



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE E STATISTICHE

**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
ECONOMIA E POLITICHE DEI MERCATI E DELLE IMPRESE**

XXXI CICLO

CURRICULUM: DIRITTO E MERCATO GLOBALE

**“LE CONVENZIONI BANCARIE DI RISANAMENTO DELL’IMPRESA IN CRISI. PROFILI
CONTRATTUALI E DISCIPLINA CONCORSALE”**

COORDINATORE: CHIAR.MO PROF. SERGIO DESTEFANIS

TUTOR: CHIAR.MO PROF. NICOLA ROCCO DI TORREPADULA

DOTTORANDO: GIOVANNI BATTISTA FAUCEGLIA

CAPITOLO PRIMO

GLI STRUMENTI DI SOLUZIONE NEGOZIALE DELLA CRISI D'IMPRESA E L'EROGAZIONE DEL CREDITO BANCARIO NELL'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA CONCORSUALE.

SOMMARIO: **1.** La necessità di una visione organica del fenomeno della crisi di impresa: le soluzioni negoziali, la continuità aziendale ed il ruolo delle banche creditrici. – **2.** Gli Accordi stragiudiziali per la rimozione dello stato d'insolvenza. Una breve ricostruzione storica. – **2.1.** L'istituto del "salvacondotto" nel diritto fallimentare medievale, ovvero la temporanea sospensione delle sanzioni personali previste a carico del mercante decotto al fine di agevolare l'accordo con i creditori e la chiusura del fallimento. – **2.2.** Gli spazi di negozialità (e la connessa tutela) all'interno del codice di commercio del 1882: la convenzione di moratoria ed il concordato amichevole. – **3.** La prassi delle convenzioni stragiudiziali di risanamento tra l'impresa in crisi e le banche creditrici: la procedura di concertazione del Codice di comportamento Abi (2000) e le proposte di modifica della legge fallimentare, anche sulla scorta dell'esperienza del "London Approach". – **4.** Crisi d'impresa, soluzioni concordate non liquidatorie e finanziamento bancario nel quadro evolutivo dell'ordinamento concorsuale. Dall'originaria impostazione "sanzionatoria" del Regio Decreto n. 267/1942 agli incentivi alla ristrutturazione del debito ed al finanziamento dell'impresa in stato di crisi nella recente stagione delle "miniriforme". – **5.** Cenni sul ruolo del diritto europeo in materia di insolvenza e crisi d'impresa. In particolare: la Raccomandazione n. 135/2014 della Commissione Europea e la recente Proposta di Direttiva UE, del 22 novembre 2016. – **6.** La prospettiva della proposta di riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza (legge-delega, 19 ottobre 2017, n. 155). Cenni al previsto "contenimento" delle ipotesi di prededuzione ed al "riordino" e "semplificazione" delle tipologie di finanziamento. – **7.** La "rivitalizzazione", ai fini di un "proficuo utilizzo nella prassi" dei *turnaround*, dei piani attestati di risanamento, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della convenzione di moratoria.

1. LA NECESSITÀ DI UNA VISIONE ORGANICA DEL FENOMENO DELLA CRISI DI IMPRESA: LE SOLUZIONI NEGOZIALI, LA CONTINUITÀ AZIENDALE ED IL RUOLO DELLE BANCHE CREDITRICI.

Negli ultimi anni, soprattutto in conseguenza della generale "stretta" del credito bancario, le tematiche della ristrutturazione del debito e del sostegno finanziario all'impresa in crisi (1) hanno assunto una

(1) Secondo le Linee-guida CNDCEC-SIDREA, in *www.cndcec.it*, la crisi d'impresa può essere definita come la «perturbazione o improvvisa modificazione di un'attività economica organizzata, prodotta da molteplici cause, ora interne al singolo organismo, ora esterne, ma comunque capaci di minarne l'esistenza o la continuità». Sul tema, cfr. anche Odec Milano, *Sistemi di allerta interna. Quaderno n. 71*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 1069 ss.

centralità senza precedenti, per quanto l'attenzione del legislatore si sia tradotta in modifiche meramente settoriali della legge fallimentare.

D'altronde, il problema del recupero dell'impresa in crisi, in particolar modo attraverso la ristrutturazione (*i.e.*, la rinegoziazione) del suo indebitamento ed il sostegno finanziario funzionale al superamento della temporanea difficoltà, è tradizionalmente molto sentito in ambito imprenditoriale: nei processi di ristrutturazione aziendale, anche quando intrapresi a fronte di difficoltà non propriamente finanziarie, l'erogazione di "capitali freschi" (o quantomeno il mantenimento delle linee di credito esistenti) rappresenta per l'impresa il fattore principale per intraprendere una gestione efficiente della propria crisi e recuperare una condizione di equilibrio economico e finanziario dell'impresa (2).

L'impresa che si trova ad operare in condizioni economiche insufficienti o che versa in una situazione di diffuso disordine organizzativo-gestionale, nell'intraprendere un processo di «*turnaround*» (3), ha spesso bisogno di ottenere nuove risorse finanziarie che le permettano, *medio tempore*, di continuare ad operare nel mercato di riferimento e di approntare un piano di riorganizzazione aziendale. Ragion per cui, promuovere la «ristrutturazione» di imprese ancora vitali vuol dire prima di tutto rimuovere gli ostacoli di ordine economico e finanziario che ne possano impedire (direttamente od indirettamente), l'accesso ai finanziamenti senza i quali l'operazione di recupero dell'impresa avrebbe sin da subito «le polveri bagnate» (4), anche nei casi di difficoltà di per sé non completamente finanziarie.

(2) Si pensi al pagamento dei fornitori strategici, all'esecuzione di quei contratti giudicati redditizi, alla possibilità di fornire garanzie connesse alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, al pagamento degli stipendi dei lavoratori. Anche nel caso in cui si optasse per una soluzione liquidatoria della crisi – evidentemente non sussistendo i presupposti per un ritorno *in bonis* dell'impresa –, la possibilità di ottenere finanziamenti o di poter continuare a contare sulle linee di credito esistenti, potrebbero rivelarsi funzionali a rendere maggiormente fruttuosa per i creditori la conservazione dell'attivo patrimoniale sul quale poi rivalersi; oltre a rendere meno "traumatica" la cessazione delle attività d'impresa.

(3) L. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, 8: il termine anglosassone «*turnaround*», letteralmente non traducibile, è espressivo di tutti quei processi sistematici di recupero e di rilancio delle imprese, nell'ambito dei quali viene ad inserirsi il processo di «risanamento», a sua volta interessante (in tutto o in parte) gli aspetti finanziari, patrimoniali ed industriali dell'impresa in crisi.

(4) Così, L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Fall.*, 2008, 1075. Già dalle prime manifestazioni "esterne" della crisi spesso consegue la riduzione improvvisa della liquidità residuale dell'impresa, impiegata per far fronte alle richieste anticipate dei fornitori o a séguito della cessazione delle stesse forniture, con conseguente pregiudizio della normale prosecuzione delle attività.

Al di là delle forme di manifestazione che la crisi può assumere, delle sue specifiche cause «interne» (ad esempio le incapacità manageriali nella programmazione e nella gestione delle risorse aziendali) o «esterne» (ad esempio la drastica riduzione della domanda di mercato del bene prodotto) e degli strumenti giuridici di risoluzione prescelti, il fenomeno rimane fortemente connesso agli aspetti finanziari della sua gestione, poiché il deterioramento produttivo ed economico di un'impresa spesso finisce per ripercuotersi sullo stato di liquidità e sul livello di indebitamento della stessa. Non a caso, le operazioni di risanamento aziendale finiscono quasi inevitabilmente per implicare una strutturale revisione finanziaria dell'impresa, normalmente attraverso l'iniezione di «nuova finanza» e l'«alleggerimento» del rapporto tra il livello di capitalizzazione e quello d'indebitamento, ad esempio attraverso l'applicazione di tassi d'interesse agevolati sui nuovi finanziamenti, la rinuncia o la riduzione di quelli già maturati, la rinegoziazione dei rapporti contrattuali in essere, la conversione del credito in capitale di rischio, la remissione parziale del debito, *etc.* (5).

Dall'angolo visuale del soggetto finanziatore, le tematiche appena accennate si inseriscono nella cornice relazionale tra l'impresa ed il sistema bancario e finanziario: nell'attuale panorama italiano delle fonti di finanziamento, infatti, il punto di riferimento imprescindibile rimane ancora quello di matrice bancaria, sia dal punto di vista del sostegno finanziario alla produzione, che da quello della ripresa economica (6).

(5) La fase di ristrutturazione della debitoria si riferisce allo stadio finale di un più articolato ed ampio intervento di risanamento, che, nella maggioranza dei casi, contempla la negoziazione e la formalizzazione di accordi con il ceto creditorio preesistente, al quale viene richiesto di accettare taluni sacrifici (che, per vero, potrebbero limitarsi anche semplicemente ad una temporanea rinuncia ad azionare giudizialmente le proprie pretese), nella prospettiva di del ritorno *in bonis* del debitore. Per una definizione tecnica di «ristrutturazione», vedi i «Principi contabili. Ristrutturazione del debito e informativa di bilancio», dettati dall'OIC nel luglio 2011, in www.fondazioneoic.eu, che mettono in evidenza come la concessione del creditore si sostanzia «nella rinuncia dello stesso ad alcuni diritti contrattualmente definiti, che si traducono in un beneficio immediato o differito per il debitore, che trae un vantaggio da tale rinuncia», gli effetti della quale «sono misurati dalla variazione negativa (positiva) del valore economico del credito (debito) rispetto al valore contabile del credito (debito) ante-ristrutturazione».

(6) In dottrina, B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2001, I, 265, che parla del ruolo di «demiurgo» ricoperto dalla banca. Peraltro, molto si è scritto sulle implicazioni della crisi economico-finanziaria degli ultimi dieci anni rispetto al nostro modello di finanziamento alle imprese (in particolar modo alle PMI), che, eccessivamente dipendente dal canale bancario, ha fatto emergere una vera e propria «questione bancaria», dovuta alla struttura «banco-centrica» del finanziamento all'impresa ed al suo «sostanziale monopolio» nell'intermediazione della ricchezza fra le famiglie e le attività economiche: così, A. PENATI, *La questione bancaria*, in *Banca, impresa e soc.*, 2013, 247.

In altri termini, assumendo un concetto di «crisi» alla stregua di una formula descrittiva di situazioni non necessariamente definitive e distruttive dell'impresa, il sistema bancario conserva ancora oggi una posizione di strategica centralità, nel senso che la positiva riuscita di un'operazione alternativa alla liquidazione fallimentare continua a risultare, pur in presenza di ampi ed articolati mercati dei capitali, strettamente connessa alla partecipazione dei creditori bancari in sede di attuazione del piano economico (7).

Invero, è proprio durante i periodi di crisi che lo stretto rapporto tra gli istituti di credito e le imprese, da fisiologicamente dialettico, rischia di manifestarsi in tutta la sua conflittualità (8), poiché le difficoltà di queste ultime non possono che ripercuotersi indirettamente sulle stesse banche creditrici, attraverso le perdite originate dal mancato rimborso dei prestiti, che di conseguenza graveranno sul conto economico, sul patrimonio e, in ultima analisi, sulla diminuzione dell'offerta di credito (9).

(7) La teoria economica del «*bank-based system*» riconduce al ruolo centrale delle banche la mobilitazione delle risorse finanziarie necessaria a supportare lo sviluppo economico. A differenza di quanto registratosi nelle economie con mercati obbligazionari sviluppati, la stretta del credito bancario non ha conosciuto, da parte delle imprese italiane, una compensazione attraverso il ricorso al mercato, con conseguente lenta fuoriuscita dalla recessione; per quanto, alla luce delle novità in materia di strumenti alternativi di finanziamento (ed autofinanziamento) delle imprese, non sia mancato chi vede un progressivo superamento del sistema banco-centrico: F. CAPRIGLIONE, *La nuova finanza: operatività, supervisione, tutela giurisdizionale. Il caso «Italia». Considerazioni introduttive. (La finanza post-crisi: forme operative e meccanismi di controllo)*, in *Contr. impresa*, 2017, spec. 91 ss.

(8) A dispetto della generale debolezza della propria redditività operativa, se negli anni pre-crisi le imprese hanno potuto far leva sull'indebitamento grazie alla presenza di condizioni di accesso al credito poco stringenti, a partire dal 2008, il quadro è rapidamente mutato a causa delle forti tensioni alle quali sono stati sottoposti i bilanci bancari, che hanno spinto verso una più rigorosa selezione della clientela ed un affidamento che guardasse alle imprese caratterizzate da bassi livelli di indebitamento e da un'elevata redditività.

(9) Il sistema relazionale tra le imprese italiane e gli istituti bancari ha assunto aspetti particolari rispetto al panorama europeo, peraltro riflettendo talune caratteristiche strutturali della nostra economia: si pensi ad es. al frammentato tessuto produttivo dovuto alla presenza di un gran numero di piccole e medie imprese, che, esercitate secondo un modello di controllo familiare, risultano spesso sottocapitalizzate ed esposte nei confronti di diversi istituti di credito in maniera rilevante: F. CAPRIGLIONE, *La nuova finanza: operatività, supervisione, tutela giurisdizionale*, cit., 75 ss.; F. CESARINI – G. GOBBI, *Il finanziamento delle imprese italiane: dal credito bancario al mercato*, in *Banca, impresa e soc.*, 2016, 403 ss.; G. ALBARETO – P. FINALDI RUSSO, *Fragilità finanziaria e prospettive di crescita: il razionamento del credito alle imprese durante la crisi*, in *Banca d'Italia. Questioni Eco. Finanza*, n. 127, 2012, 5 ss.; G. FORESTIERI, *I nuovi canali di finanziamento delle imprese. Minibond, cartolarizzazioni, capitale di rischio*, in *Bancaria*, 2014, fasc. 6, 3 ss.; A. PELLEGGATA, *Capitalizzazione e fonti di finanziamento delle PMI italiane: analisi delle principali criticità e prospettive*, in *Bancaria*, 9, 2013; A. PENATI, *La questione bancaria*, cit., 247 ss.

La stretta connessione tra i diversi attori del sistema economico impone di prendere in considerazione il fenomeno della crisi d'impresa e dei suoi rapporti con il sistema bancario e finanziario attraverso un approccio che ne collochi le (spesso problematiche) relazioni in una prospettiva sistematica non limitata ai soli profili microeconomici, come sembrano altresì suggerire i recenti interventi in materia bancaria a livello nazionale ed europeo. Si pensi, ad esempio, all'incidenza negativa che il rilevante ammontare dei crediti deteriorati («*non performing loans*») (10), ha sulla quantità e qualità del finanziamento alle imprese in temporanea difficoltà, soprattutto a séguito dei recenti interventi diretti a stimolare l'attenzione degli istituti bancari in merito alle esposizioni che, seppur *in bonis*, risultano caratterizzate da un elevato rischio di deterioramento.

Al contempo, non si è mancato di notare criticamente la tendenza degli istituti bancari ad assumere «una logica più assicurativa che bancaria», nel senso dell'adozione di politiche del credito che conducono ad accettare una preventivata percentuale di perdite sui crediti «non diversamente da come le assicurazioni preventivano ed accettano, sulla scorta di studi statistici, una certa percentuale di sinistri» (11): ne deriverebbe una generale standardizzazione dell'erogazione del credito nei confronti delle realtà imprenditoriali di non rilevanti dimensioni, alla cui scarsa forza contrattuale corrisponde una generale tendenza delle banche a non procedere ad una adeguata valutazione complessiva del cliente e delle sue strategie, nonché un forte disincentivo nell'accordare linee di credito in caso di sottocapitalizzazione (12).

(10) Trattasi, com'è noto, di tutti quei crediti la cui riscossione risulta «incerta» o «improbabile», con riguardo al rispetto della prevista scadenza temporale ed al rimborso dell'intero ammontare dell'esposizione debitoria. In dottrina, senza la pretesa di essere esaustivi: L. CARPINELLI – G. CASCARINO – S. GIACOMELLI – V. VACCA, *La gestione dei crediti deteriorati: un'indagine presso le maggiori banche italiane*, in *Banca d'Italia, Questioni Eco. Finanza*, n. 311, Roma, 2016; AA. VV., *I crediti deteriorati nelle banche italiane*, a cura di F. Cesarini, Torino, 2017; B. INZITARI, *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di Stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2016, I, 641 ss.; F. SARTORI, *Sul "diritto alla gestione degli attivi problematici (Non Performing Loans)": linee dell'evoluzione normativa*, in *Riv. dir. banc.*, 13, 2018, 1 ss.

(11) L. PISANI, *Il controllo dei creditori*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2017, I, 77.

(12) Quanto all'importanza di attribuire all'imprenditore una disponibilità di credito della quale questi possa servirsi in maniera «rotativa», in modo da soddisfare le proprie esigenze finanziarie di breve e medio periodo (tipicamente: l'apertura di credito in conto corrente, le linee di credito autoliquidanti), vedi C. FRIGENI, *Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2013, I, 543, il quale rileva come è proprio in questo tipo di rapporti che «si manifesta in maniera particolarmente la tensione tra l'esigenza della banca di assumere tempestivamente le necessarie iniziative a tutela delle proprie ragioni»: da una parte, quelle di impedire nuovi utilizzi della provvista da parte del cliente la cui posizione è ormai deteriorata,

Come avrà modo di precisare nel prosieguo del capitolo, a partire dal 2010, attraverso diversi interventi legislativi, si è cercato di incentivare il più possibile il salvataggio bancario e/o finanziario dell'impresa in crisi, in particolar modo attraverso la previsione di un «ombrello protettivo» a favore della c.d. «finanza della crisi», nel caso di successivo fallimento del debitore; nella convinzione che la possibilità di ottenere nuova liquidità costituisca un fattore di primaria importanza ai fini della gestione efficiente della crisi nell'ambito dei processi di ristrutturazione finanziaria od aziendale (piani attestati di risanamento, accordi di ristrutturazione, concordati preventivi non liquidatori).

Se è vero che, ai fini del ritorno ad una condizione di equilibrio economico-finanziario, talune risorse possono provenire dall'impresa stessa (ad esempio a séguito della ricapitalizzazione oppure della dismissione dei cespiti e del flusso monetario prodotto dall'attività corrente), il ruolo determinante rimane quello svolto dai creditori bancari, sia attraverso il ricorso alla rinegoziazione del credito, sia attraverso la concessione di finanziamenti diretti all'attuazione pratica del piano di *turnaround*, come recentemente confermato dallo stesso legislatore in sede di introduzione nella legge fallimentare delle nuove fattispecie dell'«accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari» e della «convenzione di moratoria», di cui all'art. 182-*septies*.

Com'è noto, le novità accennate si inscrivono in un contesto fortemente rinnovato da alcuni interventi legislativi adottati tra il 2005 ed il 2007, che hanno sicuramente «rovesciato» l'originaria impostazione della disciplina fallimentare, abbandonando l'ormai anacronistica logica sanzionatoria del R.d. 16 marzo 1942, n. 267, per adottare un nuovo approccio in cui l'impresa, nella sua oggettività, è considerata un bene da salvaguardare – per quanto possibile – quale elemento ancora vitale, ancorché in crisi (13).

dall'altra, quella di non vedersi denegato l'accesso a facilitazioni finanziarie con il rischio concreto di dover interrompere le attività d'impresa.

(13) Cfr. M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di F. Di Marzio – F. Macario, Milano, 2010, 362: si è progressivamente passati dalla tradizionale sequenza, propria dell'originaria legge fallimentare del '42, che connetteva in via diretta: a) l'insolvenza, b) l'interesse collettivo della massa creditoria, c) il principio della *par condicio creditorum*; d) la liquidazione dell'impresa fallita; ad una nuova sequenza che corre lungo la logica seguente: a) la crisi d'impresa, b) la ricerca di una soluzione privatistica, mediante impegno diretto dei creditori; c) l'interesse pubblico alla conservazione del «valore» aziendale dell'impresa attraverso il salvataggio della stessa, senza l'alterazione dei meccanismi concorrenziali; d) il fallimento come soluzione finale. In altri termini, volendo adottare l'impostazione tipica della «*law and economics*», si potrebbe dire che l'attuale disciplina dell'impresa risulta perseguire le principali funzioni sia della massimizzazione del valore *ex post* dell'impresa, attraverso la riduzione dei

Attraverso questi primi interventi di modifica, pertanto, è stata avviata una riforma (seppur non propriamente organica) delle procedure concorsuali, ispirata da quattro obiettivi fondamentali: quello «deflattivo», teso a circoscrivere quanto più intensamente possibile l'area di applicazione delle procedure concorsuali liquidatorie; quello relativo alla «prevenzione», ovvero all'esigenza di impedire che lo scorrere del tempo e l'inazione dell'imprenditore contribuiscano alla distruzione di valore degli *assets* dell'impresa; un altro rispondente all'esigenza di lasciare maggiore autonomia al debitore ed ai suoi creditori nella gestione della crisi; ed infine, l'obiettivo di velocizzare le procedure concorsuali (14).

Ci si è progressivamente allontanati dalla prospettiva limitata al tradizionale quadro dei rapporti tra creditore e debitore, per dare maggiore spazio ad una platea più ampia di soggetti, all'interno della quale possano trovare voce anche gli altri *stakeholders* coinvolti a vario titolo nella vicenda gestionale della crisi d'impresa.

In particolare, la riforma della legge fallimentare si è ispirata alle esperienze degli accordi stragiudiziali tra l'impresa e le banche (creditori, ma anche terze), al fine di superare le eccessive rigidità che originariamente connotavano gli strumenti concorsuali (15). Ne è emersa una disciplina rinnovata anche nei confronti del ruolo e delle responsabilità assegnate ai creditori bancari, ai fini del corretto funzionamento dei nuovi istituti di risanamento, giudiziari od extragiudiziari.

Al ripensamento degli obiettivi di fondo della normativa non è seguita, però, l'adozione di una riforma organica del sistema concorsuale (16): il legislatore, conservando l'originario «contenitore norma-

tempi di svolgimento delle procedure nonché dei relativi costi, che della riallocazione ottimale dei beni aziendali sul mercato.

(14) A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 3^a ed., 2009, 28 ss.; (G. FAUCEGLIA -) N. ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2009, 5 ss.; E. FRASCAROLI-SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2^a ed., 2016, 11 ss.

(15) Pur nel solco del tradizionale impianto normativo, si sta assistendo (ancora oggi) ad una focalizzazione del recupero dei valori dell'impresa in crisi che incrina alcuni tradizionali principi della legge fallimentare, come quello della priorità assoluta della tutela dei creditori o quello della marginalità residuale delle procedure recuperatorie: P. MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in AA. VV., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, a cura di P. Montalenti, Milano, 2018, 12.

(16) Con argomenti critici, P. SCHLESINGER, *L'entrata in vigore della riforma fallimentare completata*, in *Corr. giur.*, 2006, 1189, che rimproverava al legislatore l'abbandono del progetto - ambizioso ed urgente - di una riforma organica, per limitarsi ad un «deludente restauro» della vecchia legge fallimentare, fra l'altro aggravato dalla

tivo» del Regio decreto n. 267/1942, si è limitato a decretazioni d'urgenza e legislazioni delegate, dettate dalle contingenze dello scenario economico degli ultimi anni, piuttosto che dalla necessità di un ripensamento complessivo del nostro sistema concorsuale.

Il risultato è stato quello di una legislazione concorsuale spesso «ipertrofica» (17) ed incerta nelle sue stesse ispirazioni di fondo, il cui continuo mutare (fra l'altro mediante la criticabile tecnica della novelazione), ha reso difficoltoso il formarsi di prassi ed orientamenti attraverso i quali poter dare concretezza e maggiore uniformità alle scelte del legislatore. Non a caso, in dottrina si è parlato di una vera e propria «alluvione legislativa», poco attenta alla necessità di una lettura globale e coerente del fenomeno della crisi d'impresa, eccessivamente condizionata dagli «interessi economicamente forti», in un certo senso avvantaggiati dalla stessa incapacità del legislatore di valutare la portata effettiva degli «effetti perniciosi» dei continui interventi di (mini)riforma, «correttivi» del sistema (18).

Anche alla luce di queste criticità, il Parlamento ha recentemente approvato una legge di delega al Governo per l'emanazione (entro un anno dalla sua entrata in vigore) di uno o più decreti legislativi attraverso i quali riformare le discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza nel loro complesso (19), nonostante la decisione di espungere dal disegno di legge iniziale la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che conferma l'impossibilità, anche per il futuro, di parlare di una legislazione organica delle crisi d'impresa.

pessima redazione di talune disposizioni e dalle conseguenti difficoltà di coordinamento in sede applicativa.

(17) M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *Il Caso.it*, II, 6 agosto 2015, 3; ID., *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 13. Con argomenti critici, anche: G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 2013, 5; M. VIETTI, *Il diritto concorsuale: prospettive di una riforma*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 150, trattasi di vera e propria «schizofrenia» legislativa, gravemente deleteria per l'intero impianto della legge fallimentare. Per A. MAFFEI ALBERTI, *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuità dell'attività*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 306, il legislatore sarebbe «in grande imbarazzo nell'affrontare i problemi di fondo» posti dalla crisi d'impresa, potendosi piuttosto confermare una certa chiarezza di fondo ben individuata nella sola procedura di amministrazione straordinaria, nella quale l'obiettivo principale risulta essere la continuità dell'attività di impresa.

(18) Così, G. ROSSI, *I diritti dei cittadini fra le crisi dell'impresa e della giustizia*, in *Riv. soc.*, 2014, I, 144 ss. In ottica generale, sulla capacità di condizionamento del funzionamento delle economie di mercato da parte del sistema regolatorio: A. NUZZO – P. TULLIO, *La legislazione d'impresa dell'ultimo quinquennio: quantità più che qualità*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, 383 ss.

(19) Vedi *infra*, par. 6.

Al netto delle critiche sui ritardi dell'intervento da parte del legislatore, è innegabile che si sia dato avvio ad un profondo ripensamento degli obiettivi della normativa concorsuale, tanto che si è ormai soliti parlare di un sempre più marcato processo di «privatizzazione» del fenomeno della insolvenza commerciale *lato sensu* intesa: un'impostazione che inserirebbe la regolamentazione della crisi d'impresa nel quadro di un più ampio «diritto per l'economia» (comprensivo cioè del diritto societario riformato nel 2003), frutto di scelte legislative maggiormente sensibili alle esigenze dei settori economici (20).

Orbene, al di là dell'uso di formule suggestive, il progressivo affermarsi dell'autonomia privata nell'ambito diritto della «crisi d'impresa» finisce necessariamente per condizionarne la ricostruzione (21). Non può non considerarsi, infatti, il profondo ripensamento degli obiettivi della normativa concorsuale avvenuto negli ultimi anni: da un lato, si sono state inserite previsioni che, pur nell'ambito di una procedura pubblica, riconoscono ampio spazio e rilevanza alle risoluzioni private della crisi d'impresa; dall'altro, vi è la tendenza a predisporre tutele crescenti a favore di meccanismi concordati di risoluzione della crisi, destinati ad affiancarsi alle procedure pubbliche e descritti quali *species* di una nuova generale tipologia negoziale di regolazione della crisi di impresa, ciascuno connotato da una sua propria causa (22).

Ferma restando l'insita relatività tipica di ogni periodizzazione storica, si è osservato come ad una lunga «stagione del rigore», propria della legge fallimentare del '42, abbia fatto séguito, a partire dal 2005, una «stagione dell'autonomia», seppur tormentata per le incertezze della nuova normativa e della relativa applicazione pratica, con gli istituti

(20) P. CIOCCA, *Un diritto per l'economia?*, in *Eco. Politica*, 2001, 321 ss.; L. ROVELLI, *Quale competitività per le imprese dopo le «trasformazioni» della legge fallimentare*, in *Giust. civ.*, 2006, 105 ss.; ID., *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in AA. VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, 17.

(21) F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 6.

(22) L. ABETE, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza, n. 1521/2013 delle Sezioni unite*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 867 ss.; F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., 57: la «curvatura impressa dalla riforma in favore dell'autonomia privata, e perciò della negoziabilità degli interessi connessi con la situazione di crisi, è destinata a incidere in maniera decisiva sull'impostazione della riflessione teorica dei rapporti fra contratto e crisi d'impresa».

spesso abusivamente attivati, con finalità meramente dilatorie, da imprese oramai insolventi (23). Un'incertezza che ha reso urgente il passaggio ad una fase più matura del sistema concorsuale nazionale, una «stagione del sostegno» alla ripresa economica e finanziaria dell'impresa in crisi, dando attuazione a quelle esigenze di efficienza ed armonizzazione normativa da tempo richieste a livello europeo (*in primis*, con la Raccomandazione della Commissione Europea, 2014/135/UE e con la recente proposta di Direttiva del 22 novembre 2016, in materia di ristrutturazione preventiva, «seconda opportunità» e miglioramento dell'efficacia delle procedure concorsuali) (24).

Riassumendo nel termine «autonomia» il *leitmotiv* che ha improntato l'indirizzo di fondo della riforma, la dottrina ha efficacemente sottolineato come, anche in Italia, sia venuto definitivamente a cadere il dogma della indisponibilità della gestione dell'insolvenza (25), riconoscendo alla parti la possibilità di cercare e definire l'eventuale «punto di incontro» tra le aspirazioni del debitore a risolvere i problemi della crisi con il minor danno possibile e gli interessi dei creditori a contenere a loro volta il pregiudizio derivante dall'inadempienza del debitore (26).

Coerentemente con questo rinnovato approccio, si descrive la crisi dell'imprenditore (se non, in taluni casi, la sua insolvenza) (27),

(23) P. VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani. Brevi note di fine anno*, in *IlCaso.it*, II/837, 2015, 1 ss.

(24) Soprattutto a seguito della Racc. n. 135/2014, le istituzioni dell'Unione europea (in particolare modo, la Commissione UE) hanno manifestato l'intenzione politica di indurre gli Stati membri a concepire un valido sistema di risanamento delle imprese in momentanea difficoltà economico-finanziaria, ma non ancora insolventi, optando per il (tentativo di) recupero delle stesse attraverso la predisposizione di validi strumenti conservativi e preventivi, piuttosto che per la loro liquidazione. Una prospettiva condivisa, fra l'altro, anche dalle maggiori istituzioni internazionali, quali l'UNCITRAL e la Banca Mondiale, che da tempo sostengono l'adozione, da parte dei singoli ordinamenti concorsuali nazionali, di una *rescue culture*, sul modello della legislazione statunitense in materia (in particolare, del *Chapter Eleven*, del *Bankruptcy Code*). Sull'argomento, si rimanda al par. 5.

(25) Così, V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti «di salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 371. Cfr. anche F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, I, 142: proprio dall'abbandono del concetto di crisi quale patologia dell'impresa discende la meritevolezza del contratto finalizzato al suo salvataggio.

(26) A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra privatizzazione e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 1453.

(27) Per vero, le diverse disposizioni fallimentari che fanno riferimento allo «stato di crisi», introdotte e variamente modificate dagli interventi di riforma (cfr. artt. 160, 182-bis e 67, comma 3, lett. e), sembrano essere accomunate, sul piano giuridico, dalla distinzione dalla situazione oggettiva di cui all'art. 5 l. fall., così identificando situazioni di squilibrio economico e finanziario dell'impresa probabilmente reversibili, in quanto ancora sostenute dall'accesso al credito e dall'idoneità a produrre valore.

non più come quel momento patologico della vita dell'impresa – naturalmente destinato alla cessazione di ogni attività, alla liquidazione del patrimonio aziendale, alla soddisfazione delle pretese creditorie ed all'espulsione dal mercato il soggetto inefficiente – bensì come un aspetto intimamente connesso all'attività stessa dell'imprenditore, caratterizzata, in quanto tale, dal rischio ciclico di periodi di crisi rispetto ai quali l'ordinamento deve fornire tutti gli strumenti utili per superarli.

Da quest'angolo visuale, oggi si privilegia l'abbattimento del debito attraverso l'accordo con i creditori, si bolla come fallace – quanto meno nella sua assolutezza – l'equazione tra l'imprenditore insolvente e l'impresa incapace di produrre reddito, ben potendo continuare ad operare sul mercato («*going concern*») e si tende a dare al fallito (28) la possibilità di ripartire da zero («*fresh start*»), anche per mezzo dell'azzeramento dei debiti non interamente soddisfatti («*discharge*»).

Si è soliti affermare che la nostra disciplina, non diversamente da altri sistemi concorsuali europei di *civil law*, abbia solo recentemente intrapreso quel graduale passaggio evolutivo della disciplina dall'originaria impostazione sanzionatoria, che guardava al fallito come colui il quale aveva posto in essere pratiche fraudolente ai danni dei propri creditori, ad un approccio maggiormente attento all'elemento oggettivo della vicenda concorsuale, ossia all'impresa quale bene *ex se* considerato e da salvaguardare. In altri termini, si sarebbe passati ad una visione sempre più «contrattualistica» – il cui obiettivo principale è l'incentivazione dei meccanismi privatistici finalizzati alla rapida ed efficiente soluzione della crisi –, volta principalmente alla riallocazione della ricchezza che possa, così, produrre nuova ricchezza; il tutto, con un depotenziamento del ruolo del giudice a favore delle istanze dei creditori.

A detta di molti autori, la «filosofia» ispiratrice degli interventi di riforma (compreso quello in atto) avrebbe ricondotto il sistema concorsuale italiano ad una sostanziale «privatizzazione» (o meglio: «disintermediazione giudiziale»), delle relative procedure, anche grazie all'inne-

(28) Nella prospettiva della riforma, di cui alla Legge 19 ottobre 2017, n. 155, di «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», è prescritta la sostituzione del termine «fallimento» con l'espressione «liquidazione giudiziaria», ferme restando le disposizioni penali che si porranno in continuità sostanziale (art. 2, comma 1, lett. a). E stesso dicasi per l'espressione «fallito» *et similia*, a causa della forte accezione negativa assunta negli anni; in generale, non si parlerà più di «diritto fallimentare», bensì di «diritto della crisi di impresa e della insolvenza».

sto di norme finalizzate alla semplificazione ed accelerazione dei meccanismi contemplati da queste, relegando la giurisdizione a funzioni essenzialmente di controllo e soluzione delle controversie (29).

Invero, il summenzionato depotenziamento dell'intervento pubblico nella vicenda della crisi d'impresa non sembra essere così scontato, soprattutto rispetto al fallimento, nonostante le innovazioni circa l'ampliamento delle competenze e la responsabilizzazione del curatore fallimentare e del comitato dei creditori (30). In altri termini, a dispetto di un certo arretramento degli organi giudiziari a fronte delle istanze private coinvolte, la pretesa privatizzazione del sistema concorsuale rimane inidonea a fare dell'insolvenza un semplice «affare privato» fra i creditori ed il loro debitore (31); come d'altronde sembra confermare anche la nuova legge di riforma della materia, in cui si assiste ad una certa inversione di tendenza rispetto a quest'ultimo aspetto: si pensi, ad esempio, alla previsione di una più spiccata «concorsualizzazione» degli accordi di ristrutturazione dei debiti, fra l'altro confermata anche dalla recente giurisprudenza di legittimità.

È altrettanto vero che la «linea privatistica» impressa alla legge fallimentare – idealmente conseguente a quella del riformato diritto societario –, esprime non già un valore in sé, quanto piuttosto il mezzo per assicurare il massimo possibile di efficienza ed efficacia al sistema

(29) Così, U. APICE – S. MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, 11. Per i rilievi critici: G. COSTANTINO, *Economia e processo: contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2007, I, spec. 23 ss., che, dopo una breve ma indicativa casistica di «fuga» dalla giurisdizione ordinaria (se non dalla giurisdizione *tout court*), d'ispirazione angloamericana, osserva come si faccia strada «il convincimento che, poiché il costo dei servizi legali è elevato e scarsamente produttivo, se ne possa fare a meno».

(30) Sulle rinnovate prerogative del comitato dei creditori, a séguito degli interventi di riforma del biennio 2005-2007: N. ROCCO DI TORREPADULA, *Un complicato menage a trois: giudice delegato, comitato dei creditori e curatore*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 4 ss., con riferimenti alla dottrina sviluppatasi sotto la vigenza del sistema precedente. L'A., fra l'altro, osserva come, in realtà, l'intervento di modifica legislativa non aveva affatto realizzato un reale arretramento del giudice delegato nella gestione della procedura fallimentare, continuando a mantenere una «posizione di supremazia sugli altri organi», e in particolar modo proprio sul comitato dei creditori, nonché continuando a conservare rilevanti poteri sostitutivi, surrogatori, concorrenti ed autoritativi, rispetto ad esso.

(31) In tal senso, P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 7^a ed., 2008, 43: la celebrata privatizzazione delle procedure concorsuali, in generale, e di quella fallimentare, in particolare, «più che corrispondere a un intento filosofico di approccio ai problemi economici effettivamente mutato, è frutto della tensione da parte dello Stato di liberarsi dell'onere economico della gestione dei dissesti, quantomeno nella fase prefallimentare, affidando ai privati, in cambio di una consistente degiurisdizionalizzazione e di un depotenziamento dei fattori sanzionatori e disincentivanti, la gestione della crisi, nelle sue manifestazioni meno gravi (leggi: procedure stragiudiziali e concordate, come il concordato preventivo ed il 182-bis)».

di governo della crisi, che, a ben vedere, non potrà non tener conto anche degli interessi e delle posizioni dei c.dd. «creditori forti», a cominciare dalle banche (32).

2. GLI ACCORDI STRAGIUDIZIALI PER LA RIMOZIONE DELLO STATO D'INSOLVENZA. UNA BREVE RICOSTRUZIONE STORICA.

Prima di procedere all'analisi delle soluzioni normative adottate ed alle problematiche involte dalla loro attuazione pratica, è opportuno chiedersi se il nuovo corso normativo (peraltro nient'affatto conclusosi), si sia ispirato a principî assolutamente originali o se si possano rintracciare, nel secolare *iter* evolutivo della materia fallimentare, taluni antecedenti storici nella disciplina delle procedure di realizzazione coattiva del credito nei confronti dell'imprenditore insolvente.

Per quanto si sia soliti ricondurre le recenti scelte legislative alle influenze di matrice statunitense (33), l'idea dell'accordo tra i creditori ed il debitore imprenditore non è affatto sconosciuta alla disciplina di matrice latina, ed anzi ha addirittura rappresentato uno dei tratti distintivi della disciplina fallimentare a far tempo, almeno in Italia, dal XIV secolo, nel corso del quale, recependo in parte la prassi mercantile, alcune legislazioni iniziarono a disciplinare (seppure in via residuale) la possibilità di composizioni negoziate del dissesto. D'altra parte, il tradizionale «*strepitus fori*» legato all'apertura della procedura fallimentare (e concorsuale in genere), rappresenta da sempre la ragione principale del ricorso alle soluzioni privatistiche della crisi, le uniche capaci di

(32) Emerge un quadro in cui quello di origine bancaria si va ormai configurando «come un segmento a sé stante di creditori e di rapporti nelle procedure concorsuali, governato da una sorta di *jus singulare*, in termini di vera e propria "immunità": così, A. NIGRO, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2006, I, 362. Sul tema, vedi anche P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, *ibidem*, 2007, I, 538 ss.; A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 478 ss.

(33) Sulla «differente filosofia» tra i due sistemi fallimentari, P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fall.*, 2011, 129 ss., il quale sottolinea la concezione, ben radicata nella cultura giuridica e statunitense, del fallimento «come logica ed ineluttabile manifestazione di un sistema economico fondato sul libero mercato, dove l'impresa in crisi deve anzitutto tentare il risanamento». Nonostante le recenti novelle, rimangono differenti i «baricentri» dei due ordinamenti: quello statunitense, imperniato attorno alla giustizia fallimentare e rappresentato dalle procedure del *Chapter Eleven*, che possono contare sull'ampio coinvolgimento delle *Bankruptcy Courts* e sulla lunga esperienza maturata dagli operatori, grazie alla quale si sono raggiunti «collaudati livelli di efficienza nell'impiego di detti strumenti»; quello italiano, che, pur conoscendo un ampio ricorso alle soluzioni concordate della crisi di tipo stragiudiziale, risulta tuttora ancorato ad una logica di liquidazione concorsuale.

evitare quei pericoli di discredito commerciale e sociale che, nell'esperienza italiana, affondano le loro radici in contesti culturali, prima ancora che economico-giuridici.

2.1. L'ISTITUTO DEL "SALVACONDOTTO" NEL DIRITTO FALLIMENTARE MEDIEVALE, OVVERO LA TEMPORANEA SOSPENSIONE DELLE SANZIONI PERSONALI PREVISTE A CARICO DEL MERCANTE DECOTTO AL FINE DI AGEVOLARE L'ACCORDO CON I CREDITORI E LA CHIUSURA DEL FALLIMENTO.

Una delle maggiori caratteristiche del diritto della crisi d'impresa è la sua particolare «vocazione» a letture interpretative attente ai suoi profili storici, alle relative implicazioni ed alle peculiarità dei contesti economico-sociali nei quali la materia si è andata evolvendo (34). Tra i vari settori del diritto, infatti, quello relativo alle procedure d'insolvenza si caratterizza da sempre come un «cantiere aperto» profondamente influenzato dai mutamenti della realtà socio-economica nella quale opera (35).

In termini generali, premesso che il complesso organico delle norme e dei principî dell'istituto fallimentare, ha conosciuto un itinerario storico di singolare continuità sin dalle origini basso-medievali (36),

(34) Così, A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storica-comparatistica*, in AA. VV., *Tratt. dir. fallim. e altre proc. concorsuali*, cit., vol. V, 2014, 2; ID., *Ricerche sul fallimento nel diritto moderno*, I, Milano, 1985, *passim*. Sulla non episodica attenzione della dottrina all'evoluzione delle procedure concorsuali quali «una delle più caratterizzanti componenti del diritto occidentale», tra i contributi più recenti, si rinvia a: F. MIGLIORINO, *Profilo storico delle procedure concorsuali*, in AA. VV., *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, Torino, 1997, vol. I, 3; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 5^a ed., 2010, 55; R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 128 ss.; A. MONTI, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, in AA. VV., *Commentario alla legge fallimentare. Saggi, statistiche e indici*, vol. IV, a cura di C. Cavallini, Milano, 2010, 165 ss.; V. GIORGI, *Introduzione al diritto della crisi d'impresa*, Padova, 2011, 48 ss.; R. RAMETTA, *La gestione della crisi nel diritto interno: profili storico-sistematici*, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto interno*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, vol. II, 365 ss.; L. PANZANI, *La storia del fallimento: uno sguardo d'insieme*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani - O. Cagnasso, vol. I, Torino, 2016, 10 ss.; G. NUZZO, *Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 89 ss.; F. DI MARZIO, *Il fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018, *passim*.

(35) L. STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 337. Per rilievi generali, vedi F. CAFFÈ, *Diritto ed economia: un difficile incontro*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 5 ss.

(36) Le procedure comportanti il «*concursum creditorum*» sui beni del debitore non erano sconosciute nemmeno al diritto romano, anche se è dubbia l'ascendenza romanistica dell'istituto del fallimento: A. ROCCO, *Fallimento, teoria generale ed origine*

una delle costanti di questa evoluzione può essere individuata nella tradizionale impostazione punitiva della disciplina fallimentare, coerente con la visione ideologica sottesa all'originario sistema dello *jus mercatorum*, che esercitava «il più spietato rigore nei confronti del mercante» caduto in stato di insolvenza, a testimonianza di quanto «la classe mercantile volesse acquistare credito e godere della fiducia dei mercati» (37).

Le ragioni di un siffatto trattamento risiedevano nella negazione, insita nel fenomeno fallimentare, dei principî fondanti il ruolo del ceto mercantile, un «attentato» ai suoi stessi canoni etici, *in primis* quelli del credito e della fiducia. D'altra parte, furono gli stessi *mercatores*, che pure erano esposti in prima persona al rischio dell'insolvenza, a volere che il fallimento, oltre a sortire i suoi effetti patrimoniali, fosse caratterizzato da un forte disvalore sociale, tanto da essere disciplinato alla stregua di un «*delictus*» (38).

storica, Torino, 1917, 179 ss.; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, 23 ss.; ID., *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998, 57 ss.; C. PECORELLA - U. GUALAZZINI, *Fallimento (storia)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 220 ss. Per G. BONELLI, *Del fallimento. Commento al codice di commercio*, I, Milano, 2^a ed., 1923, 2, il fallimento «è l'organizzazione legale e procedurale della difesa collettiva dei creditori di fronte l'insolvenza del commerciante. Come tale, e a prescindere dalle attinenze con altri istituti, specialmente colla *missio in possessionem* romana e col concorso che ne derivava, e che venne sistemato nella prassi del diritto comune, donde attinse però gran parte delle sue norme, esso è un istituto relativamente moderno, non risalendo i suoi incunaboli al di là del diritto statutario italiano dei secoli di mezzo, e trovò la sua prima importante sistemazione legale nella codificazione napoleonica».

(37) Così, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 54. Cfr., U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane*, cit., 275; C. PECORELLA - U. GUALAZZINI, *Fallimento (storia)*, cit., 220; R. PROVINCIALI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Padova, 1973, 13; A. BONSIGNORI, *Introduzione al diritto fallimentare*, Torino, 1993, 8 ss.: la procedura fallimentare, frutto degli statuti comunali e di quelli delle corporazioni mercantili, progressivamente sviluppatasi in Italia a partire dal XIII secolo, si manifestava in tutto il suo carattere funzionale alle «esigenze di autodisciplina interna della classe mercantile, in cui emerse il concetto di commerciante, come soggetto capace di realizzare per sé il massimo profitto, rimanendo irrilevante l'appartenenza formale degli strumenti da lui utilizzati, contesto nel quale appariva decisivo il credito di cui il mercante godeva, più che il suo patrimonio inteso in senso romanistico».

(38) Sul punto, C. PECORELLA - U. GUALAZZINI, *Fallimento (storia)*, cit., 220: l'adozione di un trattamento giuridico speciale nei confronti del mercante insolvente rispondeva, oltre che a motivi di ordine pubblico e sociale, a ragioni legate alla «maggiore facilità per i mercanti e banchieri di ricorrere al credito, ai pagamenti differiti, di porre così le premesse *de facto* per una eventuale insolvenza». Insomma erano le stesse ragioni cetuali della mercatura a reclamare una certa durezza repressiva di fronte al fallimento del mercante, né mancavano esempi di sanzioni al contempo personali e patrimoniali (si pensi ad es. alla pittura infamante, un registro dei falliti *ante litteram*): G. MASI, *La pittura infamante nella legislazione e nella vita del Comune fiorentino. Secoli XIII-XVI*, Roma, 1931, 34; L. CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1960, V, 1322; G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2010, I,

Invero, la tradizionale equazione tra «*decoctor*» e «*fraudator*» (39) non impedì la pratica del ricorso, da parte del commerciante insolvente e dei suoi creditori, ad accordi di natura privatistica che evitassero, al primo, le gravi conseguenze di natura personale alle quali si è accennato, e garantissero, ai secondi, una forma di soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie più pratica e veloce. Nati dalla prassi commerciale, questi fenomeni negoziali furono i primi esempi di «concordato stragiudiziale», spesso conclusi allo scopo di evitare l'apertura del fallimento e l'intervento dell'autorità pubblica, che avrebbe esercitato penetranti poteri di controllo e di autorizzazione, salvaguardando una certa libertà quanto ai contenuti (dilatatori, remissori, novativi, *etc.*) dell'accordo, oltre alla possibilità di ricorrere alla prestazione di garanzie.

Orbene, i suddetti accordi conobbero forme – più o meno intense – di tutela già in alcune legislazioni statutarie dell'Italia comunale, che giunsero progressivamente a disciplinare la possibilità che il procedimento fallimentare potesse chiudersi od evitarsi mediante il ricorso ad un accordo tra il debitore ed i suoi creditori, che prevedesse le modalità ed i tempi per il soddisfacimento transattivo della massa debitoria.

Se non proprio il *favor*, quantomeno la non contrarietà di alcuni statuti italiani al raggiungimento di una soluzione dell'insolvenza commerciale, attraverso strumenti negoziali che ricomponessero gli interessi contrastanti del decotto e dei suoi creditori, si manifestò con assoluta evidenza nell'istituto del «salvacondotto», che, al fine di permettere la conclusione dell'accordo *de quo*, prevedeva una temporanea sospensione delle sanzioni personali applicabili mercante fallito (40).

389 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Mercanti d'altri tempi*, in *Nuova antologia*, 2012, 264 ss.; G. NUZZO, *Il debito e la storia*, cit., 95 ss.; F. DI MARZIO, *Il fallimento. Storia di un'idea*, cit., 5 ss.

(39) Agli occhi del legislatore e della dottrina giuridica del tempo, gli accentuati caratteri punitivi della normativa in materia di decozione si giustificavano, per la sovente identificazione, lungo tutto il corso del diritto comune, tra il fallimento ed il furto. Non è raro, infatti, imbattersi in definizioni del fallito quale «*raptor*» (ossia come di colui il quale, svolgendo i propri traffici commerciali nella consapevolezza della propria insolvenza, depreda gli altri mercanti onesti delle loro risorse); o della decozione quale «*fraus*» perpetrata a danno dell'intera economia cittadina. Pertanto, il fallimento si affermò in un contesto che ne tratteggiava i caratteri essenziali in termini di «sventura» (per il fallito, ma anche per i suoi creditori) e di «misfatto»; una duplice natura che ispirò la relativa disciplina dettata dai legislatori comunali e corporativi, unanimi nel sanzionare il suo artefice con pene che andavano dalle «*capitis deminutiones*» fino al carcere per debiti, se non addirittura alla condanna a morte.

(40) Sanzioni che, se rigorosamente applicate, avrebbero certamente reso impossibile qualsiasi tipo di soluzione alla decozione diversa dall'arresto e dalla liquidazione del patrimonio, peraltro insufficiente ai fini del soddisfacimento di tutte le pre-

Com'è noto, il salvacondotto fu variamente disciplinato dalle legislazioni italiane preunitarie, seppur con effetti normativi diversi. Tra queste spicca, sia per le soluzioni tecniche adottate che per il contesto politico-economico in cui l'istituto venne applicato, la legislazione veneziana del XIV-XV secolo che, nel disciplinare l'istituto della «*fida*», non solo prevedeva la concessione al fallito di un periodo di moratoria (un mese, peraltro prorogabile) utile per raggiungere un accordo con i propri creditori, ma disponeva che l'autorità giudiziaria deputata alla trattazione del procedimento si attivasse affinché il commerciante, anche se «*fugitivum*», potesse concludere un accordo con la maggioranza qualificata dei propri creditori, omologabile dallo stesso tribunale; purché il dissesto non fosse il risultato di atti di natura fraudolenta e previa consegna *banco judicis* delle scritture contabili correttamente tenute.

In altri termini, la tutela incondizionata delle ragioni creditorie, che da sempre informava di sé le legislazioni fallimentari e concordatarie degli statuti comunali italiani, veniva in qualche modo “rovesciata” nella Parte del Maggior Consiglio del 28 marzo 1395, potendo, la tutela delle ragioni del fallito, giustificare una corrispondente minor tutela accordata ai creditori (41).

2.2. GLI SPAZI DI NEGOZIALITÀ (E LA CONNESSA TUTELA) ALL'INTERNO DEL CODICE DI COMMERCIO DEL 1882: LA CONVENZIONE DI MORATORIA ED IL CONCORDATO AMICHEVOLE.

Che la recente «stagione dell'autonomia» non sia del tutto sconosciuta alla nostra tradizione giuridica è altresì confermato da talune scelte legislative del codice di commercio del 1882 (42). Al di là della

tese. Sull'istituto *de quo* e sulle sue pratiche applicazioni nei principali statuti comunali italiani: U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., 285 ss.; A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storica-comparatistica*, cit., 21-22.

(41) Un atteggiamento di maggiore indulgenza che certamente testimonia la “moderna” consapevolezza, tipica delle realtà economiche vitali, circa l'ineluttabilità del rischio d'insolvenza nelle attività commerciali, purché il comportamento del fallito risultasse esente da dolo e fossero soddisfatti i presupposti di legge. In dottrina, G. CABRAS, *Il diritto fallimentare nel teatro di Carlo Goldoni*, in *dircomm.it*, VI, 1, gennaio-giugno 2007; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., 295 ss.: pur essendo arduo – se non impossibile – individuare puntualmente le ragioni dell'originalità normativa dell'ordinamento veneziano rispetto alle legislazioni ad esso coeve, non può non tenerne conto «come di uno dei dati più singolari della storia del fallimento nelle legislazioni italiane».

(42) Le numerose critiche rivolte al sistema fallimentare contenuto nel codice di commercio del 1865 condussero ad un organico ripensamento della disciplina commerciale. Il frutto di tredici anni di lavoro fu il codice del 1882 che, nonostante la perdurante ispirazione al modello francese, dimostrò grande capacità nel recepirne

pratica dei concordati stragiudiziali – che all’ombra dei codici ottocenteschi continuò a conoscere una certa diffusione (43) –, il riformato codice di commercio non mancò, infatti, di dare significativo rilievo ai variegati meccanismi di composizione negoziale dei rapporti patrimoniali tra il debitore ed i suoi creditori.

Da un punto di vista sistematico, si affacciò l’idea che la decozione non fosse necessariamente il frutto di incapacità o di comportamenti fraudolenti da parte del commerciante, ben potendo scaturire da avvenimenti accidentali, non prevedibili o comunque «altrimenti scusabili»: lì dove l’insolvenza fosse stata conseguenza di simili eventualità, al debitore doveva essere riconosciuta la possibilità di ottenere una dilazione del pagamento di quanto dovuto al fine di evitare le gravi conseguenze del fallimento.

Naturalmente, sarebbe erroneo pensare ad una “conversione” del legislatore circa i caratteri di fondo della legislazione in materia fallimentare (44), che rimanevano, infatti, saldamente ancorati ad un approccio punitivo, per il commerciante fallito, e liquidatorio, rispetto al patrimonio di questi, peraltro riflettendo un comune sentire delle legislazioni dell’epoca (45).

criticamente l’impostazione di fondo, anche attraverso l’adozione di talune originali soluzioni: A. PADOA-SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, *passim*; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Roma-Bari, 11^a ed., 2007, 161; A. ASQUINI, *Codice di commercio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 250 ss.; O. CAGNASSO, *Codice di commercio*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., III, Torino, 1987, 120 ss.

(43) A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, 220 ss. Per un quadro dei caratteri e dell’evoluzione storico-normativa dei suddetti accordi, E. FRASCAROLI-SANTI, *Concordato stragiudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., III, Torino, 1987, 287 ss.; ID., *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 45 ss.

(44) Sulla sostanziale continuità del codice di commercio rispetto alla normativa francese, A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. economia*, diretto da F. Galgano, IX, Padova, 1986, 20 ss. Per un’analisi della evoluzione degli istituti fallimentari, si veda la ricostruzione storico-dogmatica di P. PAJARDI, *Radici e ideologie del fallimento*, Milano, 1992, *passim*.

(45) G. BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1923, 365; R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento*, cit., 145 ss. Quanto al primo dei summenzionati profili, si pensi alle disposizioni relative all’inserimento del nome e cognome del fallito nell’apposito albo «affisso nelle sale del Tribunale che dichiarò il fallimento e nelle sale delle borse di commercio» (art. 697), al disconoscimento, nei suoi confronti, della garanzia del segreto epistolare (art. 749) ed alle limitazioni della libertà di circolazione, possibile solamente previa autorizzazione del giudice delegato (art. 698).

Sul punto, F. DI MARZIO, *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d’impresa. Nota apologetica sul nuovo “diritto fallimentare”*, in *IlCaso.it*, 2012, II/284, 4, il quale osserva che, anche in Italia, «nel fallimento la ragione dei creditori era destinata a rimanere essenzialmente inappagata; in onore (piuttosto che in soccorso) del creditore deluso la legge poteva sfogarsi unicamente sulla persona del fallito».

In altri termini, il fallimento, costituendo, dal punto di vista economico, «un fatto patologico nello svolgimento dell'economia creditizia» ed «effetto dell'anormale funzionamento del credito» (46), continuava ad essere disciplinato alla stregua del momento conclusivo di una serie di condotte sostanzialmente dolose da parte del commerciante decotto, il quale, deliberatamente, aveva arrecato pregiudizio alla posizione dei suoi creditori. Ciononostante, il codice prevedeva la possibilità di procedere ad un concordato «amichevole», sia di moratoria (art. 825) che di fallimento (art. 830).

L'istituto giuridico che, nella logica del codice di commercio 1882, veniva destinato a disciplinare le crisi d'impresa reversibili era quello della «moratoria» (47), attraverso il quale il legislatore italiano offriva al commerciante la possibilità di chiedere (sia prima che in conseguenza della dichiarazione di fallimento) (48), una dilazione di pagamento ai

(46) Così, A. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 669.

(47) Per vero, l'istituto giuridico della moratoria non rappresentava di per sé una novità assoluta: già nel diritto romano – e, per il suo tramite, anche nelle legislazioni statutarie –, ora per volontà dei creditori, ora in forza di un «*rescriptum principis*», era prevista la possibilità di sospendere le azioni esecutive nei confronti del debitore.

(48) La disciplina codicistica contemplava due ipotesi di moratoria: una conseguente alla dichiarazione di fallimento (art. 819) ed una antecedente ad essa (art. 827). Nel primo caso, il beneficio era accordato al commerciante fallito che avesse giustificato «con valide prove che la cessazione dei pagamenti fu conseguenza di avvenimenti straordinari o impreveduti o altrimenti scusabili», altresì dimostrando, mediante produzione documentale o prestazione di idonee garanzie, la prevalenza dell'attivo patrimoniale sul passivo. Nell'ipotesi di moratoria concessa prima della dichiarazione di fallimento, il commerciante doveva presentare apposita istanza al tribunale, ricorrendo i medesimi presupposti soggettivi ed oggettivi di ammissibilità e l'adempimento degli oneri documentali previsti per la moratoria del commerciante dichiarato fallito. Il beneficio era accordato dall'organo giurisdizionale con sentenza, previo voto favorevole della maggioranza dei creditori.

In dottrina, C. FASSA, *Moratoria*, in *Enc. giu.*, X, Roma, 1901, 434: tra i presupposti oggettivi di applicabilità dell'istituto: il fallimento di un debitore; le malversazioni di un rappresentante, a fronte delle quali il committente risulti senza colpa; una crisi commerciale edilizia «che influisca a rendere gli istituti di credito fondiario restii alla stipulazione di mutui fondiari»; l'«impreveduto aumento del cambio ed il contemporaneo ribasso nella rendita pubblica italiana che abbiano provocato la sfiducia dei correntisti nazionali ed esteri ed il ritiro sollecito delle somme presso la società», etc. Tra i lavori più recenti, vedi anche M. BERGAMASCHI, *Crisi d'impresa e tecnica legislativa: l'istituto giuridico della moratoria*, in *www.unibs.it*, dicembre 2007, 5 ss.; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Concordato preventivo*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., III, Torino, 1988, 255-256; T.E. CASSANDRO, *Natura giuridica e finalità del concordato preventivo*, in AA. VV., *Tratt. dir. proc. concor.*, diretto da U. Apice, III, Torino, 2011, 6 ss.: con l'entrata in vigore del concordato preventivo (L. 24 maggio 1903, n. 197), la procedura della moratoria fu abrogata, non avendo dato gran prova di sé nel corso della sua applicazione ventennale, regolata com'era da norme incoerenti, che spesso diedero luogo a controversie insolubili a fronte delle quali nemmeno la giurisprudenza riuscì a fornire una risposta soddisfacente.

propri creditori, nel caso in cui si trovasse temporaneamente in un momento di squilibrio fra le attività liquide e le passività scadute.

La summenzionata concessione abbisognava dell'approvazione della maggioranza dei creditori e dell'*imprimatur* dell'autorità giudiziaria, stante il carattere di "privilegio" accordato al commerciante inadempiente, profili che, a ben vedere, avvicinano l'istituto agli attuali accordi di ristrutturazione dei debiti, trattandosi appunto di accordi stragiudiziali finalizzati al superamento di una situazione di crisi reversibile, poi consacrati in un provvedimento di omologazione del tribunale competente, che conservava comunque ampi poter d'intervento, anche nel merito dell'accordo.

Dall'angolo visuale del binomio autonomia contrattuale/insolvenza, l'originalità delle scelte codicistiche non si esauriva nel solo istituto moratorio. Nell'ambito della disciplina dettata in tema di concordato, infatti, il codice introduceva – con previsione che sembrava essere stata dettata quasi «di sfuggita» (49) –, accanto alla tradizionale forma giudiziale (c.d. «forzosa» o «di maggioranza»), una forma «amichevole» di concordato, raggiunto dal commerciante con la maggioranza qualificata dei propri creditori, rappresentativi di almeno i $\frac{3}{4}$ dell'indebitamento totale.

Pertanto – con soluzione innovativa ed ignota alla tradizione transalpina (50) –, il nostro codice prevedeva espressamente la possibilità per il debitore di accedere ad una forma stragiudiziale di concordato stipulata con ciascuno dei creditori concorrenti nel fallimento e regolata dalle stesse parti del negozio e con la possibilità di una regolamentazione differenziata a seconda della controparte.

Si tenga conto che ad essere preso in considerazione era il solo concordato amichevole successivo al fallimento, che il debitore stipulava (non già con la «massa», bensì) con ciascuno dei creditori procedenti, in quanto il legislatore, consapevole della diffusa prassi degli accordi amichevoli finalizzati a prevenire la dichiarazione di fallimento –

(49) Così, E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1898, n. 8431, 4.

(50) G. BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., 666. Più di recente, F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra Otto e Novecento*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., 161 ss.

La soluzione sembrava avvicinare la legislazione italiana a quanto disciplinato in Gran Bretagna dal c.d. *Bankruptcy Act* (1883), nel quale era prevista, in sede di preliminare adunanza generale dei creditori procedenti davanti all'autorità giudiziaria, la possibilità per le parti di raggiungere un accordo che evitasse la bancarotta del commerciante e la conseguente liquidazione del suo patrimonio («*a composition or scheme of arrangement*»): I.L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali, dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 427; F. DI MARZIO, *Il fallimento. Storia di un'idea*, cit., 91 ss.; R. TETI, *Un diritto per gli imprenditori*, Roma, 2018, 72 ss.

spesso conclusi dal debitore con i soli «creditori forti» (51) –, volle lasciare all'autonomia privata la disciplina di quest'ultimi.

È noto, peraltro, che nella ricostruzione dogmatica degli accordi stragiudiziali si sono prese le mosse proprio dalla previsione dell'art. 825 cod. comm. 1882: possiamo affermare che fu proprio quell'espresso riconoscimento normativo a stimolare lo studio della figura e ad occasionare il manifestarsi di una certa contrapposizione, che ha influenzato a lungo il dibattito, tra la necessità di un accordo con tutti i creditori o solo con alcuni di essi, al fine di evitare il fallimento dell'imprenditore insolvente o prossimo all'insolvenza (52).

Riservandoci di tornare sull'aspetto appena accennato nel prosieguo del lavoro, occorre sottolineare come nella figura del concordato amichevole sembrava indirettamente affacciarsi una certa considerazione della giurisdizione quale fattore di una possibile «inefficienza», tanto che, si disse, «meno l'autorità si impiccia degli affari privati, e meglio questi possono essere composti con soddisfazione comune e minori spese» (53). Né era sconosciuta, almeno alla migliore dottrina dell'epoca, l'utilità economico-sociale della conservazione, piuttosto che della liquidazione, di quei complessi aziendali risanabili, ovvero capaci di ritornare «centro fecondo di una rinnovata attività economica», soprattutto quando «colui che la dirige è immune da colpe» (54).

Come è stato recentemente sostenuto, lo studio degli ambiti di negoziabilità che hanno caratterizzato le vicende storiche del fallimento, rappresenta il «parametro idoneo ad individuare diverse età nella storia dell'istituto, il fallimento, che sembrerebbe altrimenti esposta a pochi contrasti», stretto nella «ineluttabilità» di taluni momenti che ne hanno

(51) R.S. di Casale, 14 marzo 1845, in C. MANTELLI, *Giurisprudenza del Codice di commercio e delle altre leggi relative*, II, Alessandria, 1845, 531: «avviene continuamente nelle città commerciali che i creditori di un negoziante convengono in un concordato amichevole accordandogli lunghe more, e lasciandolo continuare nell'esercizio del suo commercio; ma ove questi non eseguisca la convenzione eglino possono rivolgersi in qualunque tempo al Tribunale e far dichiarare il di lui fallimento, poiché intatta rimane sempre l'azione nascente dalla sussistenza del credito e dal difetto di pagamento».

(52) Cfr. E. FRASCAROLI-SANTI, *Concordato stragiudiziale*, cit., 284; ID., *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 11 ss. Quanto alla dottrina più risalente, sulla ricostruzione contrattuale del concordato stragiudiziale: A. NATI, *Del concordato con speciale riguardo al concordato stragiudiziale*, Roma, 1936, 283.

(53) E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, cit., n. 8430.

(54) C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1911, 476; nonché, F. CARNELUTTI, *Espropriazione del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 678.

accompagnato nei secoli i caratteri più peculiari, restituendo l'immagine di «una procedura apparentemente indenne allo scorrere del tempo» (55).

3. LA PRASSI DELLE CONVENZIONI STRAGIUDIZIALI DI RISANAMENTO TRA L'IMPRESA IN CRISI E LE BANCHE CREDITRICI: LA PROCEDURA DI CONCERTAZIONE DEL CODICE DI COMPORTAMENTO ABI (2000) E LE PROPOSTE DI MODIFICA DELLA LEGGE FALLIMENTARE, ANCHE SULLA SCORTA DELL'ESPERIENZA DEL "LONDON APPROACH".

Pur nell'originario quadro normativo della legge fallimentare del '42 (su cui si avrà modo di soffermarsi nel prossimo paragrafo), caratterizzato da un generale atteggiamento di sfavore verso soluzioni stragiudiziali dell'insolvenza o della temporanea difficoltà dell'imprenditore di adempiere alle proprie obbligazioni, la dottrina e la giurisprudenza ebbero modo di confrontarsi, a più riprese, con il fenomeno degli accordi privatamente conclusi tra il debitore ed i suoi creditori, al fine di evitare l'apertura della procedura fallimentare permettendo il recupero – complessivo o parziale – dei crediti vantati (56). In termini generali, con il termine «concordato stragiudiziale» (57) ci si riferisce ad una for-

(55) Emerge con tutta evidenza la peculiarità del concordato amichevole, l'estraneità del controllo giudiziario (a differenza della moratoria e del concordato giudiziale), nonché la sua esaltazione dell'autonomia negoziale: era soltanto nel concordato amichevole che «poteva manifestarsi, incontaminata, l'autonomia dei privati, assoggettata esclusivamente al riconoscimento ordinamentale secondo le regole e i principi dei contratti»: F. DI MARZIO – F. MACARIO, *Autonomia dei privati e disciplina dell'insolvenza*, in AA. VV., *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, a cura di G. Cazzetta, Milano, 2014, I, 562. Sulla necessità di un «confronto tra lo spirito autoritativo connaturato ad ogni procedimento concorsuale e gli spazi di negozialità che in concreto si aprono nelle singole esperienze giuridiche», anche R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento*, cit., 127.

(56) Si può dire che furono proprio la rigidità e la inefficienza del carattere officioso delle procedure giudiziali ante-riforma ad incoraggiare il ricorso ai concordati stragiudiziali, nonostante i pericoli connessi a siffatte operazioni (revocatoria fallimentare, possibile imputazione dei reati di bancarotta ed esercizio abusivo del credito, etc.).

(57) Per i profili generali, cfr.: R. PROVINCIALI, *Concordato stragiudiziale*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 986 ss.; C. PETRUCCI, *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 521 ss.; F. ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, in AA. VV., *Dizionario dir. priv.*, diretto da N. Irti, vol. III, *Dir. comm. ind.*, a cura di U. Carnevali, 1981, 346 ss.; E. FRASCAROLI-SANTI, *Concordato stragiudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., II, Torino, 1988, 283 ss.; L. SCARANO, *Profilo generale del concordato stragiudiziale*, in *Dir. giur.*, 1973, 324 ss.; G. MONTESANO, *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca*,

mula descrittiva del fenomeno economico-giuridico per il quale un imprenditore in stato di crisi (se non addirittura insolvente) cerca di rimuovere detto *status* garantendosi il consenso dei (principali) propri creditori sulla base di un piano di risanamento la cui realizzazione eviti al primo la dichiarazione di fallimento.

Prima che la legge fallimentare conoscesse la lunga stagione di riforme e mini-riforme iniziata a partire dal 2005, la fattispecie “socio-giurisprudenziale-dottrinale” del concordato stragiudiziale risultava riconducibile all’ipotesi tipica di un imprenditore che, attraverso l’accordo negoziale con i propri creditori, tentava di raggiungere i risultati conseguibili con un concordato preventivo, senza la necessità di rivolgersi all’autorità giudiziaria; o che, in alternativa, tentava di realizzare un consolidamento della propria esposizione debitoria, senza dover ricorrere alla (inefficace e dispendiosa) procedura dell’amministrazione controllata.

Come già accennato, la dottrina si è più volte occupata del fenomeno, sia guardando al profilo strutturale della figura negoziale (58),

borsa e tit. credito, 1974, I, 482 ss.; G. VILLA, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 791 ss.; L. ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 666 ss.

(58) Rinviano al prossimo capitolo le riflessioni attorno al profilo strutturale dell’operazione negoziale di salvataggio dell’impresa in crisi, in questa sede ci si limita a richiamare le due principali ipotesi ricostruttive del concordato stragiudiziale elaborate dalla dottrina: quella «atomistica» e quella «unitaria».

Secondo il primo orientamento (: U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, Torino, 1961, 1596; A. CANDIAN, *Concordato convenzionale e processuale e remissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, II, 630; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 294; F. FERRARA JR., *Il fallimento*, Milano, 3^a ed., 1974, 563 ss.), la sostanziale impossibilità di individuare una figura sufficientemente definita di concordato stragiudiziale risiederebbe appunto nel suo concretizzarsi in una pluralità di accordi tra di loro non assimilabili, ma accomunati dal solo scopo di evitare il fallimento, nel senso di mero «motivo» del contrarre non riconducibile ad un comune profilo causale. Con la conseguenza l’interesse delle parti di evitare il fallimento del debitore rilevavano per ciascun negozio tutt’al più sotto il profilo della «presupposizione», ovvero come condizione implicita alla cui realizzazione risultava sufficiente che in concreto il fallimento non venisse dichiarato con riferimento ad uno stato d’insolvenza anteriore alla stipulazione degli accordi stessi, pena la loro risoluzione, con conseguente diritto di ciascuno dei creditori stipulanti di partecipare all’esecuzione concorsuale per l’intero credito primitivo, salva la detrazione dei pagamenti intanto ricevuti, comunque assoggettati all’azione revocatoria.

Da un altro angolo visuale, invece, l’accordo stragiudiziale avrebbe configurato un contratto unico causalmente diretto ad evitare la dichiarazione di fallimento e concluso dal proponente con tutti i suoi creditori, alla stregua di un contratto plurilaterale con comunione di scopo, anche se l’eventualità di un accordo intercorso con tutti i creditori dell’imprenditore rendeva estremamente difficile la sua concreta fattibilità, tanto che in molti ritenevano sufficiente l’adesione di un’alta percentuale di crediti aderenti che permettesse all’impresa di far fronte al pagamento dei non aderenti. In tal senso, cfr.: R. PROVINCIALI, *Trattato dir. fall.*, Milano, 1974, 1773 ss.; U. DE SEMO,

sia ricostruendone i caratteri principali attraverso il ricorso alle fattispecie tipiche contemplate dal codice civile (59).

A parte qualche pronuncia di merito in senso negativo (60), anche la giurisprudenza ammise la legittimità del concordato stragiudiziale, peraltro ricostruendone la struttura come un complesso di singoli accordi bilaterali remissori, accompagnati dalla rinuncia a chiedere il fallimento di una delle parti, con la conseguente «immunità» di ciascun contratto nei confronti di eventuali vizi altrui (61). Ciononostante, data l'impossibilità di imporre la soluzione negoziata ai soggetti estranei al concordato stragiudiziale (art. 1372, comma 1, c.c.), e fermo il diritto dei creditori dissenzienti di agire in giudizio per la salvaguardia delle

Diritto fallimentare, Padova, 1968, 5^a ed., 555 ss.; E. FRASCAROLI-SANTI, *Concordato stragiudiziale*, cit., 288.

Ciò detto, in dottrina, non sono comunque mancate ulteriori e meno nette configurazioni strutturali del concordato stragiudiziale, ipotizzandosene la ricostruzione in termini di contratto unico intercorso con tutti (o con una rilevante parte dei) creditori dell'impresa, e comunque aperto alle eventuali adesioni successive di altri creditori; come un «fascio» di contratti tra loro indipendenti ma reciprocamente condizionati; o, ancora, come il risultato della combinazione di due o più schemi utilizzabili, ciascuno adottato a seconda del profilo soggettivo od oggettivo del credito vantato: G. MONTESANO, *Il concordato stragiudiziale*, cit. 393; G. VILLA, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, cit., 805-806; I.L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali*, cit., spec. 430 ss.

(59) F. FERRARA JR., *Il fallimento*, cit., 153; F. ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, cit., 370; M. FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Aa. Vv.*, *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2005, 54; L. RESTAINO, *La natura transattiva degli accordi per il superamento della crisi d'impresa*, in *Notariato*, 2018, 538. Per vero, già sotto la vigenza del cod. comm. 1882, A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., 209 si era espresso sulla possibilità di ricorrere allo schema della transazione, quale figura atta a ricomprendere anche i rapporti giuridici incerti nella loro realizzabilità, e quindi ad essere utilizzata anche ai fini della ricostruzione dei concordati stragiudiziali.

(60) In senso dubitativo circa la legittimità del concordato stragiudiziale: Trib. Roma, 1° aprile 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 646; App. Roma, 1° luglio 1985, in *Fall.*, 1986, 971; Trib. Napoli, 17 luglio 1987, in *Dir. giur.*, 1987, 552; Trib. Torino, 7 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 655. Ma vedi anche, Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, 306, con nota critica di I. MENGHI, *Il concordato stragiudiziale: variazioni minime ad una voce per una grande fuga sul tema: secondo il collegio giudicante per l'imprenditore in stato di insolvenza non poteva ammettersi alcuna possibilità di proporre un concordato stragiudiziale, dovendosi anzi sostenere, in capo a questo, un obbligo di richiedere al tribunale la dichiarazione di fallimento. La giurisprudenza, pur mostrandosi favorevole alle soluzioni stragiudiziali delle crisi d'impresa, richiedeva l'adesione della totalità dei creditori, in modo da rendere lo strumento *de quo* una sorta di concordato preventivo stragiudiziale, caratterizzato da maggiore flessibilità e minori rischi in termini di esborso finanziario e ricadute negative sulla reputazione dell'imprenditore: Cass., 18 marzo 1979, n. 78, in *Giust. civ.* 1979, I, 951; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, 713; Trib. Parma, 4 marzo 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, 741; Trib. Roma, 5 marzo 1982, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 255.*

(61) In tal senso, si vedano: Cass., 15 ottobre 1957, n. 3848, in *Giust. civ.*, Mass., 1957, 1449; Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giur. comm.*, 1980, II, 700; Cass., 20 maggio 1993, n. 5763, in *Fall.*, 1993, 1135.

proprie pretese, attraverso la proposizione dell'istanza di fallimento, l'esperienza degli accordi in oggetto non conobbe esiti sempre positivi (62).

In un momento storico in cui la tradizionale pratica degli aiuti di Stato subiva un ridimensionamento ad opera degli interventi normativi e giurisprudenziali, nazionali e comunitari – né miglior fortuna avevano, da un punto di vista pratico, i tentativi di «utilizzo alternativo» delle procedure concorsuali minori, che spesso fungevano da impropri ammortizzatori sociali a danno dei creditori –, rilevanti novità si registrarono proprio in ambito bancario, grazie ad alcune iniziative degli operatori del settore, che guardavano all'impresa in difficoltà finanziaria, seppur temporanea e reversibile.

A fronte della mancanza di idonei strumenti concorsuali che guardassero allo stato di crisi ed alla sua efficiente soluzione, salvaguardando la continuità aziendale dell'impresa ancora *viables*, l'Associazione bancaria italiana (ABI) ipotizzò un percorso di intervento procedimentalizzato da parte degli istituti di credito nei confronti dell'impresa in difficoltà finanziaria temporanea e reversibile, consapevole che, in assenza di un intervento organico del legislatore concorsuale, tra tutte le possibili fenomenologie riconducibili agli accordi stragiudiziali, le c.dd. «convenzioni bancarie» (63) continuavano a rilevare come quelle

(62) Le ragioni delle difficoltà erano soprattutto legate alla configurazione della previgente legge fallimentare: si pensi alla precarietà degli atti, dei pagamenti e delle garanzie poste in essere in attuazione dell'accordo (ad es. la mancanza di stabilità degli acquisti dei terzi in occasione della liquidazione di alcuni settori di produzione dell'impresa), soggetti all'azione revocatoria esperibile dal curatore del fallimento sopravvenuto, oppure alla mancata prefigurazione, a vantaggio dei crediti sorti in attuazione dell'accordo stragiudiziale, di condizioni di priorità nell'eventuale sopravvenuto fallimento; o, ancora, ai rischi di responsabilità civile e penale per coloro i quali, cooperando all'attuazione del piano di risanamento in séguito rivelatosi insufficiente, avevano ritardato l'emersione dell'insolvenza. A fronte di una siffatta cornice normativa, non poche erano le criticità insite nella stipulazione delle convenzioni bancarie: dall'impossibilità di fatto di ricomprendere tutti i creditori dell'impresa, con connessa violazione della *par condicio creditorum* in caso di apertura del fallimento, alla mancanza di qualsivoglia «ombrello protettivo» da parte dell'ordinamento, fondamentale soprattutto a fronte di lunghe ed elaborate negoziazioni con i propri creditori; dalla poco probabile concessione di nuovi finanziamenti alla insufficienza della mera concessione di postergazioni o di conversioni dei crediti in azioni ai fini della fuoriuscita dalla crisi. Peraltro, non si mancò neppure di segnalare criticamente come detti accordi andassero a favorire, in ultima istanza, proprio i «creditori forti» dell'imprenditore, lasciando fuori quelli non rientranti nella categoria degli intermediari bancari o comunque tutti quelli a discapito dei quali sussistevano gravi asimmetrie informative.

(63) Tra i contributi precedenti agli interventi della riforma fallimentare: F. RIOLO, *Convenzioni interbancarie per la soluzione di crisi aziendali*, Milano, 1994, *passim*; G. RAGUSA MAGGIORE, *La partecipazione delle banche al salvataggio delle imprese: profili giuridici*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 238 ss.; P. GUERRA, *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa: il c.d. consolidamento dei crediti bancari*, in *Banca*,

strategicamente più rilevanti e capaci di ridurre sensibilmente i rischi d'insuccesso di siffatte operazioni.

L'iniziativa fu quella del «Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa», adottato nel 2000 con l'intento di contribuire concretamente ad una migliore gestione delle crisi, fornendo agli intermediari bancari e finanziari una vera e propria procedura d'intervento preventivo per la concertazione con l'impresa debitrice, in vista della ristrutturazione del debito e del risanamento stragiudiziale di quest'ultima (64). A séguito

borsa e tit. credito, 1995, I, 806 ss.; V. DESARIO, *Il ruolo del sistema bancario nel risanamento finanziario delle imprese*, in *Bollettino eco.*, 1996, fasc. 6, 35 ss.; P. GUALTIERI, *Il processo decisionale delle banche per l'adesione ai piani di risanamento delle imprese*, in *Riv. soc.*, 1996, I, 854 ss.; A. VALENTE, *La concertazione per i risanamenti aziendali*, Bari, 1996, *passim*; F. CESARINI, *Le banche creditrici della impresa in crisi: ruolo, responsabilità, problemi*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1996, I, 569 ss.; N. IRTI, *Dal salvataggio statale all'intervento bancario*, in *Riv. soc.*, 1996, I, 1081 ss.; G. DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, in *Fall.*, 1996, 840 ss.; G. SANGIORGIO, *Il ruolo delle banche e la disciplina di vigilanza*, in AA. Vv., *Crisi d'impresa e ruolo delle banche*, in *Quaderni di ricerca giuridica e consulenza legale della Banca d'Italia*, 44, 1997, 246; G. DE NOVA, *Le convenzioni attuative del piano di risanamento*, in AA. Vv., *Crisi di impresa e risanamento, ruolo delle banche e prospettive di riforma*, a cura di D. Masciandaro - F. Riolo, Milano, 1997, 229 ss.; F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 488 ss.; P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Fall.*, 1997, 893 ss.; P. ROSSI, *Ristrutturazione del debito e ruolo delle banche nel risanamento delle imprese in crisi*, in *Banca, impresa, soc.*, 1997, 283 ss.; G. ROSSI, *Crisi dell'impresa: soluzioni al confine tra diritto fallimentare e societario*, in *Fall.*, 1997, 914 ss.; M. ARATO, *Convenzioni bancarie e procedure concorsuali*, *ibidem*, 1998, 928 ss.; R. SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 609 ss.; A. PALUCHOWSKI, *La valutazione giudiziaria delle attività di risanamento: aspetti civilistici*, in AA. Vv. *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa. "I protagonisti"*, a cura di S. Bonfatti - G. Falcone, Milano, 1999, 98 ss.; A. JORIO, *Dal concordato stragiudiziale alla soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 1999, 759 ss.; P. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 1999, 825 ss.; E. GRANATA, *Convenzioni stragiudiziali e imprese in crisi*, in *Giorn. dott. comm.*, 2000, fasc. 4, 12 ss.; M. SANTARONI, *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, in *Giust. civ.*, 2000, 95 ss.; S. BONFATTI, *L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese in crisi*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2003, I, 159 ss.

(64) «Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa» (Circolare ABI Serie Legale n. 9/2000), in *Giur. comm.*, 2000, I, 12 ss. Predisposto dall'Associazione con l'ausilio della propria Commissione tecnica legale, il Codice di comportamento era stato approvato dal Comitato esecutivo dell'ABI nella riunione del 20 ottobre 1999, ed emanato previo positivo vaglio della Banca d'Italia, in qualità di Autorità *antitrust*, con lettera del 15 febbraio 2000. All'iniziativa, che certamente si contraddistinse per talune pregevoli soluzioni adottate, la dottrina riservò molta attenzione: G. ZADRA, *Presentazione al Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2000, I, 1457 ss.; L. GHIA, *Il Codice di comportamento tra banche e imprese in crisi*, in AA. Vv., *Banche, crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di G. Staiano - S.M. Battaglia, Roma, 1998, 160; S. BONFATTI, *La «amministrazione bancaria»*, cit., 47 ss.; F. MAIMERI, *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d'impresa e codice di comportamento bancario*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2000, I, 417 ss.; S.

degli interventi di riforma, non si è purtroppo proceduto ad un aggiornamento del codice comportamentale, nonostante le potenzialità positive dello schema ivi contenuto, come confermato dalla recente adozione di un'iniziativa simile da parte dell'Associazione bancaria sammarinese (65), ampiamente ispirata al Codice di comportamento delle banche italiane.

Com'è noto, l'iniziativa dell'ABI nasceva (66) dal giudizio negativo che gli operatori bancari avevano delle procedure in vigore, in quanto eccessivamente costose, oberate dalle lungaggini dovute dal loro carattere concorsuale, poco attente al recupero dell'impresa, alla valorizzazione delle sue prospettive reddituali e, soprattutto, contraddistinte da scarse probabilità di successo, come d'altronde aveva dimostrato l'esperienza applicativa della procedura di amministrazione controllata, che, in sostanza, pretendeva di risolvere una crisi in atto tramite la sola moratoria dei debiti. Ragion per cui, a fronte delle difficoltà di ordine giuridico e pratico (come quello di comportamenti opportunistici da parte di alcuni creditori, «*free riding*») e dell'assenza di una consolidata cultura – giudiziaria ed imprenditoriale – in materia di risanamento aziendale (67), dagli operatori giunse una risposta che optava

BONFATTI – G. FALCONE, *La concertazione per la soluzione delle crisi d'impresa: la «amministrazione bancaria» ed il nuovo codice di comportamento bancario sulla gestione delle crisi aziendali*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2000, I, 365 ss.; E. GRANATA, *Dall'Abi il via alla concertazione per aiutare le imprese in crisi*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, fasc. 13, 12 ss.; G. FAUCEGLIA, *Commento al Codice di comportamento Abi Banche-Imprese in crisi*, *ivi*, 96; V. DESARIO, *Il ruolo delle banche nella crisi d'impresa: il punto di vista della Banca d'Italia*, in *Riv. banc.*, 2000, fasc. 4, 13 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Sulla chiusura della procedura di concertazione interbancaria per la composizione extragiudiziale della crisi di impresa*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2000, I, 577 ss.

(65) «Codice di Comportamento Interbancario Banche-Clienti in crisi» (31 luglio 2015), in *Riv. dir. banc.*, 26, 2015, 1 ss., con commento di S. BONFATTI, *Il codice di comportamento “banche-impresе in crisi” degli intermediari bancari e finanziari sammarinesi*.

(66) S. BONFATTI, *La «amministrazione bancaria»*, cit., 45; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, 24: per vero, già nel secondo semestre del 1995, l'Unione Regionale delle Camere di Commercio della Puglia aveva promosso una serie di iniziative per l'illustrazione di una «Procedura di concertazione» delle crisi delle piccole e medie imprese pugliesi, che attribuiva alle banche un ruolo essenziale, in quanto creditori normalmente principali di dette imprese, oltre alla costituzione, presso la Camera di Commercio, di un apposito ente in grado di coordinare e supportare le attività di «concertazione» delle crisi aziendali.

(67) Se, almeno tendenzialmente, raggiungere un accordo quando l'importo dei relativi debiti risulta prevalentemente nei confronti dei fornitori – soprattutto se il numero dei creditori è elevato, anche a causa dell'esiguo importo delle singole pretese –, il «colloquio» tra l'imprenditore e le banche creditrici risulta, alla prova dei fatti, più agevole, grazie all'ormai tradizionale collegamento che esse hanno con il primo ed alla relativa facilità di un loro reciproco coordinamento: così, P. GUERRA, *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa*, cit., 808. Quanto alle tipiche esigenze di flessibilità e rapidità richieste dalle operazioni di *turnaround*, si rimanda alle osservazioni di E. GRANATA, *Dalla “miniriforma” alla “riforma” della legge fallimentare: le*

per il ricorso agli accordi di natura privata, stipulati al di fuori delle procedure previste dalla legge, in quanto strumenti efficaci per la tutela dei molteplici interessi coinvolti, e comunque preferibili alla liquidazione dell'impresa ancora capace di generare valore.

Fermo il carattere reversibile della crisi quale «postulato essenziale» (68) del modello preconcorsuale delineato dall'ABI, gli accordi ivi contemplati possono essere qualificati alla stregua di «contratti-quadro» finalizzati a prevenire proprio i fenomeni degenerativi della crisi non irreversibile ed a «governarla» nella prospettiva del risanamento dell'impresa; il tutto, attraverso il rispetto dei canoni di reciproca collaborazione (69), correttezza e trasparenza, sostanzialmente corrispondenti a quelli tipici del diritto contrattuale comune.

Le descritte finalità si sostanziano in un procedimento – non giudiziario né liquidatorio – articolato in quattro fasi successive: a) l'attivazione della procedura di concertazione da parte dell'istituto aderente (o di altri interessati), al quale fossero pervenute notizie in grado di «far ritenere utile» l'attivazione della stessa (art. 3); b) la produzione degli effetti preliminari conseguenti all'attivazione della procedura di concertazione, a séguito della quale gli istituti aderenti si impegnavano a partecipare «ad adeguato livello» alle trattative con la controparte debitrice e gli altri creditori, fornendo adeguate informazioni relative al «dettaglio dell'esposizione, delle garanzie e delle fonti di rimborso» ed obbligandosi altresì a non divulgare né utilizzare quelle provenienti dagli altri istituti (art. 4); c) l'apertura della procedura di concertazione,

istanze del sistema bancario, in AA. VV., *La "riforma urgente" del diritto fallimentare e le banche*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 2002, 235: volgendo lo sguardo ad «un'ottica prettamente economica, la funzione attuale della legislazione fallimentare appare oggi quella di ostacolare piuttosto che di facilitare processi di organizzazione finanziaria».

Sul tema, vedi anche la posizione di F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 411 ss., per il quale, «al di là della perniciosa ed ambigua retorica risanatrice», a fronte di situazioni di insolvenza ormai non più reversibile, sarebbe piuttosto consigliabile una procedura concorsuale che «aiuti l'impresa a morire con il minimo danno, anziché garantirne una mistificata parvenza di salvezza, foriera solo di ulteriori distruzioni di ricchezza». In senso critico nei confronti della generale «acquiescenza a soluzioni, affidate unicamente alla "autonomia privata" ed al suo preteso ruolo di supplenza normativa», anche A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Fall.*, 1996, 905 ss.

(68) Così, G. SANTONI, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa*, cit., 142.

(69) Sul punto, F. MAIMERI, *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d'impresa*, cit., 422, per il quale la collaborazione fra le banche creditrici e l'impresa, avrebbe potuto implementarsi «fino a giungere ad un rapporto consulenziale delle prime verso le seconde per prevenire, cogliere e risolvere le esigenze finanziarie di queste ultime»; rappresentando altresì «un *prius* logico per la diagnosi precoce dei sintomi di crisi, in modo da consentire interventi efficaci».

previa verifica della ricorrenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi previsti (70); *d*) lo svolgimento e la chiusura della procedura *de qua* ed il controllo del suo corretto svolgimento ad opera di un comitato ristretto appositamente costituito dagli istituti partecipanti (artt. 6 e 7) (71).

Pur nei limiti intrinseci degli accordi stragiudiziali (72), il tentativo dell'ABI di promuovere la cooperazione tra i soggetti coinvolti nella crisi si segnalava sicuramente per la capacità di "riempire" gli spazi lasciati vuoti dal legislatore e di precorrere i tempi, anche perché optare per soluzioni non liquidatorie della crisi ed approntare sistemi di emergenza anticipata della crisi d'impresa, finisce per realizzare una più efficace gestione della sua crisi, forte di più alte probabilità di recupero dei crediti e minori oneri relativi alla lunghezza delle procedure esecutive ed alle ridotte quote di realizzo.

Quanto premesso, spiega il tentativo di "fuga" degli istituti di credito dalle procedure concorsuali giudiziarie, che spesso consideravano maggiormente conveniente l'attivazione di ristrutturazioni finanziarie ed industriali attraverso procedure privatistiche (73), piuttosto che assistere alla liquidazione degli *assets* aziendali che quasi sempre era l'epilogo di una lunga e dispendiosa fase di artificioso mantenimento in

(70) Va chiarito, infatti, che l'ambito applicativo del Codice di comportamento riguardava le imprese ed i gruppi d'impresa con un indebitamento bancario o finanziario di almeno trenta miliardi di lire, e che versassero in una crisi di natura finanziaria (ma anche, seppur in ipotesi limitate, di natura produttiva e strutturale).

(71) A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Sulla chiusura della procedura di concertazione interbancaria per la composizione extragiudiziale della crisi di impresa*, cit., 583: al fine di evitare l'insorgere di profili di responsabilità extracontrattuale per concessione abusiva del credito, l'eventuale trasmutazione in senso degenerativo - intervenuta *medio tempore* - dell'originario presupposto oggettivo della procedura, una volta accertata dal comitato e comunicata a tutti gli istituti partecipanti, avrebbe dovuto condurre ad un immediato «congelamento» dell'erogazione dei finanziamenti eventualmente accordata al debitore, seguito dall'esteriorizzazione del sopraggiunto stato di insolvenza dell'impresa.

(72) Su questo aspetto, vedi L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., 24 ss.: più che di un'iniziativa tesa a far raggiungere la sottoscrizione di convenzioni bancarie di salvataggio, si volle, più modestamente, creare un'occasione di confronto e di dialogo - leale e trasparente - tra le banche creditrici e l'impresa debitrice, al fine di addivenire ad un accordo di risanamento della situazione di crisi reversibile, garantendo la prosecuzione dei rapporti commerciali e la riduzione della falcidia dei crediti esistenti, nonché l'eliminazione della possibilità che potesse essere intrapresa una «corsa» all'acquisizione di ragioni di privilegio sul patrimonio del debitore da parte degli enti creditizi.

(73) Da tempo la prassi registrava il ricorso ad una pluralità di fattispecie negoziali finalizzate ad un «risanamento non traumatico» dell'impresa in stato di crisi finanziaria a séguito dell'apertura di procedure di concertazione con i creditori bancari: Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, 366; Cass. 9 maggio 1992, n. 5525, in *Dir. fall.*, 1993, II, 312; Cass. 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Fall.*, 1993, 352; Cass. 20 maggio 1993, n. 5736, *ibidem*, 1993, 1135.

vita dell'impresa in crisi. Vi era, al fondo, il tentativo di intraprendere un percorso di progressivo spostamento dalle aule di tribunale, indiscusso «baricentro» del nostro sistema concorsuale, ai «tavoli stragiudiziali» dei negoziati, privilegiando quella prospettiva degli «*out-of-Court agreements*», tipica delle esperienze giuridiche del *common law*, in modo da realizzare una serie di strumenti collaborativi di soluzione delle crisi mediante il coinvolgimento attivo dei creditori bancari e finanziari (74).

Stabilendo una procedura di concertazione tra le banche e/o gli intermediari finanziari aderenti e l'impresa debitrice, lo schema predisposto dall'ABI – che si riservava i compiti di monitoraggio (75) ed il ruolo di terzo conciliatore (76) – introduceva non solo una praticabile

(74) Sul tema, G. FAUCEGLIA, *Commento*, cit., 96, il quale osservava come, dalla parte degli operatori bancari, si registrasse una evidente «spinta ad offrire delle soluzioni empiriche alle difficoltà riscontrate a causa dell'obsolescenza della legge fallimentare», ancora legata ad una configurazione di mero processo di esecuzione collettiva che non riservava particolare valorizzazione alla funzione produttiva del complesso aziendale né al ruolo dell'imprenditore.

Sull'esigenza di costruire modelli virtuosi di comportamento che costituissero, nell'eventualità di insuccesso, un presidio contro eventuali responsabilità addebitabili ai partecipanti all'operazione di risanamento, non prevedibili al momento della conclusione dell'accordo né durante la sua esecuzione, F. MAIMERI, *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d'impresa*, cit., 421: pur avvertendo l'urgenza di un intervento legislativo organico in materia fallimentare, l'iniziativa dell'ABI rappresentava sicuramente un significativo passo avanti verso l'organizzazione dell'intervento delle banche nelle crisi d'impresa, proprio grazie alla procedura ivi prevista, attraverso la quale si rendeva possibile l'avvio della concertazione strumentale alla realizzazione del piano di risanamento. Cfr. altresì G. ZADRA, *Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione*, cit., 1457, il quale ne sottolinea le positive ricadute sia a livello reputazionale per i singoli intermediari, che nel senso di un miglioramento dei rapporti dell'intero sistema creditizio con il mondo delle imprese. Il successo di un «*workout agreement*», infatti, non può non passare attraverso la concreta possibilità di identificare tutti quei soggetti di riferimento che, operando a stretto contatto con l'impresa debitrice, godono di un accesso privilegiato all'informativa aziendale, tale da poter valutare la bontà delle proposte di ristrutturazione, l'evoluzione della situazione finanziaria, economica ed industriale dell'impresa, l'operato dell'imprenditore o del *management* e dell'eventuale *advisor*: L. FACCINCANI, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali di risanamento. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare*, Milano, 2007, 109; C. SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa. Interventi di turnaround e modelli previsionali*, Milano, 2012, 137 ss.

(75) Quanto alle funzioni di monitoraggio, così l'art. 10 del Codice: al fine «di consentire l'eventuale adeguamento dei principi contenuti nel presente Codice all'evoluzione della tematica in argomento, l'ABI, oltre a tenere un elenco aggiornato degli aderenti, avrà cura di intrattenerli periodicamente, previa acquisizione di dati, sullo stato di attuazione del Codice medesimo e sulle inerenti possibili linee di implementazione».

(76) Con previsioni contenenti un'ulteriore soluzione alternativa a quella giudiziale, ai sensi degli artt. 8 e 9 del Codice, le eventuali contestazioni sorte in sede interpretativa ed applicativa dei principi ivi previsti sarebbero state risolte, in via conciliativa, dall'Associazione o deferite, ai sensi della prevista clausola compromissoria, ad un collegio arbitrale, che avrebbe deciso secondo diritto. A tal proposito, a séguito d'istanza della parte interessata, in capo al Presidente dell'ABI era altresì previsto il

soluzione di riorganizzazione aziendale del soggetto in stato di crisi ancora recuperabile, ma anche, in ragione delle sue stesse modalità di funzionamento, un meccanismo di precoce emersione della crisi, attraverso il quale attivare i necessari interventi correttivi alle prime manifestazioni patologiche contando sull'approccio collaborativo da parte dei creditori più importanti nella ricerca di soluzioni concordate e non liquidatorie.

Per quanto interessa, occorre ricordare anche la previsione di una ripartizione fondata su criteri obiettivi e trasparenti «delle quote di nuova finanza» (art. 7), che rappresentava l'elemento di maggiore criticità di tutto l'impianto "codicistico": nel caso di insuccesso dell'operazione, erano forti i rischi di falcidia derivanti dal riparto se non di revocabilità dei pagamenti a fronte dell'immissione di nuova finanza; senza contare poi il rischio legato agli ulteriori profili di responsabilità per bancarotta preferenziale, bancarotta semplice e concessione abusiva del credito, eventualmente addebitabili all'istituto finanziatore. D'altra parte, mancando un idoneo supporto normativo che desse agli accordi un'adeguata protezione nel caso di successivo fallimento, l'esperienza del Codice ABI non ebbe il successo sperato al tempo della sua redazione, anche a causa di fattori economici che rappresentarono un forte deterrente alla partecipazione delle banche ad operazioni di «*privatization of bankruptcy*» (si pensi, ad esempio, allo scarso sviluppo delle logiche di «*relationship banking*» ed alla larga diffusione delle pratiche del «multiaffidamento»).

Per quanto alle numerose novità legislative intervenute in materia concorsuale e bancaria non sia seguita una nuova versione del Codice, il modello procedurale e comportamentale ivi descritto continua sicuramente a conservare una sua rilevanza pratica, non solo per gli operatori impegnati nella ristrutturazione, ma anche per l'autorità giudiziaria, sia in sede di azione revocatoria proposta dal curatore fallimentare, sia nell'ipotesi di accertamento delle responsabilità contestate all'istituto di credito.

A ben vedere, se la natura contrattuale dei contenuti della convenzione lascia poco spazio ai tentativi di tipizzazione e standardizzazione dell'intervento delle banche, la procedimentalizzazione descritta nel Codice ABI conserva, ancor oggi, il proprio carattere di schema comportamentale in sede di convenzione di salvataggio. Come recentemente osservato in dottrina, il modello continua ad offrire uno schema comportamentale capace di ridurre sensibilmente l'alea dovuta al rischio di

potere di designare gli arbitri o l'arbitro non nominati a causa dell'inerzia di una delle parti.

eventuali future responsabilità civili e penali a carico dell'istituto bancario o finanziario, essendo, la violazione delle regole deontologiche, enunciate in tesi di autodisciplina come quella in questione, «quanto meno *sintomatica* di probabili comportamenti illeciti» (77). Il regime di spiccato *favor* verso il ceto bancario, infatti, non può né deve essere disgiunto da una parallela prospettiva di responsabilizzazione dello stesso nei confronti del fenomeno del superamento della crisi d'impresa.

Da un punto di vista comparatistico, va ricordato che lo schema di concertazione bancaria appena descritto era stato fortemente ispirato dalle esperienze maturate nei sistemi di *common law*, in particolare, dal modello inglese di governo della crisi d'impresa di origine bancaria («*London Approach*»), emblema primigenio della cultura e della regolamentazione tra le banche ed il debitore in stato di crisi reversibile (78). È noto come l'adozione di tale «codice etico» fu il frutto di una scelta «politica» della Banca d'Inghilterra che volle favorire le soluzioni

(77) In tal senso, S. AMOROSINO, *Banche ed imprese in crisi*, cit., 211 (enfasi dell'autore). Sulla stessa linea, anche: G. BOCCUZZI, *Crisi d'impresa e attività bancaria. Analisi del rapporto tra diritto fallimentare e disciplina speciale delle banche*, Bari, 2012, 127 ss.; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio*, cit., 24 ss.; N. ABRIANI, *La funzione dei creditori è cruciale per il rilancio*, in *IlSole24Ore*, 9 luglio 2012, 28; S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in *IlCaso.it*, 11 giugno 2014, 28 ss.; M. TAGARELLI, *L'accesso al credito e i processi di ristrutturazione aziendale*, in *I Battelli del Reno* [on-line], 12 maggio 2015, 6; S. LUGARESINI, *Le sofferenze bancarie? Da gestire in società*, in *LaVoce.info*, 31 ottobre 2013, 1 ss.: sull'opportunità di una rielaborazione aggiornata del Codice, da realizzarsi anche attraverso un diretto coinvolgimento della Banca d'Italia in veste di soggetto terzo garante degli accordi ivi disciplinati, in modo da facilitare – seppur attraverso principi e linee guida non vincolanti –, un corretto e diligente approccio da parte del ceto creditore bancario alle procedure di concertazione con l'impresa in crisi.

(78) In dottrina: L. GHIA, *I controlli bancari: il London Approach*, in *Temi romana*, 1995, I, 245 ss.; P. KENT, *La ristrutturazione finanziaria nell'esperienza inglese: la proposta londinese*, in *Banca, impr. soc.*, 1993, 195 ss.; ID., *The London Approach and trading in distressed debt*, in *Bank of England Quarterly Bulletin*, May 1996, 222 ss.; C. VALENTE, *The London Approach (le procedure di «concertazione della crisi» secondo le banche inglesi)*, in *Dir. fall.*, 1998, I, 359 ss.; F. CORNELLI, *Risoluzione della crisi di impresa: principi economici e spunti delle procedure estere*, in AA. VV., *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo della banca*, cit., 43 ss.; E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa, la floating charge e l'administrative receivership*, in *Quaderni di ricerca giuridica e consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 51, Roma, 2000, 97 ss.; P. PELLEGRINELLI, *Procedimento e controllo giurisdizionale nella soluzione negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 117 ss.; J. ARMOUR – S. DEAKIN, *Norms in private bankruptcy: the "London Approach" to the resolution of financial distress*, Cambridge, 2000, 2 ss.; J.L. WESTBROOK – C.D. BOOTH – C.G. PAULUS – A. RAJAK, *A global view of business insolvency systems*, Boston, 2010, spec. 178-179; J.M. GARRIDO, *Out-of-Court Debt Restructuring*, Washington DC, 2012, 41 ss.

Sulla tradizione inglese di ricondurre la regolazione della crisi d'impresa alla logica contrattuale, piuttosto che a quella più propriamente concorsuale: P. DE GIOIA CARABELLESE, *Le insolvenze civili e commerciali nel Regno Unito, in un'analisi comparata con la legislazione italiana*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 529 ss.

della crisi basate su processi informali extra-giudiziali, stante la difficoltà, particolarmente sentita dal ceto dei creditori bancari e finanziari, di trovare un soddisfacente equilibrio tra le contrapposte esigenze della conservazione dell'impresa e della soddisfazione degli *stakeholders*, tendenzialmente orientati alla liquidazione patrimoniale del comune debitore ed al recupero del proprio credito. La soluzione prospettiva è pertanto quella di rendere possibile il salvataggio della società in difficoltà attraverso una ben ponderata valutazione da parte del ceto bancario e finanziario.

In questa sede ci si limita a ricordare come, dal punto di vista contenutistico, il modello del *London Approach* poggiasse su quattro punti fondamentali: *a)* la concessione di un periodo durante il quale i creditori bancari accettano di non proporre azioni esecutive individuali nei confronti del debitore («*standstill*»); *b)* la corretta e leale condivisione tra le banche delle informazioni circa lo stato di *deficit* del debitore, e non solo («*information*»); *c)* cooperazione tra gli istituti sia durante la fase delle trattative sia nel periodo relativo alla concreta attuazione del piano di risanamento («*negotiation and decision on viability*»); *d)* condivisione dell'onere conseguente al finanziamento (eventuale, seppur molto probabile) del comune debitore, al fine di supportarne la fuoriuscita dalla crisi («*business plan and new money*») (79).

Per vero, nonostante il ruolo fondamentale ricoperto dallo «schema londinese», soprattutto nelle operazioni di ristrutturazione del debito delle imprese di significative dimensioni (80), il recente sviluppo

(79) C. VALENTE, *The London Approach*, cit., 369: trattasi di «principi di buon senso che, insieme ad altre dettagliate convenzioni (patti ed accordi), tra le quali va segnalato il principio di priorità per coloro che conferiscono la nuova finanza, assumono una rilevanza strategica per la buona riuscita del risanamento, specie quando sono consolidati, come nell'ambito della comunità bancaria londinese, con l'obiettivo di coordinare gli interessi finanziari delle parti coinvolte e migliorare l'immagine dell'intera piazza finanziaria».

Tra i principi fondamentali della procedura, andrebbe ricompreso anche il ruolo centrale assunto dalla banca capofila («*lead bank*») nell'informare tutti i creditori della situazione di difficoltà della società, sia all'atto dell'apertura delle negoziazioni, sia pendente il risanamento della stessa. Il compito del suddetto istituto è quello di «coordinare lo scambio di informazioni tra i diversi istituti di credito. La completezza delle informazioni raccolte e la tempestività dell'intervento sono elementi che consentono la proficuità dell'intervento»: così, L. GHIA, *I controlli bancari: il London Approach*, cit., 252.

(80) Le regole del *London Approach*, sebbene pensate per situazioni di grandi prestiti sindacati che vedono coinvolte numerose banche, rispondono ad una logica (di massimizzazione del soddisfacimento dei creditori attraverso il risanamento economico-finanziario e la continuità aziendale del debitore) che trova applicazione anche in casi di minori dimensioni o addirittura dove sono coinvolti rapporti creditizi bilaterali, peraltro statisticamente non infrequenti: E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa*, cit., 98, che ricorda come, specie per le realtà imprenditoriali medio-piccole, il sistema inglese si è caratterizzato per una certa tendenza al ri-

– quantomeno nei Paesi «a capitalismo avanzato» – di nuovi fenomeni come il c.d. «*distressed debt market*», e le conseguenze in termini di ampliamento degli *stakeholders*, eterogeneità delle posizioni creditorie e perdita della centralità degli istituti bancari nel sistema del credito, riducono i margini del ricorso a procedure simili; si pensi, ad esempio, alle operazioni di *turnaround* guidate da soggetti altamente specializzati che operano in mercati (anche finanziari) delle imprese in crisi e dei titoli partecipativi o di debito di società insolventi od in *pre-default* (c.dd. «*distressed securities*» e «*junk bonds*») (81).

In conclusione, a conferma della spinta propulsiva delle istanze provenienti dal mondo bancario, occorre ricordare un'ulteriore iniziativa dell'ABI, stavolta formulata in un progetto di riforma del sistema concorsuale nazionale (82), che si distinse per talune proposte di modifica che le successive scelte legislative in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi e di prededuzione avrebbero adottato.

Tra i suoi aspetti di sicuro rilievo, il progetto – sviluppando ulteriormente le indicazioni già espresse nel Codice di comportamento –, contemplava l'introduzione di taluni istituti funzionali alla conclusione ed attuazione delle soluzioni stragiudiziali della crisi d'impresa, come, ad esempio, il tentativo di neutralizzare quegli elementi di turbativa della negoziazione attraverso la proposta di introdurre il principio maggioritario nell'approvazione del proposta di accordo (peraltro con la contestuale previsione del silenzio-assenso, finalizzata a responsabilizzare tutti i creditori ed indurli a partecipare alle negoziazioni); oppure prevedendo di affidare al giudice, in sede di omologa, il potere di “superare” il voto sfavorevole delle singole categorie di creditori lì dove fondato su

corso ad un solo finanziatore bancario, tendenza sicuramente agevolata dalla diffusione di strumenti di garanzia come la «*floating charge*», prestata, se non su tutto il complesso di beni aziendali, su una parte rilevante dello stesso.

(81) F. GUERRERA, *Soluzioni concordate della crisi e riorganizzazioni societarie*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., 590; F. FIMMANÒ, *Intervento*, in AA. VV., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa. Atti del Convegno (Torino, 8-9 aprile 2011)*, a cura di A. Jorio, Milano, 2012, 126.

Sul tema del progressivo superamento del *London Approach*: V. FINCH – D. MILMAN, *Corporate insolvency law: perspectives and principles*, Cambridge University Press, 3^a ed., 2017, 258; J. FLOOD, *The Vultures Fly East: The Creation and Globalisation of the Distressed Debt Market*, in AA. VV., *Adapting legal cultures*, a cura di D. Nelken – J. Feest, Oxford, 2001, 262 ss.

(82) Pubblicato in AA. VV., *Nuove regole per la crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2001, 345 ss. In dottrina, S. BONFATTI, *L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese*, cit., 172 ss., il quale riconosce al «Progetto ABI» il merito «di aver posto sul tappeto, con onestà intellettuale ed approccio paradigmatico, quelli che possono essere considerati i presupposti di successo delle soluzioni stragiudiziali delle crisi d'impresa.

motivi giudicati irrazionali alla luce della proposta di accordo. Per quanto qui interessa, dalla lettura del testo possono isolarsi almeno tre indicazioni fondamentali per quanto riguarda la normazione degli accordi *out-of-Court* tra i creditori (bancari, finanziari, commerciali, *etc.*) e l'imprenditore in stato di crisi.

Sotto un primo profilo, merita attenzione la previsione in tema di decorrenza degli effetti della domanda di omologazione giudiziale degli accordi precedentemente raggiunti tra creditori e debitore, in particolare attraverso l'ipotesi di introdurre una serie di «effetti protettivi» già al momento della presentazione della proposta di ristrutturazione aziendale; ferma l'osservanza, da parte del debitore, dei termini perentori previsti per lo svolgimento della stessa procedura di omologazione dinanzi all'autorità giudiziaria, alla quale, fra l'altro, veniva riconosciuto il potere-dovere di accertare la «mera legittimità» delle intese raggiunte, nel senso della loro conformità alle disposizioni di legge specificamente previste, e non già il giudizio sul merito dell'accordo, che sarebbe rimasto perciò escluso dal perimetro valutativo del giudice (art. 3, lett. i).

Quanto al secondo «presupposto di successo» (83), la proposta prevedeva due apposite esenzioni: una, dall'applicabilità delle disposizioni penali presupponenti lo stato di insolvenza dell'imprenditore, lì dove gli atti posti in essere nel contesto della procedura di composizione negoziale della crisi risultassero coerenti con quanto previsto dal piano redatto per l'operazione di risanamento; l'altra, che escludeva la proponibilità di azioni revocatorie rispetto agli atti coerenti con l'esecuzione del suddetto piano (art. 3, lett. o).

Infine, con previsione consequenziale a quelle richiamate, il «Progetto ABI» prevedeva opportunamente che ai crediti erogati a favore dell'impresa per permetterle l'esecuzione del piano di risanamento concordato con i creditori fosse espressamente riconosciuta la prededuzione in caso di avvio di procedura di insolvenza (art. 3, lett. p).

Come si avrà modo di specificare nel prosieguo di questo capitolo (e nei prossimi, per quanto riguarda gli aspetti più strettamente negoziali), le istanze avanzate dagli operatori bancari anticiparono quanto,

(83) Così, S. BONFATTI, *L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese*, cit., 177, che analizza gli aspetti portanti del progetto dell'ABI anche attraverso una lettura comparata con quanto contenuto nella coeva proposta di legge parlamentare dei Democratici di Sinistra (: «Delega al Governo per la riforma delle procedure della crisi d'impresa» [Atto Camera dei deputati n. 7497 del 14 dicembre 2000], poi trasfusa ed aggiornata nel successivo Atto Camera dei deputati, n. 5171 del 20 luglio 2004), secondo l'A. meno coraggiosa della prima con riguardo alle scelte relative alla ristrutturazione stragiudiziale del debito ed ai percorsi negoziali di superamento della crisi d'impresa.

seppur con una certa gradualità, il legislatore avrebbe introdotto nel nostro sistema concorsuale negli anni a seguire.

4. CRISI D'IMPRESA, SOLUZIONI CONCORDATE NON LIQUIDATORIE E FINANZIAMENTO BANCARIO NEL QUADRO EVOLUTIVO DELL'ORDINAMENTO CONCORSALE.

L'elemento maggiormente rivelatore dell'approccio legislativo di favore per il recupero dell'impresa in temporanea difficoltà, in particolare attraverso soluzioni negoziali che tendano alla continuità delle sue attività, è sicuramente rinvenibile nel settore della disciplina dedicato al finanziamento dell'impresa in crisi, se non addirittura insolvente (art. 160, comma 3, 1. fall., che, seppur limitatamente alla procedura del concordato preventivo, equipara lo stato di crisi a quello d'insolvenza). Orbene, riprendendo le parole recentemente utilizzate da un'autorevole dottrina (84), si potrebbe descrivere l'*iter* della disciplina dei finanziamenti all'impresa in crisi (e, con esso, quello della disciplina dell'impresa in crisi), alla stregua di un progressivo passaggio da un'iniziale «concezione restrittiva», tipica dell'originario impianto sanzionatorio della legge fallimentare del 1942, per il quale era inconcepibile che un'impresa insolvente – o comunque prossima all'insolvenza – potesse continuare ad operare nel mercato grazie all'apporto delle altrui risorse finanziarie, ad una concezione «agevolativa», propria degli interventi di riforma succedutisi nel biennio 2005-2007, fondati sulla logica dell'«ombrello protettivo» delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa; per poi approdare ad un'impostazione «incentivante», che, introdotta a partire dal primo intervento di (mini-)riforma del 2010, si è caratterizzata soprattutto per il suo ampio ricorso agli strumenti della prededucibilità (85) e dell'esonazione dalla revocatoria.

(84) S. FORTUNATO, *Considerazioni sul finanziamento alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 587 ss.

(85) È d'uopo specificare che l'istituto della prededuzione non era affatto sconosciuto al previgente sistema concorsuale. Dall'angolo visuale della giurisprudenza (*in primis*, quella di legittimità: Cass., Sez. un., 14 ottobre 1977, n. 4370, in *Dir. fall.*, 1978, II, 286; Cass., 5 maggio 1988, n. 3325, in *Fall.*, 1988, 967; Cass., 15 luglio 1992, n. 8590, *ibidem*, 1993, 40), la questione della prededucibilità dei crediti sorti per l'esercizio dell'impresa durante l'amministrazione controllata od il concordato preventivo, cui sia seguita la dichiarazione di fallimento, è stata tradizionalmente risolta diversamente a seconda della procedura in questione.

Più specificamente, si riservava un trattamento favorevole ai crediti sorti per l'esercizio dell'impresa durante l'amministrazione controllata sulla base dell'assunto della sostanziale unitarietà della procedura che si apriva con l'ammissione all'ammi-

4.1. DALL'ORIGINARIA IMPOSTAZIONE "SANZIONATORIA" DEL REGIO DECRETO N. 267/1942 AGLI INCENTIVI ALLA RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO ED AL FINANZIAMENTO DELL'IMPRESA IN STATO DI CRISI NELLA RECENTE STAGIONE DELLE "MINIRIFORME".

L'originario impianto della legge fallimentare, adottata con R.d. 16 marzo 1942, n. 267, rifletteva, non diversamente dal suo antecedente legislativo, una concezione morale, prima ancora che economico-giuridica, dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale, come dimostrava il trattamento normativo degli effetti personali della procedura nei confronti del fallito: si pensi all'iscrizione nel registro di cui all'art. 50 l. fall., che comportava una sorta di incapacità giuridica dell'imprenditore ivi iscritto; nonché ai limiti dell'esplicazione della personalità derivanti dall'obbligo di consegna al curatore di tutta la corrispondenza diretta al fallito e dal divieto in capo a quest'ultimo di allontanarsi dalla propria residenza senza il permesso del giudice delegato (artt. 48, 49 e 220 l. fall.) (86). Da un punto di vista generale, infatti, il legislatore si proponeva espressamente di reagire «alla concezione troppo liberistica» del codice di commercio del 1882, contrapponendole una nuova impostazione di matrice spiccatamente pubblicistica: pur assumendo la tutela dei creditori alla stregua di un «altissimo interesse pubblico», il rinnovato ordinamento concorsuale non avrebbe tollerato più alcun intralcio da parte degli interessi privati coinvolti alla corretta realizzazione della ivi disciplinata «esecuzione forzata complessa» di liquidazione

nistrazione controllata allorquando questa finiva per risolversi, senza soluzione di continuità, in una dichiarazione di fallimento. Detta unitarietà consentiva non solo di parificare il trattamento dei debiti contratti per l'esercizio dell'impresa durante l'amministrazione a quello *ex art. 111, comma 1, n. 1, l. fall.* era riservato ai debiti sorti per l'esercizio provvisorio nel fallimento (art. 90 l. fall.), ma permetteva anche la retrodatazione al momento dell'ammissione alla procedura minore del computo a ritroso dei termini per l'esercizio delle revocatorie. Per quanto riguardava il concordato preventivo, invece, se, da un lato, rimaneva ferma la summenzionata retrodatazione ai fini dell'azione revocatoria, dall'altro, si escludeva l'applicabilità del trattamento in precedenza dei crediti sorti nell'ambito dello stesso sulla base del carattere tipicamente liquidatorio, e non già recuperatorio, di quest'ultima procedura.

(86) A. BONSIGNORI, *Fallimento*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, V, Torino, 1990: «le varie incapacità si possono suddividere secondo la loro entrata in vigore e la relativa cessazione; alcune dipendono dall'iscrizione all'albo dei falliti (tutela, curatela, funzioni di amministratore, sindaco, arbitro ecc.), e cessano soltanto con la riabilitazione, mentre altre operano dal passaggio in giudicato della sentenza di fallimento (diritto elettorale attivo e passivo, accesso agli impieghi civili dello Stato) e sono limitate nella durata a cinque anni. Altre ancora riguardano diritti personalissimi, e essendo svincolate dall'iscrizione nel registro dei falliti (funzioni giudiziarie, iscrizioni a albi professionali, ecc.) si producono soltanto con il passaggio in giudicato di tale sentenza, ma cessano con la chiusura del fallimento».

dell'impresa insolvente, attorno alla quale veniva creato un vero e proprio «cordone sanitario» (87).

