto avvertito tra i pratici e non solo⁴⁵, consegnandoci in tal modo la “nuova” legge fallimentare nazionale. Essa appariva in linea con i presupposti che avevano animato il governo nel momento in cui varò il c.d. Decreto Competitività l'anno precedente, ossia perseguire un generale deflazionamento dell'utilizzo della procedura fallimentare in favore delle soluzioni negoziate della crisi dell'impresa, ma le modifiche apportate a questa tipologia di strumenti andarono a concentrarsi principalmente sull'istituto dei piani attestati di risanamento

⁴⁵ Come già accennato in precedenza purtroppo l'intervento invece che generare una riscrittura *ex-novo* della legge fallimentare aveva preferito intervenire sullo schema di quella preesistente, procedendo ad inserirvi nuova disciplina o andando a sopprimere o modificare elementi della vecchia. Ulteriormente vi è da dire che spesso l'architettura dei nuovi istituti, ma a volte anche l'intera disciplina degli stessi, era mutuata dai progetti di riforma precedentemente formulati, il che aveva dato vita, come nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti, a problemi di coordinamento con le altre norme della legge fallimentare e all'individuazione di numerosi refusi letterali, in grado di creare non pochi dubbi tra coloro i quali si fossero imbattuti in essi.

e, seppur con minor incisività, del concordato preventivo, lasciando pressoché intatta la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti⁴⁶.

A ben vedere lascia alquanto perplessi tale manovra essendo che, come illustrato nel capitolo precedente, la dottrina e la (poca) giurisprudenza intervenuta in materia avevano già ampiamente documentato le problematiche che si erano venute a generare attorno all'applicabilità dello strumento negoziale degli accordi di ristrutturazione, ma tant'è; così per vedersi muovere qualcosa sul fronte della disciplina analizzata nel presente lavoro si sarebbe dovuto attendere l'anno successivo. Nel decreto legislativo 5 del 2006, infatti, fu esplicitamente prevista una proroga di un anno alla delega legislativa originariamente prevista dalla citata legge di conversione 80 del 2005, in base alla quale il governo avrebbe potuto lungo quell'aggiuntivo lasso di tempo apportare eventuali ulteriori modifiche di natura correttiva al testo testé inserito.

Fu così, infatti, che il governo decise di sfruttare questa delega suppletiva, varando un decreto definito *correttivo*, ossia il decreto legislativo 169 del 2007 il quale andò a correggere e ad integrare gli interventi degli anni precedenti, di fatto confermando e implementando l'impianto di matrice negoziale ed enfatizzando la posizione primaria degli operatori commerciali (sia dei creditori che dei debitori) e consequenzialmente trasformando (ma non sminuendo) quella dell'autorità giudiziaria⁴⁷.

⁴⁶ La decretazione in oggetto, infatti, aveva comportato solamente alcune precisazioni lessicali (come quella che aveva inserito nella rubrica del capo ove l'art. 182-*bis* risultava inserito la dizione esplicita "degli accordi di ristrutturazione" oltre all'originaria "Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo.") dirette a rendere lo stesso strumento meglio inserito nel tessuto della legge fallimentare.

⁴⁷ M. Fabiani, in *Diritto Fallimentare, un profilo organico*, sopra citato, p. 39, parlando proprio di tale intervento legislativo correttamente specificava (a distanza di qualche anno dall'entrata in vigore della disciplina innovatrice e quindi a "sangue freddo") a proposito di questo cambio d'impostazione dei protagonisti della disciplina della risoluzione delle crisi dell'impresa come: «La regolazione della

L'intervento in parola risultava assai significativo per ciò che concerne la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, esso, infatti, interveniva raccogliendo alcune delle osservazioni che i due anni precedenti di applicazione dello strumento negoziale in questione avevano sollevato e tentava così di rendere lo stesso maggiormente appetibile all'interno del mondo dei pratici, essendosi reso conto anche il legislatore dello scarso utilizzo pratico a cui lo strumento andò incontro⁴⁸.

Grazie ad esso veniva risolta la questione inerente i presupposti soggettivi ed oggettivi di accesso all'istituto, infatti, al posto dell'originaria generica indicazione "il debitore", quale figura abilitata ad attivare lo strumento in parola, veniva inserita "l'imprenditore in stato di crisi". È pur vero che in tal modo non si era risolta la questione inerente quale tipologia di imprenditore fosse concretamente abilitato a predisporre gli accordi in parola ne se tale situazione di crisi fosse riconducibile a quella inquadrata nell'art. 160 l.fall. a proposito del concordato preventivo, ma

crisi dell'impresa è un tema che, per la nostra tradizione, non può essere lasciato alla solo autonomia delle parti (la crisi dell'impresa è un fenomeno che trascende gli interessi dell'impresa debitrice e del creditore o del gruppo di creditori), ma può, invece, essere delegato alle parti sotto la vigilanza (e non più la direzione) dell'autorità giudiziaria. Ma l'ampia delega all'autonomia privata non può, però, far velo sull'esigenza di garantire a tutti che gli accordi per la regolazione della crisi siano costruiti in modo che vi sia un beneficio diffuso e che non divengano, dunque, uno strumento di arricchimento o di speculazione fine a sé stessa. Ecco allora la necessità (...) di assicurare che il governo della crisi non sia assegnato ad un oligopolio di soggetti; la necessità che tutti gli accordi siano trasparenti; la necessità che vi sia una completa informazione idonea a generare un consenso informato; la necessità di rimettere all'autorità giudiziaria il ruolo di garante di questi accordi.» Perciò «Il successo degli accordi e di riflesso l'autorevolezza dell'autonomia privata passano per l'accertamento della serietà ed affidabilità di questi accordi; il sistema crescerà se gli operatori qualificati che entreranno in questo mercato saranno in grado di offrire a tutti un livello di garanzie prossime a quello assicurato dall'autorità giudiziaria e al contempo una maggiore efficienza propria della duttilità degli schemi negoziali.»

⁴⁸ Infatti come testimoniato dal contributo di G. Racugno, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giurisprudenza Commerciale*, IV, 2009, p.668: «(...) osserva la stessa *Relazione* ministeriale al d. lgs. n. 169 del 2007 che l'istituto non ha avuto, ad oggi, la diffusione auspicata.»

indubbiamente questi nuovi elementi venivano a costituire degli strumenti aggiuntivi attraverso i quali gli interpreti potevano giungere all'elaborazione di alcuni punti fermi⁴⁹.

Ulteriormente veniva precisato un requisito sostanziale che contribuiva a chiarire e a meglio delineare la figura del professionista attestatore, il quale appunto oltre a dover presentare il requisito originariamente previsto dalla legge fallimentare (all'art. 67 comma 3° lettera d) il quale a sua volta richiama l'art. 28) per il curatore della procedura fallimentare, avrebbe dovuto risultare anche iscritto al registro dei revisori contabili. Ma a ben vedere anche questa precisazione comportava sì un grado di maggiore definizione in merito ad una figura così rilevante per la corretta realizzazione degli accordi in parola, ma al contempo non risultava risolutiva, in quanto molte altre problematiche ricollegate allo stesso professionista attestatore rimanevano sul tappeto⁵⁰.

⁴⁹ Per quanto riguardava il concetto di imprenditore, infatti, si era osservato che essendo l'effetto legale previsto dall'art.182-*bis* in caso di omologa degli accordi ricollegabile all'esenzione da revocatoria degli atti compiuti in funzione o in esecuzione degli accordi omologati, ciò presupponeva che lo stesso imprenditore fosse ipoteticamente fallibile e in quanto tale sarebbe andato ad identificarsi con l'imprenditore commerciale non piccolo delineato dall'art.1 l.fall. Per quanto concerne, invece, il concetto di stato di crisi, non essendo specificata la natura di tale concetto (ossia se esso venisse ad identificarsi o venisse quantomeno a ricomprendere al suo interno quello di insolvenza), la maggioranza della dottrina si era trovata concorde nel considerare i due concetti (crisi ed insolvenza) posti in un rapporto di specialità in cui la crisi veniva a delineare una situazione di difficoltà economica più generale e potenzialmente anche reversibile che vedeva perciò ricompresa al suo interno anche il ben più specifico stato d'insolvenza così come delineato dall'art. 5 l. fall.

⁵⁰ Risultava ancora incerto l'identificazione del soggetto deputato a nominare tale professionista, ancora incerti erano gli elementi che lo stesso doveva porre ad oggetto della sua relazione (specialmente risultava difficile comprendere se egli avesse dovuto attestare con la sua opera la veridicità o meno dei dati economici dell'impresa posti alla base dell'attestazione stessa) e totalmente scoperto rimaneva il discorso inerente le responsabilità che l'opera di questo soggetto ingenerava, quindi non si era venuti a definire ne quale tipologia di responsabilità scaturisse(aquiliana o contrattuale) ne quali fossero i soggetti abilitati a far valere la stessa.

Ma il vero elemento innovatore che il c.d. decreto *correttivo* era andato ad introdurre all'interno della disciplina dell'istituto in esame, riguardava ed incideva uno dei punti che avevano ricevuto pesanti critiche da parte della dottrina formatasi sino a quel momento; mi sto riferendo alla carenza di un effetto protettivo nei confronti del patrimonio dell'imprenditore/debitore che potesse consentirgli di giungere alla conclusione e in definitiva all'omologazione degli accordi senza che il suo patrimonio (ossia la garanzia di base su cui lo stesso credibilmente sarebbe andato a basarsi) venisse eroso dalle iniziative del ceto creditorio (rimasto estraneo all'accordo).

Tale carenza aveva portato nella pratica antecedente all'entrata in vigore del c.d. decreto *correttivo* anche all'elaborazione di soluzioni alquanto originali attraverso l'utilizzo di alcuni strumenti giuridici creati, almeno sulla carta, per perseguire scopi diversi, ma che di fatto avevano condotto ad un risultato simile e forse anche migliore.

Uno di questi tentativi è stato ben testimoniato da Mandrioli, il quale analizzando la questione della carenza degli effetti protettivi nei confronti del patrimonio del debitore analizzava una sentenza emanata dal Tribunale di Reggio Emilia⁵¹. L'autore sottolineava come: «Tale lacuna (...) aveva addirittura spinto parte della giurisprudenza a ritenere meritevole di tutela l'istituzione di un *trust* interno auto dichiarato di tutti i beni del socio accomandatario ed amministratore di una società in accomandita semplice posta in liquidazione mediante un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.* che, lungi dal voler essere uno strumento per frodare i creditori o per eludere la *par condicio*, si prefiggeva come programma dichiarato quello di “favorire la liquidazione armonica della società, prevenendo azioni giudiziarie e procedure concorsuali” attraverso l'introduzione di un temporaneo blocco delle

⁵¹ Sentenza del 14 maggio 2007 reperibile su www.ilcaso.it

azioni esecutive e cautelari individuali che impedisse ai creditori *free-riders*, rimasti estranei al sopra menzionato accordo di ristrutturazione (...) di costituire diritti di prelazione ovvero di agire *in executivis* sui cespiti, facendo naufragare il negozio concluso con la maggioranza dei creditori, nonostante l'assicurazione di un loro "regolare pagamento" e l'omologazione da parte del tribunale (...)»⁵². Proseguiva l'autore commentando la soluzione innovativa raggiunta dalla corte di merito: «(...) il conferimento in *trust* forniva (...) una suppletiva garanzia di non dispersione dei beni, attribuendo per di più ai creditori beneficiari un controllo sull'operato del *trustee* [l'imprenditore/debitore nella fattispecie] che difettava, invece, nell'accordo di ristrutturazione, ove i creditori erano esposti anche ad operazioni di sottrazione e/o occultamento della garanzia patrimoniale, dall'esito non sempre prevedibile.»⁵³.

Come accennato il legislatore, con il decreto legislativo 169 del 2007, era intervenuto sulla questione in parola predisponendo una protezione automatica dei beni dell'imprenditore strumentale alla realizzazione dell'accordo medesimo, con particolare riguardo al regolare pagamento dei creditori estranei. Più concretamente, di fatto fu previsto che dal momento in cui l'accordo di ristrutturazione dei debiti fosse stato *pubblicato*⁵⁴ nel registro delle imprese e per i successivi sessanta giorni i

⁵² L. Mandrioli, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.fall.*, in *Il Fallimento*, 5, 2010, p. 616

⁵³ L. Mandrioli, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.fall.*, sopra citato, p. 617.

⁵⁴ L'enfasi qui è d'obbligo essendo che nel nostro ordinamento non si parla in nessun luogo di pubblicazione nel registro delle imprese. Ciò che può avvenire è unicamente ed alternativamente il deposito o l'iscrizione, e tale distinzione non è di poco conto, discendendo dai due diversi adempimenti diversi effetti legali (oltre ad una diversa procedura). Anche su di questo tema la dottrina si era trovata divisa tra chi aveva sostenuto che si dovesse propendere per considerare la pubblicazione come un deposito finalizzato all'iscrizione, essendo che dallo stesso sarebbero scaturiti effetti rilevanti come il computo del termine dei trenta giorni per proporre opposizione avverso gli accordi (e quindi riconduceva alla stessa iscrizione un effetto costitutivo, forse addirittura enfatizzato dalla previsione dell'ulteriore effetto protettivo nei confronti del patrimonio del

creditori per titolo e causa anteriore alla suddetta data non avrebbero potuto iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, precisando, inoltre, che si sarebbe applicato a tale disciplina il secondo comma dell'art. 168 l.fall⁵⁵. Mandrioli commentava in questo modo la portata dell'innovazione: «(...) [così] si persegue, (...), il duplice obiettivo di preservare il patrimonio del debitore da eventuali eventi idonei ad incidere sulla sua consistenza e destinazione, nonché di consentire al proponente di ottenere dall'autorità giudiziaria un più genuino apprezzamento dell'accordo presentato e dei relativi effetti, dal momento che nell'arco dei sessanta giorni successivi alla data di pubblicazione di tale documento nel registro delle imprese l'assetto patrimoniale non può subire variazioni a seguito di iniziative di terzi (...)» e concludeva sostenendo come: «(...) Fra l'interesse dell'imprenditore che vuole utilizzare uno strumento negoziale di composizione della crisi d'impresa e quello contrapposto dei creditori ad ottenere la soddisfazione coattiva dei propri diritti, il legislatore ha, (...), preferito il primo sacrificando, anche se per un periodo limitato, il secondo (...)»⁵⁶.

Lo sforzo mostrato dal legislatore con la predisposizione del blocco in parola è sicuramente apprezzabile, ma ancora una volta esso non risulta esente da critiche. È da dire, però, che quest'aspetto appare connaturato ad una disciplina in cui si è cercato di contemperare interessi divergenti che spesso tendevano ad entrare in conflitto tra loro. Nello specifico certa dottrina⁵⁷ aveva specificato come la *ratio* che animava la disposizione in parola risultasse in contrasto con la brevità del termine

debitore), mentre altra dottrina, in definitiva minoritaria, era propensa a considerare la pubblicazione come un mero deposito degli accordi muniti dalla percentuale legalmente richiesta di sottoscrizioni presso il pubblico registro.

⁵⁵ Ossia: «Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano.»

⁵⁶ L. Mandrioli, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.fall.*, sopra citato, p. 617.

⁵⁷ Per un fugace riferimento vedasi G. Racugno, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, sopra citato, pp. 665-666

protettivo concesso, infatti appariva chiaro che nei casi in cui il giudizio d'omologazione si fosse protratto per un lasso di tempo superiore ai sessanta giorni (ipotesi non propriamente irreali) il patrimonio del debitore sarebbe tornato ad essere "facile preda" delle azioni esecutive o conservative dei creditori estranei all'accordo. Ulteriormente si era osservato come tale effetto coprisse unicamente il momento successivo alla *pubblicazione* presso il registro delle imprese, di fatto lasciando scoperto da qualsiasi protezione il patrimonio dell'imprenditore/debitore proprio nel momento più delicato del procedimento inerente gli accordi in parola, ossia la fase stragiudiziale in cui il debitore negozia con i creditori le condizioni per poter risolvere lo stato di crisi, quindi la fase in cui maggiormente il patrimonio dello stesso dovrebbe presentare una certa "dose di stabilità" in modo da stimolare i creditori coinvolti nei negoziati a sottoscrivere il piano oggetto degli accordi di ristrutturazione.

2.2 La "correzione" normativa e i primi interventi giurisprudenziali.

Ma possiamo ad osservare come il formante giurisprudenziale avesse fatto proprie le modifiche apportate dal c.d. decreto *correttivo* in parola.

