



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra: Diritto della crisi delle imprese

**I finanziamenti alle imprese in crisi.
Fattispecie, disciplina e tipologia negoziale.**

RELATORE Prof. Stefano Ambrosini

CANDIDATO: 110033

CORRELATORE Prof. Vincenzo De Sensi

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

«Sì», dissi, «esiste anche questa terza specie. E allora?» «In quale di esse collochi la giustizia?», chiese.
«Nella migliore, credo», dissi, «quella che chi vuole essere beato deve apprezzare sia per sé stessa sia per
ciò che ne deriva».
«Tuttavia la gente non la pensa così», ribatté, «ma colloca la giustizia nella specie dei beni che costano
fatica e si devono coltivare per i compensi e la buona fama che procurano, ma si devono fuggire per sé
stessi in quanto molesti».
«Lo so», dissi, «che la gente la pensa così e già da un pezzo Trasimaco biasima la giustizia in quanto tale, e
loda l'ingiustizia; ma io, a quanto pare, sono duro di comprendonio».

Platone. La Repubblica.

Capitolo I.

1. *Il termine finanziamento.*
2. *L'evoluzione della nuova finanza assetto e ratio.*
3. *La nuova finanza alle imprese in crisi: questioni preliminari di merito.*
4. *Le fattispecie di prededuzione e l'inquadramento dell'art 182 quater.*
5. *L'iter della finanza ponte nel concordato.*
6. *I mutamenti plastici dell'articolo 182 quater.*
7. *L'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze.*

Capitolo II

- 2.1. Un punto ed un punto per una visione d'insieme: i finanziamenti esecutivi
- 2.2. La Prededuzione dei finanziamenti esecutivi: rassegna di opinioni dottrinali.
- 2.3. La Prededuzione: una personale ricostruzione
- 2.4. Un corollario: prime impressioni sull'articolo 182 quinquies
- 2.5. I finanziamenti interinali ed il j'accuse legislativo
- 2.6. L'articolo 182 quinquies comma terzo ed i finanziamenti interinali "cautelari"
- 2.7. Le linee di credito autoliquidanti e la mancata adeguatezza della tutela dei creditori bancari.
- 2.8. Conclusioni:

CAPITOLO III

- 3.1. L'articolo 182 septies: considerazioni introduttive
- 3.2. L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: profili interpretativi e applicativi.
- 3.3. La convenzione di moratoria: profili interpretativi e applicativi.
- 3.4. Criticità, intersezioni della convenzione e dubbi di costituzionalità.
- 3.5. Conclusioni:

Qualsiasi autore deve amare profondamente ciò di cui scrive e ciò che scrive. Così neanch'io faccio eccezione. Tanto più che ciò che provo è divenuto via via più profondo man mano che ho brancolato nel buio e nonostante ciò ho perpetrato fino al punto, come chi sceglie la strada più ardua sa bene, in cui il sacrificio diviene gioia di vivere. Ho perpetrato, animata da insaziabile curiosità e voglia d'imparare, di migliorarmi. Non è stato facile; e pur tuttavia continuo a credere fermamente che nella scelta tra ciò che per noi è giusto e ciò che è facile la giustizia debba prevalere. Nonostante la mia giovane vecchia età ho scelto di tenere fede a me stessa ed ho imparato a credere fermamente nel valore delle cose che non si possono comprare, soprattutto nel valore degli esseri umani giacché l'altro è la risorsa più importante di tutte. Penso che amare qualcosa tanto profondamente ci protegga nelle avversità, lasci in noi un marchio che non è visibile ad occhio nudo, ma che scorre nel nostro sangue e che le anime affini possono sentire. Quelle stesse anime affini che ci prendono per mano nel nostro cammino e ci indicano la strada sussurrandoci: avanti. A loro, nuovamente, io devo la mia più profonda gratitudine. A coloro che mi hanno dedicato tempo, attenzione, sorrisi, consigli. A coloro che nelle avversità mi hanno preso per mano, mi hanno capita, mi hanno infuso coraggio. In breve: ci sono stati; io devo ciò che ho scritto. Quasi questo capitolo fosse un "concorso di persone", un cumulo di apporti professionali e soprattutto umani senza i quali tutto questo non sarebbe stato possibile. A loro è dedicato tale tributo. Così è per giustizia e (spero) con giustizia di che riporto gli aiuti di ognuno.

*Il primo grazie va al mio relatore il **Professore Avvocato Stefano Ambrosini**, tra i più grandi esperti italiani di diritto fallimentare, e si potrebbe dire che il suo livello di pazienza e di gentilezza di fronte al mio atteggiamento per certi versi inconcludente è stato direttamente proporzionale al suo livello di esperienza nel settore: ergo praticamente impareggiabile. La determinazione di scegliere lui quale relatore, dettata dall'istinto e immediata è stata più felice di quanto le mie attese avessero pronosticato e non solo perché mi ha seguita personalmente nell'elaborazione di quanto scritto ma perché sia pure indirettamente mi ha indotto a riflettere su molti temi e mi ha lasciato ampia libertà di determinazione. Per la redazione del paragrafo numero quattro il grazie va **Prof. Avvocato Vincenzo De Sensi** per l'incoraggiamento, per la disponibilità dimostrata in un momento in cui non riuscivo a procedere nella redazione. Alle volte anche le sole parole di stima e la dimostrazione di disponibilità possono fare tanto e possono dare quella spinta che serve ad affrontare e vincere l'ostacolo, in breve a rinnovarsi. Il terzo grazie va all'**Avvocato Stella Maldarella** che mi ha seguita nella redazione e nelle correzioni dimostrando una cortesia, una disponibilità ed una professionalità di altissima fattura, degna del miglior encomio. Il quarto grazie va al mio mentore, **l'Avvocato Avvocato Antonio Umberto Petraglia** (uomo e giurista di levatura semplicemente straordinaria) che ricordo con la più profonda stima, gratitudine e rispetto e a cui devo la parte più importante della mia formazione professionale ed umana. Ancora, ad **Andrea Valdambri** giornalista del fatto quotidiano e*

*dottore in filosofia che ha tacciato il mio stile come “petrarchesco” mi ha indotto alla revisione e al vaglio critico, all’amico **Marco Chisari** che ha letto ogni singolo paragrafo di quanto scritto giorno per giorno e mi ha aiutata a rendere più comprensibili le mie “strane” metafore, alla collega **Alessandra Medici** con la quale ho condiviso gli ultimi giorni di redazione e che ha allietato le mie giornate, a **mio fratello Martino** che forte dalle sue conoscenze eccezionali in fisiologia e biologia genetica ha vagliato la metafora finale aiutandomi a renderla comprensibile e corretta sotto il profilo della concatenazione e della coerenza logica, a **Valeria Gambino**, a **Pietro Monsurrò**, dottore in ingegneria elettronica e assegnista all’Università di Roma La Sapienza con Diploma for Graduates in Economics alla LSE, devo gli spunti sulle conclusioni che sono tratti dalla nostra conversazione su: immobili che non si possono vendere , imprese quasi fallite con banche poco interessate ad entrambe le cose, a **Rita Buono** a cui devo la serenità con cui ho affrontato tutto questo, devo l’equilibrio interno, devo la parte migliore di me ed i tentativi di trovare una risposta all’inquietudine che sento dentro, all’amica e collega **Clelia Di Jeso**, che quotidianamente mi è accanto e che mi ha supportata come un angelo custode; con una forza ed una dolcezza per certi versi spiazzante, devo la mia fermezza. Quando non volevo più continuare, quando ho provato ribrezzo per me stessa, quando mi sono sentita incapace e senza una guida; Clelia mi ha teso la mano, mi ha ricordato chi sono, chi sono stata in questi cinque anni e mi ha donato la determinazione che avevo perso, **a te mamma**; che nei momenti di oscurità sei sempre stata dalla mia parte, non mi hai abbandonata, **a mio padre**, al dottor **Andrea Ridolfi** dottore in giurisprudenza e assegnista di ricerca all’università Luiss Guido Carli di Roma e in ultimo al collega laureando in economia **Andrea Di Biase**.*

CAPITOLO I: *LA FINANZA PONTE*

La concessione di nuovi finanziamenti alle imprese in difficoltà è l'elemento centrale della maggior parte degli strumenti di risoluzione della crisi offerti dal nostro ordinamento. Si faccia ricorso al concordato o agli accordi, si propenda per la continuazione dell'attività o per la sua cessazione, per una migliore risoluzione della situazione dalla nuova finanza non si può prescindere. L'esame dell'assetto statuito dalla nostra legge fallimentare, così come quello delle forme tecniche in cui questo tipo di operazioni si estrinseca, è di per sé asservito all'analisi della radice del termine finanziamento. L'uso che viene fatto nel nostro ordinamento di tale termine, la sua accezione, la valenza giuridica, rappresenta il punto base per meglio comprendere quanto affermato. Il percorso definitorio è una linea ideale che parte dal basso per giungere al nostro tema.

Il termine finanziamento deriva dal termine finanza, a sua volta riconducibile all'etimo latino *finantia*¹ (inteso come definizione amichevole di una controversia) e al verbo finire (terminare, concludere, obbligarsi a pagare). In seguito, nella comune accezione, il termine ha assunto il significato di prestazione pecuniaria, denaro contante per il quale si definiscono in generale gli affari. È utile segnalare che, il termine viene impiegato in modo alquanto "promiscuo" dal nostro legislatore. Esso ricorre infatti in molteplici disposizioni del codice civile, del testo unico bancario e della legge fallimentare nonché in varie leggi speciali. Si è posto quindi il problema, da parte di attenta dottrina², di definire la valenza giuridica di un concetto che si presenta alquanto fumoso ed evanescente e di ricondurlo nell'alveo della teoria generale dei contratti. Bisogna segnalare che il dilemma è stato acuito dall'abuso indiscriminato e distorto di questo termine da parte del nostro legislatore. Si potrebbe pensare che una questione puramente definitoria non abbia alcuna rilevanza rispetto al tema che qui ci occupa, invece essa si pone in relazione diretta col tema trattato.

Atteso che gli articoli 182 *quater* e *quinquies* l. f. nello statuire la disciplina della nuova finanza si riferiscono all'insieme delle operazioni in concreto effettuabili con il generico termine "Finanziamenti", è di vitale importanza comprendere a quali tipi di operazioni il testo della legge fallimentare fa riferimento. Quali sono i caratteri tipizzanti delle fattispecie indicate? Quali gli elementi essenziali in base ai quali un'operazione può essere definita di "finanziamento"? La risposta a queste domande non solo può circoscrivere in concreto le operazioni effettuabili nella concessione di nuova finanza, ma può altresì

¹ Definizione tratta da: *Dizionario Etimologico, Dizionario di Banca e Borsa*, in www.Borsa.inside.com

² V. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1982, I, 580

determinare una sorta di “vincolatività” nella forma tecnica e nella finalizzazione delle stesse a seconda che di “finanziamento” si dia una nozione lata o restrittiva. Invero, il termine è stato per lungo tempo casus belli tra fazioni dottrinali e giurisprudenziali, divise sul significato da attribuire a tale nomen. Il legislatore ha attinto a tale termine soprattutto nel settore dei crediti speciali³. Ciò ha indotto la giurisprudenza tradizionale a coniugare il termine al concetto di vincolo all’utilizzo della provvista, facendo coincidere la nozione di finanziamento con il mutuo di scopo <<quello che nella pratica 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 od anche di un premio proporzionale agli utili del mutuatario>>. Altri successivi approcci esegetici della Suprema Corte sono addirittura addivenuti ad una tipizzazione del contratto di finanziamento, identificandolo come contratto diverso da quello di mutuo “ in quanto caratterizzato dall’obbligo di fornire capitali a ripetizione in base ad un rapporto fondamentale a carattere consensuale ed obbligatorio”⁴. “mentre il mutuo si esaurisce nella prestazione di consegna... il finanziamento costituisce contratto di carattere obbligatorio e consensuale, preparatorio dei futuri mutui che, al pari dei contratti preliminari di mutuo, può essere unilaterale e con obbligazione di una sola parte”. Inoltre, da diversi orientamenti dei giudici di prime e seconde cure ,si trae l’intento di ricondurre il contratto di finanziamento a forme “tipiche” identificandone i tratti nel mutuo o nell’apertura di credito ; evitando così che esso assurga a distinta ed autonoma rilevanza giuridica “ Il contratto con il quale un istituto bancario promette di erogare somme di danaro per il finanziamento di un’impresa è quello tipico di apertura di credito”⁵.

Se la giurisprudenza è apparsa incerta e oscillante, eccessivamente preoccupata di circoscrivere una nozione estremamente ampia, che, come tale, può prestarsi ad applicazioni potenzialmente smisurate ed a molteplici abusi, gran parte della dottrina di meglio non ha fatto, stante che i contributi dottrinali sono stati quasi tutti poco sensibili a recepire nella categoria dei contratti di finanziamento tecniche contrattuali non legalmente tipizzate o se offrono una tipizzazione non consentono comunque l’inquadramento. Va segnalato che parte della dottrina adotta indifferentemente i termini finanziamento e credito oppure tali contratti sono identificati con quelli bancari. Tale prassi non pare condivisibile.

³ CAPRIGLIONE, *sub art 38, in Commentario al Testo Unico bancario, CEDAM, 2012.*

⁴ Cass., 13 Gennaio 1943 n. 47, in www.iusexplorer.it, Cass., 27 Novembre 1967 n 2845, in www.iusexplorer.it

⁵ Tribunale di Napoli 25 gennaio 1956 Troiano c Banco di Napoli

Altra dottrina isola tra i contratti di credito quelli di finanziamento, nei quali l'obbligo di destinazione assurge come motivo rilevante a particolari effetti(sul termine o come condizione o come obbligo dell'*accipiens*)⁶.

Altro autore definisce i negozi di finanziamento quelli che sono rivolti a procurare mezzi economici ad utilizzazione vincolata (fideiussione, avallo ,apertura di credito).Essi costituiscono una categoria caratterizzata da due tratti comuni: in tutti vi è una utilizzazione vincolata dei mezzi finanziari e in tutti, alla base del rapporto, vi è l'interesse a far sì che l'*accipiens* consegua il risultato verso cui si indirizza il vincolo di destinazione.⁷

L'opinione che qui si vuole avallare, si rifà a datata quanto illustre dottrina e ad altra più moderna ma alquanto perspicace ⁸ apportando tuttavia alcuni correttivi. Si sostiene qui l'opinione per la quale: il legislatore nelle disposizioni in cui utilizza il termine finanziamento fa riferimento non a fattispecie contrattuali tipizzate nel nostro ordinamento; quanto a generiche operazioni economiche. Conseguente, che è necessario definire giuridicamente i contorni ed i limiti del vocabolo prendendo quale riferimento precipuo il termine come mutuato dalla scienza economica. Pur postulando la piena autonomia delle due discipline, è appunto dalla definizione della dottrina economica che occorre partire per precisare i limiti e individuare la ratio.

Il concetto economico di Finanziamento viene definito come: << operazione mediante la quale si realizza la provvista di mezzi finanziari necessari alla realizzazione di investimenti e di norma alla costituzione e al funzionamento di un'azienda ⁹>>.

La definizione è basata, quindi, su due elementi:

- a) la provvista di mezzi finanziari;

⁶ LEO, *L'essenza del credito e il "leasing" finanziario*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Giuseppe B. Portale, Milano, Giuffrè, 1978, FRAGALLI; *Voce finanziamento (diritto privato)*, in *enciclopedia del diritto*, ed XVII, Milano, 1968.

⁷ BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir economia*, 1955 p. 111 ss.

⁸ CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1982, I, 580; sempre CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà, due profili della locazione finanziaria*, Maggioli, 1982, *La locazione finanziaria (financial leasing) come contratto con causa di finanziamento*, in *Il Tremisse*, 1975, n. 9, 27, *Sulla responsabilità del banchiere*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 436, *La legge bancaria. Rassegna di problemi dottrina e giurisprudenza Il Tremisse*, nn. 11 e 12, 1976; 2 e 3, PETRAGLIA, *Le operazioni di credito fondiario problematiche contrattuali ed ipotecarie*, in *La nuova disciplina del credito fondiario Profili giuridici, modalità operative e di recupero dei crediti e prospettive dopo il Testo Unico di ABI*, Bancaria editrice, 1997

⁹Definizione tratta da: *Dizionario Etimologico, Dizionario di Banca e Borsa*, in www.Borsa inside.com

- b) la necessità di questi mezzi per la realizzazione di investimenti, la costituzione e il funzionamento di un'azienda.

Si distingue poi il finanziamento interno ed esterno, l'autofinanziamento, il prefinanziamento.

Occorre ora restringere e plasmare il dato economico al fine di enucleare una nozione che assuma rilevanza con riferimento ai contratti. Per la nostra disciplina non rileva né l'autofinanziamento né il prefinanziamento. Partendo dal dato generale, si rileva che in ambito giuridico non è giustificabile, né razionale limitare l'ambito semantico del termine alla delimitazione puramente economica di un'operazione caratterizzata dalla provvista di mezzi finanziari (danaro) nei confronti di un soggetto qualificato (impresa).

Tralasciando limitazioni aprioristiche sia oggettive che soggettive mutate da disciplina aliena e analizzando la dinamica operativa di quelle particolari disposizioni in cui ricorre il termine finanziamento, si trae un elemento comune caratterizzante, che porta a considerare i contratti di finanziamento come categoria più lata e omnicomprensiva.

Avendo riguardo all'operazione de facto, si osserva che per il *tradens* vi è una diminuzione patrimoniale (momentanea) con l'esborso del danaro, mentre per *l'accipiens* l'operazione in suo favore non deve per forza risolversi in un arricchimento pecuniario.

Il finanziamento può consistere semplicemente nel disporre di un determinato ammontare di danaro, anche se non viene mai concretamente utilizzato (come nell'apertura di credito) o ancora nella possibilità di disporre di un nuovo bene da inserire nel processo produttivo (come nel leasing finanziario). Ciò che è immanente a tutte le disposizioni in materia, ciò che le coniuga con la definizione economica è il concetto di Utilità. L'utilità economica non è altro che l'*Utilitas* romana; termine con il quale si designa tutta una serie di poteri riconosciuti a chi ha il *dominium utile* sul bene a detrimento di chi ha il *dominium directum*. In accordo con brillante dottrina¹⁰: "l'utilità di un bene significa non solo la capacità di soddisfare i bisogni umani ma anche la potenzialità giuridica di sfruttarne appieno le risorse". Il finanziamento in questo senso non è solo attribuzione di mero godimento ma non è neanche necessario che sempre e comunque vi sia il trasferimento di proprietà atteso che il concetto di *Utilitas* assume un valore ben più ampio. L'*Utilitas* è un sintagma più ampio e diverso rispetto allo scambio e al mero godimento, se ne coglie il valore se esaminiamo, ad esempio, le facoltà ed i poteri di chi stipula un contratto di Locazione rispetto a quelli di chi stipula un Mutuo. Il concetto di *Utilitas* riconosce la facoltà all'*accipiens* di sfruttare appieno l'utilità

¹⁰ CLARIZIA. *Ult. Cit.*,

economica del bene senza dover rispettare vincoli ed obblighi a tutela del finanziatore. Il finanziatore vanta solo un diritto alla restituzione del *tandundem*, un diritto di credito.

L'Utilitas, come mutuata dal diritto romano, e la restituzione del *tandundem* sono i primi due elementi essenziali del contratto di finanziamento che ne caratterizzano la funzione economico sociale. Tuttavia, perché essa possa realizzarsi appieno, occorre un terzo elemento a mio parere di grandissimo valore. Si sta parlando del fattore Tempo. Per poter fruire appieno del vantaggio economico offerto dalla disponibilità di un bene occorre il tempo. L'utilità diviene tale solo se vi è un sufficiente arco temporale nel quale l'*accipiens* possa trarre dal bene tutti i vantaggi in concreto fruibili. Il concetto di utilità postula in sé il concetto di tempo per l'uso; l'utilità senza tempo non esiste. Un bene è tale ed ha un valore economico solo in relazione al vantaggio che l'*accipiens* in concreto può e vuole trarne. Si distingue poi il valore d'uso dal valore di scambio. Senza tempo non vi è possibilità di vantaggio, senza vantaggio non vi è ragione di stipulare accordo. Non a caso tutti i contratti di credito sono contratti di durata. Il tempo non è solo unità di misura; il tempo è un costo economico perché rappresenta un valore. Infatti nel caso del mutuo ciò che si sottrae al finanziatore non è solo il *quid* concesso; ma anche l'utilità ed il maggior vantaggio che attraverso il tempo avrebbe potuto trarre dal bene disponendone diversamente. Svantaggio compensato dalla corresponsione degli interessi. Il tempo è un *quid* misurabile. Il tempo in alcuni casi ha valore incalcolabile, la stessa vita umana può essere definita come l'insieme dei secondi dei minuti delle ore in cui il nostro apparato fisico è capace di interagire con la realtà che ci circonda, in questo senso è la vita stessa. Tale insieme è di per sé disponibilità limitata. L'elemento Tempo o, tradotto in termini giuridici, la caratteristica di contratto di durata è il terzo elemento qualificante tutti i contratti di finanziamento. Riprendendo la definizione di un brillante autore che ha approfondito con originalità questa tematica¹¹: <<il termine finanziamento è un termine ellittico>>. Con la locuzione “finanziamento si vuole indicare quei negozi tipici ed atipici idonei ad apportare risorse pecuniarie ovvero a sovvenire finanziariamente altri soggetti”. Il termine finanziamento e la causa di finanziamento presentano un inquadramento generale tale da sottolineare l'essenzialità del fenomeno caratterizzato dalla concessione di un bene avuto riguardo al tempo necessario per fruire appieno della sua utilità economica, cui fa da contraltro per il finanziatore il diritto alla restituzione del *tandundem*. Esso si diversifica poi in relazione alle singole tipologie contrattuali considerate in concreto, conseguentemente si ripudia l'impostazione che limita l'ambito semantico della nozione a quei soli contratti caratterizzati dall'utilizzazione obbligata dei mezzi finanziari apportati dal finanziatore.

Non si vuole negare la rilevanza autonoma di tali contratti ma solo sottolineare che il vincolo di destinazione è tratto secondario costituente elemento della singola fattispecie considerata in concreto ma non tale da

¹¹ PETRAGLIA, *Ult. Cit.*,

caratterizzare l'intero contenuto contrattuale. Di conseguenza il termine finanziamento e la causa di finanziamento indicano un *Genus* del quale i singoli contratti tipici ed atipici rappresentano una specie, un *genus* di contratti caratterizzati da:

Utilitas;

Restituzione del *tandundem*;

Tempo o se si vuole caratteristica di contratto di durata;

Una volta individuati i caratteri fondamentali del finanziamento (durata, restituzione del *tandundem* ed *Utilitas*) occorre procedere ad una classificazione delle fattispecie negoziali che possono rientrarvi. Per portare l'opera a compimento, l'interprete dovrà verificare il loro ricorrere nella causa del singolo contratto ai fini dell'inclusione o dell'esclusione dalla categoria generale.