A dispetto dell'elaborazione giuscommercialista in merito alla riflessione sul «rapporto» tra impresa ed imprenditore (88), il legislatore fallimentare sembrò essere, rispetto a talune sue scelte normative, inconsapevole di quanto andava maturando sulla tematica. Il riferimento è, in particolare, alla regolamentazione legislativa dell'impresa non già quale realtà economico-sociale autonoma e separabile dalle sorti del suo titolare, bensì come una mera variante della proprietà individuale dell'imprenditore. La legge fallimentare, infatti, ne regolò le sorti legandola a doppio filo con il profilo soggettivo del fallito, dimenticando la sostanza economica dei suoi contenuti, quale complesso di fattori produttivi ben più ampio ed articolato del solo profilo proprietario (89). In ogni caso, l'accentuato profilo pubblicistico caratterizzò a lungo la na-

(87) Così, la Relazione al Re, *sub* «Criteri della riforma», Par. 3, in G.U. del Regno d'Italia, 6 aprile 1942, n. 81. D'altra parte, sulla (più apparente che reale) compenetrazione tra l'interesse pubblico e quello del ceto creditorio, si era già espressa la L. 10 luglio 1930, n. 995 (c.d. «Legge Rocco»), di riforma dell'allora vigente III Libro del codice di commercio. La nuova legge fallimentare, per molti versi, non fece altro che sviluppare, su di un piano organico, i principi affermati proprio da quell'antecedente normativo, nel senso di una più energica tutela degli interessi generali sugli interessi individuali dei creditori e del debitore.

(88) Tra le più recenti ricostruzioni del dibattito: G. COTTINO, *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 5 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, I, 1 ss.; F. MAZZARELLA, *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIV, 2004, I, 37 ss.

(89) B. LIBONATI, *Crisi delle imprese e crisi del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1988, I, 455 ss.; F. CORSI, *Lezioni di diritto dell'impresa*, Milano, 1992, *passim*, che criticò aspramente le scelte legislative, in quanto incapaci di riconoscere all'impresa, nella sua ormai evidente realtà di organismo vitale, protagonista come tale della dinamica della moderna economia, una qualche soggettività, avendola invece innaturalmente scomposta separandone la componente personale (art. 2082 c.c.) da quella organizzativa (art. 2555 c.c.). La summenzionata concezione «individuale» della proprietà si rifletteva con tutta evidenza nell'impostazione fortemente afflittiva del R.d. n. 267/1942 che rimase ancorato all'ottica anacronistica del sistema precedente (come dimostrano ampiamente le vicende successive all'emanazione della legge fallimentare, dalle sentenze «correttive» della Corte Costituzionale alla stagione dell'uso alternativo delle procedure concorsuali), per quanto, la subordinazione degli interessi coinvolti nella vicenda fallimentare al superiore interesse unitario dello Stato, risultò più propagandisticamente enunciata che concretamente attuata, tanto è vero che il legislatore non volle accogliere le teorizzazioni più estreme dei giuristi maggiormente legati all'ideologia corporativa fascista, tese ad attribuire poteri diretti nella gestione della crisi alle associazioni corporative professionali di riferimento. In una prospettiva generale: R. FAUCCI, *Dall'«economia programmatica» corporativa alla programmazione economica: il dibattito fra gli economisti*, in AA. VV., *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, a cura di P. Grossi, tomo I, 1999, 9 ss.; I. STOLZI, *Proprietà privata e ordinamento corporativo*, in *Giust. civ.*, 2017, 235 ss.

tura stessa dei procedimenti concorsuali quali strumenti giuridici teleologicamente incentrati sulla difesa dell'economia generale contro il «fenomeno morboso dell'insolvenza, che minando la vita delle imprese commerciali, recide i gangli vitali della produzione e del credito, dai quali dipende il benessere del Paese» (90).

Quanto premesso, spiega come un'impostazione così netta non potesse che concepire riprovevole qualsiasi ipotesi di finanziamento all'impresa in crisi, in quanto in contrasto con quelle stesse teorie economiche ispiratrici della nuova disciplina, che consacravano, quale elemento regolatore del mercato, la «selezione naturale» (91) degli operatori non virtuosi, ossia non più in grado di assicurare l'equilibrio economico-finanziario ed il regolare adempimento delle proprie obbligazioni; e nei confronti dei quali al giudice era assegnato, *de facto*, l'improprio ruolo di «braccio secolare» di una legge che si poneva quale diritto regolatore del mercato e del suo corretto funzionamento (92).

Per vero, non pochi furono gli autori che misero in serio dubbio la correttezza dell'impostazione che continuava a considerare i fallimenti, o il loro mancato verificarsi, in un'ottica di «darwinismo» sociale ed economico (93), sottolineando la necessità di avviare una riflessione sui vantaggi economici e sociali di predisporre legislativamente efficienti meccanismi normativi atti a favorire, attraverso un'accorta previsione, i tempestivi salvataggi delle imprese in difficoltà. Ciononostante, la legge fallimentare ha continuato ad operare sostanzialmente

(90) Sulla sostanziale continuità della normativa del '42 rispetto alla tradizione ottocentesca, V. ANDRIOLI, *L'evoluzione della legislazione fallimentare dal codice di commercio del 1865 al codice civile del 1942*, in AA. VV., *Studi in onore di Antonio Segni*, I, Milano, 1967, 43 ss. Nonché, A. BONSIGNORI, *Fallimento*, cit., 373: «in ultima analisi il fallimento odierno rappresenta un'evoluzione, ma non già una rottura, rispetto all'istituto di spiccato carattere repressivo, quale sorge nell'esperienza comunale italiana, e nelle successive elaborazioni delle fiere francesi e dei commerci europei, e della sua cristallizzazione nell'«*Ordonnance du commerce*» del 1667, con l'aggravante di una sempre maggiore giurisdizionalizzazione di una attività economicamente liquidatoria».

(91) La concezione «darwiniana» di selezione del mercato, per cui la migliore soluzione possibile è quella di lasciar fallire le imprese che non riescono più a produrre utili ed a competere, è ben più risalente della legge del '42: L. EINAUDI, *Intorno al credito industriale. Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911, 119; C. D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, 25. Ma vedi anche, R. PROVINCIALI, *Manuale dir. fall.*, I, Milano, 4^a ed., 1962, 13; nonché, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 390, il quale parlava dell'impresa insolvente come di una «pianta malata nell'*hortus* dell'economia».

(92) Sul punto, cfr. le osservazioni critiche di: P.G. JAGER, *Crisi delle imprese e poteri del giudice*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 869; F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 59 ss.

(93) Fortemente critico nei confronti della suddetta impostazione, F. CAFFÈ, *Appunti sull'economia contemporanea: il ritorno agli studi sulle crisi finanziarie*, in *Moneta e credito*, 1979, spec. 448 e 452.

intatta per decenni (94), nonostante il mutato contesto socio-economico, anche a livello europeo ed internazionale, ed i diversi progetti di riforma che si sono succeduti durante gli anni della sua vigenza (95).

Quanto alle pratiche conseguenze della descritta impostazione di fondo, essendo le banche costrette, da un lato, a non procedere ad una immediata risoluzione dei rapporti, e, dall'altro, a non concedere altri finanziamenti, per il timore di sanzioni penali e di revocatorie, spesso si assisteva all'apertura di una complessa fase di asfissia finanziaria dell'impresa in crisi che puntualmente sfociava in uno stato di conclamata insolvenza, a fronte della quale si sarebbe proceduto alla fase liquidatoria del fallimento, con la relativa immobilizzazione delle risorse e l'apertura dei lunghi tempi della relativa procedura. Dall'angolo visuale della disciplina normativa, la succitata impostazione si traduceva nel rigido meccanismo dell'azione revocatoria fallimentare dei pagamenti, nelle azioni risarcitorie, attivabili da parte dei terzi creditori nei confronti del finanziatore per l'abusiva erogazione del credito, nonché nella sottoposizione della condotta del finanziatore e del finanziato ad una stringente valutazione anche di tipo penale. Ragion per cui, quasi nulli erano i margini perché i creditori bancari concedessero nuova finanza o nuovi servizi all'imprenditore, sicuri che, di lì a poco, la crisi sarebbe sfociata in una manifesta insolvenza.

Nell'ottica del sistema concorsuale precedente, l'obiettivo era quello di sanzionare situazioni patologiche per cui lo «stato di collasso patrimoniale» dell'impresa era preso in considerazione (spesso in maniera aprioristica) come il risultato finale di un più o meno prolungato «periodo di incubazione» durante il quale l'attività imprenditoriale era

(94) Almeno fino al 2005, i «difetti» della legge fallimentare erano spesso lasciati, in modo diretto o indiretto, agli interventi «correttivi» della Corte Costituzionale, in funzione di «supplenza» a fronte dell'inerzia sostanziale del legislatore. Sul punto, V. GIORGI, *Introduzione al diritto della crisi d'impresa*, cit., 92 ss., che, pur senza pretese di completezza e sistematicità, individua così i diversi ambiti di intervento in materia da parte del Giudice delle leggi: *a)* le pronunce tese ad assicurare l'effettività del contraddittorio e quindi a garantire il diritto di difesa delle parti; *b)* le pronunce volte a riconoscere, in favore di determinati soggetti interessati dalla vicenda fallimentare, gli strumenti processuali non espressamente previsti *ex lege*; *c)* gli interventi tesi ad eliminare una serie di previsioni ingiustamente sanzionatorie nei confronti del fallito; *d)* gli interventi volti ad evidenziare l'inattualità ed irragionevolezza di alcuni criteri adottati dalla legge, fonte di disparità di trattamento; *e)* le pronunce in materia di reclamo avverso i provvedimenti decisorii e di decorrenza del termine di proposizione dello stesso; *f)* gli interventi in materia di estensione del privilegio agli interessi ed alla rivalutazione monetaria dei crediti di lavoro e delle cooperative; *g)* infine, le pronunce in tema di terzietà dell'organo giudicante.

(95) Per una sintetica ricognizione dei progetti di riforma succedutisi prima degli interventi modificativi del biennio 2005-2007: N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012, 48 ss.

stata svolta in maniera «anormale», nel senso che il suo titolare, nel tentativo di occultare ovvero allentare il proprio dissesto, aveva messo in pratica «gli accorgimenti più svariati per carpire il credito» e procurarsi nuova liquidità (ad esempio attraverso vendite sottocosto o comunque «espedienti rovinosi» per ostentare una capacità di pagare in realtà inesistente), aveva distratto ed occultato il proprio attivo, aveva preservato solo le ragioni di alcuni dei suoi creditori a danno di altri, creando «come una nebulosa attorno allo stato d'insolvenza» e ritardandone la manifestazione, *etc.* (96).

Ai fini dell'efficienza della soluzione, tanto per gli interessi dei creditori che per il debitore, non ebbero maggiore fortuna né il concordato preventivo (97), né tantomeno l'amministrazione controllata, pur applicabile all'imprenditore che versasse in uno stato di «temporanea difficoltà di adempiere alle proprie obbligazioni» ma con «comprovate possibilità di risanamento» della propria impresa.

È noto che i vaghi contorni del presupposto oggettivo dell'amministrazione controllata – che negli anni non diede gran prova di sé (98) –, non solo ne permisero un utilizzo improprio al solo scopo di ritardare il fallimento, ma aprirono altresì la strada al c.d. «uso alternativo» della procedura (99), facendo registrare casi in cui, a fronte di situazioni

(96) Così, R. PROVINCIALI, *Manuale dir. fall.*, cit., 745; ID., *Concordato preventivo*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, 980.

(97) Seppur nato con la finalità principale di recupero dell'impresa in difficoltà, il concordato preventivo era attivabile su istanza del solo debitore «onesto ma sfortunato». La procedura pagava lo scotto di alcuni difetti di disciplina, *in primis*, i previsti obblighi di corrispondere il 100% di quanto dovuto ai creditori privilegiati, di soddisfare le pretese dei creditori chirografari per almeno il 40% delle stesse e di riservare un trattamento paritetico a questi ultimi; ma anche il (non meno rilevante) rischio di una dichiarazione di fallimento d'ufficio lì dove l'imprenditore ricorrente non avesse ottenuto il voto favorevole alla proposta in sede di adunanza dei creditori. Orbene, rispettare questi requisiti di legge significava, alla prova dei fatti, condannare al fallimento tutte quelle imprese che avrebbero potuto evitare un esito dannoso per tutti gli interessi coinvolti, seppur mediante offerte anche inferiori alla soglia del 40%, calibrate in modo differenziato in ragione delle differenze intercorrenti tra le varie categorie di creditori: così, A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 1453. Da un punto di vista empirico, cfr. R. BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, in AA. VV., *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, a cura di L. Caprio, Milano, 1997, 81, in cui si metteva in luce come almeno la metà dei concordati preventivi approvati degli anni Novanta sfociasse in una procedura fallimentare.

(98) Tra le molte voci critiche in dottrina, F. FERRARA JR., *Il fallimento*, cit., XIX, che nell'introduzione al suo Manuale ricordava come l'istituto dell'amministrazione controllata avesse dato negli anni una «pessima prova» di sé; e che, a causa della «sua conformazione anodina e ambigua», non era nemmeno ipotizzabile la possibilità di «raddrizzare» un istituto fondamentalmente «nato male».

(99) Il tema, com'è noto, è stato ampiamente affrontato dalla dottrina dello scorso secolo, *ex plurimis*: R. VIALE, *L'uso alternativo del concordato preventivo*, in *Giur.*

aziendali irrimediabilmente compromesse, l'accesso ad essa consentiva di evitare il subitaneo e traumatico epilogo fallimentare, semplicemente rimandando la soluzione ad un successivo concordato preventivo e, infine, al fallimento (100).

Dall'angolo visuale del risanamento e del finanziamento bancario all'impresa in difficoltà economico-finanziaria non va comunque dimenticato che, seppur nell'ambito della legislazione speciale, le connesse tematiche non furono affatto sconosciute nel nostro ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla L. 5 dicembre 1978, n. 787, che, pur sul presupposto di una autorizzazione preventiva della Banca d'Italia, prevedeva la possibilità, sia per gli istituti di credito a medio e a lungo termine che esercitavano il credito industriale che per le aziende di credito, di «partecipare con sottoscrizioni di azioni» ovvero di «associarsi in partecipazione a società consortili per azioni» con il precipuo scopo di sottoscrivere o vendere le azioni e le obbligazioni convertibili in azioni

comm., 1979, I, 231 ss.; A. GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 236 ss.; L. LANFRANCHI, *Usa «alternativo» delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 133 ss.; A. MAFFEI ALBERTI, *L'amministrazione controllata: una procedura da abolire*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 959 ss. Cfr. anche, A. JORIO, *La nuova legge francese sull'insolvenza: «ca ira, ca ira, ca ira, les creanciers on les pendra!»*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 625 ss.; nonché F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 53 ss., con dubbi sulla legittimità costituzionale sulla pratica dell'«uso alternativo» degli istituti concorsuali. Alla base dei suddetti orientamenti della giurisprudenza stavano, com'è noto, considerazioni più ampie dei concreti interessi coinvolti dalla vicenda concorsuale di per sé considerata. Le esigenze di conservazione dell'impresa erano riconnesse ad interessi *lato sensu* pubblicistici come la salvaguardia dei livelli occupazionali ed il mantenimento dei comparti produttivi dell'impresa; esigenze particolarmente sentite in momenti di difficoltà economica, come quelli in cui si andò sviluppando quella che negli anni Settanta fu chiamata la «giurisprudenza alternativa». A tal proposito, emblematica è la pronuncia del Trib. Savona, 19 ottobre 1978, con nota critica di G. DOMENICHINI, *Vendita fallimentare al minor offerente*, in *Giur. comm.*, 1979, II, 250 ss.

(100) R. RORDORF, *Le procedure concorsuali e la «par condicio» fra diritto positivo, usi alternativi e prospettive di riforma*, in AA. VV., *La tutela dei diritti soggettivi nelle procedure concorsuali*, Roma, 1989, 17: mancando una fase preliminare di verifica delle concrete prospettive di risanamento del debitore sul piano industriale e finanziario, la semplice continuazione delle attività d'impresa, perseguita per ragioni di ordine sociale, non era in grado di dare alcuna garanzia di ripresa economica duratura. Il tutto a danno delle posizioni soggettive dei creditori, di cui si arrivava a mettere in dubbio l'essenza stessa del diritto soggettivo, nella misura in cui la connessa tutela si vedeva sostanzialmente attenuata dalla presenza di altri ed ulteriori interessi reputati di rango superiore, restituendo così l'immagine di un diritto «strutturalmente debole» in quanto pericolosamente «oscillante» tra le ragioni della concorsualità e quelle provenienti da esigenze sociali ed economiche estranee alla sua disciplina. Più di recente, V. GIORGI, *Introduzione*, cit., 152-153: la sopra descritta situazione va letta quale «conseguenza della scelta di fondo di ignorare l'aspetto della prevenzione dell'insolvenza. In mancanza di procedure preventive è chiaro che pretendere che i giudici e curatori perseguano il risanamento dell'impresa in crisi, è come mandarli alla improbabile ricerca della fonte dell'eterna giovinezza e dell'isola degli otto immortali».

emesse da imprese al fine di finanziarie aumenti di capitale o piani di risanamento produttivo, economico e finanziario; nonché di consolidare i crediti vantati dalle aziende di credito prevedendone il recupero secondo piani di ammortamento di durata non inferiore a cinque anni e con l'applicazione di tasso d'interesse agevolati (101).

Ciononostante, i rilievi della dottrina (102) e la ben poco incoraggiante evidenza empirica, avevano ampiamente dimostrato le gravi carenze del nostro sistema concorsuale che, a differenza di quanto stava avvenendo in Europa, non aveva ancora intrapreso alcun sistematico processo di revisione della disciplina, per quanto non fossero mancate proposte di modifiche della legge fallimentare (103). D'altronde, come già esplicitato, l'esigenza di introdurre nell'ordinamento concorsuale regole nuove e più flessibili, era particolarmente avvertita dal mondo bancario, normalmente coinvolto nelle situazioni di crisi sotto il duplice

(101) Così, il primo comma degli artt. 1 e 5 della Legge 5 dicembre 1978, n. 787, recante «Disposizioni per agevolare il risanamento finanziario delle imprese», in G.U. del 14 dicembre 1978, n. 348, la quale ebbe, però, un'operatività limitata ad un massimo di tre anni dalla sua entrata in vigore, poi prorogata per un ulteriore triennio. Per quanto limitata nel tempo, l'iniziativa ebbe un riscontro non indifferente nella pratica del consolidamento dei debiti delle grandi imprese, soprattutto grazie ai benefici fiscali ivi previsti.

(102) A titolo esemplificativo, si segnala il vivace dibattito nato in seno alla Direzione della rivista «Giurisprudenza commerciale», che portò all'elaborazione di un progetto di procedura della crisi d'impresa ad opera di un ristretto ma autorevole gruppo di studiosi (Ricci, Maffei Alberti, Jorio e Domenichini), inizialmente strutturato sulla previsione di due procedure tra loro coordinate: una, pensata specificamente per la «crisi» d'impresa ed avente carattere preventivo, avrebbe dovuto sostituire le vigenti procedure del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata; l'altra, incentrata sul presupposto dell'«insolvenza», era stata concepita come sostitutiva del fallimento. Per la lettura del testo della proposta, si rinvia a «*Procedura della crisi d'impresa*», con commento di S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali fra unitarietà e frammentarietà*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 10 ss.

(103) Si pensi al tentativo di riscrittura sistematica ad opera della c.d. «Commissione Trevisanato», istituita nel 2001 con decreto del Ministro della Giustizia, a cui però seguì la decisione di procedere ad una modifica parziale della legge fallimentare, attraverso il ricorso alla tecnica della decretazione d'urgenza e della legislazione delegata, nonché rinunciando a recepirne talune proposte, come l'introduzione dell'istituto di «allerta e prevenzione», pensato per rendere maggiormente tempestivo l'intervento sulla crisi dell'impresa e meno traumatica la sua relativa gestione. Le principali caratteristiche della proposta di legge delega erano: la sostituzione delle procedure concorsuali in vigore con una disciplina unitaria articolata in meccanismi di prevenzione e di allerta; l'introduzione di una procedura di composizione concordata della crisi («procedura di risanamento») e di una «procedura di insolvenza», entrambe applicabili a tutti gli imprenditori, commerciali ed agricoli, a nulla rilevando la loro dimensione. È noto che le divisioni interne alla Commissione, createsi nei confronti di un gruppo di minoranza (soprattutto i rappresentanti di Confindustria, Banca d'Italia ed ABI), portarono alla presentazione di un testo alternativo di riforma e, in seguito, alla scelta politica di istituire una nuova «Commissione ristretta» che avrebbe dovuto ricomporre le diverse visioni.

profilo delle esposizioni già in essere nei confronti dell'impresa in difficoltà e della richiesta di erogazione di nuova finanza per il superamento di detto *status*, con tutti i rischi legati alle possibili responsabilità (civili e penali) ed all'esperimento di azioni revocatorie in caso di successivo fallimento (104); per quanto la prassi già da tempo conoscesse tecniche di recupero e salvataggio dell'impresa in crisi, anche di fonte legislativa, come confermato dalla lettura delle disposizioni di cui agli artt. 58 e 90 t.u.b., dettate in materia di cessione delle attività e delle passività individuabili in blocco (105).

In particolare, si sottolineavano la necessità e l'opportunità di modificare i meccanismi di risoluzione della crisi d'impresa in modo da consentirne il risanamento, compatibilmente con l'interesse dei creditori (106), ponendo l'accento sulla predisposizione di misure premiali atte ad incentivare il tempestivo ricorso alle procedure concorsuali, in modo da salvaguardare l'integrità dell'attivo aziendale e non disperdere il patrimonio del debitore in tentativi inappropriati di soluzione della crisi. Se, da una parte, si è inteso favorire l'accesso a soluzioni concordate della crisi d'impresa prima del sopraggiungere del suo irreparabile dissesto, dall'altra, detta ispirazione è risultata in qualche modo «velleitaria», perché priva di quegli stessi strumenti di prevenzione e di allerta, idonei a darvi una qualche concretezza (107).

(104) Come ricorda G. IVONE, *Le nuove regole per il superamento della crisi di impresa: piani di ristrutturazione e di liquidazione*, in AA. VV., *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti – F. Marotta – F. Di Marzio, Torino, 2^a ed., 2008, 166, a differenza del diritto fallimentare, il sistema codicistico di per sé non pone alcun limite legale alla conclusione di un contratto a fronte dello stato di insolvenza di una delle parti del rapporto, tendendo piuttosto a disincentivarla, come dimostrano le disposizioni di cui agli artt. 1186, 1461 e 2901 c.c.

(105) E. GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 557.

(106) A fronte di una situazione in cui, nonostante l'incapienza patrimoniale dell'imprenditore, l'impresa, secondo una valutazione prospettica, abbia maggior valore come *going concern* che come complesso di beni disaggregati, la funzione delle procedure concorsuali dovrebbe essere quella di prevedere forme di «gestione dell'incertezza», dando ai creditori, loro malgrado divenuti fornitori di capitale di rischio, poteri tendenzialmente corrispondenti a quelli che spettano, in condizioni economiche non critiche, agli investitori che corrono il rischio d'impresa. In dottrina, A. GAMBINO, *Le procedure concorsuali minori: prospettive di riforma e la rinnovata amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2000, 6 ss.; nonché B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 332: quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, tanto che il capitale di rischio risulta di fatto azzerato e non rinnovato, la legittimazione alla gestione dell'impresa «scende di uno scalino», passando dall'investimento di rischio iniziale al capitale di credito, quale nuova classe di portatori d'interesse.

(107) Su ispirazione del diritto concorsuale francese, un primo, concreto tentativo d'introdurre dei sistemi di allerta e prevenzione nel nostro ordinamento fu operato proprio dalla «Commissione di riforma Trevisanato», istituita con il d.m. 27 febbraio 2004. Come si legge nella stessa *Relazione* al d.d.l., in A. JORIO – S. FORTUNATO,

Attraverso gli interventi di riforma, che tra il 2005 ed il 2007 hanno interessato l'impianto della legge fallimentare, si è finalmente optato per un approccio più attento alla problematica del recupero dell'impresa in stato di difficoltà economico, finanziaria od industriale, introducendo nuovi strumenti di sistemazione negoziale della crisi e rinnovando quelli esistenti (108). Il legislatore ha ridefinito il perimetro applicativo della revocatoria fallimentare, prevedendo l'esenzione degli atti posti in esecuzione di piani di risanamento, la cui «ragionevolezza» fosse stata attestata da un professionista esperto, nonché ampliando la procedura di concordato in taluni suoi rilevanti aspetti e, soprattutto, introducendo gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.* (109), che si sono posti all'attenzione degli interpreti quale significativo esempio dei rilevanti mutamenti che hanno interessato il diritto dei contratti. Un istituto emblematico, in quanto riassuntivo di una serie di profili che, presi singolarmente, potrebbero addirittura apparire reciprocamente incoerenti: valorizzazione dell'autonomia contrattuale delle parti; assoggettamento dell'accordo ad una fase di controllo giudiziale che, pur non entrando nel merito della sostanza economica delle scelte, non può certo limitarsi ad un mero controllo formale di legalità; produzione degli effetti previsti *ex lege* sulla posizione giuridica dei terzi, una volta esperito positivamente il procedimento di omologazione giudiziale, nonostante la relatività degli effetti del contratto (art. 1372 c.c.).

La riforma delle procedure concorsuali. I progetti, Milano, 2004, 162 ss., nel progetto di riforma si insisteva molto sull'esigenza di far emergere tempestivamente la crisi dell'impresa, quale «obiettivo primario di una riforma delle procedure concorsuali che non voglia limitarsi ad assumere il ruolo di strumento di regolazione dei conflitti e di insieme di disposizioni procedurali».

(108) In dottrina, senza alcuna pretesa di esaustività: G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1156 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, 329 ss.; L. ROVELLI, *Quale competitività per le imprese dopo le «trasformazioni» della legge fallimentare*, cit., 105 ss.; M. FABIANI, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fall.*, 2008, 1098 ss.; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. esecuz. forz.*, 2006, I, 433 ss.; D. GALLETI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 1195 ss.; F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, I, 102 ss.; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, 617 ss.; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti «di salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 364 ss.; I. TONI, *Concordato stragiudiziale per la salvezza dell'impresa*, in *Dir. & prat. fall.*, giugno 2007, 3, 12 ss.; G. VETTORI, *Il contratto nella crisi dell'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, 486 ss.

(109) La cui disciplina sembra rievocare quella del concordato amichevole di cui al codice di commercio del 1882: G. FAUCEGLIA, *Art. 182-bis*, in AA. VV., *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milanofiori Assago, 3^a ed., 2015, 2172.

Al di là di quest'ultimo aspetto, si può dire che la disciplina riformata nel biennio 2005/2007 (110) costituì in buona parte il risultato dei lavori delle commissioni ministeriali che si susseguirono a partire dal 2002, proprio con l'intento di dare finalmente un volto nuovo alle soluzioni normative della crisi dell'impresa commerciale di medio-grandi dimensioni, rispetto alle quali si era andato sviluppando un ampio dibattito sulla possibilità di «funzionalizzare» – seppur non in maniera ancillare – il diritto concorsuale alle esigenze ed alle dinamiche di un'economia di mercato concorrenziale e non più circoscritta ai soli confini nazionali (111). Archiviando altresì il tradizionale inquadramento dell'impresa come diretta proiezione del suo titolare, privilegiandone la configurazione di realtà oggettivamente rilevante e meritevole di una specifica tutela.

Le riflessioni sul terreno economico, infatti, avevano portato alla luce la necessità di un ripensamento del dogma della «indisponibilità» della insolvenza, sulla base di argomentazioni più marcatamente «commercialistiche» che «civilistiche», nel senso del passaggio da una reazione all'inadempimento quale necessaria protezione e garanzia del singolo diritto di credito, ad una maggiormente attenta al ruolo del ricorso al credito (soprattutto bancario) come momento essenziale dell'esercizio dell'impresa e fattore indispensabile per la sua operatività sul mercato

(110) D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, di «Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80», in SO n. 13, G.U., 16 gennaio 2006, n. 12; D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, recante «Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80», in G.U. 16 ottobre 2007, n. 241.

In dottrina, per un quadro generale degli interventi di modifica: A. JORIO, *Introduzione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto dal medesimo e coordinato da M. Fabiani, Bologna, vol. I, 2006, 1 ss.; ID., *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 334 ss.

(111) Sulla necessità di riaffrontare in un'ottica maggiormente privatistica la gestione e la liquidazione dell'impresa in crisi, «dando al mercato ciò che è del mercato e lasciando al giudice ciò che gli è più consono, anzi coerente al precetto costituzionale, vale a dire la soluzione delle controversie insorte»: B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, cit., 339. Sulle criticità normative precedenti agli interventi legislativi sul testo del R.d. n. 267/1942, vedi anche: G. LO CASCIO, *Aspetti storici ed evolutivi della normativa in tema di risanamento delle imprese in crisi*, in *Fall.*, 2003, 918 ss.; G. SANSONE, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, *ibidem*, 1998, 761, che ricorda come, tra le ragioni tese a sottrarre alle aule giudiziarie il governo della crisi dell'impresa, un certo rilievo lo aveva assunto l'osservazione circa l'approccio più legalistico che commerciale/imprenditoriale manifestato dai giudici i quali, nell'affrontare la materia in esame, hanno per lo più teso a fare riferimento a schemi dogmatici o ad astrazioni classificatorie che non alla utilità economica della gestione del patrimonio fallimentare.

(112). Ne discendeva, pertanto, una sostanziale traslazione del «rischio» in capo ai creditori dell'impresa nelle situazioni di crisi od insolvenza, con conseguente legittimazione al «governo» dell'impresa ed alla gestione della sua crisi (113).

Per quanto le scelte legislative in sede di riforma (parziale) del sistema concorsuale non corrisposero completamente all'impostazione appena richiamata, rimane significativo che la nuova fase del sistema concorsuale sia stata in qualche modo «anticipata» dal «Decreto competitività» del 2005 (D.L. 14 marzo 2005, n. 35) (114) con il quale vennero introdotte rilevanti modifiche all'istituto dell'azione revocatoria fallimentare (in particolare: il dimezzamento del c.d. «periodo sospetto», l'introduzione della decadenza, l'ampliamento delle fattispecie di esenzione) ed alla procedura del concordato preventivo, con l'abrogazione del presupposto della meritevolezza dell'imprenditore che accede alla procedura *de qua*.

In merito alla restrizione del perimetro applicativo dell'istituto della revocatoria fallimentare – da alcuni descritta come reazione agli usi troppo spesso impropri che era giunta a farne la giurisprudenza negli anni precedenti alla riforma, in particolare, con riguardo alla revocatoria delle rimesse bancarie (115) –, non si è mancato di osservare criticamente come detta scelta fosse stata fortemente influenzata proprio dall'influenza corporativa del mondo bancario e dalle sue istanze

(112) G. LO CASCIO, *Quale competitività per le imprese dopo le «trasformazioni» della legge fallimentare*, cit., 106.

(113) In altri termini, se immanente all'attività d'impresa è l'investimento del capitale di rischio, allora, nell'ipotesi della «distruzione» di quello stesso investimento, la legittimazione ad operare la scelta tra la liquidazione ed il salvataggio, dovrebbe passare dall'imprenditore ai suoi creditori.

(114) D.L. 14 marzo 2005, n. 35, recante «Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80», in G.U., 16 marzo 2005, n. 62, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, in SO n. 91, G.U. 14 maggio 2005, n.111.

Per un commento al testo normativo: N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le prospettive di riforma della legge fallimentare ed i profili generali del progetto di legge-delega*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 120 ss. Con argomenti critici sia sul merito che sul metodo del D.L. n. 35/2005, L. LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010, 187 ss.: L'A., oltre a censurare il «malvezzo» legislativo di violare il disposto *ex art.* 76 Cost. con la ben nota prassi dell'«eccesso di delega», sottolinea ulteriori «profili d'incostituzionalità di secondo tipo» contenuti, a suo dire, nei successivi decreti legislativi di riforma della legge fallimentare, in particolar modo quello relativo al depauperamento dei poteri del giudice delegato ed all'«abbandono sistematico» della «cognizione contenziosa e decisoria piena ed esauriente», secondo i principi costituzionali del giusto processo (art. 111 Cost.).

(115) In tal senso, L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema dei diritti dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 97.

(116). Invero, occorre ricordare come già sotto la vigenza della vecchia legge fallimentare fossero previste esenzioni in materia, seppur per i soli atti compiuti nel contesto delle procedure di concordato preventivo e di amministrazione controllata, non essendo riconosciuto alcuno spazio alle ipotesi di soluzione stragiudiziale (117).

È altresì noto che l'intervento legislativo del 2005 introdusse anche il nuovo istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l. fall.), che costituì il punto di emersione e di autonoma disciplina della composizione negoziale dell'insolvenza, ovvero la ben nota prassi delle convenzioni bancarie. Per quanto si trattasse di una novità normativa di sicuro rilievo, la disciplina degli accordi risultò alquanto oscura, a causa della ambiguità e dell'incompletezza della normativa (che, fra l'altro, dimostrava una scarsa appetibilità per lo stesso imprenditore in crisi, prevedendo, l'originaria formulazione, la sola esenzione dall'azione revocatoria) (118).

Uno dei profili di maggiore criticità interpretativa fu quello relativo alla mancata previsione del beneficio della prededuzione per il pagamento dei crediti derivanti dalla concessione di nuova finanza erogata all'imprenditore in esecuzione – o in concomitanza con l'esecuzione – dell'accordo *ex art. 182-bis*, nel caso di successivo fallimento (119). Più in particolare, la questione venne risolta in senso negativo sulla base di due argomentazioni principali: l'impossibilità di attribuire al nuovo istituto la natura di procedura concorsuale, in quanto non interessante la generalità dei creditori; il mancato intervento di modifica, anche da parte del c.d. «decreto correttivo» del 2007, della disciplina di cui all'art. 111 l. fall., in materia di prededuzione, così confermando la prededuzione per i soli crediti sorti «in occasione o in funzione delle procedure concorsuali» regolate dalla legge fallimentare (120).

(116) Per i rilievi critici: D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 163; M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 598; G. MINUTOLI, *In difesa dell'istituto revocatorio (brevi riflessioni sulle nuove revocatorie fallimentari ex d.l. 14 marzo 2005, n. 35)*, in *Dir. fall.*, 2005, 816.

(117) Cfr., N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, cit., 309 ss.

(118) C. COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 531 ss.

(119) Per una sintesi del rinnovato quadro normativo concorsuale sullo sviluppo del «mercato del finanziamento alle imprese in crisi», ma anche delle criticità applicative in materia di prededuzione, si rinvia alle riflessioni di L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa*, cit., 1075 ss.

(120) La norma, di carattere generale, di cui all'art. 111 l. fall. conobbe l'introduzione nel proprio primo comma, ad opera del D.lgs. n. 5/2006, dell'attuale n. 1), un'espressa previsione dei crediti prededucibili, che, in base alla specificazioni di cui

Non potendo affrontare *funditus* le novità introdotte dal legislatore in quegli anni, qui interessa sottolineare come, pur ferma la necessità di proteggere il patrimonio del debitore da ulteriori decurtazioni, detta generale finalità non risultava più indirizzata all'esclusivo interesse recuperatorio dei creditori, bensì offriva a quello stesso patrimonio la protezione contro le eventuali iniziative creditorie capaci di compromettere la funzionalità dell'impresa e disperderne l'intrinseco valore. A tal riguardo, si predisposero degli strumenti che offrirono un «ombrello protettivo» alle soluzioni concordate della crisi, in modo da porle al riparo dagli «strali civili della revocatoria e soprattutto da quelli penali delle varie ipotesi di bancarotta» (121).

Pertanto, attraverso il ridimensionamento della portata dell'azione revocatoria fallimentare (122), l'obiettivo del legislatore è stato quello di favorire la nascita dell'interesse degli investitori attorno all'impresa, rendendo più agevole procedere al concordato preventivo, quale sbocco quasi naturale della crisi d'impresa, come dimostrano la scelta di abrogare il requisito della meritevolezza dell'imprenditore «*honest but unfortunate*», nonché la forte accentuazione dell'elemento negoziale della procedura, che pur continuava ad avere natura pubblicistica.

La richiamata rimodulazione del rapporto tra autonomia privata e controllo giudiziale portò il legislatore ad optare per una scelta orientata ad una minore «giurisdizionalizzazione» delle procedure, anche di quella fallimentare, lasciando al giudice delegato il potere di controllo di legalità della procedura, ma non anche la possibilità di ingerirsi nelle scelte riguardanti la gestione economica della procedura, adesso allocata in capo al comitato dei creditori ed al curatore; nonché privilegiando una gestione non più aprioristicamente indirizzata alla disgregazione del valore aziendale dell'impresa fallita (123), come testimoniato dal nuovo modello operativo del concordato fallimentare (artt. 124

al n. 2), devono essere considerati tali anche «quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali».

(121) Così, A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra privatizzazione e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 1454.

(122) Per un quadro generale sull'attuale disciplina fallimentare, si rinvia a G.B. NARDECCHIA, *Le esenzioni dalla revocatoria. Piani attestati. Accordi di ristrutturazione. Concordato preventivo*, in AA. VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, cit., 1473 ss.

(123) Con il suo intervento, il legislatore avrebbe dato atto finalmente dell'impossibilità di persistere su di un percorso tracciato decenni prima su di un modello di imprenditore ed una concezione di mercato adatti ad un'economia, più che globalizzata, «paleocapitalista»: F. FIMMANÒ, *La conservazione e la riallocazione dei valori aziendali nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, 460.

ss. l. fall.), sempre più caratterizzato dagli interessi privati in esso coinvolti, a cominciare dal giudizio sulla convenienza della proposta demandata ai creditori.

Quanto alle novità in materia di procedura fallimentare, possono citarsi: le fattispecie dell'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104, comma 1), le autorizzazioni all'affitto di azienda o di suoi specifici rami, anche prima della presentazione del programma di liquidazione (artt. 104-*bis* e 104-*ter*), la possibilità di disporre la liquidazione dei singoli beni aziendali «quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori» (art. 105, comma 1), l'eventualità che il curatore proceda alla cessione delle attività e delle passività dell'azienda o dei suoi rami, dei beni o dei rapporti giuridici «individuabili in blocco» (art. 105, comma 5), nonché dei crediti e delle azioni revocatorie concorsuali (art. 106, comma 1).

In altri termini, il diritto fallimentare, inteso in senso lato, ha voluto porre al centro non più le (sole) ragioni del ceto creditorio, ma anche la relazione commerciale oggettivamente intesa (124). E ciò, attraverso una sequenza d'interventi normativi caratterizzata dal graduale ridimensionamento della componente procedurale e del ruolo del tribunale, a vantaggio del paradigma negoziale a cui è stata attribuita la denominazione di «contratto sulla crisi d'impresa» (125).

Dall'angolo visuale del ceto creditorio bancario, sia nel caso della riorganizzazione dell'impresa debitrice che in quello della sua liquidazione capace di salvaguardarne il valore dei complessi produttivi (non essendo evidentemente possibile un recupero della sua redditività), rimane di fondamentale importanza l'atteggiamento assunto a fronte della manifestazione della crisi, soprattutto in correlazione all'interesse degli istituti a partecipare alla realizzazione della riorganizzazione (non

(124) M. VIETTI, *Introduzione*, in AA. VV., *Riforma fallimentare: lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti - F. Marotta - F. Di Marzio, Torino, 2008, 4.

(125) G. VETTORI, *Il contratto nella crisi d'impresa*, cit., 486 ss.; per quanto non siano mancate autorevoli voci critiche contro quello che fu definito il «fondamentalismo contrattuale» che aveva ispirato la riforma. Come ricordato da L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fall.*, 2009, 1034, alla nuova impostazione sono state mosse almeno tre critiche in tal senso: quella secondo cui qualsiasi soluzione negoziale finisce per favorire i creditori muniti di maggiore forza contrattuale; quella per cui la differente posizione dei diversi contraenti del c.d. «*nexus of contracts*» non può che originare una corrispondente difformità delle soluzioni; quella a detta della quale incoraggiare un modello «premiante» di fallimento incoraggerebbe un certo lassismo da parte del debitore, peggiorerebbe il sistema dei pagamenti a danno dei suoi creditori ed esalterebbe eccessivamente il carattere «bancocentrico» del sistema economico.

necessariamente meramente finanziaria) dell'impresa che ne consenta la prosecuzione delle attività.

Al contempo, è ovvio che molto dipende dalla tempestività dell'intervento, non meno che dalla capacità dei creditori bancari di valorizzare il profilo prospettico delle capacità di reddito delle imprese richiedenti, piuttosto che privilegiare le garanzie patrimoniali dalle stesse offerte. A fronte di un indebitamento bancario variegato dal punto di vista soggettivo (c.d. «multiaffidamento»), diverse sono le problematiche che solitamente vengono a porsi: dalla incapacità (degli istituti di credito di piccole dimensioni) di analizzare compiutamente e con il dovuto grado di approfondimento il piano di risanamento dell'impresa, ai tempi molto spesso eccessivamente lunghi rispetto all'urgenza propria di un efficace *turnaround*; dalle difficoltà relative al coordinamento fra le banche creditrici, spesso impedito da comportamenti opportunistici di alcune di esse, alla necessità del consenso espresso da un'alta percentuale dei crediti vantati richiesto dalla legge ai fini dell'adozione delle soluzioni negoziali della crisi.

Per comprendere meglio l'essenzialità della «nuova finanza» ai fini dell'operazione di ristrutturazione aziendale, occorre ripercorrere brevemente (e nell'ottica delle finalità descrittive di questo capitolo), le novità legislative che hanno interessato il nostro sistema concorsuale negli ultimi anni, segnandone il passaggio verso un'ottica «incentivante» i finanziamenti all'impresa nel quadro della risoluzione negoziata della crisi (così come più volte richiesto dal sistema imprenditoriale e dal mondo bancario e finanziario), a parte il discutibile ricorso alla tecnica della decretazione d'urgenza (o «a innesto»). Nonostante i propositi del legislatore della riforma, infatti, gli operatori economici avevano a più riprese sollevato dubbi sulla reale efficacia di alcune scelte normative rispetto ai proclamati intenti di rifondare il sistema concorsuale secondo una impostazione più favorevole all'accordo con i creditori ed alla salvaguardia della continuità aziendale dell'impresa in difficoltà.

Orbene, con l'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (126), venne inserito nella legge fallimentare l'art. 182-*quater*, disciplinante la pre-

(126) Recante «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica», in G.U. 31 maggio 2010, n. 125; convertito con modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, in S.O. n. 174, G.U. 30 luglio 2010, n. 176.

In dottrina, sulle novità introdotte dal decreto legge: M. FABIANI, *L'ennesima riforma della legge fallimentare. D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv., con modif., dall'art. 1, comma 1, l. 30 luglio 2010, n. 122*, in *Fall.*, 2010, 898 ss.; S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. 122/2010*, *ivi*, 2011, 641 ss.; ID., *Appunti "flash" sull'art. 182-quater della legge fallimentare*, in *ILCaso.it*, II, n. 204/2010, 1 ss.;

deducibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti (e quindi limitatamente agli strumenti di risanamento contemplanti l'intervento dell'autorità giudiziaria), nell'ottica di favorire l'apporto di nuova finanza destinata al risanamento dell'impresa in crisi da parte degli istituti bancari e degli intermediari finanziari o dei stessi soci dell'impresa versante in stato di crisi, peraltro con deroga delle disposizioni civilistiche in materia di postergazione dei crediti di quest'ultimi, ai sensi degli artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c. (127).

Al fondo vi era la consapevolezza della essenzialità del finanziamento erogato tanto in esecuzione degli accordi concordatari ovvero di ristrutturazione dei debiti quanto in vista degli stessi, nel senso che la formazione del piano o dell'accordo richiede un periodo – a volte non breve – in cui il finanziamento si rivela essenziale per garantire all'impresa prospettive di continuità aziendale (128); fermi, il principio del «miglior soddisfacimento dei creditori», nel caso del concordato preventivo in continuità (art. 186-*bis*, comma 2, lett. b) e quello della «idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei», nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis*, comma 1) (129).

C. COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 531 ss.; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss.; V. GIORGI, *Nuove norme in tema di crediti prededucibili e di accordi di ristrutturazione del debito (d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, in G.U. 30 luglio 2010, n. 176, s.o., "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica")*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, 403 ss. Con prospettiva generale, A. BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 342 ss.

(127) Com'è noto, ai sensi dell'art. 2467 c.c., il rimborso dovuto al socio che ha effettuato un finanziamento a favore della società (intendendosi per «finanziamento» un apporto effettuato in qualsiasi forma e concesso in un «momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento»), «è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito». Stante il richiamo effettuato dall'art. 2497-*quinquies* c.c., l'operatività della norma è altresì prevista nel caso di finanziamenti alla società effettuati dal soggetto esercitante l'attività di direzione e coordinamento.

(128) Così, la Relazione di accompagnamento al decreto legge, l'opzione legislativa muoveva dalla considerazione della prassi applicativa, nell'ambito della quale, «se diffusi sono gli accordi nei quali creditori e soci sono soliti rinunciare a parte dei crediti esistenti ovvero concedere moratorie in funzione del risanamento dell'impresa, più complesse sono le determinazioni in ordine alla erogazione di nuovi finanziamenti. Questi ultimi comportano un ulteriore accrescimento del rischio di credito da parte del finanziatore e il riconoscimento, sia pur in presenza di specifiche condizioni, del beneficio della prededucibilità potrebbe rappresentare un importante incentivo nella loro erogazione a sostegno dell'impresa».

(129) Com'è noto, la «mini-riforma» del 2012 ha modificato la norma dell'art. 182-*bis*, sostituendo al requisito del «regolare pagamento» quello dell'«integrale paga-

Pertanto, si è voluto tutelare l'imprenditore dal pericolo di azioni esecutive e cautelari esperibili *medio tempore* dai creditori estranei all'accordo, avendo la prassi applicativa ampiamente evidenziato come un momento particolarmente critico di tutta l'operazione di «salvataggio» dell'impresa in crisi sia appunto quello delle trattative, nel corso delle quali è importante scongiurare il rischio di eventuali azioni di «disturbo» e consentire alle parti di «fotografare» i beni patrimoniali dell'impresa debitrice al fine di determinare con una ragionevole certezza le misure concretamente realizzabili per la ristrutturazione dei debiti. Ragion per cui, si è optato per una normativa che offrisse ai soggetti dell'accordo *in fieri* la garanzia della sospensione delle suddette azioni anche durante il periodo necessario alla formazione degli accordi, sospensione comunque decisa all'esito di un'udienza *ad hoc*, anche con la partecipazione dei creditori estranei alle trattative con il debitore, in modo preservarne i diritti (130).

In occasione della legge di conversione n. 122/2010, infine, si è opportunamente intervenuti sulla disciplina penalistica della legge fallimentare, introducendo il nuovo art. 217-bis l. fall., con il quale si è esplicitamente esclusa l'operatività delle fattispecie di reato della «bancarotta preferenziale» (art. 216, comma 3, l. fall.) e della «bancarotta semplice» (art. 217 l. fall.), con riguardo ai pagamenti ed alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione o di un'operazione stragiudiziale conclusa sulla base di un «piano di risanamento attestato», *ex art.* 67, comma 3, l. fall. (131).

mento» dei creditori estranei all'accordo, accogliendo evidentemente i dubbi interpretativi sorti sul punto negli anni precedenti. Sulla equivocità della formula legislativa precedente, cfr. Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 2563, potendo essere interpretata sia nel senso di «abituale, conforme o normale» pagamento, sia nel senso di pagamento «proporzionato ovvero simmetrico».

Va comunque ricordato che, pur a fronte degli iniziali orientamenti contrastanti, la giurisprudenza era pervenuta ad una sostanziale uniformità di letture della fattispecie, intendendo per «regolare pagamento» quel pagamento da eseguirsi per l'intero, alle scadenze convenzionali o, in difetto di accordo, legali, e mediante denaro od altri mezzi pattuiti, salvo il consenso del creditore ad essere soddisfatto diversamente: Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 669; App. Trieste, 4 novembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 297; Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fall.*, 2011, 92.

(130) Per una recente analisi empirica circa i (timidi) effetti positivi della modifica normativa del giugno 2010 sulla generale offerta di credito bancario alle imprese, vedi E. BRODI - L. CASOLARO, *Finanziamenti alle imprese in crisi e priorità nel rimborso: gli effetti della prededucibilità nel concordato preventivo*, in *Banca d'Italia. Questioni di economia e finanz.*, Roma, 2017, 16 ss.; nonché A. DANONI - P. RIVA - M. AZZOLA, *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del tribunale di Milano*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 837 ss.

(131) Per rilievi critici, cfr. R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.* 2010, 1366 ss.

Nonostante la scelta di riservare un trattamento privilegiato ai soli fornitori finanziari e non anche a quelli commerciali, soprattutto se “strategici” (132) – opzione poi abbandonata con l’intervento modificativo del 2012, a séguito del quale legittimati all’erogazione oggi risultano legittimati all’erogazione non più i soli intermediari bancari e finanziari, ma anche i soggetti per i quali non è presupposta alcuna qualità soggettiva particolare (133) – l’introduzione della prededucibilità della nuova finanza concessa all’impresa in crisi «in esecuzione» di un concordato preventivo non liquidatorio o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, rappresentò sicuramente una innovazione da tempo attesa (134). Si consideri, infatti, che, sotto la vigenza del L. n. 80/2005 e con riferimento al solo concordato preventivo (stante l’impossibilità di qualificare la natura giuridica degli accordi di ristrutturazione omologati in termini di «procedura concorsuale»), al riconoscimento della prededucibilità era possibile giungere esclusivamente in via interpretativa, sulla scorta del disposto di cui all’art. 111, comma 2, l. fall.

Con il decreto legge e la successiva legge di conversione n. 122/2010, si è voluto perciò ampliare le fonti di finanziamento per l’esecuzione delle summenzionate soluzioni negoziali della crisi d’impresa,

(132) S. AMBROSINI, *Appunti “flash” sull’art. 182-quater della legge fallimentare*, cit., 4: «giacché spesso il sostegno di quanti riforniscono l’impresa in crisi è altrettanto importante e, come tale, meritevole di forme analoghe di tutela». Ma, da altra prospettiva, cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *La prededucazione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2015, I, 7, secondo il quale sarebbe stato più opportuno mantenere la previsione dedicata a soggetti professionalmente qualificati come le banche e gli intermediari finanziari, peraltro sottoposti a vigilanza e a regole operative più stringenti.

Sul tema, anche R. BONSIGNORE, *Il finanziamento all’impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fall., Allegato*, 2009, 37.

(133) Ne conseguirebbe, pertanto, la possibilità di far rientrare nella espressione «finanziamenti in qualsiasi forma effettuati», di cui all’art. 182-quater, comma 2, l. fall., forme tecniche di approvvigionamento finanziario ulteriori rispetto alle operazioni di credito previste ex artt. 38 ss., t.u.b. Si pensi, ad esempio, all’emissione di *minibond* (: M.L. VITALI, *Finanza “ponte”, finanza “in esecuzione” e “interinale” (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi)*, in *Contr. impr.*, 2015, 197), se non addirittura anche le ipotesi di mera dilazione di pagamento, il mantenimento o la proroga del credito già concesso (: L. MORELLINI, *L’art. 182 quater l. fall.: novità e criticità*, in *Fall.*, 2011, 900); e, in generale, tutti le tipologie di rapporti negoziali in cui sia sottesa la causa di sovvenzione finanziaria a favore dell’impresa in ristrutturazione (: S. SANZO, *Il finanziamento delle imprese in crisi*, in AA. VV., *Le operazioni di finanziamento*, diretto da F. Galgano, a cura di E. Panzarini, con A.A. Dolmetta – S. Patriarca, Bologna, 2ª ed., 2016, 1506).

(134) Peraltro, si tenga conto che venne altresì ritenuto necessario ampliare la portata del beneficio della «prededucazione» anche al compenso del professionista incaricato della attestazione di fattibilità/ragionevolezza dell’accordo di concordato preventivo o di ristrutturazione dei debiti (cfr. artt. 161, comma 3 e 182-bis, comma 1, l. fall.), purché omologati.

creando altresì una nuova categoria di crediti parificati ai prededucibili, in quanto derivanti da finanziamenti concessi anteriormente alla procedura ed in funzione della presentazione della stessa, nel senso di non essere direttamente ricollegabile al recupero imprenditoriale, bensì al superamento della fase transitoria compresa tra l'iniziativa assunta dal debitore sino all'omologazione del concordato o degli accordi *ex art. 182-bis* 1. fall., ferma la loro previsione all'interno del piano di risanamento (135) e l'espressa disposizione della prededuzione da parte del tribunale in sede di provvedimento di ammissione al concordato ovvero di omologazione dell'accordo.

Da un lato, si sono perciò ampliate le fonti di finanziamento per l'esecuzione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, favorendo contestualmente le banche e gli istituti finanziari, attraverso il riconoscimento della natura prededucibile dei loro crediti; dall'altro, la possibilità di ricorrere al credito non è stata limitata alle sole esigenze della procedura, ma è stata estesa alle altre necessità finanziarie anteriori all'apertura della stessa, creando così una nuova categoria di crediti, parificata a quella dei prededucibili e derivante da finanziamenti funzionali (non già al recupero imprenditoriale, bensì) al superamento di quella fase transitoria che va dall'iniziativa del debitore sino all'ammissione del concordato od all'omologazione degli accordi (136).

Appena due anni più tardi, con l'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (137), venivano nuovamente introdotte delle modifiche alla legge

(135) Nota giustamente S. FORTUNATO, *Considerazioni sul finanziamento alle imprese in crisi*, cit., 589, che ogni tipologia di soluzione negoziale ruota necessariamente attorno all'idea fondamentale di pianificazione delle attività di risanamento aziendale e/o di sistemazione della complessiva esposizione debitoria, che si antepongono in via preferenziale all'estrema *ratio* della liquidazione fallimentare del complesso aziendale dell'impresa in crisi. Ciò, ovviamente, presuppone innanzitutto la serietà del tentativo sorretto da un'adeguata attestazione professionale ed un ampliamento anticipatorio della rilevazione e della nozione di "crisi", oltre che un mutamento radicale dello strumento concordatario ed il riconoscimento di ulteriori figure negoziali alle quale poter ricorrere (piano attestato di risanamento ed accordi di ristrutturazione dei debiti).

(136) Così, M. FABIANI, *L'ulteriore up grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 898; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 10^a ed., 2017, 58. In prospettiva generale, la legislazione italiana ha così intrapreso quel progressivo percorso di riforma delle procedure concorsuali fortemente raccomandato a livello internazionale, oltre che europeo, in cui si incentiva gli ordinamenti ad adottare legislazioni, il più organiche possibile, tese a favorire la conservazione degli organismi produttivi, compatibilmente con la tutela dei creditori dell'impresa in crisi, anche attraverso il *favor* per le operazioni di finanziamento all'impresa in crisi. A tal proposito, cfr. la Raccomandazione n. 67, delle «Linee-guida» UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, United Nations, New York, 2005, 43.

(137) D.L. 22 giugno 2012, n. 83, in G.U. 26 giugno 2012, n. 147, recante «Misure urgenti per la crescita del Paese», convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto

fallimentare, con l'intenzione di migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa ivi disciplinati, nonché di incentivare l'impresa stessa a manifestare il proprio *status* di difficoltà economica, finanziaria od industriale in tempo utile per una sua positiva risoluzione.

Per quanto interessa in questa sede, tra le principali novità introdotte in materia concorsuale dal provvedimento delegato n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, va ricordato l'ampliamento dell'area della non «assoggettabilità» degli atti, dei pagamenti e delle garanzie all'azione revocatoria fallimentare, realizzato attraverso la modifica dell'art. 67, comma 3, lett. d, il rafforzamento delle garanzie d'indipendenza del professionista designato dal debitore ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di risanamento aziendale (art. 67, comma 3, lett. b) (138), nonché attraverso l'esenzione dalle azioni revocatorie degli atti, dei pagamenti e delle garanzie concesse sui beni del debitore in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*, proprio perché direttamente funzionali al raggiungimento del

2012, n. 134, in G.U. 11 agosto 2012, n. 187. Per un'analisi delle modifiche apportate dall'intervento legislativo: F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, 2012; L.A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2012, 924 ss.; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *IlCaso.it*, II, n. 303/2012, 1 ss.; G. LO CASCIO, *Crisi, continuità aziendale ed altri rimedi: criticità del nuovo sistema normativo*, in *Quot. giur.*, 29 agosto 2012; M. BASCELLI, *Le operazioni volte alla "soluzione negoziale" della crisi d'impresa. Spunti per vecchie e nuove riflessioni alla luce della L. 7 agosto 2012, n. 134*, in *Notariato*, 2012, 684 ss.; G. DESIDERIO, *Aspetti comparativi ed efficienza degli impianti vigenti*, in AA. VV., *Profili di gestione delle crisi. Il mercato, le imprese, la società*, a cura di C. Patalano - C. Santini, Padova, 2013, 343 ss.; nonché L. STANGHELLINI, *Un pacchetto per aiutare a rimanere sul mercato*, in *IlSole24Ore*, 16 giugno 2012, 17, il quale efficacemente descrive la normativa fallimentare come «un cantiere sempre aperto», rispetto al quale l'intervento del 2012 si poneva con l'obiettivo di «gestire la permanenza sul mercato delle imprese in difficoltà ma recuperabili, e l'uscita ordinata di quelle da liquidare».

(138) Deve trattarsi di un professionista iscritto nell'albo dei revisori legali ed in possesso dei requisiti professionali previsti dall'art. 28, comma 1, lettere a-b, l. fall., per la nomina a curatore fallimentare (possono svolgere le funzioni di curatore: gli avvocati, i dottori commercialisti, i ragionieri ed i ragionieri commercialisti; nonché gli studi professionali associati o le società tra i summenzionati professionisti). L'indipendenza del professionista è, nelle intenzioni del legislatore, garantita altresì dalla sua estraneità, professionale e personale, all'impresa ed all'operazione di risanamento concretamente individuata (c.d. «indipendenza in apparenza»). A detti requisiti, si aggiungono quelli impliciti all'art. 2399 c.c., in materia di causa di ineleggibilità e di decadenza dalla carica di componente del collegio sindacale, nonché quello di non aver prestato, negli ultimi cinque anni, attività di lavoro (subordinato od autonomo) in favore dell'impresa proponente il piano attestato di risanamento ovvero di non aver partecipato agli organi di amministrazione o di controllo della stessa.

risanamento e del riequilibrio della critica situazione finanziaria dell'impresa (art. 67, comma 3, lett. e).

In un contesto legislativo di dichiarato *favor* per le procedure recuperatorie dell'impresa in crisi – come altresì dimostrato dall'introduzione dell'art. 186-*bis* l. fall. in materia di concordato con continuità aziendale (139) e dall'introduzione del concordato c.d. «in bianco» o «prenotativo», di cui all'art. 161, comma 6, l. fall. (140), chiaramente ispirato all'istituto statunitense dell'«*automatic stay*» –, il «decreto sviluppo» se, da un lato, è significativamente intervenuto sul ruolo dei professionisti attestatori chiamati a coadiuvare l'imprenditore nel tentativo di salvataggio, attestando, in maniera veritiera e rigorosa, le possibilità di positiva concretizzazione del relativo piano, dall'altro lato, ha chiaramente tentato di incentivare i terzi a contrarre con l'impresa in crisi, attraverso l'intervento sulla disciplina dettata in materia di azione revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie, purché «legalmente posti in essere» in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, dopo il ricorso con cui è stata presentata la domanda per l'ammissione al concordato preventivo, ex art. 161 l. fall. (141).

(139) Trattasi della procedura «recuperatoria» per eccellenza, in quanto finalizzata alla prosecuzione delle attività d'impresa da parte dell'imprenditore ricorrente, alla cessione dell'azienda in esercizio ovvero al conferimento di questa ad una o più società. Per rilievi generali, vedi A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 15 ss.

(140) Ai sensi della summenzionata disposizione fallimentare, l'imprenditore che versa in uno stato di crisi può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi ed all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta di concordato (o, in alternativa, la domanda di accordo ex art. 182-*bis* l. fall.), il piano e la documentazione previsti dalla normativa di cui all'art. 160, commi 2 e 3, l. fall., entro un termine fissato dal giudice compreso fra 60 e 120 giorni (prorogabile, per giustificati motivi, per ulteriori 60 giorni). Il tutto, con la possibilità di compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (questi ultimi, su autorizzazione del tribunale), nonché con la possibilità di ottenere finanziamenti prededucibili erogati al fine della risoluzione dello stato di crisi.

Com'è noto, la predisposizione dell'istituto *de quo* ha conosciuto, sin dai primi mesi della sua entrata in vigore, un rilevante utilizzo anche «abusivo», tanto da richiedere un intervento correttivo da parte della L. 9 agosto 2013, n. 98, che ha aggiunto alla citata previsione concorsuale un ulteriore periodo, a norma del quale il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'articolo 173 l. fall. (ad es., occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, omessa dolosa denuncia di uno o più crediti, esposizione di passività inesistenti), «*deve riferirne immediatamente al tribunale*» che, a séguito di verifica circa la sussistenza delle condotte e degli atti di frode, potrà dichiarare con decreto motivato improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di fallibilità, dichiara il fallimento del debitore.

(141) Come si legge nella «Relazione illustrativa» del disegno di legge di conversione, la norma dev'essere «letta congiuntamente» al novellato ultimo comma dell'art. 161, «che prevede la prededucibilità dei crediti dei terzi sorti da atti di straordinaria ed

Dall'angolo visuale delle novità introdotte in materia di finanziamento all'impresa in crisi (pur rinviando ad altra sede l'analisi della relativa normativa e delle relative implicazioni) (142), occorre ricordare l'introduzione della nuova fattispecie di cui all'art. 182-*quinquies* l. fall., rubricata «Disposizioni in tema di finanziamento di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti», a norma della quale viene finalmente riconosciuta al debitore che abbia depositato una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ovvero una domanda di omologazione o una proposta di accordo di ristrutturazione (art. 182-*bis*, commi 1 e 6, l. fall.), la facoltà di richiedere al tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili (con eventuale costituzione di garanzie reali) ed a pagare i creditori anteriori le cui prestazioni si rivelano necessarie alla prosecuzione delle attività d'impresa.

Quanto finora ricordato conferma l'osservazione iniziale sul dato per cui, nella stragrande maggioranza dei casi, alla crisi finanziaria di un'impresa (vuoi per l'insufficienza di mezzi propri, vuoi per le riscontrate difficoltà di accesso al credito e/o per il suo costo eccessivo), consegue la sostanziale impossibilità di intraprendere un positivo *turnaround* complessivo. Pertanto, si iscrive a pieno titolo tra gli strumenti normativi mirati a favorire il risanamento una disciplina che definisca le condizioni che favoriscono il reperimento delle fonti di finanziamento, attraverso l'esclusione dei rischi di revocatoria il finanziatore, evitando gli il rimborso in moneta concorsuale ai creditori concorsuali, la revocabilità delle costituzione di garanzie o dei pagamenti ricevuti e le connesse responsabilità, nel caso di successivo fallimento.

In merito a quella che è stata definita la «ricommercializzazione» del diritto fallimentare, va citata, infine, anche l'introduzione del nuovo istituto dell'art. 182-*sexies* l. fall., che regola l'aspetto della riduzione o della perdita del capitale della società in crisi, quale elemento patrimoniale sintomatico della crisi in corso (143). Tralasciando il tema dell'og-

ordinaria amministrazione legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito del ricorso; lo scopo della norma è quello di promuovere la continuazione aziendale, incentivando i terzi a contrarre con l'impresa in crisi».

(142) Vedi *infra*, Cap. III, par. 6.

(143) Senza pretesa di esaustività, cfr.: A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel nuovo diritto della crisi*, Torino, 2013, 85 ss.; L. MANDRIOLI, *Le responsabilità e gli obblighi di comportamento degli organi della società in concordato preventivo o in accordo di ristrutturazione dei debiti che prosegue l'attività d'impresa*, in *Riv. dir. banc.*, 35, 2014, 1 ss.; G. GUERRIERI, *Art. 182-sexies*, in AA. VV., *Comm. breve legge fallim.*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013, 1293 ss.; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e*

gettivo ridimensionamento dello strumento del capitale sociale in funzione della tutela dei creditori (144), in questa sede preme sottolineare la previsione fallimentare a norma della quale, a far data dal deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo (anche «in bianco»), di quella per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione (oppure della «proposta» di accordo, art. 182-*bis*, comma 6, l. fall.), e fino alla relativa omologazione, non troveranno applicazione le previsioni codicistiche di cui agli artt. 2446, commi 2-3 e 2447 (per le società per azioni e per le società in accomandita per azioni, giusto il rinvio *ex art.* 2454 c.c.) e quelle di cui agli artt. 2482-*bis*, commi 4-6 e 2482-*ter*, c.c. (per le società a responsabilità limitata), dettate in materia di riduzione del capitale sociale di oltre un terzo in conseguenza delle perdite della società.

L'eccezione alle ordinarie regole societarie è altresì richiamata dal secondo comma della disposizione *ex art.* 182-*sexies*, relativo alla sospensione applicabilità – per lo stesso arco di tempo di cui sopra – della normativa dettata in materia di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale (artt. 2484, comma 1, n. 4 e 2545-*duodecies* c.c.) (145); a conferma del generale ridimensionamento della capacità dello strumento del capitale sociale di garantire i creditori, a cui fa da contraltare la valorizzazione del profilo finanziario della società capace di ottenere nuova liquidità anche nell'accedere a percorsi *lato sensu* concordati di fuoriuscita dallo stato di crisi.

L'ultima tappa di questa fase di continua opera di novellazione settoriale della legge fallimentare tesa ad incentivare l'intervento finanziatore nei confronti dell'impresa in stato di crisi, si è avuta con l'emanazione del decreto *omnibus*, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in

struttura finanziaria nelle società in crisi, in *Riv. soc.* 2012, I, 605 ss.; P. BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, *ibidem*, 2016, I, 241 ss.

(144) Sul punto, si rimanda ai contributi raccolti in AA. VV., *Principio capitalistico. Quo vadis?*, a cura di F. Briolini, Torino, 2016.

(145) Con la precisazione che, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, l'eccezione alla normale operatività delle norme dettate in materia di riduzione e perdita del capitale della società in crisi, non opererà per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di accordo di cui all'art. 182-*sexies*, comma 1, l. fall., con conseguente applicazione dell'art. 2486 c.c., la quale, com'è noto, dispone che al verificarsi di una causa di scioglimento – e fino al momento della consegna nelle mani dei liquidatori del rendiconto sulla gestione relativo al periodo successivo all'ultimo bilancio societario approvato (art. 2487-*bis* c.c.) – «gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale». Peraltro, si tenga conto che, a norma della summenzionata disposizione codicistica, gli amministratori sono altresì responsabili, personalmente ed in solido, «dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi», per atti o per le omissioni compiute in violazione delle regole prescritte in tema di gestione conservativa della società.

legge 6 agosto 2015, n. 132 (146). Un intervento che, nonostante le dichiarate intenzioni legislative, non sembra potersi pacificamente etichettare quale esempio di legislazione «*debtors oriented*», manifestando piuttosto un certo ripensamento delle opzioni normative degli anni precedenti, probabilmente poco attente alle esigenze del ceto creditorio, alle sue istanze di protezione ed alla necessità di incrementarne le prospettive di soddisfacimento (147).

Al contempo, è pur vero che al riguardo non si può nemmeno parlare di una vera e propria inversione di tendenza, soprattutto se si prendono in considerazione talune novità legislative come l'introduzione della «convenzione di moratoria» (art. 182-*septies*, comma 5) e dei finanziamenti «interinali urgenti» (art. 182-*quinquies*, comma 3); ma anche se si guarda alle modifiche intervenute in merito alla (seppur non generalizzata) possibilità di sospendere i contratti «pendenti» (art. 169-*bis*) ed alla prevista facoltà dell'imprenditore di richiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili già nella fase «prenotativa» del concordato o dell'accordo di ristrutturazione ed in vista della loro omologazione (art. 182-*quinquies*, comma 1).

Per comodità espositiva, rinviando ai prossimi capitoli l'analisi della disciplina della convenzione di moratoria (148) e dei finanziamenti

(146) Decreto recante «Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria», in G.U. 27 giugno 2015, n.147, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, in S.O. n. 50, relativo alla G.U. 20 agosto 2015, n. 192.

Sulle novità della «miniriforma»: F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, *passim*; AA. VV., *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, a cura di M. Sandulli - G. D'Attorre, Torino, 2016; L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 83/2015*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 21, 44 ss.; AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2017; AA. VV., *Fallimento e concordato preventivo*, a cura di A. Castagnola, in *Giur. it.*, 2017, 230 ss. (I Parte) e 508 ss. (II Parte); AA. VV., *La nuova Legge Fallimentare: commento alle disposizioni della Legge Fallimentare modificate dal d. l. n. 83/2015, conv., con mod., in l. 6 agosto 2015, n. 132*, a cura di F. Santangeli, Milano, 2016; S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive della riforma*, in *IlCaso.it*, II/463, 30 novembre 2015, 1 ss.; G. SALVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, *ivi*, II/457, 30 ottobre 2015, 1 ss.

(147) Sul punto, vedi S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015*, cit., 35.

(148) In questa sede, ci limitiamo a ricordare che, ai sensi dell'art. 182-*septies*, comma 5, l. fall., allorché l'impresa debitrice ed uno o più intermediari bancari e/o finanziari, rappresentanti almeno il 75% dei crediti interessati, stipulino una convenzione di moratoria (c.d. «*stand still*»), «diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari», detta convenzione, in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., produrrà i suoi effetti «anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti». Ciò detto, rimane in ogni caso necessario che, perché l'ultrattività

interinali urgenti. Con la precisazione, rispetto a questi ultimi, circa la scelta di arricchire la relativa disciplina attraverso l'inserimento di due novità nel corpo dell'art. 182-*quinquies* l. fall.: una, diretta a facilitare il reperimento, da parte dell'impresa in stato di crisi, di nuove provviste finanziarie prededucibili già nella fase «prenotativa» del concordato o dell'accordo di ristrutturazione ed in vista del loro buon esito; l'altra, introduttiva della nuova tipologia dei finanziamenti funzionali ad urgenti necessità relative all'esercizio dell'impresa stessa, peraltro sull'esempio dei c.dd. «*first day orders*» da tempo previsti nel *Chapter Eleven* dell'*U.S. Bankruptcy-Code* (149).

Infine, orientato alle esigenze di tutela del debitore ed al *favor* per la continuità d'impresa è anche l'inserimento, nell'ambito dell'art. 169-*bis* l. fall., di talune modifiche (150) espressamente dirette ad eliminare

degli effetti del negozio possa esplicarsi, occorre l'imprenditore proponente abbia preventivamente adempiuto ad inviare l'avviso a tutti i suoi creditori finanziari dell'avvio delle trattative, abbia invitato gli stessi a partecipare alle trattative in buona fede ed abbia ottenuto l'attestazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall. circa l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori interessati dalla moratoria medesima.

(149) È noto, infatti, che la summenzionata disposizione contempla, al suo terzo comma, la possibilità di richiedere al tribunale la pronuncia di un provvedimento d'urgenza che autorizzi il debitore – già al momento della presentazione di una domanda «prenotativa» di concordato preventivo, di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o di proposta di accordo *ex art.* 182-*bis*, comma 6, l. fall. –, a contrarre limitati finanziamenti prededucibili o a mantenere le linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda, al fine di sostenere la propria attività aziendale durante il periodo necessario a predisporre l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale. L'«urgenza» ed il pericolo di un «pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda», spiegano altresì l'assenza dell'attestazione di funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, dovendosi piuttosto specificare nell'apposito ricorso la destinazione dei finanziamenti che non si è in grado di reperire altrimenti ed il pregiudizio che deriverebbe nel caso di diniego dell'autorizzazione. Pertanto, l'autorità giudiziaria, «assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione».

Quanto alla novella dell'art. 182-*quinquies*, comma 1, l. fall., la disposizione ivi prevista è stata integrata attraverso il chiarimento relativo alla possibilità di ottenere l'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile anche prima della presentazione della proposta di concordato e del piano concordatario, fermo il necessario deposito della relazione dell'esperto che verifichi il fabbisogno finanziario complessivo sino all'omologazione ed attesti la funzionalità del finanziamento stesso alla migliore soddisfazione dei creditori.

(150) Sin dalla sua rubrica dedicata (non più ai «contratti in corso di esecuzione», bensì) ai «contratti pendenti», con coerenza di linguaggio rispetto all'art. 72 della stessa legge fallimentare. «Infatti l'introduzione di un'ulteriore nuova e imprecisa espressione quale «contratti in corso di esecuzione» ha indotto talora a ritenere che potessero essere sciolti nel concordato anche i contratti che sono stati già interamente eseguiti da una delle parti. L'utilizzazione dell'espressione «contratti pendenti» è assai più precisa, in quanto indica i contratti a prestazioni corrispettive ancora ineseguiti o

tutti quei dubbi interpretativi che, sin dall'introduzione della fattispecie ad opera del D.L. n. 83/2012, avevano comportato inutili contenziosi in materia, con conseguente appesantimento dei tempi e dei costi della procedura (151). Anche qui, la previsione della possibilità di sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione riconosciuta al debitore che presenti un ricorso di concordato preventivo (art. 161 l. fall.) ovvero successivamente al medesimo, e previa autorizzazione del tribunale (o del giudice delegato, se formulata a séguito dell'emanazione del decreto di ammissione alla procedura), sentito l'altro contraente ed assunte eventuali informazioni sommarie, non può che restituirci l'immagine di una disciplina orientata ad una maggior efficienza delle procedure, purché finalizzate al salvataggio ed alla conservazione dell'impresa, ancorché in stato di crisi (152).

Brevemente delineati i contorni delle novità normative più sensibili alle esigenze dell'impresa in difficoltà, occorre riprendere l'osservazione iniziale relativa alla ritrovata attualità della tutela creditoria nella (ennesima) "miniriforma" della legge fallimentare, dopo le poche attenzioni ad esse riservate dal precedente D.L. 22 giugno 2012, n. 83, probabilmente poco attento al dato per cui, mancando le premesse per realizzare i flussi finanziari di un'impresa, il ricorso al credito non sembra la risposta più appropriata per agevolare efficacemente la gestione finanziaria della crisi imprenditoriale.

In tal senso, può leggersi l'introduzione di una soglia minima di pagamento nel concordato preventivo liquidatorio, ovvero la riformulazione delle previsioni *ex artt.* 163 e 163-*bis*, l. fall., nel senso di una maggiore «competitività» ed efficienza sia delle opzioni liquidatorie che

non compiutamente eseguiti da entrambe le parti. Sono questi i contratti effettivamente rilevanti e per i quali è necessario applicare la disciplina dello scioglimento su richiesta del debitore concordatario. In questo modo si supererebbero incertezze e conflitti che danno vita a lunghi e inutili contenziosi» (Relazione di accompagnamento allo Schema di DDL di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83).

(151) Sulla rilevanza dei costi nell'ambito della scelta dello strumento procedurale o negoziale di soluzione della crisi e dell'insolvenza d'impresa, si rinvia a M. FABIANI, *La variabile dei costi nei procedimenti di regolazione della crisi*, in *Fall.*, 2017, 1091 ss.

(152) Così, si legge nella Relazione di accompagnamento allo Schema di decreto legislativo attuativo DDL di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, in *www.giustizia.it*: «[t]ale disposizione consente al debitore che intende ristrutturare la complessiva situazione debitoria di «chiudere» o potremmo dire «liquidare» i rapporti contrattuali non più utili o non più proporzionali alle esigenze della liquidazione concordataria o della continuazione dell'attività nel concordato in continuità. La continuazione nel rapporto contrattuale potrebbe infatti comportare oneri e obblighi che finirebbero per appesantire fino a pregiudicare quella ristrutturazione complessiva dei rapporti di credito e debito che è necessaria per la riuscita di qualsiasi proposta concordataria presentata ai creditori».

di quelle in continuità, anche a presidio dai rischi di abusi da parte del debitore. È noto, infatti, che l'art. 3 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, novellando talune previsioni della legge fallimentare (cfr.: artt. 163, 165, 172, 175, 177 e 185, l. fall.), ha voluto consentire ai creditori la possibilità di sottoporre all'assemblea dei creditori proposte di concordato «alternative» a quella offerta dall'imprenditore ricorrente, anche prevedendo l'intervento di terzi, in modo da tutelare meglio gli interessi dei creditori concordatari, massimizzarne la *recovery* e mettere a disposizione degli stessi «una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore» (153). Ciò, a meno che la proposta di concordato formulata dal debitore non assicuri il pagamento, ancorché dilazionato, di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari.

Dal punto di vista degli obiettivi di politica del diritto, l'intervento di modifica legislativa si rileva funzionale, da una parte, ad evitare di lasciare i creditori sforniti di adeguati strumenti tecnici atti ad impedire proposte della controparte che non rispecchiano il reale valore dell'azienda, con conseguente sottrazione del maggiore valore creato dalla riorganizzazione rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare (c.d. «surplus di ristrutturazione») alla soddisfazione dei creditori; e, dall'altra parte, alla volontà di creare i presupposti per la nascita di un mercato dei «*distressed debt*», sull'esempio di quegli ordinamenti concorsuali (*in primis* quello statunitense) che ne favoriscono il rapido smobilizzo (154).

Seppur dall'angolo visuale della procedura di fallimento, si pensi all'integrazione dell'art. 43 l. fall., che prevede la priorità della trattazione delle controversie relative alla dichiarazione di fallimento, stabilendo che il «capo dell'ufficio trasmette annualmente al presidente della corte di appello i dati relativi al numero di procedimenti in cui è parte un fallimento e alla loro durata», mentre quest'ultimo dovrà darne atto

(153) Così, la «Relazione» al DDL di conversione del decreto legge n. 83/2015, sub Art. 3, in *www.giustizia.it*.

(154) Come si legge nella citata Relazione, la «ratio di questo insieme di modifiche normative risiede nella possibilità di consentire ai creditori, o ad altri imprenditori che acquistino crediti verso l'impresa in crisi, di presentare proprie proposte ai creditori, qualora ritengano di poter gestire meglio l'attività e siano disponibili a immettere nuovi capitali». Uno scenario in cui, pertanto, a detta del legislatore si potrebbe ottenere «l'effetto di neutralizzare altresì il rischio che l'imprenditore presenti proposte che non rappresentino l'effettivo valore dell'azienda», nel senso che «l'anticipazione da parte del debitore della possibilità che sia presentata un'offerta alternativa dovrebbe indurlo a presentare un'offerta ai creditori che effettivamente preveda per essi la migliore soddisfazione possibile», proprio al fine di evitare che i creditori concordatari od eventuali terzi possano eventualmente presentare proposte concorrenti maggiormente soddisfacenti per la massa creditoria.

nella relazione sull'amministrazione della giustizia (comma 4); o ancora, alle possibili ricadute in termini di efficienza della novella apporata all'art. 104-ter, comma 1, l. fall., a norma del quale il mancato rispetto da parte del curatore fallimentare del termine previsto per la redazione del programma di liquidazione (entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario e in ogni caso non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento) è causa di revoca dello stesso se avviene «senza giustificato motivo», non diversamente da quanto stabilito nel caso di mancato rispetto dei previsti termini di esecuzione del programma (comma 10).

In conclusione, non si può non citare la novità di maggior impatto dal punto di vista delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, quella conseguente all'introduzione dell'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari e bancari, di cui all'art. 182-septies l. fall., quale tipologia (o *sub species*) di accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis della legge fallimentare. Come si avrà modo di specificare meglio nel prossimo capitolo, la fattispecie *de qua* risulta dedicata ai soli casi in cui almeno la metà dell'indebitamento complessivo dell'impresa risulti verso istituti bancari e/o finanziari e, stando alle intenzioni legislative, introdurrebbe nel nostro ordinamento un presidio contro i rischi di possibili *free-riding* da parte di alcuni dei summenzionati istituti che, pur vantando un credito di piccola entità, potrebbero decretare di fatto l'insuccesso dell'operazione di risanamento e quindi l'apertura di una procedura concorsuale liquidatoria, dichiarandosi aprioristicamente contrari a qualsiasi tentativo di composizione non giudiziale della crisi (155).

Pertanto, la nuova disposizione è stata introdotta al fine di «consentite una gestione più attiva» dei crediti finanziari e bancari verso le imprese in difficoltà; crediti che risulterebbero meglio valorizzati grazie al coinvolgimento dei creditori più attivi ed all'adozione di un processo di ristrutturazione pensato per intervenire in una fase anticipata della crisi, quando l'impresa debitrice risulta ancora dotata di larga parte del suo valore.

(155) Con argomenti critici sulla scelta legislativa di circoscrivere l'ambito soggettivo di applicazione della nuova fattispecie: S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015*, cit., 69, che ne segnala appunto la scarsa ragionevolezza pratica perché non attenta al fatto che, molto spesso, piuttosto che gli istituti creditori, sono i fornitori ad «indulgere a condotte ostruzionistiche (quando non, nei casi patologici, scopertamente ricattatorie)».

5. CENNI SUL RUOLO DEL DIRITTO EUROPEO IN MATERIA DI INSOLVENZA E CRISI D'IMPRESA. IN PARTICOLARE: LA RACCOMANDAZIONE N. 135/2014 DELLA COMMISSIONE EUROPEA E LA RECENTE PROPOSTA DI DIRETTIVA UE, DEL 22 NOVEMBRE 2016.

La ricerca di una chiave di lettura che chiarisca il recente percorso evolutivo del nostro sistema concorsuale deve necessariamente soffermarsi anche sulle novità normative e sulle linee di indirizzo di fonte europea, che, negli ultimi anni, hanno ricoperto un ruolo assolutamente inedito in materia (156).

Se, tra i diversi ambiti di regolamentazione giuridica delle imprese, quello relativo alle crisi si è tradizionalmente dimostrato il più refrattario ai processi di uniformazione a livello comunitario (157), con lo “scoppio” della crisi economico-finanziaria del 2008 le istituzioni europee sembrano aver colto l'occasione per tornare a dedicare la giusta attenzione al tema del superamento di alcune divergenze fra i diversi sistemi concorsuali nazionali, quale ostacolo al funzionamento efficiente di un mercato unico (158). E ciò, nel segno della c.d. *rescue culture*, altresì sostenuta a livello internazionale da istituzioni quali la Banca Mondiale e l'ONU, quest'ultima attraverso le linee guida in tema di insolvenza e la «*Model Law*» (quest'ultima adottata come un modello

(156) V. DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 798 ss.: l'importanza acquisita dal diritto della crisi d'impresa, in un'ottica anche sovranazionale, è spiegabile attraverso il prisma di almeno tre nuove «dimensioni». Se, da un lato, si pone l'accento sulla funzione della concorsualità che, a fronte delle criticità proprie del c.d. «*common pool problem*» di trarre risorse da una situazione economico-patrimoniale tendenzialmente incapiente, orienta sempre più i creditori verso soluzioni della crisi all'insegna della negoziabilità, dall'altro, si è fatta sempre più pressante la spinta al risanamento dell'impresa, per quanto l'idea della conservazione dei livelli occupazionali e produttivi di questa non escluda *a priori* la possibilità di massimizzare il valore di un'impresa in crisi anche passando attraverso la – totale o parziale – liquidazione dei suoi *assets*, nel senso del loro coordinato e programmato reinserimento nel sistema produttivo, mediante alienazione sul mercato.

(157) A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 33. Nonostante il ritardo con cui le istituzioni europee si sono dedicate al processo di armonizzazione del diritto fallimentare, soprattutto rispetto all'azione politica e normativa che da tempo interessa il diritto societario, bisogna riconoscere che il processo di armonizzazione europea in materia ha conosciuto una notevole accelerazione negli ultimi anni: V. DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 798; L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fall.*, 2017, 873; L. BOGGIO, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte)*, in *Giur. it.*, 2018, 222 ss.

(158) Si pensi anche alla recente promulgazione del Regolamento n. 848/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, in materia di procedure di insolvenza. In dottrina, P. DE CESARI – G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento (UE).2015/848 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, 2017, 15 ss.

generale di legge per l'insolvenza transfrontaliera), elaborate dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), che hanno influenzato non poco il legislatore in sede di riforma (159).

Non potendo soffermarci specificamente sui contenuti delle diverse iniziative intraprese a livello comunitario, in questa sede ci limitiamo a ricordare le tappe più importanti di questo rinnovato processo di armonizzazione, che, fra l'altro, riguarda molto da vicino proprio l'oggetto di questo studio. A tal proposito, un rilievo particolare dev'essere sicuramente riconosciuto alla Raccomandazione della Commissione europea n. 135 del 12 marzo 2014 (160), su un «nuovo approccio al

(159) Quanto appena affermato trova conferma anche in alcuni passi della Relazione illustrativa allo schema di D.Lgs. contenente il codice della crisi e dell'insolvenza, sottoposto all'esame dei Ministeri competenti e del Consiglio dei ministri, tra i mesi di ottobre e novembre 2018. Espressi riferimenti alle indicazioni dell'UE, nonché ai principi di *model law* elaborati dall'UNCITRAL, si rinvencono, in particolare, con riferimento all'introduzione nell'ordinamento concorsuale delle c.dd. «procedure di al-lerta e di composizione assistita della crisi».

A questo proposito, si deve tener conto «che mentre per le norme europee vi sono delle regole certe di recepimento (peraltro, sovente disattese o almeno applicate in ritardo), per le disposizioni internazionali di derivazione ONU richiamate, che costituiscono un precedente non usuale nel diritto interno nazionale, si pone il problema della natura stessa di tali indicazioni, che sono afferenti al sistema del c.d. *soft law*, trattandosi di norme che nascono all'interno di istituzioni di natura volontaria, come volontaria è l'adesione ai "modelli di legge" che esse mettono a punto»: così, M. CAVALLARO, *La legge delega di riforma della crisi d'impresa*, Milano, 2018, 7. Sul tema, anche: A. MAZZONI, *Procedure concorsuali e standards internazionali: norme e principi di fonte Uncitral e Banca mondiale*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 43 ss; AA. VV., *Crisi d'impresa e ristrutturazioni. Percorsi tra banca e mercato*, a cura di F. Bruno - A. Rozzi, Milanofiori Assago, 2010.

(160) La Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014, n. 135, in *Fall.*, 2014, 838, è un'iniziativa originata dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'Unione Europea [2001/2006 (INI)], in *eur-lex.europa.eu*, con cui il Parlamento richiese alla Commissione di presentare, a norma degli artt. 50, 81, par. 2 e 114 TFUE, una o più proposte relative ad un quadro giuridico dell'UE in materia di insolvenza societaria, al fine di garantire la parità delle condizioni di concorrenza. In quest'ultimo documento, infatti, già si rivenivano taluni principi generali sulla regolamentazione delle procedure d'insolvenza, come ad es. la possibilità di prevedere sistemi che permettessero l'avvio tempestivo delle procedure di insolvenza in modo da consentire il salvataggio dell'impresa in difficoltà, od anche la necessità di realizzare un'armonizzazione, tra i diversi ordinamenti europei, per quanto concerne la normativa sui piani di risanamento.

Alla Raccomandazione n. 135/2014 la dottrina ha dedicato grande attenzione, soprattutto con riguardo alle implicazioni della stessa rispetto al sistema normativo nazionale. *Ex plurimis*: V. DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi d'impresa*, cit., 798 ss.; G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fall.*, 2014, 733 ss.; G. CORNO, *Un altro (significativo) passi avanti comunitario verso l'armonizzazione della normativa sulla crisi d'impresa. La Raccomandazione della Commissione europea 12.3.14 e il possibile impatto sulle norme italiane*, in *IlFallimentarista.it*, 19 giugno 2014, 1 ss.; U. MACRÌ, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza*.

fallimento delle imprese e all'insolvenza», adottata con l'obiettivo principale di garantire alle imprese, sane ma in difficoltà finanziaria, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta la ristrutturazione già in una fase precoce della crisi, in modo da evitare l'insolvenza e, al contempo, massimizzare il valore totale della realtà aziendale a favore non solo dei creditori e dell'impresa debitrice, ma anche dei dipendenti di quest'ultima e, indirettamente, della stessa economia dei Paesi membri, il cui efficiente funzionamento non può non passare attraverso sistemi normativi nazionali che riconoscano agli imprenditori onesti che falliscono il diritto ad avere una «seconda opportunità».

Il principale obiettivo di politica del diritto perseguito dalla Commissione europea è stato quello di indurre gli Stati membri a concepire un valido sistema di risanamento delle imprese in difficoltà, preferendo il loro recupero attraverso strumenti d'intervento preventivo e non liquidatorio, in linea con quanto previsto in altri ordinamenti concorsuali nazionali, anche extraeuropei. Si pensi, soprattutto alla procedura del *Chapter Eleven* disciplinata dall'*U.S. Bankruptcy Code* (1978), nell'ambito del quale, ai preminenti profili di negoziabilità delle operazioni di *business reorganization*, si affianca il ruolo, altrettanto attivo e caratterizzante delle *Bankruptcy Courts* e degli *advisors* che assistono le parti interessate.

Proprio sulla base di taluni principi della tradizione concorsuale statunitense, quali quello del «*debtor-in-possession*» e del diritto del «*honest but unfortunate debtor*» ad una seconda opportunità, la Raccomandazione invitava gli Stati membri a prevedere meccanismi che consentissero all'imprenditore in difficoltà la possibilità di ottenere, per una durata non superiore a dodici mesi, la sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali dei creditori nei propri confronti, al fine di non ostacolare il processo di ristrutturazione dello stesso (c.d. «*automatic stay*») (161), pur garantendo a tutti i creditori interessati il diritto ad

Commento a prima lettura, in *Fall.*, 2015, 393 ss.; S. PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n. 848/2015 sulle procedure d'insolvenza*, in *Fallimenti&Società.it*, 2015, 1 ss.; ID., *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n. 848/2015*, in *Giust. civ.*, 2015, 537 ss.; P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Fall.*, 2015, 1136 ss.; G. MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, *ibidem*, 2015, 1939 ss.; L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, 1013 ss.

(161) C.G. CASE, *An Overview of United States Bankruptcy Law*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani - O. Cagnasso, vol. I, Torino, 2016, 242: «A key part of United States bankruptcy law is the automatic stay. The

essere correttamente informati sui contenuti piano di ristrutturazione (162) e a proporre eventuale opposizione avverso il medesimo.

Quanto agli aspetti del sostegno finanziario all'impresa debitrice (c.d. «*debtor-in-possession financing*») (163), la Commissione europea ha

filing of a voluntary chapter 11 Petition operates as a stay, applicable to all entities, that prohibits all further collection activity, the prosecution or commencement of lawsuits, and the seizure or foreclosure of collateral. The concept is to give the DIP a “breathing spell” to allow it to focus on reorganizing in the future, rather than continuing to fight the battles of the past. Obviously, imposition of the stay may impose financial hardship on the creditors. Therefore, the Code provides an expedited procedure for “relief” from the stay if the creditor can demonstrate that its interests are not adequately protected. As a practical matter, this means that a secured creditor is entitled to compensation for any diminution in value of its collateral it suffers because it cannot seize and foreclose upon that collateral. This “adequate protection” may be in the form of cash payments, the granting of additional collateral or other consideration. Further, a DIP may not spend or use a creditor’s “cash collateral” without the consent of the creditor or an order of the Court that grants adequate protection to the creditor. Typically, the nature and scope of such adequate protection is negotiated between the DIP and creditor, but, in the absence of an agreement, is determined by the Court».

(162) Il piano di ristrutturazione dovrebbe contenere una descrizione dettagliata degli elementi relativi all'identificazione chiara e completa dei creditori che saranno interessati dal piano, agli effetti della ristrutturazione proposta su singoli crediti o categorie di crediti, alla posizione dei creditori interessati in merito al piano di ristrutturazione, alle condizioni stabilite per i finanziamenti eventualmente concessi all'impresa, nonché alla capacità del piano di impedire l'insolvenza dell'impresa e garantirne la redditività (par. 15, lett. C – *Piano di ristrutturazione*).

(163) Sul punto, P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, cit., 1142-1143: «le procedure di ristrutturazione americane si pongono come obiettivo principale quello della continuazione dell'attività di impresa al fine di preservarne il valore e la permanenza sul mercato. Proprio in tale ottica il ruolo della nuova finanza è fondamentale ed è infatti trattato con la massima attenzione dalle corti statunitensi. Il § 364 *Bankruptcy Code* consente al *debtor-in-possession* di ottenere nuova finanza (c.d. “*post-petition financing*”) che, se autorizzata e approvata dal giudice (tipicamente nell'ambito della *first day hearing*), è ammessa a godere del rango di “*administrative priority*” (simile alla nostra prededuzione). Ove il debitore dimostri di non essere in grado di ottenere nuova finanza nonostante la possibilità garantire ai finanziatori il beneficio dell'*administrative priority*, lo stesso può essere autorizzato dal giudice a ottenere *post-petition financing* con lo status di “*superiority administrative claim*” (che viene prima dell'*administrative priority*) o ad offrire in garanzia ai finanziatori asset ancora liberi da gravami. In casi eccezionali e laddove vi sia incapienza degli *asset* può essere persino concessa ai *debtor-in-possession* (DIP) *lender* una garanzia reale di grado superiore rispetto alle garanzie concesse ai creditori anteriori».

Allo stesso tempo, l'A. ricorda come la commissione di studio per la riforma del Chapter Eleven (cfr. *American Bankruptcy Institute, Commission to study the reform of Chapter 11, 2012-2014. Final Report and Recommendations*, in www.corpgov.law.harvard.edu), abbia evidenziato un utilizzo talvolta abusivo delle garanzie offerte dalla disciplina della nuova finanza: si pensi ad es. alle c.dd. «*roll-up clauses*», adottate al fine di realizzare l'estinzione di un *pre-petition debt* per mezzo di un *post-petition debt*; oppure alle «*roll-over clauses*», in cui il finanziamento all'impresa in crisi è destinato all'estinzione di un precedente debito contratto dall'impresa con lo stesso soggetto concedente il nuovo finanziamento autorizzato, in modo che questo possa rientrare rispetto alla precedente esposizione debitoria e, al contempo, godere della prededuzione riconosciuta al nuovo finanziamento.

altresì auspicato l'introduzione di normative che agevolassero maggiormente l'accesso al "capitale fresco" da parte delle società in stato di crisi, laddove funzionale alla prosecuzione delle attività di impresa. E ciò, soprattutto attraverso la previsione di meccanismi normativi incentivanti per i finanziatori coinvolti nell'operazione di ristrutturazione dell'impresa in crisi (: la prededuzione dei relativi crediti nel caso di sopravvenuto fallimento, l'esenzione di atti, pagamenti e garanzie dall'azione revocatoria, la non applicabilità delle fattispecie di bancarotta) (164); operazione definita come la «modifica della composizione delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore, o una combinazione di questi elementi, diretta a consentire la prosecuzione, in tutto o in parte, dell'attività del debitore» (punto 5, lett. b).

Ultima, in ordine di tempo, è la proposta di Direttiva presentata dalla Commissione europea il 22 novembre 2016 (165), nella quale si invitano gli Stati membri: a migliorare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, di liberazione dei debiti e di insolvenza, con la riduzione della loro durata e dei loro costi; ad «incoraggiare» la concessione finan-

(164) Cfr. i par. 27-29, lett. D – *Tutela dei nuovi finanziamenti*: «[i] nuovi finanziamenti, compresi i nuovi prestiti, la vendita di determinate attività a opera del debitore e la conversione in capitale dei debiti, concordati nel piano di ristrutturazione e approvati dal giudice non dovrebbero essere dichiarati nulli, annullabili o inopponibili in quanto atti pregiudizievoli per la massa dei creditori. I contribuenti dei nuovi finanziamenti concordati nel piano di ristrutturazione omologato dovrebbero essere esonerati dalla responsabilità civile e penale relativa al processo di ristrutturazione. Alle norme sulla tutela dei nuovi finanziamenti dovrebbe potersi derogare in caso di successivo accertamento di frode in relazione ai nuovi finanziamenti».

(165) «Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE», in *ec.europa.eu*. Com'è noto, la strategia della Commissione si inserisce in un quadro complesso che è quello della realizzazione della c.d. «*Capital Market Union*» (Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali, COM(2015) 468 *final* del 30 settembre 2015), un ampio programma che ha come fine il rilancio dell'economia europea.

Tra i commenti al testo della proposta: L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, cit., 873 ss.; A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 201 ss.; P. DE CESARI, *La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi*, in *Fall.*, 2017, 1109 ss.; G. MONTELLA, *Ristrutturazione preventiva e doveri nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016*, *ivi*, 1116 ss.; L. PANZANI, *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *IlCaso.it*, II, 11 settembre 2017, 1 ss.; P. DE CESARI – G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, cit., 195 ss.; L. BOGGIO, *Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giur. it.*, 2018, spec. 271 ss.; P. PIAZZA, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza e le forme di autotutela della controparte in bonis*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 691 ss.

ziamenti nuovi e temporanei nelle procedure di ristrutturazione, attraverso l'attribuzione normativa di «un grado superiore rispetto ai crediti maturati prima della ristrutturazione» nel caso di successiva apertura di una procedura di liquidazione; a potenziare la propria normativa in tema di «*second chance*», estendendone il campo di applicazione a tutte le persone fisiche, compresi i consumatori; a migliorare il trattamento dei lavoratori nella fase di adozione dei piani di ristrutturazione, anche attraverso il loro inserimento in una classe *ad hoc*, distinta da quelle previste per gli altri creditori concorsuali.

La proposta *de qua* – non diversamente dalla Raccomandazione della Commissione europea –, si fonda sull'assunto che la possibilità di una tempestiva e rapida ristrutturazione dell'impresa in crisi sia di vantaggio non solo per quest'ultima, ma anche per i suoi creditori, a tutto vantaggio dell'efficienza del mercato unico europeo (cfr. i *Considerando* II, XI e XII).

Pur non trattandosi di un progetto di disciplina complessiva delle ristrutturazioni (166), il testo si fa promotore dell'adozione, da parte degli ordinamenti giuridici europei, di alcuni principi generali, come quello del c.d. «*early warning*», concernente quel complesso di strumenti tecnici capaci di far emergere tempestivamente un peggioramento delle *performance* dell'impresa prima che queste portino all'insolvenza (art. 3); quello della predisposizione normativa di un “ombrello protettivo” per il debitore rispetto al rischio di azioni esecutive nei confronti del suo patrimonio in costanza di negoziazione ed attuazione del piano di risanamento (art. 6, comma 1); o, ancora, quello dell'intervento dell'autorità giudiziaria (o di quella amministrativa) nel caso in cui il piano di risanamento incida sui diritti dei creditori dell'impresa e preveda la concessione di nuova finanza.

Appuratane la concreta attuabilità, il piano di risanamento economico-finanziario del debitore dovrà rispettare le regole generali del «*best interest of creditors*» e della «*absolute priority rule*»: se, da un lato, i creditori dissenzienti non devono ricevere meno di quanto potrebbero ottenere attraverso la vendita (in blocco od atomistica) del complesso aziendale, dall'altro, la classe dissenziente dei creditori dev'essere sod-

(166) Il ché renderebbe realizzabile gli obiettivi ivi enunciati, non trattandosi appunto di un progetto di armonizzazione complessiva di tutto il diritto fallimentare a livello europeo, allo stato, irrealizzabile: L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, cit., 874.

disfatta completamente prima che una classe di creditori che nella graduazione occupa un grado inferiore possa partecipare alla distribuzione (167).

Con riferimento al tema del finanziamento all'impresa in crisi, va segnalato che la citata proposta, nell'ambito del Titolo II, dedicato ai «Quadri di ristrutturazione preventiva», riserva due specifiche previsioni in materia, sotto il Capo IV, rubricato «Tutela dei nuovi finanziamenti, dei finanziamenti temporanei e delle altre operazioni connesse alla ristrutturazione».

Più specificamente, gli Stati membri sono invitati a provvedere affinché i finanziamenti – sia nuovi che temporanei (168) –, siano «adeguatamente incoraggiati e tutelati», attraverso esenzioni dalle sanzioni della nullità ed annullabilità, «a meno che le operazioni siano state effettuate in modo fraudolento o in malafede»; nonché accordando «ai concessionari di nuovi finanziamenti o di finanziamenti temporanei il diritto di ottenere il pagamento in via prioritaria, nell'ambito di successive procedure di liquidazione», attraverso l'attribuzione della prededucibilità. Ferme restando, ovviamente, le connesse esenzioni dalla responsabilità civile, amministrativa e penale (art. 16).

(167) Su questi aspetti (a ben vedere, perfettamente riconducibili al sistema generale della *par condicio creditorum*), con argomenti critici, L. PANZANI, *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori*, cit., 30-31.

Peraltro, sul tema della *par condicio creditorum*, cfr. G. MONTELLA, *Ristrutturazione preventiva e doveri nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016*, cit., 1120, per il quale, dalla lettura di diverse disposizioni contenute nella Proposta, si intravedrebbe un'ipotesi di *par condicio*, non solo tra i creditori, ma anche tra creditori e debitore. I creditori, cioè potranno sì essere chiamati a subire un sacrificio dei loro crediti, ossia del loro patrimonio, ma tale sacrificio dovrà in qualche modo essere commisurato con quello che per contro subirà l'impresa del debitore, ossia il patrimonio di quest'ultimo». Secondo l'A., in tal senso deporrebbero le discipline di cui agli artt. 9, comma 1; 12, commi 1 e 2; nonché il *Considerando XXVI* e, soprattutto, il *Considerando XXX*, a norma del quale la riduzione dei diritti dei creditori o delle quote dei detentori di strumenti di capitale dev'essere proporzionata ai benefici della ristrutturazione e che tali soggetti abbiano accesso ad un ricorso effettivo: «una prescrizione che, certo, non può essere intesa come assimilazione *tout court* delle rispettive posizioni, ma, a quanto pare, implica pur sempre una certa parità tra creditori e proprietà nell'approfittare dei benefici della ristrutturazione».

(168) All'art. 2, la Proposta recita così: «[a]i fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: [...] (11) «nuovo finanziamento»: qualsiasi nuovo finanziamento, fornito da un creditore esistente o da un nuovo creditore, necessario per attuare il piano di ristrutturazione, ivi concordato e successivamente approvato dall'autorità giudiziaria o amministrativa; (12) «finanziamento temporaneo»: qualsiasi finanziamento, fornito da un creditore esistente o da un nuovo creditore, ragionevolmente e immediatamente necessario affinché l'impresa del debitore continui a operare o sopravviva o mantenga o aumenti il suo valore in attesa dell'omologazione del piano di ristrutturazione».

Quanto alla tutela delle altre operazioni connesse alla ristrutturazione, la proposta invita gli Stati membri a prevedere sistemi normativi di protezione a favore delle operazioni effettuate per agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, specificando, fra l'altro, che le operazioni che beneficiano di tale tutela comprendono: il pagamento degli onorari e degli altri costi (sempreché «ragionevoli») (169), necessitati dalla negoziazione, adozione, omologazione od attuazione del piano di ristrutturazione; il pagamento dei salari dei lavoratori; qualsiasi altro pagamento o spesa necessari e ragionevoli effettuati nell'ambito dell'attività ordinaria; «le operazioni, quali i nuovi crediti, i contributi finanziari o i trasferimenti parziali di attività, effettuate al di fuori dell'attività ordinaria in previsione delle trattative sul piano di ristrutturazione e in loro stretta connessione», eventualmente approvate da un professionista nel campo della ristrutturazione o dall'autorità giudiziaria o amministrativa (art. 17, commi 2 e 3).

Infine, è previsto che gli Stati membri provvedano affinché «qualsiasi operazione, pagamento, conversione in capitale dei debiti, garanzia personale o reale effettuati per agevolare l'attuazione del piano di ristrutturazione omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa o strettamente connessi a tale attuazione non siano dichiarati nulli, annullabili o inopponibili in quanto atti pregiudizievoli per la massa dei creditori nell'ambito di successive procedure di insolvenza», salva la prova dell'intento fraudolento o comunque contrario a buona fede da parte dei loro autori (art. 17, comma 4).

È stato osservato che, a ben vedere, l'aspetto più interessante delle previsioni contenute nella proposta di direttiva risiede proprio nella previsione di una serie di strumenti, spesso diversi tra loro, caratterizzati da efficacia e pervasività crescenti a seconda del livello di tutela richiesto. Pertanto, il debitore verrebbe «messo in condizione di utilizzare la “medicina” o l'insieme di medicine adeguati alla gravità della situazione, che può richiedere da una semplice moratoria a una ristrutturazione dell'intera massa debitoria, suddivisa in classi» (170).

(169) L. BOGGIO, *Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, cit., 272: l'uso assai ricorrente del sostantivo «ragionevole» (e delle sue declinazioni), pare, quantomeno nell'ottica del diritto commerciale, sinonimo di «razionalità economica», e potrebbe comportare una ridefinizione dei termini stessi della *business judgment rule* in situazione di crisi d'impresa. Sulla necessità, ai fini delle esimenti e dei privilegi previsti dalla Proposta, dell'adozione di misure immediate, ragionevoli, e tali da tenere debitamente conto degli interessi dei creditori, anche G. MONTILLA, *Ristrutturazione preventiva e doveri nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016*, cit., 1117.

(170) Così, L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, cit., 875.

Ma lo stesso è a dirsi per quanto concerne la responsabilità degli amministratori di società in crisi, rispetto in capo ai quali la proposta prevede (sulla scorta delle indicazioni dell'UNCITRAL), l'adozione di tutte le cautele atte ad evitare che la crisi in corso degeneri in insolvenza definitiva ed irreversibile, con ricadute negative sui creditori della società, sui lavoratori, sugli azionisti e sugli *stakeholders* (art. 18; *Considerando XXXVI*) (171).

Non potendo soffermarci sulle critiche mosse alla proposta di direttiva europea (si pensi ad es. alla mancata previsione dell'attestazione di un esperto circa la ragionevolezza e la fattibilità del piano di ristrutturazione avanzato dal debitore, con il conseguente rischio, di una compressione dei diritti dei creditori preesistenti, oppure alla previsione, quale presupposto oggettivo delle procedure di ristrutturazione preventiva, di una condizione di «probabilità d'insolvenza» che, nonostante la sua non rilevante gravità, potrebbe giustificare eccessivi sacrifici per i creditori, sulla base della sola volontà della maggioranza, che potrebbe causare una falciatura dei loro crediti e la sospensione delle azioni esecutive) (172), in questa sede interessa confermare come, nella prospettiva della Commissione, il quadro normativo che gli ordinamenti concorsuali europei dovrebbero adottare è quello in cui l'imprenditore sia tenuto ad attivarsi sin dai primi sintomi della propria crisi, con lo scopo di salvare il complesso aziendale ed i livelli occupazionali («*rescue culture*»); oltre a massimizzare la tutela dei diritti e delle aspettative dei creditori dissenzienti o comunque terzi rispetto all'accordo.

In conclusione, è opportuno rimarcare come dalla lettura del testo della Proposta di Direttiva UE emerga la convinzione di dover evitare lo sbocco delle crisi d'impresa in procedure liquidatorie, essendogli preferito il ricorso agli strumenti – giudiziali od extragiudiziali – di salvataggio e ristrutturazione, in modo da favorire le soluzioni economicamente sostenibili e, se del caso, eliminare nel modo più efficace e tempestivo possibile le realtà aziendali che non hanno prospettive di sopravvivenza (173).

(171) Sul tema della gestione prudentiale: L. PANZANI, *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori*, cit., 18 ss.; L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, cit., 877; G. MONTELLA, *Ristrutturazione preventiva e doveri nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016*, cit., 1117-1118.

(172) Su quest'ultimo aspetto, vedi L. PANZANI, *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori*, cit., 12. Per un'analisi critica dell'iniziativa in oggetto, nel suo complesso: H. EIDENMULLER, *Contracting for a European Insolvency Regime*, in *Oxford Legal Studies Research*, n. 28/2017.

(173) P. DE CESARI, *La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi*, cit., 1112.

6. LA PROSPETTIVA DELLA PROPOSTA DI RIFORMA DELLE DISCIPLINE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA (LEGGE-DELEGA, 19 OTTOBRE 2017, N. 155). CENNI AL PREVISTO "CONTENIMENTO" DELLE IPOTESI DI PREDEDUZIONE ED AL "RIORDINO" E "SEMPLIFICAZIONE" DELLE TIPOLOGIE DI FINANZIAMENTO.

Con l'approvazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 (174), ennesima tappa di un percorso lungo quasi tre lustri, si è dato il via ad un intervento sistematico in materia di crisi d'impresa, peraltro in linea con quanto emerso dai già analizzati interventi (normativi e non), a livello europeo (Reg. 2015/848/UE; Racc. 2014/135/UE) (175) ed internazionale.

Com'è noto, la L. n. 155/2017 si è (quasi totalmente) ispirata ai lavori condotti dalla "Commissione Rordorf" (176), la cui proposta di

(174) Legge 19 ottobre 2017, n. 155, «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», in G.U. 30 ottobre 2017, n. 254.

Si tenga conto che, ad oggi, sono ancora in corso i pareri (delle Commissioni parlamentari, di Banca d'Italia, del Consiglio di Stato, *etc.*) sulla proposta di D.Lgs. contenente il «codice della crisi e dell'insolvenza», il quale dovrebbe essere approvato non al più tardi del 13 gennaio 2019, stante la proroga di diritto di 60 giorni sul termine fissato per l'entrata in vigore della legge n. 155 del 2017 (14 novembre 2018) (art. 1, comma 3). Rimane opportuna, in ogni caso, la previsione di un periodo di *vacatio legis* prima dell'entrata in vigore definitiva del codice, così da permettere l'eventuale adozione di un decreto correttivo.

(175) La legge delega si preoccupa altresì di impegnare il Governo ad armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea di Strasburgo, del 3 maggio 1996, ratificata ai sensi della L. 9 febbraio 1999, n. 30, nella Dir. 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008 e nella Dir. 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, così come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

(176) Con decreto del Ministero della Giustizia, il 28 gennaio 2015 è stata nominata una «Commissione per le riforme delle procedure concorsuali», composta da magistrati, docenti universitari e professionisti, presieduta dal presidente della I Sezione Civile della Corte di Cassazione, Renato Rordorf e supportata da un Comitato Scientifico.

Il mandato prevedeva la presentazione, entro il termine del 31 dicembre 2015, di una serie di proposte normative di modifica dell'intero ordinamento concorsuale italiano, ispirate a taluni parametri fissati dal medesimo decreto di nomina (razionalizzazione della legge e la semplificazione dei procedimenti, incentivazione del concordato preventivo in continuità aziendale, quale strumento diretto alla conservazione dell'impresa e posto a salvaguardia dei livelli occupazionali, individuazione di misure idonee ad incentivare l'emersione della crisi, semplificazione e la razionalizzazione delle disposizioni in tema di trattamento dei creditori privilegiati e della disciplina della divisione dei creditori in classi, armonizzazione delle disposizioni sui finanziamenti e sui crediti prededucibili, *etc.*).

A conclusione dei suoi lavori, la Commissione ha predisposto uno schema di disegno di legge recante «Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», in www.osservatorio-oci.org, composto da 15 articoli relativi ai seguenti profili di disciplina: gruppi di imprese; procedure di allerta e mediazione; accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento;

riforma del sistema concorsuale è stata concepita sulla base di almeno tre fondamentali linee d'intervento o macro-obiettivi: l'ammodernamento delle procedure concorsuali (in particolar modo di quella fallimentare), attraverso il definitivo superamento dell'impianto normativo della legge fallimentare del '42, da sostituire con un «codice» in cui far confluire quasi tutta la materia della crisi d'impresa (177); la sistemazione organica della disciplina concorsuale attraverso un ripensamento, sistematico e coerente, dell'intero sistema normativo, non più rinviabile dopo anni di interventi di modifica, spesso poco coerenti ed introdotti con la tecnica della decretazione d'urgenza; l'espunzione di quelle lacune normative, fattore di ostacolo ad un efficiente funzionamento del sistema concorsuale ed elemento dissuasivo per eventuali investimenti di capitale (in particolare, si è messo l'accento sulle lungaggini dei tempi della procedura e sull'assenza di un sistema di «allerta e prevenzione» della crisi d'impresa).

procedura di concordato preventivo; procedura di liquidazione giudiziale; esdebitazione; procedure di sovraindebitamento; privilegi; garanzie non possessorie; rapporti tra liquidazione giudiziale e misure penali; modifiche al codice civile; liquidazione coatta amministrativa; amministrazione straordinaria. Quanto alle novità ivi previste, vedi: G. TERRANOVA, *La crisi d'impresa in un'economia finanziaria*, in *Apertacontrada.it*, 23 giugno 2018, 1 ss.; A. BLANDINI, *Spigolature sulla bozza di riforma del diritto fallimentare della commissione Rordorf*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, 629 ss.; AA. VV., *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?* [Atti del Convegno, Università di Roma "La Sapienza", 13 maggio 2016], in *Giur. comm.*, 2016, II, 915 ss.

(177) L'originario disegno di legge prevedeva (coerentemente con le indicazioni provenienti dalla Commissione Rordorf) l'inclusione nel nuovo codice della crisi d'impresa anche della riformata disciplina dell'amministrazione straordinaria (art. 15). La disposizione del Disegno di legge n. 3671 è stata però stralciata, a seguito della delibera dell'Assemblea del 18 maggio 2016. Di conseguenza, il Disegno di legge n. 3671-bis, presentato al Parlamento dal Ministro della Giustizia di concerto con quello dello Sviluppo economico, ha perso l'originaria denominazione di «Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza» (testo pubblicato in *Fall.*, 2016, 253 ss., con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*), sostituita con quella meno ambiziosa di «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza».

Da un altro angolo visuale, vedi il contributo di G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, I, 517 ss., nel quale segnala criticamente l'occasione perduta d'inserire una speciale procedura concorsuale per le società a partecipazione pubblica esercenti pubblici servizi, in modo da «assicurare un ragionevole punto di equilibrio tra l'interesse privatistico dei creditori e l'interesse pubblico alla gestione del pubblico servizio». Per vero, detta scelta legislativa si pone in linea con quanto previsto dall'art. 14 del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (T.U. in materia di società a partecipazione pubblica).

In linea con i recenti sviluppi della materia concorsuale, uno dei punti focali della summenzionata legge di delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza (178), risiede sicuramente nella tutela della continuità aziendale dell'impresa, ancorché in crisi; per quanto, detto *favor*, si configuri in maniera differente da quanto originariamente previsto dal testo licenziato dalla Commissione Rordorf, in cui la continuità aziendale era elevata a vero e proprio «valore-fine» (179).

Tra i principi generali, infatti, figura quello preordinato a «dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'adeguata soluzione alternativa» (art. 2, comma 1, lett. g).

Peraltro, la volontà di una netta cesura rispetto al passato emerge già a livello lessicale, come dimostra, con nettezza, la scelta di espungere i termini «fallimento», «fallito», *et similia* dal testo della legge

(178) Tra i commenti della dottrina, cfr.: M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, cit., 256 ss.; L. BALESTRA, *La recente legge delega di riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2017, 1477 ss.; G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 517 ss.; G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 517 ss.; A. ROSSI, *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa: una prima lettura*, in *Società*, 2017, 1375 ss.; G. LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Fall.*, 2017, 1253 ss.; M. FABIANI, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, *ivi*, 1262 ss.; F. LAMANNA, *La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione*, in *IlFallimentarista.it*, 23 ottobre 2017, 1 ss.; E. PAGANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento attesi nella delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dir. banc.*, 7 novembre 2017, 1 ss.; S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 1291 ss.; L. JEANTET, *Le principali novità della legge delega di riforma della crisi d'impresa*, *ivi*, 20 dicembre 2017; AA. VV., *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*, a cura di M. Arato e G. Domenichini, Milano, 2017; F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Milano, 2018; A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Disciplina delle crisi dell'impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l'esperienza italiana*, in *IlCaso.it*, II, 1° novembre 2018, 1 ss.

(179) S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega*, cit., 1303, il quale osserva come la tutela dei creditori sia, in ultima analisi, «la finalità principale delle procedure di insolvenza, la “stella polare” dell'ordinamento concorsuale anche quando venga perseguito l'obiettivo della conservazione dell'impresa che, viceversa, ancora non assume al rango di bene in sé da tutelare», che continua a restare, pertanto, un «valore-mezzo».

(180), per sostituirli con l'espressione «liquidazione giudiziale» che, scevra da qualsiasi condizionamento di tipo valoriale, pone opportunamente la attenzione sull'aspetto procedurale della vicenda fallimentare, allontanando dal suo protagonista lo stigma morale ed il disvalore sociale insiti nella tradizionale impostazione lessicale; fermo il disposto dell'art. 2, comma 1, lett. a) della legge-delega che, pur contemplando l'adeguamento terminologico anche con riferimento alle disposizioni penali, fa salva la continuità nelle fattispecie criminose (181).

Come è noto, uno degli aspetti più rilevanti (182) emersi dallo schema di riforma approntato dalla Commissione Rordorf e dalla successiva legge n. 155/2017 (183) è quello della prevista introduzione di

(180) Sul punto, si veda la comunicazione della Commissione europea, COM (2007) 584 del 5 ottobre 2007, «Superare la stigmatizzazione del fallimento aziendale – per una politica della seconda possibilità», in *www.eur-lex.europa.eu*, che ebbe modo di rilevare come, sotto l'aspetto della prevenzione dell'insolvenza, proprio la stigmatizzazione del fallimento e del suo “protagonista” costituiscono, di fatto, uno dei principali motivi per cui gli imprenditori tendono a nascondere (e quindi a ritardare) l'emersione della propria crisi.

Ma cfr. anche l'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale del Trib. Vicenza, 13 giugno 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, 214 ss., nota di F. CORSI, *Lo chiameremo diversamente imprenditore?*, nella quale si osservava come, nonostante gli interventi di ammodernamento della legge fallimentare del '42 (*in primis*, l'abolizione del pubblico registro dei falliti, *ex art.* 50 l. fall.), si continuasse ad attribuire con sentenza la qualifica di «fallito», colpendo l'imprenditore dichiarato tale con una ingiusta *demitutio* lessicale e sociale, meritevole di censura da parte del Giudice delle leggi, attraverso un intervento «manipolativo-additivo».