Innanzitutto tengo a segnalare una decisione in merito ad una richiesta di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti presa dal Tribunale di Milano⁵⁸ in quanto attraverso tale provvedimento si delineava con chiarezza la posizione di particolare

⁵⁸ Mi riferisco al decreto del 23 gennaio 2007 pubblicato in *Il Fallimento*, 6, 2007 con commento di F. Dimundo, pp. 701 ss., in cui la TELMA Srl andava a richiedere al tribunale milanese l'omologazione degli accordi diretto alla ristrutturazione della sua esposizione debitoria che era divenuta tale da prospettare la sussistenza di una situazione di crisi finanziaria.

favor che la corte meneghina tendeva ad assumere nei confronti dell'istituto qui analizzato⁵⁹. Questo decreto, inoltre, andava ad essere adottato nel periodo in cui iniziava a circolare tra i pratici del settore la bozza del decreto legislativo 169 del 2007, perciò si riferiva ancora al testo per così dire originario dell'art. 182-*bis*. Per tale ragione in esso la corte conduceva preliminarmente quella stessa ricostruzione della disciplina dell'istituto già descritta nell'ultimo paragrafo del capitolo precedente, anche se nel caso di specie giungeva all'elaborazione di una nuova ed interessante osservazione, successivamente ripresa e condivisa anche da altra giurisprudenza di merito così come da buona parte della dottrina, a proposito della consistenza del controllo che spettava all'autorità giudiziaria in sede di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti. La corte nel suo provvedimento, sottolineava come: «(...)il controllo del tribunale non deve limitarsi alla mera constatazione asettica dell'avvenuta approvazione del piano, ratificando passivamente l'espressione della maggioranza delle adesioni, con relega del Tribunale ad una mera funzione certificativa: (...) [della regolarità del ricorso e della documentazione allegata, della sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi e del rispetto delle regole processuali] (...) il Collegio deve anche valutare il merito del ricorso e soffermarsi con attenzione sulla concreta attuabilità del piano intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole grado di monetizzazione, con particolare attenzione alla posizione dei creditori rimasti estranei all'accordo»⁶⁰. L'autore commentando questa presa di posizione della corte continuava sostenendo come: «Si tratta (...) di una soluzione che ha registrato crescente consenso in letteratura, dove si

⁵⁹ *Favor* che ha caratterizzato e che caratterizza l'operato dell'autorità giudiziaria milanese in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti.

⁶⁰ Tribunale di Milano nel provvedimento del 23 gennaio 2007, sopra citata, p.702.

è (...) rilevato che il controllo (...) può estendersi anche a vagliare nel merito la concreta attuabilità dell'accordo, e ciò a prescindere dalla circostanza che siano state proposte o meno opposizioni (...). A ritenere diversamente (...), si finirebbe infatti non solo per far dipendere la valutazione sull'attuabilità dell'accordo da un fatto casuale (l'opposizione), la cui possibile verifica decorre da un evento (la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese) di non agevole conoscenza; ma si introdurrebbe arbitrariamente una limitazione delle prerogative giudiziali di cui non v'è traccia nella legge, in un contesto in cui il legislatore ha (...) affidato ad un "esperto" (...) il delicato compito di attestare l'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei»⁶¹. Ma la decisione della corte di merito risaltava ulteriormente per un atteggiamento di favore che lo stesso Tribunale mostrò nei confronti dello strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti, percepibile, come prontamente riscontrava Dimundo, dal principio finale enunciato dalla stessa corte nel decreto secondo il quale: «(...) il raggiungimento della percentuale minima delle adesioni, pari al 60% dei crediti, non è presupposto di ammissibilità dell'accordo di ristrutturazione, ma condizione dell'omologazione, ed è (...) sufficiente che esso sussista al momento dell'omologazione medesima(...)»⁶². L'autore prontamente qui osserva come: «(...) è evidente (...) che consentire l'incremento delle adesioni sino al momento dell'omologa, vuol dire in sostanza agevolare sotto il profilo temporale l'imprenditore nel suo compito più delicato, vale a dire in sede di raccolta del consenso fra i suoi creditori, fase che (...) lo vede molto spesso coinvolto in lunghe, difficili e complicate trattative (...). Il *favor* per l'istituto appare tanto più significativo ove si consideri che la tesi così prospettata dal provvedimento annotato è dissonante – come ricorda lo stesso collegio milanese –

⁶¹ F. Dimundo, in *accordi di ristrutturazione dei debiti: la «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, sopra citata, p.708.

⁶² Tribunale di Milano nel provvedimento del 23 gennaio 2007, sopra citata, p.703

rispetto alla conclusione raggiunta dall'unico specifico precedente giurisprudenziale sul tema⁶³ (...)»⁶⁴.

L'inserimento attraverso il c.d. decreto *correttivo* della protezione automatica del patrimonio dell'imprenditore/debitore dalle azioni esecutive e conservative, aveva comportato, per ciò che riguardava l'utilizzo concreto dello strumento, un mutamento rilevante. Infatti, vigente la disciplina per così dire originaria⁶⁵, la carenza di tale effetto protettivo aveva ingenerato, tra gli altri, non pochi dubbi in merito ai rapporti reciproci che sarebbero dovuti sussistere tra la procedura dichiarativa di fallimento instaurata dai creditori dell'imprenditore/debitore e l'eventuale richiesta, mossa dall'imprenditore/debitore alla stessa autorità giudiziaria procedente, di un termine per poter depositare presso la segreteria della stessa corte un ricorso in cui lo stesso andasse a richiedere l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Una testimonianza rilevante di questo dibattito è stata data dalla sentenza dichiarativa di fallimento emanata dal Tribunale di Udine⁶⁶, nella quale la corte analizzava, nel corso di un giudizio diretto ad accertare i presupposti di fallibilità

⁶³ La corte si riferiva alla decisione presa dal Tribunale di Bari il 21 novembre 2005 (precedentemente citata), nella quale invece si era affermato che il presupposto del raggiungimento della percentuale del 60% dei creditori aderenti all'accordo dovesse sussistere al momento della pubblicazione dello stesso accordo nel registro delle imprese e che eventuali adesioni successive, pur ritenute ammissibili, non sarebbero valse a sanare il mancato raggiungimento di detta soglia minima, avendo eventualmente dovuto l'imprenditore/debitore attivarsi per iniziare una nuova procedura di omologa degli accordi ulteriormente siglati.

⁶⁴ F. Dimundo, in *accordi di ristrutturazione dei debiti: la «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, sopra citata, p.710.

⁶⁵ Antecedente all'introduzione del blocco in oggetto per intendersi.

⁶⁶ Mi riferisco al provvedimento emanato il 22 giugno del 2007 e reperibile in *Il Fallimento*, 6, 2008, pp. 701 ss., con commento di G. B. Nardecchia.

dell'imprenditore/debitore, una richiesta di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti predisposti dallo stesso.

La Corte di Udine avendo appurato la presenza di una *lacuna legis* in merito a tale aspetto della disciplina degli accordi in oggetto compiva, sulla base del diritto sostanziale, un approfondimento dello stesso rapporto tale per cui venne ad affermare: «considerato che la società debitrice ha depositato (...) un accordo per la ristrutturazione dei debiti (...), ma che tale presentazione non esime il Tribunale dal decidere sull'istanza di fallimento, non essendovi alcuna norma (o principio ricavabile dal sistema complessivo della legge fallimentare), che preveda la sospensione della procedura per la dichiarazione di fallimento, in attesa della deliberazione del Tribunale in sede di omologazione dell'accordo (...), né tantomeno la prevalenza della procedura di omologazione dell'accordo rispetto alla dichiarazione di fallimento, anche in considerazione del fatto che in pendenza della procedura di omologazione dell'accordo, (...), i creditori estranei allo stesso, mantengono intatto il potere di agire per la tutela dei loro diritti, anche richiedendo la dichiarazione di fallimento dell'impresa insolvente, stante l'inefficacia nei loro confronti dell'accordo con gli altri creditori; (...)»⁶⁷. Questa riflessione, dunque, portò il Tribunale a sostenere la tesi secondo cui tra procedura di omologazione dell'accordo e procedura dichiarativa del fallimento vi fosse un rapporto di reciproca indifferenza. Come testimoniava il commento di Nardecchia alla sentenza in parola, infatti: «Il Tribunale ha (...) ritenuto che il deposito dell'accordo non producesse alcun effetto in ordine alla legittimazione del creditore istante (...) di iniziare e/o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, ivi compresa

⁶⁷ Tribunale di Udine 22 giugno 2007, sopra citata, p. 701

quella diretta ad ottenere il fallimento (...). I giudici hanno ricostruito (...) il rapporto (...) in termini di “reciproca indifferenza” giuridica»⁶⁸.

L'autore proseguiva sottolineando la necessità di trovare comunque delle linee guida che permettessero in questi casi di individuare quale delle due procedure prevalesse sull'altra, ancorché su di un piano sostanziale più che formale: «Tenuto conto del fatto che l'eventuale omologa dell'accordo di ristrutturazione, accertando l'idoneità dell'accordo medesimo a soddisfare integralmente i creditori estranei, (...) andrebbe ad attestare [nella sostanza] l'insussistenza (o il superamento) del denunciato stato di crisi e/o insolvenza. (...), il tribunale chiamato ad esprimersi sull'istanza di fallimento depositata in pendenza del giudizio di omologazione dell'accordo, deve valutare l'idoneità di tale accordo, al cui perfezionamento abbia concorso la volontà di una parte soltanto dei creditori, a rendere inattuale lo stato d'insolvenza. Secondo i giudici del Tribunale di Udine la soluzione (...) risiede quindi nell'idoneità quantitativa dei debiti residui (estranei) ad evidenziare l'attualità del dissesto e nell'insufficienza dei medesimi a giustificare l'apertura del procedimento fallimentare. Giudizio che viene (...) sostanzialmente ad identificarsi e sovrapporsi con quello da effettuare in sede di omologa dell'accordo: ove (...) si accerti che il debitore sia in grado di pagare “regolarmente” i creditori estranei, non potrebbe non ritenersi raggiunta la prova dell'insussistenza dello stato d'insolvenza»⁶⁹.

Così delineatosi nella vigenza della norma originaria il rapporto tra le due procedure, l'introduzione del blocco automatico delle azioni esecutive e conservative nei confronti del patrimonio del debitore aveva comportato uno “scossone” rilevante che di fatto implicava inesorabilmente la nascita di nuovi dubbi in merito alla natura di

⁶⁸ G.B. Nardecchia in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, sopra citato, p. 705.

⁶⁹ G.B. Nardecchia in *Gli accordi di ristrutturazione*, sopra citato, p. 706.

questo rapporto. Il decreto c.d. *correttivo*, infatti, non aveva specificato nulla in merito alle possibili interazioni che potevano scaturire tra le due diverse procedure, ma era andato ad alimentare la questione inerente alla natura stessa della procedura fallimentare, e più in particolare se essa potesse essere ricondotta all'interno dell'alveo delle azioni esecutive e consequenzialmente così subire il blocco automatico determinato dall'iscrizione degli accordi presso il registro delle imprese.

Nardecchia su di tale aspetto si mostrava propenso a considerare la procedura fallimentare come rientrante a pieno titolo tra le azioni per così dire aggressive nei confronti del patrimonio del debitore, infatti, lo stesso, commentando l'introduzione del nuovo strumento protettivo all'interno della disciplina degli accordi in esame, sosteneva: «La protezione automatica del patrimonio del debitore, (...), risulta funzionale all'attuazione dell'accordo e (...) alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei crediti estranei. Il divieto di iniziare azioni cautelari, esecutive e fallimentari ha carattere generale, così come l'effetto sospensivo delle azioni in corso. Il concetto di "azioni esecutive" deve essere inteso in senso lato e quindi esteso a tutti i provvedimenti "anche" di natura esecutiva come la sentenza dichiarativa di fallimento che (...), determina automaticamente lo "spossessamento" del fallito da tutti i suoi beni, con effetti assimilabili a quelli di un pignoramento universale»⁷⁰.

L'opinione dell'autore però risultava esprimere solo una parte del dibattito in quanto la questione, come si vedrà, costituirà un "punto caldo" sul quale la giurisprudenza successiva tornerà nuovamente.

Successivamente all'entrata in vigore dello stesso d. lgs. in analisi, avvenuta il primo gennaio del 2008, venivano ad essere emanati due provvedimenti giudiziari assai

⁷⁰ G.B. Nardecchia in *Gli accordi di ristrutturazione*, sopra citato, p. 706

importanti rispettivamente dal Tribunale di Roma e, ancora una volta, da quello di Milano⁷¹.

I due decreti risaltavano per una molteplicità di motivi, infatti costituivano un primo esempio pratico di applicazione dell'istituto a realtà economiche di grandi dimensioni (nel caso preso in esame dalla corte di Milano gli accordi erano stati proposti da un gruppo d'impresе articolato nella forma della *holding* e al cui interno era presente anche un'impresa quotata in borsa) ed ulteriormente contenevano importanti statuizioni in merito all'evoluzione del dibattito inerente la disciplina in oggetto.

Innanzitutto entrambi i provvedimenti venivano a pronunciarsi in merito alla questione analizzata in precedenza in occasione del decreto adottato dal Tribunale di Milano⁷² in merito alla portata del controllo che l'autorità giudiziaria doveva compiere in sede di omologazione degli accordi di ristrutturazione. Le corti concordavano nel sostenere come il vaglio che esse avrebbero dovuto esercitare sugli stessi fosse, in assenza di opposizioni da parte dei soggetti previsti *ex art. 182-bis*, un controllo di mera legittimità per ciò che concerne la fattibilità del piano così come esso risultava dalla relazione dell'esperto attestatore (che avesse in particolare verificato la concreta capacità degli stessi accordi di permettere il superamento della situazione di crisi garantendo al contempo il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo), unitamente alla verifica dei presupposti giuridici indicati come necessari per legge (quindi la presenza delle sottoscrizioni dei creditori nella

⁷¹ Nello specifico mi riferisco a Tribunale di Roma, 5 novembre 2009, reperibile su www.ilcaso.it, e Tribunale di Milano, 10 novembre 2009, edito in *Il Fallimento*, 2, 2010, con commento di M. Fabiani e G.B. Nardecchia.

⁷² Del 23 gennaio 2007, sopra citata.

percentuale del sessanta per cento, la presenza della documentazione indicata dall'art. 161 l.fall.)⁷³.

Questo indirizzo aveva suscitato negli Autori che si erano prodigati nel commento dei provvedimenti analizzati una riflessione approfondita della questione.

Ambrosini, infatti, nel suo articolo a commento dei decreti, ci diceva come: «Ad un più meditato esame (...) tale prospettazione (...) suscita qualche perplessità. E ciò (...) perché la suddetta distinzione [prospettata dalle corti nei loro provvedimenti] finisce per tradursi in una limitazione delle prerogative giudiziali di cui non vi è traccia nella legge e che risulta tutto sommato poco coerente con le finalità tipiche dello scrutinio giudiziale in questione: sicché deve verosimilmente concludersi che l'oggetto del giudizio di omologazione è, in linea teorica, sempre il medesimo, a prescindere della prospettazione di gravami»⁷⁴.

Nardecchia commentando solamente la posizione del provvedimento milanese diceva: «Sembra (...) di capire che secondo l'opinione dei giudici meneghini, in assenza di opposizioni, il tribunale non potrebbe esercitare un controllo di merito diretto ad un proprio riscontro sulla completezza e correttezza dei dati contabili esposti e sulla prognosi di concreta attuabilità dell'accordo. Orbene appare di tutta evidenza che ogni indagine relativa all'esistenza di una prova precostituita, quale la relazione del professionista, non possa limitarsi ad un esame meramente formale del documento. Il tribunale (...) [deve] verificare la ricostruibilità dell'*iter* logico dell'argomentazione che sorregge l'attestazione di attuabilità del professionista. Questo tipo di controllo costituisce l'oggetto naturale e "minimo" dell'indagine

⁷³ Come penso non sia sfuggito al lettore più attento, tale tesi risultava diametralmente opposta a quella formulata dallo stesso Tribunale di Milano nel decreto emanato il 23 gennaio 2007 citata in precedenza.

⁷⁴ S. Ambrosini in *Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*, in www.ilcaso.it, documento n. 180/2009, pp. 3-4.

affidata al giudice, dato che è di tutta evidenza che il tribunale non possa e non debba omologare un accordo non soltanto in mancanza della relazione, ma anche quando la relazione manchi di profili sostanziali necessari a supportare l'attestazione finale. Quel che non appare del tutto convincente, in assenza del pur minimo elemento normativo che deponga a favore di tale soluzione, è la conclusione secondo la quale il sindacato del giudice sarebbe circoscritto a tale controllo "indiretto".