Nella categoria generale dei contratti di finanziamento si possono individuare più sottocategorie. Ad esempio si possono isolare quelli bancari di finanziamento caratterizzati **anche per il fatto che il finanziatore è una banca.**

Si ritiene, quindi, che il tentativo di attribuire un ambito semantico più specifico alla categoria dei contratti di finanziamento sia palesemente fuorviante oltre che foriero di incertezze e limiti ingiustificati nelle operazioni pratiche. Riprendendo la dizione degli articoli 182 *quater* e *quinquies* e applicando la definizione di finanziamento postulata dalla dottrina avversa, per ottenere l'autorizzazione a contrarre nuova finanza si dovrebbe far ricorso solo a tipologie contrattuali caratterizzate dal vincolo di destinazione. Tra l'altro la definizione postulata dalla dottrina maggioritaria si pone in contrasto con lo stesso tenore letterale del 182 *quater*; che parla di finanziamenti "in qualsiasi forma effettuati ". Tale disposizione è lapalissiana nel sottolineare la *voluntas* legislativa di concedere al debitore ed ai creditori la più ampia discrezionalità possibile nella scelta della forma tecnica in cui estrinsecare le operazioni di concessione di nuova finanza. *Ad adiuvandum* *ivi* soggiunge un *argumentum* coadiuvante *ab externo*, un *argumentum* che rappresenta il cardine della base teorica e tecnica di qualsiasi tipo di argomentazione giuridica: la coerenza del sistema normativo complessivamente inteso. Nella riflessione tecnico giuridica contemporanea, la coerenza viene in genere definita come la relazione che deve essere instaurata tra le norme dell'ordinamento, o meglio, fra le norme appartenenti ai singoli settori di cui l'ordinamento si compone in modo che esse costituiscano un'unità sistematica. Tale relazione è una relazione di significati. L'interprete nella sua attività ricostruttiva ha a che fare con un insieme di norme emanate in tempi diversi e con diversa collocazione gerarchica. L'ordinamento giuridico non costituisce *ipso facto* una totalità ordinata di interrelazioni tra norme e significati permeanti le varie branche; ma diviene tale per opera dell'interprete. Ciò postula la necessità di un intervento ricostruttivo, di una sistemazione. L'opera di qualsiasi giurista degno di tale appellativo deve essere svolta ponendo bene a mente che il requisito base dell'interpretazione è (se si condivide l'approccio

in una certa misura giuspositivista) l'oggetto stesso della sua attività poggia sul cardine del principio di coerenza. L'attività del giurista deve essere costantemente volta a costruire la relazione tra le norme ordinamentali in modo che esse costituiscano una totalità ordinata, *un unicum*, un sistema. In modo come è stato più che brillantemente sostenuto in dottrina "da tramutare la legge in diritto, insieme armonico di principi uniti da una visione d'insieme"¹² Ebbene pare che dottrina avversa abbia, forse?, dimenticato che nonostante la recente settorializzazione delle branche del diritto, favorita dall'ipertrofia legislativa e dalla crescente complessità delle esigenze della società contemporanea, quel primordiale, antico principio fondante l'oggetto di base della sua stessa attività, quella coerenza che vorrebbe che ad uno stesso termine (nel nostro caso: "finanziamento") sia assegnato un medesimo significato, quale che sia l'utilizzo che ne viene fatto nelle diverse branche rimane lì, immota, stentorea. Ancora aspetta di essere correttamente utilizzata onde sanare e porre rimedio al caos normativo e interpretativo ormai regnante nel nostro ordinamento da diversi decenni.

2. L'evoluzione della nuova finanza nella legge fallimentare: assetto e ratio.

Chiarito che la categoria dei contratti di finanziamento da vita, nel nostro ordinamento, ad un fiorire di fattispecie contrattuali dal carattere variegato e complesso, si pone al punto di via la contestualizzazione delle operazioni medesime nell'assetto statuito dagli articoli *182 quater* e *182 quinquies* in tema di concessione di nuova finanza all'impresa in crisi. Orbene, in questa sede non risulta appropriato ripercorrere le tortuose e tormentate evoluzioni del rapporto tra il quadro normativo del diritto delle crisi di impresa ed i continui interventi effettuati dal nostro legislatore che, nella maggior parte dei casi, ha esibito lungimiranza e spirito avanguardista parificabili in *an* e *quantum* a quelli dell'inquisizione spagnola ai tempi di Torquemada.

Ad onor di vero bisogna tuttavia soggiungere che, nonostante alcuni interventi abbiano mancato di sagacia, inquadrati in una visione d'insieme essi hanno avuto il merito di riesumare il diritto fallimentare, affrancandolo dai riferimenti ad una realtà economico sociale ormai superata e adeguandolo (finalmente) alle esigenze della società del secolo XXI.¹³

A tacer d'altro ci si limita a constatare come l'introduzione delle disposizioni normative sulla tutela dei finanziamenti alle imprese in crisi risalga ad epoca piuttosto recente. La legge fallimentare così come riformata negli anni 2005/2007 serbava sul punto assoluto silenzio. L'acquisizione normativa della consapevolezza della centralità del sostegno finanziario alle imprese in difficoltà e l'esigenza di statuire una

¹² STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 12, 2010, 1353 ss.

¹³ STANGHELLINI, *Diritto fallimentare, ritorno all'età della pietra*, in www.lavoce.info, 2010.

disciplina che ne incentivasse l'erogazione da parte degli altri operatori economici *in bonis* si è affermata solo di recente con il d. l. 22 giugno 2012 n.83 che ha introdotto nel nostro ordinamento l'articolo 182 *quater* disciplinante rispettivamente la finanza ponte e la finanza alla ristrutturazione¹⁴. La ratio sottostante la modifica normativa era quella di incentivare il ricorso agli strumenti alternativi di risoluzione della crisi e di colmare un vuoto di tutela che connotava la fase antecedente il ricorso a tali strumenti. Difatti, atteso che l'accordo di ristrutturazione iniziava a dispiegare i propri effetti protettivi al momento del perfezionamento dell'iter mentre il concordato a partire dal deposito del ricorso, le attività compiute *ex ante* non usufruivano di alcuna protezione di stampo legale. In particolare: eventuali finanziamenti erogati per la prosecuzione dell'attività in vista di una successiva risoluzione della crisi non godevano di alcuna preferenza in caso di successivo fallimento ed erano soggetti a revocatoria delle eventuali garanzie acquisite e/o dell'eventuale rimborso del credito medio tempore ricevuto¹⁵. Le statuizioni normative si risolvevano, dunque, in un disincentivo per eventuali finanziatori a concedere nuovi apporti pecuniari ad un'impresa che avesse dichiarato di essere in crisi. Il diniego della nuova finanza era motivato dall'alto rischio correlato alla concessione dell'apporto e dall'assenza di adeguate garanzie. L'intervento normativo influiva quindi sul livello di *quid pro quo* in concreto traibile dall'operazione concedendo a tali finanziamenti il beneficio della prededucibilità in caso di successivo fallimento.

Tale modifica, per quanto encomiabile, presentava tuttavia il difetto di essere affetta da eccessiva faciloneria e da carenza di coordinamento e armonizzazione con le altre norme che componevano il sistema. Dopo numerosi biasimi da parte della dottrina pressoché totalitaria, le modifiche necessarie sono state attuate mediante la legge di conversione 7 agosto 2012 n.134 che ha modificato l'articolo 182 *quater* ed ha introdotto nel nostro ordinamento le disposizioni in tema di finanziamenti interinali regolate dall'art 182 *quinquies*.

La legge di conversione ha revocato in primo luogo il requisito soggettivo per la concessione di finanza ponte e finanza alla ristrutturazione. L'elargizione di nuove risorse pecuniarie alle imprese in difficoltà era infatti originariamente riservata alle banche e agli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 tub. La limitazione risultava ingiustificata ed intrinsecamente incoerente. Scrutinando con la dovuta attenzione *la ratio legis* dell'intervento, si evince in maniera lapalissiana che la "liberalizzazione" era generata dall'esigenza di ampliare il novero dei soggetti suscettibili di elargire nuova finanza, sì favorendo ulteriormente le possibilità di approvvigionamento delle imprese in crisi. *Ad adiuvandum*, moventi della riforma erano anche ragioni di coerenza intrinseca alla natura della disposizione stessa che celava un'evidente disparità di trattamento. Ci si limita ad evidenziare il dissidio tra il primo ed il terzo comma del testo precedente la

¹⁴ BRIOLINI, *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 688

¹⁵ Per ulteriori riferimenti V. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione di debiti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.1, 2015, pag. 43

riforma che da una parte limitava l'ambito dei soggetti abilitati ad elargire nuove risorse e dall'altro statuiva la prededucibilità dei finanziamenti effettuati dai soci fino all'80 % del loro ammontare. In accordo con quanto paventato da illustre dottrina: <<potrebbe dirsi che se nel contesto di tale procedura godessero di un trattamento di favore soggetti come i soci, cui in punto di principio l'articolo 2467 c.c. attribuiva e attribuisce la qualifica di creditori postergati, vale a dire sub chirografari, appariva dopotutto incongruo che lo stesso trattamento venisse negato – *ceteribus paribus* - a coloro i quali al di fuori del concordato sarebbero stati considerati normali creditori chirografari>>¹⁶. La disposizione di cui al primo comma si presentava suscettibile di censure di costituzionalità sotto il profilo della disparità di trattamento (art. 3 Cost) e di carenza di motivazioni oggettive atte a giustificare il diverso trattamento dei soci rispetto ad eventuali terzi animati da dall'intento di apportare nuova finanza in vista di un'eventuale risoluzione della crisi.

La seconda linea di intervento della riforma ha introdotto l'articolo 182 *quinquies* in tema di finanziamenti interinali enucleando una nuova tipologia di approvvigionamento per l'impresa in crisi. Tralasciando questioni definitorie, di cui ci si occuperà a breve nel proseguio della trattazione, ci si limita ad asserire in prima approssimazione che *l'animus* della norma introdotta protendeva verso la creazione di un mercato della finanza interinale fino ad allora inesistente nel contesto italiano. La norma come introdotta dalla legge di conversione concede il beneficio della prededucibilità ai finanziamenti contratti dal debitore, previa autorizzazione del tribunale, al fine di soddisfare adeguatamente il ceto creditorio e che si rivelino indispensabili nell'ottica della necessaria provvista finanziaria di cui a breve termine l'impresa abbisogna per garantire la continuazione dell'attività (il breve termine è fissato all'omologazione).

L'iter riformatore in tema di nuova finanza sembrava finalmente concluso, ma a scapito della stabilità e della certezza del diritto, che il nostro ipertrofico legislatore ha in uggia, sul tema della nuova finanza è intervenuta una nuova (ennesima) modifica normativa effettuata con d. l. 83 /2015 convertito in legge n. 132 /2015.

Non è questa la sede per un sindacato approfondito sulle tecniche redazionali e le politiche legislative delle quali il nostro legislatore si avvale per sevizare le fondamenta giuridiche del nostro ordinamento, tuttavia la coscienza e il trasporto che provo per tale materia mi impongono di spendere due parole sul continuo voltafaccia che caratterizza la legislazione concorsuale da ormai un decennio.

Che pure il Consiglio Superiore della Magistratura abbia valicato il limite della pazienza a furia di veder varate mini-riformine a colpi di decreti legge in una materia delicatissima (e che presentano la razionalità e la coerenza nell'incedere di un gambero) è evincibile in maniera lapalissiana dall'*incipit* del parere e

¹⁶ AMBROSINI; *La tutela dei finanziamenti all'impresa in crisi*, in *Trattato di Diritto Fallimentare. Le altre procedure concorsuali*, diretto da Francesco Vassalli - Francesco Paolo Luiso - Enrico Gabrielli, 14 ed, 2014

proposta al Ministro della Giustizia ai sensi dell'art 10 comma 2 legge 195/1958. (delibera consiliare del 16 luglio 2015.)¹⁷ Ivi si legge testualmente: << Ancora una volta, il Governo ricorre allo strumento della decretazione d'urgenza per introdurre modifiche su profili specifici e settoriali, molti dei quali, peraltro già interessati da pregresse, recenti novelle, in una materia che necessita di un complessivo disegno riformatore >>.

Orbene, a parere dell'illustre Collegio la materia necessita di "un complessivo disegno riformatore". Il punto è che il legislatore non è ancora in grado di enucleare un complessivo disegno riformatore e le continue modifiche della legge fallimentare rappresentano un costo per l'economia di gran lunga superiore ai benefici che se ne potrebbero trarre. L'assunzione che il diritto delle crisi d'impresa deve correre per far fronte alle istanze degli operatori economici chiamati ad operare in un contesto di mercato globale in continuo mutamento è stata strumentalizzata per celare la carenza di un disegno organico complessivo e di valori fondamentali sui quali tarare l'impianto normativo di riferimento.¹⁸ << Si vuole un sistema debtor o creditor oriented? Si vuole una via di mezzo tutta italiana tra le due? Il legislatore può far tutto ma deve avere il coraggio di far chiarezza con sé stesso >>, di prendere una posizione e di difenderla a spada tratta.

Ad adiuvandum, se si vuole effettuare una disamina ancor più approfondita del problema, possiamo notare che il difetto fondamentale di tutte le riforme che sono avvenute *usque ad hunc diem* è la carenza di un approccio scientifico al tema del diritto delle crisi d'impresa animato da una velleitaria pretesa di autoreferenzialità.

Quello che manca è uno studio degli effetti dell'applicazione della legge, una base statistica sulla quale ragionare, manca un panorama comparativo sulle alternative.

Sic: << Siamo in grado di misurare le perdite del sistema economico e dei creditori in raffronto alle altre alternative praticabili? >>. ¹⁹

De facto la legge deve essere applicata nel lungo periodo per poter studiarne in maniera efficace gli effetti, ed è proprio di carenza d'applicazione che il nostro sistema difetta in raffronto a quello degli altri paesi. I promotori dei cambiamenti, che spesso per motivare questa o quella riforma effettuano dotti rilievi

¹⁷ Parere e proposta al Ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 10, secondo comma, L. 195/1958, sulle "disposizioni in materia di organizzazione degli uffici giudiziari e di Giustizia" oggetto del procedimento di conversione in legge del decreto 27 giugno 2015, n. 83, all'esame della Camera dei Deputati. (Delibera consiliare del 16 luglio 2015)

¹⁸ In particolare, da ultimo: FABIANI, L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche, in http://www.ilcaso.it/articoli/cri.php?id_-cont=814.php. 2015,

¹⁹ FABIANI, op ult. Cit., NISIVOCCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Fallimento*, 2015, 1181 ss.

comparatistici alla disciplina d'oltre oceano hanno forse mai considerato l'approccio e la tecnica redazionale dell'infinitamente più saggio legislatore americano? Perchè da quanto risulta nel leggere i testi dottrinali dei nostri colleghi americani, con riferimento alla business reorganization, si apprende che "*The chapter 11 one sees in the bankruptcy reform act of 1978 is the product of 80 years of experience under the bankruptcy act of 1898. The latter act contained three reorganization provisions that are directly relevant to the current chapter 11....*"²⁰ La riforma della legislazione in materia di crisi è stata, quindi, il prodotto di oltre 80 anni di applicazione e di studio sotto l'egida della vecchia disciplina. Da quanto asserito possiamo, quindi, concludere che tra l'approccio americano al tema delle crisi di impresa e quello italiota intercorre una differenza letteralmente oceanica. I colleghi d'oltre oceano fanno tesoro di quanto imparato dal passato, le leggi sono costanti nel tempo e frutto di studi oculati. In Italia non si ha il tempo per studi scientifici circa gli effetti dell'applicazione delle discipline normative; atteso che a colpi di decreti e decretini le nostre leggi hanno la stabilità degli strumenti ibridi scambiati sul *london stock exchange*. Orbene, non si può che concordare con l'opinione del professor Massimo Fabiani: «Deve essere rifiutata l'idea che anche la giustizia possa vivere e prosperare con gli slogan, meglio se urlati come nei talk show. La giustizia, sia quella spicciola che quella con la "G" maiuscola meriterebbe un maggiore studio da parte di tutti i protagonisti, più approfondite riflessioni, minori bizzarre interpretazioni fondate sulla grammatica, e, soprattutto distacco dai corporativismi e dall'autoreferenzialità. Senza confronto privo di pregiudizi, il diritto della crisi d'impresa finirà su un binario morto e le aspettative di un miglioramento del nostro P.I.L. come effetto della riforma delle regole sulla crisi, saranno destinate ad evaporare»²¹.

Abbandonando un tema che meriterebbe più approfondita riflessione e che si colloca *ab externo* rispetto all'intento di questo elaborato; ci si limita a vagliare la ratio della modifica del 182 quinquies l. f. cui la riforma ha aggiunto un nuovo comma.

L'istituto mira a superare l'interpretazione restrittiva del vecchio 182 quinquies l.f. prevalente in giurisprudenza che esclude la facoltà, per il tribunale, di autorizzare finanziamenti interinali in corso di preconcordato, laddove non si disponga di un piano ed una proposta definitivi. A questo fine si prevede che il debitore possa chiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre in via d'urgenza finanziamenti funzionali a urgenti necessità per l'esercizio dell'attività aziendale. Tangibile è l'intento del legislatore che si appresta a fugare la ritrosia delle banche nel concedere nuova provvista finanziaria in una fase, quella antecedente la definizione dello strumento giuridico da utilizzare, quanto mai delicata e complessa per l'impresa e per i creditori e a facilitare il reperimento di mezzi finanziari grazie ai quali fronteggiare una crisi transeunte in vista del risanamento.

²⁰ARGYLE PUBLISHING, *The Attorney's Bankruptcy Code and Rules Book*, 2016

²¹ FABIANI, op. ult. Cit.

3. La nuova finanza alle imprese in crisi: questioni preliminari di merito

Come abbiamo avuto modo di appurare, il tema della nuova finanza alle imprese in crisi è un tema quanto mai delicato e complesso. Tale complessità è acuita dalla divergenza delle opzioni interpretative, che apportano all'esegesi delle disposizioni in materia un grado di comprensione parificabile a quello della confusione delle lingue nella Babele biblica.

Orbene, è necessario chiarire alcuni punti nodali che si collocano *a latere* del tema trattato ma che, tuttavia, presentano un alto grado di interrelazione con le disposizioni oggetto d'analisi. Le questioni che verranno affrontate sono così enumerabili:

- ✓ Latitudine della nozione di prededuzione nel concordato *ex art. 111.2 l. fall.* e l'interrelazione con l'articolo *182 quater*;
- ✓ Perimetro applicativo dell'istituto e le incertezze sull'usufruità solo nella procedura di fallimento ovvero anche nella procedura di concordato preventivo.
- ✓ La prededuzione e gli accordi di ristrutturazione

4. Latitudine della nozione di prededuzione nel concordato preventivo *ex art. 111.2 l. fall.*

Dalla risultante dell'esame di tenore storico/giuridico precedentemente effettuato, dal tenore letterale dell'articolo *182 quater*, si può fondatamente asserire che: l'istituto precipuo utilizzato dal nostro legislatore per incentivare l'apporto di nuova finanza sia quello della prededuzione di cui all'art 111 comma secondo della nostra legge fallimentare.

L'articolo si dispone: << Sono considerati debiti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1 >>.

La netta previsione dell'art. *111, 2 comma, l. fall.* che sancisce la prededucibilità nel fallimento consecutivo dei crediti "sorti in occasione o in funzione" del concordato preventivo è stata al centro di un significativo contenzioso provocato dalle curatele fallimentari davanti a giudici di merito che, forse troppo "vicini" agli organi da essi stessi nominati, hanno frapposto ostacoli non giustificati dal dettato normativo al

riconoscimento della prededuzione. L'esegesi della disposizione in commento ha avuto, quindi, un percorso particolarmente travagliato ed è divenuta oggetto di scontro. Il dibattito e la sua conclusione interessa ai nostri fini giacché dalla collocazione sistematica del 111 secondo comma (che, si avrà modo di asserire, è disposizione di carattere generale) si può trarre l'inquadramento dogmatico delle altre norme che sanciscono la prededucibilità (di cui la legge fallimentare è costellata) e, dunque, ai fini che qui interessano la collocazione sistematica del 182 quater.

Sic, l'orientamento maggioritario dell'accademia²², avallato dalla giurisprudenza del supremo collegio, propende per un'esegesi della disposizione che postula per i crediti prededucibili una tripartizione tipologica fondata sul tenore letterale della disposizione :<<²³ i criteri cronologico ("in occasione") e funzionale ("in funzione"), utilizzati nell'attuale formulazione dell'art. 111, comma 2, l. fall., per l'individuazione dei crediti prededucibili, devono intendersi quali criteri alternativi ed autonomi>> ed, a *fortiori ratione*²⁴:<<in caso di consecuzione tra la procedura di concordato preventivo e quella di fallimento, il disposto dell'articolo 111, comma 2, l. fall., come modificato dal decreto legislativo n. 5 del 2006, consente di riconoscere, con le modalità previste dall'articolo 111-bis l. fall., la prededuzione non soltanto ai crediti sorti in occasione, cioè durante il corso delle procedure stesse, bensì anche quelli sorti anteriormente, ma funzionali alla procedura>>.

L'esegesi interpolativa postulata è, dunque, disgiuntiva.

Vengono, dunque, considerati crediti prededucibili giusta il quasi unanime consenso espresso da dottrina e giurisprudenza:

- a) I crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge.
- b) Quelli sorti in occasione di una procedura concorsuale.
- c) Quelli sorti in funzione di una procedura concorsuale.

²² CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2013, si veda ancora BOGGIO, *I "tormenti" della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91)*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2013, pag. 773

²³ Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513

²⁴ Cass., civ., 05 marzo 2014, n. 5098, in www.ilcaso.it

Quanto alla prima tipologia, nulla vi è di problematico; la prededucibilità viene demandata alla statuizione di disposizioni specifiche (di cui il tessuto della nostra legge fallimentare è costellato) che si atteggiavano quale *lex specialis ad hoc* in deroga alla disciplina *de jure condito* applicabile a fattispecie analoghe. A tal proposito, esempio calzante ne è la sezione IV del titolo secondo della nostra legge fallimentare (dedicata agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti) che offre una disciplina sistematica dei c.d. contratti pendenti e statuisce in alcuni casi la prededucibilità dei crediti derivanti dall'ottemperanza al rapporto contrattuale ovvero dalla sua prosecuzione. Tra gli altri, qui merita di rammentare: la statuizione della prededucibilità del credito del locatore dell'immobile ad un equo indennizzo per anticipato recesso del curatore nel caso di fallimento del conduttore *ex art. 80, l. fall.* e, ancora, il credito all'equo indennizzo per lo scioglimento del contratto di affitto di azienda, *ex art. 79, l. fall.*

Quanto alla seconda fattispecie (crediti sorti "in occasione") a stabilire *ad saecula saeculorum amen* la valenza esegetica ci ha pensato il Supremo Collegio. Pare opportuno segnalare alcuni orientamenti dottrinali in proposito.