(181) Sul punto, si rinvia alle osservazioni di: S. AMBROSINI, *Lo stigma morale va in archivio*, in *IlSole24Ore*, 12 ottobre 2017; L. BALESTRA, *La recente legge delega di riforma*, cit., 1477-1478; S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma*, cit., 1296; A. BENOCCI, *Dal fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o make-up di regolamentazione?*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 759 ss.; nonché G. BERTOLOTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi*, Torino, 2017, 13, il quale sottolinea «la diffusa e incontrastata tendenza all'adozione di una terminologia politicamente corretta», anche se la «indiscussa e generalizzata visione buonista della impresa fallita e del suo titolare, in reazione al sistema previgente e alla concezione afflittiva del fallimento, non può e non deve porre in secondo piano (come in effetti accade da alcuni anni a questa parte) la circostanza che si tratta di una impresa che è uscita dal mercato, ha perso la gara, è stata sconfitta da altri competitori».

(182) Non potendo dar conto, in questa sede, di tutte le previste novità legislative contenute nella legge delega n. 155/2017, oltre all'introduzione delle misure di allerta e prevenzione, tra i profili di maggior interesse, si segnalano: la facilitazione nell'accesso a piani attestati e accordi di ristrutturazione; la semplificazione regole processuali, alla revisione della disciplina dei privilegi; la sostituzione della liquidazione giudiziale alla procedura fallimentare; la disciplina specifica per la crisi dei gruppi; la rivisitazione della disciplina del concordato preventivo; alla sostanziale eliminazione come procedura concorsuale della liquidazione coatta amministrativa; la c.d. «esdebitazione di diritto»; la modifica alla disciplina del sovraindebitamento.

(183) Fra l'altro, si segnala che in data 22 dicembre 2017 sono stati consegnati dal presidente della Commissione ministeriale al Ministro della Giustizia gli schemi di due decreti legislativi integranti l'attuazione della L. n. 155/2017. I testi delle due “bozze” (quasi del tutto ricalcati dallo schema di decreto legislativo trasmesso all'esame del Consiglio dei ministri), sono pubblicati in *www.osservatorio-oci.org*.

«procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori» (art. 4, comma 1) (184).

In particolare, è prevista l'istituzione presso ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di un organismo, composto da almeno tre professionisti indipendenti iscritti nell'apposito albo presso il Ministero della giustizia (185), che assista il debitore nella

(184) Sul tema, più volte analizzato dalla dottrina, cfr.: A. PELLEGATTA, *Prevenzione della crisi d'impresa e procedure di allerta*, in *Judicium*, 2 luglio 2013, 1 ss.; ID., *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita*, *ivi*, 8 marzo 2017, 1 ss.; M. SANDULLI, *Il tempo è denaro (anche nelle procedure concorsuali)*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, vol. III, 2761 ss.; A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emergingin solvency)*, in *Juscivile.it*, 2014, 2, 54 ss.; M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fall.*, 2016, 1032 ss.; R. GUIDOTTI, *Emersione della crisi e opportunità di risanamento*, in *Il-Caso.it*, II, 24 novembre 2016, 1 ss.; M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1021 ss.; G. TERRANOVA, *Il fattore "tempo" nelle procedure concorsuali: a proposito del progetto di riforma della Commissione Rordorf*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 941 ss.; S. DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 751 ss.; ID., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, *passim*; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, I, 311 ss.; G.A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 1038 ss.; A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in AA. VV., *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, a cura di M. Arato e G. Domenichini, Milano, 2017, 55 ss.; L. PANZANI, *Le procedure di allerta e conciliazione*, *ivi*, 65 ss.; G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, *ivi*, 77 ss.; L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, in *www.rivistaodc.eu*; R. TAROLLI, *Prevenire è meglio che curare: allerta ed incentivi all'emersione anticipata della crisi*, in *IlFallimentarista.it*, 5 gennaio 2018; R. RANALLI, *Gli indicatori di allerta nel testo del disegno di legge delega della riforma fallimentare approvato dalla Camera; esame critico; rischi per il sistema delle imprese*, in *IlCaso.it*, II/934, 14 febbraio 2017, 1 ss.; ID., *Il successo della riforma dipende dall'OCRI: un accorato suggerimento al legislatore*, *ivi*, 4 dicembre 2018, 1 ss.; P. RINALDI, *Credito deteriorato ed early warnings previsti dalla legge delega*, in *IlFallimentarista.it*, 10 gennaio 2018; A. DANOVÌ - P. RIVA, *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, in *IlFallimentarista.it*, 20 agosto 2018, 1 ss.; U. APICE, *Il codice della crisi e dell'insolvenza: ovvero prove tecniche di requiem*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 654 ss.; E. BRODI, *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessione sul disegno di un efficiente «sistema di allerta e composizione»*, in *Questioni econ. finanza. Banca d'Italia*, n. 440, giugno 2018, 5 ss.; G. RUSSOTTO, *Emersione anticipata della crisi: è poi così necessario l'art. 13?*, in *IlCaso.it*, II, 4 dicembre 2018, 1 ss.

(185) Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. o, è prevista l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, di «un albo dei soggetti, costituiti anche in forma associata o societaria, destinati a svolgere, su incarico del tribunale, funzioni di gestione o di controllo nell'ambito delle procedure concorsuali, con indicazione dei requisiti di professionalità, indipendenza ed esperienza necessari per l'iscrizione». Orbene, ex art. 4, comma 1, lett. b), dei suddetti tre esperti iscritti nell'albo presso il Ministero della

procedura di composizione assistita della crisi ed a cui sia attribuita, su istanza del debitore, la competenza ad addivenire a una soluzione della crisi concordata con i suoi creditori, entro un «congruo termine» comunque non superiore ai sei mesi. Pur non essendo la sede per trattare dei diversi profili interessati dall'introduzione di una siffatta procedura (artt. 12-25 cod. crisi ins.) (186), occorre altresì ricordare come

giustizia, uno è designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente per il luogo in cui l'imprenditore ha sede, l'altro è designato dalla stessa camera di commercio e l'ultimo è scelto dalle associazioni di categoria.

(186) In questa sede, ci limitiamo ad accennare ai soli presupposti soggettivo ed oggettivo delle procedure in oggetto. Ai sensi dell'art. 12 cod. crisi ins., è previsto che rientrino nella categoria degli strumenti di allerta sia gli obblighi di segnalazione degli indizi di crisi posti a carico di alcuni soggetti qualificati, sia gli obblighi organizzativi posti dal codice civile a carico dell'imprenditore, in quanto entrambi concorrono al perseguimento dell'obiettivo di una precoce rilevazione della crisi dell'impresa, in vista della tempestiva adozione delle misure idonee a superarla o regolarla. Ferma restando la prescritta natura discrezionale e confidenziale del procedimento di composizione assistita della crisi, a cui il debitore può accedere anche prima dell'attivazione della fase dell'allerta; la quale, fra l'altro, non è causa di scioglimento dei contratti pendenti anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti concessi e che sono inefficaci patti contrari (comma 3). Conformemente a quanto disposto dalla legge delega, la summenzionata disposizione limita il presupposto soggettivo di accesso alla procedura *de qua* ai soli debitori che svolgono attività imprenditoriale, con esclusione delle grandi imprese, gruppi di imprese di rilevante dimensione e società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante; mentre per le imprese sottoposte a liquidazione coatta amministrativa, il relativo procedimento di allerta e composizione assistita della crisi risulta dal combinato disposto degli artt. 12, comma 6 e 316, comma 1, lett. a, b, cod. crisi ins. Infine, l'applicabilità degli strumenti di allerta e prevenzione alle imprese agricole ed alle imprese c.dd. «minori», seppur compatibilmente con la loro struttura organizzativa, è giustificata dal legislatore sulla base delle indicazioni provenienti dal legislatore europeo (cfr. art. 3, par. 3, della recente Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 novembre 2016, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti); e comunque non incide sulla persistente competenza dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC) con riguardo alla successiva (ed eventuale) fase di composizione assistita della crisi.

All'art. 13 cod. crisi ins., sono disciplinati i c.dd. «indicatori della crisi», ossia: «gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. Sono indicatori significativi, a questi fini, il rapporto tra flusso di cassa e attivo, tra patrimonio netto e passivo, tra oneri finanziari e ricavi. Costituiscono altresì indicatori di crisi reiterati e significativi ritardi nei pagamenti, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24» (comma 1). È attribuito al CNDCEC il compito di elaborare (con cadenza triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T. e previa approvazione da parte del Ministero dello Sviluppo Economico), appositi indici economici che consentano di rilevare in modo più agevole, omogeneo ed obiettivo segnali che, unitariamente considerati, fanno

a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e delle società di revisione sia previsto l'obbligo «di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi», e che, in caso di «omessa e inadeguata risposta» da parte di quest'ultimo, gli stessi organi di controllo della società dovranno «informare direttamente il competente organismo di composizione della crisi» (art. 4, comma 1, lett. c).

È evidente come la norma intenda apportare un sostanziale cambiamento nelle attività del collegio sindacale e del revisore contabile, incentrandone l'azione su comportamenti preventivi, al fine di incentivare l'emersione anticipata della crisi ed agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori. Pertanto, tali organi dovranno di fatto monitorare l'andamento dell'impresa in un'ottica prospettica, prima ancora che economica, patrimoniale e finanziaria, essendo richiesta una vigilanza finalizzata alla preventiva individuazione di quei fondati indizi capaci di determinare una crisi ed una probabile insolvenza (187).

Per quanto qui interessa, non possiamo che richiamare quanto già detto in merito al mutato modo di intendere i fenomeni della crisi e della insolvenza d'impresa, normati in senso recuperatorio piuttosto che liquidatorio: da quest'angolo visuale, si è manifestata pertanto la necessità di approntare nuovi strumenti in grado di far emergere le difficoltà in tempi utili per realizzare detto recupero, individuandosi, nello stato di crisi, il risultato di un progressivo degrado del tessuto economico e produttivo, prima ancora che finanziario, dell'impresa.

In altri termini, l'obiettivo di una efficiente regolamentazione normativa dell'insolvenza imprenditoriale non può che essere quello di evitare che quel percorso degenerativo conduca ad un punto di non ri-

ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa (comma 2). All'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati dal CNDCEC, è riconosciuta la facoltà di specificare le ragioni del suddetto dissenso «nella nota integrativa al bilancio di esercizio», con indicazione degli «indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi», con effetti prodotti a far data dall'esercizio successivo. A tal riguardo, è altresì prevista l'attestazione di un professionista (allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio di cui costituisce parte integrante), circa «l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa» (comma 3).

(187) Le norme codicistiche dettate in materia di competenza e doveri del collegio sindacale (artt. 2403-2409 c.c.) e del revisore legale (artt. 2409 *bis* - 2409 *septies*, c.c.), non contengono particolari indicazioni nel caso in cui la società versi in uno stato di crisi; dovendosi più che altro fare riferimento a fonti non normative, come le norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, emanate dal Cndcec il 5 marzo 2015; oltre al principio di revisione internazionale Isa 570 (continuità aziendale) in vigore dal gennaio 2015.

torno, rendendo sostanzialmente teorica qualsiasi ipotesi di salvataggio: in misura maggiore rispetto agli altri eventi economici, il «fattore tempo» viene ad acquisire una rilevanza particolarmente significativa proprio nelle vicende della crisi d'impresa. Si è pertanto suggerito al legislatore di congegnare un sistema di procedure concorsuali o «para-concorsuali» al quale l'imprenditore sia incentivato a ricorrere, grazie ad un'impostazione il più possibile «amichevole» (nel senso della stragiudizialità e della confidenzialità) ed attenta a non esporre debitore al rischio insito nella pubblicità del suo stato di crisi.

Rispetto ai temi analizzati in questa sede, il legislatore delegante – pur nell'ottica di un generale *favor* all'accesso al credito (*in primis*, bancario) (188) da parte dell'impresa in stato di crisi –, ha voluto porre l'accento sulla necessità di dare maggiore coerenza ad una disciplina il cui impianto ha conosciuto continue modifiche, spesso estemporanee e tra di loro mal coordinate; nonché di procedere al contestuale «riordino» della disciplina dei privilegi, da realizzare nella prospettiva di una generale semplificazione della materia (così, l'art. 10 della legge n. 155/2017) (189).

Come si avrà modo di precisare meglio nell'ultimo capitolo, vi sono diversi profili di incertezza non solo con riferimento al coordinamento tra le diverse previsioni normative in materia di finanziamento all'impresa in crisi, ma anche rispetto al perimetro applicativo del principio generale *ex art. 111, comma 2, 1. fall.*, a norma del quale sono considerati prededucibili quei crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali».

Dalla lettura della legge di delega n. 155/2017 emerge la necessità di ridisegnare l'attuale sistema della finanza della crisi d'impresa, in particolare prevedendone: il «riordino e la semplificazione» quanto alle diverse tipologie di finanziamento e «riconoscendo stabilità alla prededuzione dei finanziamenti autorizzati dal giudice» (art. 6, comma 1, lett. o); il contenimento delle diverse ipotesi ai fini della prededuzione, con prevedibile riduzione del costo generale della procedura concorsuale (art. 2, co. 1, lett. l); la riformulazione di quelle disposizioni di

(188) A proposito della prospettiva bancaria rispetto alle norme nello schema di codice della crisi e dell'insolvenza, cfr. le osservazioni fatte dalla Banca d'Italia nella sua Memoria indirizzata alla II Commissione del Senato della Repubblica (26 novembre 2018), in *www.diritto bancario.it*.

(189) G. FICHERA, *Riforma della crisi d'impresa: il riordino dei privilegi e le garanzie non possessorie*, in *Quot. giur.*, 23 novembre 2017; F. MACARIO, *La tutela del creditore garantito nell'evoluzione della disciplina sull'insolvenza e sulla crisi d'impresa*, in *Contr.*, 2018, 129 ss.: nonostante l'apparente chiarezza della previsione *ex art. 2741, comma 2, c.c.*, la categoria delle cause legittime di prelazione si è dovuta confrontare con una vera e propria «proliferazione dei privilegi».

legge oggetto di diversi «contrasti interpretativi» in sede giurisprudenziale (art. 2, comma 1, lett. m).

I principi generali a cui il legislatore delegato deve attenersi sembrano tener conto delle criticità da tempo sollevate in dottrina e giurisprudenza sul tema del sostegno finanziario all'impresa in crisi (*rectius*: della prededucibilità dei relativi crediti) (190): si pensi, ad esempio, all'individuazione delle fattispecie rientranti nel perimetro della «occasionalità» ex art. 111, comma 2, 1. fall., al difficile coordinamento tra il principio di prededucibilità dei crediti sorti in occasione od in funzione di una procedura concorsuale e le diverse disposizioni di legge che, pur operando nell'ambito di una procedura concorsuale, attribuiscono detta prededucibilità sulla base di presupposti differenti dalla «funzionalità» o dalla «occasionalità» del credito. O ancora, si consideri l'incerta portata del disposto ex art. 182-*quater*, comma 1, 1. fall., a norma del quale sono prededucibili i crediti sorti da finanziamento effettuato, in qualsiasi forma, in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti (191).

In altri termini, in conseguenza di una continua e parziale modifica legislativa della disciplina, non sono mancate voci a tal punto critiche da convincersi della preferibilità di abbandonare del tutto l'istituto

(190) Ai sensi dell'art. 6 cod. crisi ins. è contemplato il contenimento dei costi delle procedure e dunque delle ipotesi di prededuazione, specie dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure, compromettendo gli stessi obiettivi di salvaguardia della continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori. Più in particolare, l'art. 6, comma 1, lett. c, d, prevede che, fermo restando l'elevato grado di privilegio di cui restano comunque muniti i crediti professionali sorti in funzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo, la prededuazione spetta solo nei limiti del 75% dell'ammontare del credito, sempre a condizione, rispettivamente, che l'accordo sia omologato o che la procedura di concordato sia aperta (comma 1, lett. b). Inoltre, al fine di incentivare e valorizzare le procedure di allerta e composizione assistita della crisi, l'art. 6, comma 1, lett. a, cod. crisi ins., esenta dalla suddetta limitazione i crediti per spese e compensi degli OCC e degli OCRI, mentre il comma 3 della medesima disposizione esclude la prededucibilità dei «crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI».

(191) Per una riflessione sulle attuali difficoltà interpretative ed applicative in materia di prededuazione dei crediti sorti da finanziamenti concessi all'impresa in crisi e sulla prospettiva di riordino e semplificazione adottata dalla legge n. 155/2017, si rinvia alle riflessioni di: S. BONFATI, *I presupposti e gli effetti del sostegno finanziario alle imprese in crisi. Uno sguardo d'insieme*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 1 ss.; G. FALCONE, *I finanziamenti "in esecuzione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti: continuità ed innovazioni nel "Codice della crisi e dell'insolvenza"*, *ibidem*, 57, 2018, 1 ss.; S. FORTUNATO, *Considerazioni sul finanziamento alle imprese in crisi*, cit., 596 (: pur essendo necessario un intervento di riordino della disciplina, rimane comunque opportuno non abbandonare la generale logica incentivante degli ultimi interventi normativi).

della revocatoria fallimentare, individuando la tutela della pregiudizialità degli atti esclusivamente nell'ambito della revocatoria ordinaria (artt. 2901 ss. c.c.) (192). D'altra parte, tra i principi generali fissati dal legislatore, un importante ruolo è stato attribuito a quello di «economicità» delle procedure concorsuali, al fine di evitare la lievitazione dei costi e l'eccessiva espansione dell'area della prededucibilità, in modo da perseguire in maniera più efficiente il maggior soddisfacimento possibile dei creditori concorsuali, fermo restando il *favor* verso la continuità aziendale dell'impresa in crisi.

Infine, quanto alle modifiche delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, è necessario sinteticamente richiamare gli incentivi agli strumenti della risoluzione stragiudiziale della crisi d'impresa, ferma la recessività del concordato preventivo con piano di liquidazione. Trattasi della prevista «rivitalizzazione» (193), ai fini di un «proficuo utilizzo nella prassi» dei *turnaround* degli attuali istituti degli accordi di ristrutturazione dei debiti, *ex* artt. 182-*bis* e 182-*septies*, 1. fall., dei piani attestati di risanamento (art. 67, comma 3, lett. d, 1. fall.) e delle convenzioni di moratoria, di cui all'art. 182-*septies* comma 5, 1. fall.

7. LA “RIVITALIZZAZIONE”, AI FINI DI UN “PROFICUO UTILIZZO NELLA PRASSI” DEI *TURNAROUND*, DEI PIANI ATTESTATI DI RISANAMENTO, DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E DELLA CONVENZIONE DI MORATORIA.

Nel descrivere le previste novità legislative in materia di strumenti “paraconcorsuali” di soluzione della crisi d'impresa, sembra preferibile principiare dalla convenzione di moratoria, stante il suo profilo di mezzo prodromico alla negoziazione della convenzione bancaria di salvataggio, per poi analizzare i restanti percorsi di ristrutturazione e di recupero dell'impresa previsti dall'ordinamento concorsuale.

A ben vedere, a parte l'istituto del piano di risanamento attestato (art. 67, comma 3, lett. d, 1. fall.), sembra emergere l'intenzione legislativa di ridurre i profili negoziali degli accordi di ristrutturazione del de-

(192) Provocatoriamente, così: G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, cit., 7.

(193) Così, la Relazione allo schema di decreto legislativo contenente il codice della crisi e dell'insolvenza: nella «fase stragiudiziale si collocano gli istituti dei piani attestati di risanamento e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, già presenti nella normativa vigente, che la riforma va a modificare ed integrare. Si tratta di istituti recenti, ma già ormai ben radicati nel panorama del diritto della crisi d'impresa, che necessitano sicuramente di una rivitalizzazione, perché se ne possa apprezzare in maniera più evidente il proficuo utilizzo nella prassi».

bito, avvicinandoli in qualche modo all'istituto del concordato preventivo, in particolar modo attraverso una maggiore valorizzazione del principio di maggioranza quale modalità di incontro delle volontà del debitore con i suoi creditori ed il superamento del presupposto soggettivo *ex latere creditoris* attualmente previsto dalla normativa degli accordi con gli intermediari bancari e finanziari e di convenzione di moratoria; nonché attraverso la modifica alla disciplina delle c.dd. «misure protettive», dirette a superare la complessità del meccanismo attualmente previsto dall'art. 182-*bis* e la limitazione dell'estensione degli effetti dell'accordo della società ai suoi soci illimitatamente responsabili, applicandole le medesime condizioni previste dalla disciplina del concordato preventivo (cfr. art. 5, comma 1, lett. a-d, della legge n. 155/2017).

Orbene, quanto all'istituto della convenzione di moratoria (art. 182-septies, comma 5), è previsto che la convenzione conclusa tra un imprenditore (commerciale o no) ed i suoi creditori, che sia «diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi» ed abbia ad oggetto «la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito», abbia efficacia «anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria», in deroga a quanto previsto dal codice civile agli artt. 1372 e 1411 c.c. (art. 62, comma 1, cod. crisi ins.). In altri termini, sulla base di quanto prescritto dalla legge delega n. 155/2017 (art. 5, comma 1, lett. a), verrebbe esteso l'ambito applicativo dell'istituto anche ai creditori non rientranti nella categoria delle banche o degli intermediari finanziari. d'altra parte, quanto ai requisiti prescritti, viene confermata la soglia del 75% dei creditori aderenti appartenenti alla medesima classe, la necessità che tutti i creditori appartenenti alla classe siano stati debitamente e compiutamente informati e siano stati messi in condizione di partecipare in buona fede alle trattative, mentre è stato precisato che gli effetti della moratoria possono essere estesi ai non aderenti soltanto ove essi risultino soddisfatti in misura superiore rispetto alla liquidazione giudiziale, così come risultante dall'apposita attestazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la ricorrenza delle condizioni previste *ex lege* in merito al livello di soddisfacimento dei creditori non aderenti (comma 2).

Dopo aver confermato i già previsti limiti dell'estensione degli effetti della convenzione ai creditori della medesima classe non aderenti (comma 3), la emananda disposizione concorsuale disciplina il con-

nesso procedimento: la comunicazione della moratoria, insieme alla relazione del professionista, ai creditori non aderenti e l'opposizione avverso la stessa, proponibile entro trenta giorni dalla comunicazione, sulla quale decide il tribunale con sentenza avverso la quale è proponibile reclamo dinanzi alla competente corte d'appello nei termini e nella modalità di cui all'art. 50 cod. crisi ins.

Dalla lettura dell'unica disposizione di legge dedicata agli accordi in esecuzione dei piani di risanamento (art. 56 cod. crisi ins.), si riconosce all'imprenditore (commerciale e non) la facoltà di «predisporre un piano, rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento» della propria esposizione debitoria, nonché ad assicurare il riequilibrio della propria situazione finanziaria. Conformemente a dette finalità, il piano di risanamento – peraltro inserito dall'emanando codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza proprio tra gli strumenti negoziali stragiudiziali di fuoriuscita dalla crisi (194) – dovrà avere data certa ed essere accompagnato sia dalla relazione di un professionista indipendente che ne attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità giuridica ed economica che da una serie di allegazioni documentali prescritte *ex lege* (195), oltre ad indicare specificamente: *a)* la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; *b)* le principali cause della crisi; *c)* le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; *d)* i creditori e dell'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative; *e)* gli apporti di finanza nuova; *f)* i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli

(194) La Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo contenente il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sottolinea la volontà del legislatore di «modificare» ed «integrare» gli istituti della fase stragiudiziale dei piani attestati di risanamento e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che, benché introdotti relativamente da poco nel sistema concorsuale nazionale, risultano ormai ben radicati nel panorama del diritto della crisi d'impresa. Pertanto, nella prospettiva della riforma, «detti istituti che necessitano sicuramente di una rivitalizzazione, perché se ne possa apprezzare in maniera più evidente il proficuo utilizzo nella prassi» [pag. 8].

(195) La norma fa espresso rinvio all'art. 39 cod. crisi ins., rubricato «Obblighi del debitore che chiede l'accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza», che fa riferimento alle scritture contabili e fiscali obbligatorie, alle dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti (ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata), ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, alla relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata; nonché, anche in formato digitale: allo stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, all'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso, all'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, all'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi.

strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto. Infine, al pari di quanto ad oggi previsto dal R.d. n. 267/1942, il piano potrà essere pubblicato, a richiesta del debitore, nel registro delle imprese, mentre gli atti unilaterali ed i contratti stipulati in esecuzione del piano medesimo dovranno avere data certa ed essere provati per iscritto.

Per quanto la disciplina del piano attestato di risanamento (196), così come prefigurata nella proposta del nuovo codice della crisi d'impresa, non si discosti molto da quella attuale, non convince la limitazione ivi prevista circa i destinatari della proposta stessa, che nella prospettiva del legislatore della riforma sono individuati nei soli creditori preesistenti dell'impresa, elemento che sicuramente contrasta con la connaturata flessibilità dello strumento in questione, che sarebbe opportuno conservare anche nel rinnovato quadro normativo (197).

Con l'espressa finalità di rendere «più duttili e meglio fruibili» gli accordi di ristrutturazione dei debiti (198), il legislatore delegato ha previsto talune agevolazioni al momento dell'accesso a detto strumento

(196) Oltre alla nuova fattispecie ex art. 56 cod. crisi ins, il piano attestato di risanamento è più volte richiamato dal(lo schema del) codice: art. 4 (in materia di doveri di informazione, correttezza e buona fede cui devono essere improntate le condotte tanto del debitore quanto dei creditori che ricorrano a strumenti di regolazione della crisi); art. 166, comma 3, lett. d (sul beneficio dell'esenzione dall'azione revocatoria [fallimentare ed ordinaria] per gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato, salvo i casi di dolo o colpa grave dell'attestatore o del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia); art. 284, comma 5 (a norma del quale, nel caso di soluzioni negoziali alla crisi del gruppo di imprese, il piano unitario, rivolto ai rispettivi creditori, avente il contenuto indicato nell'articolo 56, comma 2 cod. crisi ins., deve essere idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa e ad assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna); art. 324 (in materia di esenzioni dai reati di bancarotta); art. 342 (applicabile nell'eventualità di false attestazioni e relazioni da parte del professionista).

(197) Per un quadro generale delle novità previste in materia: A. AIELLO – A. AURICCHIO – G. COVINO – L. JEANTET, *Il piano attestato di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti nella riforma del diritto concorsuale*, in *Riv. dir. banc.*, 8 ottobre 2018, 1 ss. Quanto ai profili critici accennati nel testo, si rinvia alle riflessioni di S. BONFATTI, *Le nuove procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. banc.*, 26 settembre 2018, 3, il quale (seppur in riferimento alla bozza di codice presentata dalla "Commissione Rordorf", ma poi trasmessa, sul punto, dallo schema trasmesso al Consiglio dei ministri per il relativo esame), lamenta altresì la mancata occasione per chiarire a livello normativo il delicato e controverso rapporto tra l'esenzione dall'azione revocatoria dei pagamenti, atti, garanzie *etc.* effettuati in esecuzione del piano di risanamento e la prededuzione dei crediti sorti in occasione od in funzione di una procedura concorsuale.

(198) In tal senso, cfr. la Relazione illustrativa allo «Schema di decreto legislativo recante Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19

concorsuale, attraverso la previsione dei c.dd. «accordi agevolati» (art. 60 cod. crisi ins.) (199) e quella della possibilità di estenderne l'efficacia anche a creditori non aderenti, purché appartenenti a categorie omogenee – similmente a quanto attualmente previsto dall'art. 182-*septies* l. fall per gli accordi con i creditori bancari e finanziari e ferma in ogni caso l'eventuale opposizione all'omologazione –, ed a fronte sia del consenso qualificato degli altri creditori (pari ad almeno il 75% dei crediti della singola categoria), sia della prevista prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Orbene, ai sensi dell'art. 57 cod. crisi ins., gli accordi di ristrutturazione dei debiti, che sono conclusi dall'imprenditore (diverso dal c.d. «imprenditore minore», cioè quello sottoposto alla procedura di sovraindebitamento, *ex art.* 65 cod. crisi ins.) con i creditori che rappresentano almeno il 60% del suo indebitamento complessivo, «devono contenere l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione» (200); piano al quale va altresì allegata una serie di documenti normativamente prevista dall'art. 39 cod. crisi ins., in materia di obblighi del debitore in sede di accesso alla procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza (scritture contabili e fiscali

ottobre 2017 n. 155», *sub* «Piani attestati di risanamento ed accordi di ristrutturazione. Parte Prima. Titolo IV. Capo I. Sezioni I e II», in *www.dirittobancario.it*.

(199) L'art. 60 cod. crisi ins., in attuazione dell'art. 5, comma 1, lett. b, L. n. 155/2017 (: «[n]ell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, al fine di incentivare gli accordi di ristrutturazione dei debiti, i piani attestati di risanamento e le convenzioni di moratoria nonché i relativi effetti, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] *b*) eliminare o ridurre il limite del 60 per cento dei crediti previsto nell'articolo 182-*bis* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ove il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, di cui al primo comma del citato articolo 182-*bis*, né richieda le misure protettive previste dal sesto comma del medesimo articolo»), introduce una nuova forma di accordi di ristrutturazione, definiti appunto «agevolati», perché possono essere stipulati con creditori che rappresentino almeno il 30% dei crediti, a condizione che il debitore ricorrente: non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei; non richieda (ovvero rinunci a chiedere) misure protettive temporanee.

(200) Ai sensi dell'art. 56 cod. crisi ins., «[l]'imprenditore, anche non commerciale, può predisporre un piano, rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria. [2]. Il piano deve avere data certa e deve indicare: *a*) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; *b*) le principali cause della crisi; *c*) le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; *d*) i creditori e dell'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative; *e*) gli apporti di finanza nuova; *f*) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto. [3]. Al piano debbono essere allegati i documenti di cui all'articolo 39. [4]. Un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano. [5]. Il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore. [6]. Gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa».

obbligatorie, dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria, *etc.*). Infine, la disposizione, similmente a quanto attualmente prescritto dall'art. 182-*bis*, comma 1, 1. fall., prevede espressamente l'idoneità degli accordi ad assicurare il pagamento dei creditori estranei nei termini di centoventi giorni dall'omologazione o dalla scadenza dei crediti, a seconda che ci si trovi dinanzi a crediti già scaduti alla data del provvedimento di omologazione da parte del tribunale, o non ancora scaduti.

Nessuna novità si rinviene nemmeno con riferimento alla finalità dell'attestazione del professionista indipendente, il quale dovrà asseverare «la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano», nonché specificare «l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei» nei termini di cui sopra. Di contro, *ex art.* 58 cod. crisi ins., si dovrà obbligatoriamente procedere ad una rinnovazione dell'attestazione se – prima o dopo il decreto di omologazione –, dovessero intervenire «modifiche sostanziali» del piano o degli accordi idonee ad assicurare l'esecuzione di questi ultimi; con conseguente rinnovo anche delle «manifestazioni di consenso» dei creditori con cui è stata negoziata la soluzione stragiudiziale. Il piano e l'attestazione così modificati devono essere altresì pubblicati nel registro delle imprese, con relativo avviso, a mezzo lettera raccomandata o p.e.c., ai creditori, i quali potranno proporre opposizione dinanzi al tribunale ai sensi dell'art. 48, comma 4, cod. crisi ins.

Dal punto di vista processuale, in attuazione del c.d. «principio di unitarietà» della procedura diretta all'accertamento dello stato di crisi o insolvenza dell'impresa (o del gruppo di imprese) (201) ed alla sollecita

(201) Colmando una lacuna (da più parti criticata) dell'attuale legge fallimentare, il legislatore delegato ha dedicato un'apposita disciplina alla crisi ed all'insolvenza del «gruppo di imprese» (artt. 284 ss., cod. crisi ins.), modellandone la definizione sulla nozione «direzione e coordinamento» (artt. 2497 - 2497-*septies*, 2545-*septies*, c.c.), corredata della presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (ad es., si presume il sussistere di un controllo allorquando una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea di un'altra società; ovvero nel caso in cui una società disponga dei voti sufficienti per esercitare una «influenza dominante»).

Pertanto, è stata prevista specificamente la possibile proposizione di un unico ricorso sia per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'intero gruppo, sia per l'ammissione di tutte le imprese del gruppo alla procedura di concordato preventivo e per la successiva eventuale omologazione, anche con presentazione di un piano concordatario unico o di piani tra loro collegati. Pur tenendo conto dei riflessi reciproci delle singole operazioni contemplate dal piano e delle eventuali operazioni organizzative infragruppo, al contempo è espressamente escluso che la nuova disciplina comporti in qualche modo il venir meno dell'autonomia delle masse attive e

individuazione della sua migliore regolazione concorsuale, la cui introduzione è prescritta ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. e, 1, della legge delega n. 155/2017, l'art. 7, comma 1, cod. crisi ins., prevede che tutte le domande (sia originarie che sopraggiunte), dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza debbano essere trattate «in via di urgenza e riunite nell'ambito di un unico procedimento». Peraltro, conformemente al consolidato orientamento del legislatore europeo, all'art. 7, comma 2, cod. crisi ins. è prescritto l'esame prioritario delle domande contemplanti il mantenimento della continuità aziendale, anche indiretta, purché nel piano venga espressamente indicata la convenienza della soluzione proposta per i creditori dell'impresa; ferma la non manifesta inammissibilità od infondatezza della domanda medesima: nel qual caso, infatti, il tribunale potrà procedere all'esame delle eventuali domande alternative di regolazione della crisi.

Quanto alle già accennate perplessità delle nuove norme regolatrici dell'istituto dal punto di vista della flessibilità dello stesso occorre rilevare il previsto carattere di urgenza e la previa autorizzazione del tribunale prescritti in tema di eventuale compimento degli atti di straordinaria amministrazione a séguito del deposito della domanda di accesso al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione e fino all'apertura della procedura, pena l'inefficacia degli atti medesimi e la revoca del decreto di omologa. Più specificamente, non si è mancato di sottolineare criticamente come, il vigente art. 182-*bis* 1. fall., nulla dispone a proposito, potendo il ricorrente compiere atti di straordinaria amministrazione, urgenti e non, sia nel periodo precedente che in quello successivo alla richiesta di omologazione dell'accordo (202).

Senza considerare poi le ulteriori previsioni in tema di necessaria ammissione per via giudiziale alla procedura e di immediata pubblicizzazione della crisi (art. 44, comma 1, lett. e; art. 45 cod. crisi ins.), che troveranno applicazione non solo nel caso in cui la domanda di accesso al concordato o all'omologazione dell'accordo risulti già corredata da

passive di ciascuna impresa costituita in forma di società dotata di propria personalità giuridica, né tantomeno viene esclusa la necessità di votazioni separate da parte dei creditori di ciascuna società.

(202) In tal senso, S. BONFATTI, *Le nuove procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, cit., 6, il quale avverte che la «intromissione» del tribunale nella gestione dell'impresa, nonché le incertezze operative originate dalla necessità sia di distinguere il campo dell'ordinarietà da quello della straordinarietà degli atti di amministrazione, sia di stabilire urgenza o meno di detti atti, potranno indurre l'imprenditore a ritardare (piuttosto che ad anticipare) l'apertura della procedura di accesso, «ovvero a renderla un inutile e dispendioso "teatrino", dandole avvio soltanto quando l'accordo è definitivamente concluso per così dire "in clandestinità", così da depositarlo un giorno dopo la concessione del termine».

tutta la documentazione a tal fine necessaria, ma anche nel caso in cui il debitore si sia limitato a svolgere una domanda prenotativa di accesso, senza ancora depositare rispettivamente proposta, piano e documentazione completa, con conseguente ridimensionamento del profilo (di grande importanza pratica) della riservatezza, in un certo qual modo “sacrificato” alla esigenza di prevenire eventuali condotte abusive da parte dell’imprenditore ricorrente.

Nel concludere questa rassegna delle novità legislative in materia, occorre innanzitutto richiamare la previsione di cui all’art. 5, comma 1, lett. a, della legge 19 ottobre 2017, n. 155, di riforma (semi)organica del sistema concorsuale, a norma della quale è previsto che il Governo, nell’esercizio della delega ivi contenuta, «al fine di incentivare gli accordi di ristrutturazione dei debiti, i piani attestati di risanamento e le convenzioni di moratoria, nonché i relativi effetti», estenda il modello di disciplina della «procedura» *ex art. 182-septies* l. fall. anche agli accordi di ristrutturazione non liquidatori ed alle convenzioni di moratoria stipulati dal debitore con i creditori non necessariamente finanziari, purché rappresentanti almeno il 75% dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee.

Emerge pertanto l’intento di ampliare la portata applicativa dello schema introdotto con la fattispecie di cui all’art. 182-*septies* l. fall., prevedendone l’applicabilità a tutte le ipotesi di ristrutturazione mediante gli accordi *ex art. 57* cod. crisi ins., a prescindere dalla natura bancaria e finanziaria dei creditori ed al di là del dato relativo alla percentuale dei crediti rispetto al complessivo indebitamento dell’impresa. Stante la (pretesa) deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., la suddetta «estensione» potrà interessare solo creditori appartenenti alla medesima «categoria», in quanto aventi posizione giuridica ed interessi economici omogenei rispetto a quelli rappresentanti la soglia minima (di adesione) del 75% dei crediti ivi collocati.

Quanto ai presupposti previsti dalla nuova disposizione concorsuale, l’art. 61 cod. crisi ins., rubricato appunto «Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa», riprende quanto già prescritto dall’art. 182-*septies*, pur integrandone la disciplina con talune novità. Se, da un lato, oltre alla adesione della soglia minima del 75% dei crediti appartenenti alla medesima «categoria», è confermata la necessità che «tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell’avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull’accordo e sui suoi effetti»; dall’altro lato, è previsto che i non aderenti, rispetto i

quali si verifica l'estensione degli effetti dell'accordo, debbano «risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale» (e non, come attualmente previsto dalla fattispecie fallimentare, rispetto alle «alternative concretamente applicabili»), fermi restando il divieto d'imporre loro l'esecuzione di nuove prestazioni (in cui non rientra la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati), la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti; nonché, ovviamente, la possibilità che i creditori non aderenti propongano opposizione entro trenta giorni a decorrere dalla data della comunicazione.

Quanto all'accordo, ne è prescritto il carattere non liquidatorio, nel senso che dovrà prevedere la prosecuzione dell'attività d'impresa, in via diretta o meno (203), nonché la soddisfazione dei creditori «in misura significativa o prevalente dal ricavato della continuità aziendale».

In conclusione, deve osservarsi che la (più volte rimarcata) specificità del credito bancario nell'ambito della crisi d'impresa e del suo risanamento trova conferma anche in sede di riforma dell'ordinamento concorsuale nazionale.

Dall'angolo visuale del profilo soggettivo dei creditori dell'impresa ricorrente, infatti, l'art. 61, comma 5, cod. crisi ins., prevede che, a fronte di debiti nei confronti degli istituti bancari e/o degli intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'esposizione complessiva dell'impresa, l'accordo di ristrutturazione dei debiti possa individuare – sulla base dei noti criteri della posizione giuridica e degli interessi economici omogenei –, una o più categorie dei summenzionati creditori. In tal caso, prosegue la disposizione, il debitore, con il ricorso per l'accesso alla procedura, potrà chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria, pur non ricorrendo le già citate condizioni *ex lege* relative al carattere non liquidatorio dell'accordo, alla prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta ed alla prevista soddisfazione dei creditori in misura significativa o prevalente dal ricavato della continuità aziendale.

(203) Ai sensi dell'art. 84, comma 2, cod. crisi ins., la continuità d'impresa è «diretta», quando in capo al complesso aziendale rimane l'imprenditore originario che ha presentato la domanda, mentre è «indiretta», allorché la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività avvengono ad opera di un soggetto diverso dal debitore «in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo [...]».

CAPITOLO SECONDO

LE CONVENZIONI BANCARIE DI SALVATAGGIO DELL'IMPRESA IN CRISI. TRA CONTRATTO E STRUMENTI CONCORSUALI.

SOMMARIO: **1.** Le ricostruzioni in chiave contrattuale delle operazioni bancarie di risanamento dell'impresa in crisi. Aspetti generali. – **2.** L'architettura contrattuale delle convenzioni bancarie. In particolare: lo schema del contratto plurilaterale, il "fascio" di contratti con comunione di scopo ed il ricorso al contratto bilaterale con parte "plurisoggettiva". – **2.1.** (Segue). I profili patologici della convenzione bancaria di salvataggio e rimedi civilistici. – **3.** L'operazione bancaria di risanamento dell'impresa in crisi nel quadro delle soluzioni negoziali non liquidatorie. I paradigmi dell'accordo contrattuale e della deliberazione. Il problema della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti. La centralità della fase di pianificazione. – **4.** La ricostruzione del profilo causale dell'operazione di salvataggio bancario. – **5.** Le prestazioni regolate dalla convenzione bancaria (diverse dall'erogazione di nuova finanza): tra ristrutturazione del debito e modalità di gestione dell'impresa societaria. – **5.1.** Gli interventi di ristrutturazione del debito bancario, attraverso la rideterminazione (quantitativa e/o qualitativa) delle pretese creditorie, la concessione di un periodo di moratoria, la novazione dell'oggetto o del titolo della prestazione. – **5.2.** Gli interventi di salvataggio che contemplan vincoli gestionali ed organizzativi della società debitrice. – **6.** (Segue). La conversione dei crediti bancari in azioni o in strumenti finanziari partecipativi, nel quadro degli accordi negoziali sulla crisi d'impresa. – **7.** L'operazione negoziale di risanamento dell'impresa nell'attuale disciplina concorsuale. La disciplina degli istituti del Piano attestato di risanamento e degli Accordi di ristrutturazione dei debiti. – **7.1.** Il ricorso all'accordo stragiudiziale "attestato", ex art. 67, comma 3, lett. d. della legge fallimentare. – **7.2.** Il ricorso agli accordi di ristrutturazione del debito, di cui all'art. 182-bis della legge fallimentare. – **8.** Le operazioni di salvataggio bancario dell'impresa in crisi alla luce della recente tipizzazione della "convenzione di moratoria" e dell'introduzione dell'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari.

1. LE RICOSTRUZIONI IN CHIAVE CONTRATTUALE DELLE OPERAZIONI BANCARIE DI RISANAMENTO DELL'IMPRESA IN CRISI. ASPETTI GENERALI.

Prima di procedere all'analisi (ad un tempo: contrattuale e concorsuale) della convenzione stipulata tra il ceto bancario e l'impresa in crisi, occorre chiarire che i rapporti dialettici tra il sistema bancario e le imprese, si manifestano in tutta la loro complessità, se non conflittualità, proprio nelle fasi di crisi aziendali. Al pari di ogni altra impresa commerciale, infatti, l'istituto bancario tenterà di evitare (o, quantomeno, minimizzare), le perdite conseguenti all'insolvenza del proprio

debitore, la cui crisi rappresenta un «difficile banco di prova» (204): da un lato, vi è l'esigenza di rientrare del credito concesso, con il rischio che possa configurarsi una responsabilità in capo alla banca per «rottura brutale del credito», con richiesta di risarcimento danni per abuso del diritto; dall'altro, l'adesione ad un piano di *turnaround*, con annessa ristrutturazione del debito, comporta l'assunzione di – più o meno rilevanti – sacrifici economici da parte dell'ente creditore (rinuncia agli interessi maturati, mantenimento delle linee di credito, rinegoziazione del debito, *etc.*), compresa l'erogazione di nuovi finanziamenti, rispetto alla quale non possono escludersi *a priori* i rischi di una responsabilità per «concessione abusiva» del credito (205).

In termini generali, tanto la ristrutturazione dei debiti quanto la liquidazione concordata del patrimonio imprenditoriale, s'inseriscono sempre più spesso in operazioni complesse che richiedono, per avere successo, che l'erogazione di nuova finanza si accompagni a quella particolare forma di finanziamento indiretto che è la generale ristrutturazione del debito, ragion per cui il nucleo problematico del nuovo diritto della crisi d'impresa si è spesso riflesso in quel sottile confine tra la lecita e libera esplicazione dell'autonomia privata nelle operazioni di mercato, e la doverosa tutela dei creditori dell'imprenditore insolvente.

Ciononostante, la soluzione negoziale della crisi d'impresa non sembra poter prescindere dall'intervento dei creditori bancari, tanto da far ritenere ben difficile una sua positiva riuscita in mancanza di un loro adeguato coinvolgimento, soprattutto nei casi di elevata frammentazione del debito, a fronte della quale il numero significativo delle adesioni da parte delle banche si rivela fondamentale ai fini della stessa «tenuta» dell'accordo. D'altra parte, nessun altro *stakeholder* aziendale è più interessato della banca al risanamento dell'impresa, che avrebbe riflessi positivi sulla redditività e sul patrimonio dello stesso creditore,

(204) M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa*, in *Fall.*, 2007, 252, il quale sottolinea appunto il rischio di comportamenti «pilateschi» della banca tentata «di non assumere decisioni, lasciando che il credito concesso scada per poi non rinnovarlo senza prendere posizione sull'accordo di ristrutturazione» eventualmente proposto.

(205) A fronte della insolvenza di una impresa, il comportamento tenuto *ex ante* dalla banca può essere oggetto di specifico accertamento, sia da parte degli organi preposti alla procedura concorsuale che del tribunale, ben potendo fondare la possibile applicazione di misure sanzionatorie – civilistiche od anche penali – in capo all'istituto finanziatore che, mantenendo artificiosamente in vita un'impresa ormai decotta, suscita nel mercato un'errata percezione della realtà economico-finanziaria dell'impresa sovvenuta, inducendo i terzi a contrattare (o continuare a contrattare) con la stessa. Più in particolare, l'antigiuridicità della concessione abusiva del credito risiederebbe nella violazione del principio generale del «*neminem laedere*», di cui all'art. 2043 c.c.

nel senso che il recupero delle condizioni di solvibilità del debitore rimane il presupposto per la restituzione dei prestiti ad essa precedentemente concessi (206).

Ponendoci in una prospettiva più ampia, il tema sembra particolarmente legarsi a quello della responsabilità delle banche collegata all'«impegno di sistema» a cui esse sono chiamate nei confronti delle iniziative imprenditoriali e del loro sviluppo. Attraverso l'accrescimento delle proprie capacità di gestione delle relazioni creditizie, assicurando una tempestiva ed adeguata rilevazione e valutazione delle situazioni di difficoltà aziendali, partecipando attivamente alla negoziazione dei piani di ristrutturazione od alla conduzione delle procedure concorsuali, parte della dottrina ha intravisto la necessità che le banche, anche alla luce del loro profilo professionale qualificato, vengano maggiormente coinvolte nel vaglio dei piani di risanamento, quale manifestazione di quella «insopprimibile e primaria funzione economico-sociale», operante ben oltre la mera tutela del credito (207).

I profili sistematici appena accennati sembrano disvelare come, pur nei limiti della «sana e prudente gestione», l'attività bancaria risulti, in ultima analisi, «istituzionalmente funzionale al sostegno finanziario delle imprese»; nel solco, fra l'altro, della «Costituzione economica sostanziale» (208) che, proprio nel quadro generale di una situazione di

(206) Sul tema, si rinvia ai contributi di: P. GUERRA, *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa: il c.d. consolidamento dei crediti bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1995, I, 810; G. DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato d'insolvenza*, in *Fall.*, 1996, 840 ss.; F. CESARINI, *Le banche creditrici dell'impresa in crisi: ruolo, responsabilità, problemi*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1996, I, 569 ss.; P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Fall.*, 1997, 893 ss.; M. SANTARONI, *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, in *Giust. civ.*, 2000, 95 ss.; P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2007, I, 538; A. NIGRO, «Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, *ibidem*, 2006, I, 362; A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 478 ss.; L. DE ANGELIS, *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, in *Soc.*, 2008, 1462 ss.; S. MACCARONE, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi: tipologie*, in *Dir. banc. merc. fianz.*, 2011, I, 461 ss.; T.M. UBERTAZZI, *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, in *Contr. impr.*, 2015, 340 ss.

(207) In tal senso, A. PELLEGGATA, *Restructuring e nuove criticità: dai finanziamenti ponte ai ritardi nella segnalazione delle crisi*, in *Bancaria*, 2011, 91 ss. Sulla necessità di una vera e propria «responsabilità di sistema», cfr.: G. BOCCUZZI, *Crisi d'impresa e attività bancaria. Analisi del rapporto tra diritto fallimentare e disciplina speciale delle banche*, Bari, 2012, 97 ss.; A. NIGRO, «Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, *cit.*, 365; A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 478 ss.; T. TOMASI, *Impresa in crisi e creditore bancario*, Milano, 2017, 169 ss.; A. ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: da eccezione a regola in un mercato in evoluzione*, in *Fall.*, 2017, 761 ss.

(208) Così, S. AMOROSINO, *Banche ed imprese in crisi tra funzione istituzionale creditizia e tutela del risparmio*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2010, I, 201 ss.; e, con prospet-

crisi sistemica e congiunturale, ha spesso fatto registrare interventi legislativi di tipo promozionale volti a favorire – direttamente od indirettamente – l’impegno delle banche a sostenere le imprese in difficoltà finanziaria, come confermano l’introduzione (non meno che la continua novellazione) delle fattispecie dei c.dd. «finanziamenti alla ristrutturazione», di cui gli istituti di credito possono essere considerati i destinatari elettivi (209).

Quanto premesso chiarisce perché la ristrutturazione negoziale della crisi d’impresa oggetto di queste riflessioni guardi agli accordi stipulati con il solo ceto bancario e/o finanziario piuttosto che a quelli conclusi con altra tipologia di creditori: pur potendo ipotizzare un accordo di risoluzione della crisi raggiunto tra l’impresa ed i propri fornitori strategici, le possibilità di successo di una siffatta operazione rimarrebbero scarse, per lo meno nei casi (statisticamente più rilevanti) in cui il numero dei creditori risulti particolarmente elevato e l’importo complessivo dei debiti eccessivamente frazionato (210). D’altra parte, la centralità dell’aspetto finanziario delle crisi d’impresa rende difficilmente pensabile una soluzione alla crisi d’impresa che non contempli l’intervento bancario, eventualmente anche quale soggetto terzo finanziatore dell’impresa.

Venendo alla tematica degli accordi *de quibus* ed alla loro ricostruzione in chiave contrattuale, occorre segnalare la presenza di taluni profili critici già a livello terminologico: soprattutto a séguito degli interventi di riforma della legge fallimentare, si è diffusamente parlato di «contratti sulla crisi d’impresa», di «accordi di risanamento», di «accordi (o «contratti») di ristrutturazione dei debiti», di «accordi (o «contratti») di salvataggio», e via discorrendo (211).

tiva più ampia, ID., *La «costituzione economica»: note esplicative di una nozione controversa*, in AA. VV., *Corso di diritto pubblico dell’economia*, a cura di M. Pellegrini, Padova, 2016, 125 ss. La Costituzione economica, in prima approssimazione, è l’espressione dei principi di rango costituzionale che coinvolgono la sfera economica: gli artt. 41, 43 e 46 Cost., relativi all’esercizio d’impresa; gli artt. 42 e 44 Cost., dedicati alla tutela della proprietà; gli artt. 45 e 47 Cost., dedicati alla cooperazione ed al risparmio. È noto che oggi non si può limitare il discorso alla sola Costituzione «formale»: basti pensare al TFUE o alla CEDU che, nonostante l’assenza di una formale definizione in termini di «Costituzione», hanno rilevanza pari alla Carta costituzionale, dettando le regole costitutive dell’ordinamento pubblico europeo che prevalgono su quelle dei Paesi membri.

(209) S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-quater e 182-quinquies, l. fall.*, in *IFallimentarista.it*, 13 settembre 2012, 1.

(210) Pertanto, ad un contenuto importo da recuperare corrisponderà una minore spinta, da parte dei creditori, a negoziare l’accordo.

(211) Sul punto, V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti “di salvataggio” (o di ristrutturazione dei debiti dell’impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 365, che, a proposito del c.d. «contratto di salvataggio», parla di «una formula un pò pittoresca ed

Orbene, al di là delle diverse formule utilizzate, le finalità degli accordi contrattuali in questione (212) sembrano doversi ricondurre a due fondamentali obiettivi: da un lato, quello di gestire, congiuntamente e su base convenzionale, la crisi dell'impresa debitrice evitando l'apertura della procedura fallimentare ai danni di quest'ultima, con conseguente spossessamento dell'imprenditore (213) e liquidazione dei beni aziendali; dall'altro, quello di garantire la continuità dell'attività d'impresa, realizzata attraverso la modificazione coordinata e pianificata delle relazioni giuridiche esistenti con i creditori partecipanti all'operazione di salvataggio, anche contemplando una dismissione parziale degli *assets* aziendali.

Nonostante i diversi profili in comune esistenti tra le diverse forme di soluzione negoziale della crisi d'impresa, con le convenzioni o accordi di salvataggio (214), in dottrina non sono mancate distinzioni tra il summenzionato «accordo (o «convenzione») di salvataggio» ed il tradizionale «concordato stragiudiziale», nel senso che, nonostante la comune finalità di evitare la dichiarazione di insolvenza ed il conseguente fallimento del debitore attraverso il libero esercizio dell'autonomia contrattuale, quest'ultimo non sarebbe sovrapponibile al primo non contemplando, tra i propri «*essentialia negotii*», lo scopo ulteriore di garantire la continuità dell'attività d'impresa. In altri termini, pur non potendo determinare *a priori* lo specifico contenuto di un accordo di salvataggio (in quanto variabile a seconda della concreta situazione

eccentrica», preferendo ricorrere a quella di «accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa», pur esprimendo entrambe lo stesso fenomeno economico e negoziale. Alla nozione, di origine (non giuridica, bensì) economica, di «ristrutturazione», in dottrina si è attribuita l'accezione di «attività negoziale volta a determinare modalità di pagamento dei debiti diverse da quelle originariamente pattuite e a questo fine modalità di reinvenimento delle risorse e di distribuzione delle stesse tra i creditori»: così, B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. impresa*, 2011, 1314.

(212) Sulla natura contrattuale delle operazioni di salvataggio, P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, cit., 896: per quanto la prassi tenda a parlare di «convenzioni», con formula alquanto «neutrale» e quasi a volerne attenuare il significato vincolante, se ne deve rimarcare la natura di veri e propri contratti.

(213) Invero, l'esigenza di evitare lo spossessamento dell'imprenditore dichiarato fallito risulta, alla luce delle novità introdotte negli ultimi tre lustri, fortemente ridimensionata. Se, da un lato, l'attuale normativa mette al centro l'impresa nella sua oggettività, dall'altro, il ricorso a forme di cooperazione, se non di sostanziale controllo, da parte della prassi negoziale adottata dai «creditori forti», incide fortemente sulle scelte di gestione della società finanziata – anche al di là del formale subingresso nella compagine sociale, come avviene ad es. a seguito di un'operazione di conversione del credito in azioni –, tanto da assumerne, di fatto, il controllo temporaneo.

(214) Vedi ad es., A. PALUCHOWSKI, *La valutazione giudiziaria delle attività di risanamento: aspetti civilistici*, in AA. VV. *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa. "I protagonisti"*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 1999, 98 ss.

economico-finanziaria della singola impresa in crisi e della disponibilità degli interessati a modificare i propri diritti), resterebbe fermo il dato per cui detta operazione risulta sempre finalizzata a realizzarsi, per il tramite di un piano di risanamento, «un contesto economico-finanziario idoneo a garantire la continuazione dell'attività dell'impresa» (215).

Ciò detto, va altresì rimarcata la diversità, rispetto al concordato stragiudiziale, degli accordi negoziali finalizzati al salvataggio dell'impresa ed alla continuità delle sue attività, avendo quest'ultimi, quale profilo causale dell'intera operazione (216), la funzionalizzazione delle pattuizioni alla continuità d'impresa, anche se, in ipotesi, realizzata attraverso la dismissione parziale delle attività (o, più semplicemente di quelle «*non core*»), o ancora attraverso il subentro – sia in luogo dell'imprenditore originario che accanto ad esso –, di un nuovo soggetto (si pensi alla costituzione di una *Newco* oppure all'ingresso in società dei creditori bancari originari), fermo il dato normativo, ormai acquisito nell'ambito del diritto concorsuale, della centralità dell'impresa quale «attività», e non già quale mera propaggine patrimoniale dell'imprenditore commerciale.

Da un punto di vista ricostruttivo, si è parlato di accordi di ristrutturazione, *lato sensu* intesi, o di «convenzioni bancarie di salvataggio», in termini di «contratti innominati atipici o misti» (217), generalmente molto complessi dal punto di vista sia soggettivo (in quanto interessanti un'alta percentuale del ceto creditorio bancario) che oggettivo (stante l'eterogeneità del loro contenuto), ed individuati attraverso la finalità perseguita del salvataggio dell'impresa debitrice in crisi.

In dottrina, si è valorizzata l'architettura contrattuale «multilivello» delle convenzioni bancarie, osservando come sia ben raro che, «a

(215) L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 109. Di diverso avviso altra dottrina: P. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 1999, 825 ss.; M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, *ibidem*, 2008, 1237 ss.; nonché P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, cit., 894, per il quale l'intervento delle banche può anche mirare ad una liquidazione stragiudiziale dell'impresa in crisi, evitandole l'apertura della procedura di fallimento e disciplinando in modo razionale i sacrifici del ceto bancario: lì dove si riveli impraticabile la via di un recupero dell'equilibrio gestionale dell'impresa, le parti potranno realizzare quantomeno una sua «liquidazione sollecita ed efficiente».

(216) In tal senso, L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., 110. L'A. precisa che, d'altro canto, non sempre «può riscontrarsi la presenza dell'elemento causale negativo rappresentato dallo scopo di evitare la liquidazione concorsuale», nel senso che, pur potendo ragionevolmente ipotizzarsi *medio tempore* un'iniziativa finalizzata ad ottenere una dichiarazione di fallimento, le parti stipulanti confidino ad esempio «nel decorso del tempo necessario a rimuovere tale situazione di illiquidità per l'inerzia dei creditori estranei all'accordo».

(217) P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, cit., 894.

monte”, l’accordo «cornice» (che, fra l’altro, potrebbe avere i tratti caratteristici di un contratto preliminare contenente l’assunzione dell’obbligo a contrarre) non abbisogni, “a valle”, di una serie di contratti – o, in genere, di negozi giuridici – attuativi dell’accordo quadro (218). Ma se ne è anche sostenuta la riconducibilità dello schema negoziale e degli obiettivi all’istituto tipico della novazione (art. 1965 c.c.), confermando la natura transattiva del contratto in base al quale vengono regolate reciproche concessioni tra le parti, le quali, attraverso un «mutuo sacrificio» delle pretese creditorie e della libertà d’impresa, realizzano, da una parte, il vantaggio di conseguire il pagamento di una maggiore quota del proprio credito rispetto a quella ottenibile a séguito delle procedure concorsuali e liquidatorie, e, dall’altra, di evitare il fallimento soddisfacendo (per lo più parzialmente) le obbligazioni originariamente assunte (219).

Orbene, proprio a fronte delle diverse variabili economico-finanziarie coinvolte dalle operazioni in commento, parte della dottrina ha sostenuto l’impossibilità (ovvero la scarsa utilità) (220) di un’analisi delle tecniche giuridiche redazionali solitamente impiegate nella redazione delle convenzioni bancarie al fine di tracciarne uno schema di riferimento unitario, consigliando piuttosto un approccio finalizzato al tentativo di enucleare le problematiche giuridiche che fanno da cornice alla specifica regolamentazione del caso singolo. Tuttavia non sono mancate posizioni che hanno respinto l’opinione sull’impossibilità di ravvisare elementi di omogeneità delle convenzioni in oggetto, e quindi di non poter tracciare un modello tendenzialmente unitario, contestando a siffatto approccio l’aprioristico diniego dell’utilità di una ricostruzione in termini giuridici unitari degli accordi in oggetto, in modo da ottenere «un valido supporto ermeneutico» per la valutazione delle

(218) V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti “di salvataggio” (o di ristrutturazione dei debiti d’impresa)*, cit., 376; G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi di impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, 489. In altri termini, ad un primo “livello” vi sarebbe l’accordo di risanamento *ex se* considerato, in taluni casi peraltro autosufficiente nella capacità di produrre tutti gli effetti negoziali necessari al compimento dell’operazione programmata. Ad un secondo “livello” (come più spesso accade), stanno poi una serie più o meno ampia di negozi giuridici successivi e collegati al primo, attraverso i quali le parti danno concreta applicazione all’accordo medesimo: si pensi ad es. all’erogazione del singolo finanziamento, al subingresso nel Cda del *management* prescelto dai creditori, alla costituzione per atto pubblico della *Newco*, etc.

(219) Sulla ricostruzione del concordato stragiudiziale secondo lo schema della novazione, si rinvia a quanto detto *supra*, Cap. I, par. 3, nt. 57. Di recente, l’opinione è stata ripresa da L. RESTAINO, *La natura transattiva degli accordi per il superamento della crisi di impresa*, in *Notariato*, 2018, spec. 536 ss.

(220) G. DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato d’insolvenza*, cit., 841; F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 488.

single clausole contrattuali stipulate e per gli atti esecutivi del risanamento (221). Ciò, anche alla luce della progressiva formazione di una certa «standardizzazione» dei procedimenti di ristrutturazione e *turnaround* concordati tra le banche e l'impresa, stante la tendenza degli istituti ad essere assistiti dai medesimi *legal advisors* impegnati a mettere a punto modelli contrattuali funzionali alla tutela degli interessi dei creditori bancari (222).

Non diversamente da quanto avveniva già per i concordati stragiudiziali, il problema della struttura convenzioni di risanamento dell'impresa in crisi si è sostanzialmente attestato attorno all'alternativa fra la bilateralità e la plurilateralità dell'operazione economica ivi regolata. Una alternativa che, ovviamente, non si pone per quegli accordi che intercorrono tra l'impresa ed una sola delle banche creditrici (223): si pensi, ad esempio, all'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall.*, intervenuto con uno solo dei creditori che rappresenta almeno il 60% dell'intera esposizione debitoria; ma anche all'accordo disciplinato dall'*art. 182-septies l. fall.*, concluso con un intermediario bancario o finanziario titolare del 75% della categoria dei crediti vantati nei confronti dell'impresa. O, ancora, si potrebbe ipotizzare un accordo stragiudiziale tra l'impresa ed uno degli istituti creditori che, pur a fronte di un'esposizione minore in termini percentualistici rispetto a quelle precedenti, viene regolato sulla base di un piano di risanamento attestato (*art. 67, comma 3, lett. d, l. fall.*), capace di realizzare in maniera prospettica il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa debitrice (224).

Assolta questa breve premessa, occorre analizzare il caso – ben più frequente – della presenza di una pluralità di istituti bancari o finanziari già creditori della società, rispetto ai quali sorge la questione

(221) P. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, cit., 825.

(222) T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per il risanamento delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014, 32; ID., *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, cit., 340.

(223) Si tenga conto che, nonostante il nostro riferirci agli istituti bancari o finanziari, il profilo soggettivo dei creditori non rileva ai fini della ricostruzione strutturale degli accordi.

(224) A ben vedere, non può escludersi *a priori* l'eventualità di una «convenzione di salvataggio bancario» conclusa con un istituto terzo rispetto ai creditori originali, nella quale si potrebbe prevedere ad esempio l'erogazione di un finanziamento di scopo finalizzato all'integrale copertura delle esposizioni bancarie dell'impresa e con contestuale chiusura dei rapporti bancari precedenti da parte del mutuatario. Occorre ricordare che nell'ottica della riforma della crisi e dell'insolvenza dell'impresa una siffatta eventualità viene implicitamente esclusa: ai sensi dell'*art. 56 cod. crisi ins.*, l'utilizzo del piano attestato di risanamento è espressamente limitato ai soli accordi stragiudiziali conclusi dall'impresa con i creditori pregressi (vedi Cap. I, par. 7).

ricostruttiva della convenzione secondo il modello del «fascio» di accordi (bilaterali e/o plurilaterali) oppure secondo quello del contratto plurilaterale: in un caso, i contratti stipulati dall'impresa con i propri creditori presenterebbero una propria autonomia strutturale e di disciplina; nell'altro caso, lo schema dell'unico contratto intervenuto con una pluralità di parti richiederebbe, ai fini del proprio perfezionamento, l'incontro delle volontà di tutti i soggetti coinvolti.

Nel caso del «fascio» di atti a struttura bilaterale, infatti, verrebbe in gioco essenzialmente il regime del collegamento negoziale, e quindi delle conseguenze circa l'eventuale patologia di uno (o più) accordi rispetto agli altri, nel caso ciascuno di essi risulti essere funzionalmente o teleologicamente collegato agli altri accordi paralleli. Nell'ipotesi in cui si optasse per una ricostruzione in chiave unitaria degli accordi, adottando lo schema dell'atto unico a struttura plurilaterale, il riferimento più immediato sarà alla categoria – peraltro non pacifica in dottrina – del «contratto plurilaterale con comunione di scopo», con l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c. nelle eventualità di nullità, annullamento o risoluzione di uno o più vincoli contrattuali, oppure di inadempimento od impossibilità di una o più prestazioni dedotte in contratto (225).

Prima di procedere all'analisi delle architetture contrattuali ipotizzabili in materia, sembra necessaria una breve precisazione sul concetto stesso di «parte». Come insegna la dottrina civilistica (226), infatti, la formula indica sia il soggetto che ha concretamente compiuto la manifestazione di volontà (parte in senso «formale») che il soggetto nella cui sfera giuridica si producono, *ex art.* 1372 c.c., l'insieme degli effetti giuridici del contratto, e quindi il titolare del rapporto (parte in senso «sostanziale»). Al contempo, però, non si rinvencono opinioni concordi sull'esatto inquadramento del presupposto, registrandosi posizioni che fanno riferimento ai soggetti (persone fisiche od enti collettivi) dell'atto o del rapporto (227) ed altre che invece tendono a valorizzarne la rico-

(225) Sulla utilità di una ricostruzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti d'impresa secondo la «griglia concettuale del civilista»: V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., 373.

(226) G.B. FERRI, *Parte del negozio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 901; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 27^a ed., 1985, 138; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9^a ed., 2002, 238. Tra le ricostruzioni più recenti: F. CAPPUCCIO, *La parte contrattuale*, in AA. VV., *Il contratto*, a cura di P. Fava, Milano, 2002, 357 ss.; C. CARBONE, *Le parti*, in AA. VV., *Il contratto*, a cura di G. Buffone – C. De Giovanni – A.I. Natali, tomo I, Padova, 2013, 273 ss.

(227) C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2^a ed., 2000, 54: come sembrano confermare, d'altra parte, istituiti come quello di cui all'art. 1428 c.c., che,

struzione quale «centro di interessi», nel senso che ogni contratto configura una composizione di un «conflitto di interessi», allora ciascuna delle sue parti sarà portatrice di un interesse distinto dall'altra (o dalle altre), a prescindere dal numero di soggetti che la compongono.

Tanto premesso, al fine di determinare la pluralità o meno delle parti contraenti, occorre far riferimento non tanto al numero dei soggetti che vengono in rapporto tra loro, quanto piuttosto ai centri di interesse intorno ai quali detti soggetti si raggruppano, con conseguente estraneità del concetto di «parte» rispetto all'entità soggettiva di imputazione delle posizioni attive o passive nascenti dal contratto, nonché delle eventuali mutazioni soggettive, interne alla parte negoziale, intervenute in corso di rapporto (228).

Come evidenziato dalla prassi, le convenzioni bancarie (similmente a quanto accade per qualsiasi altra tipologia di accordo di ristrutturazione e di *turnaround*) sono solitamente stipulate dall'impresa con una pluralità di istituti creditori, tanto che la «stratificazione» dei consensi sul piano di risanamento da parte di questi ultimi può tradursi in una pluralità di contratti che, pur essendo teleologicamente finalizzati ad uno stesso risultato pratico, risultano tra di loro giuridicamente distinti ed autonomi. Per quanto detta autonomia non sembra dover essere interpretata nel senso di una assoluta «incomunicabilità» tra i diversi rapporti negoziali.

Nonostante la vivacità del dibattito dottrinale, la questione sembra poter trovare soluzione solo guardando alla concreta volontà dei soggetti coinvolti, stante l'assenza di una norma di legge che imponga loro l'una piuttosto che l'altra soluzione. Ciò trova conferma nella stessa prassi negoziale degli accordi di ristrutturazione del debito (art. 182-*bis* l. fall.), la quale ne ha più volte affermato la variabilità strutturale, ricorrendo ora alla conclusione di più contratti tra il debitore ed i singoli

richiedendo la riconoscibilità dell'errore all'altro contraente, fa appunto riferimento alla persona-controparte e non certo alla parte quale centro di interessi. O ancora, si pensi ai casi in cui rilevano gli *status* psicologici di buona o mala fede, di scienza o ignoranza di determinate circostanze, od ai vizi della volontà.

(228) Cfr. ad es., F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu-Messineo, diretto da L. Mengoni, Milano, 1987, tomo I, 71; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 4^a ed., 2014, 20. Una conferma dell'impostazione per cui il concetto di parte negoziale è individuato dal centro d'interessi regolato in contratto, sembra potersi individuare nella fattispecie *ex art.* 1726 c.c.: se il mandato è stato conferito da più persone con unico atto e per un affare d'interesse comune, la revoca (salvo che ricorra una giusta causa) «non ha effetto qualora non sia fatta da tutti i mandanti».

Tra le pronunce della giurisprudenza: Cass., 31 maggio 1950, n. 1350, in *Giur. Cass. Civ.* 1950, II, 342; Cass., 16 luglio 1997, n. 6480, in *Giust. civ.*, Mass., 1997.

suoi creditori (o gruppi di essi) (229), ora allo schema del contratto plurilaterale, eventualmente aperto all'adesione di ulteriori creditori (230) ora, ancora, a quello del contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria (231); ferma, in ogni caso, la natura unitaria della complessiva operazione economica, articolata in una pluralità di fasi tra di loro collegate, di modo che ciascuna di esse rappresenti il necessario antecedente della fase successiva.

Chiarita l'impossibilità di una aprioristica qualificazione del fenomeno dal punto di vista dello schema negoziale adottabile dagli "attori" del risanamento, in questa sede ci si propone di analizzare (seppur per grandi linee) le possibili vie negoziali percorribili dalle convenzioni bancarie di salvataggio dell'impresa in crisi, soprattutto in ragione della notevole influenza che l'opzione adottata esercita sulla disciplina applicabile, a sua volta bisognosa di essere interpretata – *in primis* quanto agli effetti – in combinato con le prescrizioni contenute nella disciplina concorsuale dettata per i singoli strumenti di legittima fuoriuscita dallo stato di crisi.

(229) Cfr. Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 263; Trib. Reggio Calabria, 24 gennaio 2012, in *Dir. fall.*, 2012, II, 716.

(230) Cfr. Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 609; Trib. Roma, 20 aprile 2005, *ivi*, 2006, 198. Fra l'altro, si tenga conto che l'accordo in oggetto può presentare una complessità soggettiva non solo dal lato dei creditori, ma anche dal lato del debitore, come nel caso in cui partecipino più imprese di un gruppo o di una rete di imprese: B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, cit., 85 ss.; M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione ed il risanamento del «Gruppo»*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 343; E. FRASCAROLI-SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 84.

(231) Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, 701: gli accordi di ristrutturazione integrano un autonomo istituto giuridico per nulla assimilabile ad un mero concordato semplificato. D'altra parte, l'assenza di effetti remissori per i creditori dissenzienti, o comunque non aderenti al piano di risanamento, e la necessità che i separati accordi con i creditori portanti almeno il 60% del debito complessivo siano raggiunti dall'impresa nella fase endo-processuale, come presupposto per l'inizio del giudizio di omologa, renderebbero l'istituto de quo «assimilabile al *pactum de non petendo* e per la pluralità di parti, ad un negozio di diritto privato classificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria».

2. L'ARCHITETTURA CONTRATTUALE DELLE CONVENZIONI BANCARIE. IN PARTICOLARE: LO SCHEMA DEL CONTRATTO PLURILATERALE, IL "FASCIO" DI CONTRATTI CON COMUNIONE DI SCOPO ED IL RICORSO AL CONTRATTO BILATERALE CON PARTE "PLURISOGGETTIVA".

Al fine di inquadrare meglio le ricostruzioni negoziali delle convenzioni bancarie di salvataggio dell'impresa in crisi, occorrerà soffermarsi innanzitutto sulla loro disciplina civilistica, per poi interpretarne i risultati ottenuti alla luce degli strumenti normativi messi a disposizione dal legislatore concorsuale.

A proposito della ricostruzione degli accordi di soluzione negoziale della crisi d'impresa secondo lo schema del contratto plurilaterale, occorre preliminarmente ricordare che le norme *ex artt.* 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c., alle quali si è soliti ricondurre la categoria contrattuale in commento (232), sono state dettate dal legislatore essenzialmente per fornire gli strumenti tecnici utili a dare la soluzione a talune possibili patologie del rapporto contrattuale (233). A ben vedere, più che individuare una categoria specifica di contratto, il fine della disciplina codicistica è quello di evitare che, nei contratti con comunione di scopo (e non solo), tanto la nullità, l'annullamento o la risoluzione della singola partecipazione quanto l'inadempimento o l'impossibilità della singola prestazione, possano "comunicare" i propri effetti negativi all'intera operazione negoziale, purché «non essenziali» all'economia della stessa.

Alla luce del dato normativo contenuto nell'art. 1420 c.c. – di per sé inidoneo ad individuare quei contratti in cui una parte può venir

(232) Quanto ai profili generali, senza la pretesa di essere esaustivi: T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 259 ss.; F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 450 ss.; G.B. FERRI, *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 678 ss.; F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 139 ss.; A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 660 ss.; ID., *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 270 ss.; B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, I, 476 ss.; V. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999, *passim*; M. TUOZZO, *Riflessioni sugli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 2009, 138 ss.; V. BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 531 ss.

(233) Le disposizioni summenzionate sono state assunte come base per una costruzione differenziata della figura, complici la formula definitoria utilizzata nell'art. 1420 c.c. (che fa riferimento ai «contratti con più di due parti» ed allo «scopo comune» al quale sono teleologicamente indirizzate le diverse prestazioni dedotte in contratto) ed il fatto che, nell'attuale disciplina positiva comune, costituiscono l'unico riferimento esplicito alla categoria dei contratti plurilaterali: così, B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., 482.

meno senza travolgere l'intero accordo –, si è parlato delle summenzionate disposizioni come di norme aventi una «portata negativa» (234), poiché dirette semplicemente ad escludere, limitatamente alle fattispecie ivi disciplinate, l'applicazione della normale efficacia integrale della nullità, della annullabilità, dell'inadempimento e dell'impossibilità della prestazione, salvo che la partecipazione della parte (il cui vincolo sia nullo od annullabile) o la prestazione mancata (a séguito dell'inadempimento o dell'impossibilità di adempiere) debbano, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

Quanto al profilo finalistico della «comunione di scopo» (235), nonostante il dato testuale di cui all'art. 1420 c.c. faccia esplicito riferimento alle prestazioni e non già alla volontà delle parti, gran parte della dottrina ha tradizionalmente ricondotto alla categoria dei contratti plurilaterali esclusivamente quelli caratterizzati dalla comunione di scopo, non considerando la presenza di altre ipotesi perché non contraddistinte da detto requisito (236).

La tesi che riconduce la categoria dei contratti plurilaterali nel più ampio *genus* dei contratti associativi non convince completamente (237), anche perché nel nostro ordinamento non è rara la presenza di ulteriori figure di contratti plurilaterali non caratterizzati dal requisito

(234) Così, A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 4^a ed., 1960, 30, potendo individuarsi la portata positiva solo attraverso un'interpretazione *a contrario* della disciplina codicistica, nel senso dell'applicazione al negozio giuridico plurilaterale delle «norme dettate in sede di diritto generale dei contratti, che non siano per la categoria escluse in forza di particolari disposizioni, o di speciali principii di diritto».

(235) P. ABBADESSA, *Disposizioni generali sulle società*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XVI, Torino, 1985, 6 ss.: «la comunione di scopo indica che l'avvenimento che soddisfa l'interesse di tutti i contraenti è unico», in ciò distinguendosi dai contratti plurilaterali di scambio, in cui l'avvenimento che soddisfa l'interesse di una delle parti contraenti è diverso da quello che soddisfa l'interesse delle altre.

(236) T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 723. *Contra*, F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, cit., 450 ss., che contestava alla ricostruzione ascarelliana una certa confusione tra i concetti di «scopo» e quello di «mezzo»: quest'ultimo, in quanto tale, comune ad ogni tipo di contratto, essendo lo strumento necessario affinché le parti possano realizzare i propri interessi individuali. Più di recente, cfr. A. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 277: nonostante i diversi tentativi di razionalizzazione operati in dottrina, la classe dei contratti con scopo comune appare «affetta da una irrimediabile eterogeneità, tale da renderla inidonea non solo a costituire una categoria contrattuale di consistente rilevanza normativa, ma anche a costituire semplicemente il punto di riferimento di quelle poche norme che di scopo comune parlano espressamente».

(237) Tra gli altri, cfr.: P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, 100; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 83; A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.*, cit., 660; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 57; V. BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, cit., 534 ss.

della comunione di scopo (ad es. la divisione, il regolamento di condominio) (238). È perciò possibile parlare di contratto plurilaterale almeno con due accezioni: quella, appunto, rispondente alla configurazione di un contratto plurilaterale incentrata sulla prospettiva della «funzione» svolta dall'operazione contrattuale, e quella che, partendo dalle disposizioni di cui agli artt. 1321 e 1332 c.c., configurerebbe un contratto plurilaterale nel senso meramente «quantitativo» del numero delle parti che concorrono a formare il contratto medesimo (239).

Pur volendosi muovere nell'ambito del ricollegamento della nozione di contratto plurilaterale a quella di contratto associativo, al fine di ricavarne una configurazione adattabile agli accordi di risanamento in oggetto, si potrebbe far ricorso ad una lettura "mediata" dell'interpretazione sopra accennata, considerando la comunanza dello scopo in termini di «collaborazione» e «cooperazione» delle parti, ovvero di specifica «direzione» delle loro rispettive prestazioni (240). Pertanto si potrebbe ricostruire il summenzionato requisito in termini di contratto «con prestazioni plurime convergenti» (241), in quanto dirette al perseguimento di un unico intento pratico, e, nel caso in cui i soggetti cooperanti decidano di adottare strumenti organizzativi per il perseguimento dello «scopo comune», si potrebbe configurare di una serie di prestazioni che – lungi dall'esaurire la funzione del contratto plurilaterale –, costituiscono la premessa per un'ulteriore attività, realizzativa della complessiva finalità del contratto (242).

(238) Cfr., però, Cass., 10 marzo 1980, n. 1586, in *Giur. it.*, 1980, I, 1586; Cass., 25 febbraio 1986, n. 1180, in *Vita not.*, 1986, 290: la categoria dei contratti plurilaterali si caratterizza per il dato rilevante costituito non dal numero dei partecipanti maggiore di due, ma dall'essere le prestazioni di ciascuno di essi dirette al conseguimento di uno scopo comune. Sulla ricorrenza della comunanza di scopo, anche Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giur. it.*, 1980, 1101.

(239) Così, V. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, cit., 2.

(240) P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 107 ss.; F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, 194; G.B. FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., 680; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 128; V. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, cit., 3.

(241) Prendendo le mosse dalla ricostruzione di F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, in *Ann. Cattolica*, 1926-1927, Milano, 1928, 53 ss., la formula fu proposta da I. LA LUMIA, *Trattato dir. comm.*, Milano-Messina, 1941, 272 ss., in alternativa a quella del contratto «plurilaterale».

(242) Sul punto, M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., 381: al di là del profilo meramente descrittivo con cui ci si è spesso approcciati al problema dell'inquadramento sistematico degli accordi stragiudiziali della crisi d'impresa, la rilevanza giuridica della figura del contratto plurilaterale con comunione di scopo emerge, su un piano sistematico, solo lì dove i soggetti cooperanti abbiano deciso di adottare strumenti organizzativi per il perseguimento comune dello scopo, dando vita così ad un'organizzazione destinata a svolgere una determinata attività. Ragion per cui, per quanto non possa escludersi *a priori* la previsione negoziale di una modalità organizzativa di

L'adesione all'opzione ricostruttiva pluricontrattuale della convenzione secondo lo schema del «fascio» di accordi (bilaterali od eventualmente anche plurilaterali) tra il debitore ed i suoi creditori, comporta la configurazione dei negozi attuativi dell'accordo come contratti che, seppur dotati di una propria autonomia strutturale e di disciplina, necessitano di una interpretazione coerente con il quadro generale dell'intera operazione economica alla cui realizzazione sono – direttamente od indirettamente – destinati. Secondo questo orientamento, infatti, l'accordo dev'essere ricostruito come il risultato di una pluralità di singole pattuizioni stipulate dall'impresa con ognuno dei suoi creditori (eventualmente organizzati anche in distinte categorie), destinate a confluire verso il comune risultato divisato dalle parti, pur senza la necessaria sottoscrizione di un unico documento contrattuale «quadro» a cui poi dare specifica attuazione.

La tematica interessata è innanzitutto quella del «collegamento negoziale» (sostanziale) (243), in virtù del quale, a fronte di due o più contratti, diversi tra di loro e conclusi da più parti, è individuabile un vero e proprio collegamento laddove sussista un nesso teleologico tra questi e la sottostante volontà delle parti di realizzare, proprio a mezzo della pluralità negoziale, un assetto economico globale ed inscindibile; accertato il quale, sarà possibile configurare un «collegamento» in senso tecnico e, quindi, una interpretazione unitaria della fattispecie.

Secondo la giurisprudenza di legittimità (244), è necessaria sia la ricorrenza di un nesso teleologico fra i negozi (c.d. «requisito oggettivo»), sia la ricorrenza di un comune intento pratico delle parti che – espressamente o implicitamente – perseguono, oltre che gli effetti tipici dei

gestione del piano di ristrutturazione, siffatta caratteristica non può dirsi di per sé essenziale.

(243) In dottrina, *ex plurimis*: R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento. II – Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 279 ss.; C. ARGIROFFI, *Contratti misti, contratti collegati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; A. RAPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; C. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. impr.*, 1999, 127 ss.; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000; E. BATTELLI, *Il collegamento negoziale occasionale*, in *Contr.*, 2008, 134 ss.

(244) Cass., 5 luglio 1991, n. 7415, in *Foro it.*, Rep., *Contratto in genere*, n. 159; Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Giur. it.*, 1994, 1480; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Foro it.*, 1996, I, 2162; Cass., 4 settembre 1996, n. 8070, in *Foro it.*, Rep., 1996, *Contratto in genere*, n. 100; Cass., 27 gennaio 1997, n. 287, in *Foro it.*, 1997, I, 1142; Cass., 25 novembre 1998, n. 11942, in *Fall.*, 1999, 1102; Cass., 22 settembre 2016, n. 18585, in *Giur. civ.*, Mass., 2016.

singoli schemi contrattuali, anche l'ulteriore risultato realizzabile attraverso il collegamento ed il coordinamento di questi (c.d. «requisito soggettivo»); tale per cui, il trattamento giuridico dell'uno risulterà influenzato dall'esistenza e dalle vicende (soprattutto quelle patologiche) che interessano l'altro o gli altri contratti attuativi dell'operazione complessiva. Ragion per cui, lungi dal dare luogo ad un nuovo ed autonomo contratto, il collegamento negoziale individua un meccanismo attraverso il quale le parti «perseguono un risultato economico unitario e complesso», realizzato per il tramite di una coordinata pluralità di contratti che, pur conservando una propria autonomia causale, risultano finalizzati «ad un'unica regolamentazione dei reciproci interessi», poiché il vincolo di reciproca dipendenza non esclude che ciascuno di essi continui a caratterizzarsi in funzione di una propria causa e conservi una individualità giuridica ben distinta da quella degli altri contratti (245).

Per vero, il ricorso alla ricostruzione contrattuale *de qua* presenta diversi punti critici a livello interpretativo, soprattutto con riferimento alla esatta individuazione dell'elemento causale dell'operazione posta in essere.

Con quest'ultimo rilievo si vuole alludere alla nota teoria della c.d. «doppia causa» (o della «causa esterna») che, proprio in riferimento al fenomeno del collegamento negoziale, è stata più volte utilizzata per individuare lo scopo complessivo dell'operazione economica, escludendo dal proprio orizzonte qualsiasi pretesa di *reductio ad unitatem* delle diverse cause negoziali coinvolte, ma attraverso un vero e proprio «affiancamento» alla causa tipica di ognuno dei contratti conclusi con i creditori di un'ulteriore ragione giustificatrice, stavolta concernente la complessiva operazione posta in essere (246).

(245) Cass., 22 settembre 2016, n. 18585, cit. Ragion per cui – continua la S.C. – i relativi accertamenti sulla natura, entità, modalità e conseguenze del collegamento negoziale spetteranno al solo giudice di merito, peraltro attraverso un accertamento di fatto che, se sorretto da congrue ed articolate motivazioni logiche e giuridiche, non è sindacabile in sede di legittimità. Il meccanismo della colleganza tra più contratti dovrà, al contrario, ritenersi come meramente occasionale laddove le singole dichiarazioni, di per sé autonome sotto i profili strutturale e funzionale, risultino solo casualmente riunite, conservando perciò l'individualità propria della tipica fattispecie contrattuale nella quale esse si inquadrano; sicché il loro reciproco collegamento di fatto non influenzerà in alcun modo la disciplina legale applicabile ad ognuno dei singoli rapporti negoziali. Qui, infatti, il collegamento non risulta funzionale al raggiungimento di una finalità pratica ulteriore a quella tipica dei diversi e distinti negozi ai quali le parti hanno dato vita nell'esercizio della propria autonomia negoziale; pertanto, essi non sono concepiti come teleologicamente avvinti da un nesso di reciproca interdipendenza e, di conseguenza, le vicende dell'uno non si ripercuoteranno su quelle dell'altro o degli altri, né potranno condizionarne la validità e l'efficacia.

(246) Tra le pronunce della S.C., vedi in particolare: Cass., 27 gennaio 1997, n. 287, cit.; Cass., 4 settembre 1996, n. 8070, cit.; nonché, Cass., 21 gennaio 2005,

A tal proposito, si è giustamente osservato (247) che, nonostante la summenzionata tesi si connoti per il sicuro pregio di voler rintracciare il fine ulteriore perseguito concretamente dalle parti, attraverso l'indagine sulla sussistenza o meno di un oggettivo nesso teleologico tra i diversi schemi contrattuali ricompresi nell'operazione complessiva, non si possono non segnalare talune criticità dello schema interpretativo della «doppia causa», a cominciare dalle difficoltà insite nella stessa distinzione tra i diversi profili causali coinvolti, nonché dai dubbi relativi alla portata degli effetti del venir meno della causa di un contratto sugli altri contratti ad esso collegati.

Peraltro, è stato criticamente osservato come l'impostazione peccchi anche da un punto di vista terminologico, definendo in termini di «fine ulteriore» il collegamento negoziale che, invece, configura (non già una mera finalità, bensì) la stessa ragione giustificatrice di ognuno dei singoli contratti, a tal punto che, in difetto del loro reciproco collegamento, le parti non li avrebbero nemmeno conclusi (248). Da un punto di vista interpretativo, la soluzione potrebbe essere rinvenuta nella fattispecie di cui all'art. 1362 c.c., che, in sede di interpretazione del contratto ed al fine di determinare la «comune intenzione delle parti», prescrive di andare oltre il mero senso letterale delle parole impiegate nel

n. 1273, in *www.diritto2000.it*, che richiama i propri precedenti appunto orientati alla netta distinzione, nell'ambito del fenomeno del collegamento negoziale, del piano economico da quello giuridico, nel senso che, «pur essendo sostanzialmente unitario l'aspetto e l'interesse economico sotteso all'intera operazione», i singoli negozi vanno interpretati in maniera reciprocamente autonoma, proprio perché forniti di una propria causa negoziale. Ne consegue – a detta dei giudici di legittimità e di una parte della dottrina (: C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 481; A. RAPAZZO, *I contratti collegati*, cit., 154 ss.) –, la necessità di identificare sia la causa parziale dei singoli contratti che quella della dell'operazione complessiva, spostando il generale problema del collegamento negoziale «dal piano strutturale a quello effettuale», quantomeno sotto il profilo della applicabilità o meno delle regole della nullità parziale e dell'eccezione di inadempimento, da interpretare attraverso il criterio guida del «*simul stabunt, simul cadent*».

(247) G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 70 ss. Per un'analisi generale delle criticità insite nel summenzionato approccio ermeneutico, con riferimento specifico all'oggetto della nostra indagine: L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., 118 ss.; I.L. NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, 1142.

(248) Sulle criticità ricostruttive in tema di profilo causale dei contratti collegati, vedi anche V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv., Iudica-Zatti*, Milano, 2^a ed., 2011, 368 ss.: i profili maggiormente problematici del collegamento contrattuale riguardano la configurazione e l'esistenza della causa, nel senso di stabilire se e come uno dei contratti collegati possa trovare una qualche integrazione del proprio elemento causale in quello dell'altro o degli altri negozi collegati; nonché la (connessa) questione della portata delle vicende interessanti solo uno od alcuni dei contratti collegati sugli altri: in particolare, se un contratto, di per sé immune da vizi capaci di pregiudicarne la validità e l'efficacia, possa essere pregiudicato dalla invalidità o dalla inefficacia che colpiscono uno dei rapporti negoziali.

testo dell'accordo, potendo valutare anche il «complessivo comportamento» delle parti, e cioè tutte le forme del loro agire, anche dopo la conclusione del contratto (249).

A ben vedere, le suaccennate difficoltà interpretative delle convenzioni bancarie pluricontrattuali, sembrano poter trovare una più soddisfacente sintesi nel ricorso alla categoria ordinante della «operazione economica» che – discostandosi dal collegamento negoziale, in quanto non limitata al mero profilo della connessione tra più contratti –, si dimostra maggiormente compatibile con l'esigenza di riconnettere reciprocamente atti e fatti giuridici, anche tra di loro eterogeni, implicandone una valutazione interpretativa più flessibile di quella precedente, poiché finalizzata a ricercare un significato economico-giuridico complessivo più ampio di quello scaturente dallo schema ricostruttivo del collegamento negoziale (250).

In termini generali, il riconoscimento del rilievo normativo della operazione economica, lungi dall'attribuire valenza giuridica ad una entità che di per sé non è giuridica, chiarisce come il contratto-operazione economica abbia in sé una valenza normativa che non si esaurisce nelle sole regole espresse dalle singole clausole negoziali, ma che anzi costituisce una fonte di regolamentazione del rapporto, capace di porre regole ulteriori rispetto a quelle direttamente espresse nelle dichiarazioni

(249) Così, N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, 84. Per un'analisi della disposizione codicistica richiamata nel testo, vedi L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, a cura di V. Calderai, Milano, 2^a ed., 2013, 93 ss.; A. GENTILI, *Art. 1362*, in AA. VV., *Comm. cod. civ. Gabrielli, Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta – A. Orestano, Torino, 2011, vol. II, 355 ss.

(250) E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 719: la nozione di operazione economica si identifica in «una sequenza unitaria e composta che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata».

Invero, almeno fino a pochi anni fa, la teoria della «operazione economica» ha spesso conosciuto atteggiamenti scettici nella civilistica italiana: a tal proposito, si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 427 ss. Per una ricostruzione storica delle vicende attinenti al concetto di «operazione economica» in dottrina, D. FARACE, *Appunti sugli elementi costitutivi di un'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 597 ss., che ne individua almeno tre diverse fasi evolutive: una prima, che affonda le sue radici negli anni che videro la preparazione e l'emanazione del codice civile, rispondente ad una teoria «pre-negoziale»; una seconda fase che si innesta negli anni Sessanta e Settanta del XX secolo, con l'inquadramento dell'operazione economica in una teoria definita «pan-negoziale», in quanto presupposto fondamentale del negozio giuridico (e, in particolare, del contratto), rispetto al quale il concetto veniva posto dalla dottrina come, ad un tempo, fondamento ed orizzonte; ed un'ultima fase che, formatasi a cavallo del XX e XXI secolo, ha visto la riflessione sull'operazione economica emanciparsi dalla mera prospettiva contrattuale.

negoziali delle parti (251). D'altra parte, la dottrina ha da tempo segnalato la possibile rilevanza che le circostanze di fatto possono avere rispetto al contratto di per sé considerato, in quanto attinenti alla complessiva situazione in cui questo si inserisce ed opera (252).

L'operazione economica, intesa quale schema strutturalmente unitario, è espressione di un assetto globale d'interessi che va al di là del singolo contratto o del suo collegamento con altri contratti, non sempre capaci di esprimere l'affare nella sua totalità. In quanto strumento concettuale metodologicamente utile per indicare ed indagare fattispecie particolarmente complesse sul piano strutturale, attraverso la lente interpretativa dell'operazione economica si potrebbe scomporre meglio il dato fenomenico e funzionale della convenzione di salvataggio stipulata tra l'impresa ed i suoi creditori bancari, valorizzandone i diversi piani di rilevanza e la maggiore articolazione e ricchezza rispetto a quelle proprie del singolo tipo legale a cui le parti hanno concretamente fatto ricorso (253).

Rispetto al tema dell'inquadramento dell'operazione economica tra le «categorie ordinanti» degli atti di autonomia privata, se dal punto di vista sostanziale la categoria permette di comprendere meglio la ragione concreta del singolo affare (tenendo in debito conto i diversi interessi – individuali e collettivi – coinvolti, anche al di là della riconducibilità dell'atto ad una piuttosto che ad un'altra tipologia contrattuale, nonché dando il giusto risalto alle circostanze di fatto e di diritto che

(251) Così, A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, 61.

(252) Tra i contributi della dottrina civilistica, pur nella varietà delle singole opinioni ed al di là dell'adesione o meno all'impiego diretto della teoria dell'operazione economica nell'ambito del diritto dei contratti, cfr.: G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim*; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, rist. integrata 2004, 238 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, rist. 2007, a cura di G.B. Ferri, *passim*; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 545 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., 705 ss.; nonché G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, 2: il concetto di operazione economica non è solo descrittivo dell'assetto globale degli interessi, ma è anche «qualificante» dello stesso. Sul tema, anche P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 288, il quale già segnalava come il comportamento negoziale costituisse anche «un frammento di una più complessa operazione economica comprensiva anche del profilo esecutivo e di tutta la vicenda patrimoniale realizzata e da realizzare».

(253) In questi termini: E. GABRIELLI, «Operazione economica» e teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013, 86; ID., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio – F. Macario, Milano, 2010, 285. Ragion per cui, va respinto l'orientamento che vede nell'operazione economica una categoria meramente descrittiva e priva di autonoma dignità concettuale, come invece sostenuto da una parte della dottrina: E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 13; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 186.

ne accompagnano la realizzazione, alle caratteristiche soggettive dei contraenti ed ai reciproci rapporti che si vengono ad instaurare, sia *inter partes* che nei confronti di eventuali terzi) (254), dall'angolo visuale sistematico, risulta utile a chiarire come il contratto, lungi dall'essere soltanto la veste giuridica dell'operazione economica, possa rivelarsi esso stesso una vera e propria «realtà economica», capace di incidere sul sistema economico complessivo, nonché sul livello e sulla qualità dell'assetto concorrenziale tra le imprese (255).

Nel concludere queste brevi riflessioni sulla struttura contrattuale delle convenzioni bancarie, è opportuno soffermarsi su di un'ulteriore ipotesi, quella dello schema del contratto bilaterale, quale soluzione adottabile anche a fronte della presenza di più creditori nei confronti di un solo debitore; come confermato, in taluni casi, anche in sede giurisdizionale in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti, a proposito dei quali si è parlato di «contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria», con conseguente riconduzione di tutte le posizioni creditorie all'interno di un unico centro di interessi (256).

Nonostante il ricorso all'architettura contrattuale *de qua* risulti piuttosto raro, l'ipotesi merita di essere (seppur sinteticamente) vagliata poiché caratterizzata da soluzioni applicative differenti da quelle analizzate finora e che, nel caso concreto, potrebbero risultare maggiormente preferibili per gli «attori» dell'operazione di risanamento economico-finanziario dell'impresa debitrice, allorquando i creditori si ritrovino a costituire centri d'interesse giuridicamente rilevanti reciprocamente non confliggenti. Il tema si lega in particolar modo al concetto di «parte soggettivamente complessa», indagato da diversi contributi della

(254) Da questo punto di vista, sembra possibile rintracciare qualche esempio applicativo in tal senso anche nella recente giurisprudenza di legittimità. A tal proposito, vedi Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Corr. giur.*, 2018, 1063, che, in tema di «fideiussioni *omnibus*» ed accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali, vietate ai sensi dell'art. 2, L. n. 287/1990, nell'applicare la sanzione della nullità ai contratti che, stipulati «a valle», risultano costituire l'applicazione di intese illecite concluse «a monte», ha evidentemente valorizzato elementi ulteriori ed «esterni» (ma non per questo irrilevanti), rispetto a quelli inseriti nel regolamento negoziale.

(255) D. FARACE, *Appunti sugli elementi costitutivi di un'operazione economica*, cit., 618; E. GABRIELLI, «Operazione economica» e teoria del contratto, cit., 97 ss. Quest'ultimo A. sottolinea come il passaggio logico-sistematico dal contratto come «atto» al contratto come «operazione economica» possa utilmente collegare la disciplina contrattuale a quella del mercato e della concorrenza. Si pensi alla maggiore sensibilità verso le asimmetrie di potere contrattuale delle parti oppure alla possibilità di attribuire rilevanza ai contratti che, pur collocandosi «a monte» della catena produttiva, producono effetti rilevanti sul contratto del consumatore finale.

(256) Trib. Milano, 11 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 138; Trib. Milano, 24 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, 701.

dottrina civilistica (257), nonostante l'assenza di una normativa generale del fenomeno nel codice civile (258).

In questa sede, si farà riferimento solo alla fattispecie plurisoggettiva dal lato dei creditori, per quanto non sia possibile escludere a priori una configurazione soggettivamente complessa anche (o solo) dal lato del debitore, soprattutto alla luce delle nuove disposizioni riformate che disciplinano espressamente la regolazione della crisi e la liquidazione giudiziale del gruppo d'impresе (artt. 284-292 cod. crisi ins.) (259), in attuazione del relativo principio della legge-delega n. 155/2017, a norma del quale dev'essere prevista, anche in capo alle imprese del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano, «la facoltà di proporre con unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, di ammissione al concordato preventivo o di liquidazione giudiziale»; ferma restando «l'autonomia delle rispettive masse attive e passive, con predeterminazione del criterio attributivo della competenza, ai fini della gestione unitaria delle rispettive procedure concorsuali, ove le imprese abbiano la propria sede in circoscrizioni giudiziarie diverse» (art. 3, comma 1, lett. d) (260).

(257) P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1964, 1345 ss.; G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973; F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974; ID., *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 329 ss.; V. CAREDDA, *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 455 ss.; S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Milano, 2002.

(258) Ciononostante, non mancano talune disposizioni codicistiche che, in qualche modo, richiamano lo schema *de quo*. In tal senso, si pensi alla disciplina dell'esercizio del diritto di riscatto nella «vendita congiuntiva di cosa indivisa» (art. 1507 c.c.), alla responsabilità prevista in caso di «trasporto cumulativo» (art. 1700 c.c.), alla disciplina dettata in caso di mandato con pluralità di mandatari (art. 1716 c.c.), alla revoca del mandato collettivo (art. 1726 c.c.), o ancora, all'art. 1286, comma 3, c.c., dettato in materia di facoltà di scelta nelle obbligazioni alternative.

Per una ricognizione delle disposizioni normative che, quantomeno *prima facie*, sembrano assumere rilievo in materia: S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, cit., 2 ss.

(259) Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h, cod. crisi ins., per «gruppo di imprese», si intende «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che ai sensi degli artt. 2497 e 2545-*septies* c.c. sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: (a) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; (b) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento».

(260) Le succitate disposizioni – che ricalcano sostanzialmente quanto già previsto dalla proposta elaborata dalla Commissione di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo in attuazione della legge delega per la riforma della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza (cfr. la Relazione di accompagnamento di

Premesso che la parte, intesa quale centro d'interessi regolati dal contratto, può essere sia «semplice» che «complessa», a seconda che sia composta da una sola o più persone che manifestano la volontà negoziale concorrendo tutte insieme a costituire l'atto che ne è la risultante finale, occorre aver presente che, se, dal punto di vista «interno», si avrà una pluralità di manifestazioni di volontà tra di loro distinte in quanto facenti capo a soggetti diversi (261), dal punto di vista del profilo «esterno» dell'accordo, quelle stesse manifestazioni tendono ad acquistare un carattere unitario e pertanto appaiono come un'unica manifestazione di volontà negoziale. Ragion per cui, l'eventuale accordo fra i membri (nel caso di specie, la c.d. «convenzione interbancaria»), rimarrà estraneo alla fattispecie del contratto con parte complessa, così come il testo ed il contenuto del suddetto accordo rimarranno estranei al testo ed al contenuto del contratto concluso con l'altra parte contrattuale.

In altri termini, gli istituti bancari e finanziari che concorrono alla stipulazione del contratto con l'impresa realizzano la costituzione di nuovi rapporti giuridici patrimoniali e/o la modificazione o l'estinzione di rapporti giuridici preesistenti (art. 1321 c.c.) proprio nei confronti di quest'ultima. Allo stesso tempo, però, non è possibile negare

R. Rordorf, in *www.osservatorio-oci.org*, pp. 8-9) – vorrebbero porre rimedio alle difficoltà spesso registrate dalla prassi in tema di crisi o insolvenza dei gruppi d'impresa, a fronte dell'assenza di una disciplina capace di considerare unitariamente la realtà imprenditoriale del gruppo d'impresa soggette alla procedura concorsuale. Come si legge nella Relazione di accompagnamento allo schema del codice della crisi e dell'insolvenza (consultabile in *www.dirittobancario.it*), «il connotato tendenzialmente unitario del fenomeno di gruppo ha assunto una valenza maggiore nelle procedure concordatarie tese a garantire il più possibile la continuità aziendale, rispetto alle procedure meramente liquidatorie, in cui è naturalmente destinata a prevalere la visione statica dei diversi patrimoni sui quali i creditori di ciascun soggetto societario hanno rispettivamente titolo per soddisfarsi» [p. 17].

Orbene – rinviando alla lettura dell'articolato dedicato anche ai profili relativi agli obblighi di allegazione documentale ed alle norme dettate in materia di competenza territoriale –, qui interessa sottolineare l'introduzione della possibilità di proporre un ricorso unico tanto in sede di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'intero gruppo, quanto ai fini dell'ammissione (ed eventuale omologazione successiva) del gruppo stesso alla procedura di concordato preventivo, attraverso sia la presentazione di un unico piano concordatario che di più piani tra loro collegati. Si tenga altresì conto che l'applicazione della normativa *de qua* in nessun caso «comporta il venir meno dell'autonomia delle masse attive e passive di ciascuna impresa costituita in forma di società dotata di propria personalità giuridica (né esclude la necessità di votazioni separate da parte dei creditori di ciascuna società)», pur consentendo «di tenere pienamente conto dei riflessi reciproci delle singole operazioni contemplate dal piano e delle eventuali operazioni organizzative infragruppo». Ne consegue, fra l'altro, che anche il requisito del «miglior soddisfacimento» dei creditori dovrà essere accertato avendo riguardo ai creditori di ciascuna singola impresa del gruppo.

(261) L'accordo preventivo fra i membri della parte complessa non è sempre necessario, potendo anzi mancare. Resta ferma, in ogni caso, la rilevanza giuridica dell'accordo interno laddove la violazione da parte di uno dei suddetti membri possa dar vita ad una fattispecie di responsabilità precontrattuale, *ex art.* 1337 c.c.

che tra i membri della stessa parte sorgano altrettanti rapporti giuridici reciproci, da cui derivano conseguenze applicative ulteriori, quali ad esempio la legittimazione (attiva e passiva) alle eccezioni di inadempimento e di insolvenza (artt. 1460 e 1461 c.c.), proponibili tra i soggetti appartenenti alla medesima parte, rilevando non già la qualità di parte del contratto, bensì la titolarità di un rapporto giuridico derivante da un contratto sinallagmatico, come confermato dalla lettura stessa delle summenzionate disposizioni che fanno espresso riferimento a «ciascuno dei contraenti» (262).

2.1. (SEGUE). PROFILI PATOLOGICI DELLA CONVENZIONE BANCARIA DI SALVATAGGIO E RIMEDI CIVILISTICI.

Nel concludere queste riflessioni sugli aspetti contrattuali della convenzione bancaria di salvataggio, è d'uopo soffermarsi brevemente sui possibili aspetti patologici della convenzione, tracciando un quadro sintetico dei rimedi esperibili secondo la disciplina del codice civile.

Principiando dalla prospettiva della struttura contrattuale plurilaterale adottabile dalle parti, occorre premettere che il legislatore ha voluto limitare l'ambito applicativo degli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c. alle ipotesi in cui contratti multilaterali con scopo comune siano interessati da una causa di invalidità o di inefficacia successiva alla loro conclusione e relativa ad uno solo (o comunque ad una parte) dei negozi interessati (263).

Ai sensi dell'art. 1420 c.c., nei contratti conclusi da più di due parti, le cui prestazioni sono dirette a conseguire uno scopo comune a tutte, dall'eventuale causa di nullità che colpisce uno (o anche più di uno) dei vincoli contrattuali non conseguirà la nullità dell'intero contratto, lì dove la partecipazione viziata non debba considerarsi, secondo

(262) Profilo ulteriore è poi quello relativo alla legittimità di uno dei membri di eccepire l'inadempimento di un'obbligazione parziaria (o connessa) della quale sia titolare un altro membro. In senso negativo, vedi C.M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano, 1994, 334, per il quale, nell'ipotesi di obbligazioni parziarie, ciascuno dei debitori è assoggettato solo all'eccezione relativa all'inadempimento della propria quota. Di diverso avviso, altra parte della dottrina: F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 341; L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ., Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 37 ss.; S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, cit., 253 ss.

(263) Invero, autorevole dottrina è arrivata a sostenere che il contratto plurilaterale altro non sarebbe che «un particolare modo di essere dei contratti sinallagmatici»: così, F. GALGANO, *Trattato dir. civ.*, vol. III, a cura di N. Zorzi Galgano, Padova, 3^a ed., 2014, 348, il quale sottolinea come la nozione di «contratto con comunione di scopo», pur avendo avuto l'indubbio merito di avere reso possibile la collocazione dei fenomeni associativi nell'ambito del diritto dei contratti, all'importanza storica e dogmatica del concetto non ha accompagnato una corrispondente rilevanza normativa.

le circostanze, essenziale per il vincolo contrattuale medesimo. A tal proposito si suole discorrere di nullità parziale «soggettiva», in modo da distinguerne la fattispecie dalla nullità «oggettiva», ossia quella che colpisce solo una parte del contenuto di un contratto avente ad oggetto una pluralità di beni (art. 1419 c.c.).

Ai fini dell'applicazione della summenzionata norma (ma anche di quelle di cui agli artt. 1446, 1459 e 1466 c.c., che ad essa si richiamano) (264), il requisito dell'essenzialità della partecipazione sembra poter essere valutato sia in base a un criterio oggettivo, che guardi cioè all'idoneità del contratto a realizzare gli scopi perseguiti dai contraenti, nonostante il venir meno della parte il cui vincolo è colpito da nullità, sia in base ad un criterio soggettivo, e quindi con attenzione alle volontà negoziali.

Diverse potrebbero essere le ipotesi astrattamente configurabili. Si pensi ad un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, 1. fall. che, ancor prima della fase di omologa, veda il venir meno di una delle partecipazioni *ex latere creditoris*, fondamentale ai fini del raggiungimento della soglia prevista del 60% dei creditori aderenti, con la conseguente impossibilità che l'accordo realizzi il risanamento finanziario dell'impresa debitrice attraverso lo strumento concorsuale. O, ancora, si pensi alla nullità che colpisce la partecipazione, stavolta essenziale dal punto di vista soggettivo, di una banca di primaria importanza alla quale era stato affidato l'incarico di avviare e patrocinare l'intervento di salvataggio nel suo complesso, eventualmente anche attraverso l'assunzione della qualità di «banca capofila» nell'ambito del finanziamento *in pool*.

Dall'angolo visuale delle patologie del rapporto, nel caso dell'indempimento delle obbligazioni assunte addebitabile ad una o più parti della convenzione – al di là delle normali conseguenze risarcitorie nei confronti delle altre parti, stante la reciprocità degli obblighi e dei diritti di ciascuno verso tutti gli altri paciscenti –, la possibilità di dar luogo alla risoluzione dell'intero contratto dipenderà dalla qualifica della mancata prestazione in termini di “essenzialità” o meno ai fini del salvataggio, nonché dall'assenza di una eventuale offerta sostitutiva della

(264) A ben vedere, ciascuna delle disposizioni citate risulta scomponibile in due parti: nella prima, viene delineata la complessa ma unitaria fattispecie, individuata per il tramite del *profilo strutturale* («nei contratti con più di due parti») e di quello *funzionale* («in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune»); nella seconda, viene indicata la particolare disciplina dei contratti in oggetto, parzialmente derogatoria rispetto agli ordinari rimedi previsti in caso di difetti genetici e funzionali: M. TUOZZO, *Riflessioni sugli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.*, cit., 139.

prestazione da parte di un'altra delle banche (265); o, al limite, ad opera di un istituto creditore che, seppur estraneo all'accordo già perfezionato, decida di aderirvi successivamente alla sua conclusione, secondo le modalità determinate dal contratto medesimo, dall'organo appositamente costituito per l'attuazione dell'operazione di risanamento ovvero da ognuno dei contraenti originari (art. 1332 c.c.).

Ulteriore espressione del principio di conservazione del contratto (*«utile per inutile non vitiatur»*), l'art. 1446 c.c. prevede la "salvezza" del contratto rispetto all'annullabilità del vincolo di una delle parti, «salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale». Orbene, pur non rinvenendosi (come anche in tema di nullità) alcuna deroga alle fattispecie di annullabilità previste dalle disposizioni generali sul contratto, si profilano talune problematiche legate alla particolare struttura dei contratti plurilaterali ed al rapporto intercorrente con i singoli vizi del consenso.

Si pensi all'eventualità in cui una delle parti della convenzione sia caduta in errore: in tal caso, poiché il rapporto contrattuale intercorre tra più di due parti, ci si è chiesti se debba farsi ugualmente luogo all'annullamento o meno nel caso in cui l'errore sia stato riconosciuto da una delle altre parti del contratto, ma non da tutte. Invero, l'art. 1431 c.c. parla di riconoscibilità del vizio, senza fare menzione alcuna all'eventuale pluralità delle parti: situazione rispetto alla quale l'equilibrato contemperamento degli interessi istituito nella logica del contratto bilaterale non sembra trovare un'adeguata corrispondenza in quello plurilaterale.

In dottrina, se, da un lato, è stata sostenuta la scarsa coerenza dell'attribuzione dell'errore anche a quelle parti del contratto plurilaterale che non abbiano riconosciuto l'errore né avrebbero potuto riconoscerlo (266); dall'altro, si è ricordato come, a ben vedere, il codice non imponga alcun criterio numerico alla questione della riconoscibilità dell'errore, limitandosi a stabilire semplicemente un parametro consistente nella rilevabilità del vizio da parte di una «persona di normale

(265) Per un'analisi dei singoli aspetti patologici del rapporto contrattuale (derivante sia da un contratto plurilaterale che da un fascio di contratti autonomi), ipotizzabili in materia di convenzioni bancarie di salvataggio, si rinvia alla ricostruzione di L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., 187 ss.

(266) Così, V. BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, cit., 559. Nella dottrina più risalente: T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, cit., 24 ss.; F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, cit., 208 ss., per i quali nei contratti plurilaterali l'errore ed il dolo costituiscono causa di annullamento solo in quanto, rispettivamente, il primo sia riconoscibile da tutti i contraenti ed i raggiri per attuare il secondo siano stati posti in essere da tutti i contraenti, o che, per lo meno, ne fossero consapevoli, traendone un vantaggio.

diligenza», con conseguente “insensibilità” della disciplina rispetto al numero delle parti superiore a due (267).

Ai fini dell’annullamento dell’intero rapporto contrattuale plurilaterale, resta ferma, in ogni caso, la necessità dell’essenzialità della partecipazione interessata dal vizio e la valutazione della conoscibilità dell’errore parametrata (non solo alle concrete circostanze in cui detta conoscenza o conoscibilità emerge, ma anche) alle qualità professionali delle parti (art. 1176, comma 2, c.c.). Lì dove il profilo della conoscenza e della conoscibilità sia riferito ai creditori bancari, occorre considerare l’ulteriore profilo per cui questi, svolgendo la propria attività professionale, hanno l’obbligo di adempiere tutte le obbligazioni assunte con la diligenza del c.d. «accorto banchiere» (o «*bonus argentarius*»), non solo riguardo all’attività esecutiva dei singoli contratti, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto od operazione oggettivamente espliciti.

I profili critici brevemente segnalati con riferimento all’errore hanno investito anche il tema del dolo, registrando posizioni differenti sulla rilevanza del vizio di cui agli artt. 1439 e 1440 c.c., nel senso che, se alcuni autori hanno ritenuto sufficiente l’inganno proveniente da una sola delle parti (268), altri ne hanno richiesto la paternità o la conoscenza da parte di tutti ai fini dell’annullabilità del contratto. Fermo il profilo assorbente dell’essenzialità della partecipazione interessata dal vizio ai fini dell’annullamento, il dolo ha rilevanza giuridica solo fra gli autori dell’illecito, e non anche nei confronti delle altre parti del negozio che vi sono rimaste estranee, con salvezza del contratto lì dove il vincolo relativo alla parte vittima del raggirò non debba considerarsi essenziale per gli altri (269).

Infine, per ciò che concerne la disciplina della risoluzione contenuta nelle disposizioni di cui agli artt. 1459 e 1466 c.c., non sembrano sorgere particolari problematiche di coordinamento con le generali cause di risoluzione del contratto, che rimangono quelle previste dagli artt. 1453 e 1463 c.c.: laddove uno dei contraenti si renda inadempiente nei confronti degli altri ovvero una delle obbligazioni dedotte in

(267) B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., 492.

(268) G.B. FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., 682; B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., 492.

(269) E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, XV, 2, diretto da F. Vassalli, Torino, 3^a ed., 1960, 290.

Quanto alla violenza morale, non si registrano particolari questioni, essendo la sua rilevanza giuridica sottoposta alle sole condizioni indicate dall’art. 1435 c.c., con conseguente neutralità della pluralità delle parti e la sufficienza che la minaccia provenga anche da uno solo dei contraenti o da un terzo. Si pensi all’induzione a contrarre secondo condizioni inique sotto la minaccia di un ricorso per fallimento ai danni del debitore.

contratto divenga *medio tempore* impossibile, non si avrà lo «scioglimento» (*rectius*: la risoluzione) dell'intero contratto se la prestazione *de qua* non è da ritenersi essenziale ai fini dell'intera operazione economica perseguita, né la partecipazione al contratto della parte interessata era stata a sua volta considerata essenziale dagli altri contraenti al momento della manifestazione del loro consenso.

Esposti i principali profili di disciplina del contratto plurilaterale, bisogna osservare che la costruzione della convenzione secondo questa struttura vorrebbe dare una soluzione all'originaria contrapposizione degli interessi creditori riconducendoli alla realizzazione di uno scopo comune, così come programmato dal piano economico-finanziario posto alla base dell'accordo. A ben vedere, siffatta "mediazione" dei diversi (e spesso confliggenti) interessi potrebbe però essere realizzata anche attraverso la conclusione di più negozi reciprocamente autonomi e distinti, senza dover necessariamente ricorrere a forme di contrattualizzazione unitaria.

Ciò detto, occorre considerare taluni aspetti critici della convenzione bancaria (270) realizzata attraverso diversi «fasci» di contratti tra di loro collegati, e, più specificamente, quello relativo agli effetti derivanti dalla patologia di uno o più dei rapporti contrattuali dalla stessa contemplati (aspetto, fra l'altro, strettamente connesso a quello concernente il profilo causale dei contratti collegati). Ferma la diversità dei profili soggettivo ed oggettivo dei diversi contratti, ci si è chiesti cosa succederebbe nel caso di inadempimento di una delle parti ad una o più obbligazioni assunte nell'ambito di una stessa convenzione bancaria di salvataggio: se per l'ipotesi di contratto plurilaterale è lo stesso codice civile a fornire una risposta all'interrogativo, infatti, in quella relativa alla fattispecie pluricontrattuale occorrerà contemperare il principio della relatività degli effetti del contratto (art. 1372 c.c.) con l'oggettivo nesso teleologico instaurato tra i diversi rapporti.

Orbene, se l'autonomia dei singoli rapporti instauratisi tra l'impresa debitrice ed ognuno dei suoi creditori bancari esclude qualsiasi tipo di automatismo, al contempo non si può aprioristicamente escludere qualsiasi influenza della nullità od annullabilità di un singolo negozio sulla situazione di fatto concernente gli altri. Ricostruzione che sembra essere confermata dal dato che vuole tutti i negozi del «fascio»

(270) T.M. UBERTAZZI, *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, cit., 358: con il termine «convenzione bancaria», si è soliti riferirsi a due atti tra loro distinti e che possono anche non essere inseriti in un unico documento contrattuale: da un lato, l'accordo tra le sole banche (c.d. convenzione interbancaria) e, dall'altro, appunto l'accordo concluso tra gli istituti bancari e l'impresa (convenzione bancaria, *stricto sensu* intesa).

avvinti da uno stesso reciproco legame tale per cui, alla luce dell'essere tutti funzionali alla realizzazione di un'unica e più ampia operazione economica, le condotte riconducibili ad altri rapporti non potranno non essere rilevanti (anche dall'angolo visuale relativo all'ulteriore profilo della responsabilità extracontrattuale), per i rimanenti rapporti collegati. Si pensi, ad esempio, all'inadempimento di uno dei contratti collegati: se, in linea di principio, detto inadempimento delle obbligazioni non dovrebbe produrre i propri effetti sugli altri rapporti ad esso collegati, inserito nella più ampia operazione di risanamento e ristrutturazione dei debiti, quello stesso inadempimento ben potrebbe integrare un illecito aquiliano causando un danno ad altro creditore dell'impresa in crisi (271).