Un giudizio di omologazione, basato sulla verifica dei presupposti indicati dalla legge, contempla naturalmente un sindacato diretto, di merito, sulla sussistenza di tali presupposti, salvo che il legislatore esplicitamente limiti tale sindacato.»^{75 - 76}.

Come ho già accennato, però, i due provvedimenti analizzarono ulteriori questioni; in questo contesto mi preme segnalare quella trattata più analiticamente dalla corte di Milano ed inerente alle interazioni sussistite tra procedura prefallimentare e procedura di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, aspetto sul

⁷⁵ G.B. Nardecchia in *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 2, 2010, pp. 221-222.

⁷⁶ Così analizzate le opinioni delle corti, è da sottolineare come quella milanese si era soffermata ad analizzare un ulteriore profilo della questione in parola: infatti gli accordi depositati presso la segreteria di questo Tribunale prevedevano un piano di risanamento che si sarebbe andato a sviluppare in un quinquennio, periodo ritenuto dalla corte stessa eccessivamente lungo per poter essere debitamente scrutinato nella sede del giudizio d'omologa. Perciò proprio a tal proposito la stessa veniva ad affermare come: «[la] valutazione prospettica sulla presumibile capacità finanziaria di Risanamento S.p.A. e delle altre cinque società del gruppo relativamente agli anni successivi al prossimo (...) dipende *in toto* dallo sviluppo attuativo del piano [sennonché] tutto ciò che si colloca nel presente e nell'immediato futuro può e deve essere scrutinato in dettaglio e con adeguato livello di concretezza (...)», tratto dal commento di S. Ambrosini *Gli accordi di ristrutturazione*, sopra citato, p.5. Così dicendo la corte mostrava (appunto ove essa parlava di potere e di dovere di scrutinio dettagliato), nonostante avesse precedentemente sostenuto nello stesso decreto la tesi per cui il controllo da effettuarsi nel giudizio d'omologazione degli accordi dovesse inerire unicamente un controllo di legittimità della documentazione predisposta dall'imprenditore/debitore, di essere consapevole della analiticità che lo stesso controllo doveva avere e quindi che di fatto si stesse parlando di un controllo di merito a proposito della documentazione allegata allo stesso ricorso per l'omologa.

quale veniva formulata una ricostruzione teorica innovativa e maggiormente coerente all'impianto normativo, rispetto a quella analizzata precedentemente dal Tribunale di Udine⁷⁷. La corte comunque partiva dal presupposto secondo cui i due procedimenti risultavano essere posti in un rapporto di reciproca autonomia tale per cui la pendenza di un procedimento prefallimentare non impediva di fatto la presentazione di un ricorso per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e viceversa, anche se giungeva ad individuare un qual certo grado di collegamento tra le stesse procedure. A tal proposito argomentava: «(...) il procedimento prefallimentare ed il procedimento di omologazione [sono] posti (...) in una relazione di inscindibile collegamento, nel senso che in un unico momento decisionale può e dev'essere valutata la natura della situazione di crisi (...) per verificare l'eventuale attitudine degli accordi a determinare il superamento, con particolare riferimento all'esigenza di garantire il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo»⁷⁸. Fabiani, commentando tale presa di posizione della corte meneghina, analizzava analiticamente la questione formulando una tesi meritevole, per la sua persuasività, di menzione. Lo stesso autore partiva dal presupposto secondo cui: «(...) se l'oggetto del processo di omologazione degli accordi è, almeno in larga parte, sebbene a posizioni invertite, lo stesso oggetto del processo per [la] dichiarazione di fallimento, più che discorrere di *reciproca autonomia*, (...) pare (...) si debba, per forza di cose, prendere atto di una situazione di *reciproca interferenza*»⁷⁹. Ciò detto l'autore conduceva un'analisi tale da ricondurre la procedura prefallimentare all'interno delle azioni esecutive e, in quanto tale, tra quelle azioni che sarebbero state inibite dalla

⁷⁷ Nella sentenza dichiarativa di fallimento datata 22 giugno 2007, sopra citata.

⁷⁸ Citazione effettuata da S. Ambrosini, in *Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*, sopra citato, p. 7.

⁷⁹ M. Fabiani in *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, in *Il Fallimento*, 2, 2010, p.206

pubblicazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti presso il registro delle imprese⁸⁰; analisi che lo spingeva, inoltre, a ricostruire la funzione intrinseca ricollegabile al blocco delle azioni esecutive, il quale (blocco): «(...) non mira ad evitare la concorrenza fra azioni esecutive individuali ed azioni esecutive collettive (...)», come invece accadeva per gli analoghi blocchi previsti rispettivamente per la procedura fallimentare (art. 51 l.fall) e per il concordato preventivo (art. 168 l.fall.), «(...) in quanto gli accordi (...) non costituiscono [appunto] una procedura concorsuale, ma un procedimento giudiziario rivolto a dare efficacia ad un accordo negoziale fra parti. Quindi (...) il divieto delle azioni vuole consentire, ed ecco la ragione della fissazione di un termine così breve, che il procedimento di omologazione si snodi senza il timore che il patrimonio dell'imprenditore possa essere distratto dalla sua destinazione impressa secondo il piano oggetto dell'accordo. Si vuole (...) che le parti, dopo aver negoziato l'accordo, possano attendere il giudizio del tribunale neutralizzando iniziative di coloro che al piano siano estranei»⁸¹. Sulla scorta di queste affermazioni l'autore proseguiva sostenendo quindi come: «(...) sia da ricomprendere fra le azioni esecutive vietate anche l'*iniziativa* per la dichiarazione di fallimento. (...) ciò che conta è che per il breve periodo di due mesi, nessuna aggressione sui beni del debitore sia tollerabile e ciò perché sarebbe in conflitto con la funzione del divieto, quella di giungere alla

⁸⁰ Fabiani sottolineava, infatti, come: «(...) pure il più avanzato sostenitore del fallimento quale luogo di mera disciplina organizzativa della crisi d'impresa, [non] possa negare che il fallimento è anche una procedura esecutiva perché: a) attua la responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c); b) in funzione della soddisfazione dei creditori; c) contro la volontà del debitore; d) privato del potere di disporre del suo patrimonio; e) nel contesto di un processo che l'ordinamento statale appresta allo scopo, con l'impiego di mezzi e strutture dell'apparato giurisdizionale.», M. Fabiani in *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, sopra citato, p. 207.

⁸¹ M. Fabiani in *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, sopra citato, p. 208.

omologazione con un patrimonio intatto in quanto non depauperato da iniziative di singoli creditori [estranei].»⁸². Fabiani proseguiva approfondendo la questione del rapporto di consequenziale pregiudizialità tra le due procedure evidenziato dal provvedimento della corte milanese e, partendo dalla situazione concreta delineata nei fatti di causa (in cui la procedura di omologa era venuta ad esser richiesta all'interno di una procedura prefallimentare antecedentemente instaurata), sosteneva come: «(...) la certificazione dell'esistenza di risorse sufficienti per pagare gli estranei, altro non è che il rovescio della medaglia dell'insolvenza. L'insolvenza dell'impresa non c'è perché ci sono risorse sufficienti e queste risorse derivano da un accordo. È chiaro (...) che il procedimento *ex art. 182bis* e di poi il decreto di omologazione, si pongono quali necessari antecedenti logici del giudizio richiesto al tribunale con la presentazione di un ricorso per fallimento; il decreto di omologazione costituirà un accertamento pregiudiziale sulla insussistenza dello stato di insolvenza, vincibile, però, con la dimostrazione della incapacità, in concreto, dell'imprenditore di far fronte regolarmente ai debiti nei confronti dei non aderenti. La certificazione del tribunale non può, infatti, valere per un tempo illimitato e dunque è ben possibile che il creditore dimostri che l'accordo omologato non si è rivelato effettivamente adeguato a superare l'insolvenza.»^{83 - 84}.

⁸² M. Fabiani in *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, sopra citato, p. 208.

⁸³ M. Fabiani in *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, sopra citato, p. 210.

⁸⁴ L'autore concludendo il paragrafo comunque felicemente sottolineava come la capacità degli accordi di rimuovere lo stato d'insolvenza non dipendeva dall'omologazione degli stessi (la quale permetteva solamente l'esplicarsi degli effetti legali previsti dalla disciplina *ex art. 182-bis*), infatti sarebbe ben potuto accadere che meri accordi stragiudiziali fossero in grado di allontanare la crisi irreversibile del debitore, come avveniva nella pratica pre riforma attraverso lo strumento dei concordati stragiudiziali. Ciò doveva spingere l'autorità giudiziaria precedente a vagliare in maniera

La corte milanese, nel caso preso in esame, decideva, in merito all'interazione dei due procedimenti analizzati, di riunire gli stessi in un unico procedimento proprio per: «(...) l'evidente rapporto di connessione e di pregiudizialità tra la richiesta di omologa (...) e l'istanza di fallimento (...)»⁸⁵; proprio questa conclusione permetteva ad Ambrosini di osservare acutamente nel suo commento che: «(...) gli effetti di un'impostazione siffatta non appaiono diversi, *mutatis mutandis*, da quelli che si producono a seguito della presentazione di una domanda di concordato preventivo in pendenza di un'istruttoria prefallimentare, dovendo quest'ultima cedere il passo di fronte alla necessità di esplorare i contenuti dell'ipotesi concordataria.»⁸⁶.

Quest'ultima constatazione ci porta ad analizzare un'ulteriore questione che grazie all'introduzione del blocco automatico delle azioni esecutive e conservative era venuta ad assumere nuova linfa vitale. Infatti, se ormai era dato come pacifico l'autonomia dell'istituto in esame da quello del concordato preventivo (come ho già sottolineato, oggetto di dibattito in sede di prima analisi della disciplina dello strumento in esame), rimaneva ancora assai discusso, invece, il discorso inerente l'appartenenza o meno dello stesso al novero delle procedure concorsuali e sempre per la constatazione che un'eventuale conclusione affermativa avrebbe comportato, tra le varie altre questioni⁸⁷, il riconoscimento della prededucibilità dei c.d. finanziamenti ponte.

approfondita la consistenza di tali accordi ogni qual volta essi erano presenti e a prescindere della loro capacità di essere omologabili o meno.

⁸⁵ Così viene riportato da S. Ambrosini in *Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*, sopra citato, p. 8.

⁸⁶ S. Ambrosini in *Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*, sopra citato, p. 8.

⁸⁷ G. Tarzia nel suo articolo *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, infatti, osservava come la questione rilevasse anche: «(...) per altre tematiche, di certo non meno rilevanti e finora ben poco esplorate: (...) [come] la possibilità o meno di configurare una

Fabiani, all'interno di questo dibattito, si adoperava per ricostruire i tratti che avevano fatto ritenere alla maggior parte della dottrina tale strumento negoziale distinto da quelli concorsuali e individuava cinque ragioni che avrebbero dovuto condurre a tale risultato esegetico. Esse consistevano nel fatto che: «i) non è previsto un procedimento o un provvedimento di aperture; ii) non vi è la nomina di organi (un commissario, un giudice delegato, un comitato di creditori); iii) non c'è una regolazione concorsuale del dissesto (non tutti i creditori ne sono coinvolti); iv) i creditori non sono organizzati come collettività ma come somma di tante teste; v) il debitore resta il *dominus* dell'impresa, non solo perché continua a dirigerla, ma anche perché non vi è alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato; i suoi atti non sono assoggettati né a vincoli né a controlli». Proseguiva l'autore «Se si prendono in considerazione le altre procedure disciplinate dalla legge fallimentare (...), si nota che questi connotati sono caratterizzanti. In particolare vale la pena di soffermare l'attenzione sul fatto che manca una regolazione concorsuale. Il debitore non deve in alcun modo rispettare un principio di parità di trattamento fra i creditori; (...) manca altresì il profilo della universalità della regolazione, visto che il debitore è arbitro di scegliere con chi accordarsi e come accordarsi»⁸⁸.

In questo quadro, però, l'introduzione di una elemento tipicamente ricondotto solo ed esclusivamente alle procedure concorsuali quale il blocco delle azioni esecutive e

risoluzione o un annullamento dell'accordo di ristrutturazione per ragioni analoghe a quelle previste dagli artt. 137 e 138 l.fall. (e, per richiamo, dall'art. 186 l.fall.), [come] la possibilità o meno di ravvisare una *consecuzione* fra l'accordo (...) ed il successivo fallimento ai fini dell'impugnativa di atti pregiudizievoli ai creditori compiuti precedentemente al deposito ed all'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, [come] la possibilità o meno che i creditori aderenti mantengano impregiudicati i propri diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso, analogamente a quanto prevede l'art. 184 nel concordato preventivo». Articolo pubblicato in *Il Fallimento*, 1, 2009, pp. 55-56.

⁸⁸ M. Fabiani in *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento*, 8, 2010, pp. 901-902.

conservative nei confronti del patrimonio del debitore aveva fatto sì che non pochi autori iniziassero a reputare, ancorché in forma dubitativa, la possibilità che tale strumento negoziale stesse iniziando a convergere verso l'orbita della concorsualità⁸⁹.

⁸⁹ Concorsualità che, per altro sconta un deficit definitorio, non essendo rinvenibile all'interno del nostro ordinamento una definizione, neppure indiretta, dello stesso concetto. G Tarzia nel suo *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, sopra citato, p. 55, ci diceva a tal proposito: «Non essendovi una definizione normativa della categoria "procedure concorsuali", tocca all'interprete ravvisare quali debbano essere i tratti *minimi* caratterizzanti tale categoria (...)». Ed appare evidente come proprio tale grado di incertezza abbia contribuito in modo decisivo ad animare lo stesso dibattito in merito alla natura dell'istituto degli accordi di ristrutturazione.

CAPITOLO 3

3.1 Successivi interventi legislativi sugli accordi di ristrutturazione.

Negli anni successivi, seguì una produzione pressoché annuale di decreti legge dai contenuti assai eterogenei⁹⁰, diretti a riformare, tra le altre cose, ampi spazi della materia concorsuale presa nel suo insieme.

Una parte rilevante di tali decreti andò ad incidere, inoltre, anche la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, talvolta comportando solamente delle puntualizzazioni dirette a render la stessa disciplina maggiormente armonica rispetto al resto dell'ordinamento concorsuale, in altri casi, invece, tali interventi comportarono modifiche di portata così profonda, da mutarne la natura.

Cronologicamente il primo di questi interventi ad aver interessato la disciplina degli accordi in oggetto fu il decreto legge 185 del 2008 (c.d. decreto anti crisi) il quale venne poi convertito in legge con la l. n 2 del 2009. Questo decreto è da annoverarsi tra quelli che incisero in modo relativamente marginale la disciplina in esame, nel senso che le novità introdotte contribuirono solamente a rendere l'utilizzo dell'istituto più armonico.

Con questo intervento legislativo, infatti, vennero modificati alcuni aspetti inerenti all'istituto della transazione fiscale⁹¹, la cui disciplina era ed è rinvenibile all'art. 182-ter l. fall.

⁹⁰ I quali per altro andavano ad assumere appellativi altisonanti quali, ad esempio, decreto "anti crisi" o decreto "competitività", decreto "per lo sviluppo" o ancora decreto "crescita". Elementi connotativi a cui però in concreto spesso non conseguivano gli effetti (realmente?) voluti.

Prima del d. lgs. 169 del 2007 tale strumento poteva essere utilizzato unicamente nell'ambito applicativo del concordato preventivo e proprio tale aspetto aveva fatto sì che l'estensione anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti della transazione fiscale avesse comportato un grosso deficit di coordinamento dello stesso istituto con quello degli accordi⁹².

La decretazione in parola puntualizzava alcuni degli aspetti problematici, andando così a colmare parzialmente quel deficit di coordinamento esistente tra le due discipline negoziali⁹³. È comunque da sottolineare come tale disciplina, poiché originariamente disegnata attorno a quella del concordato preventivo⁹⁴ ed ulteriormente essendo la stessa caratterizzata da un alto tasso di tecnicismo, fece fatica a trovare un suo preciso ambito applicativo all'interno dell'istituto degli

⁹¹ Nella sostanza questo strumento prevede la possibilità per l'imprenditore in crisi di proporre il pagamento parziale o anche dilazionato dei tributi amministrativi dovuti alle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie. È chiaro come l'obiettivo che idealmente lo stesso si propone di perseguire sia, a ben vedere, complementare a quello perseguito dall'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ossia quello di favorire l'attuazione di programmi di prevenzione o di risoluzione delle crisi delle imprese anche attraverso la mitigazione degli effetti dell'indebitamento fiscale e previdenziale.