Sic, a parere di avvertita dottrina²⁵ che offre un'analisi compiuta della questione, al fine di mettere in luce l'interpretazione autentica del termine in occasione da una prospettiva storica non si può prescindere. Brillantemente si afferma che: «Già il codice di commercio del 1882 prevedeva, con riferimento alla procedura di fallimento, l'esclusione dal concorso dei crediti sorti in relazione a «spese di giustizia e di amministrazione» al fine di consentire l'amministrazione stessa della procedura, che non sarebbe stata possibile ove coloro che vi erano deputati fossero stati costretti al concorso con gli altri creditori e al conseguente pagamento falciato dei propri compensi >>. In base a ciò si argomenta il riferimento al sintagma "crediti sorti in occasione" interpretandolo quale eredità dell'impostazione di stampo antico, sintomatica dell'esigenza di garantire il più proficuo (in termini economici) svolgimento possibile della procedura e conseguentemente il miglior soddisfacimento del ceto creditorio che non sarebbe stato possibile qualora i terzi e gli organi deputati alla gestione della procedura stessa non avessero ricevuto le dovute rassicurazioni in relazione alla sorte dei loro crediti. Diversamente opinando, essi sarebbero stati indotti a defilarsi temendo di non veder adeguatamente remunerate le prestazioni compiute in ossequio alle prescrizioni contrattuali eventualmente pattuite. Tale esigenza fu poi trasfusa nella redazione del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 e codificata nell'art. 111 l. fall. che, nella sua prima formulazione, prevedeva che l'attivo

²⁵CIERVO, *prededucibilità dei crediti sorti << in funzione >> di una procedura concorsuale*. in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2013, pag. 773; Luca Boggio, *I "tormenti" della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91)*, in *Giurisprudenza Commerciale*>>, fascicolo 5, 2013.

fallimentare dovesse essere innanzitutto destinato, previo decreto del giudice delegato, al pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento.

Con la riforma del 2006 viene riformulato l'articolo 111 in modo affatto peculiare ed è introdotta una specifica definizione di "crediti prededucibili" che in precedenza non esisteva. Al di là della forma la sostanza non muta, "in occasione" introduce un requisito temporale e indica il momento in cui i crediti in discorso devono sorgere per essere prededucibili, è come se dicesse che i crediti prededucibili per esser tali devono sorgere durante la procedura.

Altro autore²⁶ argomenta opinando: << Non vi è questione sul termine "in occasione": qui il riferimento temporale è certo. Con ogni evidenza si tratta di crediti sorti durante la procedura ma non necessariamente nell'interesse dei creditori, ma comunque riconducibili all'operato degli organi della procedura (ad es. condanna al pagamento delle spese legali in caso di soccombenza in giudizio) o per fatto illecito verificatosi in corso di procedura (il legislatore italiano pare avere così codificato il principio posto a base della sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti del 1968 nel caso Reading Co. v. Brown, 391 U.S. 471)>>

Nella sua relazione da dove derivi che il riferimento all'arco temporale è "certo" e quali siano gli argomenti a sostegno della sua affermazione (che pure è esatta) non è dato sapere. Tuttavia pur cambiando l'ordine degli addendi la somma non cambia così come in tal caso la valenza di "in occasione".

Se l'ordine è relazione a tal proposito, nella selva interpretativa, il Supremo Collegio ha tentato da parte sua di apportare, un po' alla stregua di pendolo²⁷, un po' con la precisione di una meridiana mediante le sue numerose sentenze qualche chiarimento sul punto²⁸: << La L. Fall., art. 111, comma 2, nella attuale formulazione individua i crediti prededucibili nella successiva procedura fallimentare alternativamente nei crediti sorti in occasione ovvero in quelli sorti in funzione del concordato preventivo. Il primo criterio, che fa riferimento all'elemento cronologico ("in occasione"), deve essere integrato, per avere un senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito alla attività degli organi della procedura; in difetto di una tale integrazione il criterio in questione sarebbe palesemente irragionevole in quanto porterebbe a considerare come prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa.>>.

²⁶ Raffaele D'Amora, *La nuova prededuzione*, in www.osservatorio-oci.org, relazione a Bari 9 ottobre 2010. R. D'Amora, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, www.osservatorio-oci.org,

²⁷ Si vedano le divergenze tra le sentenze Cass., civ. Sez. I, 17/04/2014, n. 8958 e Cass., civ. Sez. I, 05/03/2014, n. 5098 e la sentenza Cass., civ. Sez. I, 24/01/2014, n. 1513, in www.iusexplorer.it, in cui al requisito dell'occasionalità si aggiunge un quid pluris; vale a dire: la riferibilità del credito agli organi della procedura.

²⁸ Cass., civ., 17/04/2014 n. 8958

La sentenza, in parte innovando rispetto agli orientamenti precedenti, offre un pregevole esempio di cognizione in chiave tassonomica mediante un raggruppamento delle principali condizioni in base alle quali un credito può essere reputato sorto in occasione delle procedure concorsuali e, dunque, *de plano* prededucibile. La classificazione poggia su una bipartizione che richiede la sussistenza di condizioni di tenore oggettivo e soggettivo così enumerabili:

A) Criterio oggettivo: il credito deve sorgere durante la procedura concorsuale. *Ergo*, con riferimento al concordato preventivo *l'arcus temporum* di riferimento intercorre dal deposito della domanda di ammissione alla procedura al deposito del decreto di omologazione. Dacché, il momento iniziale dell'*arcus temporum* a partire dal quale si può fondatamente asserire la sussistenza del requisito di "occasionalità" non può che essere individuato nella data di iscrizione nel registro delle imprese del deposito della domanda di ammissione al concordato.

B) Criterio soggettivo: "riferibilità del credito all'attività degli organi della procedura" dacché esso deve trovar la sua genesi nell'azione degli organi della procedura medesima.

Orbene, come ebbe a dire Paul Valéry: << Idra assoluta in te stessa baccante che ti mordi la coda oscillante>>. Il Supremo collegio, sia pure mosso da intenti encomiabili, contraddice ciò che si promette. La postulazione di un criterio soggettivo in merito alla prededucibilità del credito in assenza di qualsiasi indicazione legislativa nel testo dell'articolo 111 l.f. in quanto :²⁹<< sarebbe palesemente irragionevole in quanto porterebbe a considerare come prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa>> a ben vedere vale a recuperare ciò che essa più volte con sì vivo convincimento si apprestava reiteratamente a negare nelle sue numerose precedenti decisioni, cioè che:³⁰ << la funzionalità rispetto alle esigenze della procedura non può costituire un criterio integrativo di quello cronologico della occasionalità>>. Detto in altri termini: la cassazione prima afferma che la congiunzione "o" presente nel testo dell'articolo 111 l.f. vale ad indicare che la funzionalità è un criterio alternativo ed autonomo ed in quanto tale non può costituire elemento integrativo del sintagma "occasione" e successivamente recupera quell'elemento in maniera

²⁹ ved sentenza cit., supra nota 6

³⁰ Cass., civ. sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1513, in www.iusexplorer.it, dove si afferma :<<I criteri cronologico ("in occasione") e funzionale ("in funzione"), utilizzati nell'attuale formulazione dell'art. 111, comma 2, l. fall., per l'individuazione dei crediti prededucibili, devono intendersi quali criteri alternativi ed autonomi>>. Cass., civ. sez. I 24 gennaio 2014, n.1511, in www.ilcaso.it. Sempre la Suprema Corte, nella sentenza n. 7166 del 2012 (ed in parte già con la precedente sentenza n. 3402 dello stesso anno) afferma l'esigenza di una valutazione sull'effettiva utilità del credito ai fini della procedura la sentenza n. 3582 del 2011, pur ritenendo non determinanti il profilo temporale e quello funzionale, ha richiamato la necessaria "genesì del debito per atto degli organi fallimentari".

surrettizia per selezionare in concreto tra i crediti sorti in occasione del concordato quelli destinati a godere del beneficio della prededucibilità. Orbene; il contrasto tra quanto in precedenza affermato e quanto poi in concreto postulato è chiaro come il sole nascente alle prime luci dell'alba. *Ad adiuvandum*, e qui la requisitoria appare necessaria, la Cassazione motiva l'introduzione in via pretoria di un requisito soggettivo ponendo l'accento sulla necessità di non gravare i creditori del fardello di "crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa". Così opinando pare che si dia per postulato ciò che è ben lungi dall'essere dimostrato. Ebbene, di grazia, al di là del fatto che non necessariamente sono "funzionali" le sole attività svolte dagli organi della procedura, che le attività compiute nel corso della procedura debbano essere necessariamente utili per la massa dei creditori è al di là da venire. Si pensi a quanto lapalissianamente affermato nello scritto dell'autore in precedenza citato³¹ relativamente alla condanna al pagamento delle spese legali in caso di soccombenza in giudizio o per fatto illecito verificatosi in corso di procedura. Le incongruenze si moltiplicano ad ogni piè sospinto laddove ci si accinga ad usar lungimiranza ed a ragionare ponendo dinnanzi agli occhi il sistema, che dovrebbe suonar calzante come la sequenza di Fibonacci ma piuttosto pare un belar di greggi e muggir d'armenti. Difatti come è stato ravvisato da avvertita dottrina³²: ai fini del coordinamento con la disposizione di cui all'articolo 67 comma 3 lettera e che sancisce l'esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti delle garanzie poste in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161 la disposizione in oggetto dovrebbe tosto venir letta come volta a salvaguardare l'affidamento di chi contratta altresì con l'imprenditore che a procedura in corso abbia compiuto atti nei limiti di quanto consentitogli per legge^{33 34}. Del resto; solo tale esegesi consente di ritenere coerente il predetto articolo 111 con il 161 comma 7 che statuisce quale unica condizione dell'esenzione il rispetto dei requisiti di legge. A dirla parafrasando Machiavelli se è vero che il fine giustifica i mezzi, il diavolo fa le pentole ma non i coperchi. Dacché, sebbene l'intento di proteggere i creditori manifestato dal Supremo Collegio sia in qualche modo condivisibile, questa sorta di interpretazione pretoria è foriera di ulteriori disagi e incertezze e vale a costringere il debitore a ricorrere stabilmente all'autorizzazione giudiziale con buona pace dell'articolo 167 che statuisce che durante il concordato il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa. Tale impostazione scaraventa altresì i terzi in una situazione di totale incertezza circa la sorte delle loro pretese. Difatti è ammesso ma non concesso che,

³¹ D'AMORA, cit., supra.

³² BOGGIO, I "tormenti" della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91); in *Giur. It.*, 2014, 7. Vedi altresì *Cass. civ. Sez. I, 17/04/2014, n. 8958*

³³ Sulla ratio dell'esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, 3° comma, lett. e), L. fall. Rinvia a BOGGIO, L'esenzione da revocatoria per "corrispettivi per prestazioni di lavoro": una previsione eccezionale per la conservazione dell'impresa?, in *Giur. It.*, 2014.

³⁴ Nel senso che la norma statuente la prededuzione realizza la tutela del terzo, v. Trib. Terni, 17 gennaio 2014, in *Il Caso.it*, I, 9917; Trib., Parma, 31 dicembre 2013, n. 9923, in www.ilcaso.it. Prima della riforma del 2006 una tal *ratio* per la prededuzione era stata con chiarezza affermata dalla Corte Cost., 27 gennaio 1995, n. 32.

scardinando il disposto normativo, il tribunale poi autorizzi gli atti compiuti *ex ante* dall'imprenditore seppure necessari alla prosecuzione dell'attività d'impresa o anche solo alla conservazione del suo patrimonio e infine augura pure buona salute a tutte quelle riforme effettuate al fine di incentivare l'apporto di nuova finanza all'imprenditore in corso di procedura e ad ogni pretesa di coerenza di sistema o di organicità³⁵. A dirla in rima: se pare che lo stato dell'arte quanto al sintagma occasione, sia ormai un dilemma senza soluzione; la disputa è ben lungi dall'apprestarsi a conclusione; ad inasprirla ci pensa il sintagma in funzione.

Rime a parte. A tal proposito, onde analizzare compiutamente l'ultimo punto della prima sessione, una premessa storica sullo stato dell'arte a partire dalla riforma "organica" è d'uopo³⁶. Successivamente al

³⁵ in contrasto con l'affidamento del terzo invece protetto dall'esenzione da revocatoria prevista dall'art. 67, 3° comma, lett. e), L. fall. per gli atti "legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161" e con la conseguenza di "suggerire" ai terzi di svolgere prestazioni solo a seguito di pagamenti integrale ed anticipato da parte del debitore in procedura, pena il rischio di non vedersi mai pagati. Sul fatto che la disposizione contenuta nell'art. 111, 2° comma, che prevede la prededucibilità dei crediti sorti in occasione del concordato costituisca una norma di protezione dei terzi che entrino in contatto con l'imprenditore in concordato si veda: BOGGIO, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, cit., 868.

³⁶ Prima della riforma D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, la giurisprudenza prevalente negava la prededuzione del credito del professionista che avesse assistito il debitore nella predisposizione del piano di concordato o della relativa domanda Trib. Sulmona, 23 ottobre 2003, in *Giur. It.*, 2004, 805, con nota di COMMISSO; dottrina PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989, 330; Patti, *Ammissione allo stato passivo del fallimento consecutivo al concordato preventivo del credito del difensore*, in *Giur. It.*, 1995, 52; Di GRAVIO, *La prededuzione (fallimentare) dei compensi degli avvocati per l'assistenza nell'amministrazione controllata e nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 410. La giurisprudenza ammetteva per lo più la prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di questo, se si trattasse dei crediti vantati dal commissario giudiziale o dal liquidatore giudiziale nominati dal Tribunale Cass., 3 ottobre 1983, n. 5753, NiSIVOCIA, *Il compenso del commissario giudiziale nella conversione del concordato preventivo in fallimento*, in *Giur. It.*, 2009, 1165. E altresì Cass., 5 agosto 1996, n. 7140, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 1029; cui adde *Id.*, 11 novembre 2003, n. 16915, in *Dir. e Prat. Società*, 2004, 11, 89; *Id.*, 2 agosto 2002, n. 11580 sui crediti sorti per la continuazione dell'attività d'impresa, quando la stessa «ne abbia costituito modalità essenziale, perché sia stata parte della proposta di concordato, sia stata oggetto dell'ammissione da parte del tribunale nonché dell'approvazione da parte dei creditori e sia stata oggetto dell'omologazione finale» V., in particolare, la già ricordata Cass., 8 aprile 2013, n. 8533, cit., 1821 e segg. A riguardo, tra i contributi recenti, v. anche VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fall.*, 2013, 1141; DIDONE, *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182 quater prima e dopo la L. n. 134 del 2012*, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 63; D'ORAZIO, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, cit., 891; Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater L.fall.*, cit., 1340. sui crediti sorti per la continuazione dell'attività d'impresa, quando la stessa «ne abbia costituito modalità essenziale, perché sia stata parte della proposta di concordato, sia stata oggetto dell'ammissione da parte del tribunale nonché dell'approvazione da parte dei creditori e sia stata oggetto dell'omologazione finale» V., in particolare, la già ricordata Cass., 8 aprile 2013, n. 8533, cit., 1821 e segg. A riguardo, tra i contributi recenti, v. anche Vella, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fall.*, 2013, 1141; Didone, *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182 quater prima e dopo la L. n. 134 del 2012*, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 63; D'Orazio, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, cit., 891; Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater L.fall.*, cit., 1340. Prevalenza, in sostanza, la tesi che dovessero essere poste a carico della massa dei creditori soltanto le spese che si fossero rivelate utili perché

mutamento dell'articolato di cui all'articolo 111 l.f. la dottrina, coadiuvata da una frazione di giurisprudenza³⁷, aveva postulato con lungimiranza un'interpretazione del sintagma in "funzione" di tenore letterale che attribuisse il carattere della prededucibilità a tutti i crediti sorti prima dell'inizio delle procedure purché mirati a consentirne l'accesso, lo svolgimento e l'esecuzione. Quanto al nesso eziologico tale dottrina propendeva per una verifica in un'ottica di prognosi postuma, in virtù di un giudizio espresso in sede fallimentare. La reazione della giurisprudenza risultò più o meno parificabile ad un riflesso polisintattico di tipo pavloviano e se è acclarato che esistono reazioni automatiche e reazioni automatiche, questo fu il classico caso di automatismo dettato dall'orientamento giurisprudenziale e dai principi prevalenti *ex ante* riforma³⁸ che indusse i giudici a sostenere la necessità di uno specifico vaglio giudiziale ai fini del riconoscimento della prededuzione. A tal proposito, come purtroppo sovente accade, la giurisprudenza non era neppure in accordo con sé stessa riguardo alla sufficienza del vaglio nel decreto di apertura della procedura di concordato ovvero nel decreto di omologazione susseguente all'approvazione e, frattanto, inopinatamente trascurava come la ratio del nuovo testo di cui all'articolo 111 l. f. fosse di realizzare l'espansione della latitudine dell'istituto della prededuzione alle "procedure concorsuali" e, dunque, anche al concordato preventivo. Questo tentativo prematuramente traviato di espansione³⁹ prometteva⁴⁰ di estrinsecarsi lungo due direttrici estendendo l'ambito applicativo sia ai finanziamenti effettuati *ex ante* purché funzionali alla protrazione della procedura che ai finanziamenti "in occasione" di

profittevoli per una miglior liquidazione dell'attivo⁽⁸⁾. Di fatto, la prededucibilità dei crediti era così rimessa ad un giudizio *ex post*. Una soluzione che, senza dubbio, lasciava aperta la strada dell'incertezza e, per questo, non favoriva il superamento della crisi d'impresa, una volta conclamata attraverso il ricorso alla procedura di composizione giudiziale della crisi stessa. Ed, infatti, l'incertezza sul trattamento giuridico del credito nell'eventuale successivo fallimento ostacolava il debitore nel procurarsi le prestazioni utili al superamento della crisi per il rischio di subire un declassamento postumo del credito sorto in dipendenza di quelle prestazioni. È da rimarcare però che, sebbene il testo legale vigente prima del 2006 contenesse un'elencazione di crediti che la Cassazione aveva avuto occasione di definire tassativa. È, quindi, giustamente superata l'idea - priva di fondamento nel testo normativo e di coerenza sistematica proprio con il disposto dell'art. 67, 3° comma, lett. g) - che l'insorgere del credito dovesse non solo essere stato strumentale alla procedura concordataria, ma anche di utilità per la massa dei creditori (così, invece, la precedente Cass., 5 marzo 2012, n. 3402, in Fall., 2013, 123).ciò non aveva precluso interpretazioni, quantomeno, estensive. Tanto che anche crediti diversi da quelli indicati dall'art. 111, comma 1, erano stati considerati prededucibili, perché strumentali al miglior soddisfacimento della massa dei creditori, pur non rientrando a stretto rigore tra i debiti «contratti per l'amministrazione del fallimento»V. in termini Cass., 3 ottobre 1983, n. 5753, in Giur. It., 1984, I,1, 806; App. Torino, 20 marzo 1985, in Fall., 1985, 1155; Trib. Roma, 19 giugno 2002, in Dir. Prat. Soc., 2003, 8, 88; Trib. Catania, 7 luglio 1988, in Dir. Fall., 1989, II, 246.

³⁷ Trib. Treviso (decr.), 16 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, 1209, con nota di Bruschetta, *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*.

³⁸ V. Cass., 16 maggio 1983, n. 3369, in *Giur. Comm.*, 1984, II, 143; *Id.*, 17 febbraio 1981, n. 948, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, 1273; per la necessità, in tal caso, anche dell'autorizzazione del giudice delegato Cass., 25 giugno 2002, n. 9262, in *Foro It.*, 2002, I, 3074. Per tutti, in dottrina, GIORGI, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, 1996, 157.

³⁹ V. BOGGIO, *Commento a Cass.*, civ 8533, in *Giur. It.*, 2013, 8-9, 1821 e Gianpaolo Ciervo, *op. Ult. Cit*

⁴⁰ V. LIMITONE, voce "Předuzione", in *Le insinuazioni al passivo a cura di Ferro*, IV, Padova, 2006, 117.

cui si è già trattato. A prevalere era dunque un'interpretatio abrogans della locuzione in funzione avallata e protratta da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria che conduceva ad un'aporia interpretativa.⁴¹ ⁴²L'impostazione testé enunciata trovò conforto con la successiva riforma del 2010 con la quale il legislatore introdusse l'articolo *182 quater* atto a disciplinare la prededucibilità di taluni crediti sorti in funzione del buon fine del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti e, tra detti crediti, anche quelli sorti a beneficio del professionista "attestatore" con l'art. *182 quater* comma 4. Dacché tosto l'esame del combinato disposto; le fattispecie di cui ai commi primo e secondo del predetto articolo ben potevano rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 111 in quanto crediti sorti "in occasione o in funzione" con la conseguenza di ingenerare una vera e propria antinomia. Parte della dottrina di cui qui si condivide appieno l'impostazione⁴³ coglieva occasione per tacciar il novello disposto come tautologico. La conseguenza, da quel dì perdurante, fu quella che i finanziamenti ivi disciplinati, pur potendo esser ben riconducibili a quell'articolo 111 più volte invocato, ebbero a vedersi negata la prededucazione in assenza degli ulteriori requisiti statuiti dall'articolo *182 quater*, dacché pure la prededucazione avrebbe dovuto subir la stessa sorte se si collocava oltre i limiti dell'articolo *182 quater*. Conseguenzialmente atteso l'articolato normativo testé citato l'interpretazione prevalente propendeva per considerare il rapporto tra l'articolo 111 comma secondo e l'articolo *182 quater* alla stregua di un combinato disposto ispirato al principio di specialità ed a beneficiare tale esegesi concorrevano la limitazione soggettiva allora presente⁴⁴ nel vecchio testo che riservava a banche ed intermediari finanziari di cui all'art 106 t.u.b la concessione di tali finanziamenti. Ebbene; le funeste conseguenze furono due:

A) Pur assunto che la prededucazione avrebbe dovuto riconoscersi se il credito fosse sorto in funzione o in occasione di una procedura concorsuale qualora il titolo costitutivo del credito fosse rappresentato da un rapporto di finanziamento o di prestazione di attività professionale come prescritto dall'articolo *182 quater*

⁴¹ Valgano quale esempio paradigmatico le motivazioni esposte quale giustificativo nei decreti del tribunale di Milano e di Udine di cui: Tribunale di Milano, Sez. II, decr., 20 agosto 2009, in ilcaso.it Tribunale di Udine, decr., 15 ottobre 2008, in ilcaso.it

⁴² Per la refutazione delle argomentazioni esposte nella nota supra: Luca Boggio, *Crediti sorti «in funzione» del concordato preventivo: prededucazione ... ma non troppo*, in *Il Fallimento*, 12, 2009

⁴³ V. Beltrami, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione di debiti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 1, 2015, pag. 43 che rimanda a Nardecchia.

⁴⁴ L'articolato normativo disponeva infatti :<< I. I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, 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>> .Esso venne poi modificato dalla La legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, ha soppresso le parole «da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385,». La modifica di applica dal 11 settembre 2012 (art. 33, comma 3, d.l. 83/2012 cit.).

la stessa sarebbe stata tuttavia da escludersi qualora tale titolo non avesse presentato le caratteristiche di cui al predetto articolo e fosse stato sprovvisto delle *condicio ivi* specificate⁴⁵

B) Circa le prestazioni aventi cagione nell'attività professionale, un'ulteriore considerazione avrebbe dovuto inferirsi dal dettato normativo giacché avendo il legislatore inopinatamente trascurato di dettar le condizioni per il riconoscimento della prededuzione dei crediti professionali sorti per titolo diverso dall'incarico di redazione della relazione di cui all'art. 161, comma 3, ciò avrebbe dovuto significare che tutte le prestazioni professionali di ragion diversa avrebbero dovuto considerarsi escluse dal beneficio della prededucibilità nel successivo fallimento. Dunque, il ragionamento suonava pressappoco così: se per la prededucibilità del credito del professionista attestatore è necessario uno specifico vaglio nel decreto di apertura si deve inferire la necessità di un consenso giudiziale sulla funzionalità delle prestazioni richieste dal debitore all'incipit. Atteso l'articolato; se non è prevista alcuna possibilità che il giudice compia tale vaglio specifico per altri crediti professionali, si può correttamente inferire che a questi ultimi non può esser riconosciuta alcuna prededuzione nel successivo eventuale fallimento in quanto non funzionali. In sostanza si postulava la necessità di una valutazione di funzionalità/utilità imposta *ex lege* alla stregua del trattamento del credito del professionista attestatore.⁴⁶ Quasi a dire: *ubi lex noluit tacuit*.