Chiarita la possibilità che alla pluralità di strutture negoziali corrisponda una unicità di funzione, si deve convenire che l'operazione economica non sempre trova il proprio strumento esclusivo nel solo contratto atomisticamente considerato, in quanto non è detto che esso possa sempre essere in grado di esprimere l'affare nella sua totalità. Ragion per cui, occorre superare lo «schermo formale del singolo atto», proiettando l'interesse dei contraenti nel più ampio contesto dell'operazione da essi realizzata, in modo che lo scopo concretamente perseguito – inteso quale «interesse oggettivamente e consapevolmente» determinato e strutturato dalle parti –, possa risultare maggiormente evidente anche ai fini del controllo di meritevolezza dello stesso, trattandosi evidentemente di un'operazione patrimoniale «a struttura complessa», in quanto composta da una pluralità di accordi oppure da un collegamento tra gli stessi, o ancora da una dipendenza reciproca di rapporti contrattuali, ovvero dalla coordinata realizzazione di una – più o meno ampia – serie di atti e negozi (272).

D'altra parte, ponendosi l'operazione economica sul piano della fattispecie, essa potrebbe risultare funzionale a «superare i confini, spesso troppo «angusti», del singolo contratto, ricomprendendoli al proprio interno, con conseguente applicabilità delle regole ermeneutiche previste dal codice civile in materia di interpretazione del contratto (artt. 1362-1371 c.c.), laddove l'interprete debba qualificare un determinato atto ovvero una certa condotta come elemento costitutivo di un'operazione economica (273).

(271) L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, cit., 187 ss.

(272) G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 254; E. GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, cit., 77 ss.

(273) D. FARACE, *Appunti sugli elementi costitutivi di un'operazione economica*, cit., 618.

3. L'OPERAZIONE BANCARIA DI RISANAMENTO DELL'IMPRESA IN CRISI NEL QUADRO DELLE SOLUZIONI NEGOZIALI NON LIQUIDATORIE. I PARADIGMI DELL'ACCORDO CONTRATTUALE E DELLA DELIBERAZIONE. IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI. LA CENTRALITÀ DELLA FASE DI PIANIFICAZIONE.

Nel quadro dell'attuale sistema concorsuale l'opzione per le c.dd. «soluzioni negoziali» della crisi e dell'insolvenza è tendenzialmente considerata preferibile rispetto all'ipotesi dell'apertura di una procedura pubblica di tipo liquidatorio (274), a patto che dette soluzioni vengano fondate su di un piano di riorganizzazione razionale, economicamente «fattibile» ed attestato, nonché osservante dei parametri fissati *ex lege*, affinché lo stesso ottenga il favore espresso dalla maggioranza del ceto creditorio, ora espressa in forma di consenso alla proposta (come negli accordi di cui agli artt. 182-*bis* e 182-*septies*, l. fall.), ora espressa a séguito di una votazione nell'ambito di un apposito procedimento (come nel caso del concordato preventivo, *ex artt.* 160 ss., ma anche del concordato fallimentare, per quanto, quest'ultimo, finalizzato più propriamente alla chiusura anticipata della procedura fallimentare, ai sensi degli artt. 124 ss., l. fall.).

Dovendo contestualizzare l'operazione di salvataggio da parte delle banche nelle soluzioni legalmente disciplinate della crisi d'impresa, va detto che la negoziazione di una nuova regolazione dei rapporti tra le parti avviene necessariamente attraverso il compimento di attività disciplinate e – più o meno intensamente – procedimentalizzate dalla legge fallimentare, ed altresì sottoposte alla valutazione (a seconda delle fattispecie: preventiva od *ex post*, necessaria o solo eventuale) dell'autorità giudiziaria, alla quale è affidato un controllo di legalità, essendo rimessa direttamente alle parti la valutazione circa la convenienza economica del risanamento.

Soffermando l'attenzione sul diritto non fallimentare della crisi dell'impresa commerciale, occorre osservare come il relativo ambito applicativo sia fortemente caratterizzato dalla scelta negoziale quale stru-

(274) Il legislatore conferma quanto appena osservato anche in ottica di riforma della disciplina: ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a, della legge n. 155/2017, infatti, si legge che, nell'esercizio della delega ivi prevista, il Governo è incaricato del riordino della disciplina della procedura di concordato preventivo, tra l'altro attenendosi al criterio direttivo per cui l'ammissibilità delle proposte che abbiano natura liquidatoria ricorre «esclusivamente quando è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori» e, in ogni caso, laddove il proponente assicuri il pagamento minimo del 20% dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari vantati nei confronti dell'impresa.

mento operativo, nel senso che il perseguimento dell'obiettivo della conservazione dell'impresa trova la propria primaria fonte giustificativa proprio nell'accordo tra i creditori (o, in taluni casi, anche con l'intervento di terzi) e debitore; oppure nell'approvazione, da parte dei primi, della proposta concordataria presentata da quest'ultimo, oppure da una parte degli stessi creditori (c.d. «proposta concorrente»), alle condizioni stabilite dall'art. 163, commi 4-7, l. fall. (275).

Si è osservato che il «contratto» e la «deliberazione», quali paradigmi del diritto negoziale della crisi d'impresa, in quanto sistematicamente incentrati sia sull'esercizio dell'autonomia negoziale da parte dei diretti «protagonisti» della vicenda della crisi d'impresa, che sulla corrispondente disintermediazione giudiziaria, poiché al giudice è attribuito il potere-dovere di verificare e garantire la legalità procedurale e sostanziale della proposta, così come recentemente confermato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione in tema di «fattibilità» del piano concordatario (ma il discorso non cambia in caso di accordo), quale nozione ben diversa dalla convenienza economica della proposta, che spetta ai soli creditori (276).

Nonostante la comune appartenenza, le due modalità attuative della soluzione «non fallimentare» divergono in più punti. Se, da un lato, l'accordo tra il debitore ed i suoi creditori si realizza necessariamente attraverso lo strumento contrattuale, che pertanto sarà legge tra le sole parti dello stesso (art. 1372 c.c.), dall'altro, è generalmente escluso che

(275) È noto che, a séguito del D.L. n. 83/2015, convertito con modificazioni dalla L. n. 132/2015, i creditori che rappresentano almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'art. 161, comma 1, lett. a, l. fall., in sede di ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, «possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori», a meno che il professionista incaricato dal debitore ai fini della presentazione dell'originaria proposta di concordato preventivo non abbia attestato che questa assicura il pagamento di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari (in caso di concordato liquidatorio) ovvero di almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari (in caso di concordato in continuità).

(276) Cass., Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, 1573: la «fattibilità», intesa come una «prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, implica una ulteriore distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica». La verifica della prima spetta sicuramente al giudice, il quale dovrà esprimere un giudizio negativo sull'ammissibilità della proposta quando le sue modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili. È, invece, di competenza esclusiva dei creditori il giudizio in ordine alla «fattibilità economica» del concordato (ma anche dell'accordo di ristrutturazione), posto che questa valutazione consiste in «un giudizio prognostico che comporta margini di opinabilità e possibilità di errore che si traducono inevitabilmente in un fattore di rischio per i soggetti interessati»; è quindi «ragionevole» che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori.

il concordato preventivo possa realizzare un «contratto sulla crisi d'impresa», appartenendo piuttosto alla categoria delle procedure concorsuali (277), per quanto in dottrina non siano affatto mancate ricostruzioni nel primo senso (278). Al contempo, diverso risulta il contesto giuridicamente rilevante in cui la deliberazione si svolge: se il contratto rileva quale manifestazione di un atto di volontà, il cui esercizio è delimitato solo dal perseguimento di interessi leciti e meritevoli (art. 1322 c.c.), la deliberazione a maggioranza dei crediti concorsuali, quale modalità attuativa del concordato, si realizza attraverso l'azione collegiale di soggetti deliberanti, secondo regole prescritte dalla legge.

Ciò detto, parte della dottrina ha avuto modo di sottoporre a critica il principio della relatività degli effetti del contratto quale corollario del dogma della libertà negoziale di contrarre e di determinare, senza vincolo alcuno, il contenuto delle pattuizioni. In particolare, si è disattesa l'impostazione secondo la quale il suddetto principio codicistico individuerrebbe il *discrimen* tra il «contratto sulla crisi d'impresa» ed il concordato preventivo, sottovalutando così il dato normativo per cui è ben possibile una deroga *ex lege* alla portata degli effetti esclusivamente *inter partes* del contratto (art. 1372, comma 2, c.c.).

(277) L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 329 ss.; F. GUERRERA, *La ristrutturazione "negoziata" dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in AA. VV., *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. Barachini, Torino, 2014, 127 ss.; F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 40 ss.: i paradigmi dell'accordo» e del «concordato» trovano nell'autonomia negoziale una matrice comune, in quanto entrambi rilevano quale prodotto di scelte di autonomia operate dal debitore e dai suoi creditori nelle relazioni di mercato. Nonostante le reciproche differenze, i paradigmi risultano connessi nell'opera ricostruttiva di un «unitario diritto non fallimentare della crisi d'impresa», nel senso che è possibile descrivere la struttura effettiva del diritto della crisi d'impresa in termini «binari»: da un lato, la disciplina fallimentare, dall'altro quello relativo agli accordi ed ai concordati.

In termini generali, F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2008, 191: al metodo collegiale si attribuisce la virtù di trasformare la pluralità delle dichiarazioni individuali «in una nuova unitaria volontà», quella collettiva, appunto, diversa sia dal contratto, quale incontro di dichiarazioni individuali, sia dall'atto unilaterale, che consta nella dichiarazione solitaria di un solo soggetto. La ragione ultima di questo modo di concepire la deliberazione sta «nell'esigenza di giustificare il principio di maggioranza: la teoria dell'atto collegiale assolve la funzione di ricondurre questo principio, siccome contrastante con il sistema del diritto privato, retto dall'autonomia del singolo, al principio di unanimità, assunto come coesistente a questo sistema».

(278) L. ABETE, *La natura giuridica del concordato preventivo: prove minime di qualificazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, spec. 223 ss.; M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa, 2017, 31 ss.; V. CONFORTINI, *Il concordato preventivo fra legge del concorso e legge del contratto. Concordati di riorganizzazione societaria e status socii*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 1309.

Dall'angolo visuale della natura concorsuale degli strumenti messi a disposizione dal legislatore a fronte della necessità ed opportunità di superare lo stato di crisi o di insolvenza, va altresì osservato che negli ultimi anni si è assistito ad una graduale convergenza tra le rispettive discipline degli accordi di ristrutturazione e dei concordati preventivi, in particolar modo a séguito dell'introduzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti bancari e finanziari (art. 182-*septies* l. fall.). Il nuovo istituto, pur caratterizzato da una struttura decisionale negoziale, si avvicina, quanto agli effetti, al concordato preventivo, rendendo vincolante l'accordo anche nei confronti dei creditori non aderenti (o comunque dissenzienti), ferma l'osservanza di regole procedurali previste *ex lege* e raggiunta la maggioranza dei consensi (seppur qualificata dei $\frac{3}{4}$) dei creditori appartenenti alla medesima «classe» (*i.e.*, «categoria»), non diversamente da quanto accade nello schema tipico della procedura concorsuale del concordato preventivo (279). Uno schema, fra l'altro, destinato ad essere esteso anche agli accordi c.dd. «ad efficacia estesa» raggiunti con i creditori diversi dagli intermediari bancari e finanziari, e per giunta senza la necessità che gli stessi rappresentino almeno la metà dell'intera esposizione dell'impresa ricorrente (art. 61 cod. crisi ins.).

Da un punto di vista ricostruttivo della disciplina concorsuale, si pensi al possibile percorso “ad X” tra gli accordi *ex art. 182-bis* l. fall ed il concordato preventivo: ferma la compatibilità dei rispettivi presupposti soggettivo ed oggettivo, l'imprenditore che, depositato il ricorso contenente una domanda di concordato preventivo unitamente ai bilanci degli ultimi tre esercizi ed all'elenco nominativo dei suoi creditori con l'indicazione delle rispettive pretese, si è riservato di presentare la proposta, il piano e la documentazione previste *ex art. 161*, commi 2 e 3, l. fall., nel termine assegnato al giudice, potrebbe, in alternativa, depositare domanda di accordo di ristrutturazione, «con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso» (art. 161, comma 6). E viceversa, nel senso della riconosciuta possibilità di sostituire l'accordo di ristrutturazione dei debiti inizialmente prescelto con la domanda di concordato preventivo (art. 182-*bis*, comma 8).

(279) Sul connesso problema della individuazione dei caratteri tipici della procedura concorsuale alla luce della vigente normativa, cfr. M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali*, cit., 83: «si dà una procedura concorsuale nella crisi d'impresa, laddove sia posto il divieto per i creditori di promuovere o proseguire, per un certo tempo, azioni esecutive individuali e sia esclusa, per un certo tempo, la facoltà del debitore di provvedere liberamente all'adempimento delle obbligazioni, all'interno di un circuito giurisdizionale e in un particolare regime di pubblicità».

Per quanto il summenzionato schema rappresenti l'esempio più evidente del progressivo «allineamento» venutosi a creare tra le due soluzioni negoziali della crisi d'impresa, non pochi sono gli ulteriori indici normativi che depongono in tal senso (280).

A titolo esemplificativo, si richiamano le previsioni normative dettate in tema di: documentazione che l'imprenditore in crisi deve depositare ai fini della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione (documentazione individuata attraverso l'espresso richiamo all'art. 161 l. fall., dettato appunto in materia di domanda di concordato preventivo); divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari od esecutive sul patrimonio del debitore ovvero di acquisire unilateralmente titoli di prelazione, dopo la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, secondo il principio già previsto in materia di concordato preventivo (cfr. gli artt. 168 e 182-bis, comma 3, l. fall.); applicazione, ad entrambe le ipotesi di soluzione negoziale, del disposto di cui all'art. 182-sexies, in materia di non operatività temporanea delle regole dettate in materia di riduzione (e necessaria ricostruzione, salvo messa in liquidazione) del capitale sociale (artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-bis, commi 4-6, 2482-ter c.c.).

Da altro angolo visuale, occorre altresì considerare le novità introdotte in materia di prededucibilità dei finanziamenti concessi all'impresa in crisi: si pensi alla possibilità concessa all'imprenditore in crisi di pagare i debiti pregressi per prestazioni di beni o servizi che un professionista attesta essere «essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori», possibilità concessa sia in caso di concordato preventivo, che di accordo di ristrutturazione dei debiti, proprio grazie alla legittimità di far seguire, ad un ricorso per concordato preventivo (anche solo «prenotativo») una domanda ai sensi dell'art. 182-bis, comma 1, con «conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso» (art. 161, comma 6, l. fall.).

Quanto appena ricordato, ha recentemente trovato importanti conferme in alcune pronunce della S.C., incidentalmente intervenute sul tema della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione. A dispetto della consolidata interpretazione orientata a confermare la natura negoziale degli accordi ex art. 182-bis l. fall. (281), secondo i giudici

(280) Per un'analisi delle diverse previsioni normative in tal senso, vedi F. GUERRERA, *La ristrutturazione "negoziata" dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, cit., 128-129.

(281) Trib. Reggio Emilia, 17 ottobre 2017, in *www.dirittobancario.it*; App. Napoli, 26 luglio 2017, cit.; Trib. Milano, 10 novembre 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Verona, 16 febbraio 2015, *ivi*; App. Napoli, 1° dicembre 2014, in *www.unijuris.it*; Trib.

di legittimità, questi, per quanto suscettibili di venire in considerazione come ipotesi intermedia tra le forme di composizione stragiudiziale e le soluzioni concordatarie della crisi d'impresa, individuerebbero un istituto concorsuale annoverabile a pieno titolo tra le procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare (282).

A tal proposito, occorre preliminarmente ricordare che la esclusione della natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione (283) è solitamente argomentata sulla base di taluni indici normativi quali: l'assenza di un organo giurisdizionale o di nomina giurisdizionale che gestisca o controlli l'esecuzione dell'accordo; l'astratta idoneità dell'accordo stipulato tra l'imprenditore ed i suoi creditori a rimuovere le cause della crisi del primo, a prescindere dal successivo intervento del

Bergamo, 19 dicembre 2013, in *IFallimentarista.it*; Trib. Ravenna 10 ottobre 2013, in *www.unijuris.it*; Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, 2275; Trib. Udine, 30 marzo 2012, in *Fall.*, 2012, 881; Trib. Bologna, 17 novembre 2011, *ibidem*, 2012, 594; Trib. Roma 7 luglio 2005, in *Nuovo dir. società*, 2005, 2448.

(282) Per una ricostruzione (minoritaria in dottrina) degli accordi di ristrutturazione nel quadro delle procedure concorsuali: G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 624; G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, l. fall.)*, in *Contr. impr.*, 2011, 11; E. FRASCAROLI-SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., 783 ss.; M. FERRO, *Art. 182-bis*, in AA. VV., *La legge fallimentare*, cit., 2114 ss.; S. DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 549 ss.; F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, cit., 1173; M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali*, cit., 96 ss.; C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione*, Milano, 2016, 166 ss.

(283) Per un'analisi dei diversi profili ricostruttivi dell'istituto nell'ambito della negoziabilità, *ex plurimis*: S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, vol. XI, tomo I, Padova, 2008, 160; (G. FAUCEGLIA -) N. ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, 349 ss.; F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore "estraneo ... ma non troppo"*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 825; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti all'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. impr.*, 2011, 1311 ss.; A. SCOTTI, *Appunti sugli accordi di ristrutturazione dei debiti nella teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, spec. 165 ss.; I.L. NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017, 65 ss.; S. BONFATTI, *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 3; L. LUCCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: una procedura negoziale*, cit., 681 ss.

Per vero, una parte minoritaria della dottrina aveva avanzato la ricostruzione degli accordi *de quibus* quale mera «modulazione» del concordato preventivo, alla luce della collocazione dell'art. 182-bis nel Titolo III della legge fallimentare (appunto dedicato alla procedura del concordato preventivo), a fronte delle parole del legislatore utilizzate nella Relazione di accompagnamento al D.L. 14 marzo 2005, n. 35, nella parte in cui afferma che «il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi d'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa», nonché richiamando la lettera dell'art. 1 l. fall., che menziona le sole procedure del fallimento e del concordato preventivo.

tribunale fallimentare; la limitazione dell'operazione ad una sola porzione del patrimonio aziendale o di rami di esso; il coinvolgimento di una percentuale di creditori che, per quanto rilevante, non deve necessariamente ricomprendere il complessivo indebitamento dell'impresa; la mancata apertura del concorso formale dei creditori, i quali non devono necessariamente essere suddivisi in «classi» e rispetto ai quali non opera l'obbligo di rispettare il principio della parità di trattamento (*par condicio creditorum*) (284).

Nonostante le osservazioni appena riportate, la recente giurisprudenza di legittimità sembra essersi attestata su posizioni diametralmente opposte, sulla base di argomentazioni altrettanto apprezzabili (285): dalle condizioni di ammissibilità al deposito presso il tribunale competente, dalla prevista pubblicazione nel registro delle imprese alla necessità di omologazione; nonché sulla base dei meccanismi di protezione temporanea assicurati al ricorrente ed ai suoi creditori: da un lato, l'esenzione dall'azione revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere in esecuzione dell'accordo medesimo (art. 67, comma 3, lett. e), dall'altro, la prevista prededucibilità dei crediti derivanti dai finanziamenti erogati in esecuzione (o in funzione della presentazione) dell'accordo a séguito della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo o della sua mera proposta (artt. 182-*quater*, 182-*quinquies*) (286).

(284) Che, invero, è solo uno dei modi di attuazione della concorsualità, nel senso che il rispetto della concorsualità potrebbe risultare attuato anche in presenza di modalità differenti di soddisfacimento dei creditori, purché sottoposte al consenso qualificato di questi ultimi.

(285) Sul punto, si rinvia a: Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896, in *www.ilcaso.it*; Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182 e Cass., 25 gennaio 2018, n. 1895, in *Foro it.*, 2018, I, 1275; nonché in *Banca, borsa e tit. credito*, 2018, II, 521, nota di P. VALENSISE, *La "prima volta" della Suprema Corte di Cassazione in merito alla natura degli accordi di ristrutturazione. Sorprese o conferme? Le prospettive della nuova riforma*; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fall.*, 2018, 288, nota di M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni da ristrutturare*.

(286) Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, con nota adesiva di C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Fall.*, 2018, 988 ss.; nonché, in *www.ilcaso.it*, con nota critica di S. BONFATTI *I "cerchi concentrici" della concorsualità e la prededuzione dei crediti ("dentro o fuori"?)*, in *IlCaso.it*, II/690, 25 giugno 2018, 1 ss. Per la S.C., la recente evoluzione della materia, tanto a livello nazionale quanto a livello sovranazionale, avrebbe oramai «reso anacronistico l'approccio tradizionale che individua come profili qualificanti – e quindi indefettibili – della concorsualità elementi quali il costante coinvolgimento del giudice sin dall'inizio della procedura, la previsione di una fase preventiva di ammissione, lo spossamento totale o attenuato del debitore, la presenza di organi di nomina giudiziale, l'universalità oggettiva e soggettiva della procedura ed il tendenziale rispetto della *par condicio creditorum* (cui è andato invero progressivamente sostituendosi l'obbiettivo del miglior soddisfacimento possibile dei creditori)».

Senza contare le ulteriori conferme rinvenibili nella recente normativa europea, che iscrive a tutti gli effetti gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra le procedure concorsuali (287); nonché i già richiamati indici normativi introdotti dalla “miniriforma” del 2012, in materia di trattative «protette» (art. 182-*bis*, comma 8) e di possibile presentazione della domanda di omologazione di un accordo *ex art. 182-bis*, a séguito di ricorso contenente la domanda di concordato preventivo c.d. «prenotativo», con salvezza delle tutele previste dalla legge per quest’ultimo (art. 161, commi 2-3, 6, 1. fall.).

Proprio alla luce di quanto sinora detto, si è interpretata la volontà legislativa di stabilire una vera e propria «osmosi fisiologica» fra gli strumenti dell’accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo, tanto da far osservare alla S.C. come ormai la sfera della concorsualità possa essere descritta «come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell’autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all’orbita più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti), passando attraverso le altre procedure di livello intermedio, quali la liquidazione degli imprenditori non fallibili, le amministrazioni straordinarie, le liquidazioni coatte amministrative, il concordato fallimentare, il concordato preventivo, gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento degli imprenditori non fallibili, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria»; queste ultime, peraltro, destinate a vedersi riconosciuta una disciplina

In dottrina: F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fall.*, 2013, 1173 ss.; M. ARATO, *Gli accordi della ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell’Insolvenza*, in *Il-Caso.it*, II/725, 9 ottobre 2018, 1 ss.; M. FABIANI, *Dal codice della crisi d’impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno*, *ivi*, II/731, 14 ottobre 2018, 1 ss.; ID., *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2018, 288 ss.

(287) Il riferimento è soprattutto all’art. 1, Regolamento (UE) 2015/848, in materia d’insolvenza transfrontaliera, il quale individua le «procedure concorsuali pubbliche» disciplinate dalle norme in materia di insolvenza con rinvio a quelle elencate come «procedure d’insolvenza» nel proprio “Allegato A”, ove, per l’Italia, figurano appunto anche gli accordi di ristrutturazione; nonché all’art. 2, comma 1, del medesimo regolamento europeo, che, in punto di definizioni, precisa che «[a]i fini del presente regolamento, si intende per: 1) «procedura concorsuale», una procedura che comprende tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura; [...]». Ma si pensi anche alla Raccomandazione del 13 marzo 2014, n. 135 della Commissione europea ed alla recente Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio europei del 22 novembre 2016, che più volte parlano di «procedure di ristrutturazione dei debiti».

con portata generale in materia di accordi di ristrutturazione del debito (art. 5, comma 1, lett. a, L. n. 155/2017) (288).

Resterebbero fuori dal suddetto «perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma riorganizzazione dell'impresa, come i piani attestati di risanamento, e gli accordi di natura esclusivamente stragiudiziale, che non richiedono nemmeno un intervento giudiziale di tipo meramente omologatorio» (289).

A tal proposito, la configurazione del piano di risanamento attestato (art. 67, comma 3, lett. d) in senso privatistico è pacifica, in quanto la soluzione della crisi ivi prevista e disciplinata non richiede alcun intervento da parte dell'autorità giudiziaria, né in sede di valutazione preventiva né in sede di controllo attuativo. Pur trattandosi tecnicamente di un atto unilaterale dell'imprenditore (a tal punto che non è possibile escludere nemmeno l'eventualità che questo venga concepito internamente all'impresa e costituisca una programmazione totalmente privata della risoluzione della crisi, svincolata da qualsiasi controllo e valutazione esterna), infatti, il piano attestato inerisce all'ampio *genus* delle c.dd. «convenzioni stragiudiziali» (290), poiché le attività in esso programmate sono per lo più attuate a mezzo di atti e negozi giuridici finalizzati alla realizzazione della composizione del debito (291): il «piano di risanamento», propriamente detto, finisce per rappresentare il documento di sintesi in cui confluiscono tutte le scelte operative da

(288) Quanto ai caratteri della «cifra della moderna concorsualità», residuerebbero appena tre «profili minimali»: una qualsivoglia forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quanto meno protettive (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo; una qualche forma di pubblicità, quale «minimo comune denominatore» delle procedure concorsuali in quanto tali (e, non a caso, presente nella disciplina degli stessi accordi *ex art. 182-bis*, quantomeno a séguito delle modifiche introdotte dal D.L. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla L. n. 134/2012).

(289) Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, cit. che, così argomentando, ha considerato applicabile analogicamente agli accordi di ristrutturazione la disposizione contenuta nell'art. 162, comma 1, l. fall., in ordine al potere discrezionale del tribunale di concedere al debitore un termine per l'integrazione della proposta e del piano concordatario.

(290) In tal senso: Cass., 23 maggio 2014, n. 11497; Cass., 5 luglio 2016, n. 13719; Cass., 25 gennaio 2018, n. 1895, in *www.ilcaso.it*. In dottrina, G. IVONE, *Le nuove regole per il superamento della crisi di impresa*, cit., 170: nonostante il carattere atecnico della terminologia utilizzata dal legislatore, la formula «piano di risanamento» si riferisce al contratto, od al complesso di contratti tra loro causalmente collegati, con i quali il debitore rinegozia la propria esposizione debitoria in vista del risanamento economico dell'impresa ed il suo recupero finanziario.

(291) Cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 87: il contratto rileva quale momento «secondario» e «sovrastrutturale» della intera attività di superamento della crisi d'impresa, finalizzato all'attuazione giuridica di una ben determinata pianificazione di carattere aziendale che è la base razionale su cui poggia quella stessa attività giuridica.

realizzare ai fini del risanamento, così come stabilito contrattualmente con i creditori nell'ambito della convenzione bancaria (292).

Orbene, a differenza degli accordi e dei concordati meramente liquidatori, i cui obiettivi non vanno al di là del soddisfacimento (percentuale o per l'intero) dei creditori, pur potendo prevedere la temporanea prosecuzione delle attività d'impresa, nelle operazioni di risanamento dell'impresa in crisi, la ristrutturazione del debito si inserisce in un più ampio processo di riorganizzazione delle attività d'impresa (altrimenti detto: «*turnaround*») (293), finalizzato a modificarne stabilmente la c.d. «formula imprenditoriale» (294). Al netto delle differenze esistenti tra i diversi strumenti di legittima fuoriuscita dalla crisi (giudiziali od extragiudiziali; in continuità o liquidatori; *etc.*), l'aspetto comune di qualsiasi operazione di soluzione della crisi si riflette nella corretta ed efficace predisposizione di un piano economico-finanziario di

(292) Alla luce di quanto specificato in precedenza, deriva l'impossibilità di applicare alla composizione negoziale della crisi *ex art. 67*, comma 3, lett. d, l'istituto della prededuzione di cui all'art. 111, comma 2, l. fall., soprattutto per i crediti professionali maturati «in occasione o in funzione» del risanamento, facendo riferimento, la citata norma, esclusivamente alle «procedure concorsuali». È d'uopo segnalare che parte della dottrina non ha mancato di esprimere più di un dubbio a livello interpretativo, avanzando la proposta di riconsiderare i rapporti tra l'esenzione dall'azione revocatoria e l'attribuzione della prededucibilità del credito, nel senso di dichiarare esenti dall'azione revocatoria fallimentare i crediti soddisfatti prima dell'apertura del fallimento e di attribuire collocazione prededucibile nell'ambito dello stesso ai crediti insoddisfatti al momento della sua apertura. In quest'ultimo senso, cfr. C. COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededucibilità nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 536; nonché S. BONFATTI, *La natura giuridica dei "piani di risanamento attestati" e degli "accordi di ristrutturazione"*, in *IlCaso.it*, II/1001, 31 gennaio 2018, 11-12, il quale osserva criticamente la possibilità di trattamenti differenziati e censurabili: si pensi ad es. al pagamento del credito di un professionista, derivante dall'espletamento di attività funzionali all'esecuzione di un piano *ex art. 67*, comma 3, lett. d, l. fall., sottratto all'azione revocatoria nonostante il fallimento imminente e la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'imprenditore; ed al mancato pagamento dello stesso tipo di credito che, a séguito dell'apertura della procedura fallimentare, non verrebbe collocato in prededuzione, ma anzi soggiacerebbe alla falcidia fallimentare, con assoggettamento al concorso.

(293) Sul tema, G. BERTOLI, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, 2000, 11 ss.; L. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, 155 ss.: l'espressione *turnaround* è adottata per descrivere quei processi sistematici di risanamento e rilancio delle imprese che si trovino in quelle tipiche fasi negative di tipo strutturale che, in ambito economico, si è soliti indicare con i termini di «declino» e di «crisi», a cui corrispondono fasi critiche della vita dell'impresa di diversa intensità. Su quest'ultimo aspetto, vedi *infra*, Cap. III, par. 3.

(294) Sul concetto di «formula imprenditoriale» quale un modello di rappresentazione della strategia aziendale in avviato funzionamento, si rinvia a V. CODA, *L'orientamento strategico dell'impresa*, Torino, 1988, 72 ss.: con essa si mette a fuoco il disegno strutturale delle relazioni impresa-ambiente e del connesso sistema di attività correnti, per quanto la formula non consenta di descrivere la dinamica della strategia, ossia i processi di rinnovamento che l'impresa pone in essere.

intervento che ne rappresenti la formalizzazione quantitativa e qualitativa, e la cui valutazione è prima compiuta individualmente dalle singole banche e poi, laddove positiva, ricondotta ad unità di condivisione in sede collettiva con gli altri istituti coinvolti.

Il suddetto «piano» o «programma» operativo – diverso, per struttura e finalità, da quello contemplato dall’art. 104-ter l. fall., dettato in materia di esecuzione programmata della liquidazione fallimentare ad opera del curatore (295) – assume una centralità, oltre che tecnica, anche normativa, a prescindere dalle finalità dell’intervento concretamente perseguito siano orientate alla ristrutturazione del passivo nell’ottica del risanamento, oppure alla proficua liquidazione e riallocazione sul mercato degli *assets* aziendali del debitore. Al contempo, altrettanta importanza strategica potrebbero rivestire, ai fini della concreta realizzazione del risanamento dell’impresa debitrice, la “flessibilità” del piano medesimo, in relazione alle programmate modalità attuative, ai tempi ed alla misura del soddisfacimento delle pretese creditorie (296), l’eventuale ambito di riservatezza nel quale realizzare la ristrutturazione, le modalità – più o meno articolate – di formazione del consenso dei creditori, la portata economico-giuridica delle obbligazioni assunte dai vari *stakeholders*, la necessità della prestazione di nuove garanzie, le modalità attuative della discontinuità della gestione, *etc.* (297).

(295) A ben vedere, il programma di liquidazione predisposto dal curatore fallimentare ed approvato dal comitato dei creditori si configura come essenzialmente liquidatorio e recuperatorio (collocazione sul mercato dei beni aziendali del debitore, promozione di eventuali azioni per il risarcimento danni, esercizio dell’azione revocatoria degli atti, pagamenti e garanzie prestate precedentemente alla dichiarazione di fallimento, nei limiti di cui agli artt. 64 ss., l. fall., *etc.*); a nulla rilevando la pur apprezzabile previsione normativa che permette di disporre l’esercizio provvisorio dell’impresa o di suoi singoli rami, ovvero di autorizzare l’affitto dell’azienda o di suoi singoli rami a terzi (artt. 104 e 104-bis, l. fall.). Non a caso, le disposizioni appena richiamate si riferiscono inequivocabilmente alla utilità derivante dalla «più proficua vendita dell’azienda o di parti di essa», e prevedono in capo al comitato dei creditori la possibilità di richiedere al giudice delegato la cessazione dell’esercizio provvisorio nel caso in cui non si ravvisi più «l’opportunità di continuare l’esercizio provvisorio».

(296) Cfr., M. NOTARI, *Le soluzioni negoziali*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 3^a ed., 2017, 115 ss.; F. MACARIO, *L’esecuzione dei concordati e degli accordi di ristrutturazione*, in AA. VV., *Il diritto dell’impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. Barachini, Torino, 2014, spec. 175 ss.

(297) Per quanto l’ampia varietà delle situazioni di crisi nelle quali può trovarsi un’impresa scoraggi qualsiasi tentativo di catalogazione generale, è possibile osservare come le probabilità di riuscita del risanamento risultino particolarmente influenzate dalla capacità del sotteso *business plan* di prevedere sin da subito un complesso coerente e chiaro di scelte operative, nonché di pianificare una programmazione flessibile (cioè reattiva ai possibili discostamenti dall’originaria pianificazione, eventualmente

In ogni caso, è evidente che la scelta per gli strumenti contrattuali (accordi stragiudiziali, piani attestati di risanamento, accordi di ristrutturazione, «comuni» o «speciali») piuttosto che per quello concordatario-deliberativo (concordato preventivo, «in continuità» o parzialmente liquidatorio), condizionerà la struttura e gli effetti della ristrutturazione medesima, per quanto, a bene vedere, nessuno degli strumenti normativi attualmente offerti all'imprenditore ed ai suoi creditori per la soluzione negoziale della crisi è in grado di poter soddisfare tutti i parametri sinteticamente esposti in precedenza (298).

Alla luce della progressiva «tipizzazione» dei processi di risanamento d'impresa attuatisi a séguito dei continui interventi di (mini)ri-forma di questi ultimi tre lustri, rimane escluso dal perimetro di questa ricerca il ricorso alla negoziazione di operazioni stragiudiziali di risanamento diverse da quelle fondate sulla base di un piano attestato di risanamento.

intervenuiti durante la sua fase attuativa) ed una adeguata manovra finanziaria prevista a supporto delle scelte risanamento, cui dare, fra l'altro, una tempestiva realizzazione.

(298) Rispetto alla procedura di concordato preventivo, se, da un lato, essa sicuramente offre il più alto grado di stabilità degli atti posti in essere nel tentativo di salvataggio dell'impresa (ad es. esenzione dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie poste in essere in esecuzione dello stesso, prededucibilità dei crediti sorti dal c.d. «finanziamento alla crisi», esclusione della responsabilità penale, *ex art. 217-bis l. fall.*), dall'altro, non offre quelle altrettanto sentite garanzie di tempestività e riservatezza dell'accordo, con conseguenze spesso negative anche nei rapporti con la clientela dell'imprenditore in concordato preventivo.

L'opzione per gli accordi di ristrutturazione (cfr. artt. 182-*bis* e 182-*septies*, l. fall.), pur offrendo maggiori garanzie di riservatezza, conoscono un ambito di protezione più circoscritto rispetto al concordato preventivo quanto ai diritti scaturenti dal piano di risanamento (soprattutto laddove questo preveda l'erogazione di nuovi finanziamenti), e ben potrebbero comportare tempi di attuazione non sempre così celeri, soprattutto nel caso in cui si dovesse optare per un accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari, caratterizzato da una serie di vincoli, soprattutto informativi e procedurali, che non sembrano garantire un'evidente celerità, quantomeno nella fase di formazione dell'accordo.

Senza considerare che, nel caso si dovesse optare per una soluzione stragiudiziale sorretta dal piano attestato di risanamento *ex art. 67*, comma 3, lett. d, l. fall., alla libertà di determinazione dei contenuti dell'accordo e della scelta dell'altra parte contrattuale (che in ipotesi potrebbe anche essere rappresentata da un soggetto terzo rispetto ai creditori dell'impresa), farebbero da contraltare una minore ampiezza delle tutele da parte dell'ordinamento (sostanzialmente derivanti dalla mancata previsione di una fase giudiziale e dalla facoltatività della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese), il possibile intervento di una dichiarazione di insolvenza e, soprattutto, l'impossibilità di contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall. (ovviabile tutt'al più con la prestazione di idonee garanzie), essendo prevista la sola esenzione dall'azione revocatoria fallimentare degli atti, dei pagamenti e delle garanzie concesse sui beni del debitore in esecuzione dello stesso, oltre alla (conseguente) esclusione dell'applicabilità di talune fattispecie di bancarotta, ai sensi dell'art. 217-*bis* l. fall.

Va rilevato che l'ipotesi di un accordo stragiudiziale «puro», quale operazione contrattuale atipica connotata dalla presenza del fine di risanamento dell'impresa quale causa negoziale, la cui meritevolezza di per sé può dirsi pacifica (1322, comma 2, c.c.) (299), sembra oramai confinata ai casi in cui le crisi siano caratterizzate da un livello contenuto di indebitamento e da un'alta concentrazione soggettiva dei crediti vantati nei confronti dell'impresa; elementi che, di fatto, potrebbero condurre a valutare poco conveniente l'attivazione dei meccanismi concorsuali di cui alla legge fallimentare, soprattutto dal punto di vista delle tempistiche e dei costi connessi (300). D'altra parte, il possibile ricorso all'accordo stragiudiziale sembra particolarmente rinvenibile nelle ipotesi di momentanee tensioni finanziarie da parte delle imprese non fallibili, in quanto non interessate dal perimetro applicativo della disciplina della revocatoria fallimentare.

Dall'angolo visuale del creditore bancario, non si deve trascurare un ulteriore dato, stavolta legato ai rischi della responsabilità per concessione abusiva del credito: qualora il finanziamento fosse erogato nell'ambito delle tipiche soluzioni negoziali della crisi d'impresa e con l'osservanza della normativa appositamente dettata dal legislatore, il rischio di siffatta responsabilità, a séguito della dichiarazione di fallimento, risulterebbe pressoché nullo, soprattutto nelle fattispecie per le quali opera l'istituto della prededuzione dei crediti. Al contrario, agendo al di fuori degli strumenti tipici di soluzione concordata della crisi d'impresa, le banche correrebbero il rischio di una siffatta responsabilità, proprio in considerazione del *favor* espresso dal legislatore per il ricorso ai meccanismi trasparenti di composizione della crisi da parte dei soggetti coinvolti dalla vicenda della crisi d'impresa (301).

(299) L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio dell'impresa in crisi*, cit., 130 ss.; R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali. Verso un diritto europeo del risanamento delle imprese in crisi*, Torino, 2016, 32: gli accordi stragiudiziali puri, finalizzati a rimodulare il contenuto dei contratti in corso di un imprenditore che si trovi in uno stato di temporanea difficoltà, «non possono essere definiti tipici, non essendovi traccia, nel nostro ordinamento, di una disciplina generale del *genus* contratti di salvataggio delle imprese in crisi», potendosi tutt'al più parlare di «contratti di secondo grado», in quanto caratterizzati dalla volontà di modifica o di integrazione di rapporti contrattuali già in essere.

(300) In generale, sulla incidenza dei costi nell'ambito della scelta dello strumento procedurale o negoziale di soluzione della crisi e d'impresa: M. FABIANI, *La variabile dei costi nei procedimenti di regolazione della crisi*, in *Fall.*, 2017, 1091 ss.

(301) In questi termini, D. VATTERMOLI, *Il creditore-banca nelle soluzioni della crisi*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2015, I, 204. Secondo l'A., sarebbe assurdo se, qualora il tentativo di soluzione negoziata della crisi non riuscisse ad evitare l'apertura del fallimento, con riferimento ai finanziamenti erogati dalla banca in attuazione del piano di risanamento si parlasse di responsabilità per concessione abusiva del credito, poiché in tal caso si avrebbe un sistema nel quale uno stesso comportamento viene, per

A conclusione di quanto esposto, è necessaria un'ultima precisazione in relazione agli strumenti di legittima fuoriuscita dallo stato di crisi che verranno presi in considerazione in questa sede. Le numerose affinità esistenti tra l'accordo stragiudiziale fondato sul piano attestato di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti (*in primis*, a livello contenutistico), nonché la presenza in entrambi di un fondamentale momento negoziale (che, per lo meno nel primo caso, riflette la natura giuridica privatistica dell'istituto), ne suggerisce una considerazione disgiunta rispetto alla procedura di concordato preventivo, nell'ambito del quale, come già detto, la posizione del singolo creditore viene in considerazione nella sua dimensione di componente di un gruppo.

A ben vedere, avendo circoscritto l'oggetto del presente capitolo alle convenzioni negoziali tra l'impresa ed il solo ceto creditorio bancario, concluse ai fini del salvataggio della prima e nella prospettiva della sua continuità aziendale, non sempre potrebbe ricorrersi allo strumento del concordato preventivo; per quanto non sia affatto raro che l'elaborazione del piano di *turnaround* e della connessa proposta da sottoporre all'approvazione dei creditori in sede di adunanza *ex artt.* 174 ss. 1. fall., vengano sottoposti ad un preventivo ed informale vaglio proprio da parte del ceto creditorio bancario e/o finanziario.

Da un punto di vista di legittimazione attiva, la proposta di concordato preventivo rimane in capo al solo imprenditore in crisi, nonostante la recente introduzione della possibilità di presentare una «proposta concorrente» da parte dei creditori che rappresentano almeno il 10% crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata *ex art.* 161, comma 2, lett. a, 1. fall. (proposta, infatti, sottoposta alla duplice condizione della preventiva presentazione del ricorso da parte del debitore e della mancata attestazione circa il pagamento, assicurato da quest'ultimo, «di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-*bis*, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari»: *art.* 163, commi 4 e 5, 1. fall.). Inoltre, difficilmente gli altri creditori approveranno un piano di risanamento che contempli quasi esclusivamente la posizione dei creditori bancari a discapito della

un verso, riconosciuto come legittimo e meritevole di una disciplina di favore, e, per l'altro, ritenuto connotato da anti-giuridicità, tanto da esporre il suo autore ad un'azione di risarcimento per i danni eventualmente patiti dagli altri creditori. Cfr. anche F. BONELLI, «*Concessione abusiva*» di credito e «*interruzione abusiva*» di credito, in AA. VV., *Crisi d'impresa: casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, 2011, 255, che sottolinea come l'eventualità di una responsabilità per la lesione del diritto di credito sia, alla prova dei fatti, «più un timore che una realtà».

propria, a meno che quest'ultimi non si obblighino a ripianare (direttamente, mediante nuovi finanziamenti e/o indirettamente, attraverso l'assunzione di altri sacrifici patrimoniali e finanziari) i debiti dell'impresa nei confronti di tutti gli altri creditori.

Infine, non va dimenticato che l'eventualità di un concordato preventivo non liquidatorio ed in continuità (diretta od indiretta) rimane solo una delle opzioni percorribili; per quanto, nell'ottica della riforma prossima ventura, l'intenzione è quella di fare della proposta liquidatoria, l'eccezione e non più la regola. Più in particolare, il nuovo codice mira ad incentivare il superamento della crisi o dell'insolvenza proprio attraverso proposte che contemplino la continuità delle attività d'impresa, con salvaguardia del valore dell'impresa e, «tendenzialmente», dei livelli occupazionali e del soddisfacimento dei creditori, limitando la fattispecie liquidatoria solo nei casi in cui l'operazione veda l'intervento finanziario dei terzi, capace di «incrementare di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario» (art. 84, comma 4, cod. crisi ins.) (302).

4. LA RICOSTRUZIONE DEL PROFILO CAUSALE DELL'OPERAZIONE DI SALVATAGGIO BANCARIO, NELL'ALTERNATIVA TRA RISANAMENTO E RISTRUTTURAZIONE, CONTINUITÀ E LIQUIDAZIONE.

La ricostruzione negoziale degli accordi di salvataggio bancario dell'impresa in crisi e di ristrutturazione della sua debitoria qui proposta, non può prescindere dall'analisi del profilo causale di siffatte operazioni, chiedendosi inoltre se sia possibile individuarne una comune ragione economico-giuridica unitaria, a prescindere dagli strumenti concorsuali concretamente utilizzati e dall'architettura contrattuale prescelta, oppure no. Non diversamente da quanto si avrà modo di accennare con riferimento all'oggetto dell'accordo *de quo*, le difficoltà ricostruttive del profilo causale sembrano doversi addebitare, in prima

(302) «Solo a questa condizione, infatti, il concordato, che rappresenta indubbiamente un vantaggio per l'imprenditore – il quale mantiene l'amministrazione dei propri beni ed è esposto a rischi più limitati sotto il profilo della responsabilità penale – diviene conveniente anche per i creditori, i quali otterrebbero altrimenti dal concordato addirittura meno di quanto potrebbero conseguire dalla liquidazione giudiziale, attesi i maggiori costi che la procedura di concordato comporta»: così, la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di attuazione della Legge 19 ottobre 2017, n. 155 [p. 12].

battuta, all'assenza di una definizione normativa di «causa del contratto», nonché ad un orientamento spesso «ondivago» della giurisprudenza (303) ed alle diverse «stagioni» della dottrina sul tema. Difficoltà alle quali si è recentemente affiancato (soprattutto a livello europeo) un clima di sostanziale indifferenza rispetto al principio ed al ruolo normativo della causa, di cui si predica ormai il superamento (304).

È noto il silenzio sul punto da parte del codice civile, nonostante l'inclusione della causa tra gli elementi essenziali del contratto ed il dettato di una disciplina generale dedicata alle ipotesi della contrarietà della causa alle norme imperative, ordine pubblico e buon costume (art. 1343 c.c.), della sua fraudolenta utilizzazione al fine di eludere l'applicazione di norme imperative (art. 1344 c.c.); nonché della illiceità del motivo comune alle parti del negozio (art. 1345 c.c.) (305). Disposizioni la cui rilevanza applicativa si lega in particolar modo con quanto disposto dall'art. 1418 c.c., a norma del quale, l'eventuale contrarietà della causa negoziale alle norme imperative, la mancanza della stessa o la presenza di un motivo illecito comune alle parti e determinante il loro consenso, comportano la nullità dell'intero accordo (306).

A ben vedere, il profilo di maggiore criticità in materia risulta essere proprio quello relativo alla corretta individuazione della causa contrattuale, e quindi del suo concreto accertamento alla luce degli inte-

(303) Così, G. ALPA, *La causa e il tipo*, in AA. VV., *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno – E. Gabrielli, *I contratti in generale*, Torino, 2006, vol. I, 562.

(304) Com'è noto, il riferimento è soprattutto ai «*Principles of International Commercial Contracts*», ai «*Principles of European Contract Law*» (che, all'art. 2:107, riconoscono efficacia vincolante alla mera promessa), nonché al «*Draft Common Frame of Reference*» (che, in maniera ancor più esplicita dei primi due testi, considera validamente concluso il contratto a fronte del solo intento di obbligarsi ed alla presenza di un accordo sufficiente, «without any further requirement»). Per quanto si tratti di testi non aventi valore normativo, l'influenza culturale e legislativa degli stessi non può essere messa in discussione (come sembra testimoniare il recente intervento riformatore della disciplina delle obbligazioni del Code Civil francese). In tema, U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in AA. VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 246 ss.; M. BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 939 ss.

(305) Profilo, invero, strutturalmente non proprio inerente a quello della causa contrattuale.

(306) Sul punto, F. GAZZONI, *Manuale dir. priv.*, Napoli, 18^a ed., 2017, 816-817: il legislatore del '42 ha chiaramente utilizzato il termine «causa» come sinonimo di «tipo contrattuale», dando vita così ad una commistione concettuale che fu fonte di notevoli equivoci nella dottrina e giurisprudenza degli anni successivi. Su quest'ultimo aspetto, l'A. richiama proprio il disposto dell'art. 1418 c.c. ed il rinvio allo stesso operato dall'art. 1325 c.c., osservando come, piuttosto che di assenza della causa, dovrebbe parlarsi di assenza del tipo.

ressi perseguiti dalle parti, non potendosi limitare l'analisi interpretativa della operazione negoziale ai soli profili oggettivi (307). In termini generali, infatti, la «causa» individua la ragione giustificativa del contratto, l'elemento («essenziale», ex art. 1325, n. 2) che ne restituisce il senso razionale alla luce dell'ordinamento giuridico (308), per quanto, com'è noto, il dibattito dottrinale attorno al tema ha assunto, sin dagli anni immediatamente successivi all'emanazione del codice civile, una dimensione spesso ideologica (309), conseguente soprattutto alla scelta legislativa di configurare in senso «oggettivo» l'elemento causale quale funzione economico-sociale che l'ordinamento giuridico riconosce come giustificatrice della tutela apportata alla stipulazione intesa come atto esplicativo dell'autonomia privata.

Proprio partendo da quest'ultima impostazione, un'autorevole dottrina (310) ebbe modo di formulare la c.d. «teoria oggettiva della causa negoziale», in forza della quale vi si sarebbe dovuta leggere la funzione sociale dell'intero negozio, ossia la sintesi degli stessi elementi costitutivi dell'accordo; fra l'altro, sull'assunto per cui, tanto i diritti soggettivi, quanto i poteri di autonomia privata, devono essere esercitati in maniera tale da non contrastare con la funzione sociale a cui essi sono in ultima analisi rivolti –, nella causa. Nell'ottica di siffatta impostazione – per lungo tempo adottata dalla stessa giurisprudenza di legittimità (311) –, la causa è stata configurata come il risvolto sociale

(307) Cfr., C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 258: guardare alla causa in concreto, vuol dire indagare il significato di ciò che le parti hanno concordato alla luce del dettato normativo, vuol dire tener conto «della ragione pratica dell'affare»; A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 237: l'espressione «causa concreta» designa la funzione che un determinato contratto tipico appare idoneo a realizzare. La valorizzazione del correlativo concetto, porta perciò «ad attribuire rilevanza, in chiave funzionale, allo specifico assetto di interessi divisato dai contraenti».

(308) Così, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 341; R. SACCO (-G. DE NOVA), *Il contratto*, cit., 792 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 187, che parla della causa come «funzione» del contratto; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 447 (: la causa è l'«interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare», attraverso la realizzazione del programma contrattuale (ovvero dell'oggetto del contratto).

(309) G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 127 ss.

(310) E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1955, rist. 2002, Napoli, 170 ss.; ID., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1957, 32 ss. Per vero, l'A. non mancava di segnalare come all'aspetto oggettivo della causa facesse pur sempre riscontro il suo riflesso soggettivo, trattandosi di due profili logicamente e reciprocamente correlati.

(311) A titolo esemplificativo: Cass., 15 febbraio 1963, n. 331, in *Giust. civ.*, 1963, I, 736; Cass., 7 aprile 1971, n. 1025, in *Foro it.*, 1971, 2574; Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Dir. fall.*, 1995, II, 553; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2761; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Foro it.*, Rep., *Contratto in genere*, 2003, n. 375.

della stessa autonomia privata (c.d. «funzione economico-sociale tipica»), risultato della combinazione e riconduzione ad unità degli elementi necessari alla valida costituzione del vincolo contrattuale.

È altresì noto che, già a partire dagli anni Sessanta, la dottrina civilistica ha mosso diverse obiezioni alla concezione economico-sociale della funzione della causa negoziale, criticandone l'improprio utilizzo quale strumento di una politica «dirigistica» del diritto dei contratti, appiattendolo sostanzialmente il requisito causale del contratto ai soli schemi tipici previsti dall'ordinamento (in quanto unici esempi di sicura liceità), al di là del loro concreto utilizzo da parte dei contraenti; e disapprovando i contratti «socialmente indifferenti», non essendo essi il veicolo di una positiva e specifica utilità sociale. In altri termini, uno dei limiti della descritta concezione della causa contrattuale (312), risiederebbe proprio nel negare a quest'ultima qualsiasi funzione o senso assegnato dalle parti nell'esercizio delle proprie scelte di autonomia privata, come confermato d'altra parte dal disposto dell'art. 1322, comma 2, c.c., che individua come «meritevoli di tutela» anche quegli interessi che, pur privi di utilità sociale, non siano neppure socialmente dannosi (e perciò, illeciti).

Così argomentando, si è affacciata nel dibattito dottrinale una nuova concezione della causa negoziale, che, superando la ricostruzione bettiana, muoveva dall'idea della causa come funzione «economico-individuale» dell'accordo, in modo da poter meglio cogliere la concreta realtà degli interessi ad esso sottesi (313). Secondo questa prospettiva il requisito causale viene inteso come elemento di coesione di tutti gli altri elementi del regolamento contrattuale, rappresentando al contempo la «espressione oggettiva delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire», configurandosi altresì

(312) Per una ricognizione dei limiti insiti nella concezione economico-sociale della causa contrattuale, cfr.: C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in AA. Vv., *Tratt. contratto*, diretto da V. Roppo, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano 2006, vol. II, 88 ss.; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova 2012, 62 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 343 ss.; G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, 1 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 187 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 364; F. GAZZONI, *Manuale dir. priv.*, cit., 813 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratto in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, 312 ss.; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 785 ss.; G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in AA. Vv., *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di C. Angelici - G. Ferri, Torino 1997, 97 ss.

(313) G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966; ID., *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 897 ss.; ID., *Operazioni negoziali "complesse" e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, in *Dir. giur.*, 2008, 318.

come quell'elemento di collegamento tecnico tra la complessiva operazione economica realizzata e gli autori della stessa (314).

In conseguenza di quanto premesso, si è progressivamente affermata la funzione «economico-individuale» del contratto, quale espressione delle esigenze e degli interessi di uno o più individui (c.d. ragione economico-individuale dell'affare), al di là del tipo di contratto concretamente utilizzato. Una lettura interpretativa dell'elemento causale che ha aperto la strada alla possibilità di valutare nella loro concretezza tutti quegli interessi che rientrano (direttamente o meno) nella ragione sostanziale dell'operazione economica, indipendentemente dal ricorso ad una fattispecie contrattuale tipica, rilevando piuttosto il concreto modello di organizzazione degli interessi privati scelto dalle parti (315).

Seppur con una certa gradualità, la teoria della «causa in concreto» ha preso piede anche nelle determinazioni della giurisprudenza: al di là dell'opportunità o meno di affermare l'inizio di una nuova stagione ermeneutica, non poche sono state le sentenze che hanno espressamente richiamato la causa quale «scopo pratico del negozio», ovvero quale «sintesi» degli interessi che il contratto è «concretamente» diretto a realizzare, a prescindere dallo specifico schema tipico utilizzato (316). Nonostante il recente «successo» della rinnovata lettura ermeneutica dell'elemento causale del contratto (*rectius*: dell'operazione economica

(314) Così, G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, cit., 99. Ma vedi anche A. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti. (Intorno alla nazione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 243: se, da un lato, il problema della qualificazione causale del negozio «non occupa l'area destinata ai problemi specifici della volontà e dell'oggetto», dall'altro non si può negare la necessità di tener conto anche «del complesso degli elementi sostanziali del contratto individuando proprio il rapporto che si viene a creare fra interessi concreti da soddisfare e mezzi prescelti, nella loro configurazione pratica, prima ancora che giuridica».

(315) E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur.*, Agg. VIII, Roma, 2000, 9; ID., «Operazione economica» e teoria del contratto, cit., 61 ss.; ID., *Causa in concreto e patti parasociali*, in *Giur. it.*, 2014, 1614 ss.

(316) Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, *ibidem*, 2009, 19 ss.; Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Foro it.*, 2010, I, 2799; Cass., 18 agosto 2011, n. 17360, in *Giur. it.*, 2012, 1795. Invero, già prima del *leading case* del 2006, la S.C. aveva avuto modo di ricorrere alla ricostruzione in concreto della causa del contratto, seppur attraverso un orientamento che rimase minoritario: Cass. 23 maggio 1987, n. 4681, in *Giur. it.*, 1988, I, 65; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1841; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Giur. it.*, 2007, 868.

In queste (come in altre) pronunce, si afferma chiaramente la necessità del superamento della precedente, astratta concezione della causa come funzione economico-sociale del negozio, a favore di una ricostruzione della stessa quale «scopo pratico del negozio», nel senso della «sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. «causa concreta»), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato».

unitariamente considerata) da parte della giurisprudenza (anche di merito) (317), non si è mancato di esprimere qualche dubbio, sia sulla concezione stessa di causa in concreto, che sul suo utilizzo in sede giudiziaria.

Più in particolare, si è notato come l'impostazione errerebbe nelle sue stesse premesse di fondo, in quanto l'intento concretamente perseguito dalle parti, sicuramente rilevante in sede d'interpretazione, rimane un elemento ontologicamente diverso dalla struttura oggettiva del contratto, che andrebbe interpretato alla luce della ragione economico-sociale per la quale esso risulta tutelato dall'ordinamento (318). Inoltre, si è criticato il sovrabbondante utilizzo giurisprudenziale della teorica della causa concreta, registrandosi decisioni che «piuttosto che affidarsi ad una distinzione concettuale poco limpida, ancor meno articolata e del tutto non corredata da sicuri criteri applicativi», avrebbero dovuto più semplicemente ricorrere alla disciplina del contratto; nonché soluzioni ermeneutiche che, se non avessero ignorato la possibilità di ricorrere ad una considerazione concreta dell'elemento causale, avrebbero condotto a conclusioni diverse e più soddisfacenti (319).

Cionostante, il ricorso alla causa in concreto si è ormai diffuso in senso trasversale tra i diversi settori del diritto privato, arrivando a conoscere un utilizzo ampio anche in sede concorsuale, stante la sua capacità di guardare alla «ragione pratica dell'affare» e di indagare il significato di ciò che le parti hanno concordato alla luce del dettato normativo. Quantomeno a livello giurisprudenziale, si è deciso di valoriz-

(317) *Ex multis*, cfr.: Trib. Milano, 14 aprile 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 14 giugno 2012, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2012, II, 70; Trib. Trieste, 7 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, 1613.

(318) In tal senso, cfr.: M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., *passim*; A. GALATI, *La causa del contratto tra "funzione economico-sociale" e "sintesi degli interessi individuali delle parti"*, in *Treccani.it*, 2009, 4 (: l'impostazione sopravvaluta il dato storico-politico del richiamo, da parte del codice civile e della Relazione di accompagnamento allo stesso, alla concezione etica e dirigistica dell'ordinamento corporativo, sottovalutando il mutato assetto costituzionale che considera l'iniziativa economica libera, seppur nei limiti dell'utilità sociale, ex artt. 2 e 41, comma 3, Cost., con conseguente possibile intervento repressivo e sanzionatorio da parte dell'ordinamento a fronte di attività negoziali immeritevoli di tutela). Nonché, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 988: guardando all'utilizzo giurisprudenziale della causa concreta, si correrebbe il pericolo di ricorrere ad «una formula magica», dagli incerti contenuti, rispetto alla quale gli interpreti dovrebbero assumere un approccio più laico, trattandola come «uno strumento operativo da maneggiare con sapienza professionale per produrre giudizi al tempo stesso giusti e tecnicamente ben fondati».

(319) V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., spec. 963 ss.

zare la causa concreta dell'accordo negoziale o concordatario quale sintesi (non già della mera volontà delle parti, bensì) della dinamica negoziale coinvolta (320).

Più in particolare, la questione è emersa con riferimento al profilo della «fattibilità economica» e di quella «giuridica» della proposta concordataria o dell'accordo di ristrutturazione di cui si domanda l'omologazione, ovvero alla loro realizzabilità, rispetto alla quale la disciplina concorsuale non indica quale sia il parametro ermeneutico utilizzabile. A tal proposito, è intervenuta una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione (321) in tema di «fattibilità» del concordato preventivo (ed, analogamente, di «attuabilità» degli accordi *ex artt. 182-bis e 182-septies*, l. fall.), con particolare riferimento al perimetro della prognosi giudiziale circa la realizzabilità o meno del risanamento aziendale proposto dall'impresa in crisi ovvero divisato dalle parti dell'accordo di ristrutturazione del debito.

Com'è noto, la summenzionata pronuncia ha distinto tra «fattibilità giuridica» e «fattibilità economica», quest'ultima legata ad un giudizio prognostico di per sé opinabile e, quindi, tale da comportare un margine di rischio di cui devono farsi esclusivo carico i creditori, trattandosi di un profilo che esula dal controllo demandato al tribunale. Dall'angolo visuale dell'ambito di controllo giudiziale, invece, la deliberazione avrà come oggetto sarà in ordine alla correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista attestatore a sostegno del formulato giudizio di fattibilità, la possibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato (o all'accordo), la rilevanza del dato da cui poter desumere l'inidoneità prognostica del piano di soddisfare i creditori secondo le percentuali offerte e/o previste dalla legge fallimentare.

In altri termini, in sede di omologazione il sindacato del tribunale non potrà estendersi oltre la verifica dell'idoneità della proposta concordataria a realizzare la «causa concreta» della procedura concorsuale, che si estrinseca nella finalità di assicurare il superamento della crisi attraverso «una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari»; ovvero della causa concreta dell'operazione di ristrutturazione dei

(320) In termini generari, cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit., in cui si discorre della causa contrattuale in termini di «funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale».

(321) Cass. Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, 1576.

debiti (*tout court* o solo di quelli finanziari) di cui si chiede l'omologazione (: veridicità dei dati aziendali, attuabilità dell'accordo, adempimento degli obblighi informativi previsti *ex lege*, pagamento integrale dei creditori estranei, ragionevolezza e coerenza nella previsione delle categorie creditorie previste nell'accordo, *etc.*) (322).

Invero, nel parlare di «fattibilità giuridica», quale congruenza tra i singoli momenti attuativi del piano e le norme imperative vigenti – la cui eventuale mancanza è rilevabile d'ufficio dal giudice, in quanto ostacolo dell'esecuzione della proposta concordataria o dell'accordo di cui si chiede l'omologazione –, la summenzionata pronuncia della Corte di legittimità sembra applicare il concetto di causa concreta alla procedura concorsuale piuttosto che all'accordo ad essa sotteso.

Più specificamente, si è evidenziato (323) come la fattibilità dovrebbe essere riferita non già alla proposta concordataria bensì al piano

(322) Cfr., Cass. Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.; Cass., 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giur. comm.*, 2015, II, 53; Cass., 23 maggio 2014, n. 11497, in *www.ilcaso.it*; Cass., 9 agosto 2016, n. 16830, in *DeJure.it*; Cass., 5 febbraio 2016, n. 2320, in *Guida dir.*, 2016, fasc.16, 85; Cass., 20 dicembre 2016, n. 26332, in *IlFallimentarista.it*; Cass., 7 aprile 2017, n. 9061, in *Fall.*, 2017, 923; Cass., 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Giur. it.*, 2017, 1119; Cass., 9 giugno 2017, n., 14444, in *Fall.*, 2018, 62; nonché Cass., 3 luglio 2017, n. 16327, in *www.laleggepertutti.it* (: l'inidoneità di una proposta di concordato con cessione dei beni a soddisfare sia pure in minima parte i creditori, che può giustificare il diniego dell'omologazione da parte del tribunale, deve emergere *prima facie* e non dopo la verifica della prognosi favorevole normalmente sottesa all'approvazione della stessa *ex art.* 177 l. fall., da parte dei creditori, e non può essere affermata sulla scorta di un giudizio probabilistico e certamente opinabile, per il solo fatto che l'effettivo valore dei beni sia stato stimato dal commissario giudiziale, sia nella relazione depositata ai sensi dell'art. 172 l. fall., che in quella *ex art.* 180, comma 3, l. fall., in misura divergente rispetto a quello originariamente indicato dal debitore).

Tra le pronunce di merito, *ex multis*: App. Torino, 3 agosto 2015, in *www.diritto bancario.it*; App. Venezia, 23 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*; App. Napoli, 26 luglio 2017, in *Fall.*, 2018, 345; Trib. Campobasso, 13 marzo 2018, *ivi*; nonché Trib. Padova, 31 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it* (: nel caso di mancata proposizione di opposizioni all'omologazione dell'accordo, il tribunale sarà chiamato a verificare, in via generale ed astratta, la chiarezza espositiva e la completezza della relazione del professionista attestatore, di modo che, il giudizio espresso sulla fattibilità dell'accordo e sulla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei potrà essere configurato nei termini di una valutazione d'intensità minore rispetto a quella richiesta in caso di opposizioni); Trib. Milano, 27 ottobre 2011, in *www.personae-danno.it* (: si può prescindere dalla conclusione dell'esperto attestatore nel caso in cui la relazione appaia, ad una prima prognosi, incongruente o insufficientemente o illogicamente motivata. In tale ipotesi il giudice dovrà valutare direttamente la situazione effettuale oggetto di attestazione parificando la consulenza dell'esperto attestatore ad una CTU ordinaria).

(323) I.L. NOCERA, *Causa concreta e fattibilità del concordato preventivo: la persistenza del dubbio*, in *Fall.*, 2018, 68; A. PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, 46; F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità del concor-*

a supporto della stessa, nel senso di prognosi di concreta realizzabilità di quest'ultimo, di idoneità a consentire l'adempimento della proposta di concordato nei termini prospettati: in quanto documento programmatico e operativo, è il piano che attua la proposta concordataria (o l'accordo di ristrutturazione), definendone il percorso di concreta realizzazione, ferma l'osservanza delle norme di legge applicabili al caso concreto.

Al contempo, la distinzione tra la fattibilità «giuridica» e quella «economica» non ha raccolto unanimi consensi in dottrina, registrandosi una certa incongruenza logica tra le premesse dell'argomentazione della S.C. e le conseguenze alle quali la stessa è pervenuta: identificata la fattibilità giuridica con la compatibilità con le norme inderogabili da parte delle modalità attuative del piano, non sembra potersi escludere *a priori* un controllo giudiziale esteso anche alla conformità degli atti attuativi della proposta rispetto alla disciplina positiva. In altri termini, se il sindacato del tribunale può estendersi anche al profilo della fattibilità economica della proposta o dell'accordo, nella misura in cui esso è tenuto a verificarne l'effettiva realizzabilità in termini di causa in concreto, allora tale scrutinio potrà altresì interessare proprio quel perimetro di indagine che si vorrebbe di stretta spettanza creditoria.

Volgendo lo sguardo agli strumenti concorsuali di soluzione della crisi presi in considerazione in questa sede, ed all'utilizzo da parte delle banche e del debitore, si dovrà necessariamente fare riferimento alla loro disciplina per individuare il profilo causale dell'operazione di *turnaround*.

Dalla lettura del dettato normativo relativo al piano di risanamento attestato, emerge il profilo di un istituto pensato in funzione agevolativa delle operazioni di rifinanziamento o di ristrutturazione di una parte del debito che l'imprenditore intenda effettuare con i propri creditori (od eventualmente anche un soggetto terzo) al fine di ridurre l'impatto del debito sul *cash flow*, o del servizio del debito sulla redditività dell'azienda. Ciò detto, se lo scopo dell'operazione *de qua* è il ristabilire l'equilibrio della situazione finanziaria del debitore, ne consegue la necessaria prosecuzione delle sue attività d'impresa, ferma comunque la possibilità di ricorrere ad accordi stragiudiziali che contemplino la liquidazione di parte delle attività e/o la riorganizzazione degli assetti proprietari e di controllo del soggetto che vi ricorre.

dato preventivo: "così è se vi pare", in IlFallimentarista.it, 26 febbraio 2013, 7; D. GALLETI, I molteplici equivoci di una formula giuridica ambigua e, forse, inutile: la fattibilità economica e giuridica, ivi, 14 gennaio 2016, 1 ss.

Nonostante il silenzio del legislatore, la maggior parte della dottrina (324) propende per l'incompatibilità dello strumento concorsuale del piano attestato di risanamento con la (totale) liquidazione aziendale dell'impresa che vi faccia ricorso, per quanto l'utilizzo del termine «risanamento» non offra all'interprete un significato univoco (325). Inoltre, la completa esclusione delle finalità liquidatorie è spesso indicata proprio come la differenza tra l'istituto *de quo* e quello degli accordi di ristrutturazione dei debiti (326).

(324) Tendono ad escludere la conciliabilità di un piano meramente liquidatorio con le finalità ed i presupposti dell'istituto in oggetto, *ex plurimis*: M. FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, cit., 1360; P. CUOMO, *Il piano stragiudiziale attestato*, in AA. VV., *La prevenzione dello stato di insolvenza nel nuovo diritto della crisi d'impresa*, a cura di A. Castiello D'Antonio – R. Cuonzo – F. Pennafina, Napoli, 30; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1170; P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, cit., 541; G. IVONE, *Le nuove regole per il superamento della crisi di impresa: piani di ristrutturazione e di liquidazione*, in AA. VV., *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti – F. Marotta – F. Di Marzio, Torino, 2^a ed., 2008, 174; L. ABETE, *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2014, 1010; ID., *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, 625; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi d'impresa. Profili strutturali e funzionali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2010, I, 303; S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in *IlCaso.it*, II/429, 11 giugno 2014, 18-19; A. GUIOTTO, *L'attestazione negli artt. 67 e 182 bis: profili comparativi*, in *Fall.*, 2014, 1031; A. MAFFEI ALBERTI, *La privatizzazione degli strumenti per il superamento della crisi d'impresa*, in AA. VV., *Scritti in onore di Massimo di Lauro*, Padova, 2012, 280; F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto «sviluppo»*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 74 ss.; R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali. Verso un diritto europeo del risanamento delle imprese in crisi*, Torino, 2016, 42.

(325) Così argomentando, dovrebbe escludersi, ad esempio, il ricorso all'istituto *de quo* da parte delle società in liquidazione, se non prima di aver preventivamente proceduto alla revoca della messa in liquidazione, con conseguente eliminazione della causa di scioglimento, pena la nullità del piano per contrarietà alle prescrizioni *ex art. 2487 c.c.*: così, L. ABETE, *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1010. Cfr., P. G. DEMARCHI, *I piani attestati di risanamento ex art. 67 Legge fallimentare. Tentativo di ricostruzione di un istituto non tipizzato a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, in *IlCaso.it*, II, n. 189/2010, 8: non può escludersi l'ipotesi in cui il ricorso al piano attestato *ex art. 67*, comma 3, lett. d, l. fall., sia finalizzato non solo a ristabilire l'equilibrio finanziario della società, ma anche a procedere, in un secondo momento, ad una sua ordinata liquidazione.

(326) Caratteristica alla quale si affiancherebbe altresì quella dell'esclusione di qualsiasi forma di spossessamento. Vedi però F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.*, cit., 93, che, pur escludendo qualsiasi ipotesi di accordo stragiudiziale attestato liquidatorio, segnala l'opportunità di distinguere le ipotesi in cui la liquidazione abbia per oggetto beni strumentali e strategici all'esercizio dell'impresa da quelle in cui resterebbe inalterata la capacità produttiva dell'impresa, ricavando dall'art. 186-*bis* l. fall. la possibilità che l'attività d'impresa prosegua anche attraverso la cessione del complesso aziendale in capo a soggetti terzi.

L'opinione non risulta sempre condivisa. Infatti, vi è chi ha respinto siffatte limitazioni applicative dell'operazione *ex art. 67*, comma 3, lett. d, l. fall., contestando all'interpretazione maggioritaria l'assenza di una norma di legge da cui poter evincere la prosecuzione dell'attività d'impresa quale unica ed esclusiva funzione della fattispecie in commento, indicandosi, con il concetto di «risanamento», semplicemente l'idea della necessità del superamento di una (non definitiva) difficoltà economico-finanziaria (327). In altri termini, si è osservato che, se la funzione fondamentale del piano attestato risiede nell'offrire all'impresa uno strumento di soluzione della crisi alternativo a quello del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nulla osterebbe il ricorso allo stesso nelle ipotesi in cui liquidazione dell'attivo risulti essere l'unica soluzione concretamente praticabile (328).

Invero, sembra doversi preferire la prima delle summenzionate letture, poiché la funzionalizzazione del piano *de quo* al raggiungimento del risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e del riequilibrio della connessa situazione finanziaria si colloca in un'ottica conservativa e di continuazione dell'impresa, eventualmente di una riorganizzazione complessiva degli assetti societari e produttivi dell'impresa che vi accede. D'altra parte, siffatta conclusione risulta in linea, oltre che rispetto al dettato normativo attuale, anche nella prospettiva di riforma: nella relazione di accompagnamento alla nuova fattispecie *ex art. 56* cod. crisi ins., è lo stesso legislatore a precisare come il piano ivi disci-

(327) In tal senso, cfr.: L. MANDRIOLI, *Struttura e contenuto dei "piani di risanamento" e dei "progetti di ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di "crisi"*, in AA. VV., *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, a cura di S. Bonfatti - G. Falcone, Milano, 2006, 507; C. TRENTINI, *Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milanofiori Assago, 2016, 20 ss.; L. BOGGIO, *Piano di risanamento attestato "liquidatorio" ed esenzione da revocatoria (ordinaria)*, cit., 1155-1156; G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in AA. VV., *Tratt. proc. concorsuali*, diretto da L. Ghia - C. Piccininni - E. Severini, Torino, vol. IV, 2011, 652 (: «come può identicamente fallire l'impresa in funzionamento e quella in liquidazione, così egualmente deve essere consentito all'imprenditore che scelga la via della liquidazione di mettere al riparo dal rischio di revocatoria gli atti esecutivi di un piano di riequilibrio ragionevole»).

(328) C. TRENTINI, *Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 20: le ragioni della summenzionata interpretazione maggioritaria appaiono «abbastanza inconsistenti». Pur essendo possibile ed auspicabile che il superamento delle difficoltà temporanee dell'impresa avvengano attraverso la contestuale conservazione delle capacità produttive della stessa, «non si vede perché il superamento della crisi (non diversamente da quanto avviene nel concordato preventivo ovvero negli accordi di ristrutturazione dei debiti) non possa conseguirsi attraverso la liquidazione dell'attivo e la cessazione dell'attività», stante il silenzio del legislatore su questo specifico punto. In altri termini, se, da un lato, la continuazione è sicuramente una possibile soluzione della crisi, dall'altro, essa non rileva come l'unica possibile.

plinato, mirando al risanamento dell'esposizione debitoria ed al riequilibrio della situazione finanziaria, risulti riservato alle sole ipotesi contemplanti la continuità aziendale dell'imprenditore (anche non commerciale) che vi ricorre.

Ferma la finalità del recupero della situazione finanziaria e del risanamento dell'esposizione debitoria (attraverso il recupero della capacità di far fronte alle uscite con le entrate dei flussi finanziari, nonché di garantire il pagamento integrale di tutti i debitori secondo le nuove pattuizioni), dal punto di vista operativo, la realizzazione di questi obiettivi potrà conoscere diverse tecniche d'intervento sull'indebitamento dell'impresa che, di per sé, potrebbero necessitare di margini d'intervento ben più ampi della semplice ristrutturazione dell'esposizione debitoria che potrebbe rilevare come attività prodromica di una più ampia manovra di risanamento e riequilibrio finanziario (329).

Nel quadro delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* l. fall.) sono stati spesso interpretati quale figura «ibrida» (o comunque *sui generis*) delle procedure concorsuali, dal cui perimetro vengono per lo più esclusi, nonostante il previsto intervento dell'omologazione giudiziale, la prescrizione di una (alquanto articolata) serie di oneri procedurali e pubblicitari e la possibilità di proporre opposizione avverso l'omologazione dell'accordo. Senza considerare, fra l'altro, le già richiamate novità legislative della disciplina *ex art. 182-septies* l. fall., introdotta in materia di accordi con gli intermediari finanziari, che contemplano la possibilità di perfezionare l'accordo attraverso lo schema della deliberazione a maggioranza (seppur qualificata), nonostante la sua indiscussa natura contrattuale. Al di là della configurazione, «comune» o «speciale», degli accordi *de quibus*, dall'angolo visuale del loro profilo causale, occorre chiedersi se all'utilizzo legislativo del termine «ristrutturazione» corrisponda una funzione differente della fattispecie rispetto a quella contemplata

(329) Sul punto, cfr. L. MANDRIOLI, *La disciplina dell'azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*, in AA. VV., *La disciplina dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare e nei "fallimenti immobiliari"*, a cura di S. Bonfatti, Milano, 147 ss.: per quanto le modalità di intervento per ristabilire l'equilibrio finanziario dell'impresa in stato di crisi reversibile siano molteplici, le stesse possono essere ricondotte a due categorie generali, da una parte, quella di matrice «interna», riconducibile alle diverse tecniche di ricapitalizzazione della società; dall'altra, quella di matrice «esterna», riconducibile alle operazioni di dismissione parziale dell'azienda, di riduzione dei costi di produzione, di ripristino dei margini di redditività.

dall'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall., che si richiama al concetto di «risanamento» (330).

Per vero, occorre osservare come l'utilizzo (polisemantico) (331) dell'espressione «ristrutturazione dei debiti» indichi una nozione economica e non giuridica, esprimendo, in senso lato, una (più o meno ampia) operazione di ricomposizione della struttura finanziaria dell'impresa al fine di fronteggiare e superare una temporanea condizione di «*financial distress*», nella quale il valore di liquidazione degli *assets* d'impresa risulta minore del valore nominale del debito della stessa. In termini generali, la fase di «ristrutturazione» della debitoria si riferisce allo stadio finale di un più articolato ed ampio intervento di «risanamento», che, nella maggioranza dei casi, contempla la negoziazione e la formalizzazione di accordi con il ceto creditorio preesistente, al quale viene richiesto di accettare taluni sacrifici nella prospettiva di del ritorno *in bonis* dell'impresa debitrice; tanto che il riferimento alla formula «ristrutturazione dei debiti» esprime una complessa operazione finanziaria, economica e patrimoniale che si articola concettualmente attorno ad almeno tre aree tematiche fondamentali: il riassetto industriale o della formula imprenditoriale, gli interventi sul capitale investito e la ristrutturazione della debitoria («*financial restructuring*» o «*debt restructuring*») (332).

Se, nella prospettiva aziendalistica, la ristrutturazione dei debiti è vista come lo strumento per realizzare il recupero dell'equilibrio finanziario dell'impresa, in quella giuridica, essa si apprezza come il «superamento» dello stato di crisi o di insolvenza dell'impresa che accede agli strumenti disciplinati dalla legge fallimentare. Come si avrà modo di

(330) Così, E. CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Judicium.it*, 2013, 10.

(331) Cfr. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.*, cit., 1314: col termine accordi di ristrutturazione dei debiti è possibile riferirsi ad una «attività negoziale volta a determinare modalità di pagamento dei debiti diverse da quelle originariamente pattuite»; ma anche una ad una «modalità di rinvenimento delle risorse e distribuzione di esse tra i creditori»; nonché, in una «complessiva riorganizzazione dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa, non riducibile a singoli rapporti, ma relativa all'intero coacervo dei rapporti in corso».

(332) Così, F. DI MARZIO, *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 808 ss. Cfr. anche la definizione di «ristrutturazione» dei «Principi contabili. Ristrutturazione del debito e informativa di bilancio», dettati dall'OIC nel luglio 2011, in www.fondazioneoic.eu, che mettono in evidenza come la concessione del creditore si sostanzia «nella rinuncia dello stesso ad alcuni diritti contrattualmente definiti, che si traducono in un beneficio immediato o differito per il debitore, che trae un vantaggio da tale rinuncia», gli effetti della quale «sono misurati dalla variazione negativa (positiva) del valore economico del credito (debito) rispetto al valore contabile del credito (debito) ante-ristrutturazione».

precisare nel prosieguo del capitolo, siffatte situazioni critiche potranno, a seconda dei casi, comportare interventi riorganizzativi dell'impresa in stato di crisi ben più ampi del mero profilo finanziario dell'operazione di *turnaround* (dismissione di partecipazioni, liquidazione di parte del complesso aziendale, subingresso dei creditori nella compagine sociale, operazioni societarie straordinarie di fusione, trasformazione o scissione, nomina di uno o più *chief restructuring officer*, etc.).

Quanto alla differenza concettuale rispetto al «risanamento», in dottrina si è sostenuto che, se, da un lato, la «ristrutturazione dei debiti» equivale ad una riprogrammazione quantitativa e/o qualitativa degli stessi, dall'altro, il risanamento dell'esposizione debitoria a cui fa riferimento la fattispecie di cui all'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall., implicherebbe un più vasto strumentario d'interventi utilizzabili dal debitore per giungere al riequilibrio economico-finanziario della propria impresa, nel cui ambito è possibile far rientrare il mezzo-ristrutturazione dei debiti, che anzi rileva per la sua posizione, per così dire, «privilegiata», stante la rilevanza finanziaria dello stato di crisi, che molto spesso emerge in conseguenza di un'esposizione debitoria ormai insostenibile, frutto di una gestione non redditizia in cui i costi sono maggiori dei ricavi e di un sistema produttivo rivelatosi inefficiente (333).

La dottrina ha parlato di una vera e propria «causa negoziale di ristrutturazione» (o «di regolazione della crisi») (334), peraltro compatibile con l'eventuale adozione di più schemi contrattuali tra di loro collegati, tale da rendere il singolo contratto o l'intera operazione avvinta

(333) L. MANDRIOLI, *La disciplina dell'azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*, cit., 146 ss.; G. FALCONE, *I piani di risanamento attestati nella «gestione privatistica dell'insolvenza»*, in AA. VV., *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 2008, 267 ss.; A. COPPOLA, *Il piano stragiudiziale di risoluzione della crisi*, in AA. VV., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005, 326; R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali*, cit., 80.

(334) Sul tema, cfr.: M. FABIANI, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fall.*, 2013, 773; A. GUIOTTO, *L'attestazione negli artt. 67 e 182 bis: profili comparativi*, *ibidem*, 2014, 1036; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti all'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. impr.*, 2011, 1320; D. GALLETTI, *Piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 1202; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 104; G. TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti: il problema della sotto-capitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 6. Più di recente, F. MANCUSO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: patologie negoziali e rimedi*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 806: negli accordi ex art. 182-bis, occorre distinguere l'aspetto «programmatico» da quello «realizzativo» degli stessi, di modo che parlare di causa negoziale avrà un senso solo qualora la si intenda «quale sintesi di ambedue i profili», tesa a realizzare il «riequilibrio economico-patrimoniale-finanziario dell'impresa in crisi, nell'interesse del debitore, del ceto creditorio e del mercato».

da una causa negoziale unitaria costituita dalla finalità dell'eliminazione dello stato di crisi; relegando lo scopo di evitare l'apertura del fallimento a motivo del contrarre e rispondente agli interessi di tutte le parti (: per il debitore, che così eviterà tutte le conseguenze (giuridiche ed economiche) della procedura fallimentare e per i creditori paciscenti, i quali potranno regolare autonomamente i propri rapporti con l'imprenditore, senza il vincolo della *par condicio creditorum* e dei tempi delle procedure concorsuali).

Invero, al di là delle ipotesi di accordo concluso con uno solo dei creditori o con più creditori contestualmente, rappresentanti almeno il 60% della complessiva debitoria dell'imprenditore (ovvero il 75% delle categorie delle esposizioni dello stesso, nel caso della fattispecie degli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari), eventualmente aperto all'adesione successiva di ulteriori creditori, potrebbe contestarsi alla summenzionata ricostruzione l'assenza di una vera e propria convergenza d'intenti, giuridicamente rilevante, verso gli effetti tipici di cui agli artt. 182-*bis* e 182-*septies* l. fall., con conseguente nullità dell'accordo per mancanza di causa: si pensi all'impresa che, conclusi singoli accordi contrattuali separatamente con i propri creditori, proceda al loro successivo deposito nella cancelleria del tribunale con il corredo delle documentazioni prescritte *ex lege*. In una siffatta eventualità la mancanza di un'espressa volontà di realizzare la ristrutturazione dei debiti (e, con essa, il risanamento del debitore), potrebbe prestare il fianco al rischio di considerare nulla l'intera operazione, non ravvisandosi una causa negoziale – ulteriore ed assorbente – rispetto a quelle di ogni singolo contratto atomisticamente considerato; e ciò, a prescindere dall'avvenuta omologazione del tribunale, in quanto fondata sulle depositate risultanze documentali e sulla relazione dell'esperto attestatore.

Alla suddetta contestazione – ferma l'irrilevanza della presenza o meno di una formale unità documentale dell'accordo –, si potrebbe obiettare che la valutazione della concreta portata dell'operazione dev'essere valutata attraverso una considerazione complessiva della stessa in termini di causa concreta (335); privilegiando altresì la portata

(335) E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in Aa. Vv., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., 287: dall'analisi complessiva del fenomeno degli accordi di ristrutturazione dei debiti, emerge la tendenza legislativa a disciplinare «non più per singoli contratti, ma per attività, per operazioni economiche», abbandonando così lo schema del singolo atto per inserire il contratto all'interno di un'operazione economica capace di dare attuazione agli interessi meritevoli di tutela perseguiti dalle parti, riconnettendoli alla finalità del salvataggio dell'impresa debitrice.

generale della clausola di buona fede contrattuale già nella fase delle trattative tra l'imprenditore ed ognuno dei suoi singoli creditori, con conseguente operatività dei connessi obblighi di trasparenza ed informazione, non a caso valorizzati dai recenti interventi di modifica della legge fallimentare (artt. 182-*bis*, comma 6; 182-*septies*, commi 2 e 4).

Quanto al profilo causale degli accordi di ristrutturazione dei debiti (ma lo stesso potrebbe dirsi per gli accordi stragiudiziali di risanamento attestato), merita di essere citato l'approccio proposto da una dottrina civilistica che, partendo dall'indubbio vantaggio, per i creditori, di ottenere direttamente dal loro debitore le informazioni concernenti l'entità, le caratteristiche e le prospettive della crisi di questo e, per l'imprenditore, di ottenere un trattamento (finanziario e non) funzionale al superamento del proprio stato di crisi, ha individuato la meritevolezza della gestione della crisi d'impresa privatamente concordata nel suo essere astrattamente capace di generare una quantità di risorse (*in primis*, per i creditori) superiore a quella ottenibile attraverso il ricorso alla liquidazione dell'attivo in sede concorsuale. Un'impostazione che troverebbe la propria «giustizia distributiva» proprio nella «contrattualità» del trattamento applicato ai diversi creditori, ferma ovviamente l'osservanza del pagamento integrale delle pretese degli estranei all'accordo (336).

Infine, venendo alle modalità attuative dell'operazione di ristrutturazione dei debiti (e rinviando a quanto si dirà nel prosieguo del capitolo) ci si limita a ricordare che, se, da un lato, si è sostenuta la possibilità che questa possa consistere in un «tassello di un percorso graduale e non modulato» che porti alla rimozione della crisi ed alla liquidazione dell'impresa, dall'altro, si è esclusa la possibilità di ricorrere all'istituto *de quo* con una prospettiva meramente liquidatoria e disgregatrice dell'impresa, anche sulla base delle riconosciute esenzioni

(336) Così, V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti «di salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., 379-380. D'altronde, «un meccanismo che crea più risorse è – a parità di ogni altra condizione – socialmente preferibile a un meccanismo che ne crea meno: ovvero è, in senso tecnico, espressione di un “ottimo”».

Per un'applicazione giurisprudenziale dell'impostazione, cfr. Trib. Campobasso, 13 marzo 2018, in *www.ilcaso.it*, che ha omologato un piano di risanamento sulla base delle risultanze dello *stress test* a cui era stato sottoposto, al fine di verificarne la tenuta dei risultati economici ivi previsti, la capacità di generare liquidità e di assolvere alla proposta, sia nel «*worst case*» che nel «*best case*» (cioè a seconda che i volumi di vendita risultino inferiori o superiori a quelli previsti dal piano attestato, a seconda della contrattazione – favorevole o meno – degli acquisti delle materie prime o dei costi di servizi, *etc.*). Accertata ed attestata la ragionevole possibilità che l'impresa generasse un *surplus* maggiore dalla continuità aziendale piuttosto che dalla liquidazione dei vari cespiti, il tribunale ha proceduto all'omologazione dell'accordo.

dall'azione revocatoria e dal rispetto del principio della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.), che si giustificerebbero appunto solo in una prospettiva di salvaguardia dell'impresa (337).

5. LE PRESTAZIONI REGOLATE DALLA CONVENZIONE BANCARIA (DIVERSE DALL'EROGAZIONE DI NUOVA FINANZA): TRA RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO E MODALITÀ DI GESTIONE DELL'IMPRESA SOCIETARIA.

La decisione strategica dell'impresa circa la programmazione delle proprie attività di «risanamento», di «riequilibrio» o di «ristrutturazione» economico-finanziaria, solitamente prevede la necessità di concludere una o più convenzioni con i creditori bancari, secondo un ventaglio di ipotesi spesso molto articolato che, fra l'altro, potrebbero essere oggetto di esternalizzazione nei confronti degli altri creditori e del mercato in genere, a séguito della decisione del proponente di pubblicare nel registro delle imprese il piano attestato di risanamento oppure in ottemperanza delle prescrizioni di legge (cfr. artt. 67, comma 3, lett. d; 161, commi 5 e 8; 182-*bis*, comma 2; 182-*septies*, comma 3, l. fall).

Peraltro, dall'angolo visuale dei «protagonisti» dell'operazione di *turnaround*, non è per nulla inusuale un coinvolgimento diretto di una pluralità di soggetti che vada ben oltre le parti dell'accordo ed il professionista attestatore: dal *management* aziendale ai vari *advisors* legali ed economico-gestionali incaricati (338); dai professionisti riconducibili all'imprenditore ovvero al consiglio di amministrazione della società all'eventuale *advisor* incaricato per il rilascio di una «*independent business review*» necessaria a dare ulteriore obiettività e credibilità del piano proposto.

Preliminare alle composizioni negoziali della crisi è la convocazione dei creditori bancari e finanziari al fine di presentare loro il programma redatto dall'impresa debitrice con l'assistenza di uno o più *advisors* ed aprire una fase di concertazione su questo (c.d. «convenzione

(337) Per l'ammissibilità di accordi, *ex art.* 182-*bis* l. fall. aventi finalità meramente liquidatorie: Trib. Milano, 18 luglio 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, 158; Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2011, 412. *Contra*, vedi Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Fall.*, 2008, 701.

(338) Trattasi di professionisti o società di professionisti caratterizzati da un elevato *standing*. Per un'analisi contrattuale degli accordi di «*financial*» e «*legal advising*» nel quadro dei processi di *turnaround* aziendali: T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento di acquisizione delle imprese*, Padova, 2008, 41 ss.; nonché, ID., *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi*, cit., 193 ss.

bancaria») (339); negoziazione spesso resa possibile a séguito dell'ottenimento di un periodo di *standstill* che appunto permetta al debitore la predisposizione di un piano di *turnaround* da sottoporre alle controparti negoziali, a cui seguiranno le contrattazioni vere e proprie (340).

È stato comunque osservato che, nonostante la complessità degli accordi in oggetto, è possibile classificarne i contenuti attorno a due «assi» principali, a seconda che si privilegi una prospettiva maggiormente attenta alla sostanza economica dell'operazione o che, invece, si prediliga una lettura più aderente al dato giuridico dell'accordo, e quindi alla sua architettura contrattuale (341), già analizzata nelle pagine precedenti.

5.1. GLI INTERVENTI DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO BANCARIO, ATTRAVERSO LA RIDETERMINAZIONE (QUANTITATIVA E/O QUALITATIVA) DELLE PRETESE CREDITORIE, LA CONCESSIONE DI UN PERIODO DI MORATORIA, LA NOVAZIONE DELL'OGGETTO O DEL TITOLO DELLA PRESTAZIONE.

Soffermandosi sul primo dei summenzionati aspetti, occorre premettere che gli istituti bancari, verificata la possibilità di rimuovere il temporaneo stato di difficoltà economico-finanziaria dell'impresa debitrice, nonché la convenienza di procedere al suo risanamento piuttosto che chiederne il fallimento, aderendo al proposto piano di fuoriuscita dalla crisi (o contribuendo attivamente alla sua formazione), solitamente procedono ad un consolidamento del debito esistente definendo

(339) Cfr. P. GUERRA, *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa*, cit., 809: sull'imprenditore grava l'onere, nel momento in cui manifesta di non poter adempiere alle proprie obbligazioni, di spiegarne i motivi ai propri creditori, nonché indicando loro «come e perché ciò che non può fare oggi potrà fare in un diverso momento», e quali sono «i provvedimenti che intende attuare per eliminare le cause della crisi, il *cash flow* che programma di conseguire (ed ovviamente la ragionevolezza delle sue previsioni) e la destinazione che egli propone di darvi».

(340) È difficile immaginare un'operazione di salvataggio o ristrutturazione dell'impresa in stato di crisi che non sia preceduta dal positivo esperimento di una fase preliminare di moratoria con cui le banche creditrici si siano obbligate temporaneamente a: non pretendere il pagamento di quanto ad esse dovuto, non dichiarare il debitore decaduto dal beneficio del termine, mantenere in essere le linee di credito derivanti dagli originari contratti di finanziamento, consentire la normale operatività dei fidi commerciali per autoliquidante, non intraprendere azioni cautelari od esecutive nei confronti dell'imprenditore, etc. Inoltre, va precisato sin che non è possibile ridurre le convenzioni in oggetto alla mera concessione di un periodo di moratoria, essendo caratterizzate da un contenuto ben più articolato e di non semplice ricostruzione.

(341) Così, V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio"*, cit., 375; ma vedi anche: V. DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 57 ss.; S. BONFATTI, *L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese in crisi*, in *Fall.*, 2003, 939 ss.

l'importo dei loro crediti alla data di riferimento, concedono un periodo di moratoria alla controparte negoziale astenendosi dal richiedere il pagamento delle rate dovute, accettano una riduzione del debito esistente (c.d. «stralcio») per lo più concernente le somme maturate a titolo di interessi, rinunciano a parte degli interessi maturati e non ancora corrisposti, convertono parzialmente i propri crediti in partecipazioni azionarie nella società debitrice, si impegnano al mantenimento delle linee di credito in essere, forniscono – per lo più a séguito della prestazione di nuove garanzie –, ulteriori sostegni creditizi all'impresa (c.d. «nuova finanza»), che serviranno a compensarne la carenza o l'insufficienza dei flussi di cassa ed a sostenere le spese necessarie per renderne possibile il rilancio produttivo, evidentemente confidando nella futura solvibilità del debitore comune (342).

A tal proposito, se, a fronte di una crisi c.d. «di liquidità», generalmente è sufficiente intervenire sui soli aspetti strettamente finanziari (ad esempio, attraverso la concessione di una moratoria dei debiti scaduti e di quelli in scadenza), nel caso di sopravvenuta insufficienza patrimoniale dell'impresa rispetto alle obbligazioni dalla stessa contratte, lo scenario sarà molto probabilmente diverso, comportando sacrifici economici maggiori da parte degli istituti bancari: rinuncia ad una parte dei propri crediti mediante accordi remissori, postergazioni convenzionali, conversioni (di una parte o addirittura della totalità) dei crediti esigibili in azioni, partecipazione al capitale di rischio di una società di nuova costituzione titolare delle azioni della società in crisi, concessione di nuovi finanziamenti finalizzati alla predisposizione ed esecuzione del piano di *turnaround* e di ristrutturazione della esposizione debitoria.

Poiché la sistemazione degli interessi economico-patrimoniali perseguita dall'accordo negoziale e la sua corrispondente regolazione individuano il contenuto del contratto, ovvero il suo oggetto *lato sensu* inteso (343) – e, in ultima analisi, l'insieme delle conseguenze legal-

(342) Sugli aspetti – negoziali e concorsuali – concernenti la concessione di quelle particolari forme con le quali viene ristabilita l'assistenza finanziaria all'impresa in difficoltà (rispetto alla cui solvibilità evidentemente gli istituti bancari si dimostrano fiduciosi) si rinvia a quanto si dirà nel prossimo Capitolo.

(343) Sul «contenuto» del contratto quale complesso delle determinazioni delle parti da cui risulta il tipo di regolamento d'interessi che esse hanno voluto realizzare attraverso la conclusione dell'accordo, vedi F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 365 ss. Sulla identificazione dell'oggetto con il contenuto del contratto, cfr.: C.M. BIANCA, *Diritto civile. III, Il contratto*, cit., 321; R. SACCO (- G. DE NOVA), *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 3^a ed., II, 2004, 5, il quale rileva come sia la concezione dell'oggetto quale «bene» sia quella che invece lo identifica

mente vincolanti che ne derivano –, occorre guardare alla sostanza economica degli accordi contrattuali tra banche ed impresa, ovvero alle prestazioni e controprestazioni che incidono direttamente sul debito di quest'ultima. Per quanto la concreta scelta del tipo di ristrutturazione dipenderà da diversi fattori iniziali, quali lo stato e le condizioni dell'impresa debitrice (nel senso della sua capacità o meno di superare le difficoltà facendo leva sulle sole proprie forze oppure nel senso della necessità di un intervento diretto da parte dei propri creditori o di un terzo, eventualmente anche attraverso l'erogazione di finanziamenti), l'esame delle cause (interne od esterne) che hanno originato la sua crisi, la natura stessa della crisi (finanziaria, economica o patrimoniale), le dimensioni dell'impresa e l'eventuale presenza di sue attività secondarie, il numero (più o meno elevato) dei creditori, il livello d'indebitamento, la dimensione patrimoniale dell'impresa, *etc.*

Orbene, se è vero che le variabili a cui si è accennato condizioneranno di fatto la stessa scelta dello strumento di risoluzione dello stato di crisi, è altrettanto vero che, al di là della ristrutturazione del passivo, il debitore si vedrà costretto a pianificare ulteriori operazioni, anche alla luce delle valutazioni operate dalle banche circa la sua concreta capa-

con la «prestazione», finiscono per confondersi con la ricostruzione in termini di «contenuto»: se la prima suppone che l'oggetto in senso lato venga ridotto al contenuto del contratto, la seconda finisce per proporre una «sovrapposizione terminologica» che troverebbe conferma nelle stesse parole del legislatore.

Non è questa la sede per richiamare l'ambito dibattito sviluppatosi intorno al tema dell'oggetto del contratto, che, infatti, è stato variamente identificato ora nel «bene» che costituisce il punto di riferimento oggettivo degli specifici interessi dedotti nel contratto, ora nell'«interesse» perseguito dalle parti dell'accordo, ora nella «prestazione» (sia nel senso dei comportamenti posti in essere in esecuzione del programma contrattuale che nel senso dello spostamento patrimoniale realizzato attraverso il contratto) prevista in capo alle parti. Per quanto quest'ultima opzione interpretativa sia quella maggioritaria, parte della dottrina ha criticato la pretesa di voler ridurre ad unità concettuale una realtà che appare difficilmente riducibile in rigide maglie definitorie, preferendo percorrere piuttosto una logica inversa a quest'ultima, nel senso di rinunciare ad una forzosa *reductio ad unitatem* dell'oggetto contrattuale, in modo da avvicinarlo di più alla sua realtà applicativa e tenendo conto della sua concreta specificazione assunta all'interno del singolo contratto: G. ALPA, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 6; G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *AA. VV.*, *Tratt. contr. Regolamento*, diretto da V. Roppo, a cura di G. Vettori, Milano, II, 2006, 9.

Per una ricostruzione (anche del dibattito dottrinale) in merito al requisito oggettivo del contratto, si rinvia a: E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto (Artt. 1346-1349)*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2^a ed., 2015; R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in *AA. VV.*, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, a cura di R. Cardilli, Napoli, 2003, 171 ss.; G. ALPA – R. MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, XIII, 1995, 34 ss.; N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, 799 ss.; C.A. CANNATA, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 827 ss.

cità di permanere nel circuito economico e di generare nuovamente reddito, eventualmente resa possibile da dismissioni parziali del complesso aziendale, tali da non compromettere la continuità delle attività produttive, dal mantenimento delle linee di credito autoliquidanti e dalla concessione di nuovi finanziamenti, spesso accompagnata da forme (più o meno intense) di controllo sulla gestione dell'impresa sovvenzionata (344).

Volendo stilare una (breve e non esaustiva) casistica dei contenuti di natura patrimoniale a cui le parti dell'operazione di salvataggio e risanamento dell'impresa in crisi possono ricorrere, il riferimento più immediato è quello relativo all'ipotesi in cui le banche creditrici concedano all'impresa una dilazione dei pagamenti dovuti. A tal proposito, sebbene si sia soliti far riferimento alla figura del «*pactum de non petendo*» (345), il solo patto dilatorio concesso all'impresa quasi mai si rivela sufficiente alla fuoriuscita dalla crisi da parte di quest'ultima, trattandosi per lo più di dissesti patrimoniali che abbisognano di una contestuale – e spesso drastica – riduzione delle passività esistenti. Ragion per cui, il periodo di moratoria concesso viene spesso abbinato a «patti di postergazione» se non a vere e proprie remissioni (parziali) del debito (346).

Da un punto di vista descrittivo, se il *pactum de non petendo* rappresenta l'accordo in base al quale il creditore si impegna a non chiedere (in perpetuo o per un determinato tempo) (347) la prestazione al

(344) Cfr. L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fall.*, 2009, 1035-1036: se, da un lato, l'accordo presenta dei contenuti che incidono direttamente sul debito e ne realizzano tipicamente la ristrutturazione, dall'altro, in una complessiva situazione di corrispettivo, potrà esservi l'assunzione di vincoli per l'imprenditore, che attuano una sorta di versione privatistica, variamente graduata, di amministrazione controllata.

(345) Reputata capace di escludere l'insolvenza, perlomeno laddove concluso con la totalità dei creditori, o comunque con una larga maggioranza di questi: E. FRASCAROLI-SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995, 48 ss.; *contra*, A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Fall.*, 1996, 905 ss.

(346) È ben possibile che un piano di ristrutturazione di cui si chieda l'omologazione si regga, in termini finanziari, sull'importo (attuale o previsto) del prezzo di acquisto di uno o più rami dell'azienda non appartenenti al *core business* dell'impresa, corrisposto ad es. a séguito dell'esercizio del diritto di prelazione da parte dell'affittuario al quale il compendio aziendale era stato concesso in affitto proprio per salvaguardare, nonostante la crisi, la continuità delle attività imprenditoriali; e che detto importo venga destinato (in tutto od in parte) all'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo di ristrutturazione. In giurisprudenza, per una fattispecie simile, cfr. Trib. Milano, 1° marzo 2018, in *www.expartecreditoris.it*.

(347) Com'è noto, all'interno della figura si distinguono tradizionalmente due varianti: il *pactum de non petendo* «*in perpetuum*» e quello «*ad tempus*». Il primo consisterebbe nell'impegno, da parte del creditore, di non esigere la prestazione indefinitivamente, il secondo, invece, solo per un certo tempo. Cfr.: F. RUSCELLO, *Pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 210

suo debitore, dal punto di vista applicativo, la formula descrive una complessa tipologia di accordi la cui *reductio ad unitatem* risulta di difficile soluzione, potendosene giustificare la liceità solamente guardando ai concreti interessi che le parti, attraverso questo accordo, intendono disciplinare, fermi ovviamente i doveri di reciproca collaborazione e di osservanza del canone generale della buona fede contrattuale (348).

Tra i percorsi a disposizione delle parti, vi è inoltre la possibilità della concessione, da parte degli istituti bancari creditori, di una dilazione dei termini di scadenza oppure di un mutamento delle scansioni temporali di rimborso. A seconda delle possibilità di *cash flow* risultanti dal predisposto programma di risanamento, il credito scaduto e non onorato dall'impresa potrà non solo essere ridotto nella sua entità, ma anche rideterminato quanto alle modalità di pagamento, attraverso una rinnovata rateizzazione, a sua volta più o meno onerata da interessi che, se pattuiti, potranno essere conteggiati semestralmente od annualmente e pagati dopo il decorso di un dato periodo di tempo (349).

È altresì possibile che l'operazione di salvataggio dell'impresa in crisi contempra la subordinazione volontaria della pretesa soddisfacibile di uno o più creditori, rispetto a quella di altri, per lo più estranei all'accordo (350). Attraverso detto accordo – contestuale o non al sorgere delle originarie obbligazioni (351) –, il creditore «postergato» si impegna

ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimeditato concetto del «patto» nell'ordinamento attuale*, in *Riv. not.*, 1986, I, 599 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 404 ss.; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, *passim*.

(348) Così, G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., 20 ss. Con riferimento alla conclusione dei patti in commento a fronte della crisi d'impresa, *ivi*, 181 ss.

(349) P. GUERRA, *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa*, cit., 811; P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, cit., 895; M. SANTARONI, *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, cit., 98.

(350) Sul tema della postergazione volontaria, cfr.: G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 121 ss.; G.B. PORTALE, «*Prestiti subordinati e prestiti irredimibili*» (appunti), in *Banca, borsa e tit. credito*, 1996, I, 1 ss.; ID., *Finanziamenti dell'impresa bancaria e raccolta del risparmio (ricordo di Gian Franco Campobasso)*, *ibidem*, 2004, I, 421 ss.; S. VANONI, *I crediti subordinati*, Torino, 2000; A. TULLIO, *La postergazione*, Padova, 2009; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012; ID., *La subordinazione dei crediti: notazioni generali*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2011, I, 496 ss.; F. MAIMERI, *La subordinazione volontaria*, *ivi*, 520 ss.; L. FOLLIERI, *Sugli accordi di postergazione del credito*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 597 ss.; ID., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, 88 ss.

(351) D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 4 ss.; ID., *La subordinazione dei crediti: notazioni generali*, cit., 497-498; S. VANONI, *I crediti subordinati*, cit., 15 ss.: alquanto ampio è lo spettro del possibile contenuto della clausola di postergazione. In generale, si possono ipotizzare: subordinazioni «specifiche» (ossia inerenti ad un particolare credito, presente o futuro); subordinazioni «relative» (ossia inerenti a più crediti ovvero ad una classe determinata di crediti, presenti o futuri);

a non riscuotere il *quantum* dovuto prima della integrale soddisfazione dei creditori beneficiari, pur non ricorrendo, nel caso di specie, la fattispecie del contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.) (352).

Nonostante la poliedricità del fenomeno (353), non sembrano sussistere motivi ostativi circa la meritevolezza e la liceità delle ipotesi atipiche di subordinazione del credito, che, soprattutto nell'ambito di operazioni di finanziamento, subordinano appunto il diritto di un determinato creditore al previo soddisfacimento, da parte del debitore, delle altrui pretese creditorie (354). D'altra parte, l'eventuale subordinazione convenzionale del credito non collima con il principio dell'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.): essa, non dando origine ad una diversa ed ulteriore causa legittima di prelazione, esaurisce i propri effetti nella fase di distribuzione del ricavato dalla liquidazione giudiziale dei beni del debitore in comune, si limita cioè ad individuare una categoria di creditori subordinati che risulteranno sfavoriti rispetto a quelli chirografari per effetto di un accordo avente ad oggetto la libera disposizione del proprio diritto, non diversamente da quanto accade, in maniera speculare, nelle ipotesi delle cause legittime di prelazione.

La pratica delle convenzioni bancarie spesso prevede, unitamente alla concessione di un periodo di moratoria ed al riscadenziamento delle rate insolte, la rinuncia ad interessi e/o quote di capitale

subordinazioni «assolute» (ossia inerenti alla totalità dei crediti presenti e/o dei crediti futuri).

(352) A ben vedere, pur comportando un beneficio di fatto per il terzo creditore, il patto di postergazione preso in considerazione non presuppone la volontà delle parti di creare un diritto specifico in capo al terzo ovvero l'assunzione dell'obbligo di eseguire una prestazione nei suoi confronti: più semplicemente, il contratto o la clausola negoziale in oggetto sono produttive di un vantaggio economico altrui. Invero, dovrà giungersi a conclusioni completamente differenti laddove il patto *de quo* venga concluso tra il creditore postergato ed il beneficiario oppure tra questi ed il debitore comune.

(353) È noto che l'unica fattispecie menzionata dal codice civile, che però non le dedica una disciplina specifica, è quella della postergazione del grado ipotecario (art. 2843, comma 1, c.c.), che costituisce la primogenita ipotesi di postergazione convenzionale che ha ricevuto l'*imprimatur* della legge: così, L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 90.

(354) A. TULLIO, *La postergazione*, cit., 233 ss.; L. FOLLIERI, *Sugli accordi di postergazione del credito*, cit., 609; ID., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., 106. Pertanto, attraverso il patto *de quo*, il creditore postergato assume l'obbligo di non pretendere il pagamento del proprio credito sino a quando il debitore non avrà soddisfatto integralmente uno o più creditori, beneficiari del meccanismo postergativo. Quanto alle conseguenze dei patti di subordinazione del credito nel sistema concorsuale italiano, si rinvia a D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 353 ss.; ID., *La subordinazione dei crediti: notazioni generali*, cit., 500, che parla efficacemente di credito «antiprivilegiato» o «ipoprivilegiato».

da parte degli istituti creditori. A tal proposito, si è soliti parlare di «consolidamento» delle posizioni debitorie esistenti, formula nella quale si riconduce non solo l'impegno (assunto dalla banca sia nei confronti del debitore che nei confronti degli altri istituti creditori), di non richiedere la restituzione del *quantum* dovuto entro un certo termine stabilito, ma anche la negoziazione di un «costo» pattizio dell'indebitamento inferiore a quello di mercato (si pensi alla previsione dell'infruttiferità totale dei crediti consolidati).

In merito all'eventualità in cui gli istituti si impegnino ad un vero e proprio «stralcio» dei crediti originariamente vantati, dubbia è la configurabilità dell'obbligazione assunta dalla banca in termini di remissione (per lo più parziale) del debito *ex art.* 1236 c.c., essendole negata la natura contrattuale dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza. È nota, infatti, la ricostruzione della remissione quale negozio unilaterale mediante il quale il creditore rinunzia gratuitamente al proprio diritto di credito (355), per quanto, un'altra parte della dottrina ne ha sostenuto la natura contrattuale, facendo leva soprattutto sulla sua rifiutabilità e subordinando la determinazione dell'effetto estintivo alla mancata opposizione del debitore, in capo al quale si configurerebbe un onere partecipativo di natura diversa da quella del proponente, destinato ad essere assolto mediante la consapevole omissione di un atto oppositivo (356).

Orbene, premesso che l'adesione alla teoria «unilateralistica» non esclude di per sé che la remissione possa derivare anche da un accordo contrattuale – fermo il riferirsi alla remissione come atto e non al suo

(355) L'interpretazione risulterebbe altresì confermata dall'art. 2726 c.c. che, estendendo alla remissione le «norme stabilite per la prova testimoniale dei contratti», ne attesterebbe appunto la struttura non bilaterale; nonché dalla stessa Relazione al Codice civile, § 574, in cui si legge che la remissione «è considerata atto unilaterale», per quanto venga fatta salva la diversa volontà del debitore che, «pur non essendo elemento di perfezione del negozio remissorio, può impedire che questo produca le sue conseguenze giuridiche». In tal senso, *ex plurimis*: G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, I, 1003; F. CARRESI, *Il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 398; G. GIACOBBE – M.L. GUIDA, *Remissione del debito (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 767 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. IV, L'obbligazione*, Milano, 1990, 461; L.V. MOSCARINI, *Rinunzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1991, 3; G.E. NAPOLI, *Remissione del debito*, in *Enc. giur. IlSole24Ore*, XIII, Milano, 2007, 258; A. VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, in *Obbl. contr.*, 2012, 529 ss.

(356) In tal senso, cfr.: P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 189 ss.; A. LUMINOSO, *Remissione del debito*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 7; P. STANZIONE, *Remissione del debito*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 582 ss.; D. VALENTINO, *Remissione del debito*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli. I contratti gratuiti*, a cura di A. Palazzo – S. Mazzaresse, Torino, 2008, 662 ss.

effetto (357) –, ai nostri fini è necessario contestualizzare la rinuncia in oggetto nel più ampio quadro del piano di risanamento negoziato ed approvato con tutti i creditori dell'impresa debitrice, rispetto al quale è normale rinvenire più rinunce che, tra loro coordinate e teleologicamente finalizzate al superamento della crisi ed all'accrescimento delle prospettive di recupero dei crediti non rinunciati, si pongono in rapporto di reciproco sinallagma. Quantomeno nel quadro di un piano di risanamento e di ristrutturazione finanziaria, non sembra possibile procedere ad una ricostruzione decontestualizzata della remissione ivi disposta in termini di atto unilaterale recettizio e gratuito, essendo la rinuncia necessariamente condizionata dalle analoghe rinunzie operate dagli altri istituti di credito nei confronti del medesimo debitore (358).

Ipotesi ben diversa è quella in cui le parti dell'accordo decidano di ricorrere all'istituto della «novazione oggettiva» ex art. 1230 c.c., poiché, in tal caso, si avrebbe una operazione che postula, non solo il mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione (*aliquid novi*), ma anche la manifestazione inequivoca dell'intento novativo (*animus novandi*) e l'interesse comune delle parti all'effetto novativo stesso (*causa novandi*) (359). Nonostante la tradizionale ritrosia delle banche verso il ricorso all'istituto *de quo*, potrebbe ipotizzarsi un accordo in cui venga prevista l'emissione di titoli di debito con effetti novativi oppure la modifica della forma tecnica del finanziamento già in essere e che magari comporti anche diverse modalità di rimborso da parte dell'impresa; o ancora, l'eventualità in cui le parti – già giunte ad una fase *lato sensu* patologica dei rispettivi rapporti ma pur sempre nell'ambito di una più ampia operazione economica di salvataggio –, si accordino attraverso una «transazione novativa», dando vita ad autonomi e nuovi rapporti

(357) G. GIACOBBE – M.L. GUIDA, *Remissione del debito*, cit., 775.

(358) Così, P. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, cit., 827.

(359) C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 446 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 58 ss.; F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, Padova, 2^a ed., 2010, II, 95 ss. Per una ricostruzione generale dell'istituto: P. RESCIGNO, *Novazione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 434 ss.; A. MAGAZZÙ, *Novazione*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 792; O. BUCCISANO, *Novazione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.; A. ZACCARIA, *Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 281 ss.

Quanto all'accertamento giudiziale della volontà, della causa e dell'oggetto del negozio novativo, laddove sorretto da un'adeguata motivazione in sede di giudizio di merito, lo stesso non potrà essere censurato in sede di legittimità: Cass. 9 luglio 1998, n. 6680, in *Giust. civ.*, Mass., 1998; Cass., sez. un., 21 giugno 2005, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 361.

giuridici, eventualmente incompatibili con la stessa situazione preesistente (360).

A conclusione della breve disamina qui proposta, è necessario accennare anche all'eventualità (peraltro molto frequente) in cui le parti convengano una – più o meno ampia – modificazione accessoria dei contratti tra di loro in essere. A differenza del mutamento sostanziale dell'obbligazione (novazione) (361), in questo caso le parti procedono a delle mere modificazioni accessorie del rapporto contrattuale originario, in quanto essenzialmente miranti a “riassetto” l'equilibrio degli interessi diviso dalle parti, lasciandone intatto il nucleo fondamentale (362), come nel caso emblematico della rinegoziazione del finanziamento bancario attraverso la rideterminazione delle rate previste nell'originario piano di ammortamento.

Orbene, per quanto riferibile a qualsiasi rapporto creditizio, il fenomeno della rinegoziazione – quale rimedio non ablativo di gestione delle sopravvenienze contrattuali che, pur non impossibilitanti, producono uno squilibrio nel sinallagma funzionale durante l'esecuzione del contratto – assume una peculiare valenza economico-giuridica proprio in presenza di un'operazione di finanziamento che veda dal lato attivo una banca, la quale, nell'esercizio del credito quale espressione tipica della propria attività d'impresa (art. 10, comma 1, t.u.b.), decide di operare una «dilazione», una «proroga» ovvero una «sistemazione» delle esposizioni nei confronti di un cliente che si trova temporaneamente nella difficoltà di adempiere alle obbligazioni scaturenti da un rapporto contrattuale di durata (363).

(360) In giurisprudenza, cfr. Cass. 15 settembre 2008, n. 23674, in *Obbl. contr.*, 325 ss., nota di L.M. PETRONE, *La transizione novativa: un contratto in cerca di autore!*.

(361) D'altra parte, ferma restando la necessità di individuare concretamente la volontà di lasciar permanere la situazione giuridica anteriore, piuttosto che produrre un'innovazione radicale, una differenziazione tra le vicende modificativa e novativa è rinvenibile già a livello di diritto positivo, disponendo l'art. 1231 c.c. che «[i]l rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione».

(362) Cfr., R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104 ss.: la revisione del rapporto contrattuale «costituisce l'universale denominatore di ogni processo di modificazione giuridica della prestazione», conseguente al sopravvenire di circostanze, rispetto alle quali si garantisce la conservazione dello stesso, scongiurandone la risoluzione.

(363) G. PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in AA. VV., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1999, 66; A.U. PETRAGLIA, *La ristrutturazione dei crediti bancari: ipotesi operative e prospettive future*, in *Fall.*, 2000, 469; M.C. TATARANO, *La «rinegoziazione» nei finanziamenti bancari*, in *Rass. dir. civ.*, diretta da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 13.

La vicenda modificativa interviene (non già sull'originario atto negoziale, bensì) sul rapporto contrattuale non ancora esauritosi, attraverso trasformazioni del regolamento che non hanno effetto retroattivo ma si producono dal momento perfezionativo del negozio di modifica; ragion per cui, il negozio modificativo spiegherà i suoi effetti «nel rapporto», piuttosto che «sul rapporto», che continua a conservare i propri tratti essenziali (364).

Nonostante si tratti di un contratto ad effetti non novativi, il requisito causale del negozio modificativo è dotato di un profilo autonomo rispetto a quello del negozio modificato, appunto consistente nella sua modificazione, con conseguenti riflessi dal punto di vista interpretativo. La relazione che lega il negozio originario a quello modificativo, infatti, sembra poter assumere la natura di un collegamento funzionale, in quanto sia l'uno che l'altro coesistono per regolare, in relazione di complementarità, il medesimo rapporto (365), a sua volta inserito nel più contesto di un'operazione economica che ne qualifica, in ultima analisi, l'elemento causale concreto e la meritevolezza.

5.2. GLI INTERVENTI DI SALVATAGGIO CHE CONTEMPLANO VINCOLI GESTIONALI ED ORGANIZZATIVI DELLA SOCIETÀ DEBITRICE.

Guardando alla sostanza economica della convenzione bancaria di salvataggio, ci si deve soffermare anche sugli eventuali accordi che prevedono la sottoposizione della normale autonomia organizzativa e gestoria dell'impresa debitrice ad una serie di vincoli previsti a tutela degli interessi dei creditori e compatibili con lo scopo ultimo dell'opera-

(364) In tal senso, cfr.: F. PANUCCIO, *Riduzione ad equità*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 613; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 370; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, 1026 ss.; N. STEFANELLI, *Note in tema di negozio modificativo*, in *Obbl. contr.*, 2012, 113; P. SIRENA, *I contratti su contratti: risolutori, modificativi, normativi*, in AA. VV., *Tratt. contr. III. Effetti*, diretto da V. Roppo, a cura di M. Costanza, Milano, 2006, 102-103. Sui tratti distintivi del contratto modificativo e sulla differenza rispetto alla novazione, così come sinteticamente ricordato nel testo, tra le pronunce più recenti della giurisprudenza, vedi Cass. 9 marzo 2010, n. 5665, in *Obbl. contr.*, 2012, 109.