⁹² Una compiuta ricognizione di tali difficoltà è esposta con chiarezza da G.B. Nardecchia in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, sopra citato, pp. 708 – 709, ove si possono rinvenire ulteriori e più specifici riferimenti a tal riguardo.

⁹³ Per un riferimento vedasi G. Buccarella in *I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013, pp. 203 ss. in cui viene compiuta un'attenta analisi dell'istituto, sia in merito alla sua evoluzione normativa, sia consequenzialmente alla sua evoluzione contenutistica.

⁹⁴ Ricordo che nella disciplina del concordato preventivo vige l'art. 184 l. fall. per il quale: «Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161», il che fa sì che anche ove l'Agenzia delle entrate si sia opposta alla proposta di transazione fiscale contenuta nel piano concordatario, invece, accettato dalla maggioranza dei creditori, lo stesso piano risulti valido anche nei confronti della stessa Agenzia. Conclusione che non può essere riproposta negli accordi di ristrutturazione dei debiti, ove un'eventuale proposta di transazione fiscale necessita, invece, di un esplicito assenso da parte della stessa Amministrazione tributaria.

accordi di ristrutturazione dei debiti come rimedio alla situazione di crisi dell'impresa.

Successivamente al decreto *anti crisi* la disciplina degli accordi di ristrutturazione visse un periodo di relativa “tregua” durante il quale non si registrarono interventi legislativi diretti ad incidere sulla sua struttura, cosicché la disciplina stessa poté cominciare a sedimentarsi e stratificarsi nella pratica grazie all'interpretazione della disciplina degli accordi fornita dalla giurisprudenza.

Come, però, le critiche mosse all'impianto dell'istituto han fatto ben intendere, vi era, un qual certo margine di miglioramento della disciplina stessa; così nel 2010 venne adottato dal governo un nuovo decreto legge (mi riferisco al decreto legge 78 del 2010, c.d. decreto *sviluppo*, successivamente convertito nella legge n. 122 del 2010) il quale comportò novità di rilievo nella disciplina degli accordi di ristrutturazione andando a proseguire, e forse ad implementare, quell'opera di stratificazione in corso⁹⁵.

Il d.l. *sviluppo* andò ad incidere nuovamente la questione inerente il blocco delle azioni esecutive e conservative poste in essere dai creditori nei confronti del patrimonio del debitore (anche se in questa sede il blocco sarebbe stato indirizzato alla fase stragiudiziale della procedura); inoltre per la prima volta venne affrontata la questione inerente la prededucibilità di alcune specifiche tipologie di crediti sorti in

⁹⁵ M. Fabiani nella parte introduttiva della sua opera *Diritto Fallimentare, un profilo organico*, contenuto nella collana *Strumenti del diritto*, sopra citata, p. 40, parlava in modo compiuto di «costituzione materiale del nuovo diritto fallimentare», e sottolineava come condizione necessaria, affinché un risultato di tale genere potesse venire a crearsi, quella per cui il moto riformatore si stabilizzasse, in modo che la legge non divenisse un cantiere sempre aperto in grado di produrre dubbi applicativi in merito alla nuova legge fallimentare e consequenziali disequaglianze in merito alla protezione concretamente offerta ai consociati (dovutesi alla consequenzialità temporale dell'entrata in vigore delle diverse discipline predisposte e dei diversi effetti che ad esse si ricollegavano, che spesso portavano anche ad una diversa intensità nella tutela offerta al credito, con tutte le conseguenze negative del caso, specialmente in termini di certezza del diritto).

funzione o in esecuzione del piano oggetto degli accordi di ristrutturazione; ulteriormente con tale intervento venne ad essere introdotta un'esimente penale in grado di risolvere alcune delle questioni che sarebbero potute scaturire in capo al debitore e a quei creditori (il riferimento va qui ancora agli istituti bancari) che si fossero adoperati per concedere le risorse necessarie alla risoluzione della situazione di crisi.

Ma procediamo per gradi, desidero prendere in analisi primariamente l'introduzione della protezione anticipata del patrimonio del debitore dalle azioni esecutive e conservative. Come ho già indagato nel precedente capitolo il blocco in parola fu inizialmente (dopo il decreto c.d. *correttivo* del 2007) previsto come valevole unicamente nella seconda delle due fasi (ovverosia quella giudiziale) in cui il procedimento per l'accesso alla disciplina degli accordi di ristrutturazione è suddiviso. Questo aspetto aveva attirato copiose critiche da parte della dottrina, riconducibili innanzitutto alla constatazione secondo cui il debitore, nel momento in cui avesse deciso di accedere alla disciplina dell'art. 182-*bis*, sarebbe andato ad instaurare con alcuni creditori delle trattative, le quali avrebbero potenzialmente potuto protrarsi anche per un lasso di tempo rilevante, lungo il quale il suo patrimonio sarebbe rimasto esposto al rischio di subire azioni aggressive instaurate da quei creditori rimasti estranei alle trattative stesse o da parte di quelli che le avessero rifiutate⁹⁶.

Ma in realtà il rischio risiedeva anche e soprattutto nel fatto che i creditori (e qui mi riferisco alla parte resa partecipe delle trattative) potessero acquisire diritti di prelazione spendibili da posizioni di forza nei confronti del patrimonio

⁹⁶ E a ben vedere quest'ultimi, una volta venuti a conoscenza della situazione di crisi (per quanto potenzialmente reversibile) dell'imprenditore/debitore, con grande probabilità avrebbero dato avvio ad azioni di questo genere.

dell'imprenditore/debitore nel caso in cui la proposta di ristrutturazione formulata negli accordi non fosse stata considerata soddisfacente (e quindi potesse costituire il verosimile preludio dell'apertura del fallimento), aspetto che fu completamente ignorato dal legislatore che istituì la disciplina relativa al blocco "originario" destinato ad operare nella fase dell'omologazione dell'accordo.

La modifica introdotta dal d. l. *sviluppo* andò ad incidere, ampliandoli, sia l'oggetto del blocco che la sua durata temporale, per cui l'imprenditore/debitore che desiderava stipulare con i suoi creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti e avesse temuto che nel tempo necessario a formalizzarlo e a farlo pubblicare presso il registro delle imprese vi fossero concrete possibilità di subire "aggressioni", poteva rivolgere al tribunale⁹⁷ un'istanza in cui richiedeva un provvedimento di natura inibitoria, ossia un decreto con il quale venisse disposto il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati⁹⁸.

⁹⁷ Finalmente con questo intervento normativo il legislatore andò ulteriormente a precisare come, anche nel caso delle procedure giudiziali connesse all'istituto degli accordi di ristrutturazione (quindi la procedura d'omologa e ora anche quella inerente il sub-procedimento inibitorio), il criterio di riferimento per l'individuazione del Tribunale competente fosse l'art. 9 l.fall. secondo cui tale competenza spetterebbe al tribunale ove era situata la sede principale dell'impresa; il che comportò l'applicazione anche del secondo comma inerente l'intangibilità, ai fini della competenza, del trasferimento della sede avvenuto nell'anno antecedente all'apertura della procedura.

⁹⁸ Quest'ultimo riferimento ai titoli di prelazione non concordati venne a costituire quell'ampliamento di oggetto del blocco in questione. Si trattava, infatti, di una formula elegante per negare l'accesso alle ipoteche giudiziali e per confermare, ancorché implicitamente, che il debitore durante la fase delle trattative aveva la piena capacità negoziale e poteva, perciò, vincolare il suo patrimonio nella maniera più consona a permettere il superamento della fase di crisi.

Per poter ottenere tale risultato l'istanza depositata presso la segreteria del Tribunale avrebbe dovuto essere corredata di una corposa documentazione⁹⁹ la cui natura e i cui contenuti talvolta non risultavano specificati chiaramente dallo stesso legislatore¹⁰⁰.

Ma l'aspetto più dirimente correlato a tale nuova disciplina era indubbiamente rappresentato dal fatto per cui parallelamente o addirittura precedentemente¹⁰¹ alla presentazione dell'istanza di sospensione al Tribunale l'effetto sospensivo si sarebbe prodotto con la mera pubblicazione della stessa istanza (priva della documentazione prescritta per il deposito della stessa innanzi al Tribunale) presso il registro delle imprese¹⁰².

Successivamente al deposito dell'istanza di sospensione presso l'autorità giudiziaria si sarebbe instaurato un procedimento, nel contraddittorio delle parti, nel quale si sarebbe analizzata tutta la documentazione depositata con l'istanza; solamente ove essa fosse risultata completa e comprovante il fatto che fossero effettivamente in corso trattative con almeno il 60% dei creditori dell'imprenditore/debitore

⁹⁹ In particolare l'istanza di sospensione doveva essere corredata della documentazione prevista ex art. 161 l.fall., della proposta di accordo, di un'autodichiarazione dell'imprenditore/debitore attestante il fatto che fossero in corso trattative con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei suoi crediti ed infine una dichiarazione del professionista attestatore che la proposta se accettata sarebbe stata idonea a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei alle trattative o che si sarebbero rifiutati di trattare.

¹⁰⁰ Infatti rimasero oggetto di dibattito (sia dottrinale che giurisprudenziale), ad esempio, questioni inerenti il grado di rispondenza che la proposta di accordo avrebbe dovuto avere rispetto alla proposta definitiva; ed ancora in che tipologia di responsabilità sarebbe incorso l'imprenditore/debitore che avesse autocertificato il falso.

¹⁰¹ Essendo che il legislatore non si è preoccupato di regolare tale importante aspetto, come vedremo fonte di notevoli problematiche per ciò che concerne le possibilità di abuso della protezione stessa.

¹⁰² Questo aspetto fu mutuato dall'esperienza statunitense, ove, all'interno del famigerato *Chapter 11* (ossia la parte della normativa concorsuale d'oltre oceano dedicata alle soluzioni concordatarie delle crisi dell'impresa e non), tale blocco anticipato delle azioni aggressive viene a prendere il nome di *automatic stay*.

richiedente e che tali trattative potessero condurre verosimilmente alla stipula di un accordo in grado di risanare l'esposizione debitoria garantendo al contempo il regolare soddisfacimento dei creditori rimasti estranei all'accordo, il Tribunale avrebbe potuto emanare un decreto motivato concedente il divieto in parola¹⁰³.

Ulteriormente tale decreto avrebbe dovuto anche specificare un termine, che comunque non avrebbe potuto superare i sessanta giorni, entro il quale l'accordo definitivo corredato della relativa documentazione legalmente prevista avrebbe dovuto esser depositato presso la stessa autorità giudiziaria¹⁰⁴.

Come risulta intuibile dalla descrizione appena effettuata, anche questa nuova modifica della disciplina degli accordi di ristrutturazione non andò esente da critiche. Oltre, infatti, agli aspetti già segnalati, sicuramente vistosa risultava la mancanza di coordinamento tra l'oggetto del blocco preventivo predisposto con la novella e quello già esistente e previsto al 3° comma dell'art. 182-*bis*¹⁰⁵; ulteriormente risultava poco chiara quale portata dovesse assumere l'indagine che il Tribunale avrebbe dovuto compiere in questa sede, ossia se essa avrebbe dovuto riguardare anche l'attuabilità generale del futuro accordo o se dovesse verificare solamente la sussistenza delle

¹⁰³ Così descritto questo sub-procedimento appariva chiaramente appartenente al novero di quelli di natura cautelare, anche se, come ben sottolineato da M. Fabiani in *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione*, sopra citato, p. 903, «(...) è un procedimento cautelare atipico nella misura in cui il giudice è chiamato a valutare solo il *fumus boni iuris*, perché il *periculum in mora* è presunto».

¹⁰⁴ Anche qui il legislatore non aveva previsto nulla nel caso tale adempimento non venisse rispettato, anche se appare condivisibile la tesi di chi, come S. Bonfatti, sostenne la caducazione automatica *ex tunc* degli effetti protettivi dispiegati dalla pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese.

¹⁰⁵ Il Blocco destinato ad operare nella fase delle trattative comprendeva oltre al divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari anche, come già visto, il divieto di acquisire titoli di prelazione se non concordati; il blocco destinato ad operare nella fase dell'omologazione dell'accordo, invece, comprendeva solo il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari. Si tratta di una divergenza non facilmente spiegabile né colmabile.

condizioni per il regolare pagamento dei creditori estranei. Autorevole dottrina¹⁰⁶, inoltre, osservava come la carenza di una previsione in merito al coordinamento delle tempistiche inerenti il deposito dell'istanza presso il registro delle imprese e la presentazione della stessa, corredata dalla documentazione legalmente prevista, presso la segreteria del tribunale competente, era in grado di ingenerare facili abusi della stessa disciplina¹⁰⁷.

Ciò nonostante era innegabile constatare come l'introduzione di questa estensione della disciplina protettiva fosse un elemento reputato dalla maggioranza del mondo dottrinale come necessario¹⁰⁸ affinché gli accordi di ristrutturazione potessero andare a ritagliarsi il loro spazio applicativo all'interno delle soluzioni negoziate della crisi dell'impresa predisposte dall'ordinamento concorsuale¹⁰⁹.

¹⁰⁶ S. Bonfatti in *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011.

¹⁰⁷ L'autore in parola parlando di questa mancata specificazione proponeva come soluzione: «Al fine di prevenire "l'abuso" dell'istituto da parte di chi pubblicasse una istanza di sospensione fantomatica (...), senza poi dare corso all'avvio del procedimento (...), potrebbe essere opportuno esprimere l'opinione (...) che il Registro delle Imprese consenta la pubblicazione dell'istanza di sospensione solo dopo averne constatato il preventivo deposito in Tribunale (in pratica, sulla base di un esemplare dell'istanza rilasciata dalla Cancelleria del Tribunale con l'attestazione dell'intervenuto deposito)». Tratto da *Manuale di diritto fallimentare*, sopra citato, pp.643-644.

¹⁰⁸ Anche se non mancarono le voci discordanti. Una su tutte, quella di A. Nigro in *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, sopra citato, p. 83, ove l'autore sottolineava pervasivamente come: «(...) vi è da dubitare dell'opportunità dell'estensione del blocco (...). Il meccanismo degli accordi rinveniva fin qui uno dei suoi connotati distintivi (...) nella nitida scansione fra la fase privatistica della formazione degli accordi, (...) e la fase processuale/pubblicistica, (...). Con la modifica introdotta, quella scansione può perdere la sua nitidezza e la componente processuale/pubblicistica penetrare, inopportuna, nella fase privatistica. Il blocco (...) qui assolve alla funzione – chiaramente indicata (...) nella relazione [al decreto legge] – di prevenire azioni di "disturbo" rispetto alla conclusione dell'accordo: con il che, a ben vedere, si traduce in un fattore di "distorsione" della libera determinazione delle parti».

¹⁰⁹ Mi riferisco alla constatazione secondo cui operativamente all'interno di questa categoria lo strumento del concordato preventivo aveva generalmente trovato un riscontro operativo assai più vasto rispetto a quello degli accordi di ristrutturazione.

Come precedentemente anticipato il d.l. *sviluppo* aveva predisposto, ulteriormente, una disciplina, invocata già dai primi commentatori della riforma del 2005, in merito alla prededucibilità di alcune tipologie di crediti venuti a maturare in occasione della presentazione o dell'esecuzione degli accordi di ristrutturazione; tale disciplina risultava e lo risulta tutt'ora contenuta all'interno del neo introdotto art. 184-*quater* l.fall¹¹⁰.

È subito da sottolineare come l'introduzione della prededucibilità attraverso un'esplicita previsione di legge abbia permesso ad autorevole dottrina¹¹¹ di affermare con maggiore enfasi la tesi per cui l'istituto in oggetto risultava essere autonomo rispetto a quello del concordato preventivo, ma soprattutto non appartenente al genere delle procedure concorsuali; se così fosse stato, infatti, una norma come l'art. 182-*quater* non sarebbe stata necessaria, sussistendo all'interno della legge fallimentare già l'art. 111, il quale prevedeva già che fossero da considerarsi prededucibili tutti i crediti sorti in funzione o in esecuzione di una procedura concorsuale o alternativamente quei crediti che fossero così definiti da una specifica disposizione di legge (ed era questo il caso della prededucibilità inserita nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti).

Ma analizziamo brevemente le tipologie di creditori interessati dall'art. 182-*quater*: esso si riferiva a) alle banche e agli intermediari finanziari, b) ai soci, c) alla categoria dei professionisti attestatori. Ognuna di queste tre categorie deve essere

¹¹⁰ In merito all'introduzione di tale disciplina alcuni autori arrivarono a sostenere come in questo modo si fosse portata a conclusione la "frantumazione" del ceto creditorio (di solito questi autori accostavano l'introduzione della prededucazione in parola alla introdotta possibilità di suddividere i creditori in classi all'interno della disciplina del concordato preventivo), ossia la possibilità sempre maggiore che la ripartizione dell'attivo all'interno della procedura fallimentare potesse seguire principi derogatori rispetto a quello generale della concorsualità.