Dacché, a dirla parafrasando Omero: da che priamente disgiunse aspra contesa, l'interpretatio abrogans del sintagma in funzione offerta dalla giurisprudenza maggioritaria giunse a ledere quei crediti professionali aventi titolo costitutivo diverso da quello disciplinato nell'art 182 *quater* che pure si rivelavano essenziali per il compiuto compimento dell'iter concordatario. Se prima della riforma del 2010 eran tutti i crediti funzionali a subir la sorte avversa; *ex post* riforma quel triste destino solo ad essi ebbe a toccar in sorte. *Sic*, si generava una disparità di trattamento ingiustificata.⁴⁷

In questo quadro sovviene la recente decisione della Suprema Corte⁴⁸, forte di quella lungimiranza, di quella visione più ampia e di quella lentezza di cui non può che darsi elogio e che dimostra che, a sfregio di quella rapidità nei rapporti e nelle decisioni dominante nell'epoca odierna, è dalla lentezza nella riflessione che scaturisce l'atto creativo nella risoluzione dei problemi. Comunque sia, nella citata decisione, la Cassazione

⁴⁵ In questo senso Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011, 645.

⁴⁶ Trib. Milano, 16 maggio 2011.

⁴⁷ BOGGIO, secondo cui «Questa soluzione era stata, tuttavia, criticata da una parte della dottrina, la quale aveva evidenziato come la prededuzione dei crediti di professionisti diversi dall'"attestatore" dovesse, comunque, fondarsi sul disposto dell'art. 111, comma 2, L. Fall. e che, semmai, si dovesse estendere a questi la subordinazione all'ammissione al concordato sancita dall'art. 182 quater comma 4 per i crediti dell'"attestatore"»

Sul punto, per brevità e per ulteriori riferimenti, si rinvia a BOGGIO, *Crediti per la prestazioni di servizi strumentali all'accesso al concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, cit., 1417. NARDECCHIA, *op. cit.*, 856; PATTI, *op. cit.*, 1346. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, cit., 646.

⁴⁸ Cass., civ. sez. I, 08/04/2013, ud. 08/02/2013, n. 8533, in www.iusexplorer.it

statuendo la prededucibilità nel successivo fallimento del credito del professionista attestatore che abbia predisposto prima dell'inizio della procedura la domanda di concordato e la proposta di transazione fiscale (in quanto credito sorto in funzione), testualmente afferma:<< Il dettato della L. Fall., art. 111, comma 2, è assolutamente chiaro nel prevedere la prededucibilità anche per tutti i crediti sorti in funzione di procedure concorsuali e la valorizzazione dell'introduzione dell'art. 182 *quater* a sostegno di una interpretazione immotivatamente restrittiva della disposizione generale fissata nel citato art. 111 (tale cioè da annullarne sostanzialmente la portata) contrasta con la lettera della legge e con l'intenzione del legislatore, all'evidenza individuabile nell'esigenza di favorire il ricorso alle procedure concorsuali diverse da quella liquidatoria del fallimento e In ogni caso la questione risulta superata dalle ulteriori modifiche normative successivamente intervenute (L. 30 luglio 2010, n. 122), che hanno comportato una ristrutturazione della L. Fall., art. 182 *quater*, così determinando l'eliminazione della limitazione alla prededucazione prevista nella precedente formulazione>>⁴⁹

La decisione della corte fa finalmente giustizia, spazzando via i precedenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria alla stregua del turbinio del vento invernale con le residue foglie gialle d'autunno e da un lato ricostruisce il senso vero e proprio di quell'articolo 111 da tutti invocato e dai più frainteso stabilendo la sussistenza del nesso funzionale come autonomo criterio valente a qualificare il credito come prededucibile a prescindere da qualsiasi ulteriore elemento e a prescindere da qualsiasi vaglio giudiziale in merito e *ad adiuvandum* ricostruendo il rapporto tra la predetta disposizione ed il 182 *quater* secondo il principio di specialità. La corte, inoltre, asserisce che invocare il 182 *quater* a sostegno di una interpretazione immotivatamente restrittiva contrasta con la lettera della legge e con l'intenzione del legislatore, all'evidenza individuabile nell'esigenza di "favorire il ricorso alle procedure concorsuali diverse da quella liquidatoria del fallimento".

In secondo luogo, riferendosi al frattanto abrogato 182 *quater* quarto comma, la corte postula la prededucibilità dei crediti professionali sorti per l'assistenza del debitore concordatario prima dell'accesso alla procedura sulla scorta del solo art. 111, comma 2, così tracciando una via interpretativa *ad secula saeculorum amen* per la futura applicazione della disposizione nella materia *de quo* e consequenzialmente mettendo finalmente tutti a tacere. Quanto alla definizione specifica del nesso di funzionalità, l'impostazione

⁴⁹ Assai significativo è che vi erano orientamenti che pur propendevano allora per il riconoscimento del beneficio ex art 111 comma 2 ; esemplificativo dei dubbi nutriti — ad esempio — dal Trib. Udine, 15 ottobre 2008, cit., 1414, e nel senso di orientamenti che già propendevano per l'interpretazione postulata dalla cassazione Trib. Milano, 20 agosto 2009, Quest'idea trova riscontro nelle indicazioni espresse da quella dottrina che, occupandosi della fattispecie di esenzione dall'azione revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. f), ha ravvisato la *ratio* dell'esenzione nella volontà di favorire — rispetto al fallimento — le soluzioni concordate della crisi d'impresa [a riguardo PANZANI-DE CRESCIENZO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Assago, 2005, 104; (Ambrosini-Cavalli-) Jorio, *Il fallimento*, cit., 448].

testé enunciata viene ampliata ed avallata da una successiva sentenza ⁵⁰:<<[Posto che risulta certo] il nesso di funzionalità intercorrente fra lo svolgimento dell'attività dei legali e l'apertura delle due procedure concorsuali [...] la questione che ne consegue riguarda esclusivamente l'accertamento in ordine all'utilità per i creditori dell'attività svolta dai ricorrenti principali in adempimento di obblighi preesistenti [...] Le prestazioni professionali dirette al risanamento dell'impresa, ovvero a prevenirne la dissoluzione, devono essere valutate in termini di proporzionalità con riferimento al merito della prestazione [...]. Da ciò discende che al credito dei professionisti può essere riconosciuta la collocazione in prededuzione nella misura in cui le relative prestazioni si pongano in rapporto di adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell'impresa e siano state nel concreto utili per i creditori, per aver consentito una sia pur contenuta realizzazione dei loro crediti>>.

Il supremo collegio postula, dunque, un'interpretazione che implichi un nesso per nulla cronologico bensì teleologico da individuarsi in un rapporto di strumentalità di tali crediti con la procedura concorsuale. Dacché l'uso del sintagma in funzione implica un requisito teleologico alternativo a quello cronologico e si riferisce a quei crediti che pur essendo sorti *ex ante* l'inizio delle procedure concorsuali risultano funzionali allo svolgimento della procedura stessa e *ad adiuvandum* all'interesse della massa dei creditori. Se, dunque, in occasione esprime un requisito temporale ed equivale a dire «durante la procedura concorsuale», l'espressione «in funzione» viene assimilata alle equivalenti locuzioni «al fine di», «allo scopo di», «in vista di».⁵¹ Essa attribuisce natura prededucibile ai crediti sorti in necessaria correlazione tanto strumentale (quale mezzo di predisposizione all'accesso), quanto finalistica (in vista del conseguimento dell'accesso) con la presentazione della domanda di ammissione alla relativa procedura concorsuale.

La motivazione della sentenza della Corte di cassazione è tanto sintetica quanto lineare. Prende una posizione netta nonostante i precedenti tentennamenti dei giudici di merito. Il dato letterale dell'art.111, comma 2, L. Fall., come interpretato dalla corte, non lascia dubbi sulla propria portata precettiva. Infatti sarebbe: «assolutamente chiaro nel prevedere la prededucibilità anche per tutti i crediti sorti in funzione di procedure concorsuali», chiarezza che trova conforto nell'intenzione del legislatore, all'evidenza individuabile nell'esigenza di favorire il ricorso alle procedure concorsuali diverse da quella liquidatoria del fallimento.

La soluzione offerta dalla Cassazione contribuisce a favorire il ricorso a procedure concorsuali, quando sia necessario per il debitore beneficiare di varie prestazioni di terzi anche nella fase prodromica all'ammissione

⁵⁰Cassazione civile, sez. I, 08/04/2013, (ud. 08/02/2013, dep.08/04/2013), n. 8534

⁵¹ A parere della dottrina e della giurisprudenza pressoché maggioritaria, il nesso di strumentalità sussiste allorché: << la relativa attività risulti collegabile alla procedura da un nesso di funzionalità che sussiste quando tale attività risulti utile per la massa dei creditori >>. V. Trib. Prato 24 giugno 2011, CIERVO, op. ult. cit., in Giurisprudenza Commerciale, fasc.5, 2013, pag. 773

alla procedura concordataria. Corollario di ciò è che postulare il riconoscimento della prededucibilità dei crediti oggettivamente funzionali alla continuità aziendale (senza necessità di un preventivo vaglio giudiziale) appare interpretazione necessaria, in quanto la certezza dei rapporti essenziali per conseguire il risultato della continuità aziendale richiede di includere nell'area della prededucibilità tutto ciò che è preordinato a questo risultato, senza creare uno spartiacque tra ciò che precede e ciò che segue l'inizio della procedura di concordato e senza condizionamenti successivi al nascere di quei rapporti. Opinando diversamente si costituirebbe un ostacolo insormontabile all'adizione del percorso concordatario.

La decisione della Corte apporta chiarimenti, altresì, sotto altri profili.

I giudici hanno preso in espressa considerazione che, per effetto della disciplina ulteriormente sopravvenuta, l'art. 182 *quater*, comma 4, non è più vigente dal settembre 2012⁵² e, dunque, i crediti professionali sorti per l'assistenza del debitore concordatario prima dell'accesso alla procedura sarebbero prededucibili giusta il solo art. 111, comma 2, sì delineando una via interpretativa pro futuro per applicazione della disposizione nella materia *de quo*⁵³.

Ciò che in concreto rimane è un trattamento speciale e per i crediti "finanziari" sorti in ragione o, comunque, nel periodo di pendenza della procedura concorsuale.

La decisione in commento interviene a "cassare" quella lettura restrittiva, offerta da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, che subordinava la prededucazione al consenso del giudice (preventivo o successivo).

Sebbene non sia enunciato in modo adamantino in motivazione, il rigetto dell'impostazione dottrinale e giurisprudenziale precedente è tra le righe e, pur tuttavia, al contempo lapalissiano; giacché costituisce il fondamento della conclusione della prededucibilità dipendente dalla mera "funzionalità" del credito (detto

⁵² Era stato sollevato il dubbio che l'abrogazione del comma 4 dell'art. 182 *quater* potesse comportare di per sé un "ritorno" dell'interpretazione ante riforma del 2010. Secondo la tesi in discorso, il fatto che, seppur per poco più di due anni, fosse stata in vigore una disposizione che avrebbe avuto il senso di escludere la prededucibilità di crediti professionali "funzionali" all'ammissione alla procedura diversi da quelli del professionista "attestatore" e di subordinare la prededucibilità di quelli di detto professionista al consenso espresso del giudice dimostrerebbe, comunque, l'estraneità di tutti i crediti professionali all'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 2. In questo senso Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, 2012, 27 e seg.

⁵³ BOGGIO *ult. Cit.*, afferma: << Oggi, perciò, l'indagine circa il possibile rilievo della specificità della prestazione del professionista attestatore rispetto a quella dell'attività richiesta dal debitore ad altri professionisti in funzione dell'accesso al concordato preventivo non ha più ragion d'essere >>. Vi faceva pure cenno, Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, cit., 646.

meglio: della prestazione professionale rispetto alla quale il credito è corrispettivo) senza consenso del giudice.

L'ultimo problema da risolvere mediante il contributo offerto dalle sentenze riportate attiene all'identificazione dell'*arcus temporum* con riferimento al quale il credito può dirsi sorto "in occasione" della procedura di concordato preventivo e alla relazione tra l'art 111 e le disposizioni di cui all' art. 161 comma 7

Orbene, il procedimento per concordato preventivo può prendere avvio anche con un ricorso privo di piano e di proposta del cui deposito si assume contezza mediante l'iscrizione nel registro delle imprese entro il giorno successivo. Quello stesso ricorso può al contempo rappresentare *l'incipit* del procedimento volto ad omologare un accordo di ristrutturazione del debito *ex. art. 182 bis*, con la conseguenza che i due strumenti di soluzione della crisi possono condividere anche in termini giuridici il procedimento, almeno nella loro fase iniziale⁵⁴.

Con il deposito del ricorso, giusta il disposto dell'art. 161, comma 7, il debitore, (pur essendo solo eventuale la nomina del commissario giudiziale⁵⁵) già in questa fase, patisce una compressione della sua autonomia privata quasi eguale a quella che caratterizza il procedimento tra il deposito del decreto di ammissione al concordato previsto dall'art. 163 e quello del decreto di omologazione. Dunque, egli si trova ad essere parzialmente spossessato dei propri beni. La *legge fallimentare* chiarisce, nell'ipotesi che il ricorso sia presentato ai sensi del comma 6, che «i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111», sì esplicitando in modo inequivoco che il pagamento dei crediti sorti dopo il deposito di quel ricorso (id est: "in occasione" della procedura di concordato) è a carico della massa dei creditori. Dunque, l'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 161 costituisce applicazione nel caso *de quo* del disposto dell'art. 111, comma 2 e, se si vuole attua e conferma la statuizione contenuta nella disposizione generale sulla prededuzione; esso non osta al contempo all'applicazione dell'art. 111, comma 2, sin dalla data del deposito del ricorso, quando questo già contenga il piano e la proposta.

Le sentenze qui riportate, che escludono la necessità per il riconoscimento della prededuzione di una valutazione del giudice, offrono un altro argomento letterale e sistematico all'interpretazione sostenuta in dottrina, secondo la quale sarebbero prededucibili i crediti sorti dopo il deposito della domanda di

⁵⁴ VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 133 e segg.

⁵⁵ In virtù della modificazione introdotta nell'art. 161, comma 6, per effetto dell' *art. 82 D.L. n. 69/2013* il Tribunale può nominare il Commissario già quando concede il termine per il deposito del piano e della proposta. Ma nella prassi si segnalavano casi nei quali il Tribunale nominava un ausiliario con compiti di ausilio nell'attività del giudice parzialmente analoghi a quelli attribuiti al commissario giudiziale (v. Trib. Padova (decr.), 1° marzo 2013,

concordato, senza attendere o subordinare quel riconoscimento alla pronuncia del decreto previsto dall'art. 163.

Il vantaggio accordato ai creditori vuoi "occasional", vuoi "funzionali" del debitore che voglia accedere al concordato risponde ad esigenze di certezza nei rapporti giuridici giacché per essi si prospetta il rischio della falcidia concordataria che, ovviamente li induce a sottrarsi dal contrarre con il debitore. Detti creditori necessitano, dunque, di rassicurazioni adeguate rispetto al rischio di vedere non integralmente pagato il proprio credito per la semplice ragione di evitare di frapporre difficoltà al reperire prestazioni utili per il perseguimento dell'iter concordatario. Tale conclusione diviene viepiù rafforzata nell'ipotesi in cui il debitore voglia presentare un piano di continuità ai sensi dell'art. 186 bis, giacché la preveducibilità dei crediti sorti in occasione ed in funzione del concordato concorre a creare le condizioni atte a consentire la realizzazione del piano,⁵⁶. Del resto la continuità aziendale esige certezza per le relazioni giuridiche con i terzi.

5. Le fattispecie di prededuzione e l'inquadramento dell'art 182 quater

Da un'analisi diacronica degli interventi legislativi in tema di prededuzione nel tessuto della nostra legge fallimentare emerge che: accanto alla norma principe rappresentata dall'articolo 111 come modificato dalla riforma "organica" del 2006 (di cui conto s'è dato nel paragrafo che precede), il profluvio degli interventi legislativi degli ultimi anni non ha manifestato cenni di resa, e ha condotto all'innesto di norme *ad hoc* nel tessuto della nostra legge fallimentare. Invero; accanto all'articolo 111 *primus inter pares*, questa costellazione di norme sancisce la prededuzione di alcune tipologie di atti prodromici ovvero (anche) interni al concordato. L'elenco è piuttosto esteso; a dispetto delle ripartizioni in chiave tassonomica effettuate da ben altra più illustre dottrina⁵⁷ alla quale si rinvia per una compiuta e compunta rassegna, ci si limita qui ad offrirne una rappresentazione in chiave sinottica, rammentando *ex multis* :

⁵⁶ Boggio, *Crediti sorti «in funzione» del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, cit.,

⁵⁷ VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 6, 2013, pag.657 afferma che: << Immaginando di seguire l'iter concordatario, sono infatti dichiarati prededucibili:

a) i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, qualora previsti dal piano e disposti nel decreto di ammissione al concordato (art. 182 quater, comma 2, l.fall.);

- l'articolo 182 *quater* che ai commi 1 e 2 statuisce la prededucibilità crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato,

b) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soci in funzione del concordato preventivo, qualora previsti dal piano e disposti nel decreto di ammissione al concordato, ma solo fino alla concorrenza dell'80% del loro ammontare (art. 182 *quater*, comma 3, l.fall.);

c) i crediti derivanti da finanziamenti autorizzati dal tribunale, su richiesta formulata dal debitore nella domanda di concordato, anche "con riserva", a condizione che un professionista designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., dopo aver verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa, sino all'omologazione, abbia attestato la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori (art. 182 *quinqies*, comma 1, l.fall.);

d) i crediti di terzi sorti per effetto degli atti di ordinaria amministrazione legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito del ricorso, e fino all'apertura della procedura di concordato preventivo (art. 161, comma 7, l.fall.);

e) i crediti dei terzi sorti per effetto degli atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale dopo il deposito del ricorso, e fino al decreto di apertura della procedura di concordato preventivo (art. 161, comma 7, l.fall.);

f) i crediti dei terzi sorti per effetto degli atti di ordinaria amministrazione posti in essere dal debitore, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, durante la procedura (art. 167, comma 1, l.fall.);

g) i crediti dei terzi sorti per effetto degli atti di straordinaria amministrazione autorizzati per iscritto dal giudice delegato, durante la procedura (art. 167, comma 2, l.fall.);

h) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione del concordato preventivo (art. 182 *quater*, comma 1, l.fall.); i) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soci in esecuzione del concordato preventivo, fino alla concorrenza dell'80% (art. 182 *quater*, comma 3, l.fall.);

l) i crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi il cui pagamento, su richiesta formulata nella domanda di concordato con continuità anche con riserva - sia stato autorizzato dal tribunale, sempre che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3, lett. d), l.fall., ne abbia attestato l'essenzialità alla prosecuzione dell'attività d'impresa e la funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori (art. 182 *quinqies*, comma 4, l.fall.); m) i crediti derivanti dai contratti in corso di esecuzione che non vengano sciolti o sospesi (art. 169 bis l.fall.);

n) i crediti derivanti dai contratti in corso di esecuzione con la pubblica amministrazione per i quali il professionista designato dal debitore attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento (art. 186 bis, comma 3, l.fall.).

Non compete invece la prededucazione concordataria (fatta salva quella fallimentare, ove in sede di accertamento del passivo si verificano essere sorti «in occasione o in funzione delle procedure concorsuali» ex art. 111 l.fall.), i seguenti crediti:

o) i compensi spettanti al professionista attestatore incaricato di predisporre la relazione ex art. 161, comma 3, l.fall. (prima dell'abrogazione dell'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall. spettante a condizione che ciò fosse espressamente disposto nel provvedimento di ammissione al concordato);

p) l'indennizzo equivalente al risarcimento del danno da mancato adempimento, spettante ove il tribunale abbia autorizzato, su richiesta del debitore contenuta nella domanda di concordato, lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione (art. 169 bis, comma 2, l.fall.) >>.

qualora previsti dal piano e disposti nel decreto di ammissione al ovvero dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione della predetta procedura;

- l'articolo 167 commi: settimo, primo e settimo che statuisce la prededucibilità rispettivamente dei crediti di terzi sorti per effetto degli atti di ordinaria amministrazione legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito del ricorso, e fino all'apertura della procedura di concordato preventivo; poi dei crediti dei terzi sorti per effetto degli atti di ordinaria amministrazione posti in essere dal debitore, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, durante la procedura; e da ultimo dei crediti dei terzi sorti per effetto degli atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale dopo il deposito del ricorso, e fino al decreto di apertura della procedura;
- l'articolo 186 bis comma terzo legge fallimentare che sancisce la prededuzione per i crediti derivanti dai contratti in corso di esecuzione con la pubblica amministrazione per i quali il professionista designato dal debitore attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento;
- l'articolo 182 *quinquies* commi primo e quarto che dispone la prededucibilità per i crediti derivanti da finanziamenti autorizzati dal tribunale, su richiesta formulata dal debitore nella domanda di concordato, anche “con riserva”, a condizione che un professionista designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., dopo aver verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa, sino all'omologazione, abbia attestato la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori e per i crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi il cui pagamento, su richiesta formulata nella domanda di concordato con continuità anche con riserva sia stato autorizzato dal tribunale, sempre che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3, lett. d), l.fall., ne abbia attestato l'essenzialità alla prosecuzione dell'attività d'impresa e la funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori.