(365) Sul punto, si rimanda a N. STEFANELLI, *Note in tema di negozio modificativo*, cit., 118, il quale sottolinea altresì il profilo «necessario» del collegamento *de quo*: se, da un lato, è innegabile che la modificazione accessoria dell'originario assetto contrattuale provenga dalla volontà delle parti, dall'altro, «nessun rilievo diretto assume tale volontà nella costituzione del legame tra negozio originario e negozio modificativo, il quale è la diretta conseguenza della funzione che il secondo adempie rispetto al primo».

zione *de qua*: quello di evitare l'insolvenza del debitore attraverso il rientro progressivo e dilazionato dell'esposizione ed il mantenimento della continuità aziendale. Trattandosi di imprese esercitate in forma societaria, infatti, la soluzione negoziale della crisi spesso si accompagna alla pianificata riorganizzazione del debitore (mutamento degli assetti imprenditoriali, *turnover del management*, ricapitalizzazioni, emissione di titoli da assegnare ai creditori *solutionis causa* in conversione dei loro crediti, operazioni societarie straordinarie, *etc.*).

Anche in questo ambito gli esempi non mancano, poiché la prassi dei *turnaround* conosce da tempo il ricorso sia agli strumenti di monitoraggio delle attività dell'impresa affidata sia a specifici strumenti di governo contrattuale dei rischi; soprattutto quelli connessi alla concessione dei finanziamenti all'impresa in crisi, ove l'accordo con i creditori solitamente non si limita al mero profilo del sostegno finanziario dell'impresa in crisi, ma si estende anche agli aspetti manageriali di quest'ultima, fino a realizzare un vero e proprio «controllo societario da credito».

Si pensi all'eventualità in cui le parti si accordino sull'obbligo di informazione o consultazione preventiva dell'impresa con le banche creditrici (direttamente o per il tramite di un comitato *ad hoc* costituito dalle stesse), prima di assumere determinate scelte di politica aziendale; alla pattuizione di «*covenant bonds*» che, tra le proprie clausole accessorie, prevedano in capo l'adempimento di una serie di obblighi previsti a tutela dell'interesse degli istituti finanziatori a ché l'impresa sia gestita correttamente ed in linea con gli obiettivi del piano di risanamento approvato, vincolandola così al raggiungimento di determinati risultati minimi oppure impedendole il compimento di atti che possano pregiudicarne il patrimonio. O, ancora, si pensi alle eventualità in cui l'accordo preveda obblighi quali la dismissione di una parte delle partecipazioni detenute dal debitore, la messa in vendita di rami d'azienda destinati ad attività «*non core*», l'impegno assunto dall'impresa di intervenire con determinate manovre sul personale, l'obbligo di orientare l'azione imprenditoriale nei limiti di un *budget* preventivamente concordato con i creditori, l'acquisizione di poteri di controllo, di ispezione e di direzione sull'impresa da parte di quest'ultimi, *etc.*

Premesso che, quanto è più complessa la crisi finanziaria, tanto più è avvertita l'esigenza degli istituti creditori di ottenere delle garanzie sulla gestione dell'impresa, in dottrina si è prospettata la qualificazione dei succitati accordi in termini di veri e propri patti parasociali, secondo lo schema causale dei sindacati di voto, aventi la funzione di regolare la formazione della volontà dei soci in sede assembleare (art. 2341-*bis*,

comma 1, lett. a, c.c.) (366). La prospettiva di questa opzione ricostruttiva muove dal dato per cui, se, da una parte, il contenuto della convenzione stragiudiziale con garanzia di gestione non diverge di per sé dalla programmazione dell'esercizio di una influenza dominante sulla società, dall'altra, il superamento della crisi o dell'insolvenza non è un obiettivo così lontano da quello della stabilizzazione del governo della società, che infatti richiama i profili attinenti alla gestione dell'attività imprenditoriale.

Un'altra ipotesi è quella che vede le banche creditrici non solo in veste di consulenti dell'impresa in crisi (367), ma addirittura impegnate nella ricerca di soluzioni allo stato di difficoltà di quest'ultima, attraverso l'elaborazione e la diretta attuazione dei programmi di risanamento. Per quanto rara, questa eventualità comporta un coinvolgimento degli istituti che non si limita ai soli aspetti finanziari, in quanto le operazioni generali della riorganizzazione dell'impresa, della ristrutturazione del suo indebitamento e del consolidamento del passivo verrebbero (non solo semplicemente decisi, bensì) attuati dalle stesse banche creditrici – per lo più riunite in un apposito «*pool*» –, attraverso l'operato di amministratori di propria, diretta espressione o comunque sui quali è stato espresso un autonomo gradimento (368).

Quanto finora osservato conferma come non sia raro che il successo del tentativo di salvataggio dell'impresa societaria in *distress* passi attraverso il coinvolgimento diretto dei suoi principali creditori bancari e finanziari, non solo nel momento di elaborazione del piano di *turnaround*, ma anche in quello della sua attuazione pratica, e cioè della diretta gestione della crisi, resa possibile proprio dalla presenza di un numero ristretto di creditori bancari, quali soggetti di elevato *standing*. D'altra parte, è proprio a causa dell'emergere della crisi che il controllo

(366) R. VIVALDI, *Soluzione negoziale dell'insolvenza: responsabilità civile delle banche nella crisi di impresa*, in *Fall.*, 1998, 560; V. DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, cit., 71.

(367) N. IRTI, *Dal salvataggio statale all'intervento bancario*, in *Riv. soc.*, 1996, I, 1089; M. SANTARONI, *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, cit., 101. È possibile che, nella prospettiva di modificare od integrare i normali rapporti di natura finanziaria, l'impresa chieda all'istituto anche una consulenza tecnica in tal senso. In tal caso le prestazioni della banca non andranno ad interessare direttamente la gestione della società, ancora spettante alla compagine societaria originaria, la quale potrà eventualmente non dare séguito al parere formulato. Trattasi, insomma, di vero e proprio affidamento di un incarico di consulenza alla banca, la quale opererà in via del tutto autonoma e con la diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.) necessaria ai fini della redazione del piano ed al controllo dell'esecuzione dello stesso.

(368) Sul tema, M. SANTARONI, *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, cit., spec. 102 ss., con particolare attenzione sia agli aspetti contrattuali del rapporto così instauratosi tra banche ed impresa debitrice (ricondotti allo schema del mandato, ex artt. 1703 ss. c.c.), che ai rischi derivanti dalla attività gestoria.

sull'impresa debitrice passa di fatto nelle mani dei suoi creditori principali (369), a prescindere dall'eventuale acquisto di una partecipazione diretta al capitale sociale.

Seppur incidentalmente, occorre osservare come siffatta eventualità potrà altresì essere interessata dalle non poche difficoltà legate sia ai doveri degli amministratori della società in costanza di crisi, che al diritto di controllo della stessa da parte dei soci, i quali, a differenza di quanto avviene a séguito di dichiarazione di fallimento, conservano ancora un certo potere interdittivo e la legittimazione attiva ad intraprendere iniziative di composizione della crisi d'impresa (370). Non è un caso che la stessa Proposta di Direttiva UE del Parlamento europeo e del Consiglio (22 novembre 2016), abbia invitato gli Stati membri ad adottare una disciplina che, a fronte della probabilità d'insolvenza, vieti agli azionisti ed agli «altri detentori di strumenti di capitale aventi interessi nel debitore» la possibilità di «impedire irragionevolmente l'adozione o l'attuazione di un piano di ristrutturazione che ripristinerebbe la sostenibilità economica dell'impresa» (art. 12, comma 1). D'altra parte, pur a fronte di una situazione di crisi (che, di per sé, non coincide

(369) L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 40 ss., 112 ss.; A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in AA. VV., *Le società per azioni oggi*, a cura di P. Balzarini, Milano, 2007, vol. I, 512. Sul punto, si vedano anche i rilievi di: U. TOMBARI, *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, I, 1138 ss.; O. CAGNASSO, *Le interferenze tra il diritto societario e il diritto fallimentare*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, Torino, 2016, vol. II, 2616 ss.

(370) Quanto al primo dei suaccennati profili, cfr.: F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, I, 1114 ss.; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale della crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304 ss.; A. NIGRO, *Riduzione o perdita del capitale sociale della società in crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 569 ss.; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, *passim*; N. ROCCO DI TORREPADULA, *La responsabilità degli amministratori durante la crisi societaria*, Bari, 2018, 135 ss.

Quanto alla eventualità che gli interessi dei soci collimino con quelli dei creditori, tra i contributi più recenti: A. BLANDINI - O. DE CICCO, - E. LOCASCIO ALIBERTI, *Socio e Società nella società per azioni (in crisi): dal diritto di opzione al bail-in (con notazioni sulle ragioni di Mazzarò)*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, I, 749 ss.; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs o Duldungspflicht)?*, *ibidem*, 2017, I, 725 ss.; V. CONFORTINI, *Il concordato preventivo fra legge del concorso e legge del contratto. Concordati di riorganizzazione societaria e status socii*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 1299 ss.; M. CENTONZE, *Società di capitali in crisi e limiti al potere di voto dei soci*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 622 ss. Nonché D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, in *Riv. soc.*, 2018, I, 858 ss.: le criticità risiedono, in primo luogo, nella particolare posizione che i soci ricoprono rispetto alla società in crisi, in quanto titolari sia di una quota del capitale della società in difficoltà (sotto tale ottica potendo dunque essere assimilati al debitore), sia di un'aspettativa giuridicamente rilevante sul patrimonio netto della società, così da poter essere idealmente collocati in quella stessa macrocategoria concettuale a cui appartengono gli stessi creditori sociali.

necessariamente con l'emersione di significative perdite), nella disciplina vigente non sembra potersi rintracciare un generale obbligo giuridico di ristabilire l'equilibrio finanziario della società in capo ai soci.

Guardando agli amministratori, sono rintracciabili talune regole prudenziali di gestione della società in stato di crisi (si pensi alle previsioni normative in materia di perdita o la riduzione di oltre un terzo del capitale sociale minimo, *ex artt.* 2486 e 2487, comma 1, c.c.), per cui, anche prima dell'omologazione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione *ex art.* 182-*bis*, essi potranno compiere, e l'autorità giudiziaria autorizzare, «atti non strettamente finalizzati alla mera conservazione del valore del patrimonio sociale e caratterizzati, piuttosto, da una finalità speculativa», purché si tratti di attività compiute in esecuzione di un piano approvato dai (negoziato con i) creditori, per quanto non ancora omologato, avendo, sia l'approvazione di una proposta concordataria che l'adesione ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, «anche un significato *lato sensu* gestorio», nel senso che è ben possibile che il piano negoziato od approvato contenga al «una programmazione anche innovativa di un'attività d'impresa» da esercitarsi anche nell'interesse dei creditori (371).

D'altronde, non è un caso che il legislatore della riforma abbia ritenuto di apportare talune modifiche in materia di responsabilità degli amministratori rispetto agli obblighi di conservazione del patrimonio sociale, con la prevista possibilità che gli stessi rispondano verso i creditori allorché il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei rispettivi crediti; nonché attraverso l'introduzione un criterio di liquidazione dei danni conseguenti all'inosservanza dell'obbligo di gestire la società, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, al solo fine di preservare integrità e valore del patrimonio (art. 377 cod. crisi ins.).

A conclusione della (pur sintetica) disamina circa i possibili contenuti dell'accordo di *turnaround* dell'impresa in crisi, occorre accennare alla possibile previsione del risanamento mediante l'attuazione di operazioni societarie straordinarie, in quanto strumenti realizzativi delle strategie non fallimentari e di risanamento, al pari di altre modalità d'intervento (operazioni di dismissione delle partizioni aziendali improduttive o non strategiche per l'attività dell'impresa, il potenziamento di quelle maggiormente produttive, attraverso cessioni, conferimenti, emissione di obbligazioni e di altri strumenti finanziari, conversione dei

(371) Così, A. ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2015, spec. 267 ss.

debiti in capitale mediante sottoscrizione riservata ai creditori od alle società da questi partecipate, etc.) (372).

Nonostante le innovazioni normative degli ultimi anni abbiano ampliato in misura rilevante le modalità realizzative delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, il legislatore ha omesso di dettare una disciplina specifica per quanto concerne il ricorso alle operazioni di fusione, di trasformazione o di scissione, lasciando al diritto societario comune il compito di regolare eventuali conflitti in materia, con conseguenti difficoltà applicative ed interpretative (373).

Fermo restando che le possibilità di successo di siffatte operazioni dipendono dalla buona riuscita di un complesso «processo di co-determinazione» tra le decisioni degli organi societari dell'impresa in crisi ed il consenso dei creditori in sede di approvazione del piano per la ripresa economica dell'impresa (374), il riferimento principale rimane la disposizione dell'art. 2499 c.c. (: «può farsi luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale, purché non vi siano incompatibilità con le finalità e lo stato della stessa»), interpretata come espressione di un principio generale del diritto «concorsual-societario», e pertanto applicabile anche ai casi di fusione e di scissione, nonostante gli artt. 2501, comma 2 e 2506, comma 4, non contengano più il riferimento alle procedure concorsuali.

(372) Prima degli interventi di riforma, il ricorso alle summenzionate era escluso, in ambito concorsuale, dal previgente divieto *ex art.* 2501, comma 2, c.c. e dal persistere di una impostazione sostanzialmente liquidatoria delle procedure regolate dalla legge fallimentare. In dottrina, sul tema delle operazioni straordinarie ai fini del risanamento della società: G. PALMIERI, *Operazioni straordinarie "corporative" e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2009, 1092 ss.; L. ABETE, *Risanamento dell'impresa e operazioni straordinarie: profili sostanziali*, *ibidem*, 2017, 1041 ss.; P. BASTIA – R. BROGI, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Milanofiori Assago, 2016; M. CAVANNA, *L'attuazione di concordato preventivo in parziale continuità mediante scissione societaria*, in *Fall.*, 2016, 353 ss.; M. COSIGLIA DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate delle crisi*, Torino, 2018; C.B. VANETTI, *Operazioni straordinarie nelle crisi d'impresa: sono possibili scissioni e conferimenti negativi?*, in *IlCaso.it*, II, 24 settembre 2018, 1 ss.

(373) Si pensi ad es. al problema della corretta individuazione dei doveri degli amministratori a fronte della crisi della società, delle competenze degli organi assembleare e di gestione una volta aperta la procedura concorsuale, al rilievo dei controlli, delle autorizzazioni e dei poteri assegnati agli organi della procedura, alla possibilità o meno di delegare a soggetti terzi il potere di compiere scelte di merito, soprattutto se adottate nell'ambito di una procedura conservativa ed in continuità. O, ancora, al problema della revocabilità della scissione posta in essere in esecuzione del piano attestato di risanamento, cfr.: Trib. Venezia, 5 febbraio 2016, in *Soc.*, 2017, 67, in senso affermativo; Trib. Bologna, 1° aprile 2016, in *Fall.*, 2017, 48, che invece la nega.

(374) F. GUERRA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc.*, 2008, I, 23; R. BROGI (-P. BASTIA), *Il piano concordatario e le operazioni straordinarie societarie*, in *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, cit., 320.

A tal proposito, si è osservato (375) che, se, da una parte, il legislatore della riforma societaria non poteva certo prevedere quanto sarebbe successo in ambito concorsuale nel ventennio a seguire, dall'altra, le finalità di risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e di riequilibrio della sua situazione finanziaria, perseguibili attraverso il ricorso alle fattispecie di cui agli artt. 160 ss. (376), 182-bis, 182-septies e 67, comma 3, lett. d, l. fall., fanno propendere per la compatibilità degli istituti concorsuali con le suddette vicende «evolutive» e «modificative» della società che, infatti, conserva i rapporti processuali e sostanziali originari, nonostante la variazione dei propri assetti e strutture organizzative (377).

6. (SEGUE). LA CONVERSIONE DEI CREDITI BANCARI IN AZIONI O IN STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI, NEL QUADRO DEGLI ACCORDI NEGOZIALI SULLA CRISI D'IMPRESA.

A conclusione della rassegna proposta, è d'uopo soffermarsi su un'ulteriore opzione offerta alle parti dell'accordo negoziale di soluzione della crisi d'impresa, che in un certo senso si colloca a metà strada tra le tipologie d'intervento sinora descritte. Constatata la ricorrenza di una certa fiducia circa le concrete capacità dell'impresa debitrice di affrontare positivamente il proprio percorso di risanamento in continuità

(375) L. ABETE, *Risanamento dell'impresa e operazioni straordinarie: profili sostanziali*, cit., 1042.

(376) Si pensi al concordato preventivo «con continuità aziendale», ex art. 186-bis l. fall.: ferma la non tassatività dell'elenco contenuto nella disposizione concorsuale, il ricorso alle operazioni straordinarie «corporative» potrebbe utilmente esplicitare le proprie potenzialità non solo a livello di piano o di proposta concordataria, ma anche nel senso della riorganizzazione dell'iniziativa imprenditoriale, eventualmente affidandola ad un nuovo soggetto diverso da quello originario (c.d. «Newco»), mediante il ricorso all'istituto della scissione, ex artt. 2506 ss. In tal caso, infatti, l'operazione costituirebbe una modalità di conservazione, salvaguardia e riorganizzazione della continuità aziendale, seppur attraverso il trasferimento del complesso aziendale ad una nuova società: M. FERRO, *Art. 160*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 2001; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 1229. In tal senso, vedi anche la Massima redatta dall'Osservatorio di diritto societario del Consiglio Notarile di Firenze, Prato e Pistoia, del 18 marzo 2013, «Concordato preventivo e scissione di società», in *www.consiglionotarilefirenze.it*.

(377) Sulla natura giuridica delle operazioni societarie straordinarie, cfr.: Cass., 20 giugno 2011, n. 13467, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., 19 maggio 2016, n. 10332, in *DeJure.it*; Cass., Sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *IlSole24Ore*, 9 febbraio 2006, 29; Cass., 18 novembre 2014, n. 24498, in *Foro it.*, Rep., 2014, Società, n. 401; Cass., Sez. un., 15 novembre 2016, n. 23255, in *www.dirittobancario.it*.

aziendale (378), è abbastanza frequente che gli *advisors* da questa incaricati propongano agli istituti creditori la conversione di parte (379) del proprio credito in azioni o strumenti di quasi-*equity* (strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346, comma 6, c.c. oppure obbligazioni convertende), attraverso una procedura che per molti aspetti ricorda quella dell'abrogata amministrazione controllata (380).

Premesso che la disciplina dell'impresa societaria contempla una gamma di strumenti di finanziamento alquanto ampia e flessibile, attraverso la quale poter combinare il proprio «capitale di rischio» al «capitale di debito» (381), detta autonomia negoziale, trova un'importante conferma anche in sede di predisposizione del piano e della proposta (concordataria, di accordo di ristrutturazione o di accordo stragiudiziale di risanamento attestato), grazie al possibile utilizzo degli strumenti finanziari ai fini del salvataggio dell'impresa o della ristrutturazione del suo debito, che vanno dalla partecipazione azionaria fino all'offerta di obbligazioni ed altri strumenti finanziari «atipici», con attribuzione sia

(378) Prospettabile principalmente in presenza di un piano che preveda la continuità aziendale, l'operazione *de qua* è stata, in tempi più risalenti, considerata una via percorribile anche al solo fine di evitare il fallimento della società debitrice, operandone la liquidazione *in bonis*.

(379) Tendenzialmente, l'operazione interesserà solo una quota dei crediti vantati (in particolare quelli non garantiti e non autoliquidanti), non solo in considerazione dei limiti posti in capo alle banche dalle disposizioni di vigilanza, ma anche a fronte delle difficoltà di controllare il rischio d'impresa connesso all'assunzione di partecipazioni azionarie e dei pericoli derivanti dalla maggiore fluttuazione del valore delle azioni in relazione alle prospettive economiche dell'impresa oppure dalle difficoltà nella diversificazione del portafoglio delle partecipazioni complessive: G. BERTOLI, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, 2000, 286. Per un quadro sintetico della disciplina del finanziamento all'impresa in crisi o prossima alla crisi, nell'ambito delle indicazioni provenienti dalla normativa societaria e concorsuale, vedi R. BROGI (- P. BASTIA), *La ricapitalizzazione societaria e la soddisfazione dei creditori mediante attribuzione di partecipazioni e strumenti finanziari*, in *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Milanofiori Assago, 2016, 255 ss.

(380) S. BONFATTI, *La «amministrazione bancaria» e i progetti di procedure di concertazione delle crisi. Un modello di amministrazione controllata stragiudiziale*, in AA. VV., *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa. I "protagonisti"*, a cura di S. Bonfatti - G. Falcone, Milano, 1999, 39, che parla di «una sorta di Amministrazione controllata stragiudiziale rivista e corretta».

(381) Si pensi alla possibilità ex art. 2412 c.c. di emettere obbligazioni al portatore o nominative per un importo complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato; limite che fra l'altro potrà essere superato nel caso di sottoscrizione delle obbligazioni da parte di «investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali» (banche, Sim, Sicav, etc.), che, nel caso di successiva circolazione delle stesse, risponderanno della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano né investitori professionali né soci della società debitrice. Oppure all'emissione di titoli di debito da parte della s.r.l., seppur solo nei confronti di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali, con la possibilità della loro successiva, fermo l'obbligo di garantire gli acquirenti non professionali della solvibilità dell'emittente (art. 2483 c.c.).

diritti patrimoniali che diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale dei soci (art. 2346, comma 6, c.c.) (382).

D'altra parte, non vanno nemmeno trascurate le potenzialità insite in ulteriori previsioni codicistiche, come quella dell'art. 2348, comma 2, c.c. (che permette, nei limiti di legge, la creazione di «categorie di azioni fornite di diritti diversi anche per quanto concerne la incidenza delle perdite») o quella dell'art. 2346, comma 4, c.c. (a norma del quale è contemplata la possibilità che lo statuto societario preveda un'assegnazione del numero delle azioni non esattamente corrispondente al principio di proporzionalità tra la parte di capitale sociale da queste rappresentata ed il valore del conferimento corrispondente). Pertanto, si potrebbe ipotizzare l'ingresso in società di alcune banche salvaguardandole parzialmente dal punto di vista del rischio d'impresa ovvero riconoscendo loro una rilevanza non necessariamente corrispondente alla misura del credito convertito o della nuova finanza concessa, fermo il divieto del patto leonino *ex art.* 2265 c.c. (383).

Con la conversione compensativa dei crediti (384) vantati in capitale della società debitrice (c.d. *debt/equity swap*) si pone in essere un'operazione attraverso la quale il creditore bancario – particolarmente esposto nei confronti della società e, quindi, poco incentivato a

(382) G. D'ATTORRE, *Gli strumenti finanziari partecipativi nella crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 335-336: dal punto di vista patrimoniale, lo stralcio della debitoria convertita in strumenti finanziari e l'appostazione nel patrimonio netto di una posta di importo corrispondente, potrebbero riportare in positivo il patrimonio netto della società, fra l'altro disinnescando l'applicazione delle regole societarie in materia di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale; dal punto di vista finanziario, si ridurrebbero gli oneri finanziari per il rimborso della debitoria oggetto di conversione, poiché i diritti patrimoniali degli strumenti finanziari partecipativi sono solitamente legati ai risultati di esercizio della società emittente e non a piani di rimborso a scadenze fisse; dal punto di vista funzionale, l'attribuzione di particolari diritti amministrativi ai titolari degli strumenti in oggetto, consente l'esercizio di un potere di controllo particolarmente incisivo circa l'attuazione del piano di risanamento.

(383) R. BROGI, *La ricapitalizzazione societaria e la soddisfazione dei creditori*, cit., 277; E. BERTACCHINI, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani attestati di risanamento, nel quadro della legge fallimentare riformata*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2014, I, 185.

(384) M. SAGLIOCCA, *La conversione dei crediti delle banche in strumenti di quasi-capitale quale strategia societaria per le ristrutturazioni del debito*, in *Riv. soc.*, 2018, I, 361: il termine «conversione», improprio da un punto di vista strettamente giuridico, è mutuato dalla prassi applicativa. Generalmente, il ricorso agli schemi operativi di risanamento in oggetto si collocano all'interno di un percorso di «*de-leverage*» che vede protagonista una società operativa spesso risultante da una precedente operazione di «*merger leverage buy-out*»: uno o più investitori costituiscono una nuova società (*Newco*), generalmente capitalizzandola con risorse minime, al fine di acquisire la partecipazione totalitaria della società operativa (*Target*), pagata dalla rima società soprattutto attraverso il ricorso a risorse finanziarie acquisite a titolo di debito. Avvenuta l'acquisizione della *Target* da parte della *Newco*, viene deliberata la fusione per incorporazione tra le due società.

ricorrere alle procedure concorsuali liquidatorie –, attua una compensazione estintiva dei propri crediti sottoscrivendo l'aumento di capitale della emittente, diventandone a sua volta il debitore per il corrispettivo delle azioni emesse a séguito dell'aumento (385). In altri termini, il debito di conferimento viene estinto mediante compensazione con il credito precedentemente vantato: è noto, infatti, il consolidato orientamento della giurisprudenza in materia di sottoscrizione di aumento di capitale mediante compensazione del credito nei confronti della società emittente (386); per cui, se, da un lato, l'art. 2342, comma 1, c.c. esige che i conferimenti siano fatti in denaro, dall'altro, la compensazione tra i corrispettivi crediti pecuniari modificherà (non già l'oggetto del conferimento stesso, che avviene pur sempre in denaro, bensì) le sole modalità di adempimento e di estinzione dell'obbligo di conferire.

Quanto poi alla pretesa esigenza di salvaguardare la corrispondenza tra il valore nominale del capitale sociale e la sua effettiva entità, la S.C. ha avuto modo di chiarirne l'equivoco di fondo: se il capitale sociale rappresenta una quota ideale del patrimonio netto della società,

(385) In dottrina, quanto ai diversi aspetti dell'operazione, cfr.: E. LOFFREDO, *Le partecipazioni societarie delle banche: profili sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 69 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Le partecipazioni delle banche e dei gruppi bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1995, I, 281 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La trasformazione del credito in capitale di rischio delle imprese: profili giuridici*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 1997, I, 288 ss.; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, I, 57 ss.; P. OLIVIERO, "Conversione" del credito delle banche in capitale di rischio nel contesto della crisi dell'impresa, in AA. VV., *Crisi d'impresa. Casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, 2011, 91 ss.; M.E. SALERNO, *Il rapporto banca-industria nella nuova disciplina di vigilanza in materia di partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari*, in *IANUS*, 2013, 9, 265 ss.; E. BERTACCHINI, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 181 ss.; L. SALVATO, *Questioni in tema di conversione del credito in capitale di rischio nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, 62 ss.; F. BRUNO – P. CASTAGNA, *La conversione dei crediti bancari in capitale di rischio (debt for equity swap) nell'ambito del restructuring in Italia, Germania e UK*, in *Società*, 2015, 272 ss.; R. BROGI, *La ricapitalizzazione societaria e la soddisfazione dei creditori mediante attribuzione di partecipazioni e strumenti finanziari*, cit., spec. 276 ss.; G. COVINO – L. MARTINO, *Conversione del credito in capitale*, in *IlFallimentarista.it*, 8 settembre 2017, 1 ss.; G. D'ATTORRE, *Gli strumenti finanziari partecipativi nella crisi d'impresa*, cit., 329 ss.; G. PERCOCO, *La conversione dei crediti bancari in strumenti finanziari partecipativi quale strategia durante la crisi temporanea dell'impresa societaria*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 1423 ss.; G. DI CECCO, *La conversione concordataria dei debiti in capitale di rischio: tre riflessioni (ed altrettante proposte) sulle peculiarità della disciplina applicabile alle operazioni di debt to equity swap*, in *IlCaso.it*, II/736, 18 ottobre 2018, 1 ss.; M. SAGLIOCCA, *La conversione dei crediti delle banche in strumenti di quasi-capitale quale strategia societaria per le ristrutturazioni del debito*, cit., 360 ss.

(386) A meno che la deliberazione di aumento del capitale non richieda espressamente la liberazione mediante versamento in denaro: Cass. 5 febbraio 1996, in *Corr. giur.*, 1996, 547; Cass. 24 aprile 1998, n. 4236, in *Foro it.*, 1998, I, 2892; Cass. 9 marzo 2009, n. 6711, in *Giust. civ.*, Mass., 2009; Trib. Roma, 6 febbraio 2017, in *Giur. it.*, 2017, 1139.

mentre quest'ultimo risulta dalla differenza fra le poste dell'attivo e le poste del passivo esposte in bilancio, ne consegue che l'incremento del patrimonio netto della società potrà essere incrementato sia attraverso un versamento in danaro (cioè con l'aggiunta di una posta attiva), sia attraverso l'estinzione di un debito societario pregresso (cioè la soppressione di una posta passiva). Ragion per cui, nella prospettiva della società – «l'unica rilevante ai fini del conferimento» – ciò che risulta davvero necessario è il mero incremento del proprio patrimonio netto, in una misura tale da coprire l'intero valore nominale delle azioni emesse e sottoscritte dal socio che conferisce mediante compensazione (387).

Come sottolineato in dottrina, l'eventuale aumento del capitale potrebbe risultare, alla prova dei fatti, non conveniente sia per gli azionisti (in quanto protetti dalla responsabilità limitata), che per eventuali soggetti terzi rispetto alla società, poiché quanto versato avrebbe effetti economici positivi nei confronti dei soli creditori della società esistenti al momento dell'operazione, almeno per la parte della sottoscrizione che arriva fino al punto di equilibrio. Viceversa, il ricorso allo strumento della conversione dei crediti, potrebbe condurre ad un'utile (se non addirittura risolutiva) soluzione della crisi dell'impresa, realizzando il recupero delle condizioni minime di continuità aziendale, attraverso un aumento di capitale senza il necessario apporto di nuove risorse finanziarie (388).

In termini generali, la possibilità di articolare non solo la componente economica ma anche amministrativa dei contenuti delle azioni, "calandola" nella prospettiva concorsuale, consente di predisporre trattamenti differenziati di creditori attraverso la suddivisione in classi e l'attribuzione di categorie di azioni con contenuti differenziati, tanto all'interno di un piano concordatario che di ristrutturazione. Pertanto, dall'angolo visuale delle banche creditrici, l'ingresso nel capitale azionario permette non solo la possibilità di partecipare ai benefici economici dell'intera operazione di ristrutturazione finanziaria della società

(387) Così, Cass., 9 marzo 2009, n. 6711, cit.: l'obbligo del socio di conferire in danaro il valore delle azioni sottoscritte in occasione di un aumento del capitale sociale è un debito pecuniario che può essere estinto per compensazione con un credito pecuniario vantato dal medesimo socio nei confronti della società, anche ai sensi dell'art. 56 l. fall., quando di essa sia sopraggiunto il fallimento; con la conseguenza che, in quest'ultimo caso, il giudice delegato non può ingiungere al socio il versamento del capitale sociale ai sensi dell'art. 150 l. fall. Sul tema, vedi anche Cons. Notarile di Milano, Massima del 5 marzo 2013, n. 125, *Aumento di capitale e compensazione di crediti* (artt. 2342, 2343, 2343-ter, 2465 c.c.), in www.consiglionotarilemilano.it.

(388) L. STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., 319: «la conversione dei crediti ha il merito di rispecchiare quello che sarebbe il risultato tipico della procedura di insolvenza, consistente nel togliere (in tutto o in parte) il controllo dell'attivo dal debitore per trasferirlo ai creditori».

(e quindi non limitandosi al mero recupero del credito originariamente vantato), ma anche la possibilità di acquisire il diritto a partecipare attivamente alla gestione di quest'ultima, con conseguente esercizio dei c.dd. «diritti amministrativi» che attengono allo *status* di socio (si pensi alla scelta di uno o più componenti del Cda da parte degli istituti bancari).

Per vero, l'eventualità che i creditori bancari sottoscrivano un aumento di capitale (ovvero che i crediti da essi vantati vengano ripagati attraverso l'emissione di apposite obbligazioni convertibili o, ancora, con la conversione dei debiti in strumenti finanziari partecipativi), la maggior parte delle volte rappresenta l'*extrema ratio*, prima dello stralcio, allorché non risultino percorribili strade alternative e meno radicali per raggiungere l'auspicato equilibrio economico-finanziario della società in crisi (389). D'altra parte, il creditore finanziario risulta tendenzialmente interessato più all'aspetto patrimoniale dell'operazione che a quello della gestione della società.

Infine, quanto al profilo della ricostruzione civilistica dell'operazione *de qua*, in una recente pronuncia di merito, si è ricorso alla figura della *datio in solutum* (art. 1197 c.c.). In particolare, a séguito della risoluzione del concordato preventivo per inadempimento, *ex art.* 186 l. fall., il tribunale ha ammesso al passivo del successivo fallimento il creditore per la sola parte di credito non convertita, e non già per l'intera pretesa originaria, poiché, nonostante l'inadempimento delle obbligazioni assunte con il concordato, con la conversione del credito relativo, l'aumento del capitale sociale e l'assegnazione delle azioni al creditore, il debitore si era liberato dell'originario debito (o meglio, di una quota parte di esso), eseguendo una prestazione diversa da quella inizialmente dovuta e con il consenso del creditore interessato (390). Esclusa

(389) G. FORESTIERI, *Corporate & Investment Banking*, Milano, 2^a ed., 2009, 171; P. CARRIÈRE, *Dal Merger Leveraged Buy Out al (De-merger) De-leveraged dei crediti nelle operazioni di ristrutturazione*, in *Società*, 2012, 282; G. PERCOCO, *La conversione dei crediti bancari in strumenti finanziari partecipativi*, cit., 1430; M. SAGLIOCCA, *La conversione dei crediti delle banche in strumenti di quasi-capitale*, cit., 363. Peraltro, occorre tener presente che l'utilizzo del meccanismo della conversione dei crediti nell'ambito delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa (concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e piano di risanamento attestato) presenta diversi aspetti problematici sia a livello applicativo (ovvero il contemperamento delle previsioni in materia societaria, concorsuale e bancaria), sia a livello pratico, poiché, soprattutto a fronte di crisi intense, l'utilizzo dell'emissione azionaria al servizio dello *swap* con il debito potrebbe facilmente portare ad una forte diluizione delle azioni esistenti, alimentando così il sorgere di problemi di «*hold-up*» da parte degli originari azionisti verso il piano di ristrutturazione proposto.

(390) In tal senso, Trib. Reggio Emilia, 16 aprile 2014, in *Fall.*, 2015, 59, con nota di L. SALVATO, *Questioni in tema di conversione del credito in capitale di rischio nel concordato preventivo*, il quale osserva come, nonostante la correttezza della soluzione

la configurabilità della partecipazione sociale quale «credito», all'originario creditore non è stato possibile invocare il disposto dell'art. 1198 c.c., con conseguente non assoggettamento dell'estinzione del credito alla condizione sospensiva del pagamento.

Descritte le peculiari ragioni economico-giuridiche che normalmente portano alla sottoscrizione di partecipazioni mediante conversione del credito, occorre richiamare quanto disposto in sede regolamentare con riferimento al possesso, da parte delle banche o dei gruppi bancari, delle azioni o quote nel capitale di altri soggetti: se la decisione di procedere all'operazione di conversione è sicuramente rimessa alla competenza dei consigli di amministrazione delle banche (391), alla Banca d'Italia è affidato un rilevante potere di vigilanza e di regolamentazione in materia.

Più in particolare, la disciplina speciale dettata in materia prescrive che l'operazione di acquisizione di partecipazioni – sia dirette che indirette – operata per il tramite di una conversione dei crediti pregressi nei confronti di «imprese in temporanea difficoltà finanziaria», posta in essere «al fine di consentirne il riequilibrio», richiede che il Cda dell'istituto valuti siffatte operazioni «con estrema cautela per la complessità e l'elevato grado di incertezza» che normalmente le caratterizzano (392). Ragion per cui, è prescritta la verifica della sussistenza di una convenienza economica da parte in capo all'intermediario, nonché la sussistenza di «ragionevoli prospettive di riequilibrio nel medio periodo», dovendo trattarsi di crisi temporanee, essenzialmente riconducibili ad aspetti (non già di mercato, bensì) finanziari (393).

offerta dal tribunale, rimanga il problema dell'innesto di una «figura dal sapore antico» (la dazione in pagamento, appunto) in un *corpus* nuovo e caratterizzato da profili di rilevante specificità, che abbisognerebbero di maggiore attenzione da parte del legislatore, in modo da non rendere eccessivamente aleatorio (e quindi inutilizzabile) un concordato strutturato in questi termini [p. 71].

(391) Dando comunicazione dell'intervento partecipativo all'archivio elettronico «Assetti Partecipativi Enti», istituito con circolare 17 dicembre 2013, n. 285.

(392) Così, le «Disposizioni di Vigilanza per le banche» (Parte III – Altre disposizioni di vigilanza prudenziale, Capitolo I – Partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari, Sezione IV – Partecipazioni acquisite nell'ambito dell'attività di collocamento e garanzia, Par. 2. «Partecipazioni in imprese in temporanea difficoltà finanziaria»), il cui ultimo aggiornamento è del 12 giugno 2018 (Agg. XXII). Per quanto riguarda specificamente l'oggetto delle nostre riflessioni, sul punto le disposizioni sono state modificate dalle circolari della Banca d'Italia del 21 aprile 1999, n. 229 e del 17 dicembre 2013, n. 285, in *www.bancaditalia.it*. In dottrina: A. MARABINI, *La gestione della crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 273; A. PALETTA, *Art. 160*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 2080; R. BROGI, *La ricapitalizzazione societaria e la soddisfazione dei creditori*, cit., 259.

(393) Per completezza, si segnala che al successivo *Paragrafo 3* è regolata l'acquisizione di partecipazioni – dirette e indirette – da parte della banca nella società

Orbene, a fronte di situazioni di tensione finanziaria non definitiva, la Banca d'Italia ha approntato una specifica procedura d'intervento così strutturata: *a)* redazione di un piano di risanamento finalizzato a conseguire l'equilibrio economico-finanziario della società debitrice in un periodo di tempo normalmente non eccedente i cinque anni; *b)* predisposizione di un piano da parte di più banche che rappresentino una quota elevata dell'esposizione debitoria complessiva; *c)* acquisizione da parte degli istituti di credito di azioni od altri strumenti di nuova emissione e non già di azioni già in circolazione; *d)* individuazione di una banca c.d. «capofila» (ovviamente nell'ipotesi di intervento da parte di più istituti), responsabile della verifica circa l'esecuzione del piano ed il sostanziale conseguimento degli obiettivi da esso prefissati; *e)* approvazione del succitato piano da parte del consiglio di amministrazione di ciascuna delle banche interessate, che dovranno valutare la convenienza economica della operazione rispetto alle forme alternative di recupero e verificare la sussistenza di condizioni stabilite per l'acquisizione.

Peraltro, si tenga conto che l'osservanza delle disposizioni dettate dalla Banca centrale esenta le suddette partecipazioni dal computo dei limiti di concentrazione complessiva per le partecipazioni qualificate detenibili in imprese non finanziarie, previsti dalle stesse «Disposizioni di vigilanza», seppur per un periodo limitato ad un massimo di cinque anni, coincidente con la normale durata di un piano di risanamento (394).

debitrice oppure di interessenze da essa detenute (ad es. garanzie) al solo fine di recuperare il credito vantato nei suoi confronti. In questo caso, l'operazione potrà essere effettuata purché «nel rispetto dei limiti di concentrazione, complessivo e generale e delle altre condizioni» richiamate in tema di salvataggio dell'impresa in crisi, seppur divergendo quanto alle finalità, rilevando in questa sede il fine ultimo di «facilitare il recupero del credito», attraverso lo smobilizzo dell'attivo della società e la liquidazione del suo patrimonio.

(394) I limiti prudenziali entro i quali è possibile operare un investimento in imprese non finanziarie, sono: *a)* un limite di concentrazione, a norma del quale non può essere detenuta una partecipazione qualificata per un ammontare non eccedente il 15% del patrimonio di vigilanza; *b)* un limite complessivo delle partecipazioni qualificate detenute in imprese non finanziarie non superiore al 60% del patrimonio di vigilanza. Lì dove, a séguito di eventi indipendenti dalla volontà della banca (o della capogruppo) le partecipazioni detenute dalla stessa superino i limiti fissati (si pensi ad es. alla riduzione del patrimonio od alla fusione tra i soggetti partecipati), è disposto che l'ente detentore debba attivarsi al fine di assicurare il rispetto costante di quanto previsto dalle disposizioni di vigilanza. Non solo, ma fino a quando «le partecipazioni detenute non siano ricondotte nei limiti, un ammontare eguale all'eccedenza deve essere dedotto per il 50% dal patrimonio di base e per il 50% dal patrimonio supplementare», a meno che non siano stati superati entrambi i limiti di cui sopra, perché nel qual caso dovrà essere dedotta l'eccedenza di ammontare più elevato.

In materia, va sottolineato un ulteriore profilo, nient'affatto secondario, e cioè quello relativo alle novità che hanno interessato il peculiare trattamento fiscale previsto nei casi di trasformazioni in titoli partecipativi del credito finanziario. Ad opera delle modifiche apportate dalla L. 12 dicembre 2003, n. 344 al Testo unico delle imposte sui redditi (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), è stata introdotta una fattispecie tributaria tesa ad evitare che l'acquisizione delle partecipazioni con finalità di recupero del proprio credito nei confronti della società partecipata potesse risultare disincentivata per effetto di trattamenti normativi di sfavore: ai sensi dell'art. 113 T.u.i.r. – fermo il preventivo ottenimento del parere favorevole dell'Agenzia delle entrate a séguito della procedura d'interpello ex art. 11 della L. n. 212/2000 – all'atto della cessione delle partecipazioni acquisite al creditore sarà possibile dedurre in sede di dichiarazione dei redditi le minusvalenze eventualmente realizzate, con disapplicazione del regime della c.d. «*participation exemption*», di cui all'art. 87 T.u.i.r. (395).

Chiariti i profili di disciplina e le regole prudenziali e procedurali operanti in materia, è necessario segnalare alcuni profili particolarmente problematici dell'operazione in commento.

Il primo, concerne la ricostruzione della conversione dei crediti in partecipazioni sociali (azioni, quote, obbligazioni, *etc.*), in termini di prestazione in luogo dell'adempimento, ex art. 1197 c.c., con conseguente effetto estintivo dell'originaria obbligazione, anche nel caso di successiva apertura del fallimento a carico dell'impresa inadempiente (396). Orbene, nonostante l'incontestabilità di siffatta conseguenza

(395) In dottrina, con argomenti favorevoli all'introduzione della nuova fattispecie tributaria: A. BETUNIO – G. MOLINARO, *Partecipazioni acquisite per il recupero dei crediti bancari*, in *Corr. trib.*, 2009, 192 ss.; S. SIMONTACCHI, *La conversione dei crediti in partecipazioni sociali ex articolo 113 del TUIR*, in AA. VV., *Crisi d'impresa. Casi e materiali*, cit., 425 ss.; M. PENNESI – G. GALLUCCI, *Limiti ed opportunità fiscali dell'estinzione del credito mediante conversione in capitale*, in *Riv. dir. banc.*, 7 settembre 2013, 1 ss.

(396) L'istituto della *datio in solutum*, prevede la possibilità per il debitore di liberarsi eseguendo una prestazione – di valore uguale o maggiore – diversa da quella inizialmente dovuta, salvo che il creditore vi acconsenta. La dottrina ascrive l'esecuzione della diversa prestazione nella categoria dei «modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento» realizzata in esecuzione di un contratto oneroso variamente descritto come di tipo estintivo, solutorio e liberatorio: S. RODOTÀ, *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1968, 732 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione diversi dall'adempimento*, cit., 90 ss.; A.M. MARCHIO, *Dazione in pagamento*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss.; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 552 ss.; A. CANDIAN, *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv., Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 552; V. BARBA, *Art. 1197*, in AA. VV., *Comm. cod. civ. Delle obbligazioni*, diretto da E. Gabrielli, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, vol. I, 543 ss.

(trattandosi di un credito oggetto di mutamento qualitativo-quantitativo e di nuova regolazione), suscita qualche perplessità l'assenza di una disciplina specifica sul punto, data la chiara particolarità dell'operazione in oggetto.

Tralasciando gli strumenti di soluzione della crisi più propriamente negoziali, il ricorso alla fattispecie della *datio in solutum* in materia di concordato preventivo – quale alternativa rispetto al concordato con cessione dei beni di tipo liquidatorio – verrebbe di fatto fortemente scoraggiato, configurando «causa meramente aleatoria» proprio a fronte della impossibilità, da parte di creditori, di richiedere una risoluzione dello stesso per inadempimento, con conseguente assunzione dell'intero rischio del concordato su questi ultimi a vantaggio del debitore, per il quale la cessione dei beni in luogo dell'adempimento costituirebbe uno strumento (non già di sostituzione, bensì) di attuazione dell'obbligazione di pagamento (397).

Il secondo elemento di forte criticità concerne il potenziale conflitto di interessi che, a séguito del subingresso dei creditori nella compagine sociale, potrebbe crearsi tra questi ultimi ed i soci preesistenti (la cui deliberazione è comunque necessaria) (398), proprio perché la realizzazione di siffatte operazioni rende riduttiva la configurazione dei rapporti tra i creditori (soprattutto quelli bancari) e la società debitrice

La figura presenta fra l'altro notevoli affinità con quella della novazione oggettiva, pur distinguendosi quanto agli effetti: se in quest'ultima si riscontra il sorgere di un nuovo rapporto, la prestazione in luogo dell'adempimento estingue il rapporto obbligatorio originario senza che ne segua la costituzione di uno nuovo e diverso, essendo riferita alla sola fase esecutiva del rapporto. Resta fermo, in ogni caso, il dato normativo che pone precisi limiti all'effetto satisfattivo della *datio in solutum*: nel caso in cui, in luogo dell'adempimento, venga ceduto un credito, la liberazione del cedente è sospensivamente condizionata alla riscossione dello stesso, salva diversa volontà delle parti (art. 1198 c.c.); invece, laddove la prestazione consista nel trasferimento della proprietà o di un altro diritto, il debitore sarà tenuto alla garanzia per l'evizione ed i vizi della cosa secondo la disciplina della vendita, salvo che il creditore preferisca esigere la prestazione originaria ed il risarcimento del danno (art. 1197, comma 2, c.c.).

(397) Sul punto, A. BASSI, *Il concordato preventivo tra cessio bonorum e datio in solutum. Il caso "S. Raffaele"*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 846. Quanto alle pronunce della giurisprudenza, si segnala quella del Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Fall.*, 2012, 78: la cessione concordataria, vista come prestazione in luogo dell'adempimento, determinerebbe semplicemente una comproprietà o una contitolarità dei beni in capo alla massa dei creditori, senza fornire alcuna risposta alle esigenze della liquidazione del patrimonio e del riparto secondo le legittime cause di prelazione, proprie della procedura del concordato preventivo liquidatorio.

(398) Vedi L. STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., 319, nt. 29, il quale segnala il pericolo di una «rendita di posizione» per i soci, nei casi in cui i creditori, particolarmente esposti nei confronti della società, non hanno interesse ad intraprendere una procedura concorsuale liquidatoria.

secondo il mero schema delle relazioni contrattuali. La sostanziale traslazione del rischio d'impresa in capo ai creditori, comporta un notevole ridimensionamento della posizione sia dei soci che degli amministratori, soprattutto se si tiene conto che le prassi negoziali spesso conoscono la stipulazione di accordi tesi ad inibire determinate manovre finanziarie, oppure a stabilire il rispetto di ben individuati parametri finanziari (si pensi alla previsione di una soglia inderogabile del rapporto *equity/debt*, alla negoziazione di vincoli circa la distribuzione dei dividendi, *etc.*), o ancora, a subordinare talune decisioni aziendali all'approvazione di un *Chief Restructuring Officer*, quale rappresentante comune del *pool* di banche (399).

L'ultimo profilo critico riguarda più da vicino l'utilizzo dello strumento della conversione da parte delle banche creditrici, ed investe la questione del difficile temperamento delle previsioni normative dell'ordinamento concorsuale con quelle regolamentari in materia di attività bancaria, sul quale è recentemente intervenuta una pronuncia della giurisprudenza di legittimità. A fronte dell'opposizione proposta avverso l'omologazione di un concordato preventivo contemplante la conversione in capitale sociale del credito chirografario vantato dalle banche, assunta come inammissibile perché in contrasto con la circolare della Banca d'Italia n. 229/1999, la S.C. ha respinto il reclamo sulla base dell'inderogabilità di una norma di rango primario da parte di una norma di rango secondario, nella fattispecie contrastante con il disposto dell'art. 160, comma 1, lett. a, l. fall. (400), che contempla, appunto, la possibilità di proporre un concordato preventivo fondato sulla «ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante [...] l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni,

(399) Sugli aspetti gestionali e le possibili interferenze dei creditori bancari: D. SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, III, 639 ss.; A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati di risanamento e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, 50; M. MOZZARELLI, *I covenants e il governo della società finanziata*, cit., 112 ss.; G. PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, cit., 507; L. PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione*, cit., 110 ss.; M. SAGLIOCCA, *La conversione dei crediti delle banche in strumenti di quasi-capitale*, cit., 368 ss.

(400) Ma la soluzione adottata vale anche nell'eventualità di un concordato fallimentare, stante la previsione di cui all'art. 124, comma 2, lett. c, l. fall., a norma del quale la proposta di concordato può prevedere, fra l'altro, anche «la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito».

anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito» (401).

Anche alla luce di quanto appena ricordato, è chiaro che l'assenza di una regolazione specifica da parte del legislatore concorsuale (assenza confermata, fra l'altro, dal codice della crisi e dell'insolvenza) (402), nonché le difficoltà di coordinamento applicativo tra le norme e le disposizioni regolamentari della Banca d'Italia, costituiscono ancor oggi un ostacolo rilevante per chi volesse ricorrere alle operazioni di conversione del credito, che potrebbero essere preferite solo nel caso di società quotate, grazie all'esistenza di un mercato funzionale alla successiva cessione delle stesse.

7. L'OPERAZIONE NEGOZIALE DI RISANAMENTO DELL'IMPRESA NELL'ATTUALE SISTEMA CONCORSUALE. LA DISCIPLINA DEGLI ISTITUTI DEL PIANO ATTESTATO DI RISANAMENTO E DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI.

7.1. IL RICORSO ALL'ACCORDO STRAGIUDIZIALE "ATTESTATO", EX ART. 67, COMMA 3, LETT. D. DELLA LEGGE FALLIMENTARE.

Come si è già esposto nel capitolo precedente, con l'art. 2 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. «decreto competitività»), convertito in L. 14 maggio 2005, n. 80, il legislatore ha apportato una rilevante modifica alla disposizione dettata in materia di azione revocatoria fallimentare (e

(401) Cass., 7 maggio 2014, n. 9841, in *Fall.*, 2015, 59. In particolare veniva contestata la legittimità dell'operazione di conversione sulla base dell'inosservanza, da parte dell'istituto, della percentuale massima di partecipazioni stabilita dalla banca centrale e dalle norme emanate dal CICR (nel 1992 in via d'urgenza, in sostituzione del Ministero del Tesoro). Invero, la S.C., constatata la temporanea difficoltà finanziaria della società debitrice al momento dell'operazione de qua, ne ha confermato la legittimità poiché l'art. 160 l. fall. prevede, tra i contenuti possibili della proposta di concordato, la ristrutturazione dei debiti ed il risanamento della società mediante cessione di quote o azioni sociali senza alcuna limitazione e trova, pertanto, applicazione nei confronti di tutti i creditori, ivi comprese le banche, non potendosi, in senso contrario, invocare il divieto di acquisizione di partecipazioni sociali ad esse imposto dalle norme emanate dal CICR e dalla Banca d'Italia che, non avendo rango primario, possono derogare alle disposizioni legislative solo nei limiti consentiti dalla legge stessa.

(402) Pur confermando l'attuale libertà di contenuto quanto alle forme di soddisfacimento dei creditori concorsuali, il codice si limita a ricalcare l'attuale previsione ex art. 160, comma 1, lett. a, l. fall., nell'ambito della disciplina dei possibili contenuti del piano di concordato preventivo (art. 85, comma 3, lett. a, cod. crisi ins.) e quella prevista dall'art. 124, comma 2, lett. c, l. fall. in materia di possibili contenuti del concordato fallimentare (che, nell'ambito del nuovo codice, prende la denominazione di «concordato nella liquidazione giudiziale»), sostanzialmente riproposta nel nuovo art. 240, comma 2, lett. c, cod. crisi ins.

di esenzioni dalla stessa). Pur senza procedere ad alcuna definizione positiva, per la prima volta dal 1942 – e con la previsione di un istituto che non sembra trovare equivalenti nel panorama degli altri ordinamenti sulla crisi d'impresa, sia europei che extraeuropei (403) –, si è dato spazio e riconoscimento normativo agli accordi stragiudiziali conclusi dall'imprenditore in difficoltà vuoi con uno o più dei suoi creditori, vuoi – più raramente – con un soggetto terzo (404), al fine di consentirgli il risanamento dell'impresa ed il riequilibrio della propria situazione finanziaria (art. 67, comma 3, lett. d) (405).

(403) Così, S. AMBROSINI, *I piani di risanamento: profili giuridici*, in AA. Vv., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da S. Ambrosini, Bologna, 2017, 847.

(404) Si pensi ad es. all'accordo di risanamento concluso con il cessionario dell'azienda, al terzo sottoscrittore di un aumento di capitale sociale, alla società con la quale si concorda un'operazione di fusione, o ancora alla banca terza con la quale l'imprenditore conclude un contratto di mutuo di scopo finalizzato al pagamento dei debiti residui presso altri istituti di credito.

(405) In dottrina, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr.: M. FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in *Fall.*, 2005, 1353 ss.; D. GALLETTI, *Piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 1195 ss.; A. NIGRO, *Art. 67*, in AA. Vv., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, Torino, I, 2006, 370 ss.; G. VERNA, *I piani di risanamento e di riequilibrio nella legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1248 ss.; P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2007, I, 538 ss.; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, 617 ss.; G. IVONE, *Le nuove regole per il superamento della crisi di impresa: piani di ristrutturazione e di liquidazione*, in AA. Vv., *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti – F. Marotta – F. Di Marzio, Torino, 2^a ed., 2008, 163 ss.; G. SANSONO, *Il piano di risanamento attestato*, in *Giur. it.*, 2010, 2475 ss.; M. COSSU, *Piani attestati di risanamento e contratti di ristrutturazione del debito. La riorganizzazione stragiudiziale della s.r.l. in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 461 ss.; G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in AA. Vv., *Tratt. proc. concorsuali*, diretto da L. Ghia – C. Piccininni – E. Severini, Torino, 2011, vol. IV, 631 ss.; A. MUNARI, *Crisi d'impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, 127 ss.; G. VILLANACCI – A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d), legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 82 ss.; S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in *IlCaso.it*, II/429, 11 giugno 2014, 1 ss.; F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto «sviluppo»*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 74 ss.; A. BELISARIO, *I piani di risanamento attestati: struttura e funzioni*, in AA. Vv., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, II, Torino, 2014, 443 ss.; E. FERRICELLI, *Attestazione del piano di risanamento e responsabilità del professionista*, *ivi*, 475 ss.; A. DELL'ATTI – M. TURCO, *Piani attestati e principi di comportamento del professionista*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, I, 265 ss.; I. BIANCHI, *Il piano attestato di risanamento previsto dall'art. 67, comma 3, lett. d) della legge fallimentare*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 83 ss.; F. BURIGO, *Il piano attestato di risanamento: uno strumento di risoluzione della crisi finanziaria d'impresa tuttora efficace*, in *Ricerche giuridiche*, 2016, 5, 2, 271 ss.; S. MANCINELLI, *La rivisitazione del piano attestato di risanamento*, in *IlCaso.it*, II/904, 13 settembre 2016, 1 ss.; R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali. Verso un diritto europeo del risanamento delle imprese in crisi*, Torino, 2016, 71 ss.; P.G. DEMARCHI ALBENGO – C. GIACOMAZZI, *I piani attestati ex art. 67 l. fall.*, in AA. Vv., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso – L. Panzani, Torino, 2016, III, 3169 ss.;

Considerata la realtà organizzativa del finanziamento delle imprese del nostro Paese, i principali destinatari del piano di risanamento risultano essere proprio gli istituti di credito, che vengono chiamati a partecipare attivamente alla sua elaborazione (se non addirittura a predisporlo), o comunque ad esprimere il proprio consenso sullo stesso e, nel caso di stipulazione od adesione alla convenzione, ad astenersi dall'intraprendere o proseguire azioni esecutive a danno dell'impresa (406). Per quanto caratterizzati da un'ampia flessibilità nella fase formativa ed esecutiva dell'accordo – così come confermato dalla mancata previsione di qualsiasi tipo di controllo *ex post* di legittimità da parte dell'autorità giudiziaria –, detti accordi trovano, all'interno della disciplina concorsuale, una tutela importante, seppur minima: il piano attestato, infatti, è regolato in senso "negativo", e cioè allorquando, non concretizzatosi il tentativo di risanamento intrapreso, si sia aperta la fase di liquidazione fallimentare dell'impresa, a fronte della quale il legislatore si premura di fornire un'esenzione dall'azione revocatoria per tutti quegli atti posti in essere in esecuzione del piano di risanamento medesimo.

L'attuale disposizione normativa prevede che non sono soggetti all'azione revocatoria «gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne

L. STANGHELLINI – A. ZORZI, *Il piano attestato di risanamento*, in AA. VV., *Tratt. proc. concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, vol. V, *Concordato fallimentare, accordi di ristrutturazione, piani di risanamento, amministrazione straordinaria, profili fiscali. Crisi bancarie*, Milano, 2017, 527 ss.; S. AMBROSINI, *I piani di risanamento: profili giuridici*, cit., 847 ss.; P. BASTIA, *I piani di risanamento: profili aziendalistici*, *ivi*, 864 ss.; C.L. GANIGIAN, *Il sindacato del giudice sulla fattibilità del piano di risanamento come requisito per l'applicazione dell'esenzione da revocatoria*, in *Giustiziacivile.com*, 13 luglio 2017, 1 ss.; L. BOGGIO, *Piano di risanamento attestato "liquidatorio" ed esenzione da revocatoria (ordinaria)*, in *Giur. it.*, 2018, 1150 ss.

(406) P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, cit., 538; R. ROSAPEPE, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, cit., 270; E. FRASCAROLI-SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2^a ed., 2016, 827; G. MEO, *I piani "di risanamento" previsti dall'art. 67 l. fall.*, cit., 46; S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, cit., 6; R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali*, cit., 75.

l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore».

Dall'enunciato della norma emerge che l'istituto è stato pensato proprio in funzione agevolativa delle operazioni di rifinanziamento o di ristrutturazione di una parte del debito che l'imprenditore intenda effettuare con i propri creditori (od eventualmente anche un soggetto terzo) al fine di ridurre l'impatto del debito sul *cash flow*, o del servizio del debito sulla redditività dell'azienda. In altri termini, se lo scopo dell'operazione *de qua* è il ristabilire l'equilibrio della situazione finanziaria del debitore, ne conseguirebbe la necessaria prosecuzione delle sue attività d'impresa, ferma comunque la possibilità di ricorrere ad accordi stragiudiziali che contemplino la liquidazione di parte delle attività. Al contempo, ai fini delle esenzioni previste dalla normativa, occorrerà un'ulteriore eventualità: la preventiva attestazione della «veridicità» dei dati aziendali e della «fattibilità» del piano proposto dall'imprenditore, da parte di un professionista indipendente (407), ossia terzo rispetto all'imprenditore ed a coloro i quali sono portatori di un interesse rispetto all'operazione (cfr. art. 236-*bis* l. fall.).

A tal proposito, se il sindacato del giudice sulla c.d. «fattibilità giuridica» del piano (intesa come verifica della compatibilità dello stesso con le norme inderogabili), non incontra particolari limiti, il controllo sulla «fattibilità economica» (intesa come realizzabilità dei fatti del medesimo), è svolto nei limiti della verifica della sussistenza o meno di una inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile

(407) La richiamata disposizione dell'art. 28, comma 1, lett. a-b, l. fall., dettata in materia di requisiti richiesti per la nomina a curatore fallimentare (oppure a commissario giudiziale, giusto il rinvio operato dall'art. 163, comma 3), fa riferimento alle figure professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti, dei ragionieri e dei ragionieri commercialisti; ovvero agli studi professionali associati o alle società costituite tra i suddetti professionisti, ferma la necessità che, all'atto dell'accettazione dell'incarico *ex art.* 29 della legge fallimentare, sia stata designata una «persona fisica responsabile della procedura». La disposizione fallimentare è (seppur indirettamente) richiamata anche con riferimento al professionista attestatore dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis*, comma 1), in materia di convenzione di moratoria (art. 182-*septies*, comma 5), nonché con riferimento al finanziamento prededucibile all'impresa in crisi ed al pagamento dei creditori anteriori per prestazioni di beni e/o servizi essenziali per la prosecuzione delle attività e funzionali ad assicurare ai creditori una maggiore soddisfazione delle loro pretese (art. 182-*quinquies*, commi 1 e 5).

caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole.

Venendo agli aspetti contenutistici dell'operazione di risanamento, essi possono essere sinteticamente individuati: nel piano di risanamento propriamente detto, negli accordi intercorsi con i creditori, nella relazione del professionista il quale deve attestare la veridicità dei dati contenuti nel *business plan* e che, sotto il profilo dinamico, questo si presenta concretamente attuabile con successo (*rectius*: che sia fattibile) nei tempi ivi stabiliti (408), nonché nell'eventuale somministrazione di mezzi finanziari in favore dell'impresa in crisi, assistita dalle relative garanzie a tal fine offerte (409).

Rinviando a quanto già detto in precedenza sulla natura giuridica del piano di risanamento attestato – la cui configurazione in senso privatistico (410) risulta confermata anche in sede di riforma –, in merito al presupposto soggettivo (invero non espressamente contemplato dalla norma in commento), si deve osservare che, tanto la *sedes materiae* dell'istituto, quanto la finalità che lo caratterizza, depongono nel senso della fruibilità del piano di risanamento da parte degli imprenditori commerciali privati assoggettabili al fallimento; per quanto non risultano preclusioni rispetto agli imprenditori estranei allo statuto della concorsualità, soprattutto alla luce della meritevolezza causale di siffatti accordi ed atti unilaterali a contenuto patrimoniale (artt. 1322-1324 c.c.) (411).

(408) Sul tema della durata per l'attuazione, vedi S. SANSONO, *Il finanziamento delle imprese in crisi*, in AA. VV., *Le operazioni di finanziamento*, diretta da F. Galgano, a cura di E. Panzarini – A.A. Dolmetta – S. Patriarca, Bologna, 2016, 1469, nt. 16: al di là della variabilità dell'elemento, si segnala che, se al momento dell'introduzione della nuova fattispecie la durata ordinaria del risanamento era quinquennale, ad oggi, «anche solo la pianificazione triennale appare «azzardata» e vi è forte la tendenza a verifiche sulla tenuta del piano in certi casi anche trimestrali».

(409) Per quanto si guardi soprattutto al profilo del *deficit* finanziario dell'impresa, occorre non dimenticarsi che il piano di risanamento in oggetto ha una sua complessità strutturale e contenutistica che va al di là della mera dimensione finanziaria, ben potendo contemplarne di ulteriori (ad es. gestionale-qualitativa, economica, patrimoniale): così, P. BASTIA, *I piani di risanamento: profili aziendalistici*, cit., 871. Cfr., D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, cit., 1209: di per sé, il piano è suscettibile di avere un contenuto ampio e quasi illimitato.

(410) G. IVONE, *Le nuove regole per il superamento della crisi di impresa*, cit., 170: nonostante il carattere atecnico della terminologia utilizzata dal legislatore, la formula «piano di risanamento» si riferisce al contratto, od al complesso di contratti tra loro causalmente collegati, con i quali il debitore rinegozia la propria esposizione debitoria in vista del risanamento economico dell'impresa ed il suo recupero finanziario.

(411) M. FERRO, *Art. 67, comma 3, lett. d*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 756; S. AMBROSINI, *I piani di risanamento: profili giuridici*, cit., 851.

Sinteticamente chiariti i tratti principali dell'istituto *de quo*, occorre brevemente soffermarsi sul tema dell'oggetto della attestazione prescritta dalla legge e del suo contenuto. Si è soliti affermare, infatti, l'opportunità che il piano di risanamento sia caratterizzato da un certo grado di analiticità e stabilità, nel senso che ai fini dell'esenzione dalla revocatoria e dalla responsabilità penale l'immediata identificabilità dell'atto, del pagamento, della garanzia o dell'operazione con quanto previsto nel piano medesimo garantirebbe l'operatività delle esimenti previste dalla legge (412).

In altri termini, occorrerebbe un alto grado di specificità (soprattutto nel senso della proporzionalità diretta tra l'importanza della singola operazione presa in considerazione e la generale economia del piano), da interpretare alla luce della funzione della disciplina contenuta nell'art. 67, comma 3, lett. d, quella cioè di garantire l'esenzione ivi disposta per gli atti funzionali al risanamento dell'impresa. Esenzione che si considera applicabile non solo quando si verta in casi di revocatoria fallimentare per gli atti c.dd. «normali» ed «anormali», ma anche allorquando sia esercitata dal curatore fallimentare la revocatoria ordinaria, ai sensi dell'art. 66 l. fall. (413).

In tema di esecuzione e monitoraggio del piano, il profilo di giudizio prognostico necessariamente *ex ante* dei contenuti dello stesso comporta l'alta probabilità di scostamenti dalle previsioni in fase di attuazione, con il rischio che gli atti compiuti successivamente non godano delle esenzioni *ex lege* in caso di successivo fallimento (414). Fermo l'espletamento di una corretta fase di monitoraggio del risanamento (direttamente a cura dell'organo amministrativo oppure, nei casi di maggiore complessità, espletata da un «agente» e/o un «comitato tecnico» composto da due o più professionisti di fiducia dell'impresa e dei creditori, ferme in ogni caso la responsabilità degli amministratori della società debitrice e le esigenze di riservatezza aziendale dell'impresa) si

(412) A tal proposito, cfr. le «Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi», in www.nuovodirittofallimentare.unifi.it, realizzate dall'Università di Firenze, CNDCEC ed Assonime, con la direzione di L. STANGHELLINI – I. PAGNI, 2^a ed., 2015, 42 ss.

(413) Cass., 5 luglio 2016, n. 13719, in *Fall.*, 2017, 859; Cass., 19 dicembre 2016, n. 26226, in www.diritto bancario.it; Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, 2275; Trib. Ancona, 27 giugno 2017, *ivi*, 2018, 1149.

(414) Seppur attraverso un intervento legislativo successivo a quello che ha introdotto il nuovo istituto, si è opportunamente inserita una disposizione di nuovo conio nella disciplina penale della legge fallimentare, il cui art. 217-bis contiene l'esenzione dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice (artt. 126, comma 3 e 217 l. fall.), sia per i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione del piano di risanamento attestato, che per i pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzati a norma dell'art. 182-*quinquies* l. fall.

ritiene opportuno intervenire tempestivamente con riformulazioni del percorso di risanamento, laddove il piano non contenga (come usualmente accade) misure correttive previste *ex ante* (415).

7.2. IL RICORSO AGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO, DI CUI ALL'ART. 182-BIS DELLA LEGGE FALLIMENTARE.

Nel quadro delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* l. fall.) sono stati spesso interpretati quale figura «ibrida» (o comunque *sui generis*), nell'ambito delle procedure concorsuali, dal cui perimetro sono per lo più lasciati fuori, nonostante il previsto intervento dell'omologazione giudiziale, della prescrizione di una (alquanto articolata) serie di oneri procedurali e pubblicitari e della possibilità di proporre opposizione avverso l'accordo omologato, che, però, si perfeziona prima ed al di fuori di ogni controllo preventivo da parte del tribunale.

In termini generali, si è osservato come le ultime riforme della legge fallimentare sembrano essersi ispirate ai generali principî costituzionali di «sussidiarietà» e di «adeguatezza», soprattutto in materia di positivizzazione delle soluzioni stragiudiziali della crisi d'impresa, consegnandone lo statuto ad una dimensione dialogica e privata.

(415) Sul tema, cfr. la Racc. n. 16, «*Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*», cit.: «È necessario che l'andamento del piano sia costantemente monitorato dall'imprenditore per verificare il puntuale raggiungimento delle "milestones". Quando le condizioni giustificano i relativi costi, può essere opportuno investire del monitoraggio anche un comitato tecnico o una funzione creati *ad hoc* all'interno dell'impresa, oppure un soggetto terzo, al fine di fornire ai creditori e ai terzi interessati al successo del piano un adeguato flusso informativo, ferme le esigenze di riservatezza di natura aziendale». Nonché la Racc. n. 18, che, in caso di sopravvenuta ineseguibilità del piano, invita a procedere alla redazione di uno nuovo, con contestuale attestazione *ex art.* 67, comma 3, lett. d, pena la non riconducibilità dei relativi atti esecutivi nel perimetro delle esenzioni ivi disciplinate (ed in quelle contemplate dall'art. 217-*bis*). Ragion per cui, come si è già detto in precedenza, sarà necessario (o quantomeno opportuno) che gli atti esecutivi del piano risultino adeguatamente precisati e dettagliati, ma tali da consentire margini di elasticità e modificabilità del progetto di risanamento per far fronte prontamente ad eventuali eventi intervenuti che rendano opportuno il compimento di atti e contratti inizialmente non previsti.

Sulla necessità di un nuova attestazione nel caso di modifiche sostanziali capaci di condurre a «pericolose alterazioni dei rapporti tra i creditori», vedi P. PISCITELLO, *Piani di risanamento attestati e posizione delle banche*, cit. 119-120. Nonché, G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, cit., 650: in merito alla nuova relazione da parte dell'esperto, con cui si chiariscano i motivi delle modifiche e si attesti la ragionevolezza delle stesse, il solo limite da tenere in considerazione «è quello dell'abuso dello strumento. Occorre, cioè, che non si tratti di una sequenza di piani non fondata su reali esigenze, programmi e obiettivi di risanamento ma su una gestione oculata degli impegni verso specifici ceti creditori».

Pur essendo volte a promuovere la continuità dell'attività imprenditoriale, le suddette riforme si sarebbero mosse (non già nel senso del sacrificio degli interessi creditori, come troppe volte accaduto nella lunga e travagliata vicenda applicativa dell'abrogata amministrazione controllata, né tantomeno nell'aprioristica prevalenza dell'interesse dei creditori su quello della continuità aziendale, come nella precedente disciplina del fallimento, bensì) nella direzione di dare all'eventuale sacrificio del credito ed alla misura dello stesso il carattere di una consapevole scelta operata direttamente dai soggetti coinvolti (o quantomeno dal debitore e dai creditori rappresentativi di una rilevante parte dell'indebitamento del primo), sia conferendo agli stessi la scelta di modificare l'originario rapporto anziché far valere la responsabilità del debitore (cfr., artt. 2740 e 2741 c.c.), sia offrendo ai privati le opportunità applicative del diritto delle obbligazioni e dei contratti, quale alternativa all'inesorabile esecuzione collettiva conseguente al fallimento (416).

La stipulazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui alla legge fallimentare (417) comporta la realizzazione di uno scambio

(416) Così, M. ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, II, 499-501. In generale, A. LAMBERTI, *Sussidiarietà e livelli di tutela dei diritti*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, I, 450: sussidiarietà ed adeguatezza «richiedono che la scelta di allocazione delle competenze sia compiuta secondo una valutazione concreta della dimensione degli interessi».

(417) Ampia è la bibliografia sul tema: G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 842 ss.; ID., *Art. 182-bis*, in AA. VV., *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Milanofiori Assago, 3^a ed., 2015, 2172 ss.; E. FRASCAROLI-SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per i coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 849 ss.; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2006, I, 16 ss.; M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla reorganization*, in *Foro it.*, 2006, I, 263 ss.; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2007, 188 ss.; F. MARENGO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. Profili economici, civilistici, fiscali e di responsabilità dei partecipanti all'intesa*, Torino, 2008; F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore "estraneo ... ma non troppo"*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 825 ss.; V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, *ibidem*, 2008, I, 509 ss.; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 364 ss.; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, vol. XI, tomo I, Padova, 2008; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 337 ss.; A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 633 ss.; G. VETTORI, *Il contratto nella crisi d'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, 486 ss.; G. RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 633 ss.; A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fall.*, in *Corr. giur.*, 2010, 245 ss.; C.L. APPIO - V. DONATIVI, *Accordi di ristrutturazione del debito: fattispecie e regime di pubblicità*, in AA. VV., *I contratti per il*

reciproco di vantaggi e sacrifici tra l'imprenditore ed i suoi creditori, che non si presta ad un'univoca descrizione. Non essendo questa la sede per affrontare i molteplici e spesso controversi aspetti dell'istituto *de*

finanziamento dell'impresa, a cura di G. Dinacci – S. Pagliantini, in *Tratt. dir. econ.*, diretto da E. Picozza – E. Gabrielli, vol. VII, Padova, 2010, 165 ss.; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2010, I, 295 ss.; ID., *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 186 ss.; G. DE FALCO, *Accordi di ristrutturazione del debito*, in *ApertaContrada.it*, 19 marzo 2010, 1 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive. La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2011, 705 ss.; ID., *Art. 182-bis*, in AA. VV., *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, III, 851 ss.; F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 105 ss.; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti all'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. impr.*, 2011, 1311 ss.; E. GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 555 ss.; ID., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., 259 ss.; A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis, L. Fall.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in AA. VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali. Atti*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 2011, 13 ss.; P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, Monografia, 2012; I.L. NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 376 ss.; ID., *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017; A. SCOTTI, *Appunti sugli accordi di ristrutturazione dei debiti nella teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 157 ss.; C.L. APPIO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012; L. MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare. Contributo allo studio del tipo*, Milano, 2012; S. DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 543 ss.; M. FERRO, *Art. 182-bis*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 3^a ed., 2014, 2497 ss.; L. ABETE, *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2014, 1007 ss.; R. TAROLLI, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 789 ss.; L. LUCCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: una procedura negoziale*, in AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, cit., 677 ss.; M. PERRINO, *La "crisi" delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)*, in *Giust. civ.*, 2014, 435 ss.; M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali*, cit., *passim*; ID., *La natura degli accordi di ristrutturazione*, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, tomo II, 491 ss.; R. TUCCILLO, *Accordi di ristrutturazione: elementi costitutivi, funzione e rimedi*, *ivi*, 521 ss.; G. DI LORENZO, *Accordo di ristrutturazione ed effetti inter partes*, *ivi*, 555 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, *ivi*, 569 ss.; L. FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Fall.*, 2015, 1164 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 283 ss.; R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali*, cit., 125 ss.; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso – L. Panzani, Torino, 2016, III, 3219 ss.; V. LENOCI, *Art. 182-bis*, in AA. VV., *Codice commentato della crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2017, 1182 ss.; S. BONFATTI, *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 1; F. MANCUSO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: patologie negoziali e rimedi*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 795 ss.

quo, ci limiteremo ad indicarne i tratti essenziali, lasciando al prosieguo delle nostre riflessioni sia l'analisi della figura "speciale" di cui all'art. 182-*septies*, dettata per gli accordi stipulati con i soli creditori bancari e finanziari, sia quella relativa alla disciplina in materia di finanziamenti concessi nell'ambito della soluzione negoziale in oggetto.

Orbene, a differenza del piano attestato di risanamento, caratterizzato dalla natura unilaterale nonostante l'ampia varietà del proprio contenuto (manifestazioni di scienza e di giudizio, atti e negozi giuridici, *etc.*), l'istituto dell'art. 182-*bis* l. fall. fa direttamente riferimento ad un accordo tra l'imprenditore (anche non commerciale) (418) in stato di

(418) Con l'art. 23, comma 43, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni in L. 15 luglio 2011, n. 111, in G.U. 16 luglio 2011, n. 164, si è ampliata la possibilità di ricorrere allo strumento negoziale *de quo* anche per l'impresa agricola. Si tenga conto, inoltre, che, non trattandosi di procedura concorsuale, lo strumento negoziale è ricorribile da parte degli istituti di credito, delle Sim, le Sicav e le società di gestione (cfr. art. 80, comma 6, t.u.b. e art. 70 t.u.f.).

Sul tema del presupposto soggettivo degli accordi *de quibus*, vedi Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*, che ha avuto modo di chiarire come le ragioni delle specialità e delle specificità proprie della disciplina della crisi bancaria – che ne giustificano il distacco dal diritto comune ed alle quali sono sottese finalità pubblicistiche che concentrano in capo all'Autorità di Vigilanza tutti i poteri e gli strumenti di intervento nella crisi –, non si possono spingere, in mancanza di una esplicita previsione di legge [come nel caso di imprese assicuratrici *ex art. 245, comma 7, cod. ass. priv., n.d.r.*], a delineare una situazione di conflitto tra l'apertura dell'amministrazione straordinaria ed uno strumento di chiaro *imprinting* negoziale quale è quello degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis*, la cui funzione risiede proprio nel superamento dello stato di crisi, il quale si pone per definizione, sotto il profilo logico e temporale, in posizione alternativa e pregiudiziale rispetto alla liquidazione coatta amministrativa.

Nonché, Trib. Milano, 3 dicembre 2015, in *Fall.*, 2016, 958, che ha affermato la sussistenza del presupposto soggettivo in capo ad una società di gestione del risparmio che aveva presentato (nell'interesse del fondo comune di investimento immobiliare da essa gestito), il ricorso *ex art. 182-bis, comma 7, l. fall.*, pertanto disponendo, nei confronti ed a beneficio del fondo medesimo, il divieto per i creditori e per i terzi di iniziare o proseguire azioni cautelari od esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati.

crisi ed i creditori ai quali è riferibile almeno il 60% del suo indebitamento complessivo (419), purché – secondo l’orientamento giurisprudenziale più recente –, la suddetta percentuale sia stata raggiunta già alla data del deposito della domanda (420).

Detto accordo, asseverato dalla relazione di un professionista qualificato (artt. 67, comma 3, lett. d; 28, comma 1, lett. a-b; l. fall.) sulla veridicità dei dati aziendali forniti, sull’attuabilità dell’accordo (fattibilità del piano proposto e, in caso di continuità, riequilibrio della posizione finanziaria) e sull’idoneità ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei (nei termini di centoventi giorni dall’omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data ovvero di centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti a quella data), viene pubblicato nel registro delle imprese ed omologato a séguito di apposita istanza da parte del tribunale competente, ferma la positiva valutazione della sua c.d. «fattibilità giuridica», comunque contestabile dai «creditori e ogni altro interessato» mediante opposizione, entro trenta giorni dalla pubblicazione dell’accordo (421).

Per vero, la disposizione concorsuale non fa alcun riferimento all’oggetto specifico degli accordi *de quibus*, lasciando direttamente all’autonomia negoziale delle parti il compito di individuare contenuti e struttura dell’operazione, che pertanto non risulta vincolata ad alcun modello tipizzante, ed anzi individua un tipico esempio di contratto «a

(419) Percentuale nella quale si è soliti far rientrare tutti i crediti dell’impresa, quale ne sia la natura ed a prescindere dalla contestazione sorta sui medesimi, laddove, alla luce dei fatti, pretestuosa o comunque non seria: Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in *Unijuris.it* (nel senso dell’indifferenza circa la natura chirografaria oppure privilegiata dei crediti); Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Fall.*, 2007, 187 (: rientrano nel novero della percentuale minima sia i crediti muniti di titolo esecutivi che quelli sprovvisti dello stesso); Trib. Reggio Calabria, 24 gennaio 2012, in *IlFallimentarista.it* (: vanno considerati anche i crediti prededucibili, rientrando nel novero dei crediti da adempiersi); Trib. Bologna, 17 novembre 2011, cit. e Trib. Vicenza, 17 maggio 2013, in *www.ilcaso.it* (: nell’eventualità in cui il credito sia stato contestato, ai fini del calcolo della percentuale necessaria all’omologazione dell’accordo *ex art. 182-bis* l. fall., occorrerà accertare la serietà e la non pretestuosità della contestazione).

(420) Così, Trib. Modena, 19 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

In ordine alla connessa questione dell’individuazione dei crediti sui quali calcolare la percentuale del 60% dell’ammontare complessivo dell’indebitamento, la giurisprudenza ha affermato il principio per cui occorre fare riferimento indistintamente a tutti i crediti, a prescindere dalla loro natura, compresi quelli prededucibili: Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in *www.unijuris.it*; Trib. Novara, 2 ottobre 2012, *ivi*; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Fall.*, 2007, 187; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2563; Trib. Reggio Calabria, 24 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*.

(421) Il tribunale, decise le opposizioni, procede all’omologazione in camera di consiglio con decreto motivato, decreto che è comunque reclamabile entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese dinanzi alla competente corte d’appello, *ex art. 183* l. fall., in quanto applicabile (artt. 182-*bis*, commi 4, ultimo cpv. e 5, l. fall.).

geometria variabile» (422), peraltro legislativamente individuato con una formula tipica delle scienze aziendali che, in ambito giuridico, è per lo più intesa nel senso della rinegoziazione delle proprie esposizioni da parte del debitore, al fine di operarne una novazione o modificazione idonea a prevenire o rimuovere l'insolvenza del ricorrente, purché vi sia una ragionevole e concreta prospettiva di superamento della crisi (423). Da ciò, sembra conseguire sia la possibilità di inquadrare gli accordi *ex art. 182-bis* in un'operazione di mero rispristino dell'equilibrio gestionale dell'impresa, che quella di darne concreta attuazione mediante la liquidazione dell'intero patrimonio dell'impresa al fine di soddisfare le pretese dei suoi creditori, per quanto quest'ultima possibilità non risulti pacifica (424).

Occorre altresì tener conto del dato per cui, sin dalla fase di formazione dell'accordo, l'imprenditore non risulta vincolato dalla stretta osservanza del principio della *par condicio creditorum*, potendo perciò negoziare con ciascuno dei propri creditori la soluzione ritenuta più funzionale alle esigenze del caso, e con l'osservanza delle clausole generali operanti in materia contrattuale (*in primis*, il rispetto degli obblighi di buona fede precontrattuale e di informazione alla controparte negoziale circa lo stato di crisi dell'impresa).

Venendo agli aspetti normativi dell'istituto, la disciplina degli accordi *ex art. 182-bis* – negli anni più volte interessata da (mini-)interventi di ortopedia legislativa (425) –, prescrive la pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese della circoscrizione di competenza, a séguito della quale, la convenzione privata avente i requisiti previsti dalla legge acquista efficacia e per sessanta giorni i creditori per titolo

(422) S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 5; G. FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in AA. VV., *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, II, 1982; L. LUCCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: una procedura negoziale*, cit. 685; S. BONFATTI (– P.F. CENSONI), *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 3^a ed., 2009, 560, da un punto di vista contenutistico, possono per lo meno individuarsi tre «macrocategorie» di accordi utilizzabili ai sensi dell'operazione *ex art. 182-bis*: accordi remissori, accordi dilatatori ed accordi novativi. Sull'ampia libertà negoziale delle parti dell'accordo e sulla non vincolatività delle regole della *par condicio creditorum*, anche la giurisprudenza di merito non sembra dubitare: Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Fall.*, 2008, 701; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, *ibidem*, 2007, 187; Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, 352.

(423) Così, E. GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, cit., 555.

(424) Se in alcune pronunce si è ammessa la possibilità di omologare accordi aventi finalità squisitamente liquidatorie (: Trib. Milano 18 luglio 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, 158), in altre si è negata una siffatta ipotesi, laddove non venga prevista la continuità dell'impresa (: Trib. Udine, 22 giugno 2007, cit.). Per un'analisi ragionata della giurisprudenza in materia di accordi *ex art. 182-bis* l. fall., si rinvia a C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2016, 719 ss.

(425) Per un quadro sintetico delle modifiche intervenute sull'istituto: E. FRASCAROLI-SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., 777 ss.

e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive di natura civilistica (426) sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati, ferma restando la sospensione dei termini di prescrizione dei suddetti atti e l'esclusione di eventuali decadenze, similmente a quanto previsto dall'art. 168, comma 2, in materia di effetti della pubblicazione del ricorso di concordato preventivo (comma 3).

Orbene, con particolare riferimento a quest'ultima previsione (427) ed a quella relativa alla moratoria legale di centoventi giorni (art. 182-*bis*, comma 1, lett. a-b), si è parlato di ultrattività degli effetti (negativi) dell'accordo nei confronti dei creditori dissenzienti o comunque estranei allo stesso, segnalandovi una evidente eccezione al principio

(426) Cass. pen., 12 giugno 2014, n. 24875, in *www.ilcaso.it*, in materia di sequestro per l'equivalente in relazione al mancato versamento dell'IVA, ha escluso l'applicabilità della disposizione concorsuale in relazione alle azioni cautelari ed esecutive di natura penale.

(427) A séguito degli interventi del 2010 (art. 48, D.L. n. 78/2010) e del 2012 (art. 33, D.L. n. 83/2012), è stata dapprima introdotta, e poi parzialmente modificata, la previsione di cui al comma 6 dell'art. 182-*bis*, a norma della quale il summenzionato divieto di intraprendere o proseguire le azioni cautelari od esecutive nei confronti del debitore può trovare applicazione «anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo».

Più specificamente, l'imprenditore ricorrente dovrà depositare presso il tribunale fallimentare competente la documentazione prevista dall'art. 161, comma 1, lett. a-d, l. fall. (: un'aggiornata relazione sulla propria situazione patrimoniale, economica e finanziaria; uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di sua proprietà od in suo possesso; il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili), oltre ad una proposta di accordo corredata da una autocertificazione che attesti l'esistenza di una trattativa in corso (cfr. artt. 1326 e 1337 c.c.) con i creditori rappresentativi di almeno il 60% dell'indebitamento complessivo dell'impresa; nonché la dichiarazione di un professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall., «circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare». Conformemente a quanto previsto nei commi precedenti, anche l'istanza di sospensione *de qua*, una volta pubblicata nel registro delle imprese, produrrà «l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione».

A proposito della suddetta facoltà di richiedere l'inibitoria delle azioni cautelari ed esecutive per il tempo necessario allo svolgimento delle trattative ed alla formalizzazione dell'accordo, cfr. App. Milano, 8 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*: la previsione normativa presuppone l'esistenza di trattative che devono essere in fase avanzata e dotate di un apprezzabile grado di serietà, ma non esclude *a priori* l'eventualità che possano essere apportate modifiche o integrazioni all'accordo. Pertanto, essa non pone alcun vincolo all'imprenditore in ordine al contenuto della proposta di accordo rispetto all'accordo definitivo raggiunto con le maggioranze previste nel termine assegnato dal tribunale e del quale richieda l'omologa.

della relatività degli effetti del contratto. Così come, da opposta prospettiva, si è ascritta la fattispecie in commento all'ambito della *figura juris* del contratto a favore di terzi, di cui all'art. 1411 c.c., interpretando l'accordo nei termini di negozio concluso anche allo scopo di garantire «l'integrale pagamento» dei crediti estranei, tra l'altro in un contesto (quello della crisi, appunto) non certo ottimale (428).

A ben vedere, la (indiretta) produzione degli effetti dell'accordo nei confronti dei creditori terzi risulta più semplicemente riconducibile (non già alla volontà negoziale delle parti, bensì) alla *volutas legis*, risultando peraltro coerente con lo stesso dettato codicistico dell'art. 1372 c.c. che, nello stabilire che il «contratto ha forza di legge tra le parti», ne ammette altresì la capacità di produrre effetti rispetto ai terzi, per quanto nei soli «casi previsti dalla legge». Resta fermo, in ogni caso, il necessario adempimento della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (429) da parte degli interessati, in quanto *condicio juris* di ogni suo effetto (negoziale e non), a tal punto che, in mancanza, l'effettività dell'accordo dipenderebbe esclusivamente dalla volontà delle parti di darvi comunque esecuzione, con conseguente applicabilità delle sole regole di diritto privato.

Dalla lettura delle disposizioni normative, emerge come, a séguito del decreto di omologa da parte del tribunale, l'accordo di ristrutturazione cessi di essere esclusivamente *res inter alios acta*, producendo rilevanti effetti anche nei confronti dei creditori non aderenti, a cominciare dalla prevista esenzione dall'azione revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo omo-

(428) Sul punto, *ex plurimis*, si rimanda alle riflessioni di: E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa*, cit., 309; F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi*, cit., 830 ss.; I.L. NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 261 ss.; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 349; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio*, cit., 384 ss.; A. SCOTTI, *Appunti sugli accordi di ristrutturazione dei debiti nella teoria del contratto*, 173 ss.

(429) Quanto alla documentazione di cui si richiede il necessario deposito presso il registro delle imprese, App. Napoli, 26 luglio 2017, in *Fall.*, 2018, 345: ai fini dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, non vanno considerate necessarie né la pubblicazione nel registro delle imprese della deliberazione degli amministratori (non essendovi, nell'ambito della disciplina degli accordi di ristrutturazione, una norma come quella dell'art. 152, comma 3, l. fall., operante per il concordato preventivo e non applicabile analogicamente, stante l'impossibilità di assimilare i due istituti); né tantomeno la pubblicazione del piano e della relazione del professionista, «essendo comunque possibile per i creditori interessati accedere alle informazioni di dettaglio mediante richiesta di esame del fascicolo processuale ed avendo, comunque, il giudizio di reclamo all'omologazione natura ampiamente devolutiva».

logato e funzionalmente necessari alla stessa ristrutturazione del debito. L'unico mezzo processuale a loro disposizione è quello dell'azione di opposizione all'omologa, nel caso in cui ravvisino l'incapacità dell'accordo a garantire l'integrale pagamento delle loro pretese.

Stante la natura negoziale dell'accordo, una volta ottenuta l'omologazione, non è prevista alcuna supervisione da parte del tribunale (430), ragion per cui saranno i principi propri del diritto privato a regolare i rapporti negoziali instauratisi: l'accordo potrebbe prevedere, ad esempio, la costituzione di un *trust* finalizzato all'adempimento dei debiti nei confronti dei creditori estranei ed agli impegni assunti dal debitore nei confronti di quelli aderenti (431); oppure affidare l'esecuzione di quanto previsto nel piano di risanamento ad un fiduciario dei creditori; e, in ogni caso, prevedere strumenti di controllo *ad hoc* implicanti obblighi di assicurare un costante flusso d'informazioni, durante l'adempimento delle obbligazioni, anch'esso lasciato sostanzialmente alla libera determinazione negoziale delle parti, che spesso prevedono termini essenziali di adempimento.

Il delicato bilanciamento degli interessi coinvolti è affidato, prima ancora che al giudizio dell'autorità giudiziaria in sede di omologazione dell'accordo (o degli accordi), all'attestazione da parte di un professionista – designato dal debitore ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d., l. fall. –, sulla veridicità dei dati aziendali forniti dall'impresa debitrice e sulla attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei. Idoneità che deve emergere non solo dall'accordo in oggetto, ma anche (e soprattutto) dal piano di ristrutturazione che ne descrive in maniera operativa le fasi di attuazione.

A tal proposito, occorre ricordare che il piano contenete la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento dell'operazione di ristrutturazione del debito (cfr. artt. 182-*bis*, comma 1, 161, comma 2, lett. e, l. fall.), rileva quale programmazione aziendale neces-

(430) Cfr. Trib. Terni, 4 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*: la legge fallimentare non prevede alcun intervento giudiziale nella fase esecutiva dell'accordo di ristrutturazione omologato, né tantomeno detta disposizioni in merito al suo eventuale annullamento o risoluzione. Pertanto, l'unica ipotesi di intervento giudiziale successiva all'omologazione potrà essere solamente quella appositamente stimolata da uno dei creditori che agisca per far dichiarare l'accordo risolto per inadempimento.

(431) Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Fall.*, 2005, 555; Trib. Bologna, 17 novembre 2011, *ibidem*, 2012, 594; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, *Giur. mer.*, 2008, 707. In dottrina: L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Fall.*, 2007, 595 ss.; D. GALLETTI, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 895 ss.

saria a formalizzare e rendere intellegibile la strategia d'impresa e l'organizzazione dell'attività negoziale attuativa dell'accordo stesso. Si è efficacemente osservato, infatti, come il piano sulla soluzione della crisi d'impresa operi quale «nesso concettuale» rispetto ai singoli negozi giuridici attuativi dell'accordo, i quali risultano così partecipare ad «una più vasta razionalità», il cui elemento aggregante sarà, dall'angolo visuale strettamente economico, il piano contenente la programmazione aziendale, e, dall'angolo visuale del diritto dei contratti e dell'ordinamento concorsuale, la causa negoziale dell'intera operazione di ristrutturazione del debito dell'impresa, comune a tutti i contributi negoziali attuativi della stessa, a prescindere dalla loro tipicità o meno (432).

Venendo ai possibili, sopravvenuti aspetti patologici, occorre ricordare che il tema dell'esecuzione degli accordi (di risanamento e di ristrutturazione) risulta privo di specifica regolazione, né sembra possibile applicare analogicamente agli accordi *ex artt. 182-bis e 182-septies l. fall.*, le disposizioni dettate in materia di risoluzione e annullamento del concordato preventivo.

Premesso che il contratto costitutivo dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è valido ed efficace a prescindere dalla sua sottoposizione al vaglio del tribunale in sede d'omologa, è diffusa la prassi di inserire in esso condizioni sospensive (rispetto all'emanazione del provvedimento di omologazione) oppure risolutive (a fronte della mancata concessione della omologazione od a séguito della dichiarazione di fallimento); potendosi, in assenza di siffatte clausole contrattuali, tutt'al più fare ricorso alle regole generali sull'interpretazione complessiva della operazione, al fine di stabilire la volontà negoziale di mantenerne o meno la produzione degli effetti negoziali, al di là della sua omologazione (433).

Naturalmente, in mancanza del provvedimento di omologa, non si produrranno gli effetti tipici che la legge fa discendere da esso (cfr.

(432) Cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 121 ss. Per una ricognizione della normativa dettata in materia: A. GALLO CARRABBA, *La relazione del professionista negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., 597 ss. F. TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, 675 ss.; F. SALVARDI, *La relazione di attestazione in ambito concorsuale*, Milano, 2014.

(433) Così, M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 341. Occorre rilevare che, per quanto si tratti di contratti, gli accordi di ristrutturazione dei debiti vanno ben oltre il *nudum pactum*, come confermato dalle previsioni relative alla sospensione ed all'impossibilità di intraprendere azioni cautelari ed esecutive nei confronti del debitore, alla inesigibilità temporanea della prestazione dovuta, alle esenzioni dall'azione revocatoria fallimentare, alla non operatività del principio della *par condicio creditorum*, etc. Effetti resi appunto possibili dalla natura pubblicistica del procedimento di omologa.

ad esempio gli artt. 67, comma 3, lett. e); 182-*quater* l. fall.), per quanto qualche autore abbia avanzato l'ipotesi di una specie di «conversione» degli accordi non omologati in piano attestato di risanamento, con la conseguente applicabilità delle esenzioni previste per quest'ultimo (434).

Dall'angolo visuale dell'ipotesi (niente affatto remota) di inadempimento dell'accordo omologato, i creditori aderenti potranno far valere l'eventuale clausola risolutiva espressa, così da far cessare il vincolo contrattuale e far rivivere nella sua interezza l'originario credito; oppure esperire l'azione di risoluzione (art. 1453 c.c.), nel caso di vizi funzionali; promuovere azioni di nullità o di annullamento, lì dove ne sia configurabile una causa giustificatrice; o, ancora, agire per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore insolvente, chiedendo l'accertamento, *incidenter tantum*, della risoluzione dell'accordo a séguito dell'inadempimento del debitore (435). Ferma restando, nell'ipotesi di contratti ad esecuzione istantanea, della irretroattività della risoluzione, stante l'«effetto immunizzante» (436) dell'accordo poi risolto, previsto dalla disciplina concorsuale.

8. LE OPERAZIONI DI SALVATAGGIO BANCARIO DELL'IMPRESA IN CRISI ALLA LUCE DELLA RECENTE TIPIZZAZIONE DELLA “CONVENZIONE DI MORATORIA” E DELL'INTRODUZIONE DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE CON GLI INTERMEDIARI FINANZIARI.

L'operazione di risanamento (o *turnaround*) presuppone una serie di operazioni che, per quanto riguarda l'accordo tra l'impresa debitrice ed i suoi creditori (soprattutto se bancari e finanziari) (437), contemplanò il necessario esperimento di una iniziale fase preventiva che ha

(434) In tal senso: G. PELLIZZONI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il piano di risanamento attestato, alla luce del decreto correttivo della riforma della legge fallimentare*, in *Unijuris.it*, 16 febbraio 2008, 38; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti “di salvataggio”*, cit., 390.

(435) L. LUCCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 712; E. FRASCAROLI-SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 175; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 359; E. CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, cit., 186.

(436) Così, E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., 324.

(437) Come si è già avuto modo di ricordare, la struttura finanziaria delle imprese italiane presenta due caratteristiche di fondo, quella di un rapporto d'indebitamento relativamente alto e, nell'ambito dei debiti finanziari, quella di un “peso” elevato dei debiti bancari a breve termine. Da ciò, derivano due principali motivi di fragilità

ad oggetto la conclusione di un accordo di moratoria strumentale alla predisposizione del piano di risanamento propriamente detto. Con specifico riferimento all'indebitamento bancario e finanziario, il nostro ordinamento contempla la possibilità di concludere due tipologie dell'accordo *de quo*, una, atipica, regolata interamente dalle norme in materia di contratto (438), l'altra, invece, recentemente tipizzata dal legislatore concorsuale, che ha voluto offrire all'impresa la possibilità di chiedere ed ottenere dagli istituti bancari e finanziari suoi creditori un periodo di c.d. «*standstill*» (normalmente di qualche mese) necessario alla predisposizione di un piano di risanamento ed alla formazione dell'accordo attorno allo stesso.

A séguito dell'art. 9 del decreto legge n. 83/2015, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 132, unitamente alla «*sub-species*» dell'accordo di ristrutturazione con gli intermediari bancari e finanziari, è stato introdotto anche l'istituto della «convenzione di moratoria», disciplinato dall'art. 182-*septies*, commi 5, 6 e 7, 1. fall. (439), con la finalità di disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, essendo applicabile alle situazioni di transitoria tensione finanziaria e di crisi di liquidità dell'impresa, a prescindere dalla sufficienza di una temporanea moratoria dei crediti ai fini del superamento dello *status* di

strutturale: da un lato, un'elevata esposizione al rischio finanziario; dall'altro, l'instabilità delle fonti di finanziamento (poiché fortemente legata alla loro scadenza) e la prevalenza di un approccio alla gestione della finanza aziendale di tipo reattivo, piuttosto che proattivo e pianificato.

(438) Per un'analisi degli accordi di moratoria nel quadro della disciplina comune delle obbligazioni, T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi*, cit., 32 ss.

(439) Sulla nuova fattispecie, in dottrina: M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fall.*, 2015, 1269 ss.; G. FALCONE, *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 562 ss.; R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, in *Fall.*, 2016, 889 ss.; A. NARDONE, *Le convenzioni di moratoria*, in AA. VV., *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, a cura di M. Sandulli - G. D'Attorre, Torino, 2016, 317 ss.; I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 1090 ss.; R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali*, cit., 283 ss.; M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, in AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretta da S. Ambrosini, Bologna, 2017, 771 ss.; L. COSENTINO - N. DE LUCA, *L'attestazione nella convenzione di moratoria ex art. 182 septies, comma V, L.F. e responsabilità penali dell'attestatore*, in *IlCaso.it*, II, 10 novembre 2017, 1 ss.; M.M. ANDREONI, *Accordo di ristrutturazione con intermediari e convenzione di moratoria*, in *Giur. it.*, 2017, spec. 542 ss.; V. LENOCI, *Art. 182-septies*, in AA. VV., *Codice della crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2017, spec. 1220 ss.; C. PASQUARIELLO, *Le convenzioni di moratoria: una "tregua" per risolvere la crisi*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2018, I, 235 ss.

crisi oppure dalla necessità di intraprendere un percorso negoziale di fuoriuscita dalla crisi d'impresa.

Più in particolare, laddove tra l'impresa debitrice ed una o più banche od intermediari finanziari titolari di crediti nei suoi confronti venga stipulata «una convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti», raggiunta la maggioranza del 75% dei crediti della categoria, detta convenzione – in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. –, produrrà i suoi effetti anche nei confronti degli intermediari non aderenti, ferma l'osservanza degli adempimenti informativi preventivi circa l'avvio delle trattative, l'aver messo i creditori in condizione di partecipare a queste in buona fede, ed il deposito della relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall., che attesti la «omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria» (art. 182-*septies*, comma 5).

In maniera speculare a quanto disposto dal medesimo articolo per gli accordi di ristrutturazione, anche in questa sede gli intermediari non aderenti potranno – pur senza travalicare i limiti dell'esercizio abusivo del diritto – proporre opposizione dinanzi al tribunale competente, entro trenta giorni dalla avvenuta comunicazione (mediante pec o lettera raccomandata) della convenzione stipulata e della relazione del professionista designato a norma dell'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall., chiedendo che la stessa non produca effetti nei propri confronti. Il tribunale, da parte sua, verificherà la concreta sussistenza delle condizioni di omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici nell'ambito delle diverse classi creditorie, la completezza del prescritto procedimento informativo sulla natura e sugli effetti dell'accordo, il rispetto del principio del c.d. «*no creditor worse off*» da parte del debitore proponente. Il decreto con il quale il tribunale decide dell'opposizione, a séguito di procedimento in camera di consiglio, è reclamabile dinanzi alla Corte d'appello entro quindici giorni dalla sua comunicazione, ai sensi dell'art. 183 l. fall. (art. 182-*septies*, comma 6).

Per quanto concerne le differenze con gli accordi di ristrutturazione disciplinati nella medesima disposizione normativa, la convenzione in oggetto, pur coinvolgendo i soli creditori bancari e finanziari del debitore (440), non presuppone l'ulteriore requisito relativo alla necessità che l'indebitamento complessivo sia, in misura pari ad almeno

(440) Cfr. la «Relazione illustrativa» al D.L. n. 83/2015, sub Art. 9, in *www.giustizia.it*, nella quale si sottolinea come nella prassi siano sempre più frequenti le stipulazioni con gli intermediari bancari e finanziari di moratorie temporanee dei pagamenti (c.d. «*standstill*») finalizzate «a consentire l'elaborazione della soluzione che, all'esito di

alla metà, nei confronti dei soli istituti bancari e/o intermediari finanziari, non rinvenendosi nella previsione normativa di cui al quinto comma alcun riferimento sul punto.

Alla luce di quanto si è avuto modo di trattare nel capitolo precedente, l'intervento normativo della "miniriforma" del 2015 si contraddistingue, sul punto, per aver dato finalmente una disciplina legale agli accordi di «*standstill*» conclusi con gli istituti bancari e finanziari, fino ad allora oggetto solo delle norme comportamentali contenute nel Codice ABI; peraltro una disciplina di particolare impatto, stante la possibilità di estenderne gli effetti anche ai creditori non aderenti, pur in presenza di determinati presupposti di legge (441).

Orbene, proprio in relazione alla disciplina degli effetti degli accordi *de quibus*, attenta dottrina ha sottolineato come la deviazione dalle regole civilistiche di cui agli artt. 1372 e 1411 c.c. sia, in questa sede, molto più caratterizzante rispetto a quanto prescritto dal legislatore concorsuale in materia di accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, nel senso che la «deviazione» dalle regole civilistiche di cui sopra appare molto più evidente nella convenzione di moratoria, in quanto non bisognosa dell'*imprimatur* giudiziale ai fini della sua applicazione coattiva nei confronti dei non aderenti, essendo l'intervento del tribunale subordinato all'eventuale proposizione dell'azione di opposizione (442).

Quanto appena osservato trova conferma nel dato positivo dell'art. 182-*septies* l. fall., a norma del quale l'estensione dell'efficacia dell'accordo di moratoria si produce in virtù del mero accordo negoziale tra le parti della stessa e non già a séguito di un'ulteriore e necessaria fase giudiziale, come invece previsto sia per l'accordo di ristrutturazione

successivi accertamenti, risulterà in concreto più idonea a risolvere la crisi». Orbene, nella prospettiva della mini-riforma, si è voluto estendere anche a dette convenzioni l'ultrattività degli effetti prevista per gli accordi di ristrutturazione *ex art.* 182-*septies*, fermo il raggiungimento del «medesimo largo consenso da parte dei creditori finanziari» e l'osservanza dei «minimi requisiti procedurali» previsti dalla normativa.

(441) Rileva M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., 777: nonostante l'introduzione sia dell'art. 182, comma 6, l. fall. ad opera del D.L. n. 78/2010, conv. in L. n. 122/2010, sia della possibilità di presentare una domanda di concordato «in bianco», *ex art.* 161, comma 6, l. fall., così come inserito a séguito del D.L. n. 183/2012, conv. in L. n. 134/2012, la pratica negoziale delle convenzioni di moratoria non ha conosciuto «crisi» nell'ambito della contrattazione ed esecuzione dei piani di risanamento attestati e degli accordi di ristrutturazione del debito, «con ciò evidenziando – empiricamente – la perdurante sussistenza di una esigenza di regolazione in via provvisoria della crisi non assorbita dalle forme di protezione attivabili dall'imprenditore in via sostanzialmente automatica».

(442) F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la riforma del D.L. n. 83/ 2015*, Milano, 2015, 9.

«speciale» ivi disciplinato che per quello «comune» di cui all'art. 182-*bis* l. fall., che possono essere configurati, infatti, quali contratti integrati dall'esterno da un provvedimento giudiziale, dando luogo ad una fattispecie «a formazione progressiva» (443). In altri termini, la convenzione in commento sembra collocarsi a metà strada tra l'accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari, in ragione dell'estensione dei propri effetti anche ai creditori non aderenti, ed il piano di risanamento attestato, non essendovi la necessità di un'omologazione da parte del tribunale (444).

Al contempo, la suddetta mancanza della classica struttura bifasica (negoziale/giudiziaria), trova, nella stessa previsione di legge, taluni limiti e bilanciamenti che si concretizzano in una serie di adempimenti posti a carico del debitore al fine di poterne permettere la capacità espansiva degli effetti: la limitazione soggettiva della convenzione ai soli istituti bancari e finanziari; la previsione di una o più categorie di creditori che abbiano fra di loro posizione giuridica ed interessi economici omogenei; la necessità che l'accordo sia stato raggiunto con i titolari di almeno il 75% dei crediti della categoria; l'allegazione dell'attestazione di un esperto circa la corretta individuazione del perimetro degli obbligati (aderenti e non), attraverso la certificazione della succitata «omogeneità»; l'osservanza delle regole di informazione preventiva circa l'avvio delle trattative; l'aver fornito alle controparti negoziali complete ed aggiornate informazioni sulla propria situazione patrimoniale, economica e finanziaria, nonché sull'accordo e sui suoi effetti; l'aver concesso a tutti i creditori bancari e finanziari la possibilità di partecipare in buona fede alla formazione dell'accordo; nonché – pur in assenza di una specifica indicazione da parte del legislatore (445) – l'aver proceduto alla notificazione della convenzione agli intermediari estranei alla stessa o comunque non aderenti.

Dal punto di vista dei possibili contenuti, la convenzione di moratoria, può essere generalmente definita come quell'accordo che, stipulato tra l'impresa debitrice ed i suoi creditori bancari e finanziari, risulta finalizzato alla concessione di una temporanea dilazione nella

(443) Così, E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, cit., 276.

(444) In questi termini, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la riforma del D.L. n. 83/2015*, cit., 10.

(445) Nonostante il silenzio sul punto da parte della norma, ci sembra doversi affermare anche un onere di notifica in capo al debitore – al pari di quanto previsto dall'art. 182-*septies*, comma 4, in materia di accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari –, stante la necessità di individuare il momento in cui la convenzione di moratoria *inter alia* stipulata produrrà gli effetti, nei limiti previsti *ex lege*, anche nei confronti dei creditori non aderenti.

scadenza delle obbligazioni finanziarie. In alcuni casi, le parti potranno accordarsi anche solo sulla sospensione del rimborso della quota capitale, mentre, a fronte di una tensione di cassa particolarmente acuta, l'accordo potrebbe prevedere anche la sospensione del versamento degli interessi, che, pur temporaneamente non corrisposti, continueranno a maturare (446).

In linea tendenziale, infatti, il «nucleo» delle intese in oggetto è rappresentato dalla stipulazione di un «*pactum de non petendo*» che – pur variando per oggetto e durata – risulterà strumentale a consentire all'impresa debitrice la predisposizione di un piano di ristrutturazione sul quale avviare le necessarie negoziazioni con i creditori, senza che lo spirare dei termini per l'adempimento delle proprie obbligazioni porti l'attuale fase di difficoltà finanziaria ad una rapida degenerazione (si pensi ad es. all'intervenuta proposizione di un ricorso per la dichiarazione di fallimento).

Per vero, occorre altresì considerare come le convenzioni di moratoria (ben note alla prassi negoziale tra banche ed impresa in crisi) spesso non si esauriscono nel solo accordo di *standstill*, disciplinando altresì un ulteriore e fondamentale aspetto, quello del regime – anch'esso interinale – del mantenimento delle linee di credito in essere al momento dell'accordo, che appunto ne regolerà termini e modalità fino al raggiungimento dei divisati obiettivi di risanamento (447).

(446) Sul punto, vedi però V. LENOCI, *Art. 182-septies*, cit., 1220; C. TRENTINI, *Piano attestato e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016, 496: deve escludersi che, nell'ambito della sola moratoria, possano essere inserite clausole che riducano l'ammontare dei crediti ovvero che sospendano il decorso degli interessi, poiché un siffatto effetto potrebbe giustificarsi solo nel quadro di un accordo di ristrutturazione, rispetto al quale sono previste una serie di cautele e garanzie molto più penetranti, in primis quella della necessaria valutazione che gli effetti riservati ai non aderenti non siano tali da assicurarne una soddisfazione inferiore alle alternative concretamente praticabili, *ex art. 182-septies*, comma 4, lett. c, l. fall.

(447) Sul punto, cfr.: M. FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Fall.*, 2014, 969; M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., 774; C. PASQUARIELLO, *Le convenzioni di moratoria: una "tregua" per risolvere la crisi*, cit., 260; I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., 1097.

Ma vedi anche, M. PASTORE – L. JEANTET – L. BASSO – A. VAROLI, *La ristrutturazione. Linee guida e strumenti di composizione della crisi d'impresa*, Milano, 2^a ed., 2016, 128-129, in cui si sottolinea la delicatezza di questo secondo possibile contenuto della moratoria, in quanto particolarmente connesso alla necessaria ed attenta valutazione, da parte del creditore finanziario, con riguardo sia al pericolo «di future contestazioni per concessione abusiva del credito», che alla «opportunità di mantenere in vita l'azienda», in modo da ripagare il debito. Da qui – sottolineano gli A. – deriva la necessità che, da parte del debitore, pervengano una serie di allegazioni documentali alla richiesta di moratoria (non limitata alla sola concessione del *pactum de non pe-*

Ciononostante, non sembra potersi affermare che la maggioranza dei creditori intermediari bancari e finanziari aderenti alla convenzione possa imporre agli omologhi non aderenti sacrifici ulteriori che, nell'ambito della ristrutturazione del debito, vadano oltre i riscadenziamenti dei pagamenti, le modifiche ai tassi d'interessi previsti o la loro riduzione. Ragion per cui, l'eventuale accordo che preveda manovre più ampie sul debito originario (ad es. dilazioni, rinunzie, mantenimento delle linee di credito esistenti, conversioni dei crediti in capitale, nuova finanza, *etc.*), vincolerà le sole parti del contratto.

Va altresì precisato che la stipulazione della convenzione *de qua* non risulta di per sé idonea ad escludere *a priori* l'insolvenza del debitore nei confronti dei creditori non aderenti, ai quali non sembra potersi precludere la possibilità di agire nei confronti del debitore mediante ricorso per fallimento. Nel caso dell'apertura di una procedura concorsuale, la sorte delle convenzioni di moratoria – non ancora eseguite o non compiutamente eseguite da entrambe le parti –, potrà essere regolata sulla base delle disposizioni dettate in materia di «contratti pendenti» dagli artt. 72 e 169-*bis* l. fall., rispettivamente in caso di fallimento e di concordato preventivo (448).

Descritta la disciplina concorsuale delle convenzioni di moratoria concluse con i creditori bancari e finanziari, occorre concludere la nostra riflessione con qualche considerazione attinente agli aspetti contrattuali dell'operazione. Dal punto di vista contenutistico, infatti, l'accordo di moratoria non sempre si esaurisce, da parte dei creditori, nella mera concessione di un periodo di *standstill*, potendo contemplare ulteriori obblighi di «*non facere*» e «*facere*» altrettanto necessari alla predisposizione di un efficace piano di risanamento da parte dell'impresa debitrice.

Limitandoci alle clausole maggiormente diffuse nella prassi, possiamo citare quelle per cui ciascun istituto aderente si obbliga a non richiedere, pendente la moratoria, il pagamento dovuto in relazione alle obbligazioni previste dagli originari contratti di finanziamento, quelle relative all'impegno di non intraprendere qualsivoglia azione cautelare

tendo), quali *cash flow* previsionali, certificati attestanti l'assenza di procedure concorsuali ed esecutive in atto, «*comfort letter*» da parte dell'organo di controllo o di revisione, *etc.*, tali da comprovare il mantenimento della continuità aziendale dell'impresa per effetto della moratoria medesima e, quindi, la non procedibilità ad una liquidazione del debitore ovvero all'apertura di una procedura concorsuale in suo danno.

(448) Così, M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1269; V. LENOCI, *Art. 182-septies*, cit., 1221. Con l'ulteriore osservazione che, qualora sia stata pattuita una clausola risolutiva espressa, essa potrebbe non operare in caso di concordato con continuità aziendale, giusta la disposizione *ex art. 186-bis*, comma 3, l. fall.

od esecutiva nei confronti del debitore, quelle contemplanti l'obbligo di non dichiarare la decadenza dal beneficio del termine; nonché le clausole relative all'eventuale mantenimento della normale operatività dei fidi commerciali per autoliquidante od al mantenimento in essere delle linee di credito derivanti dai contratti di finanziamento originari.

Dall'angolo visuale dell'impresa debitrice, inoltre, la conclusione di una convenzione di moratoria comporterà non necessariamente il solo obbligo di approntare un piano di risanamento da sottoporre ai propri creditori, ben potendo contemplare altresì una serie variabile di obblighi, riguardanti soprattutto il divieto di compiere atti di straordinaria amministrazione: si pensi, ad esempio, al divieto di concedere nuove garanzie in favore di una delle banche finanziatrici o di un terzo, all'impegno di non acquisire partecipazioni in altre società, all'obbligo di non cedere i propri marchi e brevetti, al dovere di non contrarre od effettuare nuovi finanziamenti. Quanto alla configurazione soggettiva della convenzione di moratoria, al di là della (remota) ipotesi di accordo concluso con uno solo dei creditori, occorre chiarire la tipologie di obbligazioni da essa derivanti, essendo conclusa da una pluralità di istituti creditori con un solo, comune debitore.

Ferma la natura contrattuale dell'operazione *de qua*, sembra doversene escludere la riconducibilità delle modalità attuative delle obbligazioni sia allo schema delle obbligazioni solidali che a quello delle obbligazioni divisibili, preferendone ricostruire i tratti secondo lo schema dell'applicazione congiunta, trattandosi di contratto con parte soggettivamente complessa dal lato creditorio. Più in particolare, conclusa la moratoria dall'unico debitore nei confronti di più creditori, si è escluso il carattere solidale della sua prestazione, non risultando, ciascuna delle banche creditrici, titolare del diritto di chiedere all'impresa di adempiere, nei propri confronti, all'intera obbligazione con liberazione del debito verso tutti gli altri istituti (art. 1292 c.c.). Allo stesso tempo, essendosi obbligata nei confronti di tutte le banche creditrici, l'impresa risulta tenuta ad eseguire la propria prestazione contestualmente e nei confronti di tutti gli istituti parte dell'accordo, con conseguente esclusione della possibilità di procedere ad adempimenti *pro quota* (art. 1314 c.c.).

Alla luce di quanto premesso, parte della dottrina ha pertanto ricondotto l'operazione negoziale in commento allo schema delle obbligazioni soggettivamente complesse ad attuazione congiunta (449): rinvenendosi più creditori a fronte di un solo, comune debitore, l'accordo di moratoria sarebbe chiamato a comporre due ben distinti centri d'interesse, da una parte, quello dell'impresa debitrice richiedente il periodo di moratoria, e, dall'altra, quello delle banche creditrici, che, in maniera unitaria, concordano appunto di non esigere i loro crediti per tutto il periodo di tempo ivi indicato (450).

L'art. 9 del più volte citato D.L. n. 83/2015, convertito con modificazioni dalla legge n. 132/2015, ha introdotto il nuovo istituto dell'accordo di ristrutturazione dell'impresa in crisi con prevalente indebitamento verso gli intermediari bancari e finanziari (art. 182-*septies*, commi 1-4, 1. fall.) (451), così come risultante dalla documentazione contabile depositata dal debitore unitamente all'istanza di omologazione dell'accordo raggiunto e sulla quale deve esprimersi un esperto asseveratore. Una previsione normativa adottata con la dichiarata finalità di evitare che la buona riuscita delle operazioni di ristrutturazione concordate fra il debitore e la maggioranza dei creditori finanziari venga impedita dal comportamento ostruzionistico di altri creditori finanziari che, nonostante la modesta entità del credito vantato, si dichiarino contrari all'operazione, decretandone il definitivo insuccesso e la conseguente apertura della procedura concorsuale.

Come confermato dallo stesso legislatore in sede di conversione in legge del decreto legge n. 83/2015 (452), la nuova norma – anche

(449) T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi*, cit., 47; ID., *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, cit., 346.