¹¹¹ S. Bonfatti in *Manuale di diritto fallimentare*, sopra citato, p.660.

analizza singolarmente, in quanto i livelli di protezione predisposti dalla norma per gli stessi non erano tra loro omogenei.

Per ciò che concerne i crediti contratti nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari, era stabilito che essi fossero sempre ed integralmente prededucibili nel successivo (eventuale) fallimento qualora fossero posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione che avesse ricevuto l'*imprimatur* dell'omologazione (quindi di fatto era divenuta prededucibile la c.d. nuova finanza). Era, altresì, stabilito che avrebbero potuto essere considerati prededucibili anche quei crediti (erogati sempre dalle banche o dagli intermediari finanziari) sorti in funzione della presentazione degli accordi di ristrutturazione, a patto che, però, il decreto che (potenzialmente) avrebbe omologato l'accordo prevedesse espressamente tale prededucibilità, previa verifica di conformità del credito stesso al piano di ristrutturazione oggetto dell'accordo¹¹²; fecero ingresso, così, nella disciplina degli accordi di ristrutturazione anche i c.d. finanziamenti ponte¹¹³.

Per quanto concerne, invece, i crediti contratti nei confronti degli stessi soci delle imprese desiderose di accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione, la norma in analisi poneva una disciplina assai particolare la quale generò alcune

¹¹² La giustificazione di tale requisito come osservato da autorevole dottrina risiedeva nel fatto per cui: «(...) il legislatore, temendo una deriva di prededucibilità in pregiudizio dei creditori concorsuali, ha ritenuto di sottoporre l'operazione ad un controllo giudiziale», M. Fabiani in *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione*, sopra citato, p. 905, il quale proseguiva in merito all'opportunità di un controllo giudiziale siffatto: «(...) [così facendo] resta il fatto che la banca nel momento in cui eroga il finanziamento non è certa che il suo credito sia trattato col rango preferenziale. È (...) probabile che la banca sia disposta a deliberare il finanziamento [condizionandolo] all'intervenuta(...)» omologazione dell'accordo. Chiaramente l'autore si poneva criticamente nei confronti di tale soluzione, in quanto essa veniva ad aumentare quei costi di sistema a cui mi ero già riferito in precedenza alla nota 43.

¹¹³ Per finanziamenti ponte si deve intendere quelle linee di credito o quei finanziamenti concessi alle imprese in crisi per concedere alle stesse la possibilità di accedere agli strumenti di composizione negoziale della crisi.

perplexità¹¹⁴. Infatti era previsto che i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soci in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato fossero prededucibili unicamente sino alla «(...)concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare»¹¹⁵; la norma, così, nulla andava a dire in merito alla sorte spettante al rimanente venti per cento (anche se la tesi secondo cui tale porzione di credito sarebbe rimasta postergata risultava essere unanimemente riconosciuta). Ulteriormente, sempre nel silenzio della norma, si era sviluppata la tesi (anch'essa unanimemente riconosciuta come corretta) secondo cui tale disciplina appariva applicabile solo alla nuova finanza erogata in esecuzione dell'accordo, con ciò escludendo la sua applicabilità ai c.d. finanziamenti ponte erogati dai soci.

Per quanto concerne, infine, i crediti contratti nei confronti del professionista attestatore la norma in esame prevedeva come questa categoria di crediti risultasse prededucibile ogni qual volta il provvedimento di omologa lo avesse espressamente disposto, quasi «(...) a voler dire che il tribunale [dovesse] valutare il merito della prestazione»¹¹⁶.

¹¹⁴ Questa materia, infatti, fu oggetto di "attenzioni normative" già all'epoca della riforma del diritto societario (2003) sede in cui il legislatore decise di imboccare la via del rigore nei confronti di questa tipologia di crediti, sancendo la loro costante postergazione (vedasi artt. 2467- 2497-*quinquies* c.c.) rispetto a quelli vantati dai creditori della società, in quanto ritenne in quella sede maggiormente corretta la circostanza per cui se i soci avessero voluto investire del capitale nella loro società, avrebbero dovuto condurre tale operazione conferendo capitali di rischio e non capitali di credito. Ecco spiegato come mai l'inversione di rotta, potremmo dire a trecentosessanta gradi, in merito alla prededucibilità di questa tipologia di crediti avesse spiazzato, e non poco, la dottrina.

¹¹⁵ Art. 182-*quater* l.fall.

¹¹⁶ M. Fabiani in *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione*, sopra citato, p. 906, ove l'autore proseguendo e commentando la parte dell'art. 182-*quater* in analisi sosteneva come: «A me pare (...) che il controllo preliminare del tribunale sia soltanto di mera legittimità, così da tradursi in un riscontro del fatto che quella attestazione è stata effettivamente funzionale all'ammissione al concordato».

Anche tale disciplina, tanto invocata, non ha mancato di generare pesanti critiche in merito alle modalità concrete adottate dal legislatore per rendere prededucibili i crediti riconducibili alle tre categorie citate. Tra le più rilevanti ritengo possa essere menzionata quella di Bonfatti, il quale sottolineava la presenza di un'incongruenza di fondo tra il regime revocatorio scaturito dall'omologazione degli accordi nei confronti dei pagamenti e delle garanzie poste in funzione dell'accordo e il regime delle prededuzioni varato dal d.l. *sviluppo* tale per cui: «Relativamente ai crediti sorti in conseguenza del compimento di atti esecutivi di un "Accordo" (...) si assiste alla situazione per cui se sono stati pagati, i pagamenti non sono revocabili; mentre se non sono stati pagati non sono necessariamente prededucibili»¹¹⁷. Ma merita esser citata anche quell'osservazione mossa da Nigro in cui, parlando della prededucibilità dei c.d. finanziamenti ponte erogati dalle banche o da intermediari finanziari e della prededucibilità dei crediti relativi ai compensi spettanti al professionista attestatore sosteneva come: «(...) [in questi casi] la prededucibilità è subordinata a ciò che essa sia espressamente *disposta* nel provvedimento con cui il tribunale omologa l'accordo. Si tratta di una condizione a dir poco singolare. È sicuro, infatti, che il giudice che provvede sull'omologazione (...) non può "disporre" alcunché con riferimento ad una futura ed eventuale procedura di fallimento (...). Talché l'espressione adottata parrebbe dover essere considerata frutto di una difettosa formulazione ed interpretata più ragionevolmente nel senso che il tribunale (...) dovrà (...) *verificare* che quei crediti siano sorti in funzione di quell'omologazione ed espressamente darne atto, spettando poi agli organi della futura ed eventuale procedura fallimentare il disporre la prededucibilità»¹¹⁸.

¹¹⁷ S. Bonfatti in *Manuale di diritto fallimentare*, sopra citato, p. 660.

¹¹⁸ A. Nigro, in *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese, lineamenti generali*, sopra citato, p. 93.

Oggettivamente parlando, comunque, l'art. 182-*quater* l.fall. presentava alcuni limiti; risultava difficilmente comprensibile, infatti, la motivazione per la quale a beneficiare della prededuzione fossero unicamente i crediti vantati dagli istituti finanziari, andando così ad escludere quelli, invece, vantati dai fornitori, soggetti altrettanto importanti ai fini della prosecuzione dell'attività d'impresa. Ulteriormente risultava incomprensibile la ragione che avesse spinto il legislatore a rendere prededucibile unicamente i crediti vantati dal professionista attestatore, escludendo implicitamente la prededuzione per le prestazioni degli altri professionisti (quali consulenti legali e finanziari), anch'essi certamente indispensabili per l'efficace svolgimento delle procedure di ristrutturazione.

Il d.l. *sviluppo*, infine, come accennato precedentemente, aveva ascoltato quelle critiche mosse già dai primi commenti alla disciplina del 2005, in merito al pericolo che l'imprenditore e i creditori, nel tentare di risolvere la crisi dell'impresa attraverso lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sarebbero potenzialmente incorsi nel reato di bancarotta semplice e preferenziale (artt. 216, 3° comma, 217 l.fall.) nell'ipotesi in cui l'accordo stesso non avesse condotto al risultato sperato. Fu inserito, infatti, l'art. 217-*bis* l.fall. contenente una specifica scriminante dalle fattispecie di reato sopra citate nei confronti dei pagamenti e delle operazioni compiute in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato¹¹⁹.

Come autorevole dottrina ha sottolineato¹²⁰, questa innovazione, di fatto, va a confermare l'esigenza d'interpretare in maniera rigida il collegamento esistente tra l'atto o il pagamento e l'accordo di ristrutturazione, nel senso che tale collegamento

¹¹⁹ La scriminante comunque si applicava (e si applica tutt'ora) anche nei confronti di quei pagamenti e di quelle operazioni poste in essere in funzione di un concordato preventivo ammesso e di un piano di risanamento attestato

¹²⁰ A. Nigro, in *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese, lineamenti generali*, sopra citato, p. 94.

debba sussistere *ex ante* e che quindi tale atto o pagamento debba essere espressamente contemplato nell'accordo.

L'anno seguente il legislatore tornò nuovamente ad interessarsi degli accordi di ristrutturazione dei debiti attraverso il d.l. 98 del 2011 (c.d. decreto per lo sviluppo) convertito successivamente nella l. 111 del 2011. Questo intervento legislativo dettava una disciplina, almeno negli intenti, transitoria e che comportò un'unica, ma rilevante, novità nella disciplina dell'istituto in parola. Cito testualmente: «in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere (...)»¹²¹ agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Di fatto di d.l. analizzato ampliava la portata del presupposto soggettivo necessario per poter accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione ed a quello della transazione fiscale affiancando al contempo esplicitamente al presupposto oggettivo di crisi quello dell'insolvenza.

Ciò aveva comportato principalmente due conseguenze: innanzitutto in questo modo si aggiungeva un ulteriore argomento di natura sostanziale alla tesi che vedeva l'istituto in analisi contrapposto a quello del concordato preventivo¹²². Ulteriormente si era potuto, ancorché in via interpretativa, dar accesso allo strumento degli accordi di ristrutturazione anche al piccolo imprenditore commerciale, escluso dalla

¹²¹ Art. 23, comma 43 del d.l. 98 del 2011.

¹²² Infatti era vero che fino all'entrata in vigore della modifica legislativa in parola i presupposti soggettivo e oggettivo di entrambi gli istituti venivano a coincidere in quanto la legge per entrambi parlava semplicemente di "imprenditore in stato di crisi". Ma dopo la precisazione apportata dal d.l. 98 del 2011 tale coincidenza non sussisteva più; il concordato preventivo, infatti, rimaneva irrimediabilmente precluso all'imprenditore agricolo.

possibilità di accedere alle procedure concorsuali, tanto quanto l'imprenditore agricolo¹²³.

3.2 I primi contributi giurisprudenziali.

Le modifiche analizzate nel paragrafo precedente hanno avuto la capacità in concreto di rendere maggiormente appetibile ai pratici lo strumento degli accordi di ristrutturazione, specialmente all'interno di quelle realtà imprenditoriali di grandi dimensioni. Ciò può essere facilmente riscontrato analizzando la nuova giurisprudenza venuta a formarsi attorno all'applicazione degli accordi di ristrutturazione. Oltre ad essere aumentata numericamente, infatti, essa era caratterizzata da fatti di causa inerenti situazioni di crisi in grado di coinvolgere grandi patrimoni, facenti capo ad imprese, talvolta quotate nel mercato azionario e

¹²³ Su tale punto si erano sviluppati indirizzi dottrinali contrastanti, anche se sembrava prevalere quello che andava a negare la possibilità al piccolo imprenditore così come all'imprenditore agricolo la possibilità di accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione sulla base della constatazione secondo cui l'effetto principe riconnesso a tale disciplina fosse quello della possibilità di ottenere l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare, circostanza che spingeva tale dottrina a ritenere un interesse di tal genere riconducibile unicamente a quell'imprenditore potenzialmente fallibile secondo gli artt. 1 e 5 l.fall. Ma l'intervento normativo in analisi rendendo applicabile la disciplina degli accordi di ristrutturazione anche all'imprenditore agricolo scardinava la base di tale visione. Come efficacemente testimoniato da autorevole dottrina: «(...) non si può escludere che l'interesse dell'imprenditore, ancorché non fallibile, sia quello di beneficiare (...) del c.d. *automatic stay* al fine di poter pervenire ad una sistemazione migliore dei propri debiti (...). Da un punto di vista sistematico, poi, sostenere la tesi della non ammissibilità del piccolo imprenditore pare irragionevole, di dubbia legittimità e contrastante con il principio di eguaglianza, in quanto si consentirebbe di far accedere all'accordo di ristrutturazione un imprenditore agricolo di piccole dimensioni, ma non un piccolo imprenditore commerciale». G. Buccarella in *I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, sopra citato, p.67, ove possono essere rintracciati riferimenti ulteriori.

non di rado strutturate nella forma della *holding* o comunque del gruppo di imprese¹²⁴.

Senza voler prendere in esame in questa sede uno specifico intervento giurisprudenziale, relativamente all'applicazione della disciplina degli accordi di ristrutturazione così come innovata, ritengo comunque utile sottolineare le modalità che tendenzialmente avevano animato l'operato della giurisprudenza stessa in questo suo lavoro. I provvedimenti a cui mi riferisco, infatti, presentavano caratteristiche comuni: le questioni affrontate, con le debite distinzioni dovute ai differenti fatti di causa che concretamente avevano dato vita alle controversie, convergevano quasi sempre nell'analisi di due punti, la cui definizione, lungi dall'esser stata risolta normativamente, rimaneva oggetto di dibattito.

Mi riferisco alle questioni che emersero già dopo l'introduzione delle modifiche effettuate dal decreto legislativo *correttivo* del 2007 e più precisamente la definizione del rapporto esistente tra istanza di accertamento dei requisiti per il fallimento (la procedura pre fallimentare) e domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione e quella inerente, invece, la portata del giudizio di omologazione, ossia come debba concretamente essere strutturato lo scrutinio dell'autorità giudiziaria in questa delicata fase della procedura inerente gli accordi di ristrutturazione.

Per ciò che concerne la prima questione, l'indirizzo maggioritario accolto dalla giurisprudenza era orientato nel senso di considerare le due procedure connesse da un rapporto di pregiudizialità, tale da comportare la riunione dei due procedimenti

¹²⁴ Anche se, la disciplina in oggetto rimaneva del tutto priva di alcuna indicazione in merito alla sua possibile applicabilità all'universo dei gruppi d'impresе, constatazione, questa, che aveva destato molte critiche in quanto uno strumento negoziale marcatamente privatistico come gli accordi di ristrutturazione dei debiti avrebbe costituito un ottimo strumento per poter pervenire ad una compiuta risoluzione delle situazioni di crisi dei gruppi d'impresе.

innanzi allo stesso giudice: pregiudizialità che imponeva di valutare anticipatamente la capacità degli accordi presentati per l'omologa di poter permettere il superamento dello stato di crisi manifestatosi nella forma dell'insolvenza¹²⁵, in modo tale da poter condurre in caso affermativo al risanamento della stessa situazione così da “scacciare” il pericolo della dichiarazione di fallimento.

La seconda questione, invece, era risultata maggiormente dibattuta. Infatti la giurisprudenza risultava, ancora, divisa fra la tesi di coloro i quali ritenevano che la corte avrebbe dovuto intraprendere nel procedimento d'omologazione degli accordi di ristrutturazione un giudizio sugli stessi (e sulla documentazione che li avrebbe dovuti corredare) di legittimità e coloro che, invece, ritenevano come tale compito dovesse concretizzarsi in un controllo di merito. Secondo la prima tesi, risultata decisamente maggioritaria, il controllo doveva essere svolto sulla legittimità della documentazione allegata dall'imprenditore/debitore al ricorso stesso e tale controllo avrebbe dovuto concentrarsi nell'analisi e nella ricostruzione dell'*iter* logico compiuto dal professionista attestatore con la redazione della relazione attestante la capacità dell'accordo di risolvere la crisi dell'impresa garantendo al contempo il pagamento regolare dei creditori rimasti estranei (tesi c.d. del controllo sostanziale). Controllo che, però, avrebbe potuto (dovuto) mutare, dovendosi allora soffermare ad analizzare anche il merito della documentazione addotta rispetto alle osservazioni contenute nelle opposizioni, qualora nei trenta giorni successivi alla pubblicazione degli stessi presso il registro delle imprese fossero appunto intervenute opposizioni di creditori o di altri soggetti interessati (come previsto dall'art. 182-*bis*)¹²⁶.