Dunque, quanto appena rappresentato che troppo elegantemente è stato definito in dottrina⁵⁸ come un "florilegio" di prededuzioni, ma che tosto, attesa l'attitudine dissacrante che l'imbelle educazione scientifica ad alcuno abbuona, ci si appresta ad appellare più propriamente come bulimia legislativa cui sottende una prodromica anoressia degli intenti o detto in breve : asintoto verso la disorganicità, contribuisce a fondare ed avallare il timore di un'espansione incontrollata del danno collaterale dell'esito infausto del tentativo di soluzione concordata della crisi, con la progressiva sostituzione dei creditori dell'impresa con i creditori dell'imprenditore⁵⁹. La considerazione che si ritiene qui degna di rappresentazione⁶⁰ riguarda la creazione

⁵⁸ VELLA, Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo, in *Il Fallimento*, 6, 2013, pag.657
D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in www.osservatorio-oci.org

⁵⁹ D'AMORA op. Cit.,

di: << un sistema di eccessivo indebitamento all'interno della stessa impresa che deve essere risanata con cui si espandono i costi finanziari e si riducono le risorse per gli altri creditori, specialmente quelli concorsuali per i quali si è creato uno strumento a tutela dei loro interessi >>. *Ad adivandum* e per ciò che attiene la continuità aziendale: <<Se, come pare, infatti, il nuovo sistema concorsuale preventivo è destinato al risanamento dell'impresa in crisi, ispirandosi a una concezione privatistica che dovrebbe reggere l'evolversi delle procedure nell'interesse comune del debitore e dei creditori, non si può pensare di concepirne un altro all'insegna di una continuità aziendale intesa come valore in sé e contro l'interesse dei creditori alla stregua di quelli che sono stati i principi ispiratori dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. In quest'evenienza i creditori assumerebbero una posizione di tutela dello stato sociale e di supplenza a un sistema imprenditoriale che si rivela inidoneo ad assicurare l'occupazione e la produzione nell'interesse collettivo >>⁶¹. Tra l'altro, il novero delle prededuzioni pone all'interprete il problema di interrogarsi circa la valenza, la tipologia, l'ambito operativo di queste disposizioni e di ricostruirne correttamente il rapporto con la norma base di cui all'articolo 111.

Un'analisi organica delle varie fenomenologie esula dall'intento di quest'elaborato dacché, tosto ci si limita al vaglio dell'articolato normativo che assume rilevanza precipua ai nostri fini e che possiamo identificare nell'articolo 182 *quater* commi secondo e primo, disciplinanti rispettivamente i finanziamenti funzionali alla presentazione di una domanda di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione del debito e quelli esecutivi dei medesimi strumenti

Orbene; circa ciò che attiene l'articolo 182 *quater* a precisarne in concreto il rapporto con l'articolo 111 l.f. soggiunge la sentenza 8533/2013 testé citata che, nel disporre la prededuzione del professionista e, con esso, quella di tutti i crediti sorti in funzione del ricorso ad una procedura concorsuale senza necessità di un vaglio giudiziale preventivo o successivo, ricostruisce implicitamente il rapporto tra il disposto dell'art. 111 e quello dell'art 182 *quater* alla stregua del principio di specialità. Il principio è movente per ingiungere una ricostruzione del rapporto in virtù della quale: la seconda norma costituirebbe disposto che integra i requisiti di prededucibilità senza escluderla per i casi non regolati ma riconducibili alla lettera della prima disposizione. Dacché da quanto ammesso, postulato logico ne è che la disposizione speciale debba prevalere su quella generale nell'ambito *de quo* e che si rivela preclusa qualsiasi interpretazione analogica delle disposizioni contenute nei primi tre commi⁶². Corollario di ciò ne è che la specialità della disposizione ne

⁶⁰ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 1222; FARNETI, *La fattibilità del concordato in continuità nella prospettiva aziendalistica*, in *fallimento*, 2013, 1011.

⁶¹ I periodi citati sono riferibili a LO CASCIO, *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, 1, 7

⁶² Vedi BOGGIO op. Cit : <<Con quale corollario? Che la specialità della disposizione contenuta nell'art. 182 *quater* ne impone un'interpretazione restrittiva. Pertanto, nel dubbio sull'estensione delle fattispecie contenute in detta norma, se ne dovrà preferire l'esclusione dall'ambito di applicazione, giungendo ad applicare, piuttosto, il disposto dell'art. 111, comma 2, se il caso preso in esame sia riconducibile ad una delle fattispecie previste >>.

postula un'interpretazione essenzialmente restrittiva e come è stato ravvisato da arguta dottrina⁶³ :«nel dubbio sull'estensione delle fattispecie contenute in detta norma, se ne dovrà preferire l'esclusione dall'ambito di applicazione, giungendo ad applicare, piuttosto, il disposto dell'art. 111, comma 2, se il caso preso in esame sia riconducibile ad una delle fattispecie previste da quest'ultima disposizione»». Quelle disciplinate dai primi due commi dell'articolo 182 *quater* sono in breve ipotesi di prededucibilità "condizionata" con la conseguenza che la carenza oggettiva delle condizioni ivi prescritte induce ad escludere la prededucibilità ai sensi del predetto articolo e ad ammetterla sussistendone le condizioni ai sensi dell'articolo 111. Così è, ad esempio, per il credito derivante dal finanziamento concesso da banche, pur oggettivamente "in funzione" della procedura, qualora la prededucazione non «sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo»». Ciò posto, perde in consistenza e in ragion d'essere il simposio accademico fondato sulla divergenza sintattica tra i commi primo e secondo della disposizione oggetto d'analisi a cagion del fatto che nel comma primo si dispone la prededucazione a favore dei crediti ivi indicati, mentre nel comma secondo è da contro prevista la mera "parificazione" dei diversi crediti lì presi in considerazione. Parte dell'accademia,⁶⁴ muovendo dal tenore letterale della disposizione, propendeva invero per una lettura della disposizione che ne postulasse una diversità di trattamento perché :« la nozione di credito prededucibile (e non semplicemente "parificato" ai prededucibili) sorto "in funzione" della procedura di concordato copre soltanto obbligazioni nate dopo il deposito della domanda »»⁶⁵. La tesi fondata sull'idea inveterata della lettura restrittiva del sistema delle prededuzioni, sostenuta con tenacia e coniugata con tutte quelle decisioni di pavloviana memoria che sono giunte a negare la prededucazione ai crediti sorti fuori dalla procedura di concordato⁶⁶, trova finalmente la sua confutazione definitiva nell'interpretazione del *quater* come ricostruita dalla sentenza in commento, la quale, riconosce la prededucibilità ad un credito sorto prima del deposito del ricorso concordatario, ne riconosce sulla base della mera funzionalità alla procedura stessa e prescindendo da ogni indagine sul momento di insorgenza del credito medesimo.

La portata delle affermazioni sottese alla sentenza della Corte, sebbene la decisione si riferisca ad un concordato preventivo, può essere utilizzata per trarre qualche argomento utile per inquadrare il problema

⁶³BOGGIO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededucazione: crediti professionali e oltre*, in *Giur. It.*, 2013, 8-9, pag.1821

⁶⁴ In proposito v. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1353.

⁶⁵ STANGHELLINI, op. ult. Cit.,

⁶⁶ V., in particolare, Trib. Milano, 26 maggio 2011, in *Fallimento*, 2011, 1339, secondo il quale:«l'esclusione del beneficio della prededucazione quando il credito fosse sorto «in epoca antecedente al decreto di ammissione»».

della prededuzione nell'alveo degli accordi; giacché esso si pone sia in sede fallimentare (in quanto l'art. 111 è regola per il concorso fallimentare), che nel quadro del regime degli accordi stessi ⁶⁷

Orbene è a tutti noto che l'articolo 111 l.f. prevede la prededuzione se si tratta di crediti sorti "in occasione" o "in funzione" delle "procedure concorsuali di cui alla presente legge". La dottrina maggioritaria successiva alla riforma "organica" s'è pronunciata per la non riconducibilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *bis* al novero di quelle "procedure concorsuali" ⁶⁸.

Il dato letterale, come noto, dispone che *ex art. 111* la prededuzione si estende ai soli crediti sorti "in occasione" o in "funzione" delle «procedure concorsuali di cui alla presente legge». Gli accordi di ristrutturazione dei debiti soddisfano il requisito della "sede" *formale, perché sono previsti e regolati dalla legge fallimentare ma non costituiscono "procedura concorsuale"*.

Pur tuttavia la *legge fallimentare* all'art. 182 *quater*, serba agli accordi di ristrutturazione dei debiti lo stesso trattamento del concordato preventivo. Il regime di trattamento crediti difatti è il medesimo. Ora, se il "conflitto" tra gli artt. 111 e 182 *quater* è risolto con il criterio della specialità, quando si tratta di procedura concorsuale (leggasi concordato), giacché la norma aggiunge requisiti per il riconoscimento a fattispecie che norma innovativa, nella misura in cui sancisce la prededuzione dei finanziamenti funzionali alla presentazione dell'accordo ed esecutivi all'attuazione dello stesso che, come figura automa di stampo contrattuale non usufruisce della protezione accordata in via generale dall'articolo 111. Tale conclusione esce ancora di più rafforzata dai rilievi della Corte, che in motivazione ha soggiunto che la prededuzione al professionista non attestatore dovrebbe essere riconosciuta, appunto applicando l'art. 111, perché, in un'ottica di ermeneutica teleologica, va assicurato il raggiungimento dello scopo voluto dal legislatore di "favorire il ricorso alle procedure concorsuali diverse da quella liquidatoria del fallimento". Ora, pure vero è che il legislatore, proprio con l'art. 182 *quater*, ha dimostrato di giudicare meritevoli di egual disciplina, per il profilo della prededuzione, sia il concordato preventivo che l'accordo di ristrutturazione del debito con ciò parificando il trattamento dei crediti "finanziari" vuoi nell'una, vuoi nell'altra procedura alternativa.

Problema non irrilevante è quello che attiene alla configurabilità di una prededuzione endoconcordataria oppure solo fallimentare o entrambe le cose. Detto meglio: come opera la prededuzione?

La questione è solo la punta dell'iceberg che attiene alla scelta legislativa e come tale insindacabile di voler salvare l'insalvabile, od anche, capra e cavoli. Più in generale le inferenze sono molteplici e attengono in primo luogo all'equazione di correlazione rischio/rendimento che in genere, ragionando nell'ottica del

⁶⁷ In proposito v. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento* 12, 2010, 1353.

creditore bancario, regola la scelta di elargire o meno nuove risorse. Ancora, la problematica attiene altresì alla certezza del rimborso preferenziale su ciò che il finanziatore si accinge a concedere, come anche alla tempistica di recupero delle somme elargite. Ciò detto, la problematica verrà qui esaminata esclusivamente avendo quale assoluto riferimento i finanziamenti "in funzione" di cui al comma primo. La motivazione della scelta è dovuta al fatto che il diverso contesto in cui le due tipologie di finanziamento si collocano postula un'analisi separata della questione. Dunque, per i finanziamenti esecutivi si veda il paragrafo secondo del capitolo secondo.

Le due fattispecie di concessione di nuova finanzia disciplinate nel testo del *182 quater* presentano, si direbbe in matematica, un minimo comune denominatore di tenore problematico che ruota attorno alle modalità con cui opera il regime della prededucibilità dei crediti che in essa trovano titolo. Tale valutazione viene tanto più complicata dalle incertezze interpretative che la prededuzione pone con riguardo al suo *modus operandi* nei confronti dei crediti maturati dai soggetti finanziatori. Giova aggiungere inoltre che il meccanismo della prededuzione è stato trapiantato dall'ambito della disciplina del fallimento, sua sede naturale, a quello delle procedure concorsuali minori e poi ulteriormente estesa agli accordi di ristrutturazione dacché essa finisce con lo scontare i limiti naturali contemplati dall'art. 111 bis l. fall., con particolare riguardo sia alla regola in forza della quale essa non può operare per l'ipotesi di insufficienza dell'attivo; sia alla prescrizione per cui la prededucibilità non può arrecare pregiudizio ai crediti ipotecari e a quelli pignorati.

Ragionando avendo quale riferimento *esclusivo il 182 quater comma secondo*, occorre effettuare qualche precisazione con riferimento agli accordi giacché, come è stato sottolineato, il problema della prededuzione negli accordi di ristrutturazione è un non problema. Seppure la rubrica dell'articolato esordisce con: <<Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti>>, invero, è pacifico che ⁶⁹: <<negli accordi di ristrutturazione, è ben noto che i creditori estranei vanno pagati per intero (seppure con la moratoria di cui al nuovo *art. 182-bis*, comma 1) e quelli aderenti secondo le modalità e i tempi pattuiti, a prescindere dalla regola della *par condicio*. >>. La relativa disciplina esula dal rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Il problema si pone, dunque, esclusivamente in sede fallimentare. Corollario di ciò è che l'argomento fondato sull' "impropria" rubrica della norma non risulta decisivo, giacché in caso di contrasto è il testo dell'articolo a dover prevalere.

Il problema è più complesso con riferimento al concordato. A tal riguardo, la dottrina pressoché maggioritaria ritiene che la prededuzione operi già nel concordato e *ad adiuvandum* nel successivo fallimento e questo: << in ragione del fatto che, questi finanziamenti sono anteriori o comunque concomitanti alla domanda di concordato o di omologa dell'accordo di ristrutturazione. In questo caso sarebbe dunque

⁶⁹ AMBROSINI., op. Cit.,

preferibile un'opzione interpretativa nel senso che la prededuzione operi già nel concordato preventivo, di guisa che il piano deve farsi carico di specificare le risorse finanziarie utilizzabili per il relativo rimborso in prededuzione>>⁷⁰.

Altro rappresentante dell'orientamento di cui si discetta ⁷¹ adduce a rilievi di ordine: logico, testuale, funzionale, sistematico. Per cui:<<sarebbe incongruo che la legge accordasse al finanziamento-ponte una tutela forte solo nel caso di crisi più grave, relegandolo al rango dei crediti concorsuali in caso di crisi risolta mediante concordato>> e, *ad adiuvandum* il quinto comma della norma in commento esclude dal voto nel concordato tutti i crediti derivanti da finanziamenti-ponte che sarebbero prededucibili nel fallimento, e in ciò manifesta che il finanziatore non è interessato al concordato. Il ragionamento implicito suona più o meno così: se il finanziatore è escluso dal voto nel concordato ciò significa che egli non è interessato dal concordato o dall'accordo. Tale carenza di interesse può risultare giustificata solo ove il finanziatore abbia già ricevuto un vantaggio compensativo dell'elargizione effettuata, diversamente ragionando si creerebbe un vuoto nella tutela delle ragioni del creditore erogante. Infine, asserisce che un trattamento del finanziamento-ponte peggiore nel concordato indurrebbe il finanziatore a votare contro la proposta di concordato all'unico fine di poter godere della prededucibilità. Sarebbe, dunque, incoerente (per non dire paradossale) affermare che non vadano rimborsati in toto proprio quei finanziamenti che hanno reso possibile l'accesso al concordato e che ciò debba avvenire solo in caso di fallimento, cioè di insuccesso dell'operazione un trattamento del finanziamento-ponte migliore nel fallimento rispetto al concordato indurrebbe il finanziatore a votare contro la proposta di concordato anche quando questa fosse favorevole per tutti gli altri creditori, all'unico fine di poter godere della prededucibilità. Per altri ancora⁷² è sufficiente:<< riflettere che nessun

⁷⁰ DE SENSI., Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi d'impresa, in *Dir. Fall.*, 6, 2014. V pure FILOCAMO, La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti in *Fallimento*, 2013, 9, 1149

⁷¹ In proposito v. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 12, 2010, 1353. M. Fabiani, *Prededuzione "speciale" ex art. 182 quater l.fall., e regime di impugnazione*, in *Foro it.*, 2011, I, 2532. V., peraltro, le precisazioni di BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 826: "È molto probabile, e in ciò concordo con Bonfatti e Stanghellini, che l'art. 182 quater intenda favorire il rimborso dei finanziamenti anche nel corso dell'esecuzione del concordato, o nel corso della esecuzione dell'accordo di ristrutturazione. Ma in queste procedure la prededuzione assume però un significato particolare, e comunque diverso da quello che il termine ha nel fallimento, nel senso che essa indica la attitudine dei crediti prededucibili ad essere soddisfatti prima e fuori dai riparti stabiliti dal commissario giudiziale o dal liquidatore: e la attitudine dei crediti prededucibili ad essere tutelati con azioni giudiziarie ordinarie di cognizione di esecuzione e cautelari. Anche nell'ambito delle procedure minori, però, è obbligatorio applicare il principio di parità di trattamento e la graduazione tra i debiti di massa. È prevedibile però che la mancanza di un procedimento di verifica, e la mancanza di una vera e propria fase di ripartizione dell'attivo, contribuiranno a complicare, di non poco, la applicazione della prededuzione al concordato preventivo e, ancora di più, negli accordi di ristrutturazione" Ambrosini; *La tutela dei finanziamenti all'impresa in crisi*, in *Trattato di Diritto Fallimentare. Le altre procedure concorsuali*, diretto da [Francesco Vassalli](#) - [Francesco Paolo Luiso](#) - [Enrico Gabrielli](#), 14 ed.

⁷² DIDONE, *Concordato preventivo, diniego di prededuzione e rimedi*, in *Fallimento*, 2012, 823-833,

istituto di credito concederebbe un finanziamento-ponte con la speranza di far fallire il finanziato perché solo in tal modo potrebbe recuperare la somma erogata per il finanziamento>>.

La prededuzione *ex art. 182 quater, l.fall.*, dunque, opera per quest'orientamento nell'esecuzione del concordato (o dell'accordo) e solo nell'ipotesi di insuccesso della soluzione concordataria opera in sede fallimentare.

Di analogo avviso risultano numerosi magistrati di merito e di legittimità in seguito alle risposte ad un questionario appositamente predisposto dall'Osservatorio sulle crisi di impresa - OCI⁷³, i quali hanno altresì ritenuto prevalentemente possibile la **prededuzione** "interna" di crediti sorti sia prima, sia dopo la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, momento che segna il discrimine tra crediti cui si estendono gli effetti del concordato e crediti che ne rimangono estranei, a norma degli *artt. 168 e 184 l.fall.*⁷⁴.

Giova riportare la dottrina contraria⁷⁵ che ripudia la concezione offerta e argomenta per un effetto prenotativo e cautelativo solo rispetto all'esito infausto di un concordato che trasmodi in fallimento⁷⁶. Adducendo in primo luogo a rilievi di ordine comparatistico giacché il modello cui il legislatore della riforma si ispira, ossia il Chapter 11 dell'ordinamento statunitense provvede a sancire la prededucibilità di detti crediti solo nella procedura di liquidazione. In secondo luogo evidenziando la distonia di un'esegesi che propenda per una prededucibilità endoconcordataria e connubiando il rilievo logico alla lettera della legge «ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 111» argomenta per la postergazione concordataria bilanciata dalla futura ed eventuale prededuzione fallimentare: << *i finanziamenti effettuati in funzione (lett. a-b), durante il corso (lett. c) o in esecuzione (lett. h-i) del concordato, per il cui rimborso è sostenibile che*

⁷³ I cui risultati sono esposti e commentati in M. Ferro, P. Bastia. G.M. Nonno (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013. Si vedano, in particolare, i quesiti da 451 a 456.

⁷⁴ D'AMORA, *la prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in *osservatoriooci.org*

BRIOLINI, I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 688. BOGGIO, Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti professionali e oltre, in *Giur. It.*, 2013, 8-9, pag.1821. ZAPPALA', Nuova finanza e cause di prelazione nei concordati preventivi, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 437

⁷⁵ VELLA, Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo, in *Il Fallimento*, 6, 2013, pag.657

⁷⁶ Verso questa soluzione sembra orientato anche INZITARI, Gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi, in *www.ilcaso.it*, sez. II, Dottrina e opinioni, 12 settembre 2011, doc. n. 263/11, 32 s. Per una riconduzione della prededuzione alla sede fallimentare si veda anche, da ultimo, Cass., sez. I, 5 marzo 2012, n. 3402 (Rv. 621934), secondo la quale «Al di fuori dell'ipotesi in cui il credito si riferisca ad obbligazione contratta direttamente dagli organi della procedura per gli scopi della procedura stessa, il collegamento "occasionale" ovvero "funzionale" posto dal dettato normativo deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale da garantire la sola stabilità del rapporto tra terzo e l'organo fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura in quanto inerisce alla gestione fallimentare. In questa prospettiva, la prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio».

la prededuzione sia destinata ad essere fatta valere non già subito - con prevalenza rispetto alla soddisfazione dei crediti concorsuali che quegli stessi finanziamenti erano diretti a consentire - ma solo in caso di insuccesso del piano, e dunque successivamente nell'eventuale sede fallimentare>>. Ad adiuvandum alla percorribilità di tesi siffatta giova l'abrogazione del quarto comma dell'art. 182 *quater* l.fall., che "ha riconsegnato alla discrezionalità giudiziale la verifica di conformità al paradigma legale dell'art. 111 l.fall. per i compensi del professionista attestatore, riallineandolo alla condizione di tutti gli altri professionisti coinvolti nella predisposizione della domanda concordataria" era quella difatti l'ipotesi più seducente della tesi sulla prededuzione endoconcordataria. Ancora, gli esponenti sottolineano il contrasto tra le modalità attuative della prededuzione (che ai sensi dell'art 111 commi primo e secondo consiste nel soddisfacimento con preferenza assoluta rispetto agli altri crediti e al di fuori del concorso) e l'iter dell'accordo come stabilito dal 182 *bis*. Difatti, se si considera che le condizioni di crisi e spesso di insolvenza del debitore comportano una situazione di grave illiquidità, che determina la necessità per i creditori di effettuare finanziamenti al fine di consentire il mantenimento di una continuità aziendale anche ridotta, appare evidente che buona parte di tali finanziamenti potranno essere erogati al solo fine di rendere possibile la presentazione dell'accordo di ristrutturazione sulla cui approvazione ed omologa anche i creditori finanziatori ripongono rilevante interesse volto a realizzare una conveniente partecipazione alla ristrutturazione dell'impresa. Quindi, in presenza di risorse scarse per soddisfare i creditori estranei (che potrebbero essere costituiti, ad esempio, da una serie polverizzata di fornitori, oltre che poco raggiungibili anche difficilmente propensi ad accettare le rinunce previste nell'accordo), ipotizzare l'allargamento della esposizione debitoria, conseguente alla erogazione del credito renderebbe impossibile o comunque metterebbe in pericolo la soddisfazione integrale dei creditori estranei dacchè al fine di evitare che i finanziamenti erogati possano avere un effetto opposto a quello per il quale vengono effettuati e quindi mettano in pericolo la ristrutturazione del debito, che con l'accordo si intende raggiungere, l'unica soluzione sarebbe quella di ritenere tali crediti postergati alla soddisfazione dei creditori estranei in modo tale da realizzare anche il loro interesse al buon esito dell'accordo di ristrutturazione ed accedere alla soddisfazione concordata dei loro crediti. Per la percorribilità di tesi siffatta giova l'opinione di quella parte della dottrina che ritiene che ⁷⁷:<<In questo contesto il risultato potrebbe quindi consistere nel trattamento del credito da restituzione dei "finanziamenti ponte" effettuati dalla banca, dapprima quali crediti postergati nell'ambito dell'accordo, mentre successivamente nel fallimento, che dovesse essere dichiarato in caso di inadempimento dell'accordo, nel trattamento in prededuzione dello stesso credito, che in questo contesto verrebbe assunto come funzionale al perfezionamento di una procedura di ristrutturazione che non ha avuto buon esito>>. Infine nel senso della inconciliabilità del finanziamento con la da più parti predicata

⁷⁷ INZITARI, Gli accordi di ristrutturazione ex art 182 bis l.fall: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi, in il caso.it ,Sezione II – Dottrina e opinioni documento n. 263/2011

prededuzione endoconcordataria si argomenta⁷⁸ che: «In tal modo, con la previsione perentoria della prededucibilità di determinati crediti, la libertà del debitore, nel decidere l'ordine e la misura di pagamento dei suoi creditori nella predisposizione del piano concordatario, risulterebbe evidentemente arginata. Ciò serve e basta a confermare che la prededuzione in questione potrà operare solo nella successiva ed eventuale procedura fallimentare, con intangibilità del potere dispositivo del debitore nella configurazione del contenuto del piano. >>. D'altro canto, come è stato messo in luce da avvertita dottrina se l'erogazione della nuova finanza avviene dopo il provvedimento di omologazione (come fa intendere la fattispecie del primo comma), ci si può legittimamente chiedere in quali termini debba avvenire il rimborso, in via "prededucibile", del credito: se il finanziamento dovesse essere rimborsato prima del pagamento degli altri creditori verrebbe meno una delle sue funzioni caratteristiche, ossia quella di contribuire al pagamento dei creditori durante l'arco temporale previsto dal piano economico-finanziario per la sistemazione dell'indebitamento, essendo infatti il finanziamento posto a servizio della sua "esecuzione". Diversamente, il nuovo finanziamento verrebbe erogato per essere poi immediatamente rimborsato in prededuzione, con la conseguente impossibilità di svolgere la sua funzione caratterizzante⁷⁹.