(450) Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni alternative, solidali, divisibili ed indivisibili*, in *Comm. cod. civ., Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 4^a ed., 2007, 137: l'unico meccanismo che si addice in caso di obbligazione di *non facere* da parte di più debitori è quello dell'attuazione congiunta, essendo necessario un comportamento univoco ai fini del soddisfacimento dell'interesse del creditore.

(451) Per quanto la rubrica della nuova disposizione di legge parli semplicemente di «Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», nel testo della norma si rinvengono espressi richiami anche agli intermediari bancari. Inoltre, si è giustamente ricordato che, a norma delle disposizioni del D.Lgs. n. 58/1998, anche le banche rientrano nella categoria degli «intermediari finanziari»: R. RANALLI, *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *IFallimentarista.it*, 23 luglio 2015, 1.

(452) *Sub art. 9*, dello «Schema di disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante "misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria"», in *www.giustizia.it*.

sull'esempio di altri ordinamenti europei (453) –, dovrebbe costituire l'attuazione della Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione europea, nella parte in cui, con il dichiarato intento di permettere alle imprese di risanarsi in una fase precoce della propria crisi, minimizzando i costi, i tempi e l'impatto della ristrutturazione sulla funzionalità dell'impresa, essa prevede che «per rendere più efficace l'adozione del piano di ristrutturazione, gli Stati membri dovrebbero inoltre garantire che possano adottarlo soltanto determinati creditori o determinati tipi o classi di creditori, a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti» (par. 20).

Orbene, attraverso l'introduzione della nuova fattispecie concorsuale, si è cercato di agevolare una gestione maggiormente attiva dei crediti vantati dagli istituti bancari e finanziari nei confronti dell'imprenditore in difficoltà, fornendo agli stessi protagonisti dell'operazione di risanamento la possibilità di valorizzare meglio i loro rispettivi interessi attraverso l'apertura di un processo di ristrutturazione concordato con i «creditori più attivi» già in una fase anticipata della crisi, e cioè quando l'impresa debitrice è ancora in grado di generare valore (454).

(453) Ordinamenti che, come quello francese (con la recente introduzione della «*sauvegarde financière accélérée*») o quello inglese (caratterizzato dal largo utilizzo del noto istituto dello «*scheme of arrangement*»), tendono sempre più a favorire il rapido perfezionamento di operazioni stragiudiziali che evitino l'apertura di fasi giudiziali grazie all'accordo tra il debitore e buona parte dei suoi creditori-finanziatori. Sul punto, S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive della riforma*, in *Il Caso.it*, II/463, 30 novembre 2015, 50: per quanto l'art. 182-septies presenti diverse affinità con la «*sauvegarde financière accélérée*», il vero antecedente del nuovo istituto si rinviene nella Section 895 del «*Companies Act*» adottato dal legislatore britannico nel 2006 («*company restructuring – schemes of arrangement*»), ove è previsto che la maggioranza di $\frac{3}{4}$ di una classe di creditori possa appunto vincolare all'accordo raggiunto con il debitore la rimanente percentuale dei propri omologhi inserita nella medesima classe, con portata vincolante anche per i creditori privilegiati.

Pertanto, con l'introduzione delle modifiche legislative previste nel D.L. n. 83/2015, il nostro legislatore ha tentato di tradurre «queste esperienze internazionali adattandole alle esigenze e caratteristiche della realtà e dell'ordinamento italiano», mantenendo altresì una «impostazione contrattuale» e prevedendo la possibile «estensione» degli accordi stragiudiziali di salvataggio anche agli intermediari finanziari non aderenti. Ciò, ferma l'osservanza di talune norme procedurali e sostanziali ispirate ai principi della correttezza e buona fede, del consenso informato, dell'impossibilità di obbligare i creditori non aderenti ad eseguire nuove prestazioni o a vedere peggiorata la propria esposizione; ferma la necessaria adesione da parte di un'ampia percentuale dei crediti finanziari vantati verso l'impresa, nonché la capacità dell'accordo stesso di soddisfare le pretese creditorie dei non aderenti «in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

(454) Riprendendo le parole della succitata Relazione illustrativa, non sono i rari i «casi in cui l'impresa può rapidamente ristrutturarsi, uscendo da una situazione di tensione finanziaria, con il solo intervento dei creditori finanziari. Per tale ragione, sono frequenti nella pratica operazioni volte a tentare il salvataggio nelle quali il debitore non si interfaccia con la generalità dei creditori, ma soltanto con le banche. Successo o insuccesso di queste operazioni non sono solo decretati dalle regole del mercato

Venendo più specificamente alle previsioni contenute nell'art. 182-*septies* l. fall. (e rinviando al prossimo capitolo la riflessione in merito all'istituto della convenzione moratoria ivi disciplinato), occorre premettere che l'accordo ivi disciplinato non individua una nuova e distinta categoria di accordi di ristrutturazione, bensì un «*subgenus*» (455) di quelli normati all'art. 182-*bis* l. fall., come confermato dallo stesso testo normativo che – fermi i diritti vantati da creditori diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari – dispone che laddove un'impresa abbia debiti verso banche e/o intermediari finanziari (456) «in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'art. 182-*bis*, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto» della disposizione fallimentare in commento, che fa comunque salvi i diritti vantati dai creditori diversi dagli istituti bancari e finanziari (fornitori commerciali, lavoratori dipendenti, *etc.*).

Ferma restando la conferma della centralità del credito bancario nella vicenda della crisi d'impresa (457), l'aspetto che ha suscitato il

e del vantaggio economico: non sono pochi i casi in cui la maggioranza (spesso la larga maggioranza) delle banche creditrici concorda con le proposte dell'impresa, ma alcune di esse, solitamente quelle che vantano crediti di importo minore, si dichiarano contrarie, impedendo così il successo dell'operazione».

Pertanto, in queste eventualità, potrebbero registrarsi due risultati «subottimali» sia per i soggetti coinvolti nell'operazione di salvataggio dell'impresa in crisi ancora «sana» che per la stessa economia nazionale: in alcuni casi, gli istituti aderenti potrebbero vedersi costretti a «subire» il comportamento di *free-riding* degli altri intermediari creditori, sobbarcandosi l'onere di soddisfarne le pretese economiche; in altri, invece, a fronte dell'impossibilità delle banche aderenti di sobbarcarsi tutti i costi, si aprirebbe inevitabilmente una «fase di gestione della crisi proceduralizzata», sicuramente più difficile da gestire (soprattutto a fronte di talune «rigidità» nella gestione dei rapporti commerciali necessari alla continuità delle attività d'impresa indispensabili al superamento della crisi); e ciò non può che rendere «più incerto il successo dell'operazione di risanamento o più lento e costoso il suo percorso», anche in caso di nuova concessione del credito.

(455) La definizione è di C. TRENTINI, *Piano attestato e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016, 468. Sul carattere integrativo della disposizione *de qua*, vedi B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Giust. civ.*, 2015, I, 820.

(456) Trattasi dei soggetti contemplati agli artt. 106 e 107 t.u.b., ai quali è riservato «l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma»; comprese le società di *leasing* e le società veicolo per le operazioni di cartolarizzazione, come si ricava dall'art. 2, comma 1, D.M. Economia e finanza, 2 aprile 2015, n. 53, il quale chiarisce come l'attività di concessione dei finanziamenti comprenda anche «ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di: a) locazione finanziaria; b) acquisto di crediti a titolo oneroso».

(457) Ovviamente, il richiamo alle attività bancaria e d'intermediazione finanziaria presuppone che si tratti di soggetti regolarmente autorizzati all'esercizio di dette attività (cfr. artt. 14 e 107 t.u.b.): così, C. TRENTINI, *Piano attestato e accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 469; V. LENOCI, *Art. 182-septies*, in AA. VV., *Codice commentato della crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2017, 1218.

maggior interesse dei commentatori (458) è stato quello relativo alla prevista efficacia degli accordi *de quibus* anche nei confronti dei creditori bancari e finanziari non aderenti, con deroga rispetto ai principi della efficacia relativa del contratto e della ultrattività degli effetti dello stesso nei confronti della sfera giuridica dei terzi estranei all'accordo, secondo il noto brocardo «*alteri stipulari nemo potest*» (459).

(458) In dottrina, sulle novità apportate dal nuovo istituto concorsuale: B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*, cit., 817 ss.; D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratori*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2015, II, 65 ss.; L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *IlCaso.it*, II/817, 18 agosto 2015, 1 ss.; A. BOMBARDELLI, *Art. 182-septies*, in AA. VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. In l. n. 132/2015*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2015, 304 ss.; R. RANALLI, *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015*, cit., 1 ss.; L. FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Contr.*, 2015, 1164 ss.; C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *IlCaso.it*, II/853, 29 dicembre 2015, 1 ss.; N. NISIVOCCIA, *Il nuovo art. 182-septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a sé stessa?*, in *Fall.*, 2015, 1182 ss.; A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2016 II, 261 ss.; L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr. giur.*, 2016, 449 ss.; L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *Dir. econ. impresa*, 2016, 138 ss.; G. FAUCEGLIA, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 723 ss.; M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in *www.osservatorio-oci.org*, ottobre 2016, 1 ss.; M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies in chiave di collettivizzazione della crisi*, in *Fall.*, 2016, 911 ss.; C. TRENTINI, *Piano attestato e accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 467 ss.; A. DE PRA, *Le condizioni dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1281 ss.; R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali*, cit., 271 ss.; A. BUSANI - A. GUIOTTO, *Così l'accordo vale anche per i dissenzienti*, in *IlSole24Ore*, 13 aprile 2016, 43; A. ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: da eccezione a regola in un mercato in evoluzione*, in *Fall.*, 2017, 761 ss.; ID., *L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182-septies legge fallim.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 405 ss.; B. CONCA, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: disciplina e prime considerazioni applicative*, in AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretta da S. Ambrosini, Bologna, 2017, 715 ss.; M. ARATO, *Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti bancari vs concordato preventivo*, *ivi*, 732 ss.; P. BENAZZO, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: buona fede e principio di maggioranza*, *ivi*, 742 ss.; M.M. ANDREONI, *Accordo di ristrutturazione con intermediari e convenzione di moratoria*, in *Giur. it.*, 2017, 537 ss.; V. LENOCI, *Art. 182-septies*, cit., 1215 ss.; F. BONATO, *L'art. 182 septies e l'accordo di ristrutturazione "a maggioranza"*, in *Fall.*, 2017, 881 ss.; T. TOMASI, *Impresa in crisi e creditore bancario*, Milano, 2017, 216 ss.; M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali*, cit., 109 ss.

(459) L'ordinamento riconosce un'efficacia al contratto anche rispetto ai terzi laddove lo stesso contempra esclusivamente effetti favorevoli nei confronti di questi ultimi, fatta salva la facoltà del destinatario di rinunciare ai suddetti effetti. In dottrina, *ex multis*: F. MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 203; U. MAJELLO, *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino,

Invero, al di là delle censure mosse alla tecnica redazionale adottata dal legislatore della “miniriforma”, parte della dottrina non ha mancato di sollevare più di un dubbio sul riferimento operato dalla norma in merito alle deroghe agli artt. 1372 e 1411 c.c., sia in materia di accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari che di convenzione di moratoria (art. 182-*septies*, commi 1 e 5, 1. fall.). Più specificamente, ci si è interrogati sulla stessa correttezza del richiamo alle predette disposizioni codicistiche, rilevando come l’art. 1372, comma 2, c.c. già prevede una deroga all’efficacia relativa – ovvero esclusivamente *inter partes* – del contratto, con conseguente inconferenza del richiamo ad esso operato dalla norma concorsuale; e stesso dicasi per la presunta deroga all’art. 1411 c.c., poiché la fattispecie *ex art. 182-septies*, contemplando effetti (non già «favorevoli», bensì) «sfavorevoli» nei confronti dei terzi creditori, non individua alcuna deroga alla disposizione civilistica *de qua*.

A ben vedere, la conferma delle censure brevemente ricordate è data dal fatto che, nelle fattispecie in commento, non si tratterebbe né di estendere gli effetti negoziali dell’accordo né di concludere un contratto a favore del creditore non aderente, quanto piuttosto di applicare il principio di maggioranza ivi previsto a fronte di un gruppo di soggetti accomunati da uno stesso interesse.

Al contempo, non va dimenticato che la prevista ultrattività degli effetti dell’accordo di ristrutturazione (al pari di quella introdotta in materia di convenzione di moratoria), deriverà non già dalla mera operazione negoziale conclusa tra le parti, bensì a séguito del perfezionamento di una ben più complessa fattispecie, che prevede l’intervento dell’autorità giudiziaria chiamata ad accertare l’avvenuto rispetto delle condizioni di legge (raggiungimento delle maggioranze richieste, soddisfazione dei requisiti sostanziali e procedurali previsti dalla norma, *etc.*). Pertanto, volendo individuare una giustificazione al richiamo della norma agli artt. 1372 e 1411 c.c., l’unica strada praticabile sarebbe quella ancorata al dato per cui, mancando una vera e propria assemblea od adunanza dei creditori, non risulta possibile applicare nemmeno il principio maggioritario (460).

1989, 237 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 2000, 566; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2^a ed., 2011, 548 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2^a ed., 2013, 196 ss.

(460) Sul punto, si vedano le riflessioni di: N. NISIVOCIA, *Il nuovo art. 182-septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a sé stessa?*, cit., 1184; G. FAUCEGLIA, *L’accordo di ristrutturazione dell’indebitamento bancario*, cit., 769; L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., 4; nonché L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le*

Ciò detto, non va comunque dimenticato il dato normativo che, sul punto, non solo specifica la necessità che i creditori non aderenti risultino soddisfatti, in base all'accordo *inter alia* stipulato, in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili, c.d. «*cram down*» (comma 4, lett. c) (461), ma esclude anche la possibilità che, per effetto degli accordi e delle convenzioni di moratoria, possano essere imposte ai creditori non aderenti «l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti»; con l'unica precisazione che «non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati» (comma 7) (462).

La disciplina finora descritta dall'angolo visuale degli effetti dell'accordo, prescrive l'adempimento di una serie di obblighi preventivi in mancanza dei quali il tribunale non potrà procedere alla sua omologazione: affinché i suddetti effetti *ex art. 182-septies* possano essere estesi anche ai creditori finanziari non aderenti, infatti, è necessario che «tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative», che gli stessi «siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede» e che, come già ricordato, i crediti degli istituti aderenti

banche e normativa civilistica, cit., 455-456, il quale ricorda come la recente tendenza del legislatore concorsuale a far riferimento agli istituti ed alle categorie del diritto civile, spesso sconta una certa imprecisione terminologica e concettuale. Per un inquadramento della fattispecie *de qua* nell'ambito del potere di autoregolamentazione riconosciuto in base al principio di sussidiarietà, *ex art. 118*, comma 4, Cost., si rinvia a L. FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, cit., 1171.

(461) Ragion per cui, al tribunale è altresì demandato il compito di valutare – eventualmente avvalendosi di un ausiliario – il contenuto soddisfacente dell'accordo rispetto alle altre alternative concretamente attuabili. Invero, il riferimento alle «alternative applicabili» pone un problema interpretativo di non poco conto, potendo gli accordi di ristrutturazione avere un contenuto molto vario, spesso non rigidamente vincolato alle sole regole di graduazione dei crediti. In generale, i termini di paragone saranno quelli della soluzione soddisfacente che potrebbe realizzarsi nell'ambito di una procedura fallimentare (eventualmente con esercizio provvisorio), ovvero concordataria (con continuità aziendale o liquidatoria), nonché in seno ad una procedura espropriativa individuale, ove ne ricorrano i presupposti applicativi, fermo l'utilizzo dell'avverbio «concretamente», che chiarisce come detta soluzione alternativa debba essere percorribile alla luce della concreta fattispecie, in relazione alla situazione dell'impresa debitrice e della sua esposizione debitoria complessiva documentalmente accertata.

(462) V. LENOCI, *Art. 182-septies*, cit., 1218: il rifiuto di aderire all'accordo da parte di uno o più creditori bancari e finanziari, pur essendo di per sé legittimo, è sottoposto ad uno scrutinio del giudice volto ad appurarne il carattere abusivo o meno, nel senso della sua rispondenza o meno ai criteri di ragionevolezza, valutabili alla luce dell'osservanza dell'omogeneità giuridica ed economica della posizione del non pacifista rispetto a quelle dei creditori aderenti della stessa categoria, nonché dell'assenza di concrete alternative poziori.

all'accordo «rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria» (comma 2).

Come rilevato in dottrina, in termini di tenuta dell'accordo di ristrutturazione nei confronti dei creditori non aderenti, il legislatore della "miniriforma" sembra essere passato dalla prescrizione di un controllo giudiziario sul contenuto e sugli effetti della soluzione negoziale della crisi – tipico della fattispecie di cui all'art. 182-*bis* l. fall. –, ad un controllo maggiormente legato ai profili procedimentali e prodromici all'omologazione dell'accordo, ispirato alla valorizzazione di principi generali tipici del diritto contrattuale (correttezza, buona fede contrattuale, trasparenza) (463).

Oltre agli adempimenti pubblicitari previsti in tema di formazione dell'accordo ed ultrattività dei suoi effetti nei confronti dei creditori non aderenti, la norma prevede altresì la notifica del ricorso *ex art.* 182-*septies*, comma 1 e della documentazione di cui all'art. 182-*bis*, comma 1 (relazione del professionista (464) attestante la veridicità dei dati aziendali forniti dal debitore, l'attuabilità dell'accordo raggiunto nonché la sua idoneità a garantire l'integrale pagamento dei creditori estranei, pur nei limiti temporali di centoventi giorni dall'omologazione ovvero dal termine di esigibilità della prestazione, a seconda che si tratti di crediti che, a far data dall'omologazione, siano già scaduti o meno) alle banche e/o agli intermediari finanziari estranei alla convenzione, i quali potranno proporre opposizione nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (art. 182-*bis*, comma 4).

(463) Così, G. FAUCEGLIA, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario*, cit., 726-727, per il quale – a fronte di un limitato utilizzo dell'art. 182-*bis* ed in costanza di una disciplina più favorevole del concordato preventivo – sarebbe in atto un tentativo legislativo di ampliare la gamma delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa: dall'adesione volontaria all'accordo proposto dal debitore, nel presupposto adesivo del 60% dei crediti, alla significativa incidenza della regola di maggioranza nei confronti dei non consenzienti, fino alle ipotesi dell'applicazione pura e semplice della regola della maggioranza, pur distinte a seconda delle finalità liquidatorie o di continuità aziendale contenute nel piano proposto.

Quanto alla possibilità di valutare nel merito le scelte operate dal proponente e la loro convenienza o meno per i creditori finanziari, essa è esclusa dal novero dei poteri-doveri del tribunale, «a meno che queste scelte incidano sulla idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei creditori estranei e, più in generale, a superare la situazione di crisi e di insolvenza»: così, Trib. Forlì, 5 maggio 2016, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1276; Trib. Ascoli Piceno, 25 luglio 2017, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, 594.

(464) Sull'attività specifica del professionista attestatore contemplata dall'intera previsione di cui all'art. 182-*septies* l. fall., si rinvia alle linee-guida sinteticamente esposte nel documento CNDCEC, *Accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, del novembre 2016, in *www.cndcec.it*, 9-10; 14-15.

Nel concludere la ricostruzione dell'istituto, è necessario soffermarci – seppur brevemente – su un ultimo aspetto della disciplina di sicuro interesse, quello relativo all'individuazione ed alla formazione delle categorie dei creditori finanziari da parte del proposto accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*septies* l. fall. In particolare, la norma *de qua* stabilisce che il debitore possa individuare «una o più categorie» tra i suoi creditori bancari e finanziari «che abbiano fra di loro posizione giuridica e interessi economici omogenei», in modo da poter «chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria» (comma 2).

Come emerge già a livello testuale, il legislatore sembra aver voluto rimarcare una certa differenza funzionale rispetto alle «classi» dei creditori contemplate dalle discipline dettate in materia di concordato fallimentare (art. 124, comma 2, lett. a) e di concordato preventivo (art. 160, comma 1, lett. c), non concorrendo, le suddette «categorie», alla formazione della maggioranza per l'approvazione dell'accordo, limitandosi alla sola estensione degli effetti dell'accordo ai non aderenti (465). Peraltro, a differenza di quanto avviene nel concordato preventivo, in questa sede non si rinviene un controllo giudiziario sull'eventuale alterazione dell'ordine delle cause di prelazione a séguito del previsto trattamento per ciascuna delle classi dei creditori, non rinvenendosi nella disciplina generale degli accordi di ristrutturazione una simile circostanza impeditiva.

Nonostante il tentativo di evitare la sovrapposizione dell'istituto *de quo* con quello previsto in sede concordataria, sembra doversi concludere per la loro sostanziale identità concettuale e per la comunanza delle tematiche relative alla loro formazione, soprattutto quanto al controverso requisito della «omogeneità» delle stesse (466).

Orbene, le suddette categorie potranno fondarsi ad esempio sulle caratteristiche soggettive del creditore (a meno che uno o più istituti non risultino essere titolari di crediti inseriti in più categorie, poiché in

(465) Cfr. Trib. Forlì, 5 maggio 2016, cit.: la formazione delle categorie «può essere considerata come una sorta di procedimento di voto in formato minore, nel cui ambito gli incontri per lo svolgimento delle trattative costituiscono una deformalizzata assemblea, mentre la partecipazione agli stessi e l'adesione costituiscono una forma semplificata di suffragio».

(466) Sul tema, *ex plurimis*: B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*, cit., 1188; F. LAMANNA, *Le classi/categorie nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nella convenzione di moratoria*, in *Il Fallimentarista.it*, 7 gennaio 2016, 1; C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies*, cit., 8; L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., 6; M.M. ANDREONI, *Accordo di ristrutturazione con intermediari e convenzione di moratoria*, cit., 539; T. TOMASI, *Impresa in crisi e creditore bancario*, cit., 222.

tal caso saranno inseriti in più di una categoria, ai sensi del comma 2, ult. cpv.), sulla natura dell'operazione di finanziamento, sull'identità dei titoli prelatizi che assistono i creditori bancari, sulle caratteristiche della società che ha erogato il credito, sui tempi di rimborso del credito, etc. (467).

In ogni caso, non è possibile ipotizzare una categoria di non aderenti, in quanto il rifiuto di aderire all'accordo proveniente da una banca è semplicemente l'espressione di una valutazione negativa espressa in sede di formazione dell'accordo che nulla ha a che fare con le caratteristiche del credito o con l'interesse che contraddistingue le diverse posizioni creditorie (468). D'altra parte, occorre altresì segnalare che, ai fini della formazione della categoria, non si dovrà tener conto nemmeno delle eventuali «ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese» (art. 182-*septies*, comma 3), a prescindere dalla manifestazione adesiva o meno all'accordo. Ragion per cui, l'eventualità che i crediti siano assistiti da ipoteca giudiziale iscritta nei predetti novanta giorni comporterà l'inserimento del titolare nella categoria di creditori chirografari, senza tener conto appunto della ipoteca iscritta (469).

(467) In giurisprudenza: Trib. Padova, 31 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it* (: l'omogeneità delle posizioni può essere individuata nella natura chirografaria delle banche aderenti e nell'identità di trattamento proposto a tutti gli aderenti); Trib. Forlì, 5 maggio 2016, cit. (: pur dovendosi giudicare erroneamente formata la categoria dei creditori bancari chirografari non assistiti da garanzia considerando le garanzie ipotecarie e non anche quelle fideiussorie prestate, il tribunale non può in ogni caso rigettare la richiesta di omologa, essendogli richiesta *ex lege* la verifica della reale consistenza dell'indebitamento dell'impresa, con contestuale possibilità di operare eventualmente «una riclassificazione delle categorie malamente formate»); nonché Trib. Milano, 11 febbraio 2016, in *Fall.*, 2016, 914: è corretta, ai fini dell'art. 182-*septies* l. fall., la suddivisione in classi operata dall'accordo che distingue le categorie in relazione alla natura del credito (ipotecario o chirografario) per tipologia dell'operazione fonte del credito verso la società debitrice (mutuo, affidamenti sui conti correnti, fideiussione) ed in relazione all'interesse economico coinvolto (distinzione tra i crediti bancari per affidamenti concessi alla debitrice ed i crediti per fideiussioni prestate alle banche in relazione alle operazioni creditizie di cui era titolare la società).

(468) Così, B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*, cit., 824. In generale, sulla formazione delle categorie e sui criteri di determinazione delle stesse: A. BOMBARDELLI, *Art. 182-septies*, cit., 311 ss.

(469) F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini-riforma del d.l. 83/2015*, cit., 70; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*, cit., 828: la regola - «di non agevole lettura ed interpretazione» - stabilita dalla previsione normativa in commento è diversa da quella prevista *ex art.* 168, comma 3, l. fall. in materia di concordato preventivo (a norma del quale le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato), non essendo neanche configurabile, nell'accordo di ristrutturazione, una distinzione tra creditori «anteriori» o «successivi» alla presentazione dello stesso.

Sebbene la disciplina in commento preveda (non già l'obbligo, bensì) la mera possibilità di formare delle categorie ai fini dell'accordo di ristrutturazione *de quo* (470), occorre precisare che siffatto adempimento risulterà necessario nel caso in cui dovessero risultare creditori dissenzienti ai quali estendere gli effetti dell'accordo medesimo (pur nei limiti di legge già ricordati in precedenza), fermo l'accertamento, condotto dal tribunale in sede di omologa, circa l'omogeneità della loro posizione giuridica e dei loro interessi economici rispetto a quelli degli intermediari aderenti inseriti nella stessa categoria (art. 182-*septies*, comma 4, lett. a).

I profili normativi e le problematiche applicative in questa sede appena accennate sembrano confermare quella sorta di «contaminazione» tra gli accordi di ristrutturazione introdotti dall'intervento legislativo del 2015 ed il concordato preventivo, in particolare in tema di principio maggioritario, suddivisione in classi ed estensione della vincolatività dell'accordo ai creditori bancari e finanziari non aderenti, a tal punto da potersi oramai parlare di una «collettivizzazione dell'accordo», esprimendo così «quella posizione di limbo fra collegialità, maggioranza e contrattualismo» (471).

(470) G. FAUCEGLIA, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario*, cit., 732: l'utilizzo del plurale da parte della norma non solo sembra escludere che possa essere individuata una sola categoria di creditori, ma deve aggiungersi altresì che, in questa sede, a differenza di quanto avviene per il concordato preventivo, detta creazione risulta essere «un dato indefettibile, obbligatorio e caratterizzante l'accordo», in coerenza con quanto stabilito dalla stessa Raccomandazione UE/2014/135 che, in materia di accordi di ristrutturazione del debito, invita gli Stati membri a consentirne l'adozione anche solo da parte di «determinati tipi o classi di creditori», a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti. *Contra*, M.M. ANDREONI, *Accordo di ristrutturazione con intermediari e convenzione di moratoria*, cit., 540.

(471) M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti*, cit., 926; M. ARATO, *Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti bancari vs concordato preventivo*, cit., 740-741, il quale sottolinea le numerose similitudini tra la nuova fattispecie di accordo e la procedura di concordato preventivo, pur concludendo per una più probabile inclinazione delle banche per quest'ultimo, alla luce ad es.: della lunghezza dei tempi necessari per addivenire alla stipula dell'accordo, della tendenza delle banche a vedersi esonerate dall'assumere decisioni circa il destino del debitore, della non obbligatorietà della divisione dei creditori in classi nel concordato con continuità aziendale e, quindi, della mera eventualità di un *cram down*, della maggiore ampiezza dell'ombrello protettivo rispetto alle azioni dei creditori che si estende fino al momento dell'omologa, della sostanziale uguaglianza dei costi in termini di *advisors*.

CAPITOLO TERZO

L'OPERAZIONE DI FINANZIAMENTO BANCARIO ALL'IMPRESA IN CRISI.

Sommario: **1.** L'esercizio e la gestione del credito bancario all'impresa crisi. – **1.1.** L'impresa bancaria. Una breve premessa sulla pluralità delle fonti normative e regolamentari. – **1.2.** Il finanziamento bancario all'impresa. Tra “sana e prudente gestione”, classificazione del rischio del credito e sistemi informativi interbancari. – **2.** Il profilo soggettivo del debitore sovvenzionato: l'imprenditore commerciale fallibile. – **3.** Il presupposto oggettivo dell'operazione di finanziamento dell'impresa: tra insolvenza e stato di crisi. – **4.** Il contratto con causa di finanziamento. Tra le divergenze ricostruttive della dottrina e la riconduzione giurisprudenziale del fenomeno allo schema del mutuo di scopo. – **5.** La disciplina della prededucibilità del credito alla luce dell'attuale ordinamento concorsuale e delle previsioni normative del codice della crisi e dell'insolvenza. Cenni alla problematica applicabilità dell'istituto ai crediti dell'*advisor* dell'impresa. – **6.** Le fattispecie tipiche del finanziamento all'impresa in crisi. – **6.1.** Cenni introduttivi alla disciplina dei finanziamenti concessi ai fini ristrutturativi e/o riorganizzativi dell'impresa in stato di crisi. – **6.2.** I crediti derivanti dai finanziamenti effettuati: a) in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti; b) in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti; c) “interinali” ed “interinali urgenti”. – **7.** I possibili profili “patologici” del rapporto tra la banca finanziatrice e l'impresa debitrice. In particolare, le ipotesi della banca quale “amministratore di fatto” dell'impresa debitrice, dell'abusiva concessione del credito e dell'interruzione “brutale” del credito. – **7.1.** I rischi insiti nell'ipotesi di controllo contrattuale dell'impresa finanziata, in particolare in forza di *covenants*. Cenni alla fattispecie della banca quale “amministratrice di fatto” della società debitrice. – **7.2.** L'abusiva concessione del credito bancario. – **7.3.** L'interruzione “brutale” del rapporto di credito: tra responsabilità della banca ed esercizio “abusivo” del diritto di recesso.

1. L'ESERCIZIO E LA GESTIONE DEL CREDITO BANCARIO ALL'IMPRESA CRISI.

1.1. L'IMPRESA BANCARIA. UNA BREVE PREMESSA SULLA PLURALITÀ DELLE FONTI NORMATIVE E REGOLAMENTARI.

Pur trattandosi di una tematica di ampissima e non agevole ricostruzione, in termini generali si potrebbe osservare che gli aspetti peculiari della regolamentazione giuridica delle attività d'impresa bancaria si connotano per molteplici aspetti peculiari, che ne tracciano le direttrici fondamentali lungo le quali si dipana la disciplina delle stesse.

Oltre alla specificità delle fonti normative (472), vanno sicuramente richiamati gli speciali profili normativi che connotano le attività

(472) Invero, il concetto di «fonte» non è univoco in dottrina: talvolta si parla di fonte in senso «sostanziale» o «materiale», intendendo riferirsi ad ogni atto produttivo

d'impresa bancaria, le regole dettate in materia di autorizzazione allo svolgimento delle suddette attività, il (sempre più complesso) quadro legislativo e regolamentare della vigilanza alla quale sono sottoposte le banche, a livello sia europeo che nazionale, nonché la (recentemente rinnovata) disciplina della crisi e del dissesto degli istituti bancari.

A conferma di quanto appenna accennato, e con riferimento all'oggetto delle nostre riflessioni, si pensi al panorama – multiforme ed eterogeneo – delle fonti normative e delle regole di comportamento previste in capo agli istituti nei confronti delle imprese in difficoltà temporanea, soprattutto se bisognose di nuova liquidità.

Se la disciplina della materia bancaria e finanziaria può essere principalmente ricondotta ai precetti costituzionali dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e della tutela del risparmio (art. 47 Cost.) (473), in termini di collegamento tra la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito, quali elementi integratori della nozione di attività bancaria, e di individuazione dello schema organizzativo imprenditoriale attraverso cui dette attività trovano la propria estrinsecazione (474), a livello normativo primario, mentre il codice civile – per espressa scelta di politica –, non dedica ampio spazio all'impresa commerciale bancaria (art. 2195, comma 1, n. 4, c.c.) ed ai contratti da essa stipulati, il punto di

di norme, al di là dell'esistenza o meno di una norma giuridica superiore autorizzativa; talaltra, quale fonte in senso «formale», riferita cioè ad ogni classe di atti che risulti autorizzata dall'ordinamento a produrre norme, anche a prescindere dal carattere propriamente «normativo» del loro contenuto sostanziale. In dottrina, tra i contributi più recenti: N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 65 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale (art. 1-9)*, in *Commentario cod. civ., Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2ª ed., 2011; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2010, 45 ss.

(473) Ai sensi dell'art. 47 Cost., la Repubblica oltre ad incoraggiare e tutelare «il risparmio in tutte le sue forme», «disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito». Compiti ai quali aggiunge il favorire «l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese» (comma 2).

(474) F. CAPRIGLIONE, *Fonti normative*, in AA. VV., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura del medesimo, Padova, 2015, 6; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 250; M. PORZIO, *Le imprese bancarie*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Sez. III, tomo I, Torino, 2007, 11 ss.; G. OPPO, *Art. 41 Cost.*, in AA.VV., *Codice commentato della banca*, a cura di F. Capriglione e V. Mezzacapo, Milano, 1990, I, 3 ss.; F. MERUSI, *Art. 47*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, tomo III, Bologna, 1980, *passim*; C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca Centrale Europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, fasc. 2, 39 ss. Dalla considerazione unitaria delle due disposizioni costituzionali, consegue l'inattualità di una lettura dell'art. 47 Cost. circoscritta ad una mera valutazione macroeconomica dei fenomeni del risparmio e del credito, nonché l'adozione di una prospettiva capace di compendiare il carattere imprenditoriale dell'attività bancaria con la previsione di un sistema di controlli pubblicistici sulla stessa; in linea, peraltro, con gli obiettivi dell'Unione Monetaria Europea.

riferimento principale rimane il Testo unico della legge in materia bancaria (D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385), al quale, per vero, si vanno affiancando, con una pervasività sempre maggiore, le previsioni normative di diritto europeo (regolamenti, direttive e raccomandazioni)

Inoltre, a livello di regolamentazione amministrativa, particolare rilevanza è rivestita dalle circolari emanate dalla Banca d'Italia: atti precettivi contenenti regole di comportamento vincolanti per gli intermediari che spesso costituiscono un parametro valutativo di primaria importanza circa la liceità o meno dei comportamenti tenuti da questi. D'altra sarebbe erroneo assegnare alle istruzioni ed alle disposizioni di vigilanza della banca centrale la natura di mere circolari, avendo esse rilevanza ed efficacia esterne e, quindi, un profilo normativo pregnante, seppur secondario, in linea con quanto previsto dalla stessa normativa di settore che riconosce all'autorità di vigilanza il potere di impartire agli intermediari istruzioni contenenti prescrizioni «a rilevanza ed efficacia esterna» (art. 4, comma 1, t.u.b.).

Vanno altresì tenute in debito conto anche tutte quelle manifestazioni di «*soft regulation*» che spesso animano il dibattito in materia: si pensi, ad esempio, alle possibili ricadute degli accordi conclusi tra le diverse associazioni imprenditoriali e l'ABI, oppure ai codici di autoregolamentazione emanati dagli organi rappresentativi degli intermediari bancari e finanziari, per nulla sconosciuti nell'ambito delle convenzioni di salvataggio mediante il finanziamento dell'impresa in crisi (*in primis*, il già ampiamente analizzato Codice di autodisciplina ABI del 2000), che ancora oggi potrebbero rappresentare un efficace schema procedurale per gli intermediari e l'impresa debitrice ed un parametro di valutazione *ex post* da parte dell'autorità giudiziaria (475).

A tal proposito, si è giustamente osservato che, attraverso detto parametro, potrebbe essere ripercorsa l'intera istruttoria condotta dall'istituto bancario nella ricerca di una efficace soluzione alla crisi dell'impresa debitrice, accertandone così la diligente e trasparente attuazione, la correttezza del bilanciamento previsionale dei rischi e dei vantaggi secondo i principi dell'economia degli intermediari, l'eventuale commissione di illeciti civili o penali, *etc.* Elementi che, fra l'altro, si legano particolarmente al generale dovere di diligenza professionale nell'esecuzione delle obbligazioni (art. 1176, comma 2, c.c.), che opera

(475) In linea generale, per un'analisi dei rapporti tra autodisciplina e diritto positivo nel quadro di una generale espansione dell'area negoziale in materia bancaria e finanziaria, cfr.: G. CARRIERO, *Le fonti negoziali del diritto nel settore bancario e finanziario*, in *Foro it.*, 2000, V, 88 ss.; F. CAPRIGLIONE, *I codici deontologici del settore bancario e finanziario*, in AA. VV., *Codici deontologici e autonomia privata*, a cura di G. Alpa - P. Zatti, Milano, 2006, 83 ss.

quale clausola generale che impone, nello svolgimento dei rapporti bancari e finanziari, un «qualificato» sforzo volitivo e tecnico da parte dell'intermediario per realizzare l'interesse dell'altra parte e non lederne i diritti.

Dal punto di vista delle attività bancarie, l'art. 10 t.u.b. menziona la «raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito», a cui affianca – salva diversa disposizione di legge – «ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali» (comma 3), ovvero quelle attività d'impresa, diverse da quelle bancarie e finanziarie in genere, che non risultino ad esse legate da uno stretto rapporto di strumentalità e che non siano esercitate dall'istituto in termini prevalenti rispetto all'attività principale.

A tal proposito, però, la dottrina non registra opinioni unanimi, tendendo ad interpretare detta «connessione» in termini di stretta subordinazione economico-funzionale rispetto alle attività principali di cui al primo comma, ovvero nel senso del perseguimento di una «destinazione» esclusiva delle attività connesse a quella principale, con la conseguente esclusione della loro possibile destinazione prevalente al mercato (476). Opinioni alle quali è stato contestato che potrebbe altresì intendersi «connessa» anche quell'attività funzionalmente integrata con l'organizzazione imprenditoriale predisposta per l'esercizio delle attività bancarie, a prescindere dal fatto che detta integrazione venga a configurarsi in termini di complementarietà oppure di (diretta od indiretta) utilità, e ferma comunque la compatibilità con le normali modalità organizzative e di funzionamento proprie dell'impresa bancaria (477).

Nonostante l'ampio spettro delle attività attualmente esercitabili dall'impresa bancaria, sembra doversi riconoscere nella raccolta del ri-

(476) A. NIGRO, *L'integrazione fra l'attività bancaria e l'attività assicurativa*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 1997, I, 190 ss.

(477) In tal senso, U. MORERA – E. MARCHISIO, *Sulle attività connesse ex art. 10, comma 3°, T.U.B.*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2018, I, 722: ai fini della qualificazione dell'attività della banca in termini di connessione, «occorre che l'attività, pur non bancaria, possa svolgersi utilizzando la dotazione organizzativa di mezzi e personale (sportelli, sistemi informatici, misure di sicurezza, lavoratori dipendenti, etc.) già disponibile alla banca e non richieda rilevanti modificazioni a tale dotazione».

Nonché, D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 727: nel tempo della crisi, «la banca che concede credito ha due anime ed è soggetta a due statuti diversi: quello del t.u.b. (quando presta tradizionale attività di impiego), quello del t.u.f. (quando concede credito, negoziando strumenti finanziari)».

sparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito il nucleo caratterizzante dell'attività bancaria, quale collegamento funzionale necessario fra il primo tipo di attività e l'erogazione del credito (478).

1.2. IL FINANZIAMENTO BANCARIO ALL'IMPRESA. TRA "SANA E PRUDENTE GESTIONE", CLASSIFICAZIONE DEL RISCHIO DEL CREDITO E SISTEMI INFORMATIVI INTERBANCARI.

Con specifico riferimento all'oggetto delle nostre riflessioni, parte della dottrina ha sostenuto la configurabilità dell'attività creditizia quale bilanciamento dialettico tra il principio costituzionale della tutela del risparmio ed il principio, «consustanziale alla funzione delle banche», di sostenere il mondo delle imprese, soprattutto in periodi di crisi sistemica (479), seppur nei limiti del criterio direttivo e previsionale della gestione «sana» e «prudente» da parte delle banche, *ex art.* 5 t.u.b. Intendendosi, per «sana», una gestione «pianificata e diversificata» nel rispetto dei principi di funzionalità, efficienza ed efficacia, che sia il più possibile in grado di contribuire alla crescita economica; per «prudente», una gestione del rischio «consapevole» e «ragionevole» (480), nel senso di approntare una idonea organizzazione imprenditoriale che sia in grado di identificare, prevedere e monitorare il rischio insito nello svolgimento delle attività di erogazione del credito (481).

(478) Come, d'altronde, confermano le disposizioni del codice civile dettate in tema di contratti bancari (artt. 1834-1860 c.c.), che quel tipo di attività presuppongono: B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965, *passim*; G. FAUCIOLA, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Sez. III, tomo II, 2005, 11 ss.; nonché, ID., *Art. 10*, in AA. VV., *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013, 72 ss. Ma, *contra*: M. DE POLI, *Il «contratto bancario» tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 261 ss.

(479) S. AMOROSINO, *Banche ed imprese in crisi tra funzione istituzionale creditizia e tutela del risparmio*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2010, I, 204.

(480) F. SARTORI, *Il criterio della «sana e prudente gestione»*, in AA. VV., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, a cura di U. Breccia - U. Mattei, Milano, 2017, 1232; ID., *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti*, in *Giust. civ.*, 2015, spec. 587 ss.

(481) È noto come, al di là della previsione normativa generale di cui all'art. 5 t.u.b., il legislatore faccia più volte espresso riferimento al criterio della sana e prudente gestione nell'ambito del testo unico bancario. Si pensi ad es.: al rilascio dell'autorizzazione dell'attività bancaria (art. 14, comma 2, t.u.b.); all'autorizzazione per le partecipazioni nelle banche da parte della BCE, su proposta della Banca d'Italia quando ricorrono, fra l'altro, «condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della banca» (art. 19, comma 5, t.u.b.); alla sospensione, ad opera della Banca d'Italia, del diritto di voto dei partecipanti ad un accordo, laddove da questo possa derivare «una concertazione del voto tale da pregiudicare la gestione sana e prudente della banca» (art. 20, comma 2, t.u.b.); alle norme operanti in tema di titolari delle partecipazioni in banche, che «devono possedere requisiti di onorabilità e soddisfare criteri di

Il tema è quello della configurabilità o meno di un «diritto soggettivo al credito», giustamente negato dalla maggior parte della dottrina in quanto estraneo allo statuto stesso dell'impresa bancaria che, anche al di fuori delle operazioni manifestamente rischiose, non potrebbe comunque porsi in un così netto contrasto rispetto al ruolo selettivo e di allocazione ottimale delle risorse ad essa affidato dal mercato (482). D'altronde, la banca che eroga un finanziamento dà, al contempo, una precisa (seppur implicita) indicazione al mercato circa la solvibilità del soggetto finanziato, ferma la rigorosa analisi del suo merito creditizio presupposta dalla scelta dell'affidamento.

Ciononostante, la discrezionalità tecnica di cui gli intermediari dispongono nell'esercizio delle loro attività dovrà svolgersi necessariamente all'interno del perimetro segnato dai limiti della correttezza, della buona fede (483) e della diligenza professionale nell'esecuzione delle obbligazioni, con conseguente sindacabilità giudiziale della condotta degli intermediari, anche nella fase precontrattuale (484).

competenza e correttezza in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca» (art. 25, comma 1, t.u.b.) e di soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, i cui requisiti di professionalità, competenza, onorabilità ed indipendenza sono posti a presidio del principio *de quo* (art. 26, comma 2, t.u.b.); alle norme per cui la Banca d'Italia «accerta che le modificazioni degli statuti delle banche non contrastino con una sana e prudente gestione» (art. 56, comma 1, t.u.b.) ovvero «autorizza le fusioni e le scissioni» purché non contrastino con il criterio di una sana e prudente gestione (art. 57, comma 1, t.u.b.); alla disposizione a norma della quale, nell'ambito dei suoi poteri di intervento, la Banca d'Italia può disporre «la rimozione di uno o più esponenti aziendali della capogruppo», qualora la loro permanenza in carica sia appunto pregiudizievole per la sana e prudente gestione del gruppo medesimo (art. 67-ter, comma 1, lett. e), t.u.b.); alla norma per cui, ferma diversa disposizione del provvedimento che dispone l'amministrazione straordinaria dell'istituto bancario, «ai commissari spettano i compiti di accertare la situazione aziendale, rimuovere le irregolarità e promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti e della sana e prudente gestione» (art. 72, comma 1-bis, t.u.b.).

(482) P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 531.

(483) Sulla generale operatività delle clausole di buona fede e correttezza (quali norme di condotta che impongono alla parte la considerazione della utilità dell'altra, in forza della solidarietà contrattuale), vedi F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2009, I, 250-251: le disposizioni di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. «fondano la categoria dogmatica dei c.d. doveri di protezione che integrano il contenuto del contratto, sono accessori all'obbligo di prestazione e sono diretti a realizzare il risultato utile che le parti si attendono. Essi sono doveri di informazione, avviso, custodia, segreto, cooperazione, di tutela dell'altrui interesse, di salvataggio e, con qualche dubbio in alcuni scrittori, di conservazione». Sulla buona fede in senso oggettivo, quale «clausola madre» che dovrebbe ispirare i comportamenti della banca verso i propri clienti (attuali ovvero potenziali), nonché sulle diverse applicazioni, si rinvia a A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2012, *passim*; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, spec. 33 ss. e 81 ss.

(484) Anche nella giurisprudenza della S.C., nell'art. 1337 c.c. non si ravvisa più una *ratio* esclusivamente finalizzata alla tutela dell'affidamento nella conclusione del contratto *in fieri*, ma anche quella volta a proteggere il contraente dalla stipulazione

Se l'attività delle imprese bancarie deve essere ispirata ai principi della sana e prudente gestione ed essere esercitata avendo riguardo alla stabilità complessiva, all'efficienza ed alla competitività del sistema finanziario, non potrà che conseguire l'inesistenza di un generale obbligo di erogare il credito né un obbligo al mantenimento delle condizioni contrattuali di un credito già accordato, anche alla luce della necessaria verifica del merito creditizio cui devono procedere gli intermediari al fine di evitare concessioni del credito che, per misura e condizioni, stridino con le concrete capacità solutorie del soggetto finanziato od affidato (485).

D'altronde, i summenzionati principi dovranno tradursi in specifici doveri di concessione e gestione del credito bancario, ispirati dal dovere di agire in modo diligente da parte degli amministratori e da quello di costruire e valutare assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati. Si pensi, ad esempio, all'adozione del cd. «*risk appetite framework*», ovvero sia al sistema delle politiche di governo e di gestione dei rischi cui spetta di declinare in concreto gli obiettivi ed i limiti di rischio in base alle tipologie di attenuazione del rischio, le soglie di tolleranza, i criteri per l'individuazione delle operazioni di maggiore rilievo da deliberare nell'ambito del consiglio di amministrazione dell'istituto o da sottoporre al preventivo vaglio della funzione di controllo dei rischi. O, ancora, alla (altrettanto fondamentale) fase del controllo andamentale e di monitoraggio del credito, la cui rilevanza chiaramente emerge dalle recenti iniziative regolamentari dottate dalle autorità di vigilanza – nazionale ed europea (cfr. Reg. 2015/227/UE) – in materia di crediti deteriorati e di concessioni c.dd. «*forborne*», ossia finalizzate al superamento delle difficoltà (anche potenziali) del debitore (486).

di un contratto valido eppure stipulato a condizioni riviste *in pejus*. Sul rilievo di clausola generale della disposizione codicistica *de qua*, cfr.: Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440; Cass., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Contr.*, 2013, 173; Cass., 4 aprile 2018, n. 8333, in *www.ilcaso.it*.

(485) In tal senso, ABF, Coll. coord., 29 novembre 2013, n. 6182, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2014, II, 319, con nota di G.B. BARILLA, *Rifiuto del credito e obbligo di informazione*. Sul tema, vedi anche D. POLETTI, *La responsabilità della banca per diniego del credito nelle decisioni dell'Arbitro bancario finanziario*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1416 ss.

D'altra parte, i principi insiti nella disposizione di cui all'art. 5 t.u.b. e che disciplinano la tradizionale concessione del credito, non pongono in capo alla banca alcun obbligo di perseguire gli interessi del cliente in luogo del proprio; a differenza di quello che si configura nel caso in cui la stessa banca concede il credito nel contesto di un servizio di investimento, essendo soggetta, in tal caso, all'art. 21 t.u.b., e quindi agli obblighi del mandatario: D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, cit., 731.

(486) Di recente, sul processo di concessione del credito bancario: A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 557 ss.

A tal ultimo proposito, non si è mancato di sottolineare la possibile influenza dei nuovi criteri di gestione dei c.dd. «*non performing loans*» sulla gestione delle crisi finanziarie delle imprese, poiché non sembra necessario dover attendere l'emersione di un esplicito sintomo di anomalia del credito vantato dalla banca, la quale potrà fare leva anche sulla sussistenza di plurimi elementi che facciano presumere una situazione di rischio di inadempimento probabile.

In particolare, rispetto alla decisione di considerare «deteriorate» sia le posizioni rilevanti scadute da più di novanta giorni («*past due*»), sia quelle per le quali si giudica improbabile che il debitore, senza il ricorso all'escussione delle garanzie reali, adempia integralmente alle sue obbligazioni, indipendentemente dalla presenza di importo scaduto o dal numero di giorni di scaduto («*unlikely to pay*»), si è sostenuta la vicinanza dei sistemi di allerta e prevenzione di cui al codice dell'insolvenza e della crisi con le metodiche di rilevazione tipiche degli indicatori di criticità omogenee utilizzate dagli intermediari bancari, tra cui rilevano l'aumento dei livelli di debito del cliente, le sue esposizioni scadute e quelle deteriorate presso altre banche, il *default* dell'eventuale garante, l'irregolare/mancato pagamento degli assegni emessi, l'utilizzo e le tempistiche dello scoperto di conto corrente, l'eccesso prolungato dello sconto di carta commerciale, *etc.* Elementi, questi, che hanno fatto osservare la (pur legittima e condivisibile) scelta legislativa di non penalizzare il credito bancario potrebbe rivelarsi, alla prova dei fatti, un vantaggio esclusivo per il sistema bancario, in quanto capace di «eludere la rete di confidenzialità che avvolgerà il procedere dell'organismo di composizione della crisi» (487).

Orbene, è d'uopo concludere le considerazioni svolte con qualche riflessione dedicata alle politiche creditizie adottate a fronte della ristrutturazione dei crediti, dovendosi tradurre nel linguaggio del bilancio bancario (488) i crediti che gli intermediari vantano nei confronti

(487) Così, M. DE POLI, *Crisi d'impresa, procedure di allerta nella riforma del diritto fallimentare, Non Performing Loans*, in *IlFallimentarista.it*, 10 aprile 2018, 1 ss. Sul tema, cfr. anche T. TOMASI, *Impresa in crisi e creditore bancario*, Milano, 2017, 121 ss.; A. ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: da eccezione a regola in un mercato in evoluzione*, in *Fall.*, 2017, 761-764. Quest'ultimo A., in particolare, sulla lettura dell'accordo ex art. 182-septies l. fall. nella prospettiva della gestione dei crediti, soprattutto di quelli classificati (non già come sofferenze, bensì) come «esposizioni sconfinanti o scadute deteriorate o in condizione di inadempienza probabile», in quanto necessariamente oggetto di una gestione attiva da parte delle banche.

(488) Il riferimento è soprattutto al flusso informativo c.d. «matrice dei conti», di cui alla Circolare 30 luglio 2008, n. 272, e successivi agg., della Banca d'Italia, contenente le regole per la compilazione delle segnalazioni statistiche di vigilanza, su base individuale, che le banche italiane e le filiali italiane di quelle straniere devono

delle imprese che accedono ad uno degli strumenti concorsuali di soluzione della crisi (concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, “comuni” o “speciali”, piano attestato di risanamento). Prima dell’introduzione della nuova classificazione dei crediti deteriorati, infatti, la Banca d’Italia ha fatto a lungo riferimento alle categorie di classificazione dei crediti «incagliati» e di quelli «ristrutturati», oltre a quella, tutt’ora vigente, dei crediti «a sofferenza»

Dall’angolo visuale del tema in oggetto, non potendosi prospettare l’inquadramento dei crediti bancari nei confronti dell’impresa in stato di crisi reversibile tra quelli classificabili «a sofferenza» (489), sarebbe stato più ragionevole farli rientrare tra quelli «incagliati», in quanto esposizioni per cassa e fuori bilancio nei confronti di soggetti la cui obiettiva difficoltà finanziaria avrebbe potuto essere rimossa in un periodo di tempo prevedibilmente congruo, in quanto ancora temporanea (490); per poi ricondurli nell’ambito di quelli «ristrutturati» una volta intervenuta l’omologazione del concordato preventivo di risanamento o dell’accordo di ristrutturazione, ovvero una volta iniziata l’esecuzione dell’accordo stragiudiziale *ex art. 67, comma 3, lett. d), 1. fall.*, concluso con la banca creditrice, trattandosi di esposizioni per cassa e fuori bilancio per le quali la banca (singolarmente o in *pool*), acconsente alla modifica delle condizioni contrattuali originariamente pattuite con

trasmettere all’autorità di vigilanza. Lo schema ivi disciplinato comprende quattro sezioni: dati statistici, dati di bilancio, informazioni relative al patrimonio di vigilanza e coefficienti prudenziali (rischio del credito e di controparte, grandi rischi, rischi di mercato, rischio operativo e posizione patrimoniale).

(489) Nella categoria di censimento «sofferenze», cui fa riscontro il livello più alto di deterioramento del credito, viene ricondotta l’intera esposizione per cassa e fuori bilancio (finanziamenti, titoli, derivati, *etc.*) nei confronti di clienti in stato d’insolvenza (nozione differente – «levior» – rispetto a quella operante in ambito fallimentare, non riferendosi a situazioni di incapienza ovvero di definitiva irrecuperabilità del credito), anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dall’impresa.

La relativa appostazione a sofferenza dei crediti, invece, implica, da parte dell’intermediario segnalante, la valutazione in merito alla complessiva situazione finanziaria del cliente, che, trovandosi in uno stato di non transitoria difficoltà economica, non riesce a far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni: Cass., 1° aprile 2009, n. 7958, in *Corr. giur.*, 2009, 760; Cass., 12 ottobre 2007, n. 21428, in *Foro it.*, Rep. 2007, *Banca, credito e risparmio*, n. 132; Cass., 24 maggio 2010, n. 12626, in *Resp. civ.*, 2011, 272; Cass., 12 febbraio 2014, n. 3165, in *www.altalex.com*.

(490) Sul punto, cfr. G. SERAFINI, *Le politiche creditizie nella ristrutturazione dei crediti*, in AA. VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 2011, 9 ss.: quanto alle tempistiche della segnalazione, il momento a partire dal quale la codifica dovrà essere adottata dovrebbe coincidere, a seconda dei casi, con il deposito e la pubblicazione del piano di concordato preventivo, con la pubblicazione nel registro delle imprese dell’accordo di ristrutturazione omologato, dalla eventuale pubblicazione o dalla mera conoscenza del piano attestato di risanamento.

il cliente le cui condizioni economico-finanziarie si siano *medio tempore* deteriorate.

A conclusione delle riflessioni svolte in questa sede, va osservato, però, come l'adozione di un approccio sostanzialmente restrittivo e di estremo rigore da parte degli istituti creditori nei confronti delle imprese affidate che presentano squilibri negli assetti tecnico-gestionali, potrebbe condurre al definitivo *default* di quest'ultime ed alla iscrizione della loro posizione «a sofferenza». Il rischio evidente, infatti, è quello di indurre all'insolvenza tecnica anche le imprese che, pur avendo un modello di *business* ancora valido, si trovano in una fase di momentanea tensione di liquidità, rispetto alla quale l'approccio delle banche sicuramente si rivelerebbe determinante, sia nel senso della loro ripresa, che in quello della loro definitiva fuoriuscita dal mercato.

A tal proposito, non si può non accennare all'importanza del corretto utilizzo della «Centrale dei rischi», ossia a quel particolare complesso informativo avente ad oggetto, sia i rapporti di credito, che quelli di garanzia che il «sistema finanziario» (ovvero: le banche, gli intermediari finanziari, le società veicolo di cartolarizzazione dei crediti di cui alla L. 30 aprile 1999, n. 130, gli organismi d'investimento collettivi di risparmio) intrattiene con la propria clientela. In termini generali, la funzione del sistema informativo è quella di «contribuire a migliorare la qualità degli impieghi degli intermediari partecipanti e, per questa via, accrescere la stabilità del sistema finanziario», nonché quello di monitorare i livelli di sovra-indebitamento (491), secondo le disposizioni dettate a riguardo dalla Banca d'Italia (492).

(491) Così, Sez. I, § 2, delle «Istruzioni per gli intermediari creditizi», dettate dalla Banca d'Italia, con la Circolare 11 febbraio 1991, n. 139, ss.mm. Sul funzionamento del servizio informativo in commento, per i rilievi generali: AA. VV., *Centrale dei rischi. Profili civilistici*, a cura di A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2005, *passim*; F. LENOCI – S. PEOLA, *Nuova Centrale dei Rischi*, Milanofiori Assago, 2012, *passim*.

Dal punto di vista normativo e regolamentare, il servizio pubblico di centralizzazione dei rischi creditizi è gestito dalla Banca d'Italia ed è disciplinato dal D.M. del Ministro dell'Economia e delle Finanze – Presidente del Comitato interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) dell'11 luglio 2012 n. 663, nonché dalle «Istruzioni per gli intermediari creditizi», emanate dalla Banca d'Italia, di cui alla circolare 11 febbraio 1991, n. 139 (giunta al suo XVII Aggiornamento, dell'8 giugno 2018).

(492) In materia diverse sono le disposizioni del D.Lgs. n. 385/1993 che rilevano, ad es.: art. 53, comma 1°, lett. b), t.u.b. (che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni); art. 51 t.u.b. (che dispone che le banche inviino alla Banca d'Italia – con le modalità e nei termini da essa stabiliti –, le segnalazioni periodiche ed ogni altro dato o documento richiesto); art. 108 t.u.b. (che attribuisce alla Banca d'Italia, il compito di dettare agli intermediari finanziari disposizioni aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni e dispone che gli intermediari finanziari le inviino le segnalazioni periodiche nonché ogni altro

Ai fini della segnalazione alla Ce.Ri., la nozione di «sofferenza» individua una condizione d'incapacità finanziaria oggettivamente apprezzabile del soggetto segnalato (persona fisica o giuridica), tale da giustificare l'attivazione di un «campanello d'allarme» da parte del sistema creditizio, rispetto al quale il servizio informativo della Ce.Ri. svolge la funzione di strumento per la gestione istituzionale del rischio di credito.

Trattasi, ovviamente, di una situazione di difficoltà economica non equiparabile all'insolvenza disciplinata dalla legge fallimentare, interessando anche i consumatori e le imprese non fallibili, nonché alla luce del dato per cui se il debitore potesse legittimamente essere appostato «a sofferenza» soltanto qualora versasse in uno stato di decozione, sarebbe frustrata l'utilità stessa del servizio in commento, con la conseguente impossibilità, da parte degli intermediari partecipanti, di attivarsi in tempo utile per cautelare le proprie ragioni di credito (493).

Anche qui, fondamentale rilevanza assume l'utilizzo diligente e corretto del servizio di informazione da parte degli intermediari. Il rilievo emerge non solo dalle plurime pronunce della giurisprudenza in tema di illecita od inesatta segnalazione alla Ce.Ri., ma, prima ancora, dalle stesse «Istruzioni» emanate in materia dall'autorità di vigilanza, nelle quali, appunto, si segnala come il «corretto funzionamento» dello strumento di centralizzazione e monitoraggio del rischio del credito si fondi «sul senso di responsabilità e sullo spirito di collaborazione degli intermediari partecipanti» (494).

dato e documento richiesto); art. 144 t.u.b. (disposizione prevista in materia di sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili agli intermediari in caso di violazione delle norme del stesso t.u. oppure di disposizioni – sia generali che speciali – impartite dalle autorità creditizie).

(493) Cass., 12 ottobre 2007, n. 21428, in *Foro it.*, Rep 2007, *Banca, credito e risparmio*, n. 132; Cass., 1° aprile 2009, n. 7958, in *Corr. giur.*, 2009, 760 ss.; Cass., 24 maggio 2010, n. 12626, in *Danno resp.*, 2011, 285 ss.; Cass., 12 febbraio 2014, n. 3165, in *Dejure.it*. In altri termini, se così non fosse, le segnalazioni correrebbero il rischio di essere sempre tardive: lo scopo cui è preposto il sistema delle comunicazioni è quello di attivare un «campanello d'allarme» nei confronti del sistema creditizio, rispetto al quale il servizio di centralizzazione dei rischi svolge la funzione di strumento per la gestione del rischio insita nelle attività di credito: solo una «informazione ragionevolmente preventiva» rispetto alla dichiarazione di fallimento consente di realizzare l'obiettivo che sta alla base del sistema della Centrale dei rischi.

(494) Così, le «Istruzioni» della Banca d'Italia (Cap. I, Sez. 1, § 5), che precisano altresì come una particolare attenzione vada «riservata alla segnalazione delle informazioni anagrafiche della clientela; la precisa e completa comunicazione degli attributi anagrafici consente la corretta identificazione dei soggetti segnalati negli archivi della Centrale dei rischi ed evita inesattezze nella imputazione dei rischi. [...] L'attività di controllo non deve limitarsi alla fase di codifica, ma va estesa anche alle altre comu-

Diversamente, sarebbe alto il rischio di un vero e proprio ribaltamento della prospettiva originaria della disciplina, che rimane quella dell'esigenza di tutelare la riservatezza dei dati del cliente segnalato da possibili condotte pregiudizievoli dei terzi, ferma la necessità che la raccolta e la trasmissione degli stessi venga effettuata nel rispetto delle regole di attuazione del rapporto contrattuale, *in primis*, quelle *ex artt.* 1175, 1375, 1176, comma 2, c.c., paradigmi normativi generali dei rapporti tra la banca ed il cliente.

2. IL PROFILO SOGGETTIVO DEL DEBITORE SOVVENZIONATO: L'IMPRENDITORE COMMERCIALE FALLIBILE.

Seppur per brevi cenni, in questa sede occorre richiamare la normativa concorsuale che individua il soggetto passivo del procedimento fallimentare (e del concordato preventivo), al fine di delineare meglio il profilo imprenditoriale al quale ci si riferisce nella ricostruzione delle convenzioni bancarie e dell'operazione di finanziamento oggetto delle nostre riflessioni («*legitimatio ad negotium*»), ovvero l'imprenditore privato (art. 2082 c.c.) che esercita un'attività commerciale (art. 2195 c.c.) e che versi in stato di insolvenza (art. 2221 c.c.; artt. 1 e 5, l. fall.) (495).

Com'è noto, attraverso due interventi normativi (: il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ed il successivo «decreto correttivo» introdotto con il

nicazioni e ai flussi di ritorno periodici nei quali sono riportate le informazioni anagrafiche e di rischio dei singoli clienti; in assenza di rettifiche da parte degli enti segnalati i dati registrati negli archivi della Centrale dei rischi si considerano implicitamente confermati». La responsabilità degli istituti partecipanti per quanto riguarda le informazioni fornite alla Ce.Ri., nonché «l'osservanza degli adempimenti e dei termini previsti per la loro trasmissione e, in generale, il corretto svolgimento del servizio», sussiste anche «nel caso in cui gli intermediari si avvalgano di centri di elaborazione esterni per lo scambio di informazioni» con questa.

(495) Limitandoci ai soli commenti della disposizione fallimentare novellata dall'intervento legislativo del 2007, senza pretesa di esaustività: P. RONCOLETTA, *Art. 1*, in AA. VV., *Codice del fallimento*, a cura di P. Pajardi, Milano, 2009, 23 ss.; G. CAPO, *I presupposti del fallimento ed altre procedure concorsuali*, in AA. VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 5 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in AA. VV., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di L. Panzani, Torino, 2012, vol. I, 29 ss.; G. BERSANI – R. FONTANA, *I presupposti e il procedimento di dichiarazione di fallimento*, in AA. VV., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di A. Caifa – S. Romeo, Padova, 2014, 1 ss.; M. SANDULLI, *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi*, in AA. VV., *Tratt. procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, Milano, 2015, vol. I, 103 ss.; A. DALMARTELLO, *Il presupposto soggettivo*, in AA. VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, Torino, 2016, vol. I, 102 ss.; M. MOZZARELLI, *Il presupposto soggettivo*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso – L. Panzani, Torino, 2016, vol. I, 300 ss.

D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 207) (496), adottati sulla base della legge-delega del 14 maggio 2005, n. 80, il legislatore è intervenuto con modifiche sostanziali sulla previsione dettata in materia di imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo (art. 1 l. fall.). Più in particolare, a séguito del decreto «correttivo» del 2007 (497), si è deciso di rimodulare ed arricchire i diversi criteri soggettivi di fallibilità, abbandonando

(496) Inizialmente, la riforma dell'ordinamento concorsuale aveva – con opzione testuale non felicissima – riscritto i presupposti di fallibilità attraverso una formulazione di tipo «negativo» tesa ad individuare gli imprenditori non piccoli (e perciò sottoponibili alle procedure concorsuali di cui al riformato R.d. n. 267/1942), ovvero gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente, avessero effettuato investimenti nella propria azienda «per un capitale di valore superiore a euro trecentomila» oppure che avessero realizzato «ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila». Pertanto, il legislatore delegato ha inizialmente optato per una codificazione quantitativa della fattispecie della piccola impresa rilevante ai fini concorsuali, fissando taluni limiti dimensionali numericamente individuati, il cui superamento avrebbe impedito di considerare gli esercenti di quella specifica attività commerciale esentati dalla procedura fallimentare e dal concordato preventivo.

In dottrina, cfr. le opinioni di: G. MARASA, *Presupposti soggettivi del fallimento nel nuovo art. 1 l. fall.*, in *Riv. dir. civ.*, I, 589 ss. (: nel senso che i piccoli imprenditori continuavano ad essere identificati dall'art. 2083 c.c.); A. ROSSI, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 779 ss.; G. SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico*, Padova, 2007, 6 (: critici nei confronti di una «norma costruita a rovescio», seppur non bisognosa di ulteriori integrazioni); M. VECCHIANO, *Fallimento delle piccole società commerciali e legittimità costituzionale*, in *Fall.*, 2006, 266; A. SILVESTRINI, *I presupposti soggettivi del fallimento a seguito della legge di riforma*, in *Fall.*, 2007, 236 (: in mancanza di una disposizione espressamente escludente qualsiasi rilevanza dell'art. 2083 c.c. in materia concorsuale, occorre(va) tentare il coordinamento di quest'ultima con la legge fallimentare, ipotizzandone la persistente operatività, seppur in via sussidiaria rispetto alle soglie quantitative fissate dal novellato art. 1 l. fall.).

Nonostante il dichiarato intento legislativo di sovrapporre e sostituire all'art. 2083 c.c. il disposto tabellare di cui al novellato art. 1, comma 2, l. fall., in giurisprudenza non mancarono orientamenti contrastanti in merito alla portata (esaustiva o meno) della norma: a chi considerava la categoria civilistica di piccola impresa, con riferimento alle procedure fallimentari, di autonoma rilevanza dogmatica (Trib. Mantova, 9 febbraio 2007, in *www.ilcaso.it*), si contrapponeva l'indirizzo di chi riteneva di dover comunque integrare la disposizione fallimentare con gli artt. 2083 e 2221 c.c., perché si potesse addivenire ad una corretta individuazione dell'imprenditore fallibile (Trib. Salerno, 7 aprile 2008, in *www.ilcaso.it*).

(497) Oltre ai rilievi problematici già accennati nella nota precedente, cfr. quanto si legge al primo punto della «Relazione illustrativa» al D.Lgs. n. 169/2007, le modifiche apportate alla previsione di cui all'art. 1 l. fall. «tengono conto del fatto che l'eccessiva riduzione dell'area della fallibilità, venutasi a determinare a seguito della novella del 2006, spesso ha impedito di assoggettare alla procedura fallimentare ed alle conseguenti sanzioni penali imprenditori di rilevanti dimensioni in grado di raggiungere elevati livelli di indebitamento, con conseguente danno, sia per i numerosi creditori insoddisfatti, che per l'economia in generale». D'altronde, cfr. G. TERRANOVA, *Che cosa resta del piccolo imprenditore?*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 739 ss., il quale segnalava l'insita «ambiguità» della formulazione, in quanto suscettibile di almeno due opposte letture, a seconda della scelta dell'interprete di far riferimento al contenuto

ogni tipo di riferimento al piccolo imprenditore ed optando per una scelta di tipo «quantitativo-contabile» al secondo comma della disposizione fallimentare (498).

semantico delle espressioni utilizzate dal legislatore (: seguendo un'interpretazione meramente lessicale dell'espressione «non sono piccoli imprenditori», implicitamente si sarebbe data per presupposta la nozione codicistica di piccola impresa, con la conseguenza di subordinare l'accertamento del superamento o meno dei limiti di cui al secondo comma solo dopo aver accertato il possesso o meno del convenuto dei requisiti previsti dal codice civile); oppure di adottare un approccio «pragmatico» (: secondo un'interpretazione più attenta alle intenzioni legislative di tener fuori le imprese di dimensioni modeste dall'applicazione delle costose e complesse procedure fallimentare e del concordato preventivo, si sarebbe invece pervenuti al diniego della rilevanza della categoria di cui all'art. 2083 c.c. in ambito concorsuale).

Sulle ambiguità della formulazione fallimentare, vedi anche: G. FAUCEGLIA, *Condizioni soggettive ed oggettive di fallibilità. La nuova nozione di piccolo imprenditore. La piccola società commerciale. La crisi e l'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1039 ss.; M. FABIANI, *L'impresa "fallibile"*, in *Fall.*, 2007, 322 ss.; G.B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2007, I, 370 ss.; C. IBBA, *Sul presupposto soggettivo del fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, 803 ss.

(498) Alla quale, invero, sarebbe stato opportuno affiancare una corrispondente modifica dell'art. 2221 c.c., che fa ancora menzione del piccolo imprenditore ai fini dell'esenzione dalle procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo). Per quanto più di un autore si sia espresso nel senso di una tacita abrogazione dell'art. 2221 cod. civ. (: G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, I, Bologna, 2010, 271; G. MARASÀ, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 1118; G. CAVALLI - L. PANZANI, *Introduzione*, in AA. VV., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, a cura dei medesimi, Torino, 2010, 19; M. SANDULLI, *L'ambito soggettivo delle procedure concorsuali*, Milano, 2007, 42; G. ALLECCA, *I presupposti soggettivi delle procedure concorsuali alla luce del decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 1104), è da preferirsi l'interpretazione di chi segnala come il decreto correttivo abbia «introdotta una specifica categoria di piccolo imprenditore, valida ai soli fini della legge fallimentare e che rimane ancora oggi esclusa dalle procedure concorsuali ai sensi dell'art. 2221 c.c.: quella degli imprenditori che non superino alcuno dei tre criteri dimensionali elencati nel capoverso dell'art. 1 l. fall. In tal modo la riforma fallimentare viene ad integrare, e non ad abrogare, la norma codicistica»: così, R. CRISCUOLO, *L'autoreferenzialità del nuovo art. 1 l. fall.*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2010, II, 243. Ma cfr. anche: M. VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. società*, 2009, I, 1048; F. CASALE, *Il presupposto soggettivo del fallimento dopo la riforma (prima parte)*, in *Studium juris*, 2007, 664; F. ACCETTELLA, *Il piccolo imprenditore ed il nuovo art. 1 della legge fallimentare*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2007, I, 721 ss.

Resta fermo, in ogni caso, il definitivo superamento della *vexata quaestio* circa la rilevanza dogmatica della nozione codicistica di piccolo imprenditore in ambito concorsuale, più volte esclusa anche dalla S.C.: Cass., 29 luglio 2009, n. 17553, in *Foro it.*, Rep., 2009, *Fallimento*, n. 241; Cass., 29 ottobre 2010, n. 22146, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1408; Cass., 1° giugno 2017, n. 13887, in *Dir. fall.*, 2017, II, 1473. Quanto agli orientamenti giurisprudenziali in materia: G. BERSANI - S. CALTABIANO, *I presupposti di fallibilità alla luce delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali*, in *IlCaso.it*, II/602, 26 agosto 2017, 1 ss.; U. MACRÌ, *Art. 1 l. fall. Limiti dimensionali, soglie di fallibilità, questioni probatorie (rassegna di giurisprudenza)*, in *Fall.*, 2013, 1001 ss.; M. BIANCHINI, *Orientamenti giurisprudenziali post-riforma in tema di soglie dimensionali e oneri probatori dell'impresa commerciale assoggettabile al fallimento e al concordato preventivo (art. 1, comma 2°, legge fall.)*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 704 ss.

Secondo l'attuale formulazione della disposizione fallimentare, i soggetti esclusi dalle procedure concorsuali – oltre agli enti pubblici (499) e agli imprenditori che non svolgono attività commerciale (*in primis*, quelli agricoli, *ex art.* 2135) (500) –, sono individuati attraverso tre

(499) Dall'angolo visuale della giurisprudenza, i profili maggiormente critici sono emersi con riguardo alle c.dd. «società *in house providing*», rispetto alle quali, si è precisato come il rapporto tra società a partecipazione pubblica ed ente territoriale sia di assoluta autonomia, «di guisa che l'ente può incidere sul funzionamento e sull'attività della società non già attraverso l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali, bensì solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei componenti degli organi di sua nomina»: così, Cass., 27 settembre 2013, n. 22209 e Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fall.*, 2013, 1273; e, in senso conforme: Cass., 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fall.*, 1979, 593; Cass., 7 febbraio 2017, n. 3196, in *www.ilcaso.it*; App. Napoli, 24 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2013, II, 563; Trib. Palermo, 11 febbraio 2010, in *www.osservatorio-oci.org*; Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*. Ciononostante, non sono mancate pronunce di segno opposto: Trib. S.M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713; Trib. Patti, 6 marzo 2009, in *www.ilcaso.it*; App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, 689. Con D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (t.u. in materia di società a partecipazione pubblica), il legislatore ha finalmente stabilito che «le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza» (art. 14, comma 1).

(500) La previsione dell'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento, normativamente ricavabile *a contrario* dalla lettera degli artt. 1 l. fall. e 2221 c.c., si è tradizionalmente giustificata sulla base di diverse argomentazioni: dall'incapacità del dissesto di detto imprenditore di arrecare grave «turbamento» all'economia nazionale, anche per il suo scarso ricorso al credito, alla portata essenziale del «fattore terra», in virtù del quale l'imprenditore agricolo era considerato sottoposto al duplice rischio, economico ed ambientale. Pertanto, l'esclusione dall'ambito applicativo delle procedure concorsuali si fondava non solo su ragioni di carattere logico-sistematico, ma anche sulla base di una precisa scelta di politica legislativa, peraltro debitrice di una lunga tradizione giuridico-economica. Sul tema, vedi anche l'ord. della Corte Cost., 20 aprile 2012, n. 228, in *cortecostituzionale.it*.

Per vero, l'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo *de jure condendo* viene da tempo messa in discussione: l'ampia nozione di imprenditore agricolo dettata dall'art. 2135 c.c., così come modificato dal D.Lgs. 18 maggio 2001, n. 228, e la sua possibile interazione con le varie procedure concorsuali previste dall'ordinamento, ha aperto una serie di problematiche questioni in ordine alla esclusione della sua fallibilità ed alle esigenze di parità di trattamento tra i creditori di un imprenditore, a prescindere dalla natura dell'attività esercitata da questi (si pensi, ad es. agli investimenti e l'ampiezza del ricorso al credito, che caratterizzano la moderna economia agricola e riducono sensibilmente, da un punto di vista economico, la differenza rispetto all'attività commerciale, o alle esigenze dell'imprenditore agricolo medio-grande in termini di servizi e di finanziamenti, che sono spesso molto simili a quelle dell'imprenditore commerciale di eguale dimensione). Sul tema: M. MOZZARELLI, *Impresa (agricola) e fallimento*, in *Analisi giur. econ.*, 2014, 85 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 70; R. MARINO – M. CARMINATI, *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo*, in *Fall.*, 2012, 633 ss.; T. STANGHELLINI, *Il sottile confine tra impresa agricola ed impresa commerciale*, *ibidem*, 2017, 40 ss.; N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012, 214 ss.

In giurisprudenza, Cass., 8 agosto 2016, n. 16614, in *DeJure.it*: l'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento viene meno ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o

diverse soglie quantitative (aggiornabili ogni tre anni sulla base delle variazioni degli indici ISTAT). Più specificamente, non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori commerciali che, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, dimostrino il «possesso congiunto» (501) dei seguenti requisiti: *a)* aver avuto un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; *b)* aver realizzato, in qualunque modo risulti (502), ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; *c)* avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

Orbene, la giurisprudenza ha più volte confermato i caratteri «documentali» e «contabili» dei succitati confini dimensionali della «*no failure line*» (503), generalmente desumibili dall'esame delle scritture contabili obbligatorie, *ex artt.* 2423 ss., cc. (nel caso dell'imprenditore commerciale collettivo) oppure dall'inventario annuale *ex art.* 2217 c.c., che

quando le attività connesse di cui all'art. 2135, comma 3, c.c. assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura, gravando su chi invochi l'esenzione il corrispondente onere probatorio.

(501) Quanto all'espressione «possesso congiunto», è stato precisato come l'ordinamento ne imponga la contestuale e sinottica sussistenza al momento della verifica prefallimentare, non solo, per così dire, «in senso verticale e sincronico» (per cui la «*no failure line*» non dev'essere superata nel singolo esercizio), ma anche «in senso orizzontale e diacronico», per cui il superamento dei parametri di fallibilità deve essersi mantenuto lungo tutto il periodo temporale di riferimento, con la conseguenza che non potrà sfuggire a detta procedura l'imprenditore insolvente che abbia superato anche solo uno dei valori-soglia per una sola volta: M. FABIANI, *Il decreto correttivo alla riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 227.

(502) Come precisato dalla stessa Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 5/2006, l'inciso «in qualunque modo risulti» serve ad evitare qualsiasi tipo di interferenza tra l'accertamento dei ricavi compiuto in sede fallimentare e l'accertamento eventualmente compiuto in sede tributaria. In giurisprudenza si è precisato che occorrerà tener conto anche dei ricavi non annotati nelle scritture contabili, ma accertati dall'amministrazione finanziaria (e non necessariamente in modo definitivo) od emersi dalle indagini effettuate dalla guardia di finanza, anche se non tradotti ancora in accertamenti definitivi da parte dell'Agenzia delle entrate: Trib. Udine, 19 maggio 2011, in *www.ilcaso.it*; App. L'Aquila, 22 febbraio 2012, in *Fall.*, 2012, 742.

(503) Tra le molte pronunce in tal senso, Cass., 23 novembre 2018, n. 30518, in *www.ilcaso.it*; Cass., 27 dicembre 2013, n. 28667, *ivi*; Cass., 23 luglio 2010, n. 17281, *ivi*; Cass., 4 maggio 2011, n. 9760, in *www.personaedanno.it*. Per vero, i dati di bilancio, pur essendo una base documentale fondamentale ai fini dell'esonero o meno dall'applicazione delle norme concorsuali, non costituiscono prova legale. È quanto emerge, ad esempio, dalla Cass., 31 maggio 2017, n. 13746, in *www.ilcaso.it*: ai fini della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità, i bilanci degli ultimi tre esercizi che l'imprenditore è tenuto a depositare, ai sensi dell'art. 15, comma 4, l. fall., sono quelli già approvati e depositati nel registro delle imprese (art. 2435 c.c.); pertanto, ove tali requisiti difettino ovvero non siano l'imprenditore onerato della prova circa la sussistenza dei requisiti della non fallibilità. In tal senso, tra le pronunce di merito: App. Torino, 4 marzo 2011, in *Fall.*, 2011, 632 ss.; Trib. Novara, 23 giugno 2011 e Trib. Roma, 10 marzo 2014, in *www.ilcaso.it*.

si chiude con il bilancio (nel caso dell'imprenditore individuale); sempre che le scritture siano state redatte conformemente alle disposizioni di legge e non siano state oggetto di impugnativa per la loro violazione. I bilanci degli ultimi tre esercizi, seppur privi dell'efficacia di una vera e propria prova legale, forniranno all'imprenditore la base documentale imprescindibile per dimostrare la sussistenza dei requisiti della propria non fallibilità, li dove regolarmente redatti, approvati e depositati nel Registro delle imprese, ed al tribunale la possibilità di decidere attraverso una corretta valorizzazione del dato contabile sostanziale, pur senza limitarsi all'accertamento del suo rispetto formale.

Quanto ai singoli parametri indicati dalla disposizione fallimentare in tema di presupposti soggettivi di fallibilità, possiamo sinteticamente concludere che: *a)* l'ammontare dell'attivo patrimoniale relativo ai bilanci degli ultimi tre esercizi chiusi anteriormente all'istanza di fallimento, mira a far emergere la realtà economica effettiva dell'impresa; *b)* anche per l'individuazione del parametro relativo ai ricavi lordi occorrerà far riferimento alle corrispondenti indicazioni fornite dalla disciplina di bilancio, con la differenza che, mentre il limite quantitativo *sub a)* dà rilievo alla consistenza «statica» del patrimonio attivo dell'impresa, quello relativo ai ricavi lordi guarda la capacità «dinamica» della stessa di produrre reddito; *c)* il criterio dell'ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a cinquecento mila euro, introdotto *ex novo* dal D.Lgs. n. 169/2007, sembra voler valorizzare le dimensioni dell'insolvenza, piuttosto che quelle organizzative dell'impresa e va imputato alle passività reali dello stato patrimoniale, *ex art.* 2424 c.c. (504).

A conclusione di questa breve disamina circa la recente evoluzione normativa e giurisprudenziale della disposizione detta in materia di presupposti di fallibilità, non si può non accennare alla prospettiva assunta dalla recente riforma concorsuale, di cui alla legge-delega n. 155/2017; per quanto, nonostante le numerose novità del nuovo codice

(504) La disposizione va letta in combinato disposto con quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 15 l. fall., a mente della quale è esclusa la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore con un ammontare di debiti scaduti e non pagati, così come risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare, complessivamente inferiore a trentamila euro. In dottrina, al di là dei rilievi critici circa l'utilizzo dell'espressione «debiti scaduti», in luogo di quella relativa ai «debiti esigibili», si è osservato come il criterio dimensionale *sub c)* abbia, tra i propri obiettivi, quello di recuperare al fallimento ed al concordato preventivo le imprese che, pur piccole quanto a dimensione patrimoniale dell'attivo ed a struttura dei ricavi, hanno sfruttato una leva finanziaria estremamente squilibrata, per effetto della quale i soli mezzi di terzi rappresentati da debiti (senza considerare le altre componenti del passivo) superano il capitale investito, e cioè l'attivo, di almeno i 2/3 del suo ammontare: così, M. VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, cit., 1086.

della crisi e dell'insolvenza, il sistema d'individuazione dell'impresa fallibile non sembra destinato a conoscere particolari stravolgimenti.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, cod. crisi ins., il «codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore, professionista o imprenditore, che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, industriale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti qualificati pubblici dalla legge».

A quest'ultime eccezioni, per vero, se ne affiancano di ulteriori, rispetto alle quali sono fatte espressamente salve le disposizioni speciali, e precisamente quelle in materia di: amministrazione straordinaria delle grandi imprese, alle quali saranno applicabili le procedure ordinarie regolate dal codice solo in via residuale; liquidazione coatta amministrativa «speciale», ex art. 293, comma 1, lett. a), cod. crisi ins., con riguardo a taluni profili imprenditoriali, quali le banche, gli intermediari finanziari ex art. 106 TUB, gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento, i fondi comuni di investimento, le imprese di assicurazione e riassicurazione, le società fiduciarie ex art. 199 TUF, la Cassa depositi e prestiti, le fondazioni bancarie (art. 295 cod. crisi ins.); liquidazione coatta amministrativa «ordinaria», conseguente all'accertamento di irregolarità da parte dell'autorità amministrativa, ai sensi dell'articolo 293, comma 1, lettera b), del nuovo codice.

Orbene, ai sensi dell'art. 121 cod. crisi ins., sono espressamente assoggettati alla procedura di liquidazione giudiziale gli imprenditori commerciali che versano in uno stato di insolvenza (presupposto oggettivo), e che non dimostrino di essere qualificabili in termini di «impresa minore», ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. d), cod. crisi ins., ossia quell'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti: *a)* un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; *b)* ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; *c)* un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. Fermo l'eventuale aggiornamento triennale per decreto del Ministro della giustizia.

Ai succitati parametri quantitativi, si accompagnano ulteriori parametri di esenzione, stavolta di natura qualitativa, in forza dei quali –

non diversamente da quanto tutt'oggi previsto dalla legge fallimentare –, risulta escluso dalla procedura di liquidazione giudiziale, l'imprenditore agricolo, perché altrimenti sottoposto al c.d. "doppio rischio" naturale e civile. Detta esclusione, si evince dalla lettura dell'art. 2, comma 1, lett. c), cod. crisi ins., che definisce il «sovraindebitamento» come quello «stato di crisi o di insolvenza» che, oltre all'imprenditore ex art. 2135 c.c., può coinvolgere il consumatore, il professionista, l'imprenditore minore, le *start-up* innovative di cui D.L. n. 179/2012, nonché «ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza». Per queste figure (imprenditoriali e non), è infatti prevista la sottoposizione alla diversa disciplina della liquidazione controllata del sovraindebitato, ai sensi degli artt. 268 ss. cod. crisi ins.

In altri termini, dall'angolo visuale del legislatore della riforma, l'ambito di applicabilità soggettivo ed oggettivo della liquidazione giudiziale non sembra rappresentare una novità per il sistema, che vedrà sottoponibili alla nuova procedura di liquidazione giudiziale coloro i quali, al di là del perseguimento o meno di fini di lucro, esercitano una attività commerciale, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di persone o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti qualificati pubblici dalla legge.

3. IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO DELL'OPERAZIONE DI FINANZIAMENTO DELL'IMPRESA: TRA INSOLVENZA E STATO DI CRISI.

Alla luce di quanto esaminato in precedenza ed in considerazione dell'oggetto del presente capitolo, il discorso attorno al tema dell'operazione di finanziamento all'impresa che versi in una situazione di temporanea tensione economico-finanziaria non può prescindere dall'analisi dello stato di crisi quale presupposto della convenzione di salvataggio e del sostegno finanziario in essa previsto. Ciò, soprattutto in considerazione della normativa concorsuale vigente che – come si avrà modo di esplicitare nel prosieguo delle nostre riflessioni – giunge a caratterizzare causalmente lo stesso apporto finanziario da parte dei creditori bancari.

Proprio il riferimento alla disciplina concorsuale impone di delineare, seppur brevemente, i contorni dello «stato d'insolvenza», in quanto *species* del più ampio genere della «crisi d'impresa», parametro

di riferimento imprescindibile dal punto di vista normativo e concettuale, soprattutto alla luce della generale tendenza a declinare la crisi dell'impresa commerciale quale crisi finanziaria della stessa (505).

È noto che, perché si possa procedere alla dichiarazione di fallimento di un imprenditore commerciale privato, così come individuato *ex art. 1 l. fall.*, è necessario che questi versi in uno «stato d'insolvenza» (art. 5, comma 1, l. fall.), ovvero in una situazione di crisi avanzata, complessiva e permanente, che il tribunale deve considerare in modo oggettivo, a prescindere dai motivi (aziendali od extraaziendali) che l'hanno causata e dalla eventuale imputabilità del dissesto all'imprenditore (506). Al contempo, non sono mancate interpretazioni di detto presupposto oggettivo in termini di «concetto relazionale», nel senso che se un'impresa è insolvente rispetto ai propri debiti la manifestazione esterna di tale *status* patologico dipenderà, in ultima analisi, dalla volontà soggettiva dei suoi creditori: si pensi, ad esempio, alla decisione

(505) D'altra parte, la previsione legislativa dello stato di crisi quale presupposto oggettivo per accedere alla procedura del concordato preventivo (art. 160, commi 1 e 3) ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis), sembra aver introdotto, nell'ambito del sistema concorsuale, una nozione in qualche modo destinata ad incidere anche sullo stato di insolvenza: se i due presupposti assumono sicuramente un'autonoma rilevanza in contesti diversi, stante la diversità dei campi operativi (ma vedi l'art. 161, comma 3, l. fall., per quanto concerne il presupposto oggettivo del (solo) concordato preventivo), al contempo essi si sovrappongono, posto che in entrambi i casi si fa riferimento al patrimonio di un imprenditore commerciale, da considerare in un'accezione «dinamica» in quanto oggetto di modificazioni significative.

(506) Senza alcuna pretesa di esaustività, cfr.: G. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in AA. VV., *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, I, Padova, 2010, 172 ss.; G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 547 ss.; M. SANDULLI, *Art. 5*, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, 84 ss.; A. PALUCHOWSKI, *Art. 5*, in AA. VV., *Codice del fallimento*, diretto da P. Pajardi, a cura di M. Bocchiola - A. Paluchowski, Milano, 6^a ed., 2009, 87 ss.; L. MANDRIOLI, *Lo stato di insolvenza dell'impresa*, in AA. VV., *Le riforme della legge fallimentare*, vol. I, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 102 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Padova, 1999; A. NIGRO, *Stato di insolvenza*, in AA. VV., *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2010, I, 60 ss.; G. FAUCEGLIA, *Insolvenza e crisi*, in AA. VV., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di L. Panzani, Torino, I, 2012, 77 ss.; F. SIGNORELLI, *Insufficienza patrimoniale e stato di insolvenza*, in *Fall.*, 2013, 286 ss.; P. PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza*, in *IlCaso.it*, n. 401/II, 25 dicembre 2013, 1 ss.; G.M. NONNO, *Art. 5*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario tecnico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 3^a ed., 2014, 81 ss.; M. FABIANI, *Art. 2221 c.c. Fallimento e concordato preventivo. Vol. II, Il concordato preventivo*, in *Comm. cod. civ., Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2014, 150 ss.; G. FERRI JR., *Lo stato d'insolvenza*, in *Riv. not.*, 2015, I, 1149 ss.; D. SEMEGHINI, *Il presupposto oggettivo*, in AA. VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, Torino, 2016, vol. I, 181 ss.; G. PRESTI, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., 399 ss.

di una banca creditrice di non revocare il fido concesso quando l'impresa era ancora *in bonis*, impedendo di fatto l'emergere del suo stato di insolvenza attuale (507).

Nella prospettiva generale delle procedure concorsuali, lo stato d'insolvenza configura una condizione di illiquidità in presenza della quale la capacità dell'imprenditore di continuare ad operare nel mercato, facendo fronte con «regolarità» alle proprie esposizioni debitorie, è compromessa dalla impossibilità di procurarsi le risorse a tal fine necessarie. Se l'impresa commerciale si connota per la sua dinamicità, lo stato d'insolvenza non potrà che essere valutato con riferimento alla crisi – stabile e conclamata – delle sue fonti finanziarie, lasciando sullo sfondo la (pur rilevante) dimensione patrimoniale della stessa (508).

Per vero, una previsione particolarmente significativa si rinviene nel secondo comma dell'art. 5 l. fall., in cui il legislatore dispone che «lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori

(507) V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 371; nonché ID., *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1998, 963 ss.

(508) Cfr., G. BRUGGER, *La nozione di insolvenza: un concetto che muta*, in *Fall.*, 1998, 9; V. DE SENSI, *Spunti di riflessione sulla riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2001, I, 935. Sul credito quale fattore indispensabile per ogni impresa che voglia operare con una certa continuità sul mercato, per i profili generali vedi: P. SCHLESINGER, *Il «primato» del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 825 ss.

(509), che dimostrino l'incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (510). Un profilo, quello della manifestazione dello stato d'insolvenza, che ha portato buona parte della dottrina a considerare il suddetto presupposto configurato solo a fronte di eventi caratterizzati dalla «esteriorità» (511), come confermerebbero anche le

(509) Quanto alle tipiche manifestazioni esteriori dell'insolvenza, diverse dagli inadempimenti, potrà farsi riferimento all'art. 7 l. fall., relativo all'iniziativa del pubblico ministero: quando l'insolvenza risulta da un procedimento penale, dalla chiusura dei locali, dalla latitanza dell'imprenditore, dalla diminuzione fraudolenta del proprio attivo, *etc.* In ogni caso, il procedimento logico di accertamento dello stato di insolvenza rimane necessariamente di tipo induttivo, e quindi partirà da alcuni elementi esteriorizzati e sintomatici per accertare l'esistenza di uno *status* dell'impresa, non dichiarato né ammesso dalla stessa. Operandosi nell'ambito delle presunzioni, gli elementi sui quali il tribunale fallimentare baserà il proprio accertamento dovranno risultare necessariamente gravi, precisi e concordanti.

In giurisprudenza, ai summenzionati indici presuntivi se ne sono aggiunti di ulteriori, come ad es.: la presenza rilevante di protesti o di procedure esecutive, l'accertamento, anche attraverso un'analisi peritale dei dati di bilancio, di comportamenti assunti dall'imprenditore in violazione di norme deontologiche, tali da far ritenere che lo stesso non abbia gestito in modo regolare e secondo i criteri usuali di un'ordinata vita d'affari la propria impresa (cfr.: Trib. Monza, 4 febbraio 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Venezia, 19 marzo 2008, in *Fall.*, 2009, 209; Trib. Santa Maria C.V., 22 febbraio 2008, *ibidem*, 2008, 611). Ma si pensi anche all'omesso deposito del bilancio (App. Napoli, 21 maggio 2003, in *Giur. napoletana*, 2003, 403), all'avvenuta esecuzione di un sequestro penale sui beni dell'impresa (App. Reggio Calabria, 11 aprile 2013, in *Dejure.it*) e, seppur unitamente ad altri elementi sintomatici, alla presenza di notizie di stampa relative alla crisi dell'impresa (Trib. Verona, 13 marzo 2007, in *Fall.*, 2007, 728 e Trib. Salerno, 4 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*). Per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali sulle circostanze sintomatiche dello stato d'insolvenza: G.M. NONNO, *Art. 5*, in AA. VV., *La legge fallimentare*, cit. 93 ss.; G. BERSANI - S. CALTABIANO, *I presupposti di fallibilità alla luce delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali*, in *IlCaso.it*, II/602, 26 agosto 2017, 65 ss.

(510) Sul punto, vedi F. MELONCELLI, *La natura «semantica» dell'insolvenza*, in *Giust. civ.*, 2002, II, spec. 1669 e 1676. L'A. pone in luce il «problema interpretativo» derivante dall'utilizzo del verbo «dimostrare» o, meglio, dalla «ambiguità linguistica» dell'espressione, potendo ricostruirla sia nel solco di una concezione «presuntiva» dell'insolvenza, sottolineando l'idoneità di taluni fatti esteriori a provare l'esistenza dell'insolvenza, come fenomeno diverso ed ulteriore rispetto ai propri sintomi; sia mettendo in risalto la «semanticità» di detti fatti esteriori (così come individuati dal legislatore e dalla giurisprudenza), ovvero il loro essere indicativi rispetto ad un fenomeno, quello dell'insolvenza, diverso dai propri sintomi dal punto di vista ontologico, ma non anche dal punto di vista cognitivo.

(511) V. ANDRIOLI, *Fallimento (dir. priv. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, XVI, 318; F. FERRARA JR. - A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 143; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1967, 127; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, 2^a ed., 1990, 50; P. PAJARDI - A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 95; P.F. CENSONI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, Torino, 2000, 98; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 32; F. GALGANO, *Fallimento e argomenti di prova dell'insolvenza*, in *Contr. impr.*, 2011, 1 ss.; G. FERRI JR., *Lo stato d'insolvenza*, cit., 1178 ss.; G. PRESTI, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, cit., 408 ss. Cfr. anche A. NIGRO, *I problemi fondamentali del diritto concorsuale nelle procedure di riforma dell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2002, 1335 ss., critico rispetto alla formulazione della norma, in quanto insufficiente a far cogliere

previsioni di cui agli artt. 10 e 11 l. fall., che parlano, rispettivamente, di insolvenza «manifestata» e di «conoscenza» dello stato d'insolvenza.

Orbene, quando si parla di «insolvenza» si fa riferimento ad uno *status* che, non indicando un fatto puntualmente circoscrivibile, bensì una situazione complessa, attuale e dotata di un certo grado di stabilità, si differenzia nettamente dal mero inadempimento (potendo, tutt'al più, essere descritta come una sorta di «inadempimento esponenziale»), nel senso che si guarda alla inidoneità dell'imprenditore «a mantenere una determinata condotta nel tempo» (512), che gli permetta di adempiere ad una attività solutoria globalmente considerata conformata, nella propria «regolarità» (513), ad un «modello predeterminato» da regole tecniche, giuridiche e non. In questa prospettiva, lo stato d'insolvenza non solo risulterebbe indissolubilmente legato al fenomeno dell'impresa (considerata nella sua essenza di «attività», *ex art.* 2082 c.c.), ma rappresenterebbe altresì una crisi «specificata» dell'impresa, consistente nell'incapacità di porre in essere una «regolare» ed «ordinata» attività solutoria (514), esercitata attraverso l'utilizzo di mezzi reperiti in maniera non anomala e che non impediscano di fronteggiare contestualmente altri debiti, scaduti o di prossima scadenza (515).

in modo esaustivo l'essenza del fenomeno disciplinato, così da poterlo distinguere da altre situazioni simili ma ad esso non assimilabili.

(512) G. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, cit., 129. Nonché G. CAPO, *I presupposti del fallimento ed altre procedure concorsuali*, cit., 63: trattasi di una particolare situazione negativa di inidoneità a produrre beni o servizi con un margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze d'impresa (*in primis*, al pagamento dei debiti), nonché d'impossibilità di accedere a condizioni normali al credito, senza rovinose decurtazioni patrimoniali.

(513) Sono regolari quegli «adempimenti ai quali il debitore possa far fronte o con mezzi propri attinti dai redditi dell'impresa, o anche con mezzi altrui, ma reperiti in ragione del credito che l'impresa è in grado di produrre e, pertanto, in ragione della fiducia che i terzi ripongono nelle sue concrete potenzialità economico-produttive»: così, F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, vol. I, Torino, 1994, 78.

(514) Sul profilo della «regolarità» dell'adempimento delle obbligazioni, G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, cit., 563: se la norma *ex art.* 5 l. fall., si fosse limitata a circoscrivere l'insolvenza al fatto di non essere più in grado di pagare i creditori, allora avrebbero potuto trovare accoglimento le teorie patrimonialistiche, con conseguente rilievo dell'incapacità patrimoniale del debitore. L'utilizzo normativo dell'avverbio «regolarmente», invece, dimostra la volontà di sottoporre l'imprenditore ad un giudizio ben più rigoroso, nel senso della rilevanza ulteriore della ragionevolezza delle modalità e delle tempistiche della sua attività solutoria, pena l'apertura della procedura fallimentare a séguito della «reazione» dei creditori, i quali, evidentemente, non potranno vedersi «costretti ad aspettare all'infinito una sua disponibilità a vendere quanto gli è rimasto ed a pagare con calma i propri debiti».

(515) Così, G. FERRI JR., *Lo stato d'insolvenza*, cit., 1158. Sulla mancanza di una pianificazione razionale ed economica quale aspetto centrale del momento patologico della vita d'impresa: D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, 183 ss.; G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, cit. 564. Al contempo, detta impotenza non implica di per sé alcun giudizio sulla bontà dell'impresa o sulla correttezza

Non potendo affrontare l'ampio dibattito dottrinale sviluppatosi attorno al tema dell'insolvenza commerciale, ci limitiamo a segnalare l'assenza di soluzioni difformi da parte della recente giurisprudenza di legittimità, quantomeno rispetto ai principali tratti caratterizzanti del presupposto in commento, fondamentalmente descritto in termini di situazione d'impotenza non transitoria di adempiere, anche a prescindere dall'eventuale circostanza che l'attivo superi il passivo e dall'assenza d'inadempimenti esteriormente apprezzabili (516).

Pertanto, sembra doversi confermare non solo quella «visione diacronica» dell'insolvenza, per cui non è necessariamente significativo il fatto che un imprenditore commerciale abbia più debiti che crediti (almeno laddove egli si dimostri in grado di adempiere alla scadenza), ma anche il ruolo fondamentale rivestito dalla capacità di accedere al credito in modo da garantire un funzionamento duraturo e strutturale delle attività d'impresa (517).

Brevemente chiariti i caratteri principali dell'insolvenza commerciale, occorre procedere alla (non meno problematica) analisi dello «stato di crisi», premettendo che, in senso ampio, un'impresa può essere considerata «in crisi» quando, per disfunzioni radicatesi nel tempo, ma anche a causa di eventi imprevisi o congiunturali, si ritrovi ad operare in condizioni economicamente inefficienti oppure versi in una situazione di diffuso disordine organizzativo e gestionale (518). Detta condizione potrà assumere caratteri di minore o maggiore gravità, ovvero

del suo titolare, poiché lo stato d'insolvenza nasce da una «valutazione negativa del mercato finanziario sulle capacità di rimborso dell'imprenditore, in considerazione dello *stock* di debito accumulato nel suo patrimonio, di cui l'impresa è solo una parte che, una volta aperta la procedura di insolvenza, dovrà essere valutata in modo separato» dagli organi della procedura: così, L. STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 117.

(516) Cass., Sez. un., 13 marzo 2001, n. 115, in *Fall.*, 2002, 375; Cass., 9 marzo 2004, n. 4727, in *Riv. dott. comm.*, 2004, II, 1148; Cass., 1° dicembre 2005, n. 26217, in *Giust. civ.*, Mass., 2005, 12; Cass., 25 luglio 2008, n. 20476, in *Giust. civ.*, Mass., 2008, 1296; Cass., 28 gennaio 2008, n. 1760, in *www.ilcaso.it*; Cass., 27 maggio 2015, n. 10952, in *Riv. dott. comm.*, 2015, II, 461. Quanto al giudizio sulla sussistenza dello stato di insolvenza, benché presuntivo, esso configura un giudizio di mero fatto che, ove condotto secondo le ordinarie condizioni di logicità, sufficienza e completezza della motivazione, in connessione con gli elementi di prova acquisiti – indiziari o meno – non è censurabile in sede di legittimità: Cass., 27 marzo 2014, n. 7252, in *Guida al dir.*, 2014, fasc. 26, 58.

(517) In tal senso, D. GALLETI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., 176.

(518) Sullo «stato di crisi» dell'impresa, *ex plurimis*: D. GALLETI, *Art. 160. Profili giuridici*, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2007, 2268 ss.; ID., *Art. 160*, in AA. VV., *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 382 ss.; G. DE FERRA, *Il rischio d'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 193 ss.; G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 952 ss.; G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza e incapienza patrimoniale*, cit., 547 ss.; M. SANDULLI, *Art. 160*, in AA.

consentire o meno interventi di recupero della situazione di difficoltà, ma, laddove dovesse evolvere in senso peggiorativo, non potrà che degenerare in insolvenza, travolgendo tutti gli interessi coinvolti nell'attività d'impresa (519).

Nonostante la matrice economico-aziendalistica del concetto di crisi (520), va rimarcata l'indipendenza delle due prospettive: in quella giuridica, infatti, il carattere formale ed astratto (e, perciò, semplificato) delle valutazioni del giudice si configura quale valutazione ben diversa da quella propria delle analisi aziendalistiche, maggiormente aderenti alla complessità del fenomeno in oggetto: se all'aziendalista preme co-

Vv., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli, Torino, 2006, II, 983 ss.; N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 228 ss.; F. DI MARZIO, *Crisi d'impresa*, in *Enc. dir.*, Annali V, 2012, 503 ss.; G. PRESTI, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, cit., 422 ss.; F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in AA. Vv., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., 19 ss.; R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento*, Milano, 2003; L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 2006, 1009 ss.; V. COLESANTI, *Crisi d'impresa, accordi di ristrutturazione e insolvenza ("prospettica")*, in *Corr. giur.*, 2010, 109 ss.; M. FERRO, *Art. 160*, in AA. Vv., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 1985 ss.; R. MARINO – M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l. fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2015, 385 ss.; P.F. CENSONI, *Finalità e presupposti del concordato preventivo*, in AA. Vv., *Tratt. procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, IV, Milano, 2016, 41 ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2017, 10^a ed., 116 ss.; G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, in AA. Vv., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2^a ed., 2017, 31 ss.; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017, 61 ss. e 273 ss.

(519) F. DI MARZIO, *La crisi d'impresa*, cit., 503: lo stato di crisi si caratterizza per il progressivo cambiamento *in pejus* di una situazione data, nonché per l'esigenza che intervenga una decisione «affinché la negatività sopravvenuta possa essere arginata e superata», attraverso un approccio volto alla discontinuità; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, Torino, 2012, 3: l'impresa può essere considerata in stato di crisi quando, a prescindere dai motivi per i quali si ritrova versare in detto *status* ed avuto riguardo ai fattori di produzione impiegati, essa non è più in grado di raggiungere gli obiettivi «che si sarebbero potuti ragionevolmente conseguire».

(520) G. BRUGGER, *Art. 160. Profili aziendali*, in AA. Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 2301 ss.; G. BERTOLI, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, 2000, 11 ss.; L. GUATRI, *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986, 6 ss.; ID., *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, cit., 15 ss.; P. LIZZA, *La cultura della crisi*, in *Riv. dott. comm.*, 1998, I, 835 ss.; A. DANOVÌ, *Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano*, Milano, 2003; ID., *Crisi e risanamento*, in AA. Vv., *Gestire la crisi d'impresa*, a cura di A. Danovì – A. Quagli, Milanofiori Assago, 4^a ed., 2015, 5 ss.; G. SIRLEO, *La crisi d'impresa e i piani di ristrutturazione. Profili economico-aziendali*, Roma, 2009; C. SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa. Interventi di turnaround e modelli previsionali*, Milano, 2012, *passim*; A. QUAGLI, *La definizione del concetto di crisi aziendale e la sua rilevanza giuridica*, in *Amm. e finanza*, 2014, fasc. 2, 34 ss.; ID., *Il concetto di crisi d'impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, in *Il Caso.it*, 2 febbraio 2016, II, 1 ss.; AA. Vv., *Linee Guida del CNDCEC, Informativa e valutazione nella crisi d'impresa*, 30 ottobre 2015, in *www.cndcec.it*.

noscere le cause del dissesto al fine di fronteggiarle, al giudice che decide dell'ammissione o meno ad una procedura concorsuale, interessa semplicemente accertare se sussistono taluni presupposti (lo stato insolvenza o quello di crisi), a prescindere dalla loro causa e dalle specifiche possibilità economiche di porvi rimedio (521).

Dall'angolo visuale degli studi aziendalistici (522), la prospettiva appena richiamata lascia emergere una nozione di crisi dell'impresa strutturata attorno ad una scala di progressiva gravità degli eventi, che vanno dalle c.dd. «crisi a localizzazione definita», dovute a cause di degrado chiaramente identificabili e rimuovibili con relativa immediatezza (si pensi alla dismissione degli impianti obsolescenti), alle crisi di tipo congiunturale dovute agli effetti dei cicli economici; per poi passare alle (ben più gravi) crisi conseguenti alla perdita di vitalità del sistema aziendale complessivamente considerato e, infine, allo stadio del definitivo dissesto, nell'ambito del quale la crisi di tipo strutturale si combina con le generali difficoltà produttive, finanziarie e di settore (523).

Ciononostante, il termine «crisi» non si presta ad accezioni univoche (524), contenendo numerose e spesso alternative declinazioni che – a fronte della mancanza di una definizione positiva da parte del legislatore – rende difficoltoso qualsiasi tentativo di definizione oggettiva.

(521) Così, G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza e incapacità patrimoniale*, cit., 556: per l'A., la soluzione sarebbe quella di una ricostruzione «formale» dello stato di insolvenza o di crisi dell'impresa. Sul tema, si rinvia alle riflessioni di N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, cit., 228 ss.

(522) Con riferimento al tema del rapporto tra crisi d'impresa e risanamento, nella dottrina economica il suddetto binomio è stato affrontato secondo tre principali prospettive: quella «macro-economica», quella «di settore» e quella «aziendale». Orbene, ai fini del nostro discorso, quando si confronta l'approccio giuridico a quello aziendalistico, è a quest'ultimo aspetto che deve farsi riferimento, risultandovi inclusi i sistemi di misurazione dei segnali della crisi, l'analisi delle possibili cause della stessa, l'impostazione e la realizzazione delle strategie di risanamento, etc.

(523) Così, G. BRUGGER, *Art. 160. Profili aziendali*, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 2304-2305. Cfr. L. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, cit., 6 ss.; nonché, C. SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa*, cit., 14 ss.: la crisi, *stricto sensu* intesa, rappresenterebbe un'ulteriore degenerazione della situazione patologica di «declino», nel senso di *performance* negativa in termini di variazione del valore nel tempo. Tecnicamente, si tratterebbe «di uno stato di grave instabilità originato da rilevanti perdite economiche (e di valore del capitale), da conseguenti forti squilibri nei flussi finanziari, dalla caduta della capacità di credito per perdita di fiducia (da parte dei clienti, dei fornitori, del personale, della comunità finanziaria in genere), dall'insolvenza – ossia dall'incapacità di far fronte regolarmente ai pagamenti in scadenza – e, quindi, dal dissesto, ossia da uno squilibrio patrimoniale definitivo».

(524) Sulla polisemia del lemma «crisi d'impresa», F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, cit., 275. A fronte delle difficoltà di individuare una nozione oggettiva di «stato di crisi», una sua possibile definizione potrebbe ricavarsi operando un'analisi funzionale e strutturale delle procedure di cui costituisce il presupposto: il concordato preventivo e – per quanto ne sia discussa la qualificazione in termini di «procedura concorsuale» – l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ciò, anche alla luce della criticabile opzione legislativa di ancorare il (solo) concordato preventivo, tanto ad una situazione antecedente all'insolvenza, quanto ad una situazione di vera e propria insolvenza irreversibile (art. 160, comma 3, l. fall.), fonte peraltro di non pochi problemi a livello interpretativo (525).

Ferma la necessità di delineare in chiave positiva il fenomeno della crisi d'impresa, distinguendolo sia dalle ricostruzioni delle scienze aziendalistiche che dall'insolvenza in senso stretto, una parte della dottrina ne ha tentato una ricostruzione in termini di «rischio d'insolvenza», trovando poi conferma nelle parole dello stesso legislatore che, in sede di delega al Governo per una riforma organica della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ha, da un lato, immutata l'attuale configurazione dello stato di insolvenza (526), e, dall'altro, previsto l'introduzione di «una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica» (art. 2, comma 1, lett. c, della legge 19 ottobre 2017, n. 155) (527), poi trasfusa nel codice della crisi e dell'insolvenza che, con riferimento alle imprese, ne circoscrive la manifestazione in termini di «inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate» (art. 2, comma 1, lett. a, cod. crisi ins.).

Secondo la summenzionata elaborazione dottrinale, il concetto di «crisi d'impresa» potrebbe essere individuato attraverso una lettura in «termini percentualistici», nel senso che si potrebbe parlare di «crisi» allorché vi siano maggiori probabilità che la situazione dell'imprendi-

(525) G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit., 8: la scelta non è stata felice, e potrebbe risultare giustificabile solo lì dove il ricorso al concordato preventivo consentisse una prospettiva economica migliore, nel senso di offrire maggiori vantaggi ai creditori, di tentare il recupero dell'impresa, di assicurare una minore durata del procedimento rispetto a quello liquidatorio.

(526) Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b, cod. crisi ins., trattasi dello «stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

(527) Per vero, nella Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, a firma di R. Rordorf (29 dicembre 2015), in *www.osservatorio-oci.org*, si leggeva della necessità di definire la crisi in termini di «pericolo di futura insolvenza» [p. 4], mentre, in sede di introduzione delle misure di allerta e prevenzione, si parlava (appunto) di «probabile insolvenza» [p. 11]. Al di là della contraddizione logica (poi risolta dall'opzione legislativa per quest'ultima prospettiva), in dottrina si è osservato criticamente che l'abbandono della possibilità di intervento da parte degli organi societari già in una fase di «pericolo» d'insolvenza, rischierebbe di rendere tardivo l'intervento di risanamento preventivo, anche in considerazione della tradizionale resistenza delle imprese in siffatte eventualità: così, P. MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in AA. VV., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, a cura di P. Montalenti, Milano, 2018, 19.

tore evolva in definitiva insolvenza, piuttosto che si verifichi un recupero positivo del temporaneo *deficit* finanziario, economico od industriale. In altri termini, detto stato sarebbe qualcosa di più della mera difficoltà temporanea di adempiere le proprie obbligazioni, ma, allo stesso tempo, qualcosa di meno del vero e proprio stato di insolvenza, trattandosi di uno «stato di estrema tensione finanziaria» (c.d. «*financial distress*»), che, se non adeguatamente e tempestivamente risolto, potrebbe sfociare in un irreversibile stato di dissesto (528). Una prospettiva, quest'ultima, che risulta confermata anche dalle scelte legislative adottate negli ultimi anni in diversi ordinamenti concorsuali europei (529).

Muovendo da una declinazione operativa della crisi come «probabilità d'insolvenza», se ne è altresì prospettata una definizione concettuale «operativa» con almeno due caratteri di fondo: quello della identi-

(528) N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, cit., 234; L. STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., 138; G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 955; G. DE FERRA, *Il rischio d'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 198; D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., 194; U. APICE – S. MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, 440; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, cit., 301.

(529) Sugli aspetti di diritto comparato, cfr.: F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, cit., 278 ss.; G. VERNA, *Gli strumenti di risanamento delle imprese. Esperienze e prospettive di riforma*, in AA. VV., *Gestione delle procedure concorsuali nella crisi d'impresa*, a cura di G. Verna, Milanofiori-Assago, 2016, 17 ss.; J. PULGAR EZQUERRA, *Fattori di successo della ristrutturazione stragiudiziale amichevole (appunti sul modello spagnolo)*, in *Dir. Fall.*, 2015, I, 98 ss. Per rilievi generali, cfr.: S. BAISTER, *An Introduction to the Insolvency Law of England & Wales*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani – O. Cagnasso, vol. I, Torino, 2016, 154 ss.; I.M. WILLRODT, *An Introduction to the Insolvency Law of Germany*, *ivi*, 179 ss.; E. INACIO, *An Introduction to the Insolvency Law of France*, *ivi*, 193 ss.

Si pensi, ad esempio, alla previsione della legge fallimentare tedesca di cui al § 18 *InsO*, che prevede la «incombente insolvenza» quale ragione dell'apertura della procedura, e definisce il debitore in crisi come colui il quale rischi di diventare insolvente, nel senso di verosimiglianza prossima alla certezza che questi non sarà in grado di soddisfare le obbligazioni alla loro scadenza. Ma lo stesso potrebbe dirsi per la recente riformulazione del presupposto oggettivo della procedura d'insolvenza spagnola: ai sensi dell'art. 2 della *Ley Concursal* n. 22/2009, è previsto che la domanda di fallimento presentata dallo stesso debitore sia giustificata sulla base del suo stato d'insolvenza anche imminente, nel senso che il soggetto richiedente preveda che non sarà in grado di rispettare regolarmente ed esattamente i propri obblighi contrattuali (: «[s]e encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones»). Quanto al sistema britannico, è noto il presupposto della procedura di *administration*, che parla della società debitrice che sia «*likely to become unable to pay its debts*».

Nel sistema francese, infine, indicazioni in tal senso sono rintracciabili nel presupposto della *conciliation*, che parla anche di una difficoltà finanziaria, attuale o prospettica (art. L611-4 *cod. comm.*); nonché in quello della *sauvegarde* (L. 620-1 *cod. comm.*), che parla di difficoltà finanziarie che il debitore non è in grado di superare.

ficabilità temporale dell'inizio della crisi stessa e quello della sua verificabilità esterna (il più possibile oggettiva, nonostante la natura squisitamente dinamica del fenomeno). Seppur in ambito non propriamente giuridico, si è avanzata l'ipotesi di un approccio «interno-previsionale» alla crisi d'impresa, in modo da poter individuare il fenomeno sulla base di piani economico-finanziari fondati, non solo sulle disponibilità liquide ed i debiti dell'impresa, ma anche sulle disponibilità di cassa e sui debiti la cui assunzione futura sia stata pianificata sulla base del previsto andamento gestionale; si pensi alla pianificazione da parte dell'impresa di un certo volume di acquisti futuri e dei conseguenti esborsi (530).

Secondo la tradizionale ricostruzione aziendalistica (a volte ripresa anche in sede giudiziaria) (531), possono individuarsi tre fondamentali tipologie di crisi aziendale, la quale potrebbe presentarsi come la manifestazione di una situazione di *deficit* economico, patrimoniale o finanziario, oppure come l'insieme delle tre tipologie di crisi o, ancora, come il combinarsi solo di alcune di queste.

Si pensi, ad esempio, alla crisi «economica» di un'impresa dovuta allo squilibrio tra i suoi ricavi di esercizio ed i costi sopportati, che, se non risolto in tempo, andrebbe a compromettere l'equilibrio finanziario e quello patrimoniale dell'impresa stessa; oppure al caso di un'impresa che, nonostante il proprio equilibrio economico, versi in uno squilibrio finanziario dovuto ad un eccezionale ricorso all'indebitamento necessitato dall'urgenza di pagare a breve i fornitori, e che, avendo concesso ai propri clienti modalità di pagamento dilazionate nel tempo, non ha potuto fare completo affidamento sui relativi incassi. O, ancora, si pensi ad un *deficit* patrimoniale – e quindi ad uno sbilanciamento del capitale di terzi rispetto a quello dell'impresa nell'ambito del capitale complessivamente investito – che, se non “corretto” attraverso l'investimento di

(530) Così, A. QUAGLI, *Il concetto di crisi come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, in *IlCaso.it*, II/863, 2 febbraio 2016, 8. L'A., infatti, mette in evidenza i limiti intrinseci sia dell'approccio «esterno» (così definito in quanto basato sulle specifiche evidenze dei progressivi inadempimenti da parte dell'impresa), sia di quello «interno-consuntivo» (cioè basato sui consuntivi contabili elaborati dall'impresa, di per sé non capaci di rappresentare le prospettive gestionali, l'esito futuro degli investimenti in corso, le riserve d'indebitamento dell'impresa ed ogni altro elemento condizionante l'esistenza o meno di probabilità di insolvenza futura).