¹²⁵ Potenzialità che non richiedeva necessariamente la capacità dell'accordo di esser omologato, potendo anche un accordo *tout court* stragiudiziale presentare la capacità di allontanare lo stato d'insolvenza più o meno incombente.

¹²⁶ Questa tesi di fatto mirava, come osservato da autorevole dottrina, a spostare in capo ai creditori il compito di vigilare sull'operato del debitore in *primis* e del professionista attestatore da lui

L'altra tesi, che ha trovato un minor riscontro nei provvedimenti giurisdizionali in parola, invece, sosteneva come il controllo che in questa sede doveva essere svolto dall'autorità giudiziaria sarebbe stato sempre eguale a prescindere che fossero presenti opposizioni o meno e avrebbe dovuto insistere sul controllo del merito della documentazione addotta con la domanda d'omologa¹²⁷.

Ciò detto in merito all'atteggiamento tenuto dalla giurisprudenza, mi sento di dover spendere alcune parole in merito alla portata delle innovazioni contenute nella decretazione d'urgenza analizzata nel paragrafo precedente.

Il beneficio della prededuzione (pur se soggettivamente limitato), unitamente all'antigiuridicità della condotta ai fini della responsabilità penale e all'inserimento dell'effetto dell'*automatic stay* anticipato già alle fasi delle trattative, avevano generato dei forti ripensamenti tra gli esponenti della dottrina a proposito di un istituto che si era sempre posizionato «a metà del guado»¹²⁸ tra gli strumenti di risoluzione delle crisi di tipo negoziale e quelli di tipo concorsuale. A quella parte della dottrina che ancora ne escludeva la natura concorsuale si era venuta a contrapporre quella (per vero minoritaria) che, con fermezza, riteneva come l'accordo di ristrutturazione dei debiti avesse perso quei connotati privatistici slogan

nominato, dando così agli stessi il compito di decidere se richiedere all'autorità giudiziaria di compiere un vaglio più o meno approfondito degli accordi presentati per l'omologazione. Così G. B. Naredecchia in *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 6, 2011, pp. 705 ss.

¹²⁷ Ciò veniva basato sulla constatazione che il controllo giudiziale inserito nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti era finalizzato principalmente a preservare quegli interessi dei creditori che magari per la loro natura avessero difficoltà a reperire informazioni utili per potersi premunire nei confronti dell'operato dell'imprenditore/debitore, ragione per cui il controllo del tribunale in sede d'omologa avrebbe costituito la loro unica possibilità di tutela in una disciplina oggettivamente orientata a favore del debitore.

¹²⁸ M. Fabiani, in *Diritto Fallimentare, un profilo organico*, sopra citato, p. 684

della “nuova” legge fallimentare¹²⁹ proprio sulla base delle innovazioni sopra elencate, le quali si presentavano come elementi propriamente caratterizzanti delle procedure concorsuali¹³⁰.

¹²⁹ Il riferimento qui va al d.l. 35 del 2005.

¹³⁰ La maggioranza della dottrina comunque, come accennato, rimaneva ferma nel considerare gli accordi di ristrutturazione dei debiti come uno strumento negoziale *tout court*, sulla base della considerazione assolutamente corretta secondo cui gli accordi andrebbero a realizzare una sistemazione della crisi dell’impresa attraverso una procedura non rispettosa dei principi della concorsualità e dell’universalità, principi riconosciuti pacificamente come l’ossatura sulla quale le procedure concorsuali vengono a svilupparsi.

CAPITOLO 4

4.1 L'ultimo intervento normativo in materia di accordi di ristrutturazione: il decreto legge *crescita*.

La deriva di modifica del tessuto normativo fallimentare continuò anche negli anni successivi e a noi più vicini, sempre con una cadenza pressoché annuale, producendo, guarda caso nuovamente attraverso decretazione d'urgenza, interventi in grado di incidere sempre più in profondità in una disciplina che, nonostante avesse conservato una “veste antica”¹³¹, stava (e lo sta facendo tutt'ora) transitando verso una nuova concezione¹³².

All'interno di questo quadro, nel presente capitolo interessa prendere in esame l'intervento riformatore che per ultimo, cronologicamente parlando, è stato approntato dal legislatore, ossia il decreto legge 83 del 2012, c.d. decreto *crescita*¹³³, convertito nella legge n. 134 del 2012, il quale ha inciso profondamente nella disciplina degli accordi di ristrutturazione apportandovi modifiche di sostanza, le quali, pur generalmente accolte con favore dal mondo della dottrina e della giurisprudenza, non hanno mancato di innescare nuovi dibattiti, talvolta riferiti a vecchie questioni in realtà mai sopite e che da tali novità han tratto nuova linfa, talvolta riferiti, invece, a questioni di nuova emersione.

Come accennato le innovazioni apportate dal decreto *crescita* incisero in profondità la disciplina degli accordi di ristrutturazione, ma mai come in questo caso tali

¹³¹ Appunto quella del R.D. 16 marzo 1942, n. 267

¹³² Questo punto sarà oggetto di una più approfondita analisi nella parte conclusiva del presente lavoro.

¹³³ Qualche autore ha usato, però, riferirsi allo stesso con l'appellativo di decreto *sviluppo*.

innovazioni si vennero a legare a quelle introdotte contestualmente in materia di concordato preventivo, andando, come avrò modo di esporre più avanti, a creare tra i due istituti rapporti di reciproca interferenza e potenziale interscambiabilità.

Sempre in via preliminare è anche da sottolineare il fatto che attraverso il d.l. 83 del 2012 sono state toccate questioni inerenti le discipline degli istituti negoziali menzionati¹³⁴ sulle quali la precedente dottrina e giurisprudenza avevano (come testimoniato precedentemente in questo scritto) dimostrato esistere concrete problematiche applicative ed ulteriormente tale attività migliorativa è stata condotta nella consapevolezza che una miglior applicazione degli strumenti di composizione della crisi dell'impresa sarebbe stata favorita da una disciplina in grado di anticipare il momento dell'emersione della crisi, andando quindi consequenzialmente ad introdurre strumenti di tipo anticipatorio¹³⁵.

Desidero partire dall'analisi delle modifiche apportate alla disciplina contenuta nell'art. 182-*bis*, il quale ha visto mutare il suoi commi, 1, 3, 6, 7 e 8. Di questa serie di innovazioni riveste indubbiamente un ruolo preminente quella occorsa al comma 1, a causa della suo insistere su di uno degli aspetti maggiormente caratterizzanti della disciplina degli accordi in questione, ossia la circostanza per cui gli accordi debbano consentire il superamento della situazione di crisi garantendo la contestuale soddisfazione dei creditori rimasti estranei all'accordo stesso.

Prima del d.l. 83 del 2012 tale soddisfazione, come già appurato precedentemente, veniva descritta dalla norma nei termini di un *regolare pagamento*, ossia, come

¹³⁴ Sono stati modificati, infatti, vari articoli preesistenti della legge fallimentare, ma si è anche proceduto ad inserirne di nuovi come gli artt. 169-*bis*, 182-*quinquies*, 182-*sexies*, 186-*bis* e 236-*bis*.

¹³⁵ Nonostante ciò la dottrina unanime continuava a sottolineare l'inopportunità della scelta di attuare riforme attraverso lo strumento della legislazione d'urgenza, la quale non poteva in alcun modo aiutare a creare omogeneità all'interno di una disciplina che, ormai per il numero degli interventi occorsi, risultava (e risulta) paragonabile ad una coperta troppo corta e piena di buchi mal rattoppati.

pagamento del credito in modo integrale e puntuale¹³⁶ al momento della sua scadenza¹³⁷.

In questo quadro di base il requisito in parola è andato modificato, in modo da rendere (almeno nelle intenzioni del legislatore) lo strumento degli accordi di ristrutturazione maggiormente appetibile ai pratici.

Ora il nuovo primo comma dell'art. 182-*bis* dice che l'accordo deve risultare idoneo: «ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione».

La rilevanza di tale soluzione normativa è andata subito riconosciuta: essa, innanzitutto, rendeva esplicito un elemento, che comunque era già venuto a consolidarsi nella giurisprudenza, ossia l'integralità del pagamento in questione; ma l'aspetto più rilevante era costituito dalla moratoria di quattro mesi, decorrenti dall'omologa o dalla data di scadenza a seconda che i crediti fossero scaduti o meno al momento dell'omologazione.

Per quanto tale modifica fosse risultata di indiscutibile valenza per ciò che concerne la volontà di render maggiormente efficaci ed utilizzabili gli accordi di ristrutturazione, essa, rappresentando un bilanciamento tra interessi diversi e non sempre coincidenti (ossia la tutela dell'interesse al risanamento dell'impresa in crisi e dei creditori aderenti all'accordo rispetto a quello di coloro che decidono di non

¹³⁶ Nozione che aveva, per altro, portato certa dottrina a formulare la tesi basata sul concetto di *pagamento* per cui esso sarebbe potuto avvenire solamente attraverso denaro o altri mezzi normali, tenuto anche conto della nozione di regolarità contenuta nell'art. 5 l.fall.

¹³⁷ Proprio la constatazione della ristrettezza di tale concezione fu considerata tra le cause che impedirono la diffusione pratica di questo istituto, a causa delle oggettive difficoltà che talvolta l'imprenditore/debitore in crisi avrebbe potuto incontrare nel pagare per l'intero e alla scadenza fino al 40% dei debiti a suo tempo contratti.

prender parte all'accordo), suscitò reazioni tutt'altro che entusiaste (ma non solo¹³⁸) sia tra i pratici¹³⁹ sia all'interno del mondo della dottrina¹⁴⁰.

Tra quest'ultimi merita di esser citata autorevole dottrina¹⁴¹ secondo cui questa opzione legislativa poteva di fatto configurare una duplicità di questioni problematiche: infatti, la moratoria di quattro mesi sul pagamento dei crediti scaduti o in scadenza, operando in modo automatico dall'omologa degli accordi andava a contrapporsi al principio di relatività degli effetti del contratto (contenuto nell'art. 1372 c.c.) secondo cui gli effetti di un contratto non potrebbero andare ad incidere sulle posizioni soggettive di coloro che non avevano prestato la loro adesione allo stesso. Ma ben più rilevante risultava la questione secondo cui la dilazione in parola avrebbe presentato probabili caratteri di incostituzionalità, concretizzati nel pensiero secondo cui in tal modo sarebbe venuto a realizzarsi: «(...) un esproprio del credito senza indennizzo(...)», dovuto al fatto che, tra le altre cose il legislatore non aveva specificato se nella pendenza del termine dilatorio dei quattro mesi gli interessi ricollegati al crediti "congelati" dovessero essere computati o meno¹⁴².

¹³⁸ S. Ambrosini in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Il Fallimento*, 10,2012, pp. 1137 ss., effettuava un'analisi delle modifiche apportate dal d.l. *crescita* tendente a valorizzare gli aspetti positivi e di incentivo all'utilizzo allo strumento degli accordi di ristrutturazione, cercando in più occasioni di smentire quella parte della dottrina che, invece, aveva condotto un'interpretazione sistematica maggiormente legata al dato testuale della legge.

¹³⁹ In particolar modo gli istituti di credito e le loro associazioni rappresentative lamentavano il fatto che tale moratoria fosse troppo breve, in quanto nell'arco dei quattro mesi l'omologa potenzialmente poteva ancora esser pendente, specialmente in quelle situazioni di particolare complessità rappresentate dai gruppi d'impresa coinvolti in una situazione della crisi.

¹⁴⁰ Tra i quali attecchì l'idea che un sistema siffatto andasse a "sterilizzare" per un lasso di tempo significativo le pretese dei creditori, configurando così una potenziale lesione costituzionale del diritto di difesa.

¹⁴¹ F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, inserito nella collana *Il Civilista*, Milano, 2012, pp. 75 – 76.

¹⁴² Se essi avessero potuto essere computati e quindi dovuti alla conclusione della moratoria l'ipotesi d'incostituzionalità della stessa sarebbe risultata depotenziata, sussistendo una sorta d'indennizzo

Sempre la stessa autorevole dottrina proseguiva sostenendo come: «Il contrasto con i principi costituzionali avrà rilievo almeno se si continuerà a ritenere che gli accordi di ristrutturazione abbiano natura contrattuale (...) poiché, al di fuori delle procedure concorsuali, non è possibile costringere i creditori ad accettare forzosamente un esproprio (per quanto parziale e provvisorio) del proprio credito, e senza nemmeno potersi difendere»¹⁴³

Procedendo nell'analisi delle modifiche apportate dal d.l. *crescita* alla disciplina degli accordi di ristrutturazione è da menzionare l'eliminazione, attraverso la modifica del 3° comma dell'art. 182-*bis*, dell'incongruenza (precedentemente evidenziata dalla dottrina che commentò le innovazioni apportate dal d.l. 78 del 2010) tra la portata oggettiva degli effetti che scaturivano dai due diversi blocchi delle azioni aggressive uno operante *ex lege* dopo l'omologa e l'altro attivabile su istanza dell'imprenditore/debitore già nelle fasi delle trattative dei contenuti dell'accordo con i creditori (la cui disciplina era ed è rinvenibile al comma 6° dell'art. 182-*bis*¹⁴⁴). Oggi, infatti, entrambi le tipologie di blocchi prevedono la paralisi non solo delle azioni esecutive e cautelari precedentemente proposte, ma

dietro all'esproprio subito dai creditori, mentre nell'ipotesi inversa, che per altro sarebbe risultata maggiormente in linea con l'intenzione del legislatore di favorire il debitore attraverso la dilazione del pagamento dei suoi crediti, la questione d'incostituzionalità sarebbe stata difficilmente eliminabile. Si esprimeva in questi termini S. Ambrosini in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, sopra citato, pp. 1141 – 1142.

¹⁴³ In queste modalità è venuto ad esprimersi F. Lamanna in *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, sopra citata, pp. 75 – 76.

¹⁴⁴ Comma anche questo toccato dal d.l. 83 del 2012 in quanto il legislatore si era mostrato conscio, questa volta, della necessità di rendere concordante la disciplina prevista a tale comma con quella modificata al primo comma dello stesso articolo, in particolare in merito al cambiamento inerente il pagamento dei creditori esterni che da regolare era divenuto integrale (modifica occorsa specularmente anche al successivo comma 7° della norma in questione).

anche il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati, eliminando così una discrasia del tutto incongrua¹⁴⁵.

È da sottolineare qui, però, come il blocco anticipato delle azioni aggressive menzionato, per quanto fosse stato reso più armonico con il resto della disciplina degli accordi, subisce oggi una forte concorrenza ad opera del neo introdotto comma 6° dell'art. 161 l.fall. il quale prevede la possibilità, all'interno della disciplina del concordato preventivo, di depositare una domanda di concordato con riserva (altrimenti detto pre-concordato o concordato in bianco).

Questo neonato strumento è venuto a costituire la più incisiva e rilevante disposizione normativa inserita ad opera del d.l. 83 del 2012, essa, infatti, consente all'imprenditore/debitore di depositare un ricorso al tribunale con cui si riserva di presentare la proposta di concordato, il piano concordatario e tutta la documentazione prescritta per il concordato preventivo (ed è per questo che viene definito concordato in bianco) entro il termine fissato dal giudice, che sarà compreso tra sessanta e centoventi giorni, per altro prorogabile di ulteriori sessanta giorni in presenza di giustificati motivi¹⁴⁶. Ma l'aspetto maggiormente dirompente è rappresentato dalla possibilità per l'imprenditore/debitore di depositare, in alternativa, entro il termine predetto, un accordo di ristrutturazione dei debiti conservando comunque gli effetti del ricorso¹⁴⁷. In mancanza della presentazione della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti

¹⁴⁵ Che, come accennato in precedenza, portava a far sì che il blocco anticipato ed eventuale producesse effetti protettivi maggiori rispetto al successivo blocco automatico.

¹⁴⁶ Qualora la domanda venga presentata in pendenza contemporanea di una istruttoria prefallimentare, il termine menzionato non potrà eccedere i sessanta giorni, prorogabile di non oltre ulteriori sessanta giorni, sempre in presenza di giustificati motivi.

¹⁴⁷ Tali effetti, specialmente quelli protettivi del patrimonio del debitore, hanno una latitudine maggiore rispetto a quelli ottenibili attraverso la inibitoria *ex art. 182-bis* 6° comma, in quanto si applicherà nella sua interezza la disciplina predisposta per il concordato preventivo.

nel termine assegnato, il tribunale, su istanza di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall. può dichiarare il fallimento del debitore.