Vi è poi, infine, chi argomenta a suo modo⁸⁰ e con riferimento ai crediti per finanziamento sorti in esecuzione o in funzione del concordato preventivo (o di un accordo di ristrutturazione) L'autore ipotizza una prededuzione "forte" (nel concordato e nel successivo fallimento) a fronte di una prededuzione "debole" (*id est* solo endoconcordataria), in quanto l'art. 182^{quater} l.f., che la prevede, utilizza l'espressione "ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111" e occorre segnalare l'opinione di chi⁸¹ asserisce che: «in queste procedure la prededuzione assume però un significato particolare, e comunque diverso da quello che il termine ha nel fallimento, nel senso che essa indica la attitudine dei crediti prededucibili ad essere soddisfatti prima e fuori dai riparti stabiliti dal commissario giudiziale o dal liquidatore: e la attitudine dei crediti prededucibili ad essere tutelati con azioni giudiziarie ordinarie di cognizione di esecuzione e cautelari. Anche nell'ambito delle procedure minori, però, è obbligatorio applicare il principio di parità di trattamento e la graduazione tra

⁷⁸ ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Il Fallimento*, 2011, 889 ss. afferma che "la poco felice formulazione della rubrica dell' art. 182^{quater}, l.fall., lascerebbe quasi intendere che si voglia stabilire la prededucibilità dei crediti tassativamente previsti già in sede di concordato preventivo, in virtù di un piano liquidatorio volto al soddisfacimento dei creditori secondo regole diverse da quelle previste per la liquidazione fallimentare" e che "con la previsione perentoria della prededucibilità di determinati crediti, la libertà del debitore, nel decidere l'ordine e la misura di pagamento dei suoi creditori nella predisposizione del piano concordatario, risulterebbe evidentemente arginata" anche in forza dell'inciso, contenuto nella norma, che fa riferimento alla prededucibilità "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111" della medesima *legge fallimentare* che sarebbe sufficiente "a confermare che la prededuzione in questione potrà operare solo nella successiva ed eventuale procedura fallimentare, con intangibilità del potere dispositivo del debitore nella configurazione del contenuto del piano"

⁷⁹ VITALI, Finanza "ponte", finanza in "esecuzione" e "interinale" (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi), in *contratto e Impr.*, 2015, 1, 167 ;A.DIDONE, la prededuzione dopo la l.n 134 del 2012(prededuzione ai sensi e per gli effetti?), in *Il Fallimento*, 8, 2013

⁸⁰ D'AMORA, ult. cit

⁸¹ BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 826:

i debiti di massa. È prevedibile però che la mancanza di un procedimento di verifica, e la mancanza di una vera e propria fase di ripartizione dell'attivo, contribuiranno a complicare, di non poco, la applicazione della prededuzione al concordato preventivo e, ancora di più, negli accordi di ristrutturazione>>>.

Pare, comunque, che l'operatività della prededuzione (sancita dal 182 *quater* comma secondo per i finanziamenti in funzione in sede fallimentare) sia pacifica per tutti gli interpreti. Del resto, attesa la sentenza 8533 della suprema corte non potrebbe essere diversamente.

6. L'iter della finanza ponte nel concordato preventivo.

Se vediamo il bicchiere mezzo pieno prima dell'introduzione dell'articolo 182 *quater* comma secondo l'imprenditore alla stregua di un naufrago, abbandonato a sé stesso, aveva difficoltà a reperire finanziamenti di terzi che apportassero nuove risorse al fine di salvaguardare la continuazione dell'attività e di far fronte ai fabbisogni finanziari che si rivelassero imminenti nelle more di un procedimento di omologa di concordato o di un accordo di ristrutturazione. A ciò ostava un dettato legislativo spesso oscuro, lacunoso, mal coordinato con la disciplina penale⁸². Gli strumenti di risoluzione della crisi avevano difatti qualche pecca: nella fase necessaria per giungervi il debitore era sostanzialmente privo di protezione, come pure lo erano coloro che trattavano con lui ed i finanziamenti necessari alla prosecuzione dell'attività in vista di una soluzione concordata non godevano di alcuna preferenza in caso di successivo fallimento, né di immunità da revocatoria inerente alle eventuali garanzie frattanto acquisite o all'eventuale rimborso ricevuto. Questo quadro è sicuramente migliorato grazie alle successive addende legislative che introducendo e modificando il 182 *quater* nel 2010 e successivamente nel 2012 hanno riesumato l'imprenditore dall'abisso⁸³, e al contempo vivificato gli iter di risoluzione alternativa della crisi. L'operazione di modifica del tessuto

⁸²STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 12, 2010, 1353
MORELLINI, L'art. 182 *quater* l.fall.: novità e criticità, in *il fallimento*, 08, 2011

BALESTRA, I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo, in *il Fallimento* 122, 2012

VITALI, Finanza "ponte", finanza in "esecuzione" e "interinale" (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi), in *contratto e Impr.*, 2015, 1, 167, DIDONE, la prededuzione dopo la l.n 134 del 2012 (prededuzione ai sensi e per gli effetti?), in *Il Fallimento*, 8, 2013

⁸³ Si badi tuttavia, come ogni azione d'umana fattura anche questi interventi non mancarono in una certa misura di incongruenza e furono soggetti a miglorie dal confronto più approfondito con l'ambiente dottrinale. L'esito di questo processo adattativo di tipo lamarciano non inficiò la validità dell'innovazione iniziale semmai ne ampliò ulteriormente la portata estendendo a finanziatori di qualsiasi tipologia i benefici derivanti dall'apporto di nuova finanza originariamente riservati esclusivamente alle banche e agli intermediari finanziari di cui agli articoli 106 107 t.u.b. e appose limiti cautelativi inerenti il computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato e della percentuale dei crediti necessaria ad addivenire all'accordo.

normativo non solo introdusse una disciplina *ad hoc* in tema di nuova finanza ma predispose ulteriori meccanismi di tutela nel concordato e negli accordi difatti:

- a) Si introdusse una protezione ottenibile dal debitore durante le trattative finalizzate ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, a condizione che un professionista abilitato attestasse l'idoneità della proposta di accordo, se accettata, a consentire il regolare (ora integrale) pagamento dei creditori estranei

- b) Si introdusse la possibilità di ottenere una protezione in via anticipatoria durante le trattative finalizzate all'enucleazione di una proposta di concordato preventivo mediante il deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale competente

- c) Si introdusse un regime di prededucibilità, con condizioni e limiti, per i finanziamenti finalizzati a consentire la conclusione dell'accordo di ristrutturazione o il deposito della

domanda di concordato preventivo e dunque necessari per la prosecuzione dell'attività in vista di una soluzione della crisi.

Da quanto esposto ben si comprende la notevole portata delle innovazioni attuate e del ruolo del *quater* in ottica sistemica. La predisposizione di strumenti ad hoc in grado di proteggere l'imprenditore nella delicatissima fase *ex ante* l'inizio dell'accordo unitamente alla rinnovata possibilità di ottenere l'elargizione di nuove risorse finanziarie ha sicuramente agevolato la percorribilità dell'iter alternativo. Quanto al concordato l'articolo 182 *quater* comma secondo può esplicitare appieno le proprie potenzialità se colto in correlazione al 161 comma 6 che disciplina il c.d. preconcordato giacché contribuisce a fornire una protezione che aumenta in funzione direttamente proporzionale al grado di avanzamento della procedura concorsuale alternativa di risoluzione della crisi.

Ma non è tutto oro quello che luccica o anche la superficie della luna non è liscia direbbe Galileo e così si potrebbe opinare che il bicchiere è mezzo vuoto. D'altro canto la mefistofelica formulazione dell'articolo 182 *quater* cagiona tanti problemi quanti ne risolve. Sia pure lasciando da parte le dissertazioni su una rubrica bipolare ed infelice non si può sorvolare sul fatto che: l'articolato sancisce una prededuzione di cui non è ancora chiaro l'ambito di applicazione e il *modus operandi*, complica il vaglio giudiziale e pone rilevanti problemi inerenti all'impugnativa del decreto di apertura del concordato, interferisce su un sistema

che rappresenta un complicato incrocio tra il diritto processuale civile, il diritto commerciale ed il diritto civile raddoppiandone l'incertezza e l'instabilità.

In questo contesto, si potrebbe avanzare la considerazione arrogantemente umana a rigor della quale entrambe le opinioni sono totalmente vere e parzialmente false. D'innanzi ai nostri occhi si apre un gioco di luci ed ombre in cui cogliere la misura della verità implica come condizione necessitata assumere l'implacabile ottica analitica per poi dir al fine del percorso se una verità unica esiste e quale sia la misura di questa verità. Ebbene, l'ottica analitica assume l'articolato del quater propriamente inteso come oggetto d'esame al fine di chiarire ed argomentare le questioni testé enunciate. La disposizione recita: Sono 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, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione 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.

Ciò posto, è immediatamente evincibile dall'articolato che l'ambito applicativo del finanziamento ponte, alla stregua di giano bifronte, dio collocato d'innanzi agli ingressi romani, presenta due volti. Difatti può essere erogato:

A) in funzione della presentazione di una domanda di concordato preventivo

B) in funzione della conclusione di un accordo di ristrutturazione dei debiti,

In effetti la parificazione a Giano risulta calzante giacché alla stregua dell'antico dio romano la norma guarda contemporaneamente a due vie divergenti tra loro: l'accordo da un lato; il concordato dall'altro. Corollario di ciò è che, non avendo il dono dell'ubiquità, l'analisi dovrà ulteriormente disgiungersi considerando autonomamente le ipotesi ivi disciplinate. Dunque, si elegge per prima la strada più ardua, rappresentata dall'analisi dell'ambito di operatività del finanziamento ponte rispetto *all'iter* del concordato preventivo.

Con la locuzione finanza ponte si intendono quei finanziamenti necessari a garantire la continuità aziendale nelle more ed in funzione della presentazione della domanda e fino al deposito di quest'ultima. Dacchè *in primis* circa la nozione di "finanziamento in qualsiasi forma effettuato" valga quanto affermato nel paragrafo uno⁸⁴. Alla percorribilità della tesi precedentemente postulata giova sia la lettera della legge che si riferisce

ai finanziamenti «in qualsiasi forma effettuati»⁸⁵, sia dallo scopo perseguito dal legislatore che⁸⁶, con l'introduzione della norma ha inteso favorire l'erogazione della nuova finanza destinata alla ristrutturazione e alla ricollocazione dell'impresa sul mercato⁸⁷. Tale interpretazione trova poi ulteriormente conforto in quanto ribadito nelle linee guida Assonime per il finanziamento alle imprese in crisi ed in alcuni contributi dottrinali⁸⁸ dacchè nella nozione di finanziamento rientrano a titolo meramente esemplificativo: l'erogazione di somme a titolo di mutuo, le fideiussioni, ogni apporto non imputato a capitale⁸⁹, le aperture di credito, le operazioni di sconto, factoring e via dicendo. Secondo certa dottrina⁹⁰ dal punto di vista economico potrebbe rientrare nella nozione di finanziamento anche la dilazione di pagamento giacché essa si risolve in un prolungamento delle disponibilità liquide in precedenza concesse e potrebbe congruamente essere rappresentata come una forma di pagamento, tanto che recenti orientamenti ritengono che la concessione abusiva di credito possa derivare non solo dalla concessione *ex novo* del credito ma anche dal mantenimento o dalla proroga del credito in favore dell'impresa insolvente. Giova comunque rimarcare che la questione resta oggetto di dibattito. Ciò detto, urge qui ribadire che il disposto usato dal legislatore nel quater affatto simile a quello di cui *all'art 111* ha inevitabilmente portato la dottrina ad interrogarsi su quale rapporto sussista tra le due norme⁹¹. Per ciò che attiene alla risoluzione di tale questione valga quanto affermato nel paragrafo precedente. A prescindere dal rapporto che lega le due disposizioni, salta agli occhi come l'uso dell'espressione «in funzione» sia qui ricollegata alla presentazione della domanda. Ciò porta ad inferire che la natura di prededucibile discende in questo caso dallo scopo a cui le somme finanziate sono destinate e dunque il nesso di funzionalità non deve essere valutato in ottica causale rispetto alla complessiva sistemazione della crisi; bensì ricopre l'arco più ristretto che assume quale riferimento precipuo

⁸⁵ È stato sostenuto, a proposito dell'art. 2467 c.c., che il legislatore utilizza tali espressioni generiche e «neutre» proprio al fine di includere ogni genere di operazioni: F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 126.

⁸⁶ V. Relazione accompagnatoria al d.d.l. di conversione del D.L. n. 78/2010 contenuta in Atti parlamentari - Senato della Repubblica, 2228, 62.

⁸⁷ MORELLINI, L'art. 182 quater l.fall.: novità e criticità, in *Il fallimento*, 08, 2011

⁸⁸ *In tal senso: FABIANI-VISCUSI, Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004 e Circolare Assonime 25 ottobre 2010, n. 33/2010.

⁸⁹ PORTALE, *Riforma della società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Soc.*, 2003, 261, Linda Morellini *ult.cit*

⁹⁰ MORELLINI *op cit.*, *Trib. Monza 12 settembre 2007*, in *Dir. prat. soc.*, 2008, 72; INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Soc.*, 2007,

⁹¹ BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione di debiti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.1, 2015, pag. 43

BOGGIO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti professionali e oltre* nota a Cass. civ. Sez. I Sentenza, 08/04/2013, n. 8533, in *Giur. It.*, 2013, 8-9, 1821

PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*, in *Il Fallimento*, 11, 2011, VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 6, 2013, pag.657

la presentazione della domanda di concordato⁹². Ne discende che la funzionalità del finanziamento è requisito di tipo oggettivo che sussiste o non sussiste in fatto. Così, a titolo meramente esemplificativo sarebbero da qualificare come prededucibili tutti i crediti sorti⁹³:

- A) al fine di mantenere la solvibilità evitando il fallimento,
- B) al fine di garantire la continuità aziendale (pagamento dei dipendenti e dei collaboratori, dei fornitori strategici, del fisco per imposte, tasse, ritenute d'acconto, dell'INPS per contributi previdenziali, ecc.) nel caso in cui la procedura preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa.
- C) Al fine di consentire al debitore di disporre delle somme necessarie ad effettuare il deposito delle spese della procedura concordataria e di pagare i professionisti che lo hanno assistito

Non possono essere considerati funzionali alla presentazione della domanda di concordato i crediti derivanti da finanziamenti che siano finalizzati ad estinguere passività pregresse ovvero (anche) i crediti derivanti da finanziamenti strumentali all'attuazione anticipata del piano. D'altro canto, percorrendo ulteriormente la strada meno battuta, direbbe Frost, potremmo notare che la menzione di tali finanziamenti nel piano di cui al 160 da parte dell'esperto e l'attestazione di funzionalità dal medesimo effettuata ancorché costituisca requisito necessario *ex lege*, espressamente richiesto dalla norma a pena di sottrazione del beneficio della prededucibilità, non basta. Di certo l'asseverazione, come auspicato da illustre dottrina⁹⁴ è consigliabile che

⁹² In questo senso AMBROSINI e STANGHELLINI, ult. Cit

⁹³ AMBROSINI ult. Cit secondo cui: «Deve invero trattarsi, ai sensi del comma 2 dell'art. 182-*quater*, di finanziamenti *funzionali* alla presentazione della domanda di ammissione al concordato. Ciò significa, ad esempio, che le risorse messe a disposizione del debitore sono servite: *a*) a mantenerne la solvibilità evitando il fallimento; *b*) a garantire la continuità aziendale (pagando dipendenti, fornitori strategici, Fisco, Inps, ecc.) nel caso in cui il concordato o l'accordo prevedano la prosecuzione dell'attività d'impresa; *c*) a poter contare su una somma di denaro sufficiente a effettuare il deposito della spesa della procedura concordataria e a pagare (quanto meno con la corresponsione di acconti) i professionisti incaricati a vario titolo di assistere l'imprenditore.

La formulazione della norma porta invece a escludere la prededucibilità di un finanziamento strumentale all'attuazione del piano 8, giacché l'obiettivo dell'erogazione non è, in prospettiva, la sistemazione della crisi nel suo insieme, bensì, assai più specificamente, la possibilità di presentare, nell'immediato, domanda per accedere al concordato o per ottenere l'omologazione dell'accordo.

Ne consegue che «la funzionalità non dipende dal successo del piano. Essa, tuttavia, deve caratterizzare oggettivamente il finanziamento, sicché non è necessario, ma neanche sufficiente, che trovi menzione in clausole contrattuali, mentre forma necessariamente oggetto della relazione del professionista attestatore, il quale (anche ai fini del successivo controllo giudiziale) deve esaminare ed esporre il ruolo svolto dal finanziamento nel periodo che ha preceduto la presentazione della domanda».

⁹⁴ Sempre AMBROSINI ult. Cit : «il primo requisito implica – a dispetto dell'utilizzo del verbo “prevedere”, inappropriato per qualcosa che è già avvenuto – che i finanziamenti in questione vadano non solo previsti nei loro elementi essenziali (com'è a dirsi per quelli concessi in esecuzione di un concordato o di un accordo), ma *analiticamente descritti* in modo tale che l'esperto prima e il tribunale in seconda battuta siano in condizione di apprezzarne la funzionalità prescritta dalla legge. >>

sia autonoma ed analitica, rappresenta condizione necessaria ma non sufficiente. D'altronde dalla circostanza che la "previsione" del finanziamento nel piano intervenga necessariamente dopo la sua erogazione (atteso che il piano è atto unilaterale del debitore che viene a giuridica esistenza nel momento in cui viene depositato) è corretto inferire che debba trattarsi di finanziamenti già erogati⁹⁵. Tale considerazione risulta tanto più avallata qualora si consideri il tenore letterale del disposto in esame e *ad adiuvandum* il quinto comma del *quater* che esclude dal computo delle maggioranze nel concordato i crediti derivanti da finanziamenti già erogati. Dunque, oggetto espresso della norma è il trattamento del credito derivante dal finanziamento funzionale concesso ed erogato prima della presentazione della domanda di concordato nonché asseverato nel piano dall'esperto. Tuttavia si badi, tale asserzione necessita di qualche ulteriore chiarimento. *Quid iuris* per i finanziamenti erogati in funzione della presentazione di domande di concordato preventivo aventi carattere anticipatorio *ex art.161* comma 6? Tali domande non sfociano immediatamente nella formale apertura della procedura, al contrario intendono ottenerne in via anticipatoria gli effetti protettivi tradizionalmente riconnessi al decreto giudiziale di ammissione. A questo proposito, il ricorso depositato ai sensi *dell'art.161 comma 6* può già di per sé essere considerato come un sottotipo di domanda di accesso al concordato. Per la percorribilità di tesi siffatta giova il raffronto tra la lettera del primo e del sesto comma *dell'art. 161* dalla quale si può rettamente inferire che il ricorso *ex art. 161* comma sesto sia "parificabile" al ricorso depositato ai sensi del comma 1 della disposizione testé menzionata dacchè ne consegue che esso rappresenta una forma sia pure incompleta di domanda di ammissione alla procedura sebbene dal suo deposito non consegua immediatamente l'apertura della procedura vera e propria, ma semplicemente la concessione di un termine per il deposito della documentazione mancante. In sostanza il preconcordato funge da protesi della procedura di concordato preventivo,⁹⁶ assunto questo, vieppiù rafforzato laddove si consideri soprattutto la possibilità di nominare già in questa fase il commissario giudiziale⁹⁷Tali considerazioni risultano tanto più avallate laddove si considerino le opinioni della parte dell'accademia che argomenta in base al disposto⁹⁸ dell'*art. 69-bis* l. fall. e utilizza la codificazione del principio di consecuzione tra procedure, per affermare che il dies a quo deve essere individuato nella data di pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso *ex art. 161* poco importa se ai sensi del comma 1 o del comma 6; fermo restando che la funzionalità verrà vagliata dal giudice nel decreto di apertura della

⁹⁵ STANGHELLINI, ult. Cit. secondo cui: << D'altra parte, che si tratti di finanziamenti già erogati e' reso manifesto dal fatto che essi non vengono computati nel calcolo delle maggioranze (29). Ad identiche conclusioni si deve tuttavia giungere per il caso dei finanziamenti che precedono l'accordo di ristrutturazione, che pure non vengono computati nel calcolo dell'aliquota di aderenti necessaria affinché l'accordo possa essere sottoposto all'omologazione>>.

⁹⁶ VELLA, Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti, in *Fallimento*, 2013, pag.1148

⁹⁷ BELTRAMI op cit

⁹⁸ GUERRINI, Sub art. 69-bis l. fall., in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2013, 450; NARDECCHIO, Sub art. 69-bis l. fall., in *Codice commentato del fallimento*, Lo Cascio, Milano, 2013, 803 ss.

procedura *ex art. 163*. Da ultimo, giova ribadire che pure parte della giurisprudenza appare orientata in questo senso⁹⁹. La verifica dei requisiti richiesti dalla norma in esame sarà, dunque, ricompresa nella successiva pronuncia del giudice *a quo*. A tal proposito urge ribadire che la prededuzione deve essere espressamente richiesta dal proponente tramite la formulazione di un'istanza *ad hoc*¹⁰⁰ e che la statuizione giudiziale ha ad oggetto il rango del credito¹⁰¹. Sic, si arriva all'ultima condizione per il riconoscimento della prededucibilità: il vaglio giudiziale. Qui *l'iter* della nuova finanza assume la stabilità e la consistenza del gioco dell'oca: la dea bendata a un certo punto si compiace di negare suoi favori, il giocatore è oramai ad un passo dall'agognato traguardo e tuttavia i dadi qui rappresentati dalla decisione del giudice tosto lo riportano suo malgrado all'incipit. Se il giocatore in questo caso perde tempo il finanziatore perde danaro. A tal proposito è d'uopo rimarcare che la prededuzione deve essere espressamente disposta nel "provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo" dacchè è asserzione tautologica che la pronuncia sulla prededuzione del credito costituirà capo autonomo del decreto di ammissione. Ne consegue che occorre individuare i parametri di valutazione in base ai quali il tribunale deve concedere o negare la prededuzione dei crediti derivanti da detti finanziamenti". Il giudizio come è stato postulato da autorevole in dottrina¹⁰² si scinde nel più volte evocato binomio formale/sostanziale. La parte esclusivamente formale inerisce al fatto storico dell'avvenuta erogazione, della inclusione nel piano concordatario e nella specifica asseverazione nella relazione del professionista attestatore. La parte prettamente sostanziale inerisce all'accertamento del requisito della funzionalità che verrà effettuato tramite un criterio di prognosi postuma o di riposizionamento *ex ante* atto a verificare l'utilità tendenziale del finanziamento in relazione alla presentazione della domanda e dunque, in sostanza all'accertamento del fatto che il finanziamento abbia dato un contributo causale rispetto "ad un piano di concordato che, in sede di giudizio deliberativo finalizzato all'ammissione alla procedura, appare legittimo e astrattamente conveniente per i creditori". D'altro canto tale tipo di verifica che per certi versi allunga i tempi e complica lo svolgimento dell'istruttoria appare controbalanciata dal fatto che la statuizione espressa dal giudice non sarà ripercorribile in sede fallimentare in termini di utilità effettivamente ed in concreto dispiegata. Siamo di fronte ad un giudizio "forte" che per un verso è destinato a scardinare l'esclusività della competenza sull'accertamento del passivo e che per altro verso resiste in caso l'ammissione al concordato venga

⁹⁹ Trib. Ravenna, 6 marzo 2013 in www.ilcaso.it,

¹⁰⁰ LO CASCIO, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, il fallimento, 2,2012

AMBROSINI op ult cit:<< In merito al concordato, la norma – come già ricordato – postula che «la prededuzione sia espressamente disposta» nel decreto di ammissione, sicché *nulla quaestio* sull'indefettibilità di un provvedimento di tal genere. Ciò comporta alcune conseguenze, e segnatamente: i) la formulazione di un'istanza *ad hoc* da parte del debitore all'interno del ricorso per concordato.>>.