(531) Trib. S.M. Capua Vetere, 12 giugno 2013, in *IFallimentarista.it*: lo stato di crisi è una situazione di difficoltà prodromica rispetto allo stato di insolvenza, che «consiste in uno squilibrio di natura finanziaria, cioè del rapporto tra le attività finanziarie a breve, liquidità e crediti e i debiti a breve scadenza; ovvero patrimoniale, cioè del rapporto tra attivo e passivo patrimoniale; ovvero economica, cioè della capacità produttiva dell'impresa valutata sulla base di condizioni legate alla sua gestione oppure connesse alla sua posizione sul mercato, capacità produttiva che dev'essere informata al carattere dell'economicità».

capitale proprio, potrebbe determinare uno squilibrio economico e finanziario dell'impresa.

Orbene, le suddette osservazioni dovrebbero condurre i tribunali a ritenere ammissibile l'accesso alle procedure del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti anche da parte di quelle imprese che, nonostante il proprio temporaneo equilibrio finanziario, abbiano fatto registrare nell'ultimo periodo delle perdite di esercizio o che abbiano una struttura patrimoniale caratterizzata dalla presenza di un eccessivo indebitamento a copertura del capitale investito (532).

Invero, nella valutazione della natura e dell'intensità della crisi, la giurisprudenza di merito ha fatto registrare un orientamento spesso troppo attento al solo aspetto finanziario dello stato di crisi (533), omettendo di considerare come, in molti casi, la situazione di crisi finanziaria di un'impresa sia in realtà la «proiezione» finale dell'errata gestione di una precedente crisi economica o patrimoniale. Il rischio potrebbe essere quello di consolidare una interpretazione giurisprudenziale incline a ritenere inammissibile la domanda di concordato preventivo o quella di omologazione dell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.*, da parte di un'impresa in perdita di esercizio o con un basso tasso di patrimonializzazione, solo perché non ancora versante in uno stato di difficoltà finanziaria vero e proprio ovvero perché ancora in grado di far fronte ai pagamenti a breve scadenza (534).

(532) Così, R. MARINO – M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160*, cit., 388-389.

(533) Sullo «stato di dissesto o difficoltà finanziaria non ancora integrante la definitiva incapacità dell'imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni», quale condizione necessaria ed autonoma per l'accertamento dello stato di crisi, cfr.: Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, 92; Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*; App. Brescia, 9 luglio 2010, *ivi*; Trib. Milano, 15 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, 457. Mentre, per un diverso orientamento sul punto, vedi Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 169; Trib. Sulmona, 2 novembre 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. S.M. Capua Vetere, 12 giugno 2013, cit.

(534) Ragionando in tal senso si dovrebbe ammettere la domanda di concordato o di accordo del solo imprenditore inadempiente, essendo richiesta la sussistenza della sola crisi finanziaria conclamata, a nulla rilevando quelle situazioni difficoltà finanziaria ancora asintomatiche. Sul tema: L. PANZANI, *Concordato preventivo: soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 2006, 1009 ss.; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 925; P. PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza*, in *Il-Caso.it*, 25 dicembre 2013, II, 1 ss.; G. DE FERRA, *Il rischio d'insolvenza*, cit., 193 ss.; A. QUAGLI, *Il concetto di crisi come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, cit., 2; nonché, R. MARINO – M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160*, cit., 391: ai fini concorsuali, dovrebbe preferirsi una nozione di «crisi qualificata», nel senso di compendiare nella formula le connesse nozioni di crisi economica, patrimoniale e finanziaria elaborate dalla dottrina aziendalistica.

È da segnalare, in ogni caso, la formulazione dell'art. 13 cod. crisi ins., che, proprio in tema di «indicatori della crisi» rilevanti ai fini dell'attivazione degli strumenti di allerta e prevenzione, fa espresso riferimento, fra l'altro, agli «squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore», nonché ai «reiterati e significativi ritardi nei pagamenti» (comma 1).

Quanto detto, non deve tuttavia far dimenticare la centralità rivestita dall'aspetto finanziario anche in tema di crisi, quale sussistenza di un concreto e rilevante rischio di insolvenza da parte dell'impresa in difficoltà che si dimostri – anche in via solo potenziale – incapace di esercitare una regolare attività solutoria ed il cui *status*, in mancanza di un efficace e tempestivo intervento di ristrutturazione dei propri debiti, risulta ragionevolmente destinato a degenerare in una insolvenza irreversibile (535). D'altra parte, la valorizzazione del profilo finanziario della crisi d'impresa (536) trova un'importante conferma – oltre che nelle già citate previsioni del codice della crisi e dell'insolvenza –, sia dalla lettura di alcune recenti disposizioni comunitarie, che dal confronto con buona parte degli ordinamenti concorsuali europei (537).

A tal proposito, si possono richiamare taluni *Considerando* premessi al recente Reg. 2015/848/UE, dettato in materia di insolvenza

(535) Quanto al concetto di «reversibilità» della crisi, se ne è proposta anche una ricostruzione a partire dal dato normativo di cui all'art. 27 del D.Lgs. n. 270/1999, dettato in materia di presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria, consistente nella ricorrenza di «concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali», da intendersi come potenzialità effettiva di ripristino di un rapporto non deficitario fra costi e ricavi perseguibile attraverso l'attuazione di un piano aziendale di risanamento economico e di ristrutturazione finanziaria. Volgendo lo sguardo all'evoluzione normativa del sistema concorsuale italiano, potrebbe rinvenirsi un ulteriore riferimento nella previsione dell'art. 1, comma 1, L. n. 95/1979, che, nel descrivere il presupposto della «esposizione debitoria qualificata», ne riferisce il profilo quantitativo alla esposizione debitoria «superiore a cinque volte il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato».

(536) Il più delle volte, le crisi imprenditoriali vengono imputate proprio agli squilibri finanziari ed agli oneri che ne conseguono. Trattasi di situazioni *lato sensu* patologiche caratterizzate ad es. da un rapporto eccessivamente squilibrato tra capitale proprio e mezzi a titolo di debito, dalla netta prevalenza dei debiti a breve scadenza rispetto alle altre forme di indebitamento, dall'insufficienza di riserve di liquidità, dalla difficoltà od impossibilità dell'impresa di ricontrattare le proprie posizioni di debito, *etc.* Peraltro, non è affatto raro che, a dette cause di perdite economiche si associ anche uno squilibrio patrimoniale, che rendono l'impresa incapace di «riassorbire» le perdite prodotte.

(537) Tra gli ordinamenti concorsuali d'ispirazione più vicina al nostro, interessanti spunti si possono trarre dalle recenti riforme che hanno interessato quello spagnolo, in particolar modo dall'angolo visuale degli strumenti di soluzione negoziale della crisi d'impresa, la cui introduzione ha guardato proprio ai nostri accordi di ristrutturazione dei debiti: J. PULGAR EZQUERRA, *Fattori di successo della ristrutturazione stragiudiziale amichevole (appunti sul modello spagnolo)*, cit., 98 ss.

transfrontaliera, nei quali si mette in luce proprio la stretta connessione tra la ristrutturazione del debito dell'impresa e la probabilità di futura insolvenza di quest'ultima, sottolineando altresì la necessità di estendere l'ambito applicativo delle procedure negoziali della crisi d'impresa anche a fronte di difficoltà di natura non finanziaria, tali da comportare «una reale e grave minaccia per la capacità effettiva e futura del debitore di pagare i suoi debiti» (538).

Stesso dicasi per la Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014, n. 135, in materia di «nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza», adottata, non a caso, al fine di incoraggiare «gli Stati membri a istituire un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria e di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, promuovendo l'imprenditoria, gli investimenti e l'occupazione». In essa, diversi sono i riferimenti agli aspetti finanziari della crisi (539), a cominciare dalla stessa definizione di debitore come della «persona fisica o giuridica che versa in difficoltà finanziaria e per la quale sussiste una probabilità di insolvenza» (Sezione II. *Definizioni*. Punto 5, a).

Seppur in un'ottica *de jure condendo*, indicativa è anche la lettura di talune previsioni contenute nella Proposta di Direttiva UE del 22 novembre 2016, che, prevista in materia di «quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti», fa più volte espresso riferimento agli aspetti finanziari della crisi (in tal senso, cfr. gli artt. 1.1, lett. a, 4.1, 8.1, lett. b) (540).

Dall'angolo visuale della riforma concorsuale, infine, non si possono non rilevare alcuni dubbi sul tema dei presupposti oggettivi di accesso alle procedure disciplinate dal nuovo codice, anche alla luce

(538) Così, il *Considerando* XVII del Regolamento UE/2015/848, del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, in G.U.U.E., 5 giugno 2015, L 141/19.

(539) Espressi richiami alla sfera finanziaria del debitore ed alla rilevanza della stessa in caso di crisi sono rinvenibili anche all'interno dei *Considerando* I, II, XI, XII, XVI della Racc. 2014/135/UE.

(540) Al di là dei singoli *Considerando*, espressamente riferiti soprattutto alle difficoltà finanziarie dell'impresa ed alla necessità del sostegno finanziario di questa ai fini del superamento della crisi (cfr. i *Considerando* I, II, III, X, XI, XII, XVI, XVII, XXVI, XXX, XXXIII e XXXVI), il profilo della crisi d'impresa quale crisi soprattutto finanziaria emerge chiaramente in più punti della Relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva, la quale parla ad es. della necessità di «consentire alle imprese di ristrutturarsi più facilmente e quindi di tornare alla sostenibilità finanziaria più rapidamente e di onorare i debiti» [p. 13]; ma anche dell'opportunità di introdurre meccanismi nazionali di ristrutturazione preventiva, in modo da eliminare «i costi aggiuntivi *ex ante* che gli investitori attualmente sostengono per valutare il rischio che i debitori incorrano in difficoltà finanziarie» [p. 16].

della scelta legislativa di voler dettare una definizione generale sia di insolvenza che di crisi: l'una, da intendersi come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» (art. 2, comma 1, lett. b), cod. crisi ins.); l'altra, come «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate» (art. 2, comma 1, lett. a), cod. crisi ins.).

Invero, l'intervento normativo al riguardo non appare risolutivo dei dubbi circa l'esatta individuazione dei suddetti *status*, soprattutto con riferimento presupposto della crisi d'impresa, sicuramente centrale nel nuovo assetto dell'ordinamento concorsuale, soprattutto in considerazione della prevista introduzione delle procedure di allerta e di composizione della crisi.

A tal ultimo proposito, il legislatore sembra contraddirsi nel momento in cui, individuato lo stato di crisi quale presupposto per l'accesso alle nuove procedure di allerta e prevenzione, *ex art. 13* cod. crisi ins., giunge a qualificare come «indicatori» di detto stato situazioni che, a ben vedere, sono di regola tipiche dello stato di insolvenza: si pensi a quanto disposto dalla norma *ex art. 14*, comma 1, cod. crisi ins., che, pur discorrendo di «fondati indizi di crisi», finisce per ricondurre gli stessi ad un indizio tipico dello stato di insolvenza quali i reiterati ed i significativi ritardi nei pagamenti da parte del debitore.

4. IL CONTRATTO CON CAUSA DI FINANZIAMENTO. TRA LE DIVERGENZE RICOSTRUTTIVE DELLA DOTTRINA E LA RICONDUZIONE GIURISPRUDENZIALE DEL FENOMENO ALLO SCHEMA DEL MUTUO DI SCOPO.

Chiarite le caratteristiche generali che connotano le operazioni di finanziamento all'impresa in crisi e delineati (dall'angolo visuale della disciplina concorsuale) i tratti dello *status* in cui versa l'impresa sovvenzionata, occorre passare all'analisi degli aspetti negoziali che connotano il sostegno finanziario operato dagli istituti bancari sulla base della convenzione di salvataggio conclusa con l'impresa. Invero, occorre avvertire che il tema dei negozi di finanziamento pone talune problematiche già ad un primo livello terminologico (e, quindi, concettuale), non rinvenendosi, all'interno dell'ordinamento positivo, alcuna definizione generale dell'operazione *de qua*, la quale, a ben vedere, esprime una nozione di per sé non già giuridica, bensì economica, ma che abbisogna

pur sempre di accompagnarsi a precisi schemi contrattuali che sappiano concretamente veicolare la funzione che quella stessa nozione esprime.

Ciononostante, non ci si può esimere dal tracciare – seppur in maniera generale ed atecnica –, una prima definizione del termine «finanziamento» all’impresa, che, secondo la tradizionale lettura economica del fenomeno, descrive tutte quelle operazioni d’investimento strumentali alla realizzazione della provvista dei mezzi finanziari necessari alla costituzione ed al funzionamento dell’azienda, in modo da rendere possibile il compimento degli investimenti ritenuti opportuni in relazione agli scopi produttivi perseguiti (541).

È però evidente che descrivere il fenomeno in oggetto come la sintesi delle operazioni tramite le quali l’impresa acquisisce i mezzi finanziari necessari allo svolgimento della propria attività soffre di una eccessiva genericità, quantomeno ai fini della sua costruzione giuridica (542); tanto che anche la stessa esperienza economica si è resa conto ben presto di dover delineare più nettamente una siffatta definizione, dando maggiore risalto soprattutto alla destinazione di quella provvista, innanzitutto distinguendo le operazioni di finanziamento caratterizzate dall’apporto di fondi all’impresa con «vincolo di capitale» da quelle che conferiscono in essa fondi con «vincolo di credito».

(541) Quanto ai profili generali caratterizzanti il fenomeno, dall’angolo visuale della dottrina economica: G. DI NARDI, *Finanziamento - Finanziare*, in *Enc. banc.*, Milano, 1942, vol. I, 707.

(542) Sulla inadeguatezza descrittiva di una siffatta definizione di finanziamento, in quanto eccessivamente generica e, perciò, scarsamente caratterizzante, vedi S. ALAGNA, *Contratti bancari e di intermediazione creditizia*, Milano, 1984, 95, che, nel denunciare il «massimo disordine» nel settore, osservava come questo risultasse altresì «accresciuto dal fatto che, mentre in un’ottica economico-aziendalistica rileva soprattutto il risultato degli esborsi di danaro (privato e pubblico) in favore dell’impresa, in una logica giuridica si guarda principalmente (se non esclusivamente) agli effetti e agli strumenti tecnici impiegati per ottenerli». In dottrina, sul tema del contratto di finanziamento, cfr.: M. BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir. econ.*, 1955, 111; R. RASCIO, *Contratto di finanziamento: apertura di credito o promessa di mutuo?* [1957], in *Scritti giuridici*, raccolti da P. Pollice – F. Santoni, Torino, 2011, 1; M. FRAGALI, *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, XVII, 605; R. CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1982, I, 616; ID., *I contratti per il finanziamento dell’impresa*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2002, 6; V. ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano, 1984, 10; A. MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989, 122; G. COLLURA, *Contratti di finanziamento e garanzia: cenni introduttivi*, in AA. VV., *Nuove tipologie contrattuali*, a cura di A. Bonajuto, Roma, 1991, 17; C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento e partecipazione all’impresa. Profili evolutivi*, Napoli, 2008, 68; G. RACUGNO, *Le banche e il mercato mobiliare. Gli strumenti*, in AA. VV., *Manuale dir. comm.*, ideato da V. Buonocore, Torino, 14^a ed., 2017, 684.

Dall'angolo visuale della costruzione giuridica del fenomeno – che un'autorevole dottrina ha descritto quale sintesi di una serie eterogenea di negozi finalizzati «ad apportare, per un tempo determinato, mezzi economici di utilizzazione vincolata, atti a costituire, cioè, temporanee disponibilità finanziarie per una finalità convenzionale» (543) – i termini della questione non risultano meno problematici, come dimostrano i diversi tentativi della dottrina di individuare una concezione unitaria della categoria dei contratti con causa di finanziamento, resa vieppiù problematica dalla tendenza legislativa ad utilizzare in modo indifferenziato le espressioni «finanziamento» e «credito», fino ad arrivare ad identificare il primo con i contratti bancari caratterizzati dalla rilevanza dello «scopo»; nonché dalla sostanziale assenza di univoche ricostruzioni in ambito giurisprudenziale (che, almeno fino agli anni Ottanta e con specifico riferimento all'operazione di finanziamento bancario, ne ha ricondotto la figura negoziale all'apertura di credito, alla promessa di mutuo, al preliminare di mutuo, al contratto atipico del mutuo consensuale, etc.) (544).

Ulteriore conferma delle difficoltà che si incontrano nella ricerca di una concezione omogenea dei contratti di finanziamento, sembra rintracciarsi anche nelle (troppo spesso) divergenti interpretazioni della dottrina tradizionale (545), che, fra l'altro, ha visto le posizioni contrastanti di chi, considerando i contratti di finanziamento una «categoria»

(543) M. FRAGALI, *I contratti di credito come contratti di finanziamento*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1973, I, 471.

(544) Sulle diverse e risalenti interpretazioni della natura giuridica del contratto di finanziamento impiegato dalla prassi bancaria, cfr.: App. Roma, 20 settembre 1956, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1957, II, 248; Trib. Napoli, 25 gennaio 1956, in *Dir. giur.*, 1957, 390; Trib. Firenze, 23 dicembre 1960, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1961, II, 288; Trib. Napoli, 8 agosto 1962, in *Temi nap.*, 1963, I, 458. Quanto alle pronunce della S.C., vedi ad es., Cass., 13 gennaio 1943, n. 47, in *Foro it.*, Rep., 1943-1945, *Mutuo*, n. 4 (: «quello che nella pratica commerciale si chiama finanziamento altro non è che un mutuo, con lo scopo prestabilito dell'impiego del denaro mutuato in una determinata industria o commercio e col corrispettivo di un interesse o anche di un premio proporzionale agli utili dell'azienda del mutuatario»); ma anche Cass., 27 novembre 1967, n. 2845, in *Foro pad.*, 1969, I, 1014, che descrive il finanziamento alla stregua di «un contratto di carattere obbligatorio e consensuale, preparatorio di futuri mutui, che, al pari dei contratti preliminari di mutuo, può essere unilaterale e con obbligazioni di una sola parte, ove sussista soltanto la promessa accettata, cioè l'obbligo di dare a mutuo, rimanendo libero il finanziamento di riceversi le somme, e può anche essere bilaterale o a prestazioni contrapposte e reciproche, ove alla promessa da parte del finanziatore corrisponda l'obbligo del finanziato di ricevere il finanziamento nei modi e nei termini previsti».

(545) Per lungo tempo poco sensibile a recepire le novità apportate dalle nuove tecniche contrattuali di finanziamento non legalmente tipizzate ed incline alla interscambiabilità dell'uso del termine finanziamento con quello di credito. Per una breve

comprensiva dei contratti di credito, ne sosteneva il profilo caratterizzato dalla utilizzazione obbligata dei mezzi finanziari forniti da una parte all'altra in base al programma negoziale e dall'interesse del creditore di far sì che il finanziato conseguiva il risultato al quale il vincolo di destinazione del capitale concretamente guarda (546); e di chi isolava, all'interno della generale categoria dei contratti di credito, la «sottocategoria» del contratto di finanziamento, nel quale la considerazione dell'impiego del capitale trasferito sarebbe stata dedotta come motivo, rilevante a particolari effetti (ad esempio sul termine, o quale condizione o come obbligo dell'accipiente), di modo che l'oggetto dell'obbligo di destinazione fosse unicamente l'utilizzo del capitale ricevuto (547).

Più di recente, si è avanzata una ricostruzione diversa della nozione giuridica di finanziamento, valorizzando il profilo della «*utilitas*» insito nella operazione, e quindi la possibilità data al finanziato di utilizzare il bene «in modo da trarne tutti i possibili vantaggi economici», senza il necessario trasferimento della proprietà del bene (si pensi al contratto di apertura del credito od a quello di *leasing*), interessando piuttosto «la consegna del bene in funzione della sua utilizzabilità da parte del finanziato» in un certo lasso di tempo, a fronte del quale vi è il diritto del finanziatore alla sola restituzione del *tantundem* (548).

In altri termini, secondo quest'ultima impostazione, individuati nell'utilità del bene, nella restituzione del *tantundem* e nella essenzialità della durata del rapporto contrattuale i caratteri fondamentali dell'elemento causale del finanziamento, il ricorrere di questi «nella causa del

ricognizione delle diverse costruzioni dottrinali sul tema: R. CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, cit., spec. 611 ss.; A. MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, cit., 121 ss.

(546) M. FRAGALI, *Finanziamento (dir. priv.)*, cit., 606; nonché, ID., *Il mutuo*, in *Comm. cod. civ., Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 75 ss.

(547) M. BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, cit., 122.

(548) Così, R. CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, cit., 619. Per una rassegna dei singoli tipi di contratti di finanziamento, ID., *Finanziamenti (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1982, App. III, 754 ss.

In senso conforme, A. MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, cit., 135 ss.: nonostante l'elemento del trasferimento del bene ai fini del godimento colga il dato proprio della logica creditizia, esso rimane insufficiente ad evitare la confusione con altri fenomeni simili, dovendosi piuttosto valorizzare l'elemento della utilità quale potenzialità giuridico-economica del bene di soddisfare i bisogni umani. Quest'ultimo A., fra l'altro, ha avuto modo di osservare come, pur non potendo parlare di una figura unitaria (in senso privatistico) del contratto di finanziamento, è possibile comunque osservare la «presenza di un'omogeneità di tendenze»: la progressiva svalutazione del momento traslativo delle cose mutate, la valorizzazione di una nuova funzione economico-sociale del finanziamento che vede l'arricchimento del sovvenuto conseguibile attraverso la disponibilità di qualunque bene sia «valutabile in termini di trasparenza monetaria», il vincolo di destinazione che, apponibile a qualsivoglia incremento patrimoniale procurato dalla provvista, si rivela quale *quid pluris* che funzionalizza lo scopo divisato dalle parti.

singolo contratto preso in considerazione dall'interprete ne legittima l'inclusione nell'ampia categoria dei contratti di finanziamento», distinti da quelli di mero «scambio» o «godimento», a nulla rilevando l'eventuale indicazione specifica dell'utilizzazione dei mezzi finanziari, il fatto che il soggetto finanziatore sia una banca o, ancora, il finanziamento venga posto in essere secondo una modalità tipica piuttosto che un'altra.

Quanto all'orientamento giurisprudenziale in materia, anche sulla scorta della prassi contrattuale normalmente seguita per il finanziamento bancario delle imprese, si è spesso posto l'accento sul ruolo e sulla centralità del «credito di scopo» nel rapporto di finanziamento a medio-lungo termine all'impresa; per quanto il fenomeno della destinazione vincolata allo scopo concordato abbia assunto un rilievo che va al di là dei contratti caratterizzati da una causa di credito, potendo essere impiegati anche per il raggiungimento di risultati economici equivalenti o simili (si pensi al riporto, alla fideiussione, all'avallo e a tutti quei negozi suscettibili di creare indirettamente disponibilità da impiegare per uno scopo predeterminato) (549). Secondo l'interpretazione della S.C., la nozione di «contratti di finanziamento» andrebbe ravvisata nei «contratti di mutuo di scopo o di destinazione», che si distinguono dallo schema tipico di cui agli artt. 1813 ss. c.c., in quanto preordinati (dalla legge o dalla volontà delle parti) al perseguimento di determinate finalità, nonché in quanto caratterizzati, sotto il profilo strutturale, dalla consensualità e non già dalla realtà (550).

D'altra parte, l'enucleazione di una categoria autonoma di contratti di finanziamento distinta da quella dei contratti di credito è stata fortemente influenzata dalla diffusione, a partire dagli anni Settanta, dei mutui di scopo legale (551), principalmente caratterizzati dall'utilizzazione vincolata del finanziamento (con esclusione, perciò, del carattere della realtà tipico del mutuo *ex art. 1813 c.c.*), dal collegamento

(549) M. FRAGALI, *Finanziamento (dir. priv.)*, cit., 605 ss.; V. ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, cit., 10.

(550) Così, Cass. 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, 1687.

(551) Invero, anche in materia di finanziamento pubblico da tempo sussistono non poche difficoltà interpretative e la mancanza di un criterio unificatore, stante l'eterogeneità economica del fenomeno e la disorganicità delle relative discipline. Nonostante gli sforzi della dottrina tesi a ricostruire, specialmente in chiave contrattuale, il fenomeno del mutuo di scopo legale, l'ampia e disorganica legislazione in materia, unitamente all'assenza di un'adeguata tipizzazione, sono stati di ostacolo alla formulazione di una figura negoziale unitaria dei meccanismi incentivanti e delle relative convenzioni di finanziamento: A. GALASSO, *Finanziamenti pubblici*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1980, App. III, 773; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv., Giudica-Zatti*, Milano, 1995, 745 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il contratto di finanziamento assistito da agevolazione. Profili strutturali e funzionali*, Milano, 1985, *passim*.

del rapporto contrattuale con un provvedimento di concessione del contributo, dalla previsione di una disciplina particolarmente intensa con riguardo all'adempimento degli obblighi e delle modalità di destinazione, nonché dagli eventuali benefici previsti a favore del finanziato con riguardo alla misura del tasso d'interesse applicato (552). Trattasi, pertanto, di una fattispecie contrattuale consensuale, onerosa ed atipica, che assolve una funzione essenzialmente creditizia (553).

Partendo dalla concezione dei contratti di finanziamento quali schemi negoziali che, esclusa la rilevanza in senso tipologico vero e proprio, rappresentano un ulteriore adattamento dei tipi negoziali noti all'ordinamento, ma di cui ci si serve per l'esigenza di subordinare la concessione del credito al raggiungimento di un determinato scopo, si è giunti a qualificare il contratto in oggetto come un «mutuo di scopo», in virtù del quale «una parte si impegna a provvedere temporaneamente di mezzi finanziari l'altra, la quale si obbliga a sua volta alla realizzazione delle attività o dei risultati convenuti, alla eventuale corresponsione degli interessi ed alla restituzione del capitale» (554).

(552) Da un punto di vista normativo, è d'uopo richiamare la disposizione dell'art. 47 t.u.b., a norma della quale ogni banca può «erogare finanziamenti o prestare servizi previsti dalle vigenti leggi di agevolazione, purché essi siano regolati da contratto con l'amministrazione pubblica competente e rientrino tra le attività che le banche possono svolgere in via ordinaria». Ferma l'integrale applicazione delle disposizioni previste dalle leggi di agevolazione, la «assegnazione e la gestione di fondi pubblici di agevolazione creditizia previsti dalle leggi vigenti e la prestazione di servizi a essi inerenti, sono disciplinate da contratti stipulati tra l'amministrazione pubblica competente e le banche da questa prescelte»; contratti che regoleranno altresì i criteri e le modalità «idonei a superare il conflitto di interessi tra la gestione dei fondi e l'attività svolta per proprio conto dalle banche», con possibile istituzione di appositi e distinti organi «preposti all'assunzione delle deliberazioni in materia agevolativa e separate contabilità».

(553) Cass., Sez. un., 27 dicembre 1997, n. 13046, in *Giust. civ.*, 1998, 1322: la concessione del c.d. credito agevolato presuppone, da un lato, il sorgere di «un rapporto principale, instaurato tra l'istituto finanziario erogatore ed il privato», e, dall'altro, la costituzione di un «rapporto secondario, tra l'ente pubblico ed il detto istituto finanziario». Se nel primo rapporto sono integrati gli estremi del contratto di mutuo di scopo, il secondo si caratterizza per la presenza di «una convenzione (comunemente detta contratto di ausilio) diretta a regolare l'obbligazione nei confronti dell'istituto finanziario con la quale l'ente pubblico si accolla una parte degli interessi che devono essere corrisposti dal privato all'istituto mutuante». In materia, tra le pronunce più recenti: Cass., 19 maggio 2003, n. 7773, in *Contr.*, 2003, 1131; Trib. Cagliari, 15 gennaio 2014, in *Riv. giur. sarda*, 2015, II, 45.

(554) Così, S. MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 1. Sul tema, senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano: MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in AA. VV., *Tratt. dir. priv.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, 597; M. RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, 559 ss.; G. FAUCEGLIA, *Art. 1813*, in AA. VV., *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, vol. III, Torino, 2011, 160 ss. Osserva R. TETI, *I mutui di scopo*, in AA. VV., *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, XII, 2007, 650, che la «categoria del mutuo di scopo è stata creata dalla dottrina, e successivamente accolta dalla

Pur non essendo questa la sede per esaminare la problematica nella sua completezza, è opportuno ricordare che il dibattito attorno alla natura «reale» o «consensuale» del contratto di mutuo di scopo (volontario e legale) (555) risulta ormai pacificamente risolto – quanto meno in giurisprudenza (556) –, dall'inquadramento del finanziamento *de quo* nello schema del contratto consensuale, oneroso ed atipico, idoneo ad assolvere una funzione creditoria. Per lungo tempo, infatti, è invalsa una lettura che riconduceva la figura del mutuo di scopo alla fattispecie tipica di cui agli artt. 1813 ss. c.c. (557), nonostante la «insensibilità causale» del mutuo civilistico nei confronti di finalità che esulassero dalla mera corresponsione del *tantundem*, pur sottolineandosi, in letteratura, come le ragioni di tale opzione riflettessero la diffusa esigenza di difesa della centralità – sia normativa che dottrinale – del codice civile quale fonte esclusiva del diritto privato (558).

Da quanto premesso, è possibile ricavare come il mutuo di scopo, nei suoi tratti salienti, non sia giuridicamente qualificabile come una

giurisprudenza, per inquadrare una serie disparata di ipotesi, previste dalla legislazione speciale, nelle quali l'erogazione di una somma da parte della banca (o di un ente pubblico) è finalizzata a consentire al soggetto finanziato lo svolgimento di un'attività, il raggiungimento di specifici obiettivi nell'ambito dell'attività svolta o l'acquisizione di determinati beni».

(555) Per R. CLARIZIA, *Finanziamenti (dir. priv.)*, cit., 759: «il cosiddetto mutuo di scopo legale e quello volontario non presentano alcuna distinzione se non il fatto che nel primo si ritrova puntuale specificazione dello scopo da perseguire, del soggetto finanziatore e di quello beneficiante, laddove in quello volontario gli scopi possono essere i più vari».

(556) Cass., 15 giugno 1994, n. 5805, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1996, II, 57 ss.; Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, in *Contr.*, 1999, 373; Cass., 19 maggio 2003, n. 7773, *ibidem*, 2003, 1131; Cass., 9 maggio 2007, n. 10569, *ibidem*, 2007, 793; Cass., 23 aprile 2001, n. 5966, in *Giur. it.*, 2002, 782. Nonché, Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Contr.*, 2008, 561 ss., nota di MARTONE, *Mutuo di scopo ed apertura di credito*, il quale, preso atto di un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato sulla autonoma e distinta ricostruzione del mutuo di scopo rispetto a quello civilistico, così conclude: «sarebbe il caso di chiedersi se, in punto di prassi, non sia il mutuo reale ad esser divenuto «atipico» ed a doversi riconsiderare le ipotesi ricostruttive in chiave consensuale, specialmente confrontando la corrente evolutiva negli ordinamenti europei».

(557) M. FRAGALI, *Finanziamento (dir. priv.)*, cit., 617. Quanto alla adeguatezza della figura codicistica del mutuo nel disciplinare, in tutti i suoi aspetti, la materia del credito agevolato, v. anche BROLI, *Osservazioni in tema di finanziamenti di scopo*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1973, II, 481; GIAMPICCOLO, *Mutuo, (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 444 ss.; POLLICE, *Soggetto privato e ausilio finanziario pubblico, mutuo e destinazione nel credito agevolato*, Napoli, 1984, *passim*.

(558) In merito all'accennata difficoltà della precedente dottrina di emanciparsi dalle figure tipiche negoziali, nonché alla scarsa applicazione riconosciuta al principio di autonomia contrattuale previsto dall'art. 1322 c.c., cfr. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 239; NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I, 1617.

semplice «variante» di quello tipizzato nel codice civile (559), sia che si assuma la prospettiva causale del «godimento», sia che si assuma quella dello «scambio»: la funzione del finanziamento *de quo*, non può identificarsi, *sic et simpliciter*, nel godimento della somma erogata, così come la sua causa negoziale non può essere costretta nei confini della mera ed indifferente attribuzione del denaro al mutuatario (560).

Escludere la configurazione del mutuo di scopo quale contratto reale (561), quindi, implica considerare la consegna della somma mutuata non già quale elemento costitutivo del negozio, bensì come uno

(559) Invero, quella della riconduzione al mutuo civilistico non è stata l'unica ipotesi avanzata in dottrina. Negli anni, si sono registrate diverse letture del finanziamento in commento: dalla configurazione quale contratto associativo, alla ricostruzione sulla falsa riga del rapporto di mandato; dallo schema di un mutuo gratuito con clausola modale, caratterizzato dall'esistenza di un'obbligazione di facere accessoria a carico del mutuatario (a cui sarebbe riferibile anche la risoluzione per inadempimento come disciplinata in materia di donazione modale, *ex art. 793 c.c.*), all'ipotesi del mutuo di scopo quale contratto produttivo di effetti reali sulla base del principio consensualistico. Sulle diverse ricostruzioni dottrinali, v. M. CAPECCHI, *La qualificazione giuridica del mutuo di scopo*, in *Contr. impr.*, 1997, 539 ss.

Quanto alla riconduzione del contratto di finanziamento nell'alveo dell'apertura di credito, argomento spesso utilizzato in giurisprudenza, occorre ricordare che «sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno frequentemente rilevato la scarsa attendibilità della ricostruzione predetta, evidenziando che [...] talune differenze esistenti dal punto di vista funzionale rendono poco credibile l'assimilazione del mutuo di scopo allo schema dell'apertura di credito». In quest'ultima eventualità, la banca, pur mettendo a disposizione la somma di denaro, ne conserva la proprietà sino all'atto di utilizzo da parte del cliente, mentre, nel mutuo di scopo, l'istituto mutuante eroga direttamente la somma al mutuatario: così, MONTICELLI, *Contratto di finanziamento e rischio di cambio: il difficile equilibrio degli interessi contrapposti*, in *Contr.*, 2003, 1136.

(560) Lì dove la destinazione della provvista corrisponda anche ad un interesse del mutuante, permeando la struttura causale e il sinallagma, il contratto sarà qualificabile come mutuo di scopo vero e proprio, incombendo sul mutuatario, in virtù della clausola di destinazione, l'ulteriore obbligazione di conseguire lo scopo previsto: sul punto, G. LA ROCCA, *Il mutuo di scopo*, in AA. VV., *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, a cura di V. Cuffaro, Bologna, 2005, 179. È opportuno precisare che, ai fini della qualificazione del finanziamento come mutuo di scopo, è necessario interpretare il contenuto del contratto al fine di stabilire se le parti abbiano voluto o meno imporre una destinazione al finanziamento medesimo: non ogni generico riferimento ad un evento *latusensu* finalistico è tale da ricondurre — per mezzo della clausola di destinazione — il negozio alla fattispecie *de qua*.

(561) Secondo una — discussa — dottrina, il codice civile avrebbe tipizzato due tipologie di contratto di mutuo: l'uno oneroso-consensuale (collocato nell'area dell'art. 1822 c.c.) e l'altro gratuito-reale (ciroscritto alla previsione di cui all'art. 1813 c.c.): in questi termini, R. TETI, *I mutui di scopo*, cit., 601; nonché F. GALGANO, in *Diritto civ. comm.*, vol. II, Padova, 2004, 323, il quale sostiene che la realtà costituisce un «*essentiale negotii*» nei contratti reali gratuiti, mentre è un «*naturalis negotii*» nei contratti reali onerosi (: le norme che rendono onerosi questi ultimi sarebbero solo «norme suppletive che operano in difetto di una diversa volontà delle parti»). Per TRIOLA, *Mutuo e promessa di mutuo*, in *Giust. civ.*, 1982, I, 212, la tendenza favorevole alla configurazione del mutuo quale contratto consensuale, emergerebbe dagli stessi lavori preparatori del codice civile, ragion per cui la *traditio ex art. 1813 c.c.* andrebbe letta quale

dei momenti attinenti alla fase esecutiva dello stesso. Allo stesso modo, il perfezionamento del contratto non potrà essere individuato nella *datio rei* o nel momento in cui la somma sia posta nella disponibilità giuridica del mutuatario (562), bensì nell'accordo perfezionatosi tra le parti (563).

Erano, queste, le principali problematiche poste dal tradizionale dibattito sviluppatosi attorno a quella che è stata efficacemente definita una «categoria socio-giurisprudenziale» (564), problematiche poi risolte dalla S.C. di Cassazione negli anni Ottanta (565), nel senso della qualificazione giuridica dei mutui di scopo (o «di destinazione») quali figure negoziali dotate di sufficiente tipicità o quantomeno autonome rispetto al modello codicistico. Più specificamente, per i giudici di legittimità, i contratti di finanziamento preordinati — *ex lege* oppure *ex contractu* — al perseguimento di determinate finalità, « si diversificano dallo schema tipico dei negozi di mutuo — oltre che per il modo di perfezionamento, in quanto hanno natura consensuale [...] — altresì sotto il profilo strutturale, perché il sovvenuto non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere i relativi interessi, ma anche realizzare lo scopo previsto compiendo gli atti o svolgendo l'attività in concreto programmata ».

mero espediente descrittivo del «meccanismo» contrattuale della fattispecie, e, per tanto, privo di rilevanza costitutiva.

(562) È nota l'ormai consolidata interpretazione giurisprudenziale della *traditio* in sede di esecuzione dell'obbligazione da parte dell'istituto mutuante, rinvenibile, oltre che nella materiale consegna del denaro, anche nella creazione di un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, con contestuale perdita di disponibilità delle somme mutate in capo al soggetto finanziatore: Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, in *www.dirittobancario.it*.

(563) È noto che, nei contratti reali, «il fatto di dichiarare una certa volontà negoziale non basta da solo a perfezionare la fattispecie, ma ha sempre bisogno di una complementare attività che realizzi immediatamente quanto è necessario perché quella volontà raggiunga, almeno parzialmente, il suo fine. L'attuazione è perciò un elemento imprescindibile della fattispecie negoziale, in quanto ne costituisce un indefettibile presupposto»: così, CENNI, *Consensualità e realtà nella formazione dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1993, 1043. Cfr. anche ORESTANO, in AA. VV., *Tratt. contratto*, diretto da V. Roppo, *Formazione*, Milano, 2006, vol. I, 299 ss., che, in tema di conclusione del contratto mediante consegna della cosa, ricorda la «visibile tensione» del dibattito dottrinale tra l'elemento volontaristico ed elemento reale nella formazione del contratto, che ebbe eco anche nella coeva giurisprudenza di legittimità. Quanto al mutuo di scopo convenzionale, S. MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, cit., 15, precisa che «la destinazione obbligata della provvista rappresenta un segmento di un'operazione più ampia e non rivela da sola, fuori dal contesto in cui si svolge l'economia del singolo affare, alcuna forza qualificativa che ne giustifichi l'assunzione a tratto distintivo di un autonomo tipo».

(564) FRATTAROLO – IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009, 263.

(565) Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, 1617.

Non solo: ma, guardando al profilo causale, nel sinallagma contrattuale è lo svolgimento dell'attività prevista in contratto, ancor più della prestazione degli interessi, ad assumere rilievo quale corrispettivo dell'attribuzione patrimoniale, «con la conseguenza che la funzione economico-sociale del negozio non si esaurisce, come di ordinario, nel consentire al sovvenuto il godimento del danaro mutuato, ma concerne la (futura) destinazione dello stesso, essendo la disponibilità della somma strumentale all'interesse [...] di conseguire la finalità stabilita» (566), dalla volontà negoziale dei contraenti oppure dalla legge.

Orbene, con specifico riferimento ai contratti di finanziamento erogabili all'impresa in crisi ai fini dell'esecuzione del suo risanamento finanziario e del suo (eventuale) *turnaround*, si è fatto riferimento al «mutuo di scopo legale». Pur non potendo ridurre l'intero spettro delle fattispecie di finanziamento al solo schema primigenio del mutuo, ferma l'espressa previsione di legge che fa riferimento ai «crediti derivanti dai finanziamenti in qualsiasi forma effettuati» (art. 182-*quater*, comma 1, l. fall.), nel caso in cui le parti dovessero optare per quella (più tradizionale) forma di finanziamento, una parte della dottrina si è appunto richiamata allo schema del mutuo di scopo, qualificandolo come «legale» proprio alla luce della destinazione della somma finanziata, da impiegarsi per il risanamento economico-finanziario-patrimoniale del debitore ed in vista della continuazione della sua attività aziendale, in attuazione di quanto previsto dalla normativa concorsuale, prima ancora che dalla volontà delle parti (567).

(566) Peraltro, come chiarito dalla Cass., 8 aprile 2009, n. 8564, in *Foro it.*, Rep. 2009, n. 24, *Mutuo* (in senso conforme, già: Cass., 17 luglio 1997, n. 6572, in *Foro it.*, 1998, I, 169), la destinazione di quanto ricevuto in forza di un mutuo di scopo alla realizzazione di quanto previsto nella clausola di destinazione non impegna ad utilizzare necessariamente in individuo le medesime cose ricevute: «con la conseguenza che il patto di compensazione tra un debito preesistente nei confronti del mutuante e le somme mutate, con la particolare utilizzazione di queste ultime per estinguere i debiti precedentemente contratti dal mutuatario verso il mutuante, non determina la nullità del contratto per mancanza originaria della causa, solo qualora sia stata realizzata l'opera per la quale i finanziamenti erano stati concessi».

(567) Così, G. FALCONE, *I finanziamenti "in esecuzione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti: continuità ed innovazioni nel "Codice della crisi e dell'insolvenza"*, in *Riv. dir. banc.*, 57, 2018, 11.

5. LA DISCIPLINA DELLA PREDEDUCIBILITÀ DEL CREDITO ALLA LUCE DELL'ATTUALE ORDINAMENTO CONCORSUALE E DELLE PREVISIONI NORMATIVE DEL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA. CENNI ALLA PROBLEMATICAPPLICABILITÀ DELL'ISTITUTO AI CREDITI DELL'ADVISOR DELL'IMPRESA.

Nel corso di questo lavoro si è più volte sottolineata la stretta correlazione tra il fenomeno del finanziamento all'impresa in crisi (*recitius*: la sua disciplina concorsuale) ed il riconoscimento della sua (*i*) esenzione dall'azione revocatoria e della (*ii*) prededucibilità del trattamento giuridico dei crediti conseguenti. Ragion per cui, prima di svolgere il discorso relativo alle fattispecie tipiche dei crediti derivanti dal finanziamento alla crisi, è opportuno soffermarsi sulle previsioni legislative in materia di prededuzione (soprattutto a fronte delle continue novelle apportate in materia dal legislatore negli ultimi anni, spesso sulla scia delle difficoltà poste dalla lunga stagione della crisi economico-finanziaria attraversata dal sistema produttivo e bancario nazionale), anche in relazione a quanto destinato ad entrare in vigore a séguito dell'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza.

Orbene, se, da un punto di vista generale, la prededuzione si delinea quale istituto di carattere derogatorio rispetto ai principî fondamentali della *par condicio creditorum* (568) e del rispetto della cause legittime di prelazione, propri del nostro diritto fallimentare, a séguito della (ininterrotta) stagione di riforme che, a far data dal 2005, ha accompagnato il R.d. n. 267/1942, detto carattere di eccezionalità è apparso sempre meno scontato, con le conseguenti difficoltà di coordinamento tra le diverse, specifiche previsioni normative al riguardo.

(568) Tradizionalmente si è inquadrato il fallimento in termini di procedura universale che, per sua essenza, è istituzionalmente destinata alla soddisfazione di tutti i creditori del fallito, in misura proporzionale alle rispettive ragioni patrimoniali. Tale inquadramento, infatti, ha comportato per il fallimento una configurazione quale «processo esecutivo» sostanzialmente finalizzato alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente, appunto secondo le regole proprie della *par condicio creditorum*.

A ben vedere, però, già la dottrina più risalente aveva avvertito come la parità di trattamento dei creditori dovesse considerarsi (non già un non meglio identificato principio generale sempre e comunque valido ed efficace, bensì) un principio direttivo, variamente applicato nelle singole disposizioni di legge cui deve farsi capo a seconda della fattispecie concreta: V. ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 398. D'altronde, non sono mancati autori che hanno precisato come la concorsualità, quale principio caratterizzante il fallimento, andasse tenuta ben distinta dalla *par condicio creditorum*, poiché, se la prima concerne la ragione del concorso fra gli aventi diritto, la parità di trattamento fra i creditori dell'imprenditore fallito individua soltanto uno dei possibili modi di attuazione di tale principio: V. COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Fall.*, 1984, 36; A. BONSIGNORI, *Fallimento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., V, Torino, 1990, 376.

Com'è noto, una significativa svolta si è registrata a séguito dell'introduzione dell'art. 111, comma 2, l. fall., ad opera dell'art. 99 del D.Lgs. n. 5/2006, (poi ulteriormente modificato dall'art. 8 del «decreto legislativo correttivo» n. 169/2007), a mente del quale sono considerati «prededucibili» (e perciò vanno soddisfatti con preferenza rispetto ai crediti «ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge», nonché a quelli «per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso», compresi i creditori garantiti, «qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa») i crediti in tal senso «qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali» di cui alla legge fallimentare (569).

In ragione di quanto appena ricordato, l'applicazione della prededucibilità in sede fallimentare si è andata progressivamente ampliando, fino a ricomprendere fattispecie spesso difficilmente riconducibili nell'ambito della normativa *de qua*. Più specificamente, se, da un lato, il riferimento ai crediti sorti «in occasione» della procedura concorsuale non ha fatto registrare particolari contrasti interpretativi, stante il ben delineato riferimento temporale alla concomitanza con la procedura, dall'altro, le maggiori difficoltà applicative sono sorte con riguardo al sorgere del credito «in funzione» della procedura medesima.

In particolare, la giurisprudenza ha conosciuto un orientamento particolarmente restrittivo al riguardo, per cui i sarebbero da qualificarsi come crediti sorti in funzione della procedura concorsuale esclusivamente quelli sorti all'interno della stessa, senza lacuna possibilità di estendere il beneficio della prededuzione ai crediti sorti antecedentemente all'apertura della stessa, soprattutto in mancanza di controlli preventivi ed autorizzativi da parte dell'autorità giudiziaria, nonché alla

(569) Per completezza, si segnala che, a séguito del D.L. 24 giugno 2014, n. 91 è stata abrogata la norma di interpretazione autentica dell'art. 111 l. fall. introdotta dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 9 (: «[l]a disposizione di cui all'articolo 111, secondo comma, del Regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo Regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma»).

luce dell'esito negativo della procedura di concordato (570). Al contrario, sembra doversi preferire il diverso e più «liberale» (571) approccio alla materia dimostrato da altra e più ampia parte della giurisprudenza, che, seppur con diverse distinzioni al suo interno, ha considerato applicabile l'istituto della prededuzione anche a quei crediti funzionali alla procedura concorsuale, nel senso di essere sorti in funzione dell'attivazione della stessa.

Per vero, particolari difficoltà interpretative si sono avute in merito alla portata applicativa della prededuzione rispetto al credito vantato dal professionista incaricato (*advisor*) di predisporre il piano di risanamento e/o di ristrutturazione, di verificare la ricorrenza delle condizioni per la presentazione di una domanda di concordato preventivo o, in caso di esito negativo, di auto-fallimento, *etc.* (572). Questione che, peraltro, si è dovuta altresì confrontare con le modifiche legislative intervenute negli ultimi anni, che hanno contribuito a fare, di quella invocata dai professionisti per i crediti derivanti dalle attività di assistenza (giudiziale o stragiudiziale) e di consulenza, la più controversa tra le prededuzioni (573).

(570) In tal senso, a titolo esemplificativo: Cass., 14 febbraio 2011, n. 3581, in *Giust. civ.*, Mass., 2012, 238 (: i crediti nascenti dalle obbligazioni contratte nel corso della procedura di concordato preventivo, poi risolto per inadempimento e sfociato nel fallimento, non possono essere soddisfatti in prededuzione e gli atti solutori degli stessi sono suscettibili, accertati i presupposti *ex lege*, di essere revocati, stante la funzione liquidatoria del concordato, rispetto alla quale la continuazione dell'esercizio delle attività è solo eventuale). Tra le pronunce di merito, cfr.: Trib. Pordenone, 8 ottobre 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bari, 17 maggio 2010, in *Giur. mer.*, 2011, 1282; Trib. Udine, 6 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, 998.

(571) Così, M. GIUSTA, *La prededuzione fra concordato e fallimento*, in AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2017, 634. Tra le pronunce in tal senso: Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *Fall.*, 2009, 1413; Trib. Modena, 11 gennaio 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in *Fall.*, 2008, 1209.

(572) Nell'impianto pre-riforma della legge fallimentare, la prededuzione del credito veniva ricavata argomentando dall'art. 111 l. fall., che, stabilendo l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, assicurava la priorità del rimborso alle spese contratte per l'amministrazione della procedura fallimentare e per l'eventuale, autorizzata continuazione delle attività imprenditoriali. Ne discendeva, perciò, l'esclusione del trattamento prededucibile dei crediti vantati dai professionisti che avessero assistito l'impresa nell'ambito della procedura minore. In dottrina: V. SCHIAVONE, *Prededucibilità dei debiti contratti durante le procedure prefallimentari*, in *Fall.*, 1993, 1151 ss.

(573) Se durante la vigenza dell'art. 182-*quater*, comma 4, l. fall. (che prevedeva la prededucibilità per i compensi spettanti al professionista incaricato di disporre la relazione da depositare unitamente alla domanda di concordato ovvero all'istanza di omologazione dell'accordo, a condizione che ciò fosse espressamente contemplato dal provvedimento giudiziale di ammissione di queste) non poche furono le letture contrastanti della giurisprudenza e della dottrina, in particolare per ciò che non risultava ivi espressamente previsto, ovvero la prededucibilità dei compensi di tutti gli altri professionisti coinvolti a diverso titolo nella predisposizione del piano o dell'accordo in caso

Nonostante la funzionalità del relativo credito rispetto alla procedura, alcune pronunce (anche in sede di legittimità) ne hanno negato il riconoscimento della prededucibilità nel caso di esito negativo del tentativo di risanamento e conseguente dichiarazione di fallimento, a fronte dell'assenza di vantaggi per i creditori concorsuali dall'espletamento dell'incarico in questione.

Per dare la cifra della perdurante incertezza applicativa in materia, basta considerare le due opposte pronunce della S.C. recentemente intervenute sulla prededucibilità del credito del professionista a séguito di domanda di mancata ammissione al concordato preventivo, che danno. Se, in un caso, i giudici di legittimità hanno respinto l'ipotesi di una siffatta qualificazione del credito, sulla base del ragionamento per cui il riconoscimento della natura prededucibile del credito non può che presupporre l'avvenuta apertura della procedura rispetto alla quale l'attività svolta si pone chiaramente in un rapporto di «funzionalità»; nell'altro, è stato ammesso in prededucazione il credito del legale che aveva assistito la società nella predisposizione della domanda prenotativa ed in quella definitiva di ammissione al concordato, nonostante la successiva declaratoria di inammissibilità di quest'ultima da parte del tribunale competente (574).

A differenza della prima soluzione, nell'ultimo caso summenzionato, la Cassazione ha ritenuto rientrante *de plano* il credito in quelli

di sopravvenuto fallimento dell'istante (cfr. Trib. Milano, 26 maggio 2011, in *Fall.*, 2011, 1337); a séguito dell'intervento abrogativo della disposizione ad opera del D.L. n. 83/2012, non sembrano essere stati fugati tutti i dubbi al riguardo.

Per un'analisi della giurisprudenza sul tema: V. SALLORENZO, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto in "occasione" o in "funzione" del concordato preventivo*, in *Ildirittodegliaffari.it*, 15 gennaio 2016, 1 ss.

(574) Nel primo senso, Cass., 6 marzo 2018, n. 5254; nel secondo, Cass., 30 marzo 2018, n. 7974, entrambe in *www.ilcaso.it*, con nota critica di M. GREGGIO, *Le ambivalenze della giurisprudenza di legittimità in tema di prededucibilità del credito del professionista nel fallimento che segue al concordato preventivo: l'ammissione è una condizione necessaria?*, in *IlCaso.it*, 11, 16 maggio 2018, 1 ss.

Invero, ferma restando la diversità delle prospettive adottate dai due succitati provvedimenti, va precisato che, nel primo caso, l'esclusione della natura prededucibile del credito dell'*advisor* (ammesso al passivo con attribuzione della sola natura privilegiata, ex art. 2751-bis, comma 1, n. 2, c.c.), muoveva anche dalla circostanza per cui la domanda *de qua* non era stata neppure depositata, evidentemente alla luce dell'accertata insussistenza dei presupposti economico-finanziari-patrimoniali richiesti dalla legge.

Tra le pronunce di merito, coerente con la prospettiva adottata dalla prima pronuncia citata: Trib. Padova, 2 marzo 2015, in *IlFallimentarista.it*, che ha escluso il carattere prededucibile del credito del professionista a fronte della mancata prova della sua concreta utilità per la massa dei creditori, giustificando la decurtazione sino alla metà del compenso riconosciuto all'attestatore proprio alla luce dell'esito negativo della procedura intrapresa.

sorti in funzione della procedura di concordato preventivo, a norma dell'art. 111, comma 2, l. fall., con conseguente suo trattamento in prededuzione, senza che, a tal fine, il giudice debba accertare, con valutazione *ex post* circa i risultati concretamente raggiunti, l'utilità per la massa della prestazione resa dal professionista. In altri termini, secondo questa prospettiva ermeneutica «la verifica del nesso di funzionalità/strumentalità deve essere compiuta controllando se l'attività professionale prestata possa essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio *ex ante*», con eventuale esclusione della prededuzione non già per l'esito negativo dell'iniziativa, bensì per il carattere sovrabbondante e superfluo delle attività prestate rispetto all'assunta iniziativa (575).

Anche alla luce di quanto appena richiamato, si è assistito ad una evoluzione della giurisprudenza di legittimità (parallela a quella normativa e non meno problematica di quest'ultima), che sembra propendere verso una certa espansione dell'istituto della prededuzione oltre il ristretto ambito dei crediti di massa, sino a ricomprendere quelli derivanti dalle obbligazioni esterne ed anteriori alla procedura, purché utili al raggiungimento degli scopi della stessa. Pertanto, rimane fermo l'onere probatorio in capo al curatore di contestare la congruità e l'opportunità delle scelte adottate dal professionista incaricato la prededucibilità del cui credito si intende contestare, unitamente all'eventuale ipotesi di responsabilità del medesimo per aver sostenuto, con dolo o

(575) Più in particolare, a detta dei giudici di legittimità la *ratio* insita nella disposizione *ex art.* 111, comma 2, l. fall., starebbe nel suo individuare «un precetto di carattere generale, privo di restrizioni», finalizzato – unitamente ad altre norme concorsuali, quali quella di cui all'art. 67, comma 3, lett. g), che appunto sottrae alla revocatoria fallimentare i pagamenti dei debiti liquidati ed esigibili eseguiti dall'imprenditore per ottenere prestazioni di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo – a favorire il ricorso agli strumenti concorsuali di legittima fuoriuscita dalla crisi e di conservazione dei valori aziendali, con conseguente diversità dei concetti di funzionalità e di utilità conseguibile dalla massa.

Così, cfr.: Cass., 30 marzo 2018, n. 7974, cit.; Cass., 9 maggio 2014, n. 10110, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1355; Cass., 14 marzo 2014, n. 6031, in *www.ilcodicedei-concordati.it*; Cass., 11 luglio 2014, n. 16035, in *www.ilcaso.it*; Cass., 5 marzo 2015, n. 4486, in *IlFallimentarista.it*; Cass., 19 luglio 2016, n. 14813, in *DeJure.it*; Cass., 10 gennaio 2017, n. 280, in *Fallimenti&Società.it*; Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, in *www.osservatorio-oci.org*.

Tra le pronunce di merito, vedi Trib. Roma, 23 febbraio 2015, in *IlFallimentarista.it*: seppure non può predicarsi un automatismo *juris et de jure* circa la prededucibilità dei crediti in questione, è legittimo presumere che le prestazioni volte a consentire la presentazione della domanda di concordato siano non solo funzionali alla procedura *de qua*, ma anche al più generale interesse dei creditori, non potendo assumere di per sé rilevanza ostativa il successivo esito negativo della stessa, bensì solo la coerenza delle prestazioni adempiute rispetto alle finalità della procedura.

colpa grave, tentativi concordatari velleitari e dannosi per il ceto creditorio (576).

I rilievi richiamati in questa sede spiegano l'approccio più netto che ha deciso di assumere il legislatore della riforma, laddove ha previsto, sin dai principi generali della legge-delega n. 155/2017, la necessità di «ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure» (art. 2, comma 1, lett. l).

Diversamente da quanto si è andato consolidando nella giurisprudenza più recente, in attuazione del summenzionato principio direttivo, il codice della crisi e dell'insolvenza prevede che, fermo restando l'elevato grado di privilegio di cui restano comunque muniti i crediti professionali sorti in funzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo, la prededuzione spetta solo nei limiti del

(576) Vero è che, molto spesso, le tesi dell'utilità concreta e dell'ammissione alla procedura come condizioni necessarie per la prededuzione sono state utilizzate dai tribunali fallimentari quale reazione verso gli abusi talora registrati nella prassi, censurando così i comportamenti poco virtuosi assunti dai professionisti incaricati dal debitore.

Per un'opinione favorevole al riconoscimento della prededucibilità anche nell'ipotesi di esito negativo ed apertura del fallimento, vedi M. GREGGIO, *Le ambivalenze della giurisprudenza di legittimità in tema di prededucibilità del credito del professionista*, cit., spec. 15 ss., il quale segnala diverse ragioni per preferire questo approccio piuttosto che quello più restrittivo: *a)* l'ammissione alla procedura (o comunque l'utilità concreta dell'attività professionale esperita) non risulta elemento della fattispecie di cui all'art. 111, comma 2, l. fall., né di altre previsioni concorsuali in materia; *b)* subordinare l'attività dell'*advisor* incaricato all'ammissione del concordato ne comporterebbe l'inquadramento in termini di obbligazione di risultato e non già di mezzi, con conseguente apprezzamento *ex post* in sede giudiziale; *c)* anche nel caso di mancata ammissione *ex art.* 163 l. fall., l'opera del professionista potrebbe concretamente risultare utile per gli interessi del ceto creditorio ed essere apprezzata anche alla luce della complessità e pluralità delle attività da questo espletate, nonostante la successiva non omologazione del piano (si pensi ad es. al riordino complessivo della documentazione contabile dell'impresa di cui potranno agevolarsi l'autorità giudiziaria, il curatore ed i creditori concorsuali nel successivo fallimento); *d)* non sempre la mancata ammissione del concordato preventivo è sinonimo di inadeguatezza dell'attività svolta dal professionista; *e)* escludere aprioristicamente la collocazione in prededuzione del credito del professionista nel caso in cui al concordato (od al pre-concordato) segua l'apertura del fallimento rischia di depotenziare lo stesso strumento concordatario, in quanto elemento fortemente disincentivante l'assistenza dell'impresa da parte dei professionisti qualificati; *f)* dalla lettura combinata degli artt. 67, comma 3, lett. g) e 111, comma 2, l. fall., si evince come il legislatore riconosca nella strumentalità delle prestazioni all'accesso al concordato preventivo quel nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni medesime, a nulla rilevando la loro collocazione temporale precedente alla proposizione della domanda.

75% dell'ammontare del credito, sempre a condizione, rispettivamente, che l'accordo sia omologato o che la procedura di concordato sia aperta (art. 6, comma 1, lett. b, cod. crisi ins.).

Al contempo, però, al fine di incentivare e valorizzare le procedure di allerta e composizione assistita della crisi, si è deciso di esentare dalla suddetta limitazione, sia i crediti per spese e compensi degli OCC e degli OCRI (comma 1, lett. a), sia di escludere la prededucibilità dei «crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI» (art. 6, comma 3).

A conclusione di quanto trattato in questa sede, è opportuno dar conto delle previste modifiche in materia di prededucibilità del credito da parte del legislatore della riforma, anche al fine di verificarne la vicinanza o meno sul punto con l'attuale legge fallimentare.

Venendo alla prospettiva assunta dalla legge-delega 19 ottobre 2017, n. 155, non si può che richiamare quanto già affermato in precedenza circa la generale intenzione di favorire l'accesso dell'impresa in crisi al credito, in specie quello bancario e finanziario (577). Ciò, attraverso una generale risistemazione dell'attuale sistema della finanza della crisi d'impresa, rispetto al quale si è previsto: il «riordino» e la «semplificazione» delle fattispecie; il riconoscimento della «stabilità alla prededuzione dei finanziamenti autorizzati dal giudice»; il contenimento delle ipotesi di prededuzione, in ossequio al «principio di economicità» delle procedure concorsuali; la riformulazione delle disposizioni di legge oggetto di diversi «contrastati interpretativi» in sede giurisprudenziale (art. 6, comma 1, lett. o); art. 2, comma 1, lett. l) ed m), L. n. 155/2017). D'altra parte, la continua evoluzione normativa dell'istituto della prededuzione ha determinato un rilevante ampliamento del suo perimetro applicativo. Pur con il condivisibile intento di favorire quanto più possibile il risanamento aziendale dell'impresa in crisi, negli ultimi anni si è assistito ad un proliferare dei crediti prededucibili tale per cui se, da una parte, il soddisfacimento della massa dei crediti concorsuali si è andato sempre più assottigliando, dall'altra, le diverse interpretazioni giurisprudenziali hanno acuito il quadro di incertezza circa l'applicabilità dell'istituto, tanto da disincentivare, di fatto, l'auspicata soluzione

(577) Sul tema: S. BONFATTI, *I presupposti e gli effetti del sostegno finanziario alle imprese in crisi. Uno sguardo d'insieme*, in *Dirittobancario.it*, settembre 2018, 1 ss.; G. FALCONE, *I finanziamenti "in esecuzione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1 ss.

della crisi d'impresa mediante l'apporto di risorse finanziarie da parte dei terzi (578).

Ai sensi del già citato art. 6, comma 1, cod. crisi ins., ferma la possibilità di qualificare come «prededucibile» un credito da parte di una singola e specifica previsione di legge (cfr. art. 111, comma 2, l. fall.), si considerano espressamente prededucibili: i crediti per le spese ed i compensi derivanti dalle prestazioni rese dai nuovi organismi di composizione della crisi di impresa (OCRI) e di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC); i crediti professionali «sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive», seppur nei limiti del 75% del credito accertato e ferma l'omologazione dell'accordo, nonché i crediti professionali «sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correde», sempre nei limiti percentuali di cui sopra e ferma l'avvenuta apertura della procedura *de qua*, ai sensi dell'art. 47 cod. crisi ins.

Attraverso una previsione di chiusura, è altresì prevista la prededucibilità di quei «crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi».

Se, da un lato, viene confermata la persistenza del carattere prededucibile dei crediti «anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali» (comma 2), dall'altro, appare chiaro l'intento legislativo di incentivare e valorizzare le nuove procedure di allerta e composizione assistita della crisi, come conferma la lettura del comma 3 della summenzionata disposizione generale, a mente del quale è esclusa la prededucibilità per i crediti aventi fonte nelle espletate prestazioni professionali «rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI».

Diverse sono le previsioni normative del codice che contemplano l'espressa prededucibilità dei crediti, a seconda dell'ambito in cui essi sorgono. Ovviamente, parallelamente a quanto previsto dall'attuale normativa fallimentare, anche il nuovo codice prevede espressamente che le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate se-

(578) M. SPADARO, *I crediti prededucibili. Itinerari della giurisprudenza*, in *Fall.*, 2016, 985 ss. Ad oggi si contano almeno quindici fattispecie di prededuazione, ivi compresa quella c.d. «fattuale».

condo un ordine che vede il pagamento dei crediti prededucibili preferito a quelli prelatizi e chirografari, ai quali sono aggiunti i crediti postergati (art. 221 cod. crisi ins.); mentre il successivo art. 222, rubricato «Disciplina dei crediti prededucibili», sostanzialmente ripropone la previsione dell'attuale art. 111-*bis* 1. fall. (579).

In combinato con quanto disposto dalla legge fallimentare, si possono citare: la prevista autorizzazione del tribunale al compimento degli «atti urgenti di straordinaria amministrazione» realizzati nel lasso di tempo tra la domanda di accesso al concordato preventivo o al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione e l'emanazione del decreto di apertura della fase giudiziale, a séguito della quale i «crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore» sono qualificati come prededucibili (art. 46, comma 4; art. 161, comma 7, 1. fall.); la prededucibilità dei crediti dei terzi, nonostante l'intervenuta revoca della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione, in quanto sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore (art. 53, comma 3, ult. cpv.; art. 18, comma 15, 1. fall.); la prevista prededucibilità «del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali dopo la pubblicazione della domanda di accesso al concordato» e prima della notifica dell'istanza di autorizzazione alla sospensione o di scioglimento del contratto ancora ineseguito o non compiutamente eseguito nelle prestazioni principali da entrambe le parti (art. 97, comma 11; art. 169-*bis*, comma 2, 1. fall.); la conferma del carattere prededucibile, nei limiti dell'80%, dei crediti derivanti dai finanziamenti erogati dai soci dell'impresa in crisi, «in qualsiasi forma,

(579) I crediti prededucibili devono essere accertati con le modalità dettate in materia di accertamento del passivo e dei diritti dei terzi sui beni compresi nella liquidazione giudiziale (artt. 200-210 cod. crisi ins.), «con esclusione di quelli non contestati per collocazione e ammontare», anche laddove sorti durante l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 213, comma 4) ovvero sorti a séguito dell'emanazione dei provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati *ex art.* 123 cod. crisi ins., eventualmente determinati, nel *quantum* e nell'*an*, a séguito del provvedimento reso sul reclamo contro il decreto del giudice delegato o del tribunale (art. 124 cod. crisi ins.). Ai sensi del secondo comma della disposizione *de qua*, «vanno soddisfatti per il capitale, gli interessi [il cui corso cessa al momento del pagamento] e le spese con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti».

Al contempo, risulta confermata la previsione per cui potranno essere soddisfatti al di fuori del procedimento di riparto i crediti «sorti nel corso della procedura di liquidazione giudiziale che sono liquidi, esigibili e non contestati per collocazione e per ammontare», ferma la presumibile sufficienza dell'attivo «a soddisfare tutti i titolari di tali crediti» (comma 3); in caso contrario, invece, si seguiranno criteri di assegnazione legislativamente fissati della «graduazione» e della «proporzionalità» (comma 4).

inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie». Beneficio che riguarderà l'intero ammontare del finanziamento laddove il soggetto finanziatore risulti aver acquistato la qualità di socio in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 102; art. 182-*quater*, comma 3, l. fall.)

Lasciando al prosieguo del capitolo la tematica dei crediti prededucibili nascenti dai finanziamenti erogati nel quadro della procedura di concordato preventivo ovvero nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in quanto particolarmente rilevanti dall'angolo visuale delle banche, è d'uopo aggiungere alla casistica qui presa in considerazione, anche le ulteriori previsioni specificamente dedicate al contratto di mandato ed al contratto di assicurazione contro i danni.

Infatti, se, da un lato, è previsto che «il credito del mandatario per l'attività compiuta dopo l'apertura della procedura di liquidazione» dev'essere soddisfatto in prededuzione, laddove il curatore decida di subentrare nel contratto, nonostante la liquidazione giudiziale del patrimonio del mandante (art. 183, comma 3; art. 78, comma 3, l. fall.); dall'altro, se il curatore comunica di voler subentrare nel contratto di assicurazione contro i danni stipulato precedentemente all'apertura della procedura, il relativo credito dell'impresa assicuratrice dovrà essere «soddisfatto in prededuzione per i premi scaduti dopo l'apertura della liquidazione giudiziale» (art. 187, comma 2; art. 82, comma 2, l. fall.).

È altresì noto come la legge fallimentare contempra ulteriori, specifiche ipotesi di crediti prededucibili, che danno ancor più l'idea di un sistema invero multiforme e di difficile lettura sistematica, come dimostrano le fattispecie contemplanti il subentro del curatore in luogo del fallito nei rapporti giuridici preesistenti al momento della sentenza dichiarativa di fallimento (580). Invero, è proprio in riferimento a quest'ultimo aspetto che, in attuazione dei principi posti dalla legge delega n.

(580) Si vedano, ad es., le ipotesi del contratto di vendita (artt. 72, comma 1 e 72-*ter*, l. fall.), della vendita con riserva di proprietà, che prevede il pagamento immediato da parte del curatore subentrato (art. 73 l. fall.), del pagamento integrale, da parte dello stesso organo della procedura, del prezzo dovuto «delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati», in forza di un contratto ad esecuzione continuata o periodica (art. 74 l. fall.).

Dall'angolo visuale del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, si veda quanto disposto con riguardo alla sorte dei beni che pervengono durante la procedura di liquidazione giudiziale (l'attuale fallimento), che sono in essa ricompresi, «dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione» degli stessi (art. 142, comma 2, cod. crisi ins.), non diversamente da quanto ad oggi previsto dall'art. 42, comma 2, l. fall.

155/2017, lo schema del codice della crisi e dell'insolvenza prevede l'introduzione di talune fattispecie che, diversamente da quelle sopra citate, segnano una diversa prospettiva rispetto al sistema oggi in vigore.

In particolare, riprendendo il filo del discorso relativo alla sorte dei contratti pendenti al momento dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, si segnala la previsione concernente la sorte del contratto di affitto d'azienda (art. 79 l. fall.), per cui l'indennizzo dovuto dalla curatela alla controparte, in caso di scioglimento del rapporto (dall'angolo visuale della riforma, possibile solo «previa autorizzazione del comitato dei creditori»), non risulterà più «regolato dall'articolo 111, n. 1» della legge fallimentare (e quindi in prededuzione), ma sarà «insinuato al passivo come credito concorsuale» (art. 184, comma 1, cod. crisi ins.); e ciò, tanto nel caso di procedura aperta nei confronti del locatore quanto nel caso di quella aperta nei confronti del conduttore concedente o dell'affittuario.

D'altra parte, l'espressa esclusione della prededucibilità del credito dell'indennizzo si rinviene anche nel caso di scioglimento del contratto di locazione di immobile, a prescindere dal fatto che la procedura sia stata aperta nei confronti del locatore oppure del conduttore (art. 185 cod. crisi ins.) (581).

6. LE FATTISPECIE TIPICHE DEL FINANZIAMENTO ALL'IMPRESA IN CRISI.

6.1. CENNI INTRODUTTIVI ALLA DISCIPLINA DEI FINANZIAMENTI CONCESSI AI FINI RISTRUTTURATIVI E/O RIORGANIZZATIVI DELL'IMPRESA IN STATO DI CRISI.

Tanto nella prospettiva legislativa, quanto in quelle della dottrina e della giurisprudenza, è oramai definitivamente acquisita la fondamentale importanza del finanziamento all'impresa in crisi in funzione della realizzazione del risanamento, soprattutto nell'ambito della procedura di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, le cui discipline hanno conosciuto una lunga sequenza di interventi normativi che, soprattutto a causa della mancanza di una visione coerente ed organica della materia, restituiscono un sistema alquanto articolato e di non facile interpretazione.

(581) È noto che, ad oggi, l'art. 80, comma 4, l. fall., prescrive, in caso di recesso dal contratto di locazione da parte della curatela della procedura aperta nei confronti del conduttore, la soddisfazione in prededuzione del credito derivante dall'indennizzo dovuto alla controparte, assistito fra l'altro dal privilegio *ex art. 2764 c.c.*

Riprendendo quanto si è già diffusamente trattato nelle pagine precedenti, a partire dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78, si è iniziato ad integrare la normativa concorsuale in ordine ad alcuni aspetti ritenuti di fondamentale importanza ai fini della diffusione di un modello legislativo di soluzione delle crisi reversibili.

Più specificamente, ai sensi dell'art. 48 del succitato decreto legge (poi convertito con modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122), si è voluto espressamente favorire e promuovere l'erogazione di nuovi finanziamenti all'impresa in difficoltà, sia da parte degli istituti bancari e degli intermediari finanziari (582), che da parte dei soci della società finanziata (583).

Com'è noto, detto *favor* si è tradotto nella riconosciuta prededucibilità dei relativi crediti in caso di successivo fallimento dell'impresa sovvenzionata, pur con la precauzione relativa all'ambito in cui i finanziamenti sono stati concessi, quello cioè degli strumenti di risanamento configurati dalla legge fallimentare riformata che presuppongono l'osservanza di una serie di prescrizioni sostanziali e procedurali, nonché l'intervento autorizzativo dell'autorità giudiziaria competente. Così facendo, si sono introdotte nel sistema concorsuale talune novità di sicura rilevanza.

In particolare, si è introdotta la previsione della prededucibilità, nel fallimento eventualmente sopravvenuto, dei crediti di restituzione vantati dalle banche e dagli intermediari finanziari *ex art.* 106 t.u.b.,

(582) Nella Relazione governativa al D.L. n. 78/2010, *sub Art. 48*, si legge che nella prassi applicativa, «se diffusi sono gli accordi nei quali creditori e soci sono soliti rinunciare a parte dei crediti esistenti ovvero concedere moratorie in funzione del risanamento dell'impresa, più complesse sono le determinazioni in ordine alla erogazione di nuovi finanziamenti. Questi ultimi comportano un ulteriore accrescimento del rischio di credito da parte del finanziatore e il riconoscimento, sia pur in presenza di specifiche condizioni, del beneficio della prededucibilità potrebbe rappresentare un importante incentivo nella loro erogazione a sostegno dell'impresa». La nuova norma, finalizzata alla tutela dei finanziamenti erogati in attuazione degli accordi concordatari o di ristrutturazione dei debiti, parificandole quella relativa ai c.dd. «finanziamenti-ponte» inizialmente concessi dai soli intermediari bancari e/o finanziari nella fase precedente al deposito delle relative domande di ammissione alla procedura di concordato preventivo *ex artt.* 160 ss. l. fall., e di omologa degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis*, in considerazione del fatto che, tanto la formazione del piano, quanto la conclusione dell'accordo, richiede «un periodo anche non breve, in cui il finanziamento può essere essenziale per conservare all'impresa prospettive di continuità aziendale».

(583) Riprendendo le parole del legislatore italiano, lo «stesso spirito» posto alla base del riconoscimento della prededucazione per i crediti derivanti dai finanziamenti concessi dagli intermediari finanziari, ha altresì ispirato la disposizione dettata in materia di prededucibilità dei crediti dei finanziamenti dei soci, che, seppur nei limiti dell'80% degli stessi, comporta l'esigenza di derogare alle disposizioni codicistiche in tema di postergazione di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.

derivanti dai finanziamenti effettuati in esecuzione degli omologati accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater*, comma 1), nonché di quelli effettuati già nella fase di negoziazione degli accordi di cui all'art. 182-*bis* 1. fall. (solitamente definiti «finanziamenti ponte», o «*bridge-loan*»), appunto tutelati in quanto concessi «in funzione» della domanda di omologazione (art. 182-*quater*, comma 2).

Per vero, la riconosciuta prededucibilità (poi estesa anche ai finanziatori non professionali) ha altresì interessato i prestiti concessi dai soci della società debitrice, in un primo momento, solo in esecuzione degli accordi di ristrutturazione omologati, a séguito della “miniriforma” del 2012, anche in dipendenza dei finanziamenti effettuati nella fase di negoziazione degli stessi. Seppur nei limiti dell'80% del credito vantato, anche in questo caso risulta chiaro l'interesse del legislatore ad incentivare la prestazione di nuovi finanziamenti all'impresa in crisi, un *favor* talmente sentito da giustificare un'evidente deroga alle fattispecie di postergazione *ex artt.* 2467 e 2497-*quinquies*, c.c., collocando i crediti finanziari dei soci in una posizione addirittura preferenziale rispetto a quella riservata ai creditori concorsuali.

È altresì noto come, accanto all'introduzione delle suddette novità legislative in materia di prededucazione, siano state affiancate ulteriori due previsioni incentivanti il recupero dell'impresa in crisi, ed in qualche modo complementari alle precedenti. Da un lato, si è introdotto l'espresso divieto, già nella fase delle trattative funzionali alla conclusione degli accordi di ristrutturazione, di iniziare ovvero proseguire le azioni cautelari ed esecutive nei confronti del patrimonio del debitore, nonché di acquisire titoli di prelazione non concordati nella fase delle trattative medesime (art. 182-*bis*, commi 6 e 7); dall'altro, si è introdotta una causa di esclusione della tipicità dei reati di bancarotta fraudolenta preferenziale e di bancarotta semplice che, anche a séguito dei successivi interventi di modifica del 2012 e del 2015, ad oggi prevede che le disposizioni dettate dagli artt. 216, comma 3 e 217 1. fall., non si applicano ai pagamenti ed alle operazioni compiute «in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)», né «ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-*quinquies*» (584).

(584) Per completezza, si segnala che la disposizione *de qua* fa altresì riferimento all'accordo di composizione della crisi omologato *ex art.* 12, L. 27 gennaio 2012, n. 3, nonché alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'art. 22-*quater*, comma 1, L. 11 agosto 2014, n. 116, dettato in materia di misure a favore del credito

Nel delineare (seppur sinteticamente) il profilo dell'attuale disciplina concorsuale dei finanziamenti all'impresa in crisi, occorre rammentare che, a séguito dell'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, si è proceduto a porre un correttivo a quella che lo stesso legislatore, in sede di conversione, ha definito come una delle maggiori «criticità del sistema», sostanzialmente impeditiva della «tempestiva risoluzione delle crisi di impresa», ovvero la mancanza di un «mercato della finanza interinale», dovuta al dubbio circa la riconosciuta prededucibilità del relativo credito. Pertanto, su ispirazione dei c.dd. «*first day orders*» previsti dal *Bankruptcy Code* statunitense, si è voluto riconoscere al debitore depositante una domanda – anche solo prenotativa – di concordato preventivo oppure di accordo (o proposta di accordo) di ristrutturazione dei debiti, «la facoltà di richiedere subito al tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili e a pagare i fornitori anteriori le cui prestazioni siano funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa», nonché di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili non ancora oggetto di trattative in corso.

Ovviamente, il riconoscimento di un siffatto «florilegio» di predeuzioni (585) necessita del passaggio autorizzativo da parte del tribunale «sulla base delle risultanze della relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, lettera d), che il debitore deve produrre, e, ove occorra, assunte sommarie informazioni». Il tutto, *sub condicione* che i finanziamenti e/o i pagamenti in oggetto – conseguentemente esenti da azioni revocatorie ordinarie e fallimentari – risultino documentalmente funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori concorsuali, pur realizzata (non già attraverso la liquidazione del patrimonio aziendale, bensì) attraverso la continuità delle attività produttive dell'impresa beneficiaria.

Con le novelle di cui al D.L. 27 giugno 2015, n. 83, si è ulteriormente ampliata la (già non irrilevante) portata delle disposizioni in materia di prededuazione, con riferimento specifico alla disposizione di cui all'art. 182-*quinquies*, inizialmente introdotta dal D.L. n. 83/2012, e recante le «Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti».

In particolare, la summenzionata disposizione ad oggi contempla, al suo terzo comma, la possibilità di richiedere al tribunale la pronuncia

per le imprese sottoposte a commissariamento straordinario e per la realizzazione del piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria.

(585) Così, P. VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuazioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 657.

di un provvedimento d'urgenza che autorizzi il debitore – già al momento della presentazione di una domanda «prenotativa» di concordato preventivo, di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o di proposta di accordo *ex art. 182-bis*, comma 6, l. fall. –, a contrarre limitati finanziamenti prededucibili od a mantenere le linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda (586), al fine di sostenere la propria attività aziendale durante il periodo necessario a predisporre l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale.

L' «urgenza» ed il pericolo di un «pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda», spiegano altresì l'assenza dell'attestazione di funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, dovendosi piuttosto specificare nell'apposito ricorso la destinazione dei finanziamenti che non si è in grado di reperire altrimenti ed il pregiudizio che deriverebbe nel caso di diniego dell'autorizzazione. Pertanto, l'autorità giudiziaria, «assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione» (587).

Quanto alla novella dell'art. 182-*quinquies*, comma 1, l. fall., la disposizione ivi prevista è stata integrata attraverso il chiarimento relativo alla possibilità di ottenere l'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile anche prima della presentazione della proposta di concordato e del piano concordatario, fermo il necessario deposito della relazione dell'esperto che verifichi il fabbisogno finanziario complessivo sino all'omologazione ed attesti la funzionalità del finanziamento stesso alla migliore soddisfazione dei creditori.

(586) In siffatte circostanze, infatti, l'autorizzato mantenimento delle linee di credito autoliquidanti (od anche la "riattivazione" di quelle preesistenti) risulterebbe funzionale a far fronte al momento di difficoltà finanziaria dinanzi al quale l'impresa si trova: si pensi alle urgenti necessità dell'esercizio delle attività aziendali alle quali far fronte fino alla scadenza del termine per il deposito della proposta di concordato preventivo completa del piano, delle attestazioni e di tutto il corredo documentale richiesto dalla legge affinché il debitore possa accedere alla procedura.

(587) Sul punto, vedi ad es., Trib. Udine, 16 marzo 2017, in *www.unijuris.it*: in questa fase preliminare, il ruolo del tribunale risulta inevitabilmente limitato dall'incompletezza delle informazioni disponibili, non risultando ancora depositato il piano ed essendo pressoché impossibile esprimere un giudizio sulla eventuale manifesta dannosità dell'esercizio provvisorio dell'impresa rispetto alla realizzazione del piano medesimo (art. 186-*bis*, comma 7). Quanto alla destinazione dei finanziamenti, la loro «urgenza» si giustifica proprio con riferimento ai costi immediatamente funzionali alla produzione, come possono essere quelli necessari a soddisfare le commesse, ma non anche quelli destinati al pagamento dei (pur ragionevoli) compensi ai professionisti che assistono l'impresa nella presentazione della domanda di concordato.

Ferme le due novità appena citate, la miniriforma del 2015 ha altresì ampliato l'ambito applicativo della norma *de qua* con specifico riferimento ai profili dell'autorizzazione giudiziale della concessione di garanzie dei finanziamenti concessi ai fini ristrutturativi e/o riorganizzativi ivi disciplinati: non più limitate alla sola concessione del pegno o dell'ipoteca, ma anche alla eventuale cessione dei crediti dell'impresa finanziata (art. 182-*quinquies*, comma 4, 1. fall.).

6.2. I CREDITI DERIVANTI DAI FINANZIAMENTI EFFETTUATI: A) IN ESECUZIONE DI UN CONCORDATO PREVENTIVO O DI UN ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI; B) IN FUNZIONE DELLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA DI AMMISSIONE ALLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO O DI OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI; C) "INTERINALI" ED "INTERINALI URGENTI".

Come si è più volte sottolineato in precedenza, il finanziamento delle imprese in crisi e gli strumenti di composizione negoziale della crisi costituiscono un'endiadi inscindibile, dove il primo elemento trova un'adeguata tutela normativa solo nel quadro tracciato dai secondi, in quanto finalizzati al recupero del debitore ed al miglior soddisfacimento dei suoi creditori.

Dal punto di vista del trattamento giuridico dei crediti derivanti dal finanziamento alla crisi, oltre alle esenzioni dall'azione revocatoria e dall'applicabilità delle disposizioni penali previste nella legge fallimentare, la "leva" prescelta dal nostro legislatore è stata quella del trattamento in prededuzione di detti crediti, ossia del riconoscimento legislativo del beneficio della preferenza dei crediti che hanno la loro fonte negli apporti finalizzati al risanamento finanziario e/o industriale dell'impresa in stato di crisi.

Invero, l'incentivo alla concessione di nuova finanza attraverso il rafforzamento delle conseguenti pretese creditorie poste in posizione privilegiata rispetto agli altri creditori nel successivo fallimento, incontra rilevanti limitazioni nella disposizione di cui all'art. 111-*bis* 1. fall., che, da una parte, ne prevede il soddisfacimento «per il capitale, le spese e gli interessi con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti [...]» (comma 3); e, dall'altra, ne condiziona la distribuzione ai «criteri della

graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge», nell'eventualità in cui l'attivo ricavato risulti insufficiente (comma 5) (588).

Pertanto, le suaccennate limitazioni renderebbero l'incentivo «meno attraente di quanto a prima vista potrebbe apparire» (589), poiché solo al di là di questi casi il pagamento avverrebbe al di fuori del procedimento di riparto, sia pure con la necessaria autorizzazione del comitato dei creditori ovvero del giudice delegato (comma 4), con evidente eccezione (giustificata dalla particolare natura del credito), al sistema di vincolatività del riparto alle risultanze dello stato passivo.

Passando al quadro normativo previsto in materia, occorre analizzare le diverse fattispecie tipiche dei finanziamenti in oggetto, così come previste dagli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies*, 1. fall., delle cui alterne vicende normative di modifica ed integrazione si è già dato conto nel paragrafo precedente (590).

(588) Tra le pronunce giurisprudenziali più recenti, vedi App. L'Aquila, 6 luglio 2017, in *Fall.*, 2017, 1317, che, in tema di ripartizione dell'attivo tra più crediti egualmente ammessi in prededuzione, ed a fronte della non completa capienza dell'attivo, ha appunto escluso che il soddisfacimento degli stessi potesse avvenire alla stregua del criterio cronologico «*prior in tempore potior in jure*».

(589) Così, A. PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2015, I, 5. Cfr. A. BASSI, *L'illusione della prededuzione*, cit., 352: per procedere ai pagamenti occorrerebbe avere una visione complessiva ed esauriente della natura e dell'ammontare di tutti i crediti prededucibili, tanto che il pagamento di questi si collocherebbe nella parte finale della procedura fallimentare. Ancora recentemente: L. BALESTRA, *Brevi note sui crediti prededucibili e crediti ipotecari e pignoratizi*, in *Fall.*, 2017, 5 ss.

(590) In dottrina, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr.: S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 469 ss.; ID., *La tutela dei finanziamenti all'impresa in crisi*, in *Le altre procedure concorsuali*, in AA. VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli, Torino, 2013, vol. IV, 435 ss.; L. BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. decreto sviluppo*, in *Fall.*, 2012, 1401 ss.; A. BARTALENA, *Crediti accordati in funzione od in esecuzione del concordato*, in AA. VV., *Società, Banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro abbadessa*, diretto da M. Campobasso - V. Cariello - V. Di Cataldo - F. Guerrera - A. Sciarrone Alibrandi, Torino, 2014, vol. III, 2945 ss.; A. BASSI, *La illusione della prededuzione*, cit., 342 ss.; S. BONFATTI, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, in AA. VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, cit., 89 ss.; F. BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 806 ss.; P.F. CENSONI, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fall.*, 2014, 377ss.; C. COSTA, *Procedure di salvataggio delle imprese, azione revocatoria e prededuzione nelle recenti evoluzioni normative*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, Milano, 2011, 21 ss.; G. LO CASCIO, *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie alle banche*, in *Corr. giur.*, 2010, 1265 ss.; F.S. FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2013, 1151; G.B. NARDECCHIA, *Art. 182-quinquies*, in AA. VV., *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Torino, 2013; A. PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., 1 ss.; S. SANZO, *Il*

Nella prima delle disposizioni concorsuali richiamate, si è soliti distinguere due fattispecie di finanziamento, quella «in esecuzione» del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, e quella «in funzione» dell'accesso a detti strumenti concorsuali.

Più in particolare, se ai sensi del primo comma dell'art. 182-*quarter*, i «crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111» della legge fallimentare; a norma del secondo comma della medesima disposizione concorsuale, «[s]ono parificati ai crediti di cui al primo comma i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti», ferme la previsione di detti finanziamenti all'interno del piano concordatario oppure dall'accordo di ristrutturazione e la preventiva, espressa disposizione della prededucibilità da parte del «provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo» ovvero omologa l'accordo.

Peraltro, nonostante la disposizione in commento non faccia più espresso riferimento agli istituti bancari ed agli intermediari finanziari – precedentemente individuati in termini di vero e proprio presupposto soggettivo per l'applicabilità della disciplina ivi prevista (591) –, non sembrano sussistere dubbi sul perdurante obiettivo legislativo di fondo di incentivare proprio gli investitori professionali ad intervenire per la soluzione della crisi dell'impresa in ottica di salvataggio del soggetto sovvenzionato.

Orbene, con riferimento ai finanziamenti «effettuati» in «esecuzione» di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato (artt. 182-*bis* o 182-*septies*, l. fall.), in dottrina si è segnalata l'opportunità di distinguere il momento della concessione del finanziamento da quello della sua materiale erogazione, potendo interpretarsi

finanziamento delle imprese in crisi, in AA. VV., *Le operazioni di finanziamento*, cit., 1457 ss.; L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Fall.*, 2008, 991 ss.; ID., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss.; T. TOMASI, *Impresa in crisi e creditore bancario*, Milano, 2017, 169 ss.; P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, spec. 290 ss.

(591) Come già ricordato in precedenza, a séguito della L. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, è stato soppresso il riferimento alle banche ed agli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 t.u.b.

la lettera della norma nel senso di considerare anche solo la mera stipula del contratto di finanziamento. Fermo restando l'obbligo, in capo al finanziatore, di procedere alla erogazione della somma in séguito all'intervenuta omologazione del tribunale, ovvero nel momento in cui prende avvio l'esecuzione di quanto previsto nel piano o nell'accordo.

Spesso l'erogazione *de qua* viene sospensivamente condizionata all'intervenuta ammissione alla procedura del concordato preventivo o di omologazione giudiziale dell'accordo, che avrà fornito l'ombrello protettivo anche all'operazione di finanziamento, in quanto puntualmente prevista ed analiticamente prevista nel piano di risanamento; pur essendo legittimo procedere all'erogazione *medio tempore* tra la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese (artt. 161, comma 5 e 182-bis, comma 2, 1. fall.), ed il provvedimento di ammissione alla procedura del concordato preventivo o di omologa dell'accordo di ristrutturazione, con implicita accettazione del rischio, da parte dell'istituto finanziatore, che all'erogazione non segua il provvedimento giudiziario sperato, con conseguente partecipazione al successivo fallimento in veste di creditore chirografario e rischio di revocatoria fallimentare.

Quanto all'ambito di operatività del beneficio della prededuzione, va altresì osservato che, a fronte della lettera della norma riferita al concordato preventivo *tout court*, non sembra potersi guardare alle sole fattispecie di risanamento ed in continuità (art. 186-bis 1. fall.), stante la necessaria considerazione del maggior soddisfacimento dei creditori concorsuali accanto alla generale finalità della salvaguardia del complesso aziendale dell'impresa finanziata.

Ulteriore discorso concerne il profilo delle modalità operative della prededuzione *de qua*. Per parte della dottrina, infatti, il trattamento nella soddisfazione del credito da finanziamento in esecuzione discenderebbe direttamente dalla previsione di legge, nel senso della sua riconducibilità alla norma, di portata generale, dell'art. 111, comma 2, 1. fall., per la quale devono considerarsi prededucibili i crediti «così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali» di cui alla legge fallimentare (592).

A ben vedere, la mancata previsione di uno specifico provvedimento autorizzativo del giudice (previsto, invece, per le fattispecie di cui

(592) A. BASSI, *La illusione della prededuzione*, cit., 342 ss.; M. FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Comm. Cod. civ., Scialoja-Branca*, a cura di G. De Nova, Bologna-Roma, 2014, 473; F.S. FILOCAMO, *Art. 182-quater*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 3^a ed., 2014, 2615.

agli artt. 182-*quinquies* e 167 l. fall.), discenderebbe direttamente dal provvedimento di omologa del tribunale che ne riconosce la coerenza rispetto al piano concordatario approvato od all'accordo omologato sorretto dalla relazione del professionista, designato dal debitore ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo, nel rispetto dei termini di cui all'art. 182-*bis*, comma 1, l. fall. Ne discende che, il controllo esercitato nel successivo, eventuale fallimento del debitore si caratterizzerà per l'essere di «mera legalità», nel senso che agli organi fallimentari spetterà la sola verifica della conformità dell'erogazione in oggetto agli obblighi concordatari da eseguire, risultanti dal concordato o dall'accordo accettati e/o negoziati dai creditori ed omologati dall'autorità giudiziaria competente.

Giunti a questo punto, occorre soffermarsi sull'altra tipologia di finanziamenti disciplinata dalla disposizione *ex art.* 182-*quater*.

In termini generali, per «finanziamento ponte» si intende il supporto finanziario concesso all'imprenditore perché questi riesca a perfezionare l'*iter* necessario alla presentazione di un piano concordatario (soprattutto se in continuità) oppure al perfezionamento di un accordo di ristrutturazione, fino alla loro omologazione giudiziale. Pertanto, attraverso l'introduzione del secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., si è voluto offrire al debitore (ed ai suoi *stakeholders*) uno strumento in grado di assicurare le risorse necessarie per far fronte alle esigenze della prosecuzione delle attività durante la fase più delicata del tentativo di soluzione della crisi d'impresa.

Dal punto di vista tecnico, la strada percorsa dal legislatore è stata appunto quella di attribuire il carattere della prededucibilità dei crediti derivanti da siffatti finanziamenti (o *bridge-loans*). Più in particolare, la disposizione concorsuale parifica ai crediti derivanti dai finanziamenti effettuati in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, «i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristruttura-

zione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato» (593).

Per quanto l'introduzione di una previsione finalizzata a non rendere vano il tentativo di risanamento testimoni implicitamente il *favor* legislativo per le soluzioni non liquidatorie (o comunque non totalmente liquidatorie) della crisi d'impresa (594), la norma *de qua* (inizialmente introdotta ad opera del D.L. n. 78/2010 e poi modificata dal D.L. n. 83/2012) ha sollevato più di un dubbio interpretativo.

A tal proposito, va preliminarmente ricordato che il riconoscimento del beneficio della prededuzione è ancorato al preventivo accertamento, da parte dell'autorità giudiziaria, del fabbisogno prededucibile nell'ambito della procedura, conseguente all'emissione del provvedimento di ammissione alla procedura *ex artt.* 160 ss. ovvero di omologazione dell'accordo. Ragion per cui, a differenza di quanto previsto in materia di finanziamenti funzionali al migliore soddisfacimento dei creditori, il tribunale non potrebbe accogliere una richiesta che venisse avanzata nell'ambito di un ricorso di concordato «prenotativo» (art. 161, comma 6) od a fronte di una mera proposta di accordo per il quale l'imprenditore autocertifica che sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti ed un professionista ne attesta l'idoneità, laddove accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei (art. 182-*bis*, comma 6).

Orbene, secondo la norma, così come modificata nel 2012, il finanziamento in oggetto deve risultare esser stato già «erogato» all'impresa, con conseguente esclusione della prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamento promesso ma non già tradottosi nella effettiva

(593) Trattasi delle risorse finanziarie da impiegarsi per far fronte agli esborsi sostenuti appunto per l'avvio della procedura (compensi per l'attestatore, per i periti estimatori, per gli *advisors* che hanno coadiuvato l'impresa nella redazione del piano, per il deposito delle spese di giustizia liquidato dal tribunale *ex art.* 163 l. fall., *etc.*). In tema, *ex plurimis*: L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss.; G. RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla legge 30 luglio 2010, n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 1 ss.; P. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2015, I, 57 ss.; P. SPOLAORE, *Finanziamenti nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimentarista.it*, 1° marzo 2016, 1 ss.; L.M. DEL MAJNO, *Brevi riflessioni sulla "finanza ponte" ex art. 182 quater, comma II, L.F.*, in *IlCaso.it*, 2018, 1 ss.

(594) L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., 1348, che ricorda come la legge, nel suo accordare una limitata protezione solo ai fornitori che avessero ricevuto pagamenti nei soli termini d'uso ed ai collaboratori dell'imprenditore (art. 67, comma 3, lett. a) ed f), l. fall.), lasciava che le trattative per una soluzione negoziale della crisi si svolgessero, in questa fase, sostanzialmente «sotto il segno del pericolo».

disponibilità – materiale o giuridica – della somma oggetto dello stesso (595). Un rilievo, quest'ultimo, che ha reso seriamente difficoltoso il ricorso al finanziamento ponte, stante l'alea del successivo diniego del beneficio della prededuzione, nonché la dubbia utilità, da parte dei creditori, di vedersi riconosciuta la prededucibilità del credito già erogato solo in un momento successivo all'omologa dell'accordo o della proposta di concordato.

Soprattutto alla luce di quanto da ultimo accennato, buona parte della giurisprudenza sembra essersi orientata verso un'interpretazione della norma meno rigida, ammettendo al successivo trattamento in prededuzione anche i crediti derivanti dai finanziamenti concessi ma non ancora erogati in favore dell'impresa (596). Pertanto, si potrebbe autorizzare la società debitrice a concludere un contratto di finanziamento bancario, le cui pattuite condizioni risultano debitamente indicate nel piano, con l'attribuzione della prededucibilità *ex art. 182-quater*, comma 2, 1. fall., nei limiti dell'impiego, successivo al provvedimento del tribunale, a favore delle spese di procedura, al pagamento dei compensi professionali per la predisposizione della domanda concordataria o di omologa, *etc.*; si potrebbe altresì ammettere la prededuzione dei crediti accordati dall'istituto bancario funzionali al pagamento della cauzione *ex art. 163 l. fall.*, anche se non ancora erogati al momento del decreto, e comunque nei limiti ed alle condizioni previsti nel ricorso.

O ancora, riconoscersi la prededucibilità anche all'accordato finanziamento ponte la cui erogazione è stata sospensivamente condizionata all'avvenuta ammissione alla procedura di concordato od all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

A conclusione delle (seppur sintetiche) riflessioni svolte qui svolte, è necessario soffermarsi sull'inciso normativo di cui al primo comma della disposizione *ex art. 182-quater*, relativo ai «finanziamenti in qualsiasi forma effettuati», stante la chiara rilevanza dello stesso ai fini del nostro discorso, in particolar modo rispetto alle forme tecniche

(595) In tal senso, cfr.: Trib. Modena, 16 dicembre 2016, in *www.unijuris.it* (: il finanziamento-ponte deve essere deliberato ed erogato prima della presentazione della domanda di concordato, quest'ultima deve pertanto tenerne conto ed il professionista attestatore deve essersi espresso al riguardo, *ex art. 161*, comma 3, 1. fall.); Trib. Milano, 5 ottobre 2017, in *www.ilcaso.it* (: va respinta la richiesta di declaratoria della prededucibilità del finanziamento finalizzato al versamento delle spese di procedura, in quanto non effettivamente erogato all'impresa istante); Trib. Pisa, 26 novembre 2015, in *www.ilcaso.it* (: va riconosciuta la natura prededuttiva ai sensi dell'art. 182-*quater*, 1. fall., alla somma versata a titolo di caparra in occasione della stipula del contratto preliminare di cessione di azienda, posta effettivamente a disposizione della procedura per l'integrazione delle spese *ex art. 163 l. fall.*).

(596) Tra le pronunce del merito: Trib. Forlì, 29 ottobre 2015; Trib. Lecco, 5 ottobre 2017; Trib. Bergamo, 14 giugno 2017, tutte in *www.ilcaso.it*.

di sostegno dell'impresa alle quali il creditore bancario potrebbe ricorrere.

Come si è già avuto modo di ricordare in precedenza, seppur in un'ottica più ampia di quella che interessa in questa sede, il termine «finanziamento» spesso utilizzato dal legislatore, concorsuale e non, si caratterizza per un'ampiezza semantica tale da non potervi agevolmente ricondurre questa piuttosto che quella specifica fattispecie contrattuale. Difficoltà interpretative che, invero, conseguono spesso ad un utilizzo normativo del termine eccessivamente vago e generico che sembra escluderne la possibilità di assegnargli un significato costante e pregnante. D'altra parte, si è già sottolineata l'origine non strettamente giuridica della nozione di finanziamento, che, abbisognando di un veicolo contrattuale per realizzare la propria funzione, non potrà essere limitato alla sola fattispecie del contratto di mutuo, ed in particolare quello «di scopo», come emerso da molte pronunce della giurisprudenza (597).

Per vero, ai fini della nostra analisi, a rilevare è l'inciso normativo «in qualsiasi forma effettuati», che, superando l'ostacolo rappresentato dalla specifica forma contrattuale di sostegno all'impresa in crisi, mette al centro dell'attenzione proprio la funzione assoluta da detto sostegno, la cui coerenza andrà poi concretamente riscontrata in relazione alla singola previsione concorsuale. Per rimanere nell'ambito degli interventi di finanziamento in commento, si pensi all'apertura di credito in conto corrente od al suo mantenimento, alla concessione di un'anticipazione su fattura commerciale, allo sconto effetti, operazioni di cartolarizzazione, finanziamento a séguito dell'emissione di «mini-bond», dilazioni di pagamento, operazioni di *factoring*, *leasing*, etc.

A tal proposito, lo stesso potrebbe dirsi nell'eventualità in cui il finanziamento *ex art. 182-quater* si sostanzia nella prestazione di una garanzia, e ciò a prescindere dalla natura del soggetto finanziatore (ben potendo essere prestata da uno dei soci della società in crisi, cfr. anche art. 2467 c.c.). Per quanto riguarda il creditore bancario, infatti, è chiara la disposizione del t.u. che, accanto alle tradizionali operazioni di prestito, menziona la possibilità del rilascio, da parte dell'istituto, «di garanzie e di impegni di firma» (art. 1, comma 2, lett. f), t.u.b.), il che porta ad escludere qualsiasi limitazione del finanziamento *de quo* alle sole operazioni di erogazione diretta di denaro, rilevando piuttosto la

(597) Per quanto il mutuo, nella genericità del suo schema tipico, rimanga «il prototipo di tutti i contratti di credito, che ne ripetono la sostanza funzionale e se ne differenziano soltanto per le modalità tecniche con cui essa è soddisfatta»: così, S. MACCARONE, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi: tipologie*, cit., 464.

sussistenza della causa contrattuale di sovvenzione finanziaria in favore dell'impresa della cui ristrutturazione e/o risanamento si tratta.

La stessa S.C. ha confermato, fra l'altro con argomentazioni di portata generale, come l'intervento di sostegno a mezzo di garanzia personale finisce per porre, per qualità, una tipologia di rischio imprenditoriale non diversa da quella insita nella concessione del mutuo o comunque del finanziamento concretizzantesi nella erogazione di una somma di denaro, con obbligo di restituzione della stessa. Né osta, ai fini del discorso, la diversa conformazione strutturale delle due fattispecie, posto che l'assunzione di un impegno diretto da parte del garante nei confronti di terzi viene a determinare, in capo a questo, una posizione di rischio assimilabile a quella che consegue alla consegna diretta delle somme nelle mani del mutuatario (598).

Alla luce di quanto appena esposto, non è un caso che la prospettiva in materia di finanziamenti all'impresa in crisi realizzati per il tramite del rilascio di garanzia sia stata adottata anche dal legislatore della riforma, attraverso l'esplicito riconoscimento della prededuzione dei finanziamenti funzionali alla continuazione dell'attività aziendale. Più in particolare, l'imprenditore potrà «chiedere con ricorso al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda, a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma, compresa la richiesta di emissione di garanzie, prededucibili, funzionali all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori» (art. 99, comma 1, cod. crisi ins.).

Seppur incidentalmente, tra le fattispecie ipoteticamente utilizzabili dall'istituto finanziatore, si segnala anche la recente introduzione dell'operazione di credito di cui all'art. 48-*bis* t.u.b., che assiste il finanziamento accordato all'impresa con la garanzia, sospensivamente condizionata all'inadempimento di quest'ultima e nei limiti del debito residuo, dal trasferimento del bene immobile non adibito a principale abitazione del proprietario, del coniuge, dei parenti o degli affini entro il terzo grado. A tal proposito, la nuova disposizione del t.u. equipara, ai fini del concorso, il patto a scopo di garanzia all'ipoteca, eventualmente

(598) In tal senso, cfr. Cass., 2 febbraio 2018, n. 2627, in *www.ilcaso.it*; Cass., 30 gennaio 2019, n. 2664, in *www.diritto bancario.it*.

anche nell'ipotesi in cui, pur essendo intervenuto il fallimento dell'imprenditore, questi non si era ancora reso inadempiente nei confronti del creditore garantito (comma 13-ter) (599).

Nel caso di fallimento, invece, è prevista l'istanza di assegnazione al giudice delegato da parte della banca, a norma dell'art. 48-bis, comma 10, t.u.b., a séguito di ordinaria istanza di ammissione al passivo, ex art. 52 l. fall. Ferma la previsione per cui tutti i debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti alla data della dichiarazione di fallimento, la banca potrà invocare sin da subito gli effetti del trasferimento condizionato, senza dover necessariamente attendere i tempi previsti dalla norma concorsuale.

Più problematico appare, invece, il ricorso al contratto di mutuo fondiario ex art. 38 t.u.b. erogato a copertura di pregresse sofferenze, ovvero quando sia sostanzialmente finalizzato alla ristrutturazione del debito dell'impresa mutuataria nei confronti della banca mutuante. Per quanto i dubbi di nullità per mancanza di causa di siffatta operazione non possono dirsi del tutto superati, occorre rilevare come, di recente, in più di un'occasione la S.C. ne ha ammesso la legittimità (600), anche in considerazione di alternative che, pur percorribili, finirebbero per rendere ancora più gravoso per l'impresa sostenerne il peso economico, come, ad esempio, il ricorso ad operazioni in derivati OTC.

Nel concludere la panoramica delle categorie di finanziamento all'impresa in crisi, occorre svolgere qualche considerazione in merito alla fattispecie dei finanziamenti c.dd. «interinali» di cui all'art. 182-quinquies, l. fall.

(599) G. FALCONE, *Una nuova "particolare operazione di credito": il "finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato" (art. 48-bis t.u.b.)*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2017, I, spec. 629 ss., anche sulla scorta di una lettura complessiva della disposizione che, sul punto, appare invero «alquanto oscura». Sul possibile utilizzo della nuova fattispecie introdotta dal D.L. 3 maggio 2016, n. 59, conv. con mod. con L. 30 giugno 2016, n. 119, ai fini di una più efficiente gestione delle sofferenze bancarie, realizzabile non solo attraverso la modifica dei contratti in essere, ma anche nel caso in cui sia stata già avviata una procedura di recupero del credito, pur con liberazione del debitore anche laddove l'immobile risulti avere valore inferiore al debito residuo, e fermo il limite quantitativo agli investimenti in partecipazioni ed immobili che non possono superare i fondi propri dell'istituto, eccetto il caso di acquisizione nell'ambito di procedure di recupero crediti (Banca d'Italia, circ. 21 aprile 1999, n. 229): E. BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *IlCaso.it*, II, 28 gennaio 2017, 1 ss.

(600) Cass., 29 febbraio 2016, n. 3955, in *DeJure.it*; Cass., 15 marzo 2016, n. 5087, in *www.ilcaso.it*; Cass., 13 aprile 2016, n. 7321, in *www.dirittobancario.it*. Tra le pronunce del merito in tal senso: Trib. Ravenna, 21 gennaio 2014, in *www.exparte-creditoris.it*; App. Perugia, 13 ottobre 2017, in *www.ilcaso.it*. In dottrina, per un'opinione favorevole alla soluzione qui prospettata: S. BONFATTI, *Legittimo il mutuo fondiario per la ristrutturazione di passività pregresse se favorisce il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 5, 1 ss.

Attraverso l'introduzione della nuova norma, ad opera dell'art. 33, comma 1, lett. f), D.L. n. 83/2012, poi ulteriormente modificata ed ampliata dall'intervento di "mini-riforma" del 2015, si è voluto potenziare ed agevolare il ricorso alle procedure di soluzione della crisi d'impresa attraverso l'ulteriore e strumentale ampliamento del novero dei finanziamenti prededucibili ed il conseguente restringimento della portata applicativa del principio della *par condicio creditorum*.

Ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, comma 1, 1. fall., è data facoltà all'imprenditore che presenta una domanda (anche solo prenotativa) di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (o di proposta di accordo *ex art. 182-bis*, comma 6, 1. fall.), di richiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili (eventualmente individuati anche soltanto «per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative», ai sensi del secondo comma della disposizione in commento), a condizione che un professionista, designato dallo stesso debitore ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), 1. fall., attesti la funzionalità di tali finanziamenti «alla migliore soddisfazione dei creditori».

Orbene, a fronte di siffatta istanza, il tribunale che decida di autorizzare i finanziamenti ivi previsti e giustificati dovrà quantomeno accertare positivamente l'avvenuta individuazione della loro entità quantitativa (eventualmente anche entro un *range* massimo e minimo), della natura giuridica dell'operazione contemplata (contratto di mutuo, emissione di obbligazioni, rilascio di garanzia, sottoscrizione di strumenti finanziari, *etc.*), dei profili essenziali del rimborso (si pensi non solo al profilo quantitativo dei tassi d'interesse applicati alla rate di rientro del finanziamento, ma anche all'adozione di una piuttosto che delle altre modalità di determinazione del piano di ammortamento), delle eventuali garanzie prestate a favore del finanziatore (stante la previsione di cui al comma 4 della norma *de qua*, contemplante l'autorizzazione del tribu-

nale al debitore di «concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti in garanzia dei medesimi finanziamenti») (601), nonché delle esigenze aziendali a cui le somme verrebbero destinate (602).

È chiaro come la norma in questione risulti sostanzialmente ritagliata per il caso in cui la leva finanziaria sia necessaria per supportare la prosecuzione delle attività d'impresa nella fase preconcordataria od in quella necessaria a concludere la fase di negoziazione con i propri creditori; e ciò, nella prospettiva della continuità d'impresa o della valorizzazione del patrimonio aziendale da cedere alla massa dei creditori.

Infine, va altresì segnalata la novità introdotta dal D.L. n. 83/2015, che ha inserito nella disposizione in esame un ulteriore comma, disciplinante i c.dd. «finanziamenti interinali urgenti». In particolare, è prevista la possibilità di un'autorizzazione in via d'urgenza a contrarre finanziamenti prededucibili «funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-bis, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-bis, settimo comma»; ferma restando la necessaria specificazione della loro destinazione e dell'impossibilità per il debitore di reperire altrimenti tali finanziamenti, in mancanza dei quali «deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda».

Pertanto, è chiaro come, in siffatta eventualità, particolare valenza fidefacente verrà attribuita proprio alla relazione del professionista depositata unitamente all'istanza *de qua*. Per ragioni d'urgenza, infatti, i dati contabili della società non possono essere oggetto di approfondito controllo da parte né dell'autorità giudiziaria né del commissario giudiziale, il cui controllo sarà necessariamente postergato rispetto all'emissione del provvedimento autorizzativo, con tutti gli effetti previsti dalla legge (cfr. artt. 162, 173, 179, 236 e 236-bis, l. fall.).

(601) A tal proposito, vedi Trib. Pistoia, 4 settembre 2017 e Trib. Treviso, 6 aprile 2017, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2018, II, 634: la costituzione di pegno sul marchio a garanzia del finanziamento interinale depauperava i creditori e, giacché godebbe della esenzione dalla revocatoria fallimentare, la relazione del professionista deve illustrare in quale modo la trasformazione del credito del finanziatore in prededucibile realizzerebbe il miglior soddisfacimento della massa. È da escludersi l'autorizzazione *ex art. 182-quinquies*, laddove la concessione del pegno sul marchio priverebbe l'impresa, nel caso di esecuzione, della sua identità commerciale e del suo avviamento.

(602) F. NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 1110; G.B. NARDECCHIA, *Art. 182-quinquies*, in AA. VV., *Codice comm. fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milanofiori Assago, 4^a ed., 2017, 2481.

Particolare rilievo sembra assumere l'inciso finale dell'art. 182-*quater*, comma 3, 1. fall. (peraltro ripreso anche dalla previsione di cui all'art. 99 cod. crisi ins.), relativo alla possibilità che l'istanza del debitore abbia ad oggetto «anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda». Trattasi, com'è noto, di linee di credito caratterizzate dall'anticipo effettuato dalla banca, entro un determinato *plafond*, di crediti commerciali vantati dall'impresa ed idoneamente documentati da questa, ma non ancora esigibili. Ferma la possibilità del ricorso a diverse forme contrattuali di realizzazione dell'operazione economica, il rimborso dell'anticipazione concessa dalla banca avverrà solo in un secondo momento, perfezionandosi a séguito dell'incasso diretto da parte di quest'ultima (603).

Nell'ambito del rapporto di conto corrente tra la banca e l'impresa sono spesso contemplate clausole che prevedono, per le operazioni a fronte dei crediti vantati da quest'ultima nei confronti dei terzi (per sconto, anticipazioni salvo buon fine in conto anticipi, aperture di credito in conto unico, *etc.*), che i crediti del cliente verso i terzi siano da intendersi contestualmente ceduti *pro solvendo* alla banca all'atto delle operazioni, a garanzia di quanto ad essa dovuto per capitale, interessi, spese ed ogni altro accessorio, e ciò spesso senza il bisogno di ulteriori dichiarazioni o formalità (604). Ragion per cui, le somme sono portate ad estinzione o decurtazione di ogni ragione di credito dalla banca nei confronti del cliente, in dipendenza delle operazioni; eventualmente anche attraverso la riconosciuta facoltà dell'istituto di accreditare dette somme in uno speciale conto vincolato a garanzia, per essere poi, in qualunque momento, utilizzate per l'estinzione o decurtazione di ogni suo credito nei confronti dell'altra parte, presente o futuro ed ancorché non liquidato ed esigibile (605).

(603) La banca può, ad esempio, accordare al correntista, a valere sul conto corrente al medesimo intestato, la facoltà di utilizzare – fino alla concorrenza del limite massimo stabilito *ab origine* oppure di volta in volta – in eccedenza alle disponibilità esistenti importi corrispondenti al valore nominale di presentazioni per l'incasso di effetti, documenti od altri appunti cartacei od elettronici.

(604) A tal proposito, cfr. Cass., 1° settembre 2011, n. 17999, in *www.uni-juris.it*: «il patto di compensazione può anche essere desunto dalla clausola «salvo buon fine», la quale, se inserita nella convenzione di anticipazione, sta ad indicare un'operazione di anticipazione con obbligo di restituzione, salva l'ipotesi di buon fine dell'operazione. Tale ultima evenienza, secondo l'inequivoco significato della locuzione, svincola definitivamente il correntista dall'obbligo di restituzione posto che il buon fine dei titoli significa pagamento dell'importo dai medesimi enunciato e incameramento di esso da parte della banca».

(605) Quest'ultimo aspetto ha interessato, in particolar modo, la tematica della prosecuzione dei contratti di conto corrente a séguito di ammissione dell'impresa affidata alla procedura di concordato preventivo (art. 169-*bis* 1. fall.), la prosecuzione dei quali potrebbe segnare un ulteriore eccezione ai tradizionali principi generali della c.d.

In termini generali, a conclusione delle sintetiche osservazioni svolte, è sicuramente da apprezzare il tentativo legislativo di rendere possibile, seppur in un arco di tempo assai ristretto, operazioni dalle quali discende la sopravvivenza stessa dell'impresa: si pensi ad esempio al pagamento dei fornitori strategici, all'acquisto di beni da impiegare nel ciclo produttivo, alla sottoscrizione di un contratto preliminare di acquisto di un cespite immobiliare, al pagamento dei debiti contributivi, etc. Come giustamente osservato, si tratterebbe di un provvedimento che, per le caratteristiche ad esso assegnate dal legislatore concorsuale, si avvicina molto a quelli emanabili d'urgenza, *ex art. 700 c.p.c.*, fermo il carattere sommario della cognizione, le modalità di decisione in camera di consiglio, l'assunzione di sommarie informazioni ed il termine di dieci giorni per il deposito del provvedimento, reso sostanzialmente sulla base dell'accertamento di un vero e proprio «*periculum in mora*», individuato dall'insostituibilità del finanziamento e dal rischio del danno imminente dell'insolvenza (606).

7. I POSSIBILI PROFILI “PATOLOGICI” DEL RAPPORTO TRA LA BANCA FINANZIATRICE E L'IMPRESA DEBITRICE. IN PARTICOLARE, LE IPOTESI DELLA BANCA QUALE “AMMINISTRATORE DI FATTO” DELL'IMPRESA DEBITRICE, DELL'ABUSIVA CONCESSIONE DEL CREDITO E DELL'INTERRUZIONE “BRUTALE” DEL CREDITO.

7.1. I RISCHI INSITI NELL'IPOTESI DI CONTROLLO CONTRATTUALE DELL'IMPRESA FINANZIATA, IN PARTICOLARE IN FORZA DI COVENANTS. CENNI ALLA FATTISPECIE DELLA BANCA QUALE “AMMINISTRATRICE DI FATTO” DELLA SOCIETÀ DEBITRICE.

«cristallizzazione» della massa debitoria e della *par condicio creditorum*. In presenza di un patto di compensazione (o di annotazione ed elisione nel conto di partite di segno opposto), infatti, l'istituto avrà diritto di compensare il proprio credito verso il cliente con le somme a questo versate sul conto corrente, a nulla rilevando che detto credito sia anteriore all'apertura della procedura concorsuale ed il correlativo debito posteriore, non operando appunto il principio della cristallizzazione dei crediti. Sul punto: Cass., 1° settembre 2011, n. 17999, in *iusletter.com*; Cass., 19 febbraio 2016, n. 3336, in *www.ilcaso.it*. Tra le pronunce di merito: Trib. Livorno, 19 maggio 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, in *www.unijuris.it*; Trib. Modena, 1° marzo 2018, in *www.expartecreditoris.it*.

In dottrina, seppur prima delle modifiche alla legge fallimentare: M. IRRERA, *Mantenimento delle linee di credito autoliquidanti durante la fase di ristrutturazione dell'impresa finanziata. Proposte di modifiche normative*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, fasc. 22, 11 ss.

(606) Così, C. SCRIBANO, *La finanza interinale nel concordato preventivo fra nuovi interventi d'urgenza e urgenza del debitore in stato di crisi*, in *IlCaso.it*, II, 11 gennaio 2015, 6.

A completamento delle riflessioni svolte in merito ai profili del finanziamento bancario all'impresa in crisi, pare opportuno soffermarsi su taluni, possibili aspetti patologici del rapporto contrattuale in oggetto; o, quantomeno, su i tre aspetti più rilevanti: l'ingerenza della banca creditrice nella gestione dell'impresa finanziata, l'abusiva concessione del credito bancario all'impresa e l'interruzione improvvisa del finanziamento. Trattasi, a ben vedere, solo di alcune delle possibili eventualità, accanto alle quali potrebbero citarsene di altre che, in questa sede, occorre però tralasciare.