Di fatto tale ricorso viene ad essere un'istanza¹⁴⁸ di concessione di un termine entro il quale depositare la proposta di concordato o gli accordi di ristrutturazione e la relativa documentazione¹⁴⁹. È da sottolineare come la novella legislativa avesse ulteriormente introdotto un comma aggiuntivo (l'ottavo) all'art. 182-*bis* a tenore del quale nello stesso termine fissato dal tribunale per il deposito di un accordo di ristrutturazione (nel caso di accoglimento dell'istanza inibitoria di sospensione delle azioni aggressive, precedentemente richiesta dall'imprenditore/debitore) fosse possibile depositare una domanda di concordato preventivo, con la conseguenziale conservazione degli effetti che si fossero già venuti a produrre in forza della stessa istanza inibitoria¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Alla quale dovranno essere allegati, come unico onere a carico dell'imprenditore/debitore i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi.

¹⁴⁹ Come osservava autorevole dottrina, questo risulta essere uno strumento mutuato dalla disciplina contenuta nel già citato *Chapter 11* statunitense, ove aveva già sollevato, attorno agli anni '90, perplessità e richieste di abrogazione, in quanto troppo sbilanciato a favore dell'imprenditore/debitore. Problematiche che oggi, a distanza di un ventennio si ripropongono nel nostro ordinamento. Come osservato dallo stesso autore: «(...) lo strumento del ricorso preconcordato si presta ad un facile abuso da parte dell'imprenditore che essendo in crisi ha anche una maggiore propensione all'azzardo morale: è facile prevedere che si avranno frequenti situazioni nelle quali l'intenzione dell'imprenditore non è quella di presentare il piano e la proposta concordataria [o l'accordo di ristrutturazione], consapevole che l'impresa è destinata ad essere liquidata nel fallimento, piuttosto quella di ottenere nell'immediatezza il blocco delle azioni dei creditori, procrastinando il fallimento e, nei casi più gravi, per poter meglio occultare o distrarre beni dell'impresa», G. Buccarella in *I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, sopra citato, p. 102.

¹⁵⁰ A ben vedere il precetto costituiva il completamento di quella possibilità di conformare "elasticamente" le misure di soluzione delle crisi dell'impresa alla concreta situazione fattuale per come essa fosse venuta ad emergere nel periodo successivo alla concessione del beneficio dell'*automatic stay*.

Per queste motivazioni non pare difficile pronosticare che lo strumento del concordato in bianco sarà preferito nell'utilizzo pratico concreto a discapito della disciplina di *automatic stay* disposta dal 6° comma dell'art. 182-*bis*. Per altro, come efficacemente osservato da autorevole dottrina in merito alla questione precedentemente sollevatasi in dottrina a proposito della consecuzione che sarebbe dovuta sussistere tra pre-accordo e accordo definitivo (nel caso dell'analisi ad opera dell'autorità giudiziaria dell'istanza inibitoria): «(...) potendosi transitare (...) da un procedimento di composizione della crisi ad un altro di genere completamente diverso, non ha più alcun senso porsi il problema (...) in ordine al se, per potersi conservare gli effetti protettivi dell'inibitoria, occorresse depositare nei termini fissati dal Tribunale un accordo contenutisticamente corrispondente (...) a quello preconizzato in origine con la proposta di accordo [*ex art. 182-bis comma 6°*] (...)»¹⁵¹, andando così a trovare una plausibile composizione una delle questioni che il legislatore con il d.l. 78 del 2010 aveva tralasciato di disciplinare.

Successivamente il d.l. *crescita* è intervenuto in un altro settore innovato dal precedente d.l. *sviluppo* del 2010 e sul quale si erano formati pareri non propriamente lusinghieri, mi riferisco alla prededucibilità accordata all'istituto degli accordi di ristrutturazione attraverso l'introduzione dell'art. 182-*quater* l.fall. La novella in questo ambito apportava una modifica rilevante al riferimento soggettivo limitativo che era contenuto al primo comma dell'articolo in parola, attraverso l'eliminazione del riferimento specifico alle banche e agli intermediari finanziari, cosicché oggi può essere considerato prededucibile qualunque finanziamento da chiunque concesso¹⁵².

¹⁵¹ F. Lamanna nella sua opera *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, sopra citato, p. 77.

¹⁵² Salva la particolare disciplina prevista per i finanziamenti erogati dai soci analizzata nel capitolo precedente, che comunque ha ricevuto anch'essa una modifica, essendo tali finanziamenti considerati prededucibili (appunto alle particolari condizioni dette) non solo nei casi in cui siano stati concessi in esecuzione del piano oggetto dell'accordo, ma anche qualora siano stati concessi in

Se quest'innovazione ha raccolto i ragionamenti che la dottrina precedente aveva formulato a tal riguardo, non altrettanto può essere detto per ciò che concerne la prededucibilità dei crediti professionali maturati in funzione e nell'esecuzione dell'accordo¹⁵³: ricordo, infatti, che qui la dottrina aveva censurato l'operato del legislatore del 2010 per il fatto di aver limitato tale prededucibilità al solo professionista attestatore, non considerando così le altre figure professionali potenzialmente coinvolte nella vicenda inerente la preparazione e l'omologazione degli accordi di ristrutturazione. Oggi, dopo la novella del 2012 la situazione è probabilmente ancora più incerta essendo che il quarto comma dell'art. 182-*quater* l.fall. (il quale si riferiva per l'appunto a tale specifica categoria di creditori) è stato *tout court* eliminato, ingenerando così, come sottolineava autorevole dottrina, una nuova (ve ne era bisogno?) *lacuna legis*. L'autore in parola scriveva a tal riguardo: «(...) si è passati da un'attribuzione del beneficio limitata (all'esperto asseveratore), ma pressoché certa (...) ad un'attribuzione sempre incerta nel *quantum*, nell'*an* e nell'estensione soggettiva, almeno quanto al concordato [preventivo] (non essendo certo in tal caso né che spetti all'esperto asseveratore, né ad altri professionisti), mentre addirittura si è pervenuti ad un'esclusione certa quanto ai crediti professionali anteriori agli accordi di ristrutturazione»¹⁵⁴, non essendo tale strumento ricompreso,

funzione dell'accesso agli accordi stessi (ossia sono stati ricompresi, ancorché parzialmente, tra i prededucibili anche i finanziamenti ponte erogati dai soci).

¹⁵³ Ma anche la questione inerente ai finanziamenti ponte è stata completamente ignorata dal legislatore; infatti le banche e gli altri enti finanziatori eroganti tale specie di crediti permangono in uno stato di completa insicurezza in merito al fatto che il beneficio della prededuzione sia riconosciuto al momento dell'omologa dall'autorità giudiziaria.

¹⁵⁴ Si esprimeva in questi termini F. Lamanna in *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, sopra citata, p. 28, ove, per altro, l'autore conduceva una lucida ricostruzione delle vicende inerenti le sorti che queste tipologie di crediti incontravano all'interno delle procedure negoziate di risoluzione della crisi dell'impresa.

almeno stando all'importazione adottata ancora dalla maggioranza del mondo dottrinale, all'interno delle procedure concorsuali¹⁵⁵.

Come ho accennato in precedenza, però, il d.l. *crescita* è intervenuto nella materia degli accordi di ristrutturazione anche attraverso l'introduzione di nuove disposizioni normative.

Tra queste merita di essere analizzato il contenuto dell'esordiente art. 182-*quinquies* l.fall., il quale ha introdotto, sempre nella ambito della concessione del privilegio della prededucibilità, una disciplina rivolta a quei crediti erogati dopo la proposizione della domanda di omologa degli accordi o della proposizione dell'istanza di sospensione contenente il pre-accordo e, però, prima dell'intervento dell'omologa degli stessi, ossia quei crediti definiti interinali.

La trattazione di questa tipologia di crediti era rimasta intoccata dall'intervento legislativo del 2010, cosa che aveva sollevato, ancora una volta, pareri diretti a sottolineare tale mancanza; oggi, grazie all'articolo citato, l'imprenditore/debitore può chiedere al Tribunale di accordare a questa tipologia di crediti il beneficio della prededucibilità, ogni qual volta lo stesso accerti che si tratti di finanziamenti funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori e ciò risulti comprovato da una specifica attestazione¹⁵⁶ effettuata dal solito professionista a ciò deputato¹⁵⁷. È da sottolineare qui che questa possibilità è accordata anche qualora tali finanziamenti siano genericamente indicati per tipologia ed entità, rilevando, unicamente la circostanza che essi consentano il miglior soddisfacimento dei creditori.

¹⁵⁵ E quindi non potendo trovare applicazione il disposto dell'art. 111 l.fall. in materia di prededucibilità dei crediti sorti in funzione o in occasione di una procedura concorsuale.

¹⁵⁶ Attestazione che in linea teorica dovrà dimostrare la funzionalità/strumentalità di questi finanziamenti a permettere che, attraverso la loro erogazione, sia consentito il regolare svolgimento della procedura sino all'intervenuta omologazione degli accordi.

¹⁵⁷ Ossia lo stesso professionista attestatore individuato per attestare il piano oggetto degli accordi in vista della loro futura omologazione.

La rilevanza di tale previsione, che si estende *mutatis mutandis* alla disciplina del concordato preventivo, è rappresentata dal fatto che in questo modo la disciplina degli accordi di ristrutturazione è venuta a perdere un ulteriore tassello di quel suo carattere privatistico che l'aveva da sempre connotata; osservava, infatti, autorevole dottrina che in questo modo si era andati ad introdurre, sebbene solo per ben determinate ipotesi, nella fase stragiudiziale della procedura di formazione degli accordi di ristrutturazione: «(...) il necessario intervento autorizzatorio del Tribunale al compimento di atti di gestione dell'impresa»¹⁵⁸.

Un ulteriore ambito in cui la novella del 2012 ha inciso profondamente, riguarda la figura del professionista attestatore. Tale intervento era stato reso necessario da una diversa serie di motivi: innanzitutto era (ed è) noto come tale figura e le competenze alla stessa ricollegate, fossero oggetto di previsioni discordanti all'interno delle diverse discipline dei vari strumenti di risoluzione concordata della crisi dell'impresa, inoltre la novella aveva proceduto ad inserire ulteriori tipologie (quattro per la precisione) di attestazioni che all'interno delle diverse discipline lo stesso professionista avrebbe dovuto effettuare. Il legislatore in questo ambito è intervenuto preventivamente eliminando quelle discrasie lessicali che avevano creato non poche perplessità nella definizione in concreto dei compiti spettanti al professionista attestatore all'interno dei differenti strumenti negoziali di risoluzione delle crisi dell'impresa¹⁵⁹.

¹⁵⁸ F. Lamanna in *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, sopra citata, p. 29.

¹⁵⁹ Mi riferisco al fatto che la disciplina dei piani di risanamento attestati prevedesse una "attestazione di ragionevolezza", mentre quella degli accordi di ristrutturazione chiedeva che fosse attestata "la concreta attuabilità" e quella del concordato preventivo richiedeva, invece, un' "attestazione di fattibilità", non contando che non si riusciva a trovare una spiegazione plausibile alla circostanza per cui un'attestazione di veridicità dei dati economici dell'impresa considerati dal professionista e posti alla base delle stesse attestazioni fosse esplicitamente prevista unicamente

Successivamente ha provveduto a dettare una specifica disciplina inerente alla figura stessa del professionista attestatore, tale per cui è stato chiarito che oggi tale figura deve essere nominata dall'imprenditore/debitore che desidera accedere agli accordi di ristrutturazione; ha dettato, però, anche specifici requisiti d'indipendenza¹⁶⁰ che la stessa dovrà presentare, creando, ulteriormente, una nuova e specifica norma incriminatrice volta a sanzionare il falso in attestazioni e relazioni (art. 236-*bis* l.fall.¹⁶¹)¹⁶².

Così descritte le modifiche più rilevanti apportate dall'intervento normativo in analisi, non sarà di certo sfuggito allo sguardo attento del lettore, la decisa impronta *pro* debitore che la disciplina degli accordi di ristrutturazione è venuta ad assumere; né sarà sfuggito come il legislatore abbia provveduto a creare dei legami assai stretti tra gli strumenti di risoluzione concordata delle crisi d'impresa, legami in grado di consentire addirittura una interscambiabilità tra gli stessi strumenti in base alle concrete esigenze a cui l'imprenditore/debitore si trovi di volta in volta a dover far fronte.

La dottrina ha mostrato sentimenti alterni in merito alle dette modifiche, infatti, se queste sono state riconosciute, ancorché con diverse gradazioni, sostanzialmente

nella disciplina del concordato preventivo (requisito che comunque la giurisprudenza aveva correttamente già esteso anche agli altri due strumenti negoziali).

¹⁶⁰ Rinvenibili all'interno del modificato art. 67, comma 3°, lett. d) l.fall. e reputati in prima analisi dalla dottrina come assai stringenti.

¹⁶¹ Norma che comunque ha tracciato un regime sanzionatorio assai severo, dettato, pare, più per evitare che lo stesso reato possa cadere nella falcidia della prescrizione e comunque giudicato da alcuni autori potenzialmente incostituzionale per indeterminatezza della fattispecie.

¹⁶² Per un più analitico esame della questione rimando al contributo di F. Lamanna in *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, sopra citata, pp. 10 ss., ove è possibile, inoltre, rinvenire una dettagliata e completa ricostruzione dei vari aspetti e delle varie questioni toccate dal d.l. 83 del 2012, che non tratterò compiutamente nel presente lavoro, in quanto meno inerenti alla tematica che mi sono prefigurato di porre alla base dell'analisi condotta nello stesso.

corrette e necessarie, ancora una volta a costituire oggetto di critiche, anche qui pressoché unanimi, sono state le modalità intraprese per l'introduzione di tali innovazioni, in quanto, ancora una volta, la forma della decretazione d'urgenza contribuisce a modificare ed a inserire nuove norme spesso poste in un rapporto di reciproca disomogeneità, addirittura in alcuni casi andando a creare *lacunae legis* li ove in precedenza vi era certezza.

Ulteriormente la volontà d'imitazione che il legislatore ha mostrato nei confronti della legislazione fallimentare d'oltre oceano, specialmente verso quella specifica parte di detta disciplina destinata alla trattazione delle soluzioni negoziate delle crisi d'impresa (ossia il *Chapter 11*), pare poter creare maggiormente potenziali abusi dello stesso sistema normativo risultante che il perseguimento degli altisonanti slogan diretti a preannunciare una miglior sistemazione della crisi dell'impresa attraverso una più pronta emersione della situazione di crisi rinvenibili all'interno della relazione accompagnante il d.l. *crescita* (ma a ben vedere una situazione simile può rinvenirsi anche in merito alle precedenti relazioni accompagnatorie dei precedenti decreti legge intervenuti nella materia fallimentare).

Dal punto di vista giurisprudenziale è da sottolineare che il breve lasso di tempo intercorso tra l'entrata in vigore delle novità apportate dal d.l. *crescita* han fatto sì che intervenissero un numero ristretto di provvedimenti giurisprudenziali diretti all'analisi delle innovazioni sopra descritte¹⁶³, per cui risulta ancora difficile capire come il mondo della pratica si sia posto nei confronti di tali innovazioni, ossia se le problematiche teorizzate in dottrina abbiano trovato un effettivo riscontro o se effettivamente le paventate ipotesi abusive siano realmente venute a realizzarsi.

¹⁶³ Ad oggi si registrano meno di dieci casi inerenti la disciplina degli accordi di ristrutturazione, dei quali la maggior parte risulta inedita.

Volendo tirare le fila in merito all'attività condotta dalla giurisprudenza in merito alla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, mi ha sorpreso rilevare come in circa otto anni di applicazione pratica dello strumento in parola non fosse mai intervenuta la Suprema Corte a dirimere una delle numerose questioni che la giurisprudenza di merito aveva sollevato lungo questo arco di tempo, specialmente in merito a quelle questioni risultate, come un'accorta dottrina ha sottolineato, ricorrenti¹⁶⁴.

¹⁶⁴ G. Carmellino in *Accordi di ristrutturazione e controllo giudiziale*, in *Il Fallimento*, 5, 2013, pp. 625 ss., in cui l'autore osservava come l'opera della giurisprudenza di merito fosse andata principalmente ad interessarsi della ricostruzione dei contorni e dei contenuti del giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

CONCLUSIONI

I punti di svolta all'interno della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti sono stati molteplici specialmente nell'ultimo decennio e, nonostante questi abbiano spesso rappresentato delle implementazioni in merito a singoli aspetti della stessa disciplina, non si fatica a scorgere in essi una visione normativa unitaria diretta a conseguire risultati di insieme ben più ampi.