¹⁰¹ Tribunale di Firenze; decreto, 04-07-2011 in ilcaso.it, .Fabiani :Prededuzione «speciale» ex art. 182 quater l. fall. e regime di impugnazione.cit.,

¹⁰² VELLA, L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo *(dopo la legge n. 134/12), in Il caso.it, Sezione II dottrina e opinioni, documento n 320/2012

revocata *ex art.173* ovvero la proposta non ottenga le maggioranze prescritte ovvero il tribunale non omologhi il concordato.¹⁰³ Tema connesso e consequenziale attiene alla prefigurazione degli scenari cui il decreto *ex art. 163* può dar luogo ed ai mezzi di tutela esperibili in caso di diniego di prededuzione. Dacchè come da più parti postulato le situazioni in concreto ipotizzabili sono tre¹⁰⁴:

- a) l'ammissione al concordato preventivo con dichiarazione di prededucibilità;
- b) diniego di ammissione al concordato e diniego della dichiarazione di prededucibilità;
- c) ammissione al concordato preventivo e diniego della dichiarazione di prededucibilità;

Nell'ipotesi a il finanziatore si vede riconosciuta la prededuzione in caso di successivo fallimento, il debitore viene ammesso alla procedura qualora poi un creditore concorsuale volesse contestare la statuizione sulla prededucibilità del credito potrebbe dedurre in sede di opposizione all'omologazione il venir meno della fattibilità del piano proprio per l'esistenza del credito prededucibile ¹⁰⁵ovvero qualora il tribunale fosse stato ingannato, avendo ritenuto vantaggioso per i creditori il finanziamento-ponte sulla base di elementi che si rivelano in corso di procedura falsi o incompleti ovvero sia stato utilizzato per finalità e/o esigenze ordinarie, vi è la concreta possibilità che il commissario giudiziale in ottemperanza ai suoi doveri di controllo ne riferisca al tribunale ai sensi *dell'art. 173 l.f* commi primo e terzo e sia revocata l'ammissione dell'impresa al concordato per la commissione di atti di frode. Il tribunale potrebbe anche procedere *ex officio* indipendentemente dalla qualificazione del fatto riportata dal commissario giudiziale:<< Al riguardo occorre solo chiarire che la frode ha carattere oggettivo e la relativa qualificazione spetta al tribunale indipendentemente dalle espressioni usate dal commissario giudiziale, il quale ha il compito di accertare i fatti e di riferirli al tribunale.>>¹⁰⁶

L'ipotesi sub b) esime l'interprete da qualsiasi tipo di indagine, atteso che un provvedimento di accertamento negativo circa la prededucibilità di un credito in una procedura mai aperta non esplica alcun rilievo sull'ammissione del medesimo nella futura ed eventuale procedura fallimentare. Qualora invece la declaratoria di inammissibilità si fondasse sull'impossibilità di riconoscere la prededuzione *ex art 182 quater* ad alcuno dei crediti menzionati nella proposta, il rimedio esperibile sarebbe l'impugnazione del decreto di inammissibilità. L'ipotesi c) è quella di rilievo autenticamente problematico. A tal riguardo, giova rimarcare che l'ammissione al concordato unita al diniego della prededuzione del credito derivante da

¹⁰³ Si vedano: STANGHELLINI op. Cit., VELLA, op. Cit., FABIANI op. Cit., RAGUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010 n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010 n. 122*, in *Dir. fallim.*, 2011, I, 4; FERRO-FILOCAMO art. 182 *quater*, cit., 2191; NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori cit.*,

¹⁰⁴ DIDONE, *Le impugnazioni nel concordato preventivo e il controllo del giudice sui crediti prededucibili di in Fallimento*, 2012, 7, 823 ; LO CASCIO, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento, in il fallimento*, 2012,

¹⁰⁵ v. DIDONE op ult cit.,

¹⁰⁶ Cass., sez. I, 24-04-2014, n. 9271.

finanziamento ponte potrebbe risultare foriera di effetti devastanti¹⁰⁷ non solo sul finanziatore, ma sulla stessa fattibilità del piano concordatario. La domanda di concordato potrebbe, infatti, essere condizionata alla concessione della prededuzione per il finanziamento-ponte ovvero il creditore potrebbe aver condizionato la concessione di ulteriori finanziamenti in pendenza di concordato alla statuizione della prededucibilità del credito derivante da finanziamento ponte già erogato. Qualora tali finanziamenti costituissero elementi essenziali della proposta ai fini di una corretta esecuzione del piano la decisione sulla prededucibilità, ben lungi dal riguardare il solo finanziatore, potrebbe travolgere la stessa fattibilità della proposta concordataria. Ne consegue che: la definizione delle forme di tutela giurisdizionale esperibili in tale caso rappresenta un elemento essenziale al successo dell'iter di ristrutturazione. Dunque, occorre interrogarsi sul se vi siano e quali siano i rimedi impugnatori avverso il decreto che nega la prededuzione. Orbene, un primo dato di partenza è che l'art 163 dichiara il decreto di ammissione non soggetto a reclamo. Il decreto in passato è stato ritenuto non ricorribile per cassazione in quanto provvedimento ordinatorio privo dei caratteri di decisorietà e di definitività, giacché non si riflette su alcun diritto soggettivo ed ha funzione meramente deliberatoria delle condizioni di ammissibilità del concordato, le quali restano riesaminabili in sede di omologazione senza alcun pregiudizio sulle posizioni soggettive degli interessati¹⁰⁸. Dei limiti in cui quest'asserzione sia da considerarsi tutt'ora valida bisogna adesso discutere. Difatti, atteso che l'addenda legislativa ha introdotto il mefistofelico *182 quater* :<<oggi il decreto di ammissione non produce solo effetti sulla procedura e sui diritti, collettivamente intesi, dei creditori. Oggi, il decreto di ammissione può incidere sui diritti del singolo creditore in merito al rango del suo credito. Stabilire la prededuzione di un credito comporta attribuire a quel creditore una posizione di preminenza quasi assoluta rispetto agli altri creditori.>>¹⁰⁹. La questione determinante a questo punto è accertare se vi sia o meno lesione di un diritto in capo al finanziatore e, in caso di risposta affermativa, se la decisione adottata in occasione dell'ammissione non possa essere liberamente ridiscussa in sede di omologazione ovvero caso di successivo fallimento. Per quanto attiene al punto primo la risposta che deve darsi è appunto affermativa.

¹⁰⁷ STANGHELLINI, *ult. Cit.*,:<<Poniamo ad esempio che il finanziatore abbia dato la propria disponibilità a concedere ulteriori finanziamenti in pendenza di concordato o in sua esecuzione ma l'abbia condizionata alla concessione della prededuzione sul finanziamento- ponte già erogato: in tal caso, se gli ulteriori finanziamenti (come spesso accadrà) fossero essenziali all'impresa e alla corretta esecuzione del piano, la negazione della prededuzione su quelli già erogati renderebbe il piano non fattibile, con conseguente impossibilità del tribunale di ammettere il debitore al concordato. Potrebbe inoltre essere lo stesso debitore a condizionare la domanda di concordato alla concessione della prededuzione per il finanziamento-ponte. A seconda delle circostanze concrete, dunque, la decisione sulla prededuzione del finanziamento già erogato, lungi dal riguardare una questione separata dall'ammissione al concordato, può essere una decisione sulla ammissibilità stessa del concordato. In ogni caso, anche quando il piano resti fattibile nonostante il diniego della prededuzione, esso dovrà normalmente essere modificato prima dell'adunanza dei creditori>>.

¹⁰⁸ Cass., 4 dicembre 1996, n.10821, Cass., 1 marzo 2010, n. 4864.

¹⁰⁹ MASSIMO FABIANI *ult. Cit.*,

Difatti, il decreto nella parte in cui decide se il diritto di credito vantato dal finanziatore meriti un trattamento preferenziale o meno assume un contenuto intrinsecamente decisorio. Corollario di ciò è che: attesi gli artt. 111 e 360 c.p.c. ultimo capoverso, se il provvedimento non risulta altrimenti impugnabile l'accesso diretto in cassazione non può essere rifiutato. Dacchè, nel procedimento di omologazione non vi è spazio alcuno per l'accertamento del credito o del suo rango atteso che non vi è traccia di fase procedurali di accertamento dei crediti¹¹⁰. Si potrebbe altrimenti opinare che la decisione assunta dal giudice possa essere ridiscussa nel procedimento di formazione del passivo in sede fallimentare, ma ciò contrasterebbe con l'articolo 182 *quater* la cui rubrica e il cui articolato postulano il riconoscimento della prededuzione in caso di successivo fallimento già nella procedura concordataria. Orbene, prima di postulare l'immediata ricorribilità alla Suprema Corte *ex art. 111 Cost e 360 c p c comma tre* si tratta di dissertare con avvedutezza se il provvedimento possa essere altrimenti impugnato al di fuori delle soluzioni offerte dall'iter concordatario dacchè sovviene avvertita dottrina che individua e successivamente refuta le due ipotesi di reclamo alternative¹¹¹. Ne consegue che anche se il *l'art 163* stabilisce che non è dato reclamo o si postula una bella pronuncia di incostituzionalità *dell'art 163* nella parte in cui è negata l'impugnativa, qualora le statuizioni del decreto riguardino i diritti del singolo finanziatore, oppure si asserisce l'immediata ricorribilità in cassazione avverso il provvedimento che è in parte di natura decisoria. *Tertium non datur*. Chi scrive propende appunto per la prima opzione atteso che la soluzione contraria assume l'amaro sapore dell'incertezza tipica del gioco dell'oca. D'altronde illustre dottrina¹¹² non convinta dalle pur

¹¹⁰ Cass. 9 giugno 2010, n. 13897, *Foro it.*,

INZITARI, *Nuova disciplina accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.*, in www.ilcaso.it afferma che: <<non è col decreto che conclude il giudizio che si accerta il diritto del creditore>>.

¹¹¹ .FABIANI: <<Le ipotesi di reclamo sono essenzialmente due: *i*) il reclamo ai sensi dell'art. 739 c.p.c.; *ii*) il reclamo ai sensi dell'art. 26 l. fall. Ambedue le ipotesi presentano asperità tutt'altro che trascurabili, a partire dal fatto che l'art. 163 l. fall. stabilisce proprio che non è dato reclamo. Per scavalcare questa barriera si potrebbe sostenere che il diniego del reclamo è norma stabilita con la legge del 1942 (e se si vuole confermata sino al 2007), ma che tale inciso è implicitamente abrogato dall'art. 182 *quater* l. fall. In verità quando si ammette il fenomeno dell'abrogazione tacita ciò accade in presenza di una chiara sovrapposibilità di disciplina, situazione che in questo caso si fatica a riconoscere. In tal senso il reclamo *ex art. 739 c.p.c.* appare di difficile configurazione.

Al contrario si potrebbe pensare ad una impugnazione del decreto, e nella sola parte in cui verte sulla questione della prededuzione, ai sensi dell'art. 26 l. fall., come richiamato dall'art. 164 l. fall. Nell'incamminarci su questo percorso, troviamo, comunque, altri ostacoli. In primo luogo bisogna operare una finzione e cioè stabilire che il decreto nella parte in cui decide sulla prededuzione è formalmente coevo alla decisione sull'ammissione ma, nella sostanza, in quanto la presuppone è successivo. In questa evenienza vi sarebbe, allora, spazio per i reclami endoprocedimentali di cui all'art. 26 l. fall. Ma, superato il primo ostacolo, subito se ne incontra un altro e cioè quello costituito dal fatto che l'art. 164 l. fall. rinvia sì all'art. 26, ma solo per quanto attiene al decreto reso dal giudice delegato e non già dal tribunale (. Questo secondo ostacolo a me pare assai più agevolmente superabile dal momento che solo con la riforma del 2006 l'art. 26 è stato riscritto consentendo il reclamo (alla corte d'appello) anche avverso i decreti del tribunale. Il limite formale correlato alla posizione del giudice delegato può, dunque, essere superato. Nel momento in cui si ammette la reclamabilità ai sensi dell'art. 26, si devono fare i conti con i termini di decorrenza del gravame. Ove il decreto non sia notificato all'attestatore o al finanziatore, ma sia pubblicato sul registro delle imprese, dovrebbe valere il termine di dieci giorni dalla pubblicazione e dunque una compressione al diritto di difesa tutt'altro che indifferente>>.

¹¹² ANTONIO DIDONE *ult. Cit.*,

autorevolissime dissertazioni effettuate da più parti nega ostinatamente l'immediata ricorribilità in cassazione argomentando: « se la ratio dell'art. 182 *quater* - che non ha abrogato l'art. 111 ed è norma speciale rispetto a questa - è quella di assicurare a chi finanzia l'impresa che accede al concordato preventivo la prededucibilità del relativo credito nella procedura o in quella consecutiva, e ciò per agevolare la soluzione concordata della crisi, si può forse sostenere che l'ammissione e la dichiarazione di prededucibilità fa stato nell'eventuale fallimento mentre l'esclusione può essere rivalutata dal giudice delegato » e ancora: « se è aperta la procedura qualsiasi contestazione relativa alla natura prededucibile di un credito deve essere incanalata nella procedura, nelle forme consentite dalla legge ». Pur tuttavia, tale opinione si appresta a negare ciò che al medesimo tempo è volta ad affermare. *Sic*, se la norma di cui al 182 *quater* è norma speciale che intende assicurare al finanziatore la prededucibilità del credito derivante dal finanziamento ponte concesso; affermare che la dichiarazione stessa di prededucibilità possa poi essere rimessa in discussione nel successivo fallimento equivale a negare ogni efficacia stabilizzante al *quater* e a disconoscere al finanziatore ogni sicurezza. Ciò in aperto contrasto con la ratio stessa della norma, con la sua rubrica ed il suo testo. In termini gergali: se per evitare il ricorso per cassazione si afferma che il creditore possa dolersi innanzi al giudice fallimentare, implicitamente si ammettono anche le doglianze dei creditori concorsuali che ben potrebbero in quella sede rimettere in discussione la funzionalità del finanziamento, con buona pace dell'art 182 *quater* che vuole che gli effetti del riconoscimento della prededuzione siano stabilizzati *ex ante* la possibile apertura della procedura. Per non parlare poi del finanziatore che avendo concesso il credito in buona fede meglio farebbe ad augurarsi che il suo debitore fallisse, in modo da poter recuperare agevolmente quanto in sede di concordato richiederebbe tempi lunghi o potrebbe addirittura venirgli negato. Insomma, una bella contraddizione in termini che appunto ricalca il gioco dell'oca, un lancio di dado e il finanziatore si ritrova all'incipit avendo perso tempo e danaro. Da questo punto di vista, ben si comprende l'opinione di chi ha taciuto la disposizione nella misura in cui subordina il riconoscimento del beneficio della prededuzione al provvedimento giudiziale di apertura della procedura di concordato come infelice e foriera di un effetto castrante sulla disponibilità dei finanziatori a concedere nuovi apporti¹¹³. Senonché pur riconoscendo la validità della tesi menzionata l'etica impone di prendere posizione contraria. In primo luogo giova la pura e semplice constatazione di carattere più filosofico che giuridico a rigor della quale l'animale uomo, salvo rarissime eccezioni, presenta tanta

¹¹³ BELTRAMI, ult. Cit., La previsione, inoltre, ha finora sortito un effetto castrante sulla fruibilità del beneficio della prededuzione: la prassi, infatti, ha dimostrato che l'incertezza che caratterizza la possibilità di godere del beneficio della prededucibilità — ossia la condizione del riconoscimento di tale beneficio nel provvedimento giudiziale di ammissione alla procedura di concordato — scoraggia i potenziali finanziatori dall'assumersi il rischio di concedere la nuova finanza in data anteriore alla presentazione del ricorso .

AMBROSINI, ult. Cit., : « Sembra pertanto potersi ribadire, sul punto, la critica avanzata da chi scrive all'indomani della l. n. 122/2010, nella misura in cui « la legge subordina l'attribuzione del rango prededucibile a un evento futuro e incerto quale il provvedimento omologatorio, dal momento che ciò rischia seriamente di rappresentare un deterrente proprio alla concessione di quella finanza- ponte che la legge mostrava di voler incentivare » »

razionalità e rettitudine quanta irrazionalità ed efferatezza laddove gli venga concessa libertà assoluta e potere sul prossimo. In realtà razionalità nell'accezione biologica e razionalità nell'accezione umana sono due concetti che presentano radicali differenze, la prima è una solida certezza a cui aggrapparsi la seconda un qualcosa di evanescente, di natura ondulatoria che alla stregua del moto degli elettroni attorno al nucleo subisce continui mutamenti. Come sempre la questione umana è un gioco di punti di vista: può essere considerato perfettamente razionale anche ciò che è capace di ledere gli interessi di un'ampia cerchia di individui se è riguardato alla stregua dell'istinto di sopravvivenza e della propria conservazione. D'altro canto la natura risulta essere equa, non certo giusta. Tutti gli esseri viventi sono soggetti alle medesime leggi, pur tuttavia viene selezionato il più adatto. Il debole è destinato all'estinzione. Dunque, l'umanista, non può che aspirare alla creazione di un sistema di regole, congegni di tutela, controlli che garantiscano gli interessi di chi si trova in una posizione di svantaggio, in quanto soggetto dotato di pari dignità. Tale equilibrio, creato artificialmente, è ciò che comunemente viene definito giustizia e non si può certo rinunciare perché scoraggiati dall'acuirsi di beghe procedurali. La protezione del più debole dai soprusi di chi si trova in posizione di forza per natura o per circostanze, costituisce la ragion d'essere, il fine cui la scienza giuridica è consacrata. Ciò postulato, è sacrosanto che il finanziatore acquisisca certezza sulla sorte del proprio credito, *ad adiuvandum* laddove il primo vaglio si sia rivelato erroneo ha il sacrosanto ed intangibile diritto che la decisione sia riesaminata e, si aggiunge, in tempi brevi. Pur tuttavia anche i creditori hanno il sacrosanto ed intangibile diritto di essere tutelati dall'ordinamento nella soddisfazione delle loro pretese. Da questo punto di vista l'eliminazione totale del vaglio giudiziale condurrebbe al rischio di possibili abusi e atti di frode da parte dello stesso finanziatore erogante i nuovi finanziamenti, con danno per i creditori concorsuali. D'altronde il vaglio giudiziale per questi ultimi rappresenta, unitamente al diritto di voto sulla proposta, parte del sistema di tutele predisposte dal legislatore al fine di equilibrare la situazione. Il vaglio è un presidio posto onde evitare che le pretese di pochi prevarichino i diritti di molti. Del resto le procedure di risoluzione della crisi trovano la loro vita e la loro morte nella soddisfazione dei creditori concorsuali al di fuori di quest'intento esse non hanno ragione di esistere. A dirla parafrasando Fabiani ¹¹⁴:<< se è pur vero che chi rischia deve poter contare su un certo «ritorno», non bisogna mai dimenticare che le crisi investono sempre una collettività variegata di soggetti, sì che il vantaggio immediato dei pochi deve ridondare sempre in vantaggio differito dei molti. Se si rompe questo equilibrio, il sistema non è davvero efficiente.>>. Dacchè, ne viene che qualsiasi iter, soprattutto se coinvolge uno spettro ampio e diversificato di interessi deve trovare il vaglio in una ragione più grande proprio perché terza, imparziale e fortemente distaccata dalla vicenda. Diversamente opinando l'eccessivo potere concesso al debitore ed ai creditori estranei artefarebbe l'assetto di interessi tra le parti generando asimmetria e si mettendo a

¹¹⁴ FABIANI, *L'ennesima riforma della legge fallimentare*, in il Fallimento, 08,2010

repentaglio la soddisfazione dei creditori concorsuali¹¹⁵. Pertanto il vaglio dei nostri giudici, al pari dell'esistenza delle nostre leggi costituisce, ad avviso di chi scrive, una garanzia irrinunciabile.

7. I mutamenti plastici dell'articolo 182 quater e gli accordi di ristrutturazione.

Nel paragrafo precedente si è detto che la norma alla stregua di giano bifronte, dio collocato d'innanzi agli ingressi romani, guarda a due vie. Ciò che non si è detto è che queste due vie rappresentano strutturazioni della realtà differenti per ordine e grado. Giova constatare che nell'uomo le rappresentazioni cognitive variano in relazione a queste strutturazioni, generando connessioni sinaptiche e adattamenti funzionali diversificati. Questo fenomeno viene denominato plasticità cerebrale, ovvero: la capacità del sistema di cambiare funzione e struttura in relazione all'influenza ambientale ed è erede dei cambiamenti adattativi postulati dalla teoria evolutiva di Lamarck. Ebbene, l'articolo 182 quater nella misura in cui disciplina l'attribuzione del beneficio della prededuzione ai crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione offre un pregevole esempio di mutamento plastico causale ovvero generato dal raffronto con uno strumento alternativo che non può essere considerato procedura concorsuale¹¹⁶ e che descrive una realtà divergente sotto molti aspetti. Sic, ciò che emerge dalla disamina dell'esposto normativo e desta meraviglia è la dimensione poliedrica della norma; che può venir agevolmente intesa quale *lex specialis* rispetto all'articolo 111 l.f nella misura in cui statuisce ipotesi di prededucibilità condizionata nel concordato e d'altro canto e tosto quale norma innovativa nella misura in cui protegge i finanziamenti funzionali alla presentazione dell'accordo di ristrutturazione che come figura automa di stampo contrattuale non gode della protezione accordata in via generale dall'articolo 111. Dunque, la norma presente nel quater alla stregua delle nostre fibre cerebrali è norma altamente plastica che si adatta magnificamente al contesto di riferimento. Ne consegue che: come il biologo studia il mutamento strutturale e funzionale delle cellule nervose in relazione all'apprendimento e ai dati esperienziali così l'interprete vaglia gli adattamenti dell'esposto in relazione al mutamento di contesto nella consapevolezza, si badi bene, che l'animo della norma resta unico: incoraggiare l'elargizione di nuova finanza alle imprese in difficoltà al fin di meglio concludere l'iter alternativo di risoluzione della crisi. A tal riguardo la prima differenza adattativa che emerge dall'analisi sistemica e dai tratti somatici dell'art 182 bis è che qui l'incentivo all'utilizzo dell'istituto previsto dall'art. 182 quater comma secondo può godere di una forte

¹¹⁵ STANGHELLINI, ult. Cit.,

¹¹⁶ AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, 1137 e segg.; Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, 13 e segg.