Il primo dei summenzionati rilievi si riconnette al tema del «controllo societario da credito» (607), soprattutto in relazione alla prassi negoziale delle clausole «covenants» (608), normalmente previste in sede di concessione di finanziamenti a medio-lungo termine in favore

(607) Nonostante la rilevanza socio-economica del controllo societario da credito, il corrispondente trattamento normativo sia stato fortemente condizionato dalle premesse giuspolitiche e concettuali tradizionalmente interessanti il rapporto tra l'impresa ed i suoi creditori. Dette impostazioni avrebbero portato a configurare in termini (se non di illegittimità, quantomeno) di forte anomalia l'eventualità di una stretta integrazione tra l'impresa in crisi ed i suoi creditori, in quanto foriera di possibili abusi da parte di quest'ultimi nei confronti della prima. Ciononostante, il fenomeno ha conosciuto una maggiore attenzione da parte della dottrina e, soprattutto, un approccio più consapevole delle forme di eterodirezione societaria che vedono la società debitrice organizzata in modo da attribuire ad uno o più creditori il potere di indirizzarne l'attività d'impresa, seppur condotta in vista dell'obiettivo di preservarne o recuperarne la solvibilità, anziché di massimizzare l'utile distribuirle ai soci.

(608) Il fenomeno ha da tempo interessato anche la nostra dottrina. Tra i contributi in materia: E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 55 ss.; M. PALMIERI, *I bond covenants*, in *Banca, impresa e soc.*, 2006, 247 ss.; F. BAZZANA, *I covenant nei contratti di debito. Esistenza, condizioni di efficacia e prezzo*, Roma, 2007, *passim*; G. PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2009, I, 498 ss.; U. PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, III, 601 ss.; G. GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, *ivi*, 627 ss.; R. PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziaria*, *ivi*, 629 ss.; D. SCANO, *I covenant nei contratti di finanziamento all'impresa: garanzie o strumenti atipici di conservazione della garanzia patrimoniale?*, in AA. VV., *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2011, 86 ss.; M.P. PELUSO, *Funzione economica e forma giuridica dei covenant*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, Suppl. 4, 127 ss.; M. MOZZARELLI, *I covenants e il governo della società finanziata*, Milano, 2012; L. PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, 81 ss.; P. CUOMO, *Il controllo societario da credito*, Milano, 2013, 275 ss.; ID., *Controllo societario da credito e diritto della crisi. Il problema del Sanierungsprivileg*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 425 ss.; M. DE RIENZO, *Merito creditizio e regolamento negoziale del finanziamento alle imprese*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 513 ss.; T. CANEPA, *Covenants e garanzie negative*, in AA. VV., *Le operazioni di finanziamento*, cit., 2016, 1815 ss.; M. DE POLI, *L'ingerenza dannosa della banca nell'attività della finanziata, tra "amministrazione di fatto" e "controllo" societario*, in *Fallimenti&Società.it*, 2017, 4-6; L. PISANI, *Il controllo dei creditori*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2017, I, 69 ss.; L. MIOTTO, *Il controllo creditorio difensivo*, Torino, 2017, 31.

dell'impresa, che versa in uno stato di momentanea tensione finanziaria. Per quanto il fenomeno *de quo* interessi soprattutto la contrattazione tra i creditori bancari e finanziari (solitamente in *pool*) e l'impresa (od il gruppo d'impres) di grandi dimensioni ed «aperta» (609), non sembra potersene escludere *a priori* l'utilizzo nei confronti della società di capitali fallibile e non quotata, per quanto, in quest'ultimo caso, la contiguità del creditore bancario rispetto all'impresa finanziata derivi, più che dall'utilizzazione di un apparato formale di *covenants* attributivi di poteri di monitoraggio, dall'esistenza di un rapporto privilegiato (se non esclusivo) fra le parti dell'operazione contrattuale di finanziamento.

Si vuole accennare al tema dell'inserzione di siffatte previsioni contrattuali nell'accordo di finanziamento e del loro possibile utilizzo distorto da parte dell'istituto creditore, pur in relazione alla sua (di per sé lecita) esigenza di controllare e monitorare il programma di risanamento e ristrutturazione negoziato con la società, la quale evidentemente si è obbligata con prestazioni di carattere accessorio ulteriori rispetto al mero rimborso della sorta capitale maggiorata degli interessi.

In termini generali, la finalità delle suddette clausole contrattuali (di chiara origine anglo-americana) (610) è quella di orientare – direttamente od indirettamente – la gestione societaria dell'impresa finanziata, attraverso la previsione negoziale di una serie – più o meno ampia – di vincoli di natura finanziaria e/o gestionale, la cui violazione legittima i creditori a porre in essere tutte le azioni volte alla salvaguardia della propria posizione. In tal modo, le banche potranno gestire meglio il proprio rischio di credito avvalendosi di specifiche «soglie di allerta» (o «*tripwires*»), oltrepassate le quali valuteranno la perdurante convenienza del rapporto di finanziamento così come negoziato originariamente (611).

(609) Sul punto, si rinvia alle riflessioni di G. GIANNELLI (– A. DELL'OSSO), *I finanziamenti in pool*, in *Tratt. contr. Rescigno-Gabrielli*, AA. VV., *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Torino, 2016, spec. 1310 ss.; ID., *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, cit., 627 ss.

(610) A conferma della natura consuetudinaria di buona parte del diritto commerciale che spesso trova «fertile *humus*» nella prassi contrattuale del common law, al pari di quanto già assistito in tempi relativamente recenti in relazione ad altre fattispecie contrattuali (*franchising*, *factoring*, *leasing*): così, U. PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, cit., 606.

(611) Si pensi ad es. all'inserzione delle clausole risolutive espresse, *ex art.* 1456 c.c., che dovranno specificare in maniera puntuale e circoscritta l'obbligazione che in caso di inadempimento porterà alla risoluzione del contratto. Sul punto, cfr. T.M. UBERTAZZI, *Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità*, cit., 23, per il quale dovranno considerarsi inefficaci, se non radicalmente nulle, quelle clausole talmente generiche «da ricomprendere di fatto ogni aspetto della vita dell'impresa ed ogni sua attività in grado anche solo semplicemente di non essere condivisa dalle banche. E questa formulazione ad ombrello e omnicomprensiva

Per quanto in questa sede interessa, è opportuno sottolineare come l'efficacia deterrente delle clausole negoziali de quibus poggia sul sistema di sanzioni contrattualmente previste in caso di inadempimento della controparte debitrice, le quali prevedono per lo più la rinegoziazione *in pejus* dei termini del finanziamento. A tal proposito, sembra doversi ammettere anche l'eventuale clausola risolutiva espressa che guardi all'intervenuta dichiarazione di fallimento dell'impresa finanziata, nell'eventualità in cui il contratto non sia stato ancora eseguito da entrambe le parti: a parte il caso dell'intervenuto fallimento dedotto come clausola negoziale che vi faccia discendere la risoluzione del contratto, la disposizione *ex art. 72, comma 6, 1. fall.*, non sembra poter essere applicata nel caso di una mera condizione risolutiva (612).

Dal punto di vista tipologico delle fattispecie *de quibus*, si tende a ricondurre le clausole *covenants* almeno alle tre distinte tipologie degli obblighi informativi, di *facere* o di *non facere* e di rispettare determinati parametri finanziari; per quanto è bene sottolineare la non tassatività di una siffatta tripartizione. D'altra parte, anche l'ulteriore e più generale differenziazione che si è soliti operare tra «*loan covenants*» (quali clausole accessorie al contratto di mutuo) e «*debt covenants*» (quali clausole accessorie al contratto di finanziamento obbligazionario), è spesso disatteso, nella sua rigidità, dalla prassi, la quale non di rado conosce una sostanziale coincidenza contenutistica di siffatte previsioni negoziali.

Seppur sinteticamente, è possibile citare quantomeno le previsioni contrattuali più diffuse. Si pensi ai *covenants* che prescrivono particolari limitazioni od il divieto all'indebitamento della società, in modo da evitarne il sovraindebitamento, alla distribuzione degli utili realizzati, dei *benefit, etc.*, al ricorso ad operazioni di lease back, che potrebbero ridurre la generale garanzia patrimoniale offerta dal debitore, alla vendita degli *assets* aziendali, al ricorso ad operazioni societarie straordinarie, al *turnover* del *management* ed al cambiamento della compagine di controllo, alle transazioni con le società affiliate o controllanti. A queste fattispecie si aggiunge sicuramente quella che contempla specifici obblighi informativi, anche a scadenza, che comportano la preventiva comunicazione al finanziatore dell'intenzione di compiere determi-

dei *covenants* esclude che il riferimento al loro inadempimento abbia carattere determinato come richiesto per le clausole risolutive».

(612) Caso diverso sarebbe, invece, quello dell'eventuale clausola penale che ricolleggi il pagamento della sanzione economica ivi prevista a fronte della dichiarazione di fallimento, non potendosi sostenere che il fallimento della controparte negoziale faccia sorgere un diritto al risarcimento del danno in capo al contraente *in bonis*.

nate operazioni societarie, che prevedono la trasmissione di quei documenti contabili funzionali al monitoraggio della situazione finanziaria della società, *etc.*

Trattandosi di clausole negoziali atipiche, sarà necessario sottoporre il contenuto ed il concreto funzionamento al giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c., soprattutto alla luce della complessiva operazione economica realizzata dal contratto, a sua volta qualificato dalla convenzione di salvataggio in cui lo stesso s'inserisce. A tal proposito, al fine di individuare il corretto bilanciamento tra l'interesse della garanzia del finanziatore e l'esigenza di conservare la necessaria area di autonomia imprenditoriale del debitore, in dottrina si è proposta una lettura del fenomeno coerente con il principio di proporzionalità quale strumento di contemperamento degli interessi dei soggetti coinvolti, nonostante la tradizionale estraneità dello stesso all'area delle garanzie (atipiche) del credito (613).

Orbene, è possibile che, proprio in forza di siffatte previsioni contrattuali, si possa configurare un'ipotesi di ingerenza illecita nella gestione attiva della società finanziata da parte dell'istituto (o degli istituti) finanziatore. In tal caso, dall'accertamento dell'inserimento nella gestione dell'impresa, desumibile dalle direttive impartite e dal condizionamento delle scelte operative della società, potrebbe emergere la configurazione di una responsabilità della banca quale amministratrice di fatto della società, ossia di una situazione caratterizzata in particolar modo dall'assenza di un'efficace investitura assembleare, da un'attività di continuativa e significativa ingerenza *sine titulo* nelle scelte gestionali e dall'estromissione dei legittimi amministratori della società (614).

Com'è noto, l'eventuale qualificazione della condotta in termini di significativa e continuata intromissione nell'amministrazione della società comporta, in caso di danno accertato al patrimonio sociale ed alle aspettative dei creditori sociali, l'applicabilità delle previsioni codicistiche di cui agli artt. 2393, 2393-*bis*, 2394, 2394-*bis* e 2395 c.c., contenenti la disciplina delle azioni di responsabilità esercitabili dalla

(613) G. PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, cit., spec. 507 ss.: argomentando, in particolare, dalla previsione codicistica di cui all'art. 1179 c.c., che, in tema di garanzie atipiche, ne prescrive i caratteri della idoneità e della capacità di fornire «sufficiente cautela» all'altra parte.

(614) Tra le pronunce della giurisprudenza sul tema: Cass., 3 agosto 2016, n. 16184, in *Giur. it.*, 2017, 105; Cass., 23 giugno 2015, n. 12979, *ibidem*, 2015, 2131; Cass., pen., 20 gennaio 2017, n. 31906, *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass., 5 febbraio 2014, n. 2586 *sentenzeweb.altervista.org*; Cass., 11 settembre 2008, n. 23415, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 4, 49; Trib. Milano, 18 ottobre 2007, in *Giur. it.*, 2008, 1161; Trib. Milano, 11 dicembre 1997, in *Soc.*, 1998, 802.

società, dai singoli soci e dai creditori sociali. Per quanto, è d'uopo ricordare, non sempre è pacifica (quantomeno in giurisprudenza) la configurabilità di una persona giuridica quale amministratore di fatto di una società di capitali, con eventuale imputabilità *ex artt.* 2497 ss., c.c., della responsabilità per i danni arrecati alla persona fisica che abbia svolto concretamente l'attività gestoria nell'interesse della società designante (615).

In conclusione, va precisato che sarebbe errato considerare la stipulazione di *covenants* sufficiente di per sé ad integrare la fattispecie dell'amministratore di fatto, e ciò a prescindere dall'ampiezza dei poteri contrattualmente previsti in capo all'istituto finanziatore. Si tratta, piuttosto, di accertare concretamente l'esercizio di quel potere di fatto, al fine di compararlo con quello tipico dell'amministratore, oltreché con quanto originariamente previsto dalle parti del contratto, soprattutto in tema di condizioni per l'esercizio delle facoltà di recesso.

Naturalmente, una siffatta conclusione comporterà necessariamente un giudizio circa gli ambiti dell'interferenza da parte del creditore bancario (o dei creditori bancari, nel caso di finanziamento *in pool*) e l'intensità degli effetti dei comportamenti adottati sulla gestione attiva della società. Situazioni di fatto che, invero, potrebbero essere scongiurate, non solo alla luce dell'esecuzione del rapporto contrattuale in ossequio alle clausole generali di correttezza, buona fede e proporzionalità, ma anche attraverso il ricorso a strumenti di controllo indiretto e di garanzia quali ad esempio la nomina (o la sostituzione) di *managers* indipendenti oppure il trasferimento delle partecipazioni sociali in capo ad un fiduciario, comune alla compagine sociale ed ai creditori, esperto in operazioni di *turnaround* aziendale.

7.2. L'ABUSIVA CONCESSIONE DEL CREDITO BANCARIO.

A conclusione delle riflessioni dedicate in questo capitolo alla tematica – dalle ampie e multiformi sfaccettature – del finanziamento all'impresa in stato di crisi, avendo privilegiato il profilo bancario del soggetto finanziatore, non si può non dedicare attenzione ai possibili

(615) In tal senso, cfr. Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *Giur. comm.*, 2014, II, 647, che specifica anche la differenza tra la fattispecie de qua e la diversa situazione di esercizio del potere di direzione e di coordinamento che, lungi dal presupporre un'ingerenza completa e sistematica nella gestione sociale, «attiene ad un'attività volta a coordinare la politica economica e le linee essenziali dell'attività delle società collegate, imprimendo una identità o conformità di indirizzi operativi a una pluralità di soggetti formalmente distinti, in modo che il gruppo venga gestito in modo unitario».

aspetti patologici di siffatta operazione, soffermandoci (seppur brevemente) sulle ipotesi della concessione abusiva del credito, dell'interruzione c.d. «brutale» del credito, sull'ingerenza nella gestione della società sovvenzionata da parte della banca creditrice, nonché sulle conseguenze dell'utilizzo non conforme del sistema della Centrale dei rischi da parte degli intermediari.

Quanto al primo dei summenzionati rilievi critici della relazione di finanziamento tra banca ed impresa, occorre ricordare come il dibattito sviluppatosi intorno al fenomeno della concessione c.d. «abusiva» del credito abbia ormai da anni acquisito una propria specifica rilevanza nell'ambito della diritto della crisi d'impresa, pur non essendo una figura di così lunga tradizione giuridica, quantomeno in Italia (616).

Laddove emerga lo stato d'insolvenza di una impresa, il comportamento tenuto *ex ante* dalla banca può essere oggetto di specifico accertamento da parte degli organi preposti alla procedura concorsuale e del tribunale competente, potendovi scaturire la possibile applicazione di misure sanzionatorie – civilistiche od anche penali – in capo alla stessa (617).

Come si è più volte sottolineato nel corso di questo lavoro, tanto la ristrutturazione della debitoria, quanto la liquidazione concordata del patrimonio imprenditoriale, finiscono necessariamente per inserirsi nel quadro di un'operazione ben più complessa del singolo intervento contrattuale od unilaterale esecutivo dell'accordo, a cominciare proprio

(616) È noto che la prima riflessione sul tema risale al contributo di A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in AA. VV., *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, I, 301 ss.; mentre la prima opera monografica in materia la si deve a F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004.

(617) A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004, 6: «i fenomeni problematici individuati dalla dottrina che si è occupata dei profili di responsabilità della banca nella gestione del credito sono essenzialmente due: uno relativo alla concessione (ovvero alla reiterazione della concessione) del finanziamento, che nelle ipotesi patologiche è stata definita «abusiva»; l'altro relativo (alla mancata erogazione ovvero) all'interruzione del credito, che, nelle ipotesi patologiche è stata definita «brutale» o non ortodossa».

In dottrina, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr.: A. BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 841 ss.; G. TERRANOVA, *La responsabilità della banca nei confronti dei creditori dell'impresa finanziata*, in AA. VV., *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, 193 ss.; L. STANGHELLINI, *Il credito "irresponsabile" delle imprese ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Fall.*, 2007, 403 ss. A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per «concessione abusiva di credito»*, in AA. VV., *La «riforma urgente» del diritto fallimentare e le banche. Problemi risolti e irrisolti*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 2003, 200 ss.; S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, *ibidem*, 2009, 65 ss.; F. DI MARZIO, *Concessione abusiva di credito*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 178 ss.

dall'erogazione della nuova liquidità necessaria per la prosecuzione delle attività aziendali, precedenti e/o successive alla presentazione della domanda di omologazione dell'accordo o dell'approvazione del piano di *turnaround*. Ecco che allora è possibile cogliere più facilmente le ragioni che spingono ad interrogarsi sulla concessione abusiva del credito allargando lo sguardo sul «nucleo problematico del nuovo diritto della crisi d'impresa»: ossia sul confine tra la lecita e libera esplicazione dell'autonomia privata nelle operazioni di mercato, da un lato, e, dall'altro, la tutela dei creditori dell'imprenditore decotto (618).

Quanto detto, sembra confermato dall'importanza e dalla problematicità conseguenti al ruolo primario ricoperto dalle banche – ovvero dai finanziatori professionali *tout court* – nel finanziamento delle imprese in crisi. In altri termini, se il rapporto bilaterale di concessione del credito tra l'impresa e l'istituto bancario non si esaurisce in se stesso, ma involge più ampi profili, la banca che eroga un finanziamento darebbe una (seppur implicita) indicazione al mercato circa la solvibilità e la solidità patrimoniale del soggetto finanziato; e ciò, proprio in considerazione dell'*iter* procedurale e delle valutazioni circa il merito del credito che accompagnano la scelta dell'erogazione del finanziamento (619).

Da quanto premesso, ferma la particolare qualificazione professionale della banca, in capo a quest'ultima si dovrebbe rinvenire una non indifferente gamma di cautele imposte proprio dalla specificità dello *status* ricoperto, di modo che, anche lì dove non sia stato previsto *ex lege* un generale dovere di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, si potrebbero individuare molteplici doveri e regole di azione che, se non diligentemente adempiute dall'istituto e perciò omesse, ne comporterebbero la responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c.

Dall'angolo visuale della giurisprudenza, il suddetto principio generale (a ben vedere, già enunciato in una nota decisione della S.C. all'inizio degli anni Novanta) (620), trovò un'importante conferma in

(618) Così, F. DI MARZIO, *Concessione abusiva di credito*, cit., 180.

(619) Ma vedi F. BONELLI, "Concessione abusiva" di credito e "interruzione abusiva" di credito, in AA. VV., *Crisi d'impresa: casi e materiali*, a cura del medesimo, Milano, 2011, 255, per il quale il rischio in capo alle banche di vedersi condannate per responsabilità da concessione abusiva di credito è stato, spesso, «più un timore che una realtà».

(620) Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1994, II, 412 ss., con nota di B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*. Per la S.C., il «dovere primario dei soggetti di tale ordinamento, cioè degli Istituti di credito, consiste, dunque, in una corretta erogazione del credito, nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche».

una pronuncia della Cassazione, che, pur non ravvisando un generale obbligo giuridico dell'istituto di strutturarsi ed operare in modo da non agevolare colpevolmente l'azione delittuosa dei terzi, precisava come tale affermazione andasse «corretta», ribadendo che, pur non potendosi ravvisare un dovere giuridico generale di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, l'ordinamento non manca di prevedere «molteplici situazioni da cui possono nascere, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la nozione di omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile» (621). Ecco che i giudici di legittimità rilevavano come la normativa bancaria imponesse «a tutela del sistema stesso, e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti, in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso», la cui violazione avrebbe potuto configurare, in capo all'intermediario, una responsabilità per «*culpa in omittendo*» (622).

Orbene, per affermare la sussistenza di un *agere* «abusivo» da parte della banca, rilevante sul piano della responsabilità civile, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ne qualificarono la condotta come contraria al generale «*neminem laedere*» ex art. 2043 c.c., oltre che ai doveri di correttezza e diligenza contrattuali; pur circoscrivendo le ipotesi di responsabilità ai soli casi di dolo ovvero di «elevato grado di

(621) Così, peraltro richiamando espressamente il proprio precedente del 1993, Cass., 8 gennaio 1997, n. 72, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1997, II, 653 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione degli obblighi discendenti dal proprio status*, per il quale la S.C. finiva «per affermare – sia pure senza menzionare espressamente tale discussa categoria dottrinale – l'esistenza, in capo all'imprenditore bancario, di doveri assimilabili alle *Verkehrspflichten*: infatti, lo status professionale del soggetto, e l'assoggettamento di esso alle regole proprie del sistema bancario, imporrebbe una diversa e più rigorosa valutazione della sua condotta nell'ambito del traffico giuridico, così radicalizzando il dovere di diligenza che gli incombe al fine di evitare il verificarsi di eventi dannosi a carico di terzi».

(622) Sul punto, vedi anche Cass., 20 dicembre 1986, n. 7801, in *Resp. civ. eprev.*, 1988, 41 ss. In riferimento alla responsabilità conseguente alla violazione dei summenzionati doveri di comportamento, si leggano i rilievi critici di C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca*, cit., 656: il riferimento «non tiene conto del fatto che la situazione soggettiva passiva, della quale in questi casi si afferma la violazione, rinviene il proprio riflesso in una correlativa posizione di vantaggio di uno specifico altro soggetto. La sfera giuridica di quest'ultimo viene infatti a trovarsi in una situazione di contatto con quella dell'agente, tale da esporla ad un pericolo di danno; e l'esistenza delle regole di comportamento fissate dalla disciplina normativa del sistema bancario, nella prospettiva del dovere di solidarietà ex art. 2 Cost., determina il sorgere di un obbligo di protezione dell'integrità patrimoniale della sfera giuridica implicata nella situazione di contatto sociale, offrendo così finalmente una persuasiva concretizzazione all'apertura del sistema delle fonti delle obbligazioni evidenziata nella parte finale dell'art. 1173 c.c.». L'A., in particolare, rilevava criticamente come una siffatta prospettiva potesse portare, in futuro, a riproporre il discorso anche nei confronti di altri soggetti imprenditoriali non bancari che vengono in contatto con l'impresa debitrice, concretizzando in capo a questi obblighi di protezione anche eccessivi, se non di impossibile, concreto adempimento.

colpa». Emerge, con tutta evidenza come sia il comportamento diligente del «*bonus argentarius*» (art. 1176, comma 2, c.c.) (623) a definire il comportamento dell'agente e delimitare, al contrario, l'antigiuridicità in caso di inosservanza delle norme bancarie, non meno che delle Istruzioni dell'Autorità di Vigilanza.

Pur non essendo questa la sede per affrontare *funditus* i problemi applicativi appena accennati, è d'uopo ricordare che la successiva giurisprudenza (*in primis*, quella di merito) arrivò a considerare quelle prime pronunce in materia di artificiosa reiterazione del credito alla stregua di due «falsi precedenti» rispetto all'oggetto specifico della fattispecie in esame (624).

Quanto alla dottrina avversa alla fattispecie socio-giurisprudenziale dell'abusiva concessione del credito bancario, si è parlato di un «fenomeno altamente inquinante ed estremamente dannoso», tanto per il singolo determinato interesse concretamente compromesso, quanto per l'interesse generale della collettività «organizzata secondo le regole del libero mercato», configurabile alla stregua di un fenomeno di utilizzo abusivo della libertà contrattuale (625). In tal senso, si è sottolineata l'insita incompatibilità tra la concessione abusiva propriamente intesa ed il danno al patrimonio dell'impresa, sottolineando come affermare che la concessione del credito produca un danno ingiusto all'impresa

(623) A tal proposito, conviene ricordare come il dovere di diligenza professionale nell'esecuzione delle obbligazioni, opera quale clausola generale che impone, nello svolgimento dei rapporti bancari e finanziari, un «qualificato» sforzo volitivo e tecnico da parte dell'intermediario per realizzare l'interesse dell'altra parte e non lederne i diritti. Sul punto, vedi A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 228: è «frase corrente, in materia di diligenza, quella che la banca è soggetto di «elevata professionalità». La frase si presta a due tipi di lettura: una sul piano dell'essere (: la banca è diligente perché è un elevato professionista); l'altra, sul piano del dover essere (: il parametro di diligenza della banca è quello dell'elevata professionalità)».

(624) *Ex multis*, cfr.: Trib. Foggia, 12 dicembre 2000, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2002, II, 294; Trib. Milano, 9 maggio 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1643; Trib. Monza, 14 febbraio 2002, in *Giur. comm.*, 2004, II, 335; App. Bari, 18 febbraio 2003, in *Fall.*, 2004, 427; App. Milano, 11 maggio 2004, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2004, II, 643.

Tra le pronunce rese in sede di legittimità: Cass., 9 ottobre 2001, n. 12368, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2002, II, 259 ss.; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contr.*, 2004, 145 ss.

(625) Cfr. F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit. 92 ss.; ID., *Concessione abusiva di credito*, cit., 183: dal punto di vista giuridico, la fattispecie *de qua* «si esplica come un abuso bilaterale della libertà contrattuale (commesso da finanziatore e finanziato) ai danni del terzo. La peculiarità della figura è nella validità del contratto e nella sua efficacia rispetto alle parti e alla generalità dei terzi da un lato, e al contempo nella rilevanza – dall'altro lato – del contratto come fatto, e come fatto illecito, rispetto a determinate categorie di terzi: coloro che, osservando il finanziamento abusivo, sono incolpevolmente caduti in un errore di valutazione sulla solvibilità del finanziato assumendo decisioni pregiudizievoli per la propria posizione creditoria».

insolvente corrisponda ad affermare che l'esatto adempimento di un contratto determina un danno ingiusto nel patrimonio del contraente che riceve la prestazione. In altri termini, a fronte di una negligente o dolosa istruttoria del merito creditizio, non sembra potersi ricavare la conseguente invalidità del contratto, poiché in tal modo la concessione del credito acquisterebbe una duplice e contrastante rilevanza giuridica: da una lato, quale prestazione in esecuzione di un valido ed efficace contratto, dall'altro, quale fatto ingiusto in danno del destinatario di quella stessa prestazione (626).

Altri ancora, hanno configurato la fattispecie in termini di responsabilità contrattuale da inadempimento (attraverso il ricorso alla categoria degli obblighi di protezione dei terzi, in quanto obblighi accessori ed integrativi del principale obbligo di prestazione contrattuale) ovvero facendo ricorso alla teoria della c.d. «responsabilità da *status*», intesa quale fonte atipica di obbligazioni, ex art. 1173 c.c., conseguente all'elevato *standard* di professionalità e diligenza della banca (627).

Per quanto siano stati diversi i settori disciplinari coinvolti nella qualificazione giuridica delle condotte – appunto a conferma della complessità del fenomeno (628) –, la fattispecie della responsabilità aquiliana *de qua* si è venuta a concretizzare soprattutto in sede fallimentare: dietro la retorica dell'identificazione dell'ingiustizia del danno, il vero problema applicativo si è dimostrato quello legato alla natura dell'azione e alla legittimazione o meno del curatore fallimentare ad esperire esclusivamente azioni di massa destinate a ripristinare l'integrità del patrimonio dell'impresa debitrice e non già quelle funzionali ad ottenere un effetto risarcitorio ad esclusivo vantaggio del singolo creditore.

Com'è noto, il tema è stato oggetto di alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, ed in particolar modo delle Sezioni unite che, pur non introducendo elementi di grande novità rispetto a quanto era emerso negli anni precedenti in dottrina e giurisprudenza, fecero chiarezza sul fatto che l'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno

(626) F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2012, II, 690 ss.

(627) C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca*, cit., 655 ss. Sul dibattito dottrinale in materia, G. BOCCUZZI, *Crisi d'impresa e attività bancaria*, cit., 40 ss.; nonché, A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., 99 ss.

(628) Dalla disciplina generale delle obbligazioni alle regole dettate in materia di merito creditizio, a livello normativo primario, di settore ed internazionale; dal diritto della responsabilità civile al diritto della crisi d'impresa; dalle regole di esercizio della libertà contrattuale (nel contratto di finanziamento e con riguardo all'autodeterminazione del terzo danneggiato) alla disciplina del mercato concorrenziale.

per effetto di concessione abusiva di credito da parte dell'istituto bancario non potesse essere ricondotta al novero delle azioni esercitabili dal curatore, il quale, pertanto, non avrà legittimazione attiva in tal senso. Pertanto, nel sistema della legge fallimentare, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle c.d. «azioni di massa», in quanto finalizzate alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ex art. 2740 c.c., ed avente carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo (629).

Secondo l'interpretazione della S.C., nell'ipotesi in cui l'istituto di credito abbia concesso dei fidi a favore di soggetti patrimonialmente incapaci di restituire le somme erogate, sorgerebbe in capo all'intermediario una responsabilità extracontrattuale derivante dall'affidamento ingenerato nei creditori e nei terzi contraenti circa la presunta solvibilità dell'imprenditore finanziato. In questa prospettiva, né l'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c., né tantomeno l'azione individuale del socio e del terzo ai sensi dell'art. 2395 c.c., possono essere ricondotte nell'ambito delle c.dd. «azioni di massa», esercitabili dal curatore; e ciò, sia perché il danno derivante dall'attività di sovvenzione abusiva deve essere valutato caso per caso, essendo in concreto ipotizzabile che i creditori aventi diritto di partecipare al riparto non abbiano ricevuto effettivo pregiudizio dalla continuazione dell'impresa, sia perché la posizione dei singoli creditori può essere diversa, a seconda che essi abbiano maturato il loro diritto prima o dopo la concessione del finanziamento contestato, con conseguente impossibilità di configurare un pregiudizio ai danni dell'intero ceto creditorio (630).

(629) Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, in *Foro it.*, 2006, 3417 ss. Per un commento alle pronunce: G. FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2006, 643 ss.; L. PANZANI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*, in *www.fallimentonline.it*. Tra le pronunce successive in tal senso, vedi ad es., Cass., 1° giugno 2010, n. 13413 e Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1157.

(630) Cfr. M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa*, in *Fall.*, 2007, 258: un ragionamento, quello della S.C., diametralmente opposto a quello fatto, ad esempio, dalla giurisprudenza francese, che, come ricordato qualche autore, ha ricondotto sia l'azione revocatoria che «*le soutienabusif*» nell'alveo delle azioni volte a tutelare l'interesse collettivo dei creditori. D'altra parte, seppur correttamente svolta da un punto di vista economico, la ragione ostativa opposta alla legittimazione attiva del curatore, non è stata utilizzata in altre circostanze pure di grande rilevanza, come nelle azioni revocatorie (dove le somme restituite dal terzo revocato vanno a vantaggio della massa, anche dei creditori il cui diritto era sorto antecedentemente il periodo sospetto), nelle azioni risarcitorie contro gli amministratori ex artt. 2393-2394 c.c. (che, se positivamente esperite, vedono destinare il risarcimento al soddisfacimento collettivo dei creditori), etc.

Come ricordato da attenta dottrina, negli anni, le curatele dei fallimenti hanno agito nei confronti degli istituti bancari nel tentativo di vederne dichiarata la responsabilità nei confronti della società fallita (e solo indirettamente nei confronti dei creditori), in concorso con gli ex organi sociali, e ciò, attraverso diverse ipotesi ricostruttive: *a)* la responsabilità contrattuale della banca, fondata cioè sul rapporto contrattuale e/o sul “contatto sociale” e/o sugli obblighi di buona fede/correttezza insorti fra la società decotta e la banca stessa; *b)* la responsabilità extracontrattuale della banca, fondata sul fatto illecito costituito dall’irregolare somministrazione di credito bancario alla società decotta; *c)* il concorso della banca ai sensi dell’art. 2055 c.c., tramite i suoi funzionari, nella responsabilità civile *ex art.* 146 l.fall. degli ex amministratori (ed ex sindaci); *d)* il concorso dei funzionari della banca, responsabile civile per l’operato degli stessi, *ex artt.* 185 c.p. e 2049 c.c., nella responsabilità penale degli ex amministratori (ed ex sindaci), per bancarotta semplice per aggravamento del dissesto (art. 217, n. 4, l.fall.) e ricorso abusivo al credito (art. 218 l.fall.) (631).

Diverso è, invece, il caso in cui l’istituto venga condannato, unitamente all’amministratore della società fallita, per concorso in bancarotta fraudolenta, *ex art.* 216 l. fall. e ricorso abusivo al credito. In tal caso, infatti, il curatore sarà legittimato ad agire – ai sensi del combinato disposto degli artt. 148 l. fall. e 2393 c.c. – anche nei confronti della banca, quale responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita, anche senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell’azione contro l’amministratore infedele, in quanto responsabili solidalmente nei confronti della società (632). In tal modo, dovrebbe riconoscersi al curatore la legittimazione ad agire ove la posizione ascritta alla banca risulti quella del terzo responsabile solidale, *ex art.* 2055 c.c., del danno cagionato alla società fallita per effetto dell’abusivo ricorso al credito da parte degli amministratori della società fallita.

In conclusione, vanno segnalate due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità. In una, si è esclusa la legittimazione attiva del curatore fallimentare a proporre l’azione da illecito di natura aquiliana, nei confronti della banca, per il risarcimento dei danni causati ai

(631) Così, D. GALLETI, *Abusiva concessione di credito e legittimazione della curatela*, in *Il Fallimentarista.it*, 29 maggio 2017.

(632) Cass., 1° giugno 2010, n. 13412, in *www.dirittobancario.it*: poiché tutti gli elementi dell’illecito sembrano desumersi proprio dalla sentenza penale di condanna per concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito, deve ritenersi sussistente la legittimazione del curatore fallimentare ad agire nei confronti dell’amministratore, *ex art.* 2393 c.c.

creditori dall'abusiva concessione del credito diretta a mantenere artificiosamente in vita la società ormai decotta, non trattandosi di azione di massa finalizzata alla ricostruzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica nei confronti dei creditori concorsuali; così come si è altresì esclusa la possibilità di avanzare, da parte del curatore fallimentare, la pretesa risarcitoria in commento contro l'istituto bancario e l'amministratore della società fallita, in mancanza del preventivo accertamento positivo della responsabilità penale di questi.

Al contempo, la S.C. ha aggiunto che, nell'ipotesi dell'azione esperita dal curatore, ex art. 146, comma 2, lett. a), l. fall., nei confronti dell'amministratore della società, ai fini della liquidazione del danno, il giudice potrà eventualmente avvalersi, in via equitativa, del criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali, a condizione che tale utilizzo risulti congruo rispetto alle circostanze concrete, con conseguente allegazione attorea dell'inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato ed abbia specificato le ragioni impeditive di un rigoroso distinto accertamento dei danni concretamente riconducibili alla sua condotta (633).

7.3. L'INTERRUZIONE "BRUTALE" DEL RAPPORTO DI CREDITO: TRA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA ED ESERCIZIO "ABUSIVO" DEL DIRITTO DI RECESSO.

Venendo ad una fattispecie (*rectius*: un gruppo di fattispecie, fra l'altro tra loro spesso eterogenee) totalmente opposta a quella dell'abusiva concessione del credito, occorre accennare all'eventuale ricostruzione in termini patologici della situazione in cui l'istituto bancario receda dal contratto nei confronti dell'impresa, interrompendo discrezionalmente l'erogazione del credito in corso e chiedendo la retrocessione di quanto ad esso spettante, in ragione della sorta capitale erogata, degli interessi e delle spese.

Di per sé, l'evento non integra un comportamento abusivo, non sussistendo un generale obbligo *ex lege* di erogazione del credito in capo al sistema bancario, né tantomeno di contrarre, ex art. 2597 c.c. Ratione per cui, la questione andrebbe risolta sul piano effettivo dell'esecuzione del contratto e dell'esercizio delle situazioni giuridiche attive derivanti

(633) Così, rispettivamente: Cass., 2 maggio 2017, n. 11798 e Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Fall.*, 2017, 905 ss., nota di G. TARZIA, *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*,

da esso o dalle norme di legge (634). Seppur attraverso una valutazione condotta necessariamente *ex post*, si tratterebbe di verificare la repentina ed ingiustificata interruzione dell'assistenza finanziaria da parte della banca nei confronti dell'impresa in stato di momentanea difficoltà, nonché il nesso causale tra il comportamento illecito dell'istituto creditore e l'aggravamento dello stato di crisi dell'affidato, se non proprio il suo definitivo dissesto.

Orbene, la fattispecie più frequentemente analizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza riguarda il recesso dal contratto di apertura di credito, ai sensi dell'art. 1845 c.c. – nella sua duplice configurazione a tempo determinato od indeterminato –, per quanto non possa escludersene *a priori* il possibile campo applicativo anche con riferimento ad esempio alla improvvisa rigorosa osservanza dei limiti del fido concesso dopo un periodo di tolleranza degli sconfinamenti; o ancora, alla mancata erogazione del finanziamento di scopo in relazione all'adempimento di un programma economico successivamente rivelatosi di difficile attuazione (635).

Secondo consolidata giurisprudenza in tema di recesso dal contratto di conto corrente, anche laddove pattiziamente consentito in difetto di «giusta causa», il recesso della banca dal rapporto di apertura di credito sarà da considerarsi illegittimo, ove in concreto caratterizzato da connotati del tutto impreveduti ed arbitrari, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dall'istituto ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in

(634) Tra i contributi della dottrina, senza la pretesa di essere esaustivi: O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Fall.*, 1997, 875 ss.; B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione di credito e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2001, I, 277 ss.; R. SGROI SANTAGATA, *Concessione abusiva del credito e interruzione brutale del credito: due casi di responsabilità della banca*, in *Dir. fall.*, 2001, I, 625 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La banca tra concessione abusiva e interruzione brutale del credito*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 765 ss.; A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., 13; C. MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2008, I, 86 ss.; D. GALLETTI, *Tecniche e rischi del finanziamento all'impresa in crisi*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit., 323; T.M. UBERTAZZI, *Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità*, in *Judicium.it*, 2012, 21 ss.; G. BOCCUZZI, *Crisi d'impresa e attività bancaria*, cit., 48 ss.; V. LENOCI, *La responsabilità della banca per interruzione "brutale" del credito*, in *IBattellidelReno.it*, luglio 2013, 3 ss.; G. MORINI, *Interruzione brutale del rapporto di credito e giustizia contrattuale. La responsabilità della banca*, in *IlCaso.it*, II, 28 luglio 2018, 1 ss.

(635) Trattasi «di situazioni variegata di arbitrarie, repentine, inattese ed incongrue determinazioni della banca dirette a negare al cliente la concessione o la prosecuzione del credito e ad imporgli il rientro delle sue esposizioni debitorie»: così, V. LENOCI, *La responsabilità della banca per interruzione "brutale" del credito*, cit., 3.

atto, avesse confidato di poter continuare a disporre della provvista creditizia per il tempo previsto, trovandosi così costretto all'immediata restituzione delle somme utilizzate (636).

Fermo restando l'onere probatorio in capo all'impresa di dimostrare il nesso causale tra il danno subito e l'agire della banca, con eventuale determinazione equitativa del pregiudizio subito, si pensi alla illegittima interruzione del credito da parte dell'intermediario bancario che, attraverso un siffatto comportamento, generi una serie di conseguenze suscettibili di determinare la drastica riduzione dell'attività di impresa, quali l'impossibilità per quest'ultima di eseguire transazioni in conto corrente fino all'apertura di un nuovo rapporto presso un altro istituto bancario, di saldare i debiti esistenti, di saldare i canoni locativi dell'azienda, di vedersi bloccare le operazioni di acquisto e di vendita, di non poter più usufruire del servizio RID, *etc.* (637).

A ben vedere, perché possa configurarsi il fenomeno della improvvisa interruzione del credito (o quella del suo improvviso diniego), non è possibile valutare il mero contrasto tra le determinazioni assunte dalla banca in questo senso e le aspettative soggettive del cliente, necessitando altresì il ricorso di plurimi indici che inducano l'interprete a ritenere che la condotta concretamente assunta dalla banca contrasti con i doveri di correttezza e buona fede che ineriscono all'esecuzione dei rapporti contrattuali, al di là delle ragioni sostanziali che hanno consigliato all'intermediario il recesso stesso. Si pensi, ad esempio, all'istituto che, dopo aver autorizzato operazioni extra-fido sulla base del dato fattuale dell'informata tolleranza, decida di richiedere al cliente l'immediato rientro della sua esposizione: in tal caso, il creditore potrebbe incorrere in responsabilità per non aver adottato un comportamento improntato alla correttezza ed alla buona fede contrattuale, nonostante la fonte di siffatti obblighi risulti derivare dal solo fatto dell'affidamento ingenerato nell'altra parte.

Per vero, la figura giurisprudenziale in commento potrebbe trovare applicazione anche in relazione a fattispecie ulteriori rispetto a quella dell'apertura di credito. Si pensi al diniego dell'erogazione del

(636) In tal senso: Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, 2479; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, *ibidem*, I, 3495; Cass., 24 agosto 2016, n. 17291, in *DeJure.it*; Trib. Roma, 2 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*.

(637) Il tema è emerso in più di un'occasione anche dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario, *ex multis*: ABF, 8 novembre 2013, n. 5680, in *Dirittobancario.it*, con nota di L. FRANCO, *Recesso abusivo dal contratto di apertura di credito*; ABF, 17 novembre 2011, n. 2489; ABF, 23 marzo 2012, n. 877; ABF, 6 luglio 2012, n. 2357; ABF, 23 settembre 2013, n. 4831; ABF, 20 maggio 2015, n. 4155; ABF, 1° dicembre 2016, n. 10596, tutte in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

finanziamento oggetto del contratto di mutuo di scopo validamente stipulato, a fronte dell'intervenuta appostazione «a sofferenza» dell'impresa in stato di temporanea difficoltà finanziaria, da parte di un altro istituto creditore. Trattandosi di finanziamento concesso al fine di ripianare le precedenti esposizioni bancarie attraverso un percorso stragiudiziale di soluzione della crisi, difficilmente troverebbe accoglimento l'eventuale eccezione di cui all'art. 1461 c.c. (con conseguente sospensione dell'esecuzione della prestazione della banca date le mutate condizioni patrimoniali della controparte *in pejus*), essendo l'istituto ben consapevole della situazione critica dell'impresa – peraltro elemento costitutivo del profilo causale del finanziamento –, e potendo presumere le possibili conseguenze negative dello stato di crisi anche sulla base del principio dell'*id quod plerumque accidit* (638).

D'altra parte, per quanto la disposizione *ex art.* 1461 c.c. non contenga alcun esplicito riferimento letterale alla buona fede (diversamente da quanto espressamente previsto dall'art. 1460 c.c., regolante l'esercizio dell'*exceptio inadempimenti contractus*), una lettura sistematica della disciplina condurrebbe all'operatività del principio anche in tal caso, con conseguente ricorso ad una valutazione dell'operazione economica ispirata ai criteri di proporzionalità e correttezza, fermo il dato normativo che vuole la facoltà del contraente *in bonis* diretta (non già ad alterare, bensì) a salvaguardare il rapporto sinallagmatico (639).

Invero, rimane alquanto controversa la natura della responsabilità dell'istituto bancario: nonostante l'interpretazione maggioritaria

(638) Cfr. App. Bari, 11 aprile 2014, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2015, II, 531.

(639) La norma codicistica, basandosi sul principio «*inadimplenti non est adimplendum*», prevede che, nei contratti a prestazioni corrispettive, il contraente *in bonis* possa «sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta», nell'eventualità in cui le condizioni patrimoniali della controparte siano nel frattempo diventate tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione; salvo che sia prestata idonea garanzia». Orbene, detto «pericolo» non dev'essere assimilato al mero timore soggettivo, né tantomeno può considerarsi decisiva la circostanza che la parte abbia debiti verso terzi non soddisfatti alla scadenza: Cass., 3 dicembre 1993, n. 12011, in *Vita not.*, 1994, 758. Per un'analisi ragionata della giurisprudenza sul tema: F. ADDIS, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006.

Precisato che l'eccezione *de qua* è opponibile, in via di autotutela e con funzione cautelare, al verificarsi del «mutamento delle condizioni patrimoniali» dell'altro contraente, a tal proposito sembra doversi preferire l'opinione dottrinale che individua, quale criterio di portata generale ed astratta, il sopravvenire di circostanze incidenti sulla consistenza, sia quantitativa sia qualitativa, del patrimonio della controparte, «tali da creare una situazione di pericolo avente punti di contatto con quell'*eventus damni* che consente il ricorso alle azioni conservative della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.», ferma la rilevanza oggettiva del mutamento delle condizioni patrimoniali: così, U. CARNEVALI, *Il contratto in generale. L'adempimento*, in AA. VV., *Tratt. dir. priv.*, Bessone, Torino, 2011, 257.

propenda per la natura aquiliana del danno, non si è mancato di ricondurre il comportamento della banca nell'ambito della violazione di obblighi contrattuali (640).

In merito ai rimedi esperibili da parte dell'impresa in caso di recesso della banca dichiarato illegittimo, ci si è sostanzialmente divisi tra chi considera quest'ultima tenuta a risarcire il danno economico del cliente (determinabile nel *quantum* anche per il tramite di presunzioni), e chi considera privo di efficacia il recesso, con conseguente mantenimento del rapporto contrattuale.

Proprio alla luce del dato normativo che esclude la configurazione della responsabilità della banca per il solo fatto dell'interruzione del credito, ai fini della esperibilità o meno di un'azione di responsabilità contrattuale od extra-contrattuale nei confronti di quest'ultima, il tema centrale ruota attorno alla figura – invero molto dibattuta –, dell'esercizio abusivo del diritto di recesso contrattuale, peraltro oggetto di una nota sentenza della S.C. (641) ampiamente commentata (soprattutto in senso critico) dalla dottrina (642).

Più in particolare, secondo i giudici di legittimità, per aversi «abuso del diritto» occorrerebbero quattro condizioni di fatto accertate: la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; la possibilità che il concreto esercizio di quello stesso diritto possa essere effettuato secondo diverse e non predeterminate modalità attuative; la circostanza che l'effettivo esercizio del diritto risulti censurabile secondo un criterio di valutazione anche extragiuridico, nonostante il formale rispetto della cornice attributiva del diritto stesso; la circostanza che, a causa di tale

(640) In quest'ultimo senso, vedi A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La banca tra concessione abusiva e interruzione brutale del credito*, cit., 777; per la configurazione della responsabilità in senso extracontrattuale, MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*, cit., 97.

(641) Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano», l'abuso del diritto alla riscossa*.

(642) Tra i contributi più recenti in dottrina: F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2009, 1577 ss.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010, 5 ss.; F. GALGANO, *Qui suo jure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 311 ss.; G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contr.*, 2011, 653 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 139 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbl. contr.*, 2010, 172 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 341 ss.; ID., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, *passim*; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 297 ss.; C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 27 ss.; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, spec. 749 ss.

modalità attuativa del diritto, si sia verificata una ingiustificata sproporzione tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio della controparte.

Per vero, la S.C. sembra richiamare, sul punto, l'opinione di un'autorevole dottrina che censurava il comportamento che, «pur esattamente corrispondente al contenuto formale e sostanziale del diritto», si fosse concretizzato «prescindendo dalla considerazione di un interesse altrui, che il sistema pone in funzione di limite (esterno perché) incidente non già sul *quantum* (cioè sull'estensione), bensì sul come (e perciò sulle modalità di esercizio) del diritto stesso» (643).

È opportuno segnalare lo scetticismo con cui buona parte dei commentatori ha accolto le soluzioni prospettate dalla succitata pronuncia di legittimità, soprattutto alla luce del temuto utilizzo sovrabbondante di una clausola generale non positivizzata, quale appunto quella dell'abuso del diritto, capace di indebolire sensibilmente i principi del «*pacta sunt servanda*» e della «forza di legge tra le parti» del vincolo contrattuale (art. 1372 c.c.), di per sé già fortemente ridimensionati in molti «luoghi» del diritto contrattuale contemporaneo (644).

Timori che, a ben vedere, più che nel richiamo al (non certo inedito) «abuso del diritto» nel diritto civile (645), trovano la loro fonte in taluni passaggi argomentativi della sentenza di legittimità, tesi a «rivisitare» il principio di buona fede nell'esecuzione contrattuale ed a selezionarne gli aspetti operativi ai quali affidare, soprattutto alla luce dei

(643) Così. L. BIGLIAZZI-GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, 187.

(644) Forse con eccessivo allarmismo, C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, 341 ss., che scorge nella soluzione della S.C. la rappresentazione emblematica del «dilagare di un modello argomentativo in cui il giudice attinge direttamente la soluzione del caso concreto dalla dimensione dei principi, quasi disinteressandosi della mediazione delle regole, così condannate ad un progressivo deperimento». Ma vedi anche C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, cit., 140, che non manca di sottolineare l'insita pericolosità di quelle «sentenze manifesto» che, «cedendo alle suggestioni di temi culturalmente accattivanti, quali sono quelli del rapporto tra l'atto di autonomia privata (e gli interessi attraverso di esso realizzati) e la valutazione che ne opera l'ordinamento, si avvolgono nelle spirali di un'impostazione fortemente ideologica di esso».

(645) Che la figura sia da tempo analizzata anche dalla dottrina italiana è più che noto, *ex plurimis*: U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, in *Riv. trin. dir. proc. civ.*, 1958, I, 37 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 275 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I Torino, 1982, 2 ss.; G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, 774 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, 1 ss. D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 13 ss.; R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. VII, Torino, 2012, 1 ss.

principi costituzionali, la funzione di strumenti giudiziari posti a garanzia del temperamento e dell'equilibrio degli opposti interessi, in quanto finalizzati al controllo «anche in senso modificativo o integrativo dello statuto negoziale».

A tal proposito, non sembrano doversi condividere i richiami alla diretta operatività delle norme costituzionali in funzione di parametri interpretativi delle clausole di correttezza e di buona fede esecutiva, rispetto alle quali, il riferimento risulta avere «più un valore retorico-persuasivo che una funzione argomentativa fondante» (646). Né può sottacersi l'ulteriore controindicazione ermeneutica della sovrapposizione concettuale con il canone della buona fede, in cui spesso incorre la teoria dell'abuso del diritto, che rischierebbe di depotenziare la stessa operatività delle disposizioni normative di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (647).

Cionostante, sembra difficile mettere in serio dubbio il dato per cui l'estensione della categoria dell'abuso del diritto all'ambito contrattuale, specialmente per via giurisprudenziale, ne faccia ormai uno dei principi immanenti nel nostro ordinamento giuridico.

Quanto poi all'obiezione circa la mancanza di una espressa previsione normativa al riguardo, in dottrina si è proposta la soluzione di leggere l'abuso del diritto quale «argomento», abbandonando la pretesa di volerne fare un vero e proprio istituto: se, da un lato, il divieto in parola per la sua eccessiva genericità non può essere sussunto direttamente nel caso singolo, dall'altro, vi si potrebbe comunque ricorrere

(646) Così, già L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1997, I, 9-10, il quale avvertiva «che il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia (e voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza il bisogno di stampelle costituzionali». Nonché A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ., Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 314: l'ancoraggio ai valori costituzionali non sempre può ritenersi risolutivo dei problemi connessi alla valutazione, in termini di correttezza e buona fede, dell'agire delle parti; dovendo piuttosto conoscere un momento intermedio di «mediazioni e filtri», che appunto abbiano riguardo al concreto rapporto contrattuale instaurato.

(647) Con argomenti critici: S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., 6; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, cit., 751; nonché, *amplius*, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 375 ss.

Non è un caso, infatti, che nella sentenza della Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit., alla clausola generale di buona fede venga assegnata la funzione di criterio atto a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione, quest'ultima da intendersi nel senso di una «procedimentalizzazione nell'esercizio del diritto di recesso». Sul tema, anche Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Foro it., Rep.*, 2009, *Contratto in genere*, n. 454, in cui si parla dell'abuso del diritto come di «interfaccia» del «generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento di propri doveri», con il quale condividerebbe una fondamentale funzione integrativa dell'obbligazione.

utilmente quale canone interpretativo delle vicende negoziali in contestazione (648).

Dall'angolo visuale delle procedure concorsuali, ci si potrebbe domandare se l'apertura del concordato preventivo possa configurare un inadempimento dell'impresa ovvero un peggioramento delle sue condizioni patrimoniali tali da legittimare la banca, rispettivamente, a sciogliersi dal rapporto contrattuale od a sospendere la propria prestazione in forza del contratto di conto corrente.

Per quanto in dottrina non siano mancate opinioni affermative al riguardo (649), in senso contrario opera la disposizione *ex art. 169-bis l. fall.*, a norma della quale il debitore, sia attraverso il ricorso *ex art. 161 l. fall.*, che in un momento successivo allo stesso, «può chiedere che il tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato con decreto motivato sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso», con riconoscimento di un equo indennizzo «equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento»; ferma l'ulteriore possibilità di ottenere l'autorizzazione alla sospensione del contratto per sessanta giorni, prorogabili una sola volta (650).

D'altra parte, la previsione della continuità contrattuale assumerà caratteri ancora più perentori qualora si sia optato per l'accesso ad un concordato preventivo con continuità aziendale, fermo il disposto dell'*art. 186-bis, comma 3, l. fall.*, a norma del quale «i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura»; con conseguente inefficacia degli eventuali patti contrari (cfr. *art. 72, comma 6, l. fall.*, che nega l'efficacia alle clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dall'intervenuto fallimento della controparte negoziale) (651).

(648) A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 320; ID., *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv., Iudica-Zatti*, Milano, 2013, 455.

(649) C. FRIGENI, *Le linee di credito autoliquidanti e (pre)concordato preventivo*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2013, I, 537 ss.

(650) In materia di rapporti contrattuali pendenti, è noto come lo stesso *art. 72, comma 1, l. fall.*, preveda che l'esecuzione del contratto ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti rimanga sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler subentrare nel contratto in luogo del fallito «assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto».

(651) In ottica di riforma dell'ordinamento concorsuale, si segnalano, in particolare, due previsioni. Quella dell'*art. 12, comma 3, cod. crisi ins.*, che, proprio per agevolare il ricorso alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, dispone

che la loro attivazione non costituisca causa di risoluzione dei contratti pendenti (anche se stipulati con la P.A.), né di revoca degli affidamenti concessi e che sono inefficaci patti contrari; nonché quella *ex art. 97 cod. crisi ins.*, contenente la disciplina dei contratti pendenti al momento dell'accesso alla procedura di concordato preventivo, che attribuisce rilievo alla sola mancata e compiuta esecuzione delle prestazioni principali, con l'irrilevanza dell'eventuale adempimento integrale delle prestazioni accessorie. In tal senso, il debitore potrà chiedere, «con autonoma istanza, l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento di uno o più contratti, se la prosecuzione non è coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione».

INDICI

INDICE

CAPITOLO PRIMO

GLI STRUMENTI DI SOLUZIONE NEGOZIALE DELLA CRISI D'IMPRESA E L'EROGAZIONE DEL CREDITO BANCARIO NELL'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA CONCORSUALE.

1. La necessità di una visione organica del fenomeno della crisi di impresa: le soluzioni negoziali, la continuità aziendale ed il ruolo delle banche creditrici. >> **pag. 1**

2. Gli Accordi stragiudiziali per la rimozione dello stato d'insolvenza. Una breve ricostruzione storica. >> **pag. 13**
 - 2.1. L'istituto del "salvacondotto" nel diritto fallimentare medievale, ovvero la temporanea sospensione delle sanzioni personali previste a carico del mercante decotto al fine di agevolare l'accordo con i creditori e la chiusura del fallimento. >> **pag. 14**
 - 2.2. Gli spazi di negoziabilità (e la connessa tutela) all'interno del codice di commercio del 1882: la convenzione di moratoria ed il concordato amichevole. >> **pag. 17**

3. La prassi delle convenzioni stragiudiziali di risanamento tra l'impresa in crisi e le banche creditrici: la procedura di concertazione del Codice di comportamento Abi (2000) e le proposte di modifica della legge fallimentare, anche sulla scorta dell'esperienza del "London Approach". >> **pag. 22**

4. Crisi d'impresa, soluzioni concordate non liquidatorie e finanziamento bancario nel quadro evolutivo dell'ordinamento concorsuale. Dall'originaria impostazione "sanzionatoria" del Regio Decreto n. 267/1942 agli incentivi alla ristrutturazione del debito ed al finanziamento dell'impresa in stato di crisi nella recente stagione delle "miniforme". >> **pag. 36**
 - 4.1. Dall'originaria impostazione "sanzionatoria" del Regio Decreto n. 267/1942 agli incentivi alla ristrutturazione del debito ed al finanziamento dell'impresa in stato di crisi nella recente stagione delle "miniforme". >> **pag. 37**

5. Cenni sul ruolo del diritto europeo in materia di insolvenza e crisi d'impresa. In particolare: la Raccomandazione n. 135/2014 della Commissione Europea e la recente Proposta di Direttiva UE, del 22 novembre 2016. >> **pag. 65**

6. La prospettiva della proposta di riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza (legge-delega, 19 ottobre 2017, n. 155). Cenni al previsto "contenimento" delle ipotesi di prededuzione ed al "riordino" e "semplificazione" delle tipologie di finanziamento. >> **pag. 74**

7. La "rivitalizzazione", ai fini di un "proficuo utilizzo nella prassi" dei *turnaround*, dei piani attestati di risanamento, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della convenzione di moratoria. >> **pag. 83**

CAPITOLO SECONDO

LE CONVENZIONI BANCARIE DI SALVATAGGIO DELL'IMPRESA IN CRISI. TRA CONTRATTO E STRUMENTI CONCORSAI.

1. Le ricostruzioni in chiave contrattuale delle operazioni bancarie di risanamento dell'impresa in crisi. Aspetti generali. >> **pag. 92**

2. L'architettura contrattuale delle convenzioni bancarie. In particolare: lo schema del contratto plurilaterale, il "fascio" di contratti con comunione di scopo ed il ricorso al contratto bilaterale con parte "plurisoggettiva". >> **pag. 103**

2.1. (Segue). I profili patologici della convenzione bancaria di salvataggio e rimedi civilistici. >> **pag. 114**

3. L'operazione bancaria di risanamento dell'impresa in crisi nel quadro delle soluzioni negoziali non liquidatorie. I paradigmi dell'accordo contrattuale e della deliberazione. Il problema della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti. La centralità della fase di pianificazione. >> **pag. 120**

4. La ricostruzione del profilo causale dell'operazione di salvataggio bancario. >> **pag. 134**

5. Le prestazioni regolate dalla convenzione bancaria (diverse dall'erogazione di nuova finanza): tra ristrutturazione del debito e modalità di gestione dell'impresa societaria. >> **pag. 150**

5.1. Gli interventi di ristrutturazione del debito bancario, attraverso la rideterminazione (quantitativa e/o qualitativa) delle pretese creditorie, la concessione di un periodo di moratoria, la novazione dell'oggetto o del titolo della prestazione. >> **pag. 151**

5.2. Gli interventi di salvataggio che contemplano vincoli gestionali ed organizzativi della società debitrice. >> **pag. 160**

6. (Segue). La conversione dei crediti bancari in azioni o in strumenti finanziari partecipativi, nel quadro degli accordi negoziali sulla crisi d'impresa. >> **pag. 166**

7. L'operazione negoziale di risanamento dell'impresa nell'attuale disciplina concorsuale. La disciplina degli istituti del Piano attestato di risanamento e degli Accordi di ristrutturazione dei debiti. >> **pag. 177**

7.1. Il ricorso all'accordo stragiudiziale "attestato", ex art. 67, comma 3, lett. d. della legge fallimentare. >> **pag. 177**

7.2. Il ricorso agli accordi di ristrutturazione del debito, di cui all'art. 182-bis della legge fallimentare. >> **pag. 183**

8. Le operazioni di salvataggio bancario dell'impresa in crisi alla luce della recente tipizzazione della "convenzione di moratoria" e dell'introduzione dell'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari. >> **pag. 193**

CAPITOLO TERZO

L'OPERAZIONE DI FINANZIAMENTO BANCARIO ALL'IMPRESA IN CRISI.

1. L'esercizio e la gestione del credito bancario all'impresa crisi. >> **pag. 211**

1.1. L'impresa bancaria. Una breve premessa sulla pluralità delle fonti normative e regolamentari. >> **pag. 211**

1.2. Il finanziamento bancario all'impresa. Tra "sana e prudente gestione", classificazione del rischio del credito e sistemi informativi interbancari. >> **pag. 215**

2. Il profilo soggettivo del debitore sovvenzionato: l'imprenditore commerciale fallibile. >> **pag. 222**

3. Il presupposto oggettivo dell'operazione di finanziamento dell'impresa: tra insolvenza e stato di crisi. >> **pag. 229**

4. Il contratto con causa di finanziamento. Tra le divergenze ricostruttive della dottrina e la riconduzione giurisprudenziale del fenomeno allo schema del mutuo di scopo. >> **pag. 243**

5. La disciplina della prededucibilità del credito alla luce dell'attuale ordinamento concorsuale e delle previsioni normative del codice della crisi e dell'insolvenza. Cenni alla problematica applicabilità dell'istituto ai crediti dell'*advisor* dell'impresa. >> **pag. 253**

6. Le fattispecie tipiche del finanziamento all'impresa in crisi. >> **pag. 263**

6.1. Cenni introduttivi alla disciplina dei finanziamenti concessi ai fini ristrutturativi e/o riorganizzativi dell'impresa in stato di crisi. >> **pag. 263**

6.2. I crediti derivanti dai finanziamenti effettuati: a) in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti; b) in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti; c) "interinali" ed "interinali urgenti". >> **pag. 268**

7. I possibili profili "patologici" del rapporto tra la banca finanziatrice e l'impresa debitrice. In particolare, le ipotesi della banca quale "amministratore di fatto" dell'impresa debitrice, dell'abusiva concessione del credito e dell'interruzione "brutale" del credito. >> **pag. 281**

7.1. I rischi insiti nell'ipotesi di controllo contrattuale dell'impresa finanziata, in particolare in forza di *covenants*. Cenni alla fattispecie della banca quale "amministratrice di fatto" della società debitrice. >> **pag. 281**

7.2. L'abusiva concessione del credito bancario. >> **pag. 286**

7.3. L'interruzione "brutale" del rapporto di credito: tra responsabilità della banca ed esercizio "abusivo" del diritto di recesso. >> **pag. 294.**

BIBLIOGRAFIA

AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, in AA. Vv., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretta da S. Ambrosini, Bologna, 2017, 771 ss.

ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano, 1984.

ALPA, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.

AMBROSINI (a cura di), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, Bologna, 2017.

AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 469 ss.

AMBROSINI, *La tutela dei finanziamenti all'impresa in crisi*, in *Le altre procedure concorsuali*, in AA. Vv., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli – F.P. Luiso – E. Gabrielli, Torino, 2013, vol. IV, 435 ss.

ANDREONI, *Accordo di ristrutturazione con intermediari e convenzione di moratoria*, in *Giur. it.*, 2017

ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 398. BONSIGNORI, *Fallimento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., V, Torino, 1990, 376.

APPIO – DONATIVI, *Accordi di ristrutturazione del debito: fattispecie e regime di pubblicità*, in AA. Vv., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, a cura di G. Dinacci – S. Pagliantini, in *Tratt. dir. econ.*, diretto da E. Picozza – E. Gabrielli, vol. VII, Padova, 2010, 165 ss.

APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *Il-Caso.it*, II/853, 29 dicembre 2015, 1 ss.

BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir. econ.*, 1955, 111 ss.

BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr. giur.*, 2016, 449 ss.

BALESTRA, *Brevi note sui crediti prededucibili e crediti ipotecari e pignoratizi*, in *Fall.*, 2017, 5 ss.

BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. decreto sviluppo*, in *Fall.*, 2012, 1401 ss.

BARTALENA, *Crediti accordati in funzione od in esecuzione del concordato*, in AA. VV., *Società, Banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro abbadessa*, diretto da M. Campobasso – V. Cariello – V. Di Cataldo – F. Guerrera – A. Sciarrone Alibrandi, Torino, 2014, vol. III, 2945 ss.

BASSI, *L'illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 352.

BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, *ibidem*, 2008, I, 509 ss.

BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2015, I, 57 ss.

BERSANI – CALTABIANO, *I presupposti di fallibilità alla luce delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali*, in *ILCaso.it*, II/602, 26 agosto 2017, 1 ss.

BERTACCHINI, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani attestati di risanamento nel quadro della legge fallimentare riformata*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2014, I, 181 ss.

BERTOLI, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, 2000, 286.

BERTOLOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi*, Torino, 2017,

BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano, 2000

BOGGIO, *Piano di risanamento attestato "liquidatorio" ed esenzione da revocatoria (ordinaria)*, in *Giur. it.*, 2018, 1150 ss.

BONFATTI, *I presupposti e gli effetti del sostegno finanziario alle imprese in crisi. Uno sguardo d'insieme*, in *Dirittobancario.it*, settembre 2018, 1 ss.

BONFATTI, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziata delle crisi*, in AA. VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, 89 ss.

BONFATTI, *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 1 ss.

BONFATTI, *Legittimo il mutuo fondiario per la ristrutturazione di passività pregresse se favorisce il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 5, 1 ss.

BRESCIA MORRA, *Finanziamento e partecipazione all'impresa. Profili evolutivi*, Napoli, 2008.

BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 806 ss.

BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *IlCaso.it*, II, 28 gennaio 2017, 1 ss.

BROGI - BASTIA, *La ricapitalizzazione societaria e la soddisfazione dei creditori mediante attribuzione di partecipazioni e strumenti finanziari*, in *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Milanofiori Assago, 2016, 255 ss.

BRUGGER, *La nozione di insolvenza: un concetto che muta*, in *Fall.*, 1998, 9 ss.

BRUNO - ROZZI (a cura di), *Crisi d'impresa e ristrutturazioni. Percorsi tra banca e mercato*, Milanofiori Assago, 2010.

CABRAS, *Il diritto fallimentare nel teatro di Carlo Goldoni*, in *dircomm.it*, VI, 1, gennaio-giugno 2007.

CAFFÈ, *Diritto ed economia: un difficile incontro*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 5 ss.

CAGNASSO, *Le interferenze tra il diritto societario e il diritto fallimentare*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, Torino, 2016, vol. II, 2616 ss.

CAMPOBASSO, *Le partecipazioni delle banche e dei gruppi bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1995, I, 281 ss.

- CANDIAN, *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996.
- CANNATA, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 827 ss.
- CAPO, *I presupposti del fallimento*, in AA. Vv., *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore – A. Bassi, I, Padova, 2010, 172 ss.
- CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2010, I, 295 ss.
- CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 186 ss.
- CAPRIGLIONE, *La nuova finanza: operatività, supervisione, tutela giurisdizionale. Il caso «Italia». Considerazioni introduttive. (La finanza post-crisi: forme operative e meccanismi di controllo)*, in *Contr. impresa*, 2017, spec. 91 ss.
- CAREDDA, *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 455 ss.; S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Milano, 2002.
- CARPINELLI – CASCARINO – GIACOMELLI – VACCA, *La gestione dei crediti deteriorati: un'indagine presso le maggiori banche italiane*, in *Banca d'Italia, Questioni Eco. Finanza*, n. 311, Roma, 2016;
- CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 365 ss.
- CARRIÈRE, *Dal Merger Leveraged Buy Out al (De-merger) De-leveraged dei crediti nelle operazioni di ristrutturazione*, in *Società*, 2012, 282
- CASE, *An Overview of United States Bankruptcy Law*, in AA. Vv., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani – O. Cagnasso, vol. I, Torino, 2016,
- CASSANDRO, *Natura giuridica e finalità del concordato preventivo*, in AA. Vv., *Tratt. dir. proc. concor.*, diretto da U. Apice, III, Torino, 2011, 6 ss.
- CASTAGNOLA (a cura di), *Fallimento e concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2017, 230 ss. (I Parte) e 508 ss. (II Parte).
- CASTIELLO D'ANTONIO, *La trasformazione del credito in capitale di rischio delle imprese: profili giuridici*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 1997, I, 288 ss.

CASTIELLO D'ANTONIO, *Sulla chiusura della procedura di concertazione interbancaria per la composizione extragiudiziale della crisi di impresa*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2000, I, 577 ss.

CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1021 ss.

CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 4^a ed., 2014.

CAVALLARO, *La legge delega di riforma della crisi d'impresa*, Milano, 2018.

CAVANNA, *L'attuazione di concordato preventivo in parziale continuità mediante scissione societaria*, in *Fall.*, 2016, 353 ss.

CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti. (Intorno alla nazione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 243.

CENSONI, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fall.*, 2014, 377ss.

CENSONI, *Finalità e presupposti del concordato preventivo*, in AA. Vv., *Tratt. procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, IV, Milano, 2016, 41 ss.

CESARINI – GOBBI, *Il finanziamento delle imprese italiane: dal credito bancario al mercato*, in *Banca, impresa e soc.*, 2016, 403 ss.

CESARINI (a cura di), *I crediti deteriorati nelle banche italiane*, Torino, 2017;

CESARINI, *Le banche creditrici della impresa in crisi: ruolo, responsabilità, problemi*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1996, I, 569 ss.

CIOCCA, *Un diritto per l'economia?*, in *Eco. Politica*, 2001, 321 ss.

CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2002.

CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1982, I, 616.

COLESANTI, *Crisi d'impresa, accordi di ristrutturazione e insolvenza ("prospettica")*, in *Corr. giur.*, 2010, 109 ss.

COLLURA, *Contratti di finanziamento e garanzia: cenni introduttivi*, in AA. Vv., *Nuove tipologie contrattuali*, a cura di A. Bonajuto, Roma, 1991, 17.

CONCA, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: disciplina e prime considerazioni applicative*, in AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretta da S. Ambrosini, Bologna, 2017, 715 ss.

CONFORTINI, *Il concordato preventivo fra legge del concorso e legge del contratto. Concordati di riorganizzazione societaria e status socii*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 1309.

COPPOLA, *Il piano stragiudiziale di risoluzione della crisi*, in AA. VV., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005, 326; R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali*, cit., 80.

CORNELLI, *Risoluzione della crisi di impresa: principi economici e spunti delle procedure estere*, in AA. VV., *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo della banca*, cit., 43 ss.

CORNO, *Un altro (significativo) passi avanti comunitario verso l'armonizzazione della normativa sulla crisi d'impresa. La Raccomandazione della Commissione europea 12.3.14 e il possibile impatto sulle norme italiane*, in *IlFallimentarista.it*, 19 giugno 2014, 1 ss.

CORSI, *Lezioni di diritto dell'impresa*, Milano, 1992.

COSENTINO - DE LUCA, *L'attestazione nella convenzione di moratoria ex art. 182 septies, comma V, L.F. e responsabilità penali dell'attestatore*, in *IlCaso.it*, II, 10 novembre 2017, 1 ss.

COSIGLIA DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate delle crisi*, Torino, 2018.

COSSU, *Piani attestati di risanamento e contratti di ristrutturazione del debito. La riorganizzazione stragiudiziale della s.r.l. in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 461 ss.

COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 531 ss.;

COSTA, *Procedure di salvataggio delle imprese, azione revocatoria e prededuzione nelle recenti evoluzioni normative*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, Milano, 2011, 21 ss.

- COSTANTINO, *Economia e processo: contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2007, I, 1 ss.
- COTTINO, *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 5 ss.
- COVINO – MARTINO, *Conversione del credito in capitale*, in *IlFallimentarista.it*, 8 settembre 2017, 1 ss.
- CUOMO, *Il controllo societario da credito*, Milano, 2013.
- CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali. Verso un diritto europeo del risanamento delle imprese in crisi*, Torino, 2016,
- D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 53 ss.
- D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 411 ss.
- D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto «sviluppo»*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 74 ss.
- D'ATTORRE, *Gli strumenti finanziari partecipativi nella crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 335 ss.
- D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, I, 517 ss.
- D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940.
- D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, 329 ss.
- DANOVI – RIVA – AZZOLA, *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del tribunale di Milano*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 837 ss.
- DANOVI, *Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano*, Milano, 2003.
- DE CESARI – MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento (UE).2015/848 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, 2017,

- DE CESARI, *La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi*, in *Fall.*, 2017, 1109 ss.
- DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 404 ss.
- DE FALCO, *Accordi di ristrutturazione del debito*, in *ApertaContrada.it*, 19 marzo 2010, 1 ss.
- DE GIOIA CARABELLESE, *Le insolvenze civili e commerciali nel Regno Unito, in un'analisi comparata con la legislazione italiana*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 529 ss.
- DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 1291 ss.
- DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017.
- DE NOVA, *Le convenzioni attuative del piano di risanamento*, in AA. VV., *Crisi di impresa e risanamento, ruolo delle banche e prospettive di riforma*, a cura di D. Masciandaro – F. Riolo, Milano, 1997, 229 ss.
- DE PRA, *Le condizioni dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1281 ss.
- DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, I, 311 ss.
- DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 57 ss.
- DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 798 ss.:
- DEL MAJNO, *Brevi riflessioni sulla "finanza ponte" ex art. 182 quater, comma II, L.F.*, in *IlCaso.it*, 2018, 1 ss.
- DELL'ATTI – TURCO, *Piani attestati e principi di comportamento del professionista*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, I, 265 ss.
- DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 543 ss.

DEMARCHI ALBENGO – GIACOMAZZI, *I piani attestati ex art. 67 l. fall.*, in AA. Vv., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso – L. Panzani, Torino, 2016, III, 3169 ss.

DEMARCHI, *I piani attestati di risanamento ex art. 67 Legge fallimentare. Tentativo di ricostruzione di un istituto non tipizzato a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, in *IlCaso.it*, II, n. 189/2010,

DESARIO, *Il ruolo del sistema bancario nel risanamento finanziario delle imprese*, in *Bollettino eco.*, 1996, fasc. 6, 35 ss.

DESARIO, *Il ruolo delle banche nella crisi d'impresa: il punto di vista della Banca d'Italia*, in *Riv. banc.*, 2000, fasc. 4, 13 ss.

DESIDERIO, *Aspetti comparativi ed efficienza degli impianti vigenti*, in AA. Vv., *Profili di gestione delle crisi. Il mercato, le imprese, la società*, a cura di C. Patalano – C. Santini, Padova, 2013, 343 ss.

DI CECCO, *La conversione concordataria dei debiti in capitale di rischio: tre riflessioni (ed altrettante proposte) sulle peculiarità della disciplina applicabile alle operazioni di debt to equity swap*, in *IlCaso.it*, II/736, 18 ottobre 2018, 1 ss.

DI LORENZO, *Accordo di ristrutturazione ed effetti inter partes*, in AA. Vv., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, tomo II, 555 ss.

DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fall.*, in *Corr. giur.*, 2010, 245 ss.

DI MARZIO – MACARIO, *Autonomia dei privati e disciplina dell'insolvenza*, in AA. Vv., *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, a cura di G. Cazzetta, Milano, 2014, I, 562.

DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2007.

DI MARZIO, *Il fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018.

DI MARZIO, *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 808 ss.

DI NARDI, *Finanziamento - Finanziare*, in *Enc. banc.*, Milano, 1942, vol. I, 707.

DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis, L. Fall.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in AA. VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali. Atti*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 2011, 13 ss.

DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Fall.*, 1996, 905 ss.

DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, in *Fall.*, 1996, 840 ss.

EINAUDI, *Intorno al credito industriale. Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911, 119.

FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla reorganization*, in *Foro it.*, 2006, I, 263 ss.;

FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies in chiave di collettivizzazione della crisi*, in *Fall.*, 2016, 911 ss.

FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *IlCaso.it*, II, 6 agosto 2015, 1 ss.;

FABIANI, *L'ulteriore up grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 898

FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 13 ss.

FACCINCANI, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali di risanamento. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare*, Milano, 2007.

FALCONE, *I finanziamenti "in esecuzione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti: continuità ed innovazioni nel "Codice della crisi e dell'insolvenza"*, in *Riv. dir. banc.*, 57, 2018, 1 ss.

FALCONE, *I piani di risanamento attestati nella «gestione privatistica dell'insolvenza»*, in AA. VV., *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 2008, 267 ss.

FALCONE, *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 562 ss.

FALCONE, *Una nuova “particolare operazione di credito”: il “finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato” (art. 48-bis t.u.b.)*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2017, I, spec. 629 ss.

FAUCCI, *Dall’«economia programmatica» corporativa alla programmazione economica: il dibattito fra gli economisti*, in AA. Vv., *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, a cura di P. Grossi, tomo I, 1999, 9 ss.

FAUCEGLIA – ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell’impresa in crisi*, Bologna, 2009.

FAUCEGLIA, *Art. 182-bis*, in AA. Vv., *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Milanofiori Assago, 3^a ed., 2015, 2172 ss.;

FAUCEGLIA, *I contratti di finanziamento e il mutuo di scopo*, in AA. Vv., *Casi e materiali di diritto commerciale. Contratti d’impresa*, Milano, 1993, vol. II, 1317 ss..

FAUCEGLIA, *L’accordo di ristrutturazione dell’indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 723 ss.

FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 842 ss.;

FERRARA JR., *Il fallimento*, Milano, 3^a ed., 1974.

FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, in AA. Vv., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2^a ed., 2017, 31 ss.

FERRI JR., *Lo stato d’insolvenza*, in *Riv. not.*, 2015, I, 1149 ss.

FERRI, *L’invisibile presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 897 ss.

FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in AA. Vv., *Studi sull’autonomia dei privati*, a cura di C. Angelici – G. Ferri, Torino 1997, 97 ss.

FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 127 ss.

FERRICELLI, *Attestazione del piano di risanamento e responsabilità del professionista*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 475 ss.

FERRO, *Art. 182-bis*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 3^a ed., 2014, 2497 ss.

FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 598

FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in *Fall.*, 2005, 1353 ss.

FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fall.*, 2016, 1032 ss.

FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore "estraneo ... ma non troppo"*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 825 ss.

FICHERA, *Riforma della crisi d'impresa: il riordino dei privilegi e le garanzie non possessorie*, in *Quot. giur.*, 23 novembre 2017, 1 ss.

FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2013, 1151.

FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, I, 57 ss.

FIMMANÒ, *La conservazione e la riallocazione dei valori aziendali nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, 460.

FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Contr.*, 2015, 1164 ss.

FOLLIERI, *Sugli accordi di postergazione del credito*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 597 ss.

FORESTIERI, *Corporate & Investment Banking*, Milano, 2^a ed., 2009.

FORESTIERI, *I nuovi canali di finanziamento delle imprese. Minibond, cartolarizzazioni, capitale di rischio*, in *Bancaria*, 2014, fasc. 6, 3 ss.

FORTUNATO, *Considerazioni sul finanziamento alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 587 ss.

FORTUNATO, *Procedure concorsuali fra unitarietà e frammentarietà*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 10 ss.

FRAGALI, *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, XVII, 605

FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2^a ed., 2013, 196 ss.

FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.

FRASCAROLI-SANTI, *Concordato stragiudiziale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, II, Torino, 1988, 283 ss.

FRASCAROLI-SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2^a ed., 2016.

FRATTAROLO – IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009.

FRIGENI, *Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2013, I, 543

GABRIELLI E., *"Operazione economica" e teoria del contratto. Studi*, Milano, 2013,

GABRIELLI E., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, 259 ss.

GABRIELLI E., *L'oggetto del contratto (Artt. 1346-1349)*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2^a ed., 2015.

GABRIELLI E., *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 555 ss.

GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa, la floating charge e l'administrative receivership*, in *Quaderni di ricerca giuridica e consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 51, Roma, 2000.

GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2008,

GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 5^a ed., 2010.

GALLETTI, *Art. 160. Profili giuridici*, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2007, 2268 ss.

GALLETTI, *I molteplici equivoci di una formula giuridica ambigua e, forse, inutile: la fattibilità economica e giuridica*, in *Il Fallimentarista.it*, 14 gennaio 2016, 1 ss.

GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 1195 ss.

GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006.

GANIGIAN, *Il sindacato del giudice sulla fattibilità del piano di risanamento come requisito per l'applicazione dell'esenzione da revocatoria*, in *Giustiziacivile.com*, 13 luglio 2017, 1 ss.

GARRIDO, *Out-of-Court Debt Restructuring*, Washington DC, 2012.

GAZZONI, *Manuale dir. priv.*, Napoli, 18^a ed., 2017.

GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 633 ss.

GHIA, *I controlli bancari: il London Approach*, in *Temi romana*, 1995, I, 245 ss.

GHIA, *Il Codice di comportamento tra banche e imprese in crisi*, in AA. Vv., *Banche, crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di G. Staiano – S.M. Battaglia, Roma, 1998, 160

GIACOBBE – GUIDA, *Remissione del debito (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 767 ss.

GIANNELLI – DELL'OSSO, *I finanziamenti in pool*, in *Tratt. contr. Rescigno-Gabrielli*, AA. Vv., *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Torino, 2016, 1292 ss.

GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1156 ss.

GIORGI, *Introduzione al diritto della crisi d'impresa*, Padova, 2011.

GIORGI, *Nuove norme in tema di crediti prededucibili e di accordi di ristrutturazione del debito (d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, in G.U. 30 luglio 2010, n.176, s.o., "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica")*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, 403 ss.

GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in AA. VV., *Tratt. contr. Regolamento*, diretto da V. Roppo, a cura di G. Vettori, Milano, II, 2006.

GIUSTA, *La prededuzione fra concordato e fallimento*, in AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2017, 634.

GRANATA, *Dall'Abi il via alla concertazione per aiutare le imprese in crisi*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, fasc. 13, 12 ss.

GRANATA, *Dalla "miniriforma" alla "riforma" della legge fallimentare: le istanze del sistema bancario*, in AA. VV., *La "riforma urgente" del diritto fallimentare e le banche*, a cura di S. Bonfatti - G. Falcone, Milano, 2002.

GREGGIO, *Le ambivalenze della giurisprudenza di legittimità in tema di prededucibilità del credito del professionista nel fallimento che segue al concordato preventivo: l'ammissione è una condizione necessaria?*, in *Il-Caso.it*, II, 16 maggio 2018, 1 ss.

GUALTIERI, *Il processo decisionale delle banche per l'adesione ai piani di risanamento delle imprese*, in *Riv. soc.*, 1996, I, 854 ss.

GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995.

GUERRA - MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc.*, 2008, I, 23.

GUERRA, *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa: il c.d. consolidamento dei crediti bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1995, I, 806 ss.

GUERRERA, *La ristrutturazione "negoziata" dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in AA. VV., *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. Barachini, Torino, 2014, 127 ss.

GUERRIERI, *Art. 182-sexies*, in AA. VV., *Comm. breve legge fallim.*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013, 1293 ss.

GUIDOTTI, *Emersione della crisi e opportunità di risanamento*, in *IlCaso.it*, II, 24 novembre 2016, 1 ss.

GUIOTTO, *L'attestazione negli artt. 67 e 182 bis: profili comparativi*, in *Fall.*, 2014, 1031

INZITARI, *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di Stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2016, I, 641 ss.

INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso – L. Panzani, Torino, 2016, III, 3219 ss.

INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2001, I, 265

IRRERA, *Mantenimento delle linee di credito autoliquidanti durante la fase di ristrutturazione dell'impresa finanziata. Proposte di modifiche normative*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, fasc. 22, 11 ss.

IRTI, *Dal salvataggio statale all'intervento bancario*, in *Riv. soc.*, 1996, I, 1081 ss.

IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, 799 ss.

IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973

IVONE, *Le nuove regole per il superamento della crisi di impresa: piani di ristrutturazione e di liquidazione*, in AA. VV., *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti – F. Marotta – F. Di Marzio, Torino, 2^a ed., 2008, 163 ss.

JAGER, *Crisi delle imprese e poteri del giudice*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 869;

JORIO, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 334 ss.

JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 15 ss.

JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 1453.

JORIO, *Su allerta e dintorni*, in AA. VV., *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, a cura di M. Arato e G. Domenichini, Milano, 2017, 55 ss.

KENT, *La ristrutturazione finanziaria nell'esperienza inglese: la proposta londinese*, in *Banca, impr. soc.*, 1993, 195 ss.;

KENT, *The London Approach and trading in distressed debt*, in *Bank of England Quarterly Bulletin*, May 1996, 222 ss.

LAMANNA, *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità del concordato preventivo: "così è se vi pare"*, in *IlFallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 1 ss.

LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015.

LAMANNA, *La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione*, in *IlFallimentarista.it*, 23 ottobre 2017, 1 ss.

LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010, 187 ss.

LENOCI, *Art. 182-bis*, in AA. Vv., *Codice commentato della crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2017, 1182 ss.

LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in AA. Vv., *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di F. Di Marzio – F. Macario, Milano, 2010, 362

LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, I, 1 ss.

LIBONATI, *Crisi delle imprese e crisi del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1988, I, 455 ss.

LIZZA, *La cultura della crisi*, in *Riv. dott. comm.*, 1998, I, 835 ss.

LO CASCIO, *Aspetti storici ed evolutivi della normativa in tema di risanamento delle imprese in crisi*, in *Fall.*, 2003, 918 ss.

LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 2013, 5.

LO CASCIO, *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie alle banche*, in *Corr. giur.*, 2010, 1265 ss.

LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 10^a ed., 2017.

LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fall.*, 2014, 733 ss.

- LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Fall.*, 2017, 1253 ss.
- LOFFREDO, *Le partecipazioni societarie delle banche: profili sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 69 ss.
- LUGARESI, *Le sofferenze bancarie? Da gestire in società*, in *LaVoce.info*, 31 ottobre 2013, 1 ss.
- LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica-Zatti, Milano, 1995.
- LUMINOSO, *Remissione del debito*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 7;
- MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, I, 102 ss.
- MACARIO, *L'esecuzione dei concordati e degli accordi di ristrutturazione*, in AA. Vv., *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. Barachini, Torino, 2014, spec. 175 ss.
- MACARIO, *La tutela del creditore garantito nell'evoluzione della disciplina sull'insolvenza e sulla crisi d'impresa*, in *Contr.*, 2018, 129 ss.
- MACCARONE, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi: tipologie*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2011, I, 464.
- MACRÌ, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza. Commento a prima lettura*, in *Fall.*, 2015, 393 ss.
- MAFFEI ALBERTI, *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuità dell'attività*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 306
- MAFFEI ALBERTI, *La privatizzazione degli strumenti per il superamento della crisi d'impresa*, in AA. Vv., *Scritti in onore di Massimo di Lauro*, Padova, 2012, 280
- MAIMERI, *La subordinazione volontaria*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2011, I, 520 ss.
- MAIMERI, *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d'impresa e codice di comportamento bancario*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2000, I, 417 ss.
- MAJELLO, *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 237 ss.

- MANCINELLI, *La rivisitazione del piano attestato di risanamento*, in *Il-Caso.it*, II/904, 13 settembre 2016, 1 ss.
- MANCUSO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: patologie negoziali e rimedi*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 795 ss.
- MANDRIOLI, *Le responsabilità e gli obblighi di comportamento degli organi della società in concordato preventivo o in accordo di ristrutturazione dei debiti che prosegue l'attività d'impresa*, in *Riv. dir. banc.*, 35, 2014, 1 ss.
- MANDRIOLI, *Struttura e contenuto dei "piani di risanamento" e dei "progetti di ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di "crisi"*, in AA. VV., *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 2006, 507
- MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Fall.*, 2015, 1136 ss.
- MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fall.*, 2011, 129 ss.
- MARABINI, *La gestione della crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 273;
- MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare. Contributo allo studio del tipo*, Milano, 2012
- MARCHIO, *Dazione in pagamento*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.
- MARENGO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. Profili economici, civilistici, fiscali e di responsabilità dei partecipanti all'intesa*, Torino, 2008.
- MARINO – CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l. fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2015, 385 ss.
- MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, Roma, XX, 1990.
- MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra Otto e Novecento*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, 161 ss.
- MAZZONI, *Procedure concorsuali e standards internazionali: norme e principi di fonte Uncitral e Banca mondiale*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 43 ss.

MELONCELLI, *La natura «semantica» dell'insolvenza*, in *Giust. civ.*, 2002, II, spec. 1669 e 1676.

MEO, *I piani attestati di risanamento*, in AA. Vv., *Tratt. proc. concorsuali*, diretto da L. Ghia – C. Piccininni – E. Severini, Torino, 2011, vol. IV, 631 ss.

MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 203.

MINUTOLI, *In difesa dell'istituto revocatorio (brevi riflessioni sulle nuove revocatorie fallimentari ex d.l. 14 marzo 2005, n. 35)*, in *Dir. fall.*, 2005, 816.

MIOTTO, *Il controllo creditorio difensivo*, Torino, 2017.

MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in AA. Vv., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, a cura di P. Montalenti, Milano, 2018, 12.

MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fall.*, 2015, 1939 ss.

MONTELLA, *Ristrutturazione preventiva e doveri nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016*, in *Fall.*, 2016, 1116 ss.

MONTESANO, *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1974, I, 482 ss.

MOZZARELLI, *I covenants e il governo della società finanziata*, Milano, 2012.

MUNARI, *Crisi d'impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012.

MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989.

MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel nuovo diritto della crisi*, Torino, 2013.

NARDECCHIA, *Art. 182-bis*, in AA. Vv., *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, III, 851 ss.

NARDECCHIA, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive. La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2011, 705 ss.

NARDONE, *Le convenzioni di moratoria*, in AA. VV., *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, a cura di M. Sandulli – G. D’Attorre, Torino, 2016, 317 ss.

NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 1110.

NIGRO – VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 3^a ed., 2009.

NIGRO – VATTERMOLI, *Disciplina delle crisi dell’impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l’esperienza italiana*, in *IlCaso.it*, II, 1° novembre 2018, 1 ss.

NIGRO, *“Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2006, I, 362.

NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con “intermediari finanziari” e le convenzioni di moratoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, 261 ss.

NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 201 ss.

NIGRO, *Riduzione o perdita del capitale sociale della società in crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 569 ss.

NISIVOCCIA, *Il nuovo art. 182-septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a sé stessa?*, in *Fall.*, 2015, 1182 ss.

NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017.

NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza: l’evoluzione delle soluzioni negoziali, dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d’impresa*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 427.

NOCERA, *Causa concreta e fattibilità del concordato preventivo: la persistenza del dubbio*, in *Fall.*, 2018, 68.

NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d’impresa: estensione dell’efficacia e abuso dell’opposizione*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 1090 ss.

NOTARI, *Le soluzioni negoziali*, in AA. Vv., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 3^a ed., 2017, 115 ss.

NUZZO – TULLIO, *La legislazione d'impresa dell'ultimo quinquennio: quantità più che qualità*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, 383 ss.

NUZZO, *Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 89 ss.

OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 1999, 825 ss.

OLIVIERO, *“Conversione” del credito delle banche in capitale di rischio nel contesto della crisi dell'impresa*, in AA. Vv., *Crisi d'impresa. Casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, 2011, 91 ss.

ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa, 2017.

ONORATO, *La natura degli accordi di ristrutturazione*, in AA. Vv., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, tomo II, 491 ss.

PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n. 848/2015*, in *Giust. civ.*, 2015, 537 ss.

PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017.

PAGANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento attesi nella delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dir. banc.*, 7 novembre 2017, 1 ss.

PAJARDI – PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 7^a ed., 2008.

PALETTA, *Art. 160*, in AA. Vv., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, diretto da M. Ferro, Padova, 2014, 3^a ed., 2080.

PALMIERI, *Operazioni straordinarie “corporate” e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2009, 1092 ss.

PALUCHOWSKI, *La valutazione giudiziaria delle attività di risanamento: aspetti civilistici*, in AA. Vv. *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa. “I protagonisti”*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 1999, 98 ss.

PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza*, in *IlCaso.it*, 25 dicembre 2013, II, 1 ss.

PANZANI, *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *IlCaso.it*, II, 11 settembre 2017, 1 ss.

PANZANI, *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, 1013 ss.

PANZANI, *La storia del fallimento: uno sguardo d'insieme*, in AA. Vv., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani - O. Cagnasso, vol. I, Torino, 2016, 10 ss.

PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 83/2015*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 21, 44 ss.

PASQUARIELLO, *Le convenzioni di moratoria: una "tregua" per risolvere la crisi*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2018, I, 235 ss.

PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, III, 601 ss.

PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, 46.

PECORELLA - GUALAZZINI, *Fallimento (storia)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 220 ss.

PELLEGATTA, *Capitalizzazione e fonti di finanziamento delle PMI italiane: analisi delle principali criticità e prospettive*, in *Bancaria*, 9, 2013.

PELLEGATTA, *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita*, in *Judicium*, 8 marzo 2017, 1 ss.

PELLEGRINELLI, *Procedimento e controllo giurisdizionale nella soluzione negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011.

PENATI, *La questione bancaria*, in *Banca, impresa e soc.*, 2013, 247.

PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziaria*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, III, 629 ss.

PERCOCO, *La conversione dei crediti bancari in strumenti finanziari partecipativi quale strategia durante la crisi temporanea dell'impresa societaria*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 1423 ss.

PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975.

PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in *www.osservatorio-oci.org*, ottobre 2016, 1 ss.

PERRINO, *La "crisi" delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)*, in *Giust. civ.*, 2014, 435 ss.

PETRAGLIA, *La ristrutturazione dei crediti bancari: ipotesi operative e prospettive future*, in *Fall.*, 2000, 469.

PETRUCCI, *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 521 ss.

PIAZZA, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza e le forme di autotutela della controparte in bonis*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 691 ss.

PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013.

PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2009, I, 498 ss.

PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, tomo II, 569 ss.

PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2015, I, 1 ss.

PISANI, *Il controllo dei creditori*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2017, I, 77.

PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2007, I, 538 ss.

POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 1038 ss.

PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2010, I, 389 ss.

PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2006, I, 16 ss.

PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in AA. Vv., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1999, 66.

PRESTI, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, in AA. Vv., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, 399 ss.

PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2007, 188 ss.

PROVINCIALI, *Concordato stragiudiziale*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, 986 ss.

PROVINCIALI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Padova, 1973.

PULGAR EZQUERRA, *Fattori di successo della ristrutturazione stragiudiziale amichevole (appunti sul modello spagnolo)*, in *Dir. Fall.*, 2015, I, 98 ss.

QUAGLI, *Il concetto di crisi come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, in *IlCaso.it*, II/863, 2 febbraio 2016, 1 ss.

QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *Dir. econ. impresa*, 2016, 138 ss.

RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla legge 30 luglio 2010, n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 1 ss.

RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 633 ss.

RACUGNO, *Le banche e il mercato mobiliare. Gli strumenti*, in AA. Vv., *Manuale dir. comm.*, ideato da V. Buonocore, Torino, 14^a ed., 2017, 683 ss.

RAGUSA MAGGIORE, *La partecipazione delle banche al salvataggio delle imprese: profili giuridici*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 238 ss.

RAMETTA, *La gestione della crisi nel diritto interno: profili storico-sistematici*, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto interno*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, vol. II, 365 ss.

RANALLI, *Gli indicatori di allerta nel testo del disegno di legge delega della riforma fallimentare approvato dalla Camera; esame critico; rischi per il sistema delle imprese*, in *IlCaso.it*, II/934, 14 febbraio 2017, 1 ss.

RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, in *Fall.*, 2016, 889 ss.

RASCIO, *Contratto di finanziamento: apertura di credito o promessa di mutuo?* [1957], in *Scritti giuridici*, raccolti da P. Pollice – F. Santoni, Torino, 2011

RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004.

RESTAINO, *La natura transattiva degli accordi per il superamento della crisi d'impresa*, in *Notariato*, 2018, 538.

RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002.

RIOLO, *Convenzioni interbancarie per la soluzione di crisi aziendali*, Milano, 1994.

ROCCO DI TORREPADULA, *Concordato preventivo*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, III, Torino, 1988, 255 ss.

ROCCO DI TORREPADULA, *Le prospettive di riforma della legge fallimentare ed i profili generali del progetto di legge-delega*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 120 ss.

ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 228 ss.

ROCCO DI TORREPADULA, *La responsabilità degli amministratori durante la crisi societaria*, Bari, 2018.

ROCCO, *Fallimento, teoria generale ed origine storica*, Torino, 1917.

ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 669.

RODOTÀ, *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1968, 732 ss.

RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012.

ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 988.

ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2^a ed., 2011.

ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 364 ss.

RORDORF, *Le procedure concorsuali e la «par condicio» fra diritto positivo, usi alternativi e prospettive di riforma*, in AA. VV., *La tutela dei diritti soggettivi nelle procedure concorsuali*, Roma, 1989, 17.

ROSSI A., *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2015, spec. 267 ss.

ROSSI A., *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa: una prima lettura*, in *Società*, 2017, 1375 ss.

ROSSI G., *Crisi dell'impresa: soluzioni al confine tra diritto fallimentare e societario*, in *Fall.*, 1997, 914 ss.

ROSSI G., *I diritti dei cittadini fra le crisi dell'impresa e della giustizia*, in *Riv. soc.*, 2014, I, 144 ss.

ROSSI G., *Ristrutturazione del debito e ruolo delle banche nel risanamento delle imprese in crisi*, in *Banca, impresa, soc.*, 1997, 283 ss.

ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fall.*, 2009, 1034 ss.

ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in AA. VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, 17.

RUBINO, *Delle obbligazioni alternative, solidali, divisibili ed indivisibili*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 4^a ed., 2007.

RUSCELLO, *Pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 210 ss.

SACCHI, *La responsabilità gestionale della crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304 ss.

SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 3^a ed., 2004.

SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 785 ss.

SAGLIOCCA, *La conversione dei crediti delle banche in strumenti di quasi-capitale quale strategia societaria per le ristrutturazioni del debito*, in *Riv. soc.*, 2018, I, 360 ss.

SALERNO, *Il rapporto banca-industria nella nuova disciplina di vigilanza in materia di partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari*, in *IANUS*, 2013, 9, 265 ss.

SALLORENZO, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto in "occasione" o in "funzione" del concordato preventivo*, in *Ildirittodegliaffari.it*, 15 gennaio 2016, 1 ss.

SALVATO, *Questioni in tema di conversione del credito in capitale di rischio nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, 62 ss.

SALVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, *ivi*, II/457, 30 ottobre 2015, 1 ss.

SANDULLI - D'ATTORRE (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016.

SANDULLI, *Art. 5*, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, 84 ss.

SANDULLI, *Il tempo è denaro (anche nelle procedure concorsuali)*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, vol. III, 2761 ss.

SANGIORGIO, *Il ruolo delle banche e la disciplina di vigilanza*, in AA. VV., *Crisi d'impresa e ruolo delle banche*, in *Quaderni di ricerca giuridica e consulenza legale della Banca d'Italia*, 44, 1997, 246

SANSO, *Il piano di risanamento attestato*, in *Giur. it.*, 2010, 2475 ss.

- SANSONE, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, in *Fall.*, 1998, 761,
- SANTANGELI, *La nuova Legge Fallimentare: commento alle disposizioni della Legge Fallimentare modificate dal d. l. n. 83/2015, conv., con mod., in l. 6 agosto 2015, n. 132*, Milano, 2016.
- SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.
- SANTARONI, *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, in *Giust. civ.*, 2000, 95 ss.
- SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 609 ss.
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9^a ed., 2002.
- SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, III, 639 ss.
- SANZO, *Il finanziamento delle imprese in crisi*, in AA. Vv., *Le operazioni di finanziamento*, diretto da F. Galgano, a cura di E. Panzarini, con A.A. Dolmetta - S. Patriarca, Bologna, 2^a ed., 2016, 1457 ss.
- SARTORI, *Sul "diritto alla gestione degli attivi problematici (Non Performing Loans)": linee dell'evoluzione normativa*, in *Riv. dir. banc.*, 13, 2018, 1 ss.
- SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974.
- SCARANO, *Profilo generale del concordato stragiudiziale*, in *Dir. giur.*, 1973, 324 ss.
- SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Fall.*, 1997, 893 ss.
- SCHLESINGER, *Il «primato» del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 825 ss.
- SCHLESINGER, *L'entrata in vigore della riforma fallimentare completata*, in *Corr. giur.*, 2006, 1189.
- SCIUMÉ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storica-comparatistica*, in AA. Vv., *Tratt. dir. fallim. e altre proc. concorsuali*, cit., vol. V, 2014, 1 ss.

SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 337 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in AA. VV., *Tratt. contratto*, diretto da V. Roppo, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano 2006, vol. II, 88 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimeditato concetto del «patto» nell'ordinamento attuale*, in *Riv. not.*, 1986, I, 599 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratto in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, 312 ss.

SCOTTI, *Appunti sugli accordi di ristrutturazione dei debiti nella teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 157 ss.

SCOTTI, *Appunti sugli accordi di ristrutturazione dei debiti nella teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, spec. 165 ss.

SCRIBANO, *La finanza interinale nel concordato preventivo fra nuovi interventi d'urgenza e urgenza del debitore in stato di crisi*, in *IlCaso.it*, II, 11 gennaio 2015, 1 ss.

SEMEGHINI, *Il presupposto oggettivo*, in AA. VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, Torino, 2016, vol. I, 181 ss.

SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, l. fall.)*, in *Contr. impr.*, 2011, 11

SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa. Interventi di turnaround e modelli previsionali*, Milano, 2012,

SPADARO, *I crediti prededucibili. Itinerari della giurisprudenza*, in *Fall.*, 2016, 985 ss.

SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, *passim*

SPOLAORE, *Finanziamenti nelle procedure concorsuali*, in *IlFallimentarista.it*, 1° marzo 2016, 1 ss.

STANGHELLINI – PAGNI (a cura di), «*Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*», in *www.nuovodirittofallimentare.unifi.it*, 2^a ed., 2015.

STANGHELLINI – ZORZI, *Il piano attestato di risanamento*, in AA. VV., *Tratt. proc. concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, vol. V, *Concordato fallimentare, accordi di ristrutturazione, piani di risanamento, amministrazione straordinaria, profili fiscali. Crisi bancarie*, Milano, 2017, 527 ss.

STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss.

STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Fall.*, 2008, 1075 ss.

STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007.

STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fall.*, 2017, 873.

STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nelle società in crisi*, in *Riv. soc.* 2012, I, 605 ss.

TAGARELLI, *L'accesso al credito nei processi di ristrutturazione aziendale*, in *I Battelli del Reno* [on-line], 12 maggio 2015, 1 ss.

TAROLLI, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 789 ss.

TATARANO, *La «rinegoziazione» nei finanziamenti bancari*, in *Rass. dir. civ.*, diretta da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 13.

TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 6 ss.

TERRANOVA, *Il fattore "tempo" nelle procedure concorsuali: a proposito del progetto di riforma della Commissione Rordorf*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 941 ss.

TERRANOVA, *La crisi d'impresa in un'economia finanziaria*, in *Apertacontrada.it*, 23 giugno 2018, 1 ss.

TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 547 ss.

TOMASI, *Impresa in crisi e creditore bancario*, Milano, 2017.

TONI, *Concordato stragiudiziale per la salvezza dell'impresa*, in *Dir. & prat. fall.*, giugno 2007, 3, 12 ss.

TRENTINI, *Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milanofiori Assago, 2016, 20 ss.

TUCCILLO, *Accordi di ristrutturazione: elementi costitutivi, funzione e rimedi*, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, tomo II, 521 ss.

UBERTAZZI T.M., *Gli accordi per i risanamento delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014.

VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012.

VALENTE, *La concertazione per i risanamenti aziendali*, Bari, 1996.

VALENTE, *The London Approach (le procedure di «concertazione della crisi» secondo le banche inglesi*, in *Dir. fall.*, 1998, I, 359 ss.

VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *IlCaso.it*, II/817, 18 agosto 2015, 1 ss.

VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratori*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2015, II, 65 ss.

VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012.

VATTERMOLI, *Il creditore-banca nelle soluzioni della crisi*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2015, I, 204.

VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, in *Riv. soc.*, 2018, I, 858 ss.

VELLA P., *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 657.

VELLA P., *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani. Brevi note di fine anno*, in *IlCaso.it*, II/837, 2015, 1 ss.

VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, in *Obbl. contr.*, 2012, 529 ss.

VERNA, *Gli strumenti di risanamento delle imprese. Esperienze e prospettive di riforma*, in AA. VV., *Gestione delle procedure concorsuali nella crisi d'impresa*, a cura di G. Verna, Milanofiori-Assago, 2016, 17 ss.

- VERNA, *I piani di risanamento e di riequilibrio nella legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1248 ss.
- VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 624.
- VETTORI, *Il contratto nella crisi d'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, 486 ss.
- VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 478 ss.
- VIETTI, *Il diritto concorsuale: prospettive di una riforma*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 150.
- VILLA, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 791 ss.
- VILLANACCI – COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d), legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 82 ss.
- VITALI, *Finanza “ponte”, finanza “in esecuzione” e “interinale” (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi)*, in *Contr. impr.*, 2015, 197.
- VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1911.
- VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, in AA. Vv., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 128 ss.
- WESTBROOK – BOOTH – PAULUS – RAJAK, *A global view of business insolvency systems*, Boston, 2010, spec. 178-179;
- ZADRA, *Presentazione al Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2000, I, 1457 ss.
- ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, in AA. Vv., *Dizionario dir. priv.*, diretto da N. Irti, vol. III, *Dir. comm. ind.*, a cura di U. Carnevali, 1981, 346 ss.
- ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emergingin solvency)*, in *Juscivile.it*, 2014, 2, 54 ss.

ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182-septies legge fallim.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 405 ss.

ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: da eccezione a regola in un mercato in evoluzione*, in *Fall.*, 2017, 761 ss.

GIURISPRUDENZA

- Cass., 13 gennaio 1943, n. 47, in Foro it., Rep., 1943-1945, Mutuo, 4.
Cass., 31 maggio 1950, n. 1350, in Giur. Cass. Civ. 1950, II, 342.
Trib. Napoli, 25 gennaio 1956, in Dir. giur., 1957, 390.
App. Roma, 20 settembre 1956, in Banca, borsa e tit. credito, 1957, II, 248.
Cass., 15 ottobre 1957, n. 3848, in Giust. civ., Mass., 1957, 1449.
Trib. Firenze, 23 dicembre 1960, in Banca, borsa e tit. credito, 1961, II, 288.
Trib. Napoli, 8 agosto 1962, in Temi nap., 1963, I, 458.
Cass., 15 febbraio 1963, n. 331, in Giust. civ., 1963, I, 736.
Cass., 27 novembre 1967, n. 2845, in Foro pad., 1969, I, 1014.
Cass., 7 aprile 1971, n. 1025, in Foro it., 1971, 2574.
Cass., Sez. un., 14 ottobre 1977, n. 4370, in Dir. fall., 1978, II, 286.
Trib. Savona, 19 ottobre 1978, in Giur. comm., 1979, II, 250.
Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in Giur. comm., 1980, II, 700.
Cass., 10 marzo 1980, n. 1586, in Giur. it., 1980, I, 1586
Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in Giur. comm., 1981, II, 306.
Trib. Parma, 4 marzo 1981, in Dir. fall., 1982, II, 741.
Trib. Roma, 5 marzo 1982, in Riv. dir. comm., 1983, II, 255.
Trib. Roma, 1° aprile 1982, in Giur. comm., 1983, II, 646.
App. Roma, 1° luglio 1985, in Fall., 1986, 971.
Cass., 25 febbraio 1986, n. 1180, in Vita not., 1986, 290
Cass. 23 maggio 1987, n. 4681, in Giur. it., 1988, I, 65
Trib. Napoli, 17 luglio 1987, in Dir. giur., 1987, 552.
Trib. Torino, 7 aprile 1988, in Giur. it., 1988, I, 655.
Cass., 5 maggio 1988, n. 3325, in Fall., 1988, 967.
Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in Giur. comm., 1991, II, 366.
Cass., 5 luglio 1991, n. 7415, in Foro it., Rep., Contratto in genere, n. 159.
Cass. 9 maggio 1992, n. 5525, in Dir. fall., 1993, II, 312.
Cass., 15 luglio 1992, n. 8590, in Fall., 1993, 40.
Cass. 28 ottobre 1992, n. 11722, in Fall., 1993, 352.
Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in Giust. civ., 1993, I, 2761.
Cass., 20 maggio 1993, n. 5763, in Fall., 1993, 1135.
Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in Dir. fall., 1995, II, 553.
Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in Giur. it., 1994, 1480.
Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in Foro it., 1996, I, 2162.
Cass., 5 febbraio 1996, in Corr. giur., 1996, 547.

Cass., 4 settembre 1996, n. 8070, in Foro it., Rep., 1996, Contratto in genere, n. 100.
 Cass., 27 gennaio 1997, n. 287, in Foro it., 1997, I, 1142.
 Cass., 16 luglio 1997, n. 6480, in Giust. civ., Mass., 1997.
 Cass., Sez. un., 27 dicembre 1997, n. 13046, in Giust. civ., 1998, 1322.
 Cass., 24 aprile 1998, n. 4236, in Foro it., 1998, I, 2892.
 Cass., 9 luglio 1998, n. 6680, in Giust. civ., Mass., 1998.
 Cass., 25 novembre 1998, n. 11942, in Fall., 1999, 1102.
 Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898, in Giust. civ., 2001, I, 1841.
 Cass., Sez. un., 13 marzo 2001, n. 115, in Fall., 2002, 375.
 Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in Foro it., Rep., Contratto in genere, 2003, n. 375.
 Cass., 19 maggio 2003, n. 7773, in Contr., 2003, 1131.
 App. Napoli, 21 maggio 2003, in Giur. napoletana, 2003, 403.
 Cass., 9 marzo 2004, n. 4727, in Riv. dott. comm., 2004, II, 1148.
 Cass., 1° dicembre 2005, n. 26217, in Giust. civ., Mass., 2005, 12.
 Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in www.diritto2000.it.
 Trib. Parma, 3 marzo 2005, in Fall., 2005, 555.
 Trib. Roma, 20 aprile 2005, in Fall., 2006, 198.
 Cass., sez. un., 21 giugno 2005, in Resp. civ. prev., 2006, 361.
 Trib. Roma 7 luglio 2005, in Nuovo dir. società, 2005, 2448.
 Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, in Giur it., 2007, 868.
 Trib. Bari, 21 novembre 2005, in Foro it., 2006, I, 263.
 Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in Foro it., 2006, I, 2563.
 Cass., Sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *IlSole24Ore*, 9 febbraio 2006, 29.
 Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in Foro it., 2006, I, 2563.
 Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718
 Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in Fall., 2007, 187.
 Trib. Milano, 11 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 138.
 Trib. Milano, 24 gennaio 2007, in Fall., 2007, 701.
 Trib. Verona, 13 marzo 2007, in Fall., 2007, 728.
 Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, *Giur. mer.*, 2008, 707.
 Trib. Udine, 22 giugno 2007, in Fall., 2008, 701.
 Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845.
 App. Trieste, 4 novembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 297.
 Cass., 28 gennaio 2008, n. 1760, in www.ilcaso.it.
 Trib. Santa Maria C.V., 22 febbraio 2008, in Fall., 2008, 611.
 Trib. Venezia, 19 marzo 2008, in Fall., 2009, 209.
 Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in Fall., 2008, 1209.
 Cass., 25 luglio 2008, n. 20476, in Giust. civ., Mass., 2008, 1296.

Cass. 15 settembre 2008, n. 23674, in *Obbl. contr.*, 325.
Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in *Danno e resp.*, 2009, 19.
Trib. Monza, 4 febbraio 2009, in www.ilcaso.it.
Cass. 9 marzo 2009, n. 6711, in *Giust. civ., Mass.*, 2009.
Trib. Milano 18 luglio 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, 158.
Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *Fall.*, 2009, 1413
Trib. Pordenone, 8 ottobre 2009, in www.ilcaso.it.
Trib. Modena, 11 gennaio 2010, in www.ilcaso.it.
Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Foro it.*, 2010, I, 2799.
Cass. 9 marzo 2010, n. 5665, in *Obbl. contr.*, 2012, 109.
Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fall.*, 2011, 92.
Trib. Bari, 17 maggio 2010, in *Giur. mer.*, 2011, 1282.
Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, 352.
App. Brescia, 9 luglio 2010, in www.ilcaso.it
Trib. Sulmona, 2 novembre 2010, in www.ilcaso.it.
Cass., 14 febbraio 2011, n. 3581, in *Giust. civ., Mass.*, 2012, 238.
Trib. Milano, 14 aprile 2011, in www.ilcaso.it.
Cass., 20 giugno 2011, n. 13467, in *CED Cassazione*, 2011.1
Trib. Terni, 4 luglio 2011, in www.ilcaso.it.
Cass., 18 agosto 2011, n. 17360, in *Giur. it.*, 2012, 1795
Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Fall.*, 2012, 78.
Trib. Milano, 15 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, 457
Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, 594.
Trib. Reggio Calabria, 24 gennaio 2012, in *Dir. fall.*, 2012, II, 716.
Trib. Udine, 30 marzo 2012, in *Fall.*, 2012, 881
Trib. Monza, 14 giugno 2012, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2012, II, 70.
Trib. Novara, 2 ottobre 2012, in www.unijuris.it.
Cass., Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, 1573:
Trib. Reggio Calabria, 24 gennaio 2013, in www.ilcaso.it.
App. Milano, 8 febbraio 2013, in www.ilcaso.it.
Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, 2275.
App. Reggio Calabria, 11 aprile 2013, in Dejure.it.
Trib. Vicenza, 17 maggio 2013, in www.ilcaso.it
Trib. S.M. Capua Vetere, 12 giugno 2013, in IIFallimentarista.it
Trib. Ravenna 10 ottobre 2013, in www.unijuris.it
Trib. Salerno, 4 novembre 2013, in www.ilcaso.it
Trib. Bergamo, 19 dicembre 2013, in IIFallimentarista.it
Trib. Cagliari, 15 gennaio 2014, in *Riv. giur. sarda*, 2015, II, 45.
Trib. Ravenna, 21 gennaio 2014, in www.expartecreditoris.it.
Trib. Trieste, 7 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, 1613.

Cass., 14 marzo 2014, n. 6031, in www.ilcodicedeiconcordati.it.
Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in Unijuris.it
Cass., 27 marzo 2014, n. 7252, in Guida al dir., 2014, fasc. 26, 58.
Trib. Reggio Emilia, 16 aprile 2014, in Fall., 2015, 59.
Cass., 7 maggio 2014, n. 9841, in Fall., 2015, 59
Cass., 9 maggio 2014, n. 10110, in Resp. civ. prev., 2014, 1355.
Cass., 23 maggio 2014, n. 11497 in www.ilcaso.it
Trib. Vicenza, 13 giugno 2014, in Giur. comm., 2015, II, 214.
Cass., 11 luglio 2014, n. 16035, in www.ilcaso.it.
Cass., 18 novembre 2014, n. 24498, in Foro it., Rep., 2014, Società, n. 401
Trib. Modena, 19 novembre 2014, in www.ilcaso.it.
App. Napoli, 1° dicembre 2014, in www.unijuris.it.
Trib. Verona, 16 febbraio 2015, in www.ilcaso.it.
Trib. Roma, 23 febbraio 2015, in IlFallimentarista.it.
Trib. Padova, 2 marzo 2015, in IlFallimentarista.it.
Cass., 5 marzo 2015, n. 4486, in IlFallimentarista.it.
Trib. Livorno, 19 maggio 2015, in www.ilcaso.it.
Cass., 27 maggio 2015, n. 10952, in Riv. dott. comm., 2015, II, 461.
Trib. Pisa, 26 novembre 2015, in www.ilcaso.it
Trib. Milano, 3 dicembre 2015, in Fall., 2016, 958.
Trib. Venezia, 5 febbraio 2016, in Soc., 2017, 67.
Cass., 29 febbraio 2016, n. 3955, in DeJure.it
Cass., 15 marzo 2016, n. 5087, in www.ilcaso.it
Trib. Bologna, 1° aprile 2016, in Fall., 2017, 48.
Cass., 13 aprile 2016, n. 7321, in www.dirittobancario.it.
Trib. Forlì, 5 maggio 2016, in Giur. comm., 2016, II, 1276.
Cass., 19 maggio 2016, n. 10332, in DeJure.it.
Cass., 5 luglio 2016, n. 13719, in Fall., 2017, 859.
Cass., 19 luglio 2016, n. 14813, in DeJure.it.
Cass., 22 settembre 2016, n. 18585, in Giur. civ., Mass., 2016.
Trib. Milano, 10 novembre 2016, in www.ilcaso.it.
Cass., Sez. un., 15 novembre 2016, n. 23255, in www.dirittobancario.it.
Trib. Modena, 16 dicembre 2016, in www.unijuris.it
Cass., 19 dicembre 2016, n. 26226, in www.dirittobancario.it
Cass., 10 gennaio 2017, n. 280, in Fallimenti&Società.it.
Trib. Roma, 6 febbraio 2017, in Giur. it., 2017, 1139.
Trib. Udine, 16 marzo 2017, in www.unijuris.it
Trib. Treviso, 6 aprile 2017, in Banca, borsa e tit. credito, 2018, II, 634.
Trib. Bergamo, 14 giugno 2017, tutte in www.ilcaso.it.

Trib. Ancona, 27 giugno 2017, in Giur. it., 2018, 1149.
App. L'Aquila, 6 luglio 2017, in Fall., 2017, 1317.
Trib. Ascoli Piceno, 25 luglio 2017, in www.ilcaso.it.
App. Napoli, 26 luglio 2017, in Fall., 2018, 345.
Trib. Pistoia, 4 settembre 2017, in Banca, borsa e tit. credito, 2018, II, 634.
Trib. Lecco, 5 ottobre 2017, in www.ilcaso.it.
Trib. Milano, 5 ottobre 2017, in www.ilcaso.it
App. Perugia, 13 ottobre 2017, in www.ilcaso.it.
Trib. Reggio Emilia, 17 ottobre 2017, in www.dirittobancario.it.
Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in Corr. giur., 2018, 1063.
Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182 in Foro it., 2018, I, 1275.
Cass., 25 gennaio 2018, n. 1895, in Banca, borsa e tit. credito, 2018, II, 521.
Trib. Milano, 1° marzo 2018, in www.expartecreditoris.it.
Cass., 6 marzo 2018, n. 5254, in www.ilcaso.it.
Cass., 30 marzo 2018, n. 7974, entrambe in www.ilcaso.it.
Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in Fall., 2018, 984.
Cass., 30 gennaio 2019, n. 2664, in www.dirittobancario.it.