Ciò che il legislatore si era proposto di realizzare, attraverso la riforma iniziata con il d.l. 35 del 2005 (c.d. "mini riforma") ma non ancora (evidentemente) portata a compimento, era la rinnovazione organica del diritto fallimentare. Quindi la riforma nasceva nella speranza di poter effettivamente dotare l'ordinamento di un valido strumentario per far fronte a quelle situazioni di crisi delle imprese ove i bisogni più impellenti continuavano sì a rispecchiarsi nel soddisfacimento della responsabilità patrimoniale (così come risultante *ex art. 2740 c.c.*), ma non trovavano più un pieno e diretto riscontro nel principio della concorsualità, né ancora nel principio dell'universalità¹⁶⁵.

Nelle situazioni di crisi del nuovo millennio venne ad affermarsi con forza una nuova esigenza, ossia la preservazione del complesso produttivo dell'impresa come valore intrinseco capace di generare ricchezza generalizzata per l'intero sistema

¹⁶⁵ Esigenze che, a ben vedere, il legislatore aveva già dimostrato di aver preso in considerazione ancora attorno agli anni novanta del secolo scorso, periodo in cui iniziarono a proliferare nuove cause di prelazione e di prededuzione in favore di crediti e a cui successivamente venne ad aggiungersi la possibilità (ancorché solamente all'interno del concordato preventivo) di suddividere il ceto creditorio in classi omogenee per interessi e condizioni di soddisfazione. Innovazioni che avevano già iniziato ad erodere lentamente i principi menzionati.

economico¹⁶⁶: da tale nuova esigenza vennero a svilupparsi corollari nuovi, quale la necessità di abbandonare una concezione afflittiva dello strumento fallimentare e la conseguenziale adozione di strumenti nuovi per la risoluzione delle crisi delle imprese dotati di una qual certa flessibilità di utilizzo; in definitiva, era venuta in essere una spinta verso la creazione di strumenti in grado di contemperare e coniugare la nuova esigenza emersa e la vecchia esigenza¹⁶⁷, pur sempre presente e bisognosa di tutela, la quale, invece, comportava (e comporta) l'esigenza di conservare una qual certa forma di controllo su strumenti che comunque vengono ad incidere nelle sfere giuridiche ed economiche di una pluralità (talvolta assai ampia) di soggetti, in modo da evitare che gli stessi strumenti vengano a trasformarsi in facili mezzi di abuso a disposizione dell'imprenditore/debitore smaliziato desideroso di trovare una rapida via d'uscita dalla crisi, eventualmente anche a scapito delle ragioni dei suddetti soggetti/creditori e quindi, in senso maggiormente lato, a scapito degli interessi della collettività a che il sistema economico funzioni in modo corretto e "sano".

Data una tal premessa sarebbe stato lecito aspettarsi che il legislatore tentasse di intervenire nel territorio concorsuale attraverso una legge ordinaria (capace di garantire indubbiamente un risultato organico ed omogeneo)¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Come accennato agli inizi del primo capitolo, l'esperienza maturata in merito all'applicazione della legge fallimentare portò molti autori a sostenere l'inefficienza della procedura fallimentare concepita come rigida procedura per ottenere, ancorché in misura egualitaria tra il ceto creditorio, il soddisfacimento degli stessi creditori attraverso lo smembramento e la conseguenziale liquidazione del complesso produttivo riconducibile all'impresa insolvente.

¹⁶⁷ Che veniva ad incarnare il concetto pubblicistico di risoluzione della crisi dell'impresa ben descritto, con particolare attenzione agli aspetti problematici coinvolti da tale concezione, da L. Panzani in *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, sopra citato, p. 553.

¹⁶⁸ Per una puntuale disamina dei fatti che precedettero la preparazione e l'emanazione del d.l. 35 del 2005 rimando M. Fabiani, in *Diritto Fallimentare, un profilo organico*, sopra citato, p.35, ove sono presenti ulteriori riferimenti bibliografici.

Ma ciò non si verificò, cosicché il grande “edificio della riforma” venne a gettare le sue “fondamenta” attorno ad una delega legislativa, a cui successivamente seguì un’opera di “costruzione” sviluppatasi attorno ai decreti legislativi attuativi, a cui seguirono, per “rafforzarne” la struttura traballante così eretta, successivi interventi tanto necessari quanto caratterizzati dalla fretteolosità del *modus operandi* adottato, ossia la decretazione d’urgenza¹⁶⁹.

Ora, tralasciando le considerazioni inerenti al merito della metodologia di produzione normativa utilizzata per la realizzazione del disegno riformatore (su di cui sono già stati profusi fiumi di inchiostro), il tema che desidero affrontare in questa parte conclusiva del mio elaborato inerisce principalmente la questione posta in apertura dello stesso, ossia quale sia la natura sostanziale dell’istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti a poco meno di un decennio dalla sua prima comparsa all’interno della legge fallimentare.

Ho evidenziato come esso sia nato come strumento negoziale, raccogliendo l’eredità di quell’istituto non riconosciuto legalmente che la pratica commerciale e non avevano definito concordato stragiudiziale.

¹⁶⁹ A ben vedere questa tendenza a legiferare per mezzo di decreti legge risulta, a mio modesto parere, figlia di una problematica di fondo che affligge il sistema di produzione normativo italiano, un sistema paralizzato da una politica eccessivamente di professione e oramai portatrice unicamente di interessi privati e specifici, la quale non è in grado di effettuare il proprio dovere all’interno di un parlamento eccessivamente popolato (almeno sulla carta). Ragioni che impongono, come unica via per poter adottare misure normative che possano ipoteticamente non soddisfare in modo trasversale gli interessi delle varie forze politiche, la decretazione d’urgenza.

In quanto tale nella sua veste originaria lo strumento degli accordi di ristrutturazione si caratterizzava indubbiamente per la struttura bifasica¹⁷⁰ in cui la sua procedura era suddivisa e per la sua flessibilità d'utilizzo¹⁷¹.

In questo quadro di base i vari interventi normativi successivi hanno importato, come visto, cambiamenti spesso rilevanti, che talvolta hanno comportato una sorta di intorbidimento di quella netta distinzione che sussisteva in origine tra le due fasi, evoluzione che portò la dottrina ad interrogarsi con maggiore insistenza in merito alla concreta natura che l'istituto in esame stava andando ad assumere, dipendendo dall'inclusione dello stesso all'interno del novero delle procedure concorsuali alcune rilevanti conseguenze¹⁷².

La questione era (ed è) delicata: partendo dal dato oggettivo secondo cui nell'ordinamento fallimentare non era rinvenibile una definizione del concetto di procedura concorsuale¹⁷³, e che lo stesso termine apparve per la prima volta

¹⁷⁰ Prima fase prettamente stragiudiziale in cui l'imprenditore/debitore andava a negoziare i contenuti degli accordi con i creditori e seconda fase giudiziale in cui lo stesso chiedeva al Tribunale l'omologa degli stessi accordi.

¹⁷¹ Elementi che, come dimostrato in precedenza, andavano a caratterizzare gli accordi come idonei ad essere considerati un istituto a se stante rispetto al concordato preventivo e che al contempo lo escludeva dalla categoria delle procedure concorsuali.

¹⁷² Se gli accordi di ristrutturazione fossero stati ricompresi tra il novero delle procedure concorsuali, infatti, si avrebbe avuto come conseguenza: l'ammissibilità degli accordi in parola alla consecuzione tra procedure concorsuali e specificatamente con quella fallimentare; una possibile applicazione residuale dell'art. 111, comma 2 l.fall. ai fini del riconoscimento della prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione dell'accordo di ristrutturazione che non avessero i requisiti specifici previsti dall'art. 182-*quater* l.fall.; la possibilità di applicare una disciplina ben determinata tutte le volte in cui l'ordinamento giuridico avesse fatto riferimento generico alle procedure concorsuali; la possibilità più in generale di riconoscere una valenza interpretativa o integrativa delle norme fallimentari in merito alla scarna disciplina dell'istituto.

¹⁷³ L'espressione procedure concorsuali, infatti, venne coniata in dottrina e solo successivamente trasposta nel linguaggio comune per indicare, genericamente, l'insieme degli istituti disciplinati dalla legge fallimentare (ossia la procedura fallimentare e i procedimenti "minori" ricompresi in detta legge).

impiegato normativamente, come richiamo alle stesse procedure, solamente nella legislazione dei primi anni '90 (utilizzo in cui a ben vedere la sua nozione era data per presupposta), risulta maggiormente comprensibile la portata del dibattito attualmente in corso attorno a tale questione¹⁷⁴ che vede contrapposti una maggioranza degli autori, schierata a sostegno della a-concorsualità dell'istituto in parola, ad una minoranza degli stessi che individuano nelle modifiche apportate dai vari interventi legislativi argomenti idonei a contraddire le tesi a difesa della natura privatistica dell'istituto.

Abate ripercorreva brillantemente gli elementi che ognuno dei due schieramenti aveva posto alla base delle proprie conclusioni, sottolineando ulteriormente come anche la giurisprudenza all'interno di questo quadro avesse evitato di affrontare la questione in modo diretto (tanto quella di merito quanto quella di legittimità).

Ma l'autore nel suo scritto approdava ad una visione innovativa della questione; egli, infatti, partendo dalla constatazione della relatività del concetto di concorsualità, ne proponeva una rilettura alla luce sia delle nuove esigenze emerse dall'evolversi del contesto socio-culturale sia delle evoluzioni che le modifiche occorse alla disciplina fallimentare avevano comportato nell'ultimo decennio, rilettura che lo portava a concludere per la possibilità di ricomprendere l'istituto degli accordi di ristrutturazione all'interno della categoria delle procedure concorsuali in forza della sua «(...) riconosciuta complessità duale (...)»¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Una ricostruzione della questione inerente l'individuazione di una definizione specifica del concetto di concorsualità e di come tale definizione possa influenzare il dibattito in merito alla natura stessa degli accordi di ristrutturazione è effettuata da F. Abate in *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Il Fallimento*, 9, 2013, pp. 1173 ss.

¹⁷⁵ F. Abate in *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, sopra citato, pp. 1181-1182-1183, ove l'autore specificava come tale complessità duale risiedesse nel suo esser un istituto in parte negoziale e in parte procedimentale e di come entrambi gli elementi fossero necessari e complementari per raggiungere lo scopo (o come definito dallo stesso autore «(...)il profilo

Appare chiaro, quindi, come la mia domanda iniziale non possa trovare una risposta compiuta; lo stato del dibattito dottrinale risulta attualmente ancora incerto e la risoluzione dello stesso non è di certo facilitata dal continuo mutamento a cui la disciplina fallimentare è stata sottoposta nell'ultimo decennio.

Ciò che è certo consiste nella constatazione per cui la categoria "classica" delle procedure concorsuali sta perdendo consistenza, così come stanno perdendo consistenza alcuni dei principi che l'hanno storicamente animata¹⁷⁶, specialmente se raffrontati alle soluzioni adottate in merito agli strumenti negoziati di risoluzione della crisi dell'impresa. Certamente lo strumento degli accordi risulta ancora penalizzato dalla sua formulazione laconica e conseguenzialmente subisce ancora una forte concorrenza ad opera del concordato preventivo, anche se dopo il d.l. *crescita* e l'inserimento della possibile interscambiabilità tra i due istituti *ex art. 161 comma 6 l.fall.* la situazione dovrebbe essere destinata a modificarsi.

In conclusione sembra che la parola fine nell'analisi della disciplina degli accordi di ristrutturazione non possa ancora esser posta; rimanendo il quadro della disciplina così incerto non è irragionevole, infatti, pensare che nel prossimo futuro possano seguire ulteriori interventi legislativi diretti a inserire nuovi elementi all'interno della materia in esame. Nel frattempo, e nell'eventualità che ciò non accada, solo l'applicazione concreta dello strumento e l'attività d'interpretazione conseguenzialmente offerta dalla giurisprudenza potranno condurre alla soluzione di quelle questioni spalancate dalle *lacunae legis* su di cui la dottrina continua a discutere non sempre in maniera uniforme.

causale(...)») dello stesso istituto che sarebbe consistito nella regolazione della crisi dell'impresa attraverso la soddisfazione dei creditori (tutti).

¹⁷⁶ Il pensiero va al principio della *par condicio creditorum*, a quella dell'universalità degli effetti delle procedure.

BIBLIOGRAFIA

SAGGI TRATTI DA RIVISTE GIURISPRUDENZIALI

- **L. Panzani**, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, 6, 1997.
- **S. Ambrosini**, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il Fallimento*, 8, 2005.
- **G. Presti**, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, I, 2006.
- **C. Proto**, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 2, 2006.
- **G. Tarzia**, *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, in *Il Fallimento*, 1, 2009.
- **G. Racugno**, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giurisprudenza Commerciale*, IV, 2009.
- **S. Fortunato**, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 8, 2009.
- **S. Ambrosini**, *Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*, reperibile presso www.ilcaso.it, documento n. 180/2009.
- **L. Mandrioli**, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis l.fall.*, in *Il Fallimento*, 5, 2010.
- **M. Fabiani**, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento*, 8, 2010.
- **R. Marino e M. Carminati**, *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo*, in *Il Fallimento*, 6, 2012.
- **L. A. Bottai**, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 8, 2012.

- **S. Ambrosini**, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Il Fallimento*, 10, 2012.
- **G. Carmellino**, *Accordi di ristrutturazione e controllo giudiziale*, in *Il Fallimento*, 5, 2013.
- **F. Abate**, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Il Fallimento*, 9, 2013.

MANUALI, MONOGRAFIE E COMMENTARI

- **S. Bonfatti e P. F. Censoni**, *Manuale di Diritto Fallimentare*, CEDAM (Padova), 2011.
- **M. Fabiani**, *Diritto Fallimentare, un profilo organico*, tratto dalla collana *Strumenti del diritto*, Zanichelli (Bologna), 2011.
- **E. Bertacchini**, *Manuale di Diritto Fallimentare (seconda edizione)*, Giuffrè (Milano), 2011.
- **A. Nigro**, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese, lineamenti generali*, tratto dalla collana *Trattato di Diritto Privato volume XXV* diretta da **M. Bessone**, Giappichelli (Torino), 2012.
- **F. Lamanna**, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, tratto dalla collana *Il Civilista*, Giuffrè (Milano), 2012.
- **G. Buccarella**, *I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, tratto dalla collana *Teoria e pratica del diritto – Società e Fallimento*, Giuffrè (Milano), 2013.

CASI GIURISPRUDENZIALI

- **Tribunale di Bari 21 novembre 2005**, in *Il Fallimento*, 2, 2006, con commento di **G. Presti**, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*.
- **Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 e Tribunale di Milano 21 dicembre 2005**, in *Il Fallimento*, 6, 2006, con commento di **G. B. Nardecchia**, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*.
- **Tribunale di Enna 27 settembre 2006**, in *Il Fallimento*, 2, 2007, con osservazioni di **G. B. Nardecchia**.
- **Tribunale di Roma, sezione fallimentare, 16 ottobre 2006**, in *Il Fallimento*, 2, 2007, con commento di **C. Proto**, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*.
- **Tribunale di Milano, sezione II, 23 gennaio 2007**, in *Il Fallimento*, 6, 2007, con commento di **F. Dimundo**, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*.
- **Tribunale di Udine, sezione civile, 22 giugno 2007**, in *Il Fallimento*, 6, 2008, con commento di **G. B. Nardecchia**, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*.
- **Tribunale di Milano, sezione II, 10 novembre 2009**, in *Il Fallimento*, 2, 2010, con commento di **M. Fabiani**, *«Competizione» fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, e di **G. B. Nardecchia**, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti*.

- **Tribunale di Milano, sezione II, 25 marzo 2010**, in *Il Fallimento*, con commento di **A. Paluchowski**, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, e di **F. Rolfi**, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*.
- **Tribunale di Roma 13 marzo 2012**, in *Il Fallimento*, 11, 2012, con il commento di **L. Masi**, *L'inibitoria delle azioni cautelari ed esecutive nel corso delle trattative di un accordo di ristrutturazione dei debiti: profili processuali e di merito*.
- **Tribunale di Milano, sezione II, 23 febbraio 2013**, in *Il Fallimento*, 7, 2013, con commento di **G. Carmellino**, *Primi spunti sulla prededucibilità ex art. 182 quinquies, prima comma, negli accordi di ristrutturazione dei debiti*.