FABIANI, *L'ennesima riforma della legge fallimentare*, in *Il Fallimento* 8/2010, Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo* in *Il Fallimento* 6/2013, Trib. Milano Sez. II Decreto, 02/03/2013

componente scatenante¹¹⁷ laddove il debitore si accinga ad utilizzare l'istanza anticipatoria della sospensione delle azioni esecutive e cautelari prevista *ex* sesto comma della norma testé citata¹¹⁸. Difatti, atteso che il disposto prevede il divieto ai creditori di intraprendere azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e di acquisire titoli di prelazione a meno che non siano previsti di comune accordo la determinazione ad elargire nuove risorse ne uscirà vieppiù rafforzata giacché i creditori potranno contare su un effetto di cristallizzazione anticipata del patrimonio del debitore e non dovranno temere la sottrazione di risorse economiche o l'acquisizione di privilegi *ad interim* che successivamente sarebbero destinati a godere di trattamento preferenziale in caso di sopravvenuto fallimento. Corollario di ciò è che la sospensiva di cui al *182 bis* comma sesto, se correttamente utilizzata, cagiona per riflesso condizionato una maggiore fruibilità dell'istituto della finanza ponte vivificandone le potenzialità esplicative. Ciò detto, sospensiva o non sospensiva, la norma riconosce la prededucibilità nel successivo fallimento ai crediti derivanti da finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda di accordo. A tal riguardo la parte in cui si scorgono i maggiori mutamenti adattativi nella funzione e nella struttura non attiene ai primi tre requisiti necessari al riconoscimento della prededucibilità (che sostanzialmente rimangono tali e quali a quelli previsti per il concordato) quanto all'ultima condizione prescritta ovverosia al vaglio giudiziale¹¹⁹ e alle inferenze di contesto logicamente traibili. A tal riguardo la norma a contrario di quanto avviene nel concordato preventivo dispone che l'attribuzione del beneficio in esame sia effetto automatico dell'omologa dell'accordo, *sic* esclude qualsiasi statuizione giudiziale espressa circa il rango del credito. Dunque la valutazione attinente la funzionalità sarà assorbita nel provvedimento che dispone l'omologazione. Ciò a cagion del fatto che l'accordo di ristrutturazione è espressione del diritto dei contratti giacché si sostanzia in un accordo tra imprenditore ed il 60 % del ceto creditorio attorno ad un programma di pagamento dei debiti predisposto dal debitore e basato su un piano dotato di un idoneo grado di affidabilità. D'altronde qualsiasi pattuizione scelta e con esso attuata non coinvolge l'appagamento dei creditori estranei che devono essere soddisfatti integralmente nel rispetto dei termini previsti dal primo comma dell'articolo *182 bis* e ciò induce a ritenere che il sindacato giudiziale sul finanziamento in tali circostanze debba essere meno invasivo

¹¹⁷ STANGHELLINI, ult. Cit.,

¹¹⁸ A tal riguardo vedi: AMBROSINI, I nuovi finanziamenti alle imprese in crisi Fallimento, 2011, 6, 641 In questo senso AMBROSINI, Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010, in Fallimento, 2011, 645.

¹¹⁹ PAGNI, Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione, in Il fallimento 10/2014, DE SANTIS, I controlli del giudice nel piano attestato e negli accordi di ristrutturazione dei debiti in Fallimento, 2014, 10, 1043, DE VITA, Il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti: problematiche processuali. in Dir. Fall., 2013, 3-4, 10368 (commento alla normativa). GIORGI, poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito, in Dir. Fall., 2013, 6, 10803 (commento alla normativa) BRIZZI, Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Diritto Fall, 6, 2013, LA CROCE, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Giur. It., 2010, 11, GUGLIELMUCCI L., Diritto fallimentare gli accordi di ristrutturazione dei debiti, sesta edizione, Giappichelli, Cap XII, NOCERA, Riflessioni civilistiche sull'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in il Corriere giuridico 12/2013

giacché minori sono le eccezioni al diritto comune delle obbligazioni. Il tribunale, dunque, prenderà posizione esclusivamente sull'idoneità generale delle pattuizioni atte a rimuovere la crisi ed il disconoscimento della funzionalità equivarrà al rifiuto dell'omologa mentre l'accoglimento postulerà in sé la prededucibilità. Da quanto asserito ben emerge che le fattezze dell'articolato sono tali rendere la norma duttile, in grado di fornire risposte adeguate in contesti che si collocano agli antipodi proprio alla stregua dei collegamenti sinaptici tra le classi di cellule cerebrali che si modificano quotidianamente in relazione all'esperienza per memorizzare, apprendere, ricordare, adattarsi e dunque, sopravvivere. Del resto se il fare presuppone l'essere è naturale che in ogni opera d'umana fattura si possa scorgere, non senza continua meraviglia, un frammento della nostra stessa essenza.

8. L'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze

Nell'ultimo comma dell'art. 182 *quater* l.fall. si stabilisce che i crediti derivanti dai finanziamenti di cui al secondo comma non danno diritto al voto (e non possono costituire oggetto di adesione negli accordi) e per il loro ammontare non contribuiscono a formare il *quorum* deliberativo della maggioranza.

L'esclusione dal voto e dal computo maggioranze opera nel concordato a condizione che il tribunale riconosca la *prededuzione*, la disposizione sembra avallare la lettura che propende per la prededuzione endoconcordataria e dimostrare che il pagamento integrale comporta la perdita del diritto di voto (e dunque i soci dovrebbero essere ammessi al voto nella misura del venti per cento del loro credito non garantito in *prededuzione*). Così pure, a parere di avvertita dottrina¹²⁰ da tale disposizione si dovrebbe ricavare che tutti i crediti *prededucibili* non vanno computati ai fini del voto.

Secondo tale lettura non vanno computati ai fini del voto i crediti che sarebbero concorsuali quanto al tempo della loro insorgenza e che la legge parifica ai creditori prededucibili. Al pagamento integrale corrisponde l'esclusione dal voto. La sottrazione del diritto di voto è una risposta logica all'indifferenza del creditore rispetto alla proposta concordataria e questa indifferenza non è generata dalla previsione del pagamento integrale in sé, quanto invece dalla presenza di beni che garantiscono in ogni caso il creditore rispetto agli altri¹²¹. In tal senso l'esclusione dal voto per i creditori di cui all'art. 182 *quater* l.fall. è solo il frutto di un calcolo di probabilità in merito alla recuperabilità, in ogni caso, del credito.

¹²⁰ FABIANI, L'ennesima riforma della legge fallimentare, in *Fallimento*, 2010, 8, 895

¹²¹ BOZZA, L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti, in *fallimento*, 2009, 1443.

Opinando nel senso della non configurabilità della prededuzione endoconcordataria l'esclusione si spiega in quanto il finanziatore sarebbe indotto a votare contro la proposta di concordato al solo fine di ottenere quanto già concesso.

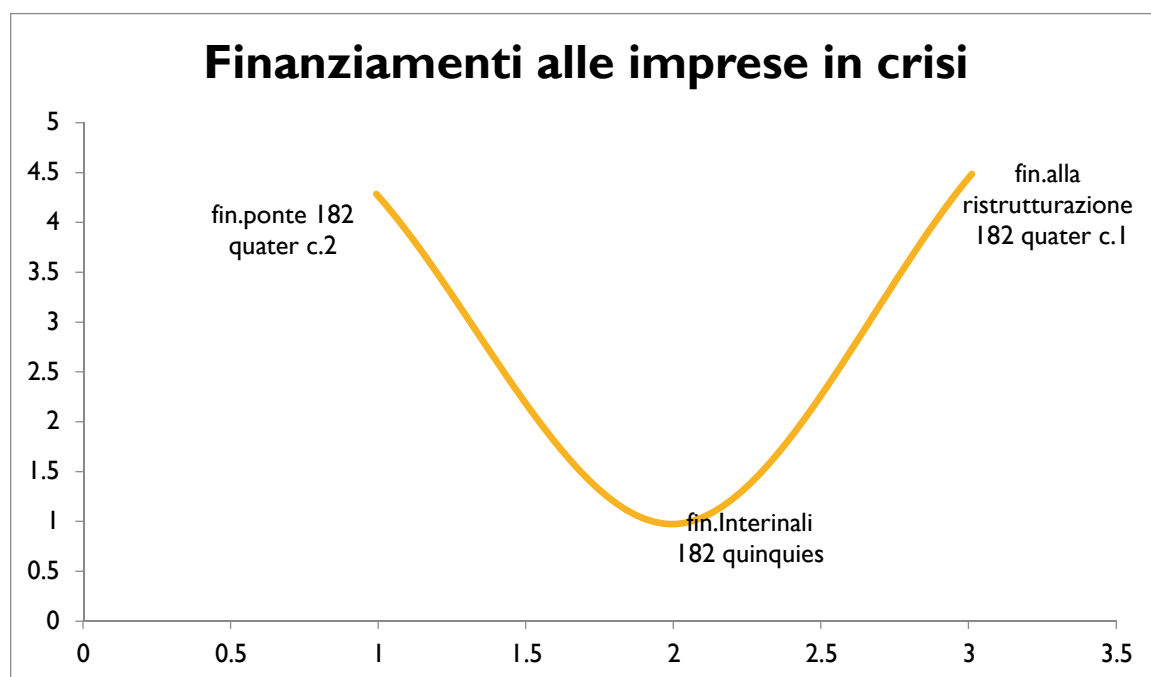
CAPITOLO II:

LA FINANZA INTERINALE E LA FINANZA ESECUTIVA

2.1 Il 182 quater comma primo: un punto ed un punto per una visione d'insieme

La finanza ponte disciplinata dall'articolo 182 quater comma secondo è un frammento; un punto appena accennato su una tela bianca. Il punto, in geometria, non possiede altezza o profondità; esso esiste avulso dallo spazio e dal tempo, in quell'assenza di dimensione in cui tutto deve ancora avere origine. Pur tuttavia; accoglie in sé la dimensione dinamica, il principio della moltitudine di possibilità infinite. Dal punto sulla tela bianca possono scaturire le visioni complesse di Magritte o il tripudio di colori delle ninfee di Monet; che mostrano la realtà in tutta la sua complessità e bellezza.

Alla stessa stregua; è dal punto della concessione di finanza ponte che si genera la parabola dell'apporto di nuove risorse nei meccanismi alternativi di risoluzione della crisi, che meglio rappresenta la complessità della realtà d'impresa in mutamento continuo. Invero, la natura del finanziamento risulta strettamente interrelata alla fase temporale dell'operazione di ristrutturazione in cui l'apporto viene elargito. Dacché; la finanza ponte rappresenta la coordinata iniziale, *l'incipit* della curva (l'iter di ristrutturazione) che discendendo riconosce il suo vertice nei finanziamenti interinali disciplinati dall'articolo 182 quinquies per poi nuovamente ascendere e giungere alla coordinata finale: i finanziamenti ristrutturativi disciplinati dal quater.



Sic, si comprende come il *182 quater* nei primi due commi tratteggi le coordinate nodali; il principio e la fine dell'iter di elargizione indissolubilmente congiunto all'iter di ristrutturazione. Dacché, conclusa la trattazione sulla finanza ponte, giova serbare al prosequio la dissertazione sulla finanza interinale e porre adesso attenzione all'esame dei finanziamenti alla ristrutturazione. *Ab intio* occorre ribadire che con la locuzione "finanziamenti alla ristrutturazione" si intendono quegli apporti che completano il risanamento dell'impresa, finanziando la ristrutturazione industriale dopo l'avvenuta ristrutturazione finanziaria, ovvero finanziando l'esecuzione del concordato sostituendo un unico interlocutore (il nuovo finanziatore) a tutti o parte dei creditori concordatari¹²².

Sia nel caso del concordato che dell'accordo, pur nel silenzio della norma, condizione implicita ma necessaria è che:« nel piano sia contenuta la specifica previsione dei finanziamenti e dei loro elementi essenziali, senza la quale né l'esperto attentatore, né i creditori sono in grado di valutare la coerenza rispetto all'esecuzione del piano e quindi, in definitiva, rispetto alla conformità agli interessi del ceto creditorio»¹²³.

Ciò detto; l'articolato di cui *all'art 182 quater* comma primo si dispone:« 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».

Orbene; onde qui risparmiare a chi legge espressioni della più vieta retorica, per ciò che attiene al pleonaso "finanziamenti in qualsiasi forma effettuati" ed al rapporto con la disposizione di cui all'art 111 l.f si veda quanto precedentemente asserito in tema di finanziamenti ponte. Giova ribadire; come il riconoscimento della prededucibilità sia qui direttamente correlato all'apporto causale/alla finalizzazione del finanziamento all'esecuzione delle obbligazioni concordatizie¹²⁴(finanziamenti ...in esecuzione) attestate nella proposta approvata dai creditori e successivamente ratificata dal tribunale. Donde tale aspetto concorre a qualificare la fattispecie sotto il profilo temporale ed induce ad inferire, quale logica conseguenza, che il *dies a quo* dell'erogazione debba intercorrere successivamente all'ingungere del provvedimento di omologazione, sia nel caso del concordato, che nel caso dell'accordo. A tal riguardo; attesa la formulazione del dato letterale dell'articolato (in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato) che pare riferire il termine omologato esclusivamente agli

¹²² STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Il Fallimento*,12,2010

¹²³ AMBROSINI, *La tutela dei finanziamenti all'impresa in crisi*, in *Trattato di Diritto Fallimentare. Le altre procedure concorsuali*, diretto da Francesco Vassalli - Francesco Paolo Luiso - Enrico Gabrielli, 14 ed.

¹²⁴ BONFATTI, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziata delle crisi*, in <http://www.ilcaso.it/opinioni/214-bonfatti-12-10-10.pdf>, 2010

accordi di ristrutturazione v'è da chiedersi se in fondo la disposizione non diversifichi ulteriormente *l'arcus temporum* attinente l'erogazione nei due casi in oggetto; postponendola *all'imprimatur* del tribunale nel caso dell'accordo e abilitando l'elargizione nel concordato a valle del decreto di ammissione alla procedura.

Invero; nonostante parte della dottrina risulti di quest'avviso,¹²⁵ l'esegesi contraria ne ha ben donde. Alla percorribilità di tesi siffatta osta la considerazione¹²⁶ che il concetto di esecuzione del concordato implica e già presuppone una previa fase in cui si addiviene all'esaurimento del contraddittorio; giacché *ex art. 175 l. fall.*, ogni creditore «può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti» (3 c) e, dopo aver espresso il voto negativo, può opporsi all'omologazione del concordato (art. 180, 2 l. fall) mentre, nell'accordo non è previsto alcun coinvolgimento dei creditori esterni, che verranno a conoscenza del provvedimento mediante la sua pubblicazione nel registro delle imprese. Dacché; il decreto di omologazione nell'accordo diviene esecutivo solo dopo che sia stata data la possibilità ai creditori e ad ogni altro interessato (art. 182-bis, 4° co., l. fall.) di dispiegare integralmente le proprie difese in due diverse sedi (opposizione all'omologazione e reclamo alla corte d'appello *ex art. 182-bis, 5° co., l. fall.*) e, dunque, allo spirare del termine per proporre reclamo alla corte d'appello *ex art. 183 l.f.* Le due norme, pur se coeve, mantengono diversità nella formulazione giacché la disposizione sull'immediata esecutività del decreto di omologazione dettata in tema di concordato preventivo non è stata replicata per gli accordi. Corollario di ciò è che: la formulazione dell'articolo 182 *quater* primo comma dovrebbe essere intesa come sintomatica della *voluntas legislativa* di subordinare l'erogazione alla sovvenuta esecutività dei provvedimenti in esame, piuttosto che come indicativa di un trattamento differenziato che presuppone l'erogazione a valle del decreto di ammissione nel concordato e, successivamente all'omologa negli accordi. Considerazione, questa, vieppiù avallata laddove ci si accinga ad esaminare i rilievi sul dilemma da più parti elargiti in dottrina. Difatti, accanto all'argomento di tenore letterale a rigor del quale¹²⁷: <<nel sistema della [legge fallimentare](#) il concetto di esecuzione del concordato

¹²⁵ AMBROSINI, *La tutela dei finanziamenti all'impresa in crisi*, in Trattato di Diritto Fallimentare. Le altre procedure concorsuali, diretto da Francesco Vassalli - Francesco Paolo Luiso - Enrico Gabrielli, 14 ed.

VITALI, *Finanza "ponte", finanza in "esecuzione" e "interinale"* (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi), in *contratto e Impr.*, 2015, 1, 167 ; DIDONE, la prededuzione dopo la l.n 134 del 2012 (prededuzione ai sensi e per gli effetti?), in *Il Fallimento*, 8, 2013

¹²⁶ Si vedano su tale argomento le brillanti dissertazioni offerte sul punto da BARTALENA, *Crediti accordati in funzione od in esecuzioni del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art 182 quater l.fall)* in *Società, banche e crisi d'impresa*, Parte IV, Sez III, Capitolo I, Mario Campobasso, Vincenzo Cariello, Vincenzo Di Cataldo, Fabrizio Guerrera, Antonella Sciarone Alibrandi pagina 2495. L'autore refuta la tesi contraria affermando: <<. Le due tesi non appaiono convincenti si è costretti ad ipotizzare una deroga all'art. 167, 2° co., l. fall. ed a sostenere l'opportunità per il debitore di procurarsi, in via cautelativa, un provvedimento autorizzativo: prospettazione che appare superflua se le norme vengono coordinate sul piano della collocazione temporale. Nel secondo caso, si crea una sovrapposizione con l'art. 182-*quater*, 2° co., l. fall. >>

¹²⁷ BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Diritto Fall*, 6, 2013, che testualmente afferma: <<Le argomentazioni a sostegno di quest'ultimo orientamento, pure

presuppone pur sempre l'approvazione dei creditori e la successiva omologazione da parte del Tribunale ...Per tale motivo, non resta che circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 182-quater legge fallim. ai finanziamenti concessi successivamente a tale momento>> si collocano le inferenze logiche relative alla ratio dell'articolo¹²⁸:<< tali finanziamenti possono dirsi esecutivi dello stesso, in un ideale sinallagma con cui la legge "premia" coloro che, scommettendo sul successo del tentativo di soluzione della crisi e rendendolo possibile, hanno contribuito ad una soluzione conveniente per i creditori. Ne consegue che il finanziamento in tanto puo` dirsi esecutivo dell'accordo o del concordato in quanto esso sia previsto e, a certe condizioni obiettivamente verificabili, dovuto a termini dell'accordo di ristrutturazione e/o degli accordi collaterali ad esso o alla proposta di concordato. >>. Donde, come da più parti sottolineato in dottrina, il nesso sinallagmatico; predicato dalla norma ai fini del riconoscimento della prededucibilità implica quali condizioni necessitate il riscontro di suddetta inferenza, prima da parte del professionista, in sede di asseverazione nel piano/proposta, successivamente dai creditori in sede di adunanza ed infine dal tribunale in sede di omologazione¹²⁹ e ciò onde si eviti che il beneficio della prededucibilità sia attribuito

se a tratti suggestive, incorrono tutte in una evidente forzatura concettuale, dal momento che nel sistema della legge fallimentare il concetto di esecuzione del concordato presuppone pur sempre l'approvazione dei creditori e la successiva omologazione da parte del Tribunale. Per tale motivo, non resta che circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 182-quater legge fallim. ai finanziamenti concessi successivamente a tale momento, salvo ammettere la prededucibilità per i soli finanziamenti autorizzati dal giudice delegato in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 167, comma 2 e 111, comma 2, legge fallim.>>.

¹²⁸ STANGHELLINI; *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, 12, 2010, che testualmente afferma:<< E` dunque esecutivo dell'accordo il finanziamento che il finanziatore e` tenuto a concedere, immediatamente per effetto dell'omologazione dell'accordo o del concordato o allorché si verificano determinate condizioni obiettive (ad esempio, il raggiungimento di un determinato livello di EBITDA), mentre non lo e` quello che il finanziatore, in base all'accordo, si riserva di concedere in base ad una sua valutazione piu` o meno discrezionale. In altre parole, il merito di credito, sia pure subordinatamente all'omologazione dello strumento di risanamento, deve essere gia` stato valutato ex ante dal finanziatore, perché altrimenti il finanziamento e` una semplice operazione di mercato ad un soggetto risanato, e non e` sinallagmaticamente volto al risanamento. Diversamente ragionando, la prededucibilità sarebbe un regalo che - a spese dei residui creditori del fallimento - verrebbe concesso a chiunque fa credito ad un debitore uscito dalla crisi, magari grazie a sacrifici di altri. Per considerazioni analoghe, mi pare, A. Nigro, La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi", secondo cui «sarebbe intimamente contraddittorio... che quello stesso credito bancario il quale, nell'eventuale fallimento seguito all'insuccesso della soluzione negoziata, viene oggi... normativamente privilegiato, con la prededucibilità, sempre e comunque, rispetto a tutti gli altri crediti possa costare, nella medesima evenienza dell'insuccesso della soluzione negoziata, fonte di obblighi risarcitori nei confronti dei titolari di questi altri crediti ove concesso, in ipotesi, con negligenza (solo il dolo, appunto, mi parrebbe consentire di superare la protezione assicurata dalla legge)».

¹²⁹ FABIANI, NARDECCHIA, in *Legge Fallimentare*, sub art 182 quater, edizione tre, Ipsoa, ritengono che:<< Il comma 1 regola la sorte dei "crediti derivanti da finanziamenti finalizzati all'esecuzione del concordato", espressione che deve leggersi come "crediti derivanti da finanziamenti finalizzati all'esecuzione del concordato omologato". Nonostante la norma non lo preveda espressamente (a differenza di quanto accade per i c.d. finanziamenti ponte) è di tutta evidenza che i crediti derivanti da finanziamenti finalizzati all'esecuzione del concordato richiamati dall'art. 182 quater l. fall. devono essere necessariamente previsti nel piano [F628], valutati nella relazione del professionista ex art. 161 l. fall. [F629], sottoposti, quale parte essenziale della proposta, all'approvazione dei creditori in sede di adunanza. La condizione del riconoscimento del beneficio della prededuzione è rappresentata dall'emissione del decreto di omologazione ex art. 180 l. fall.>>.

arbitrariamente e che si pongano in essere frodi in danno ai creditori. Del resto come ribadito da avvertita dottrina:«<. Il finanziamento, in questo frangente, si configura quindi come una delle modalità di esecuzione del piano e dunque si presenta funzionale alla realizzazione di quell'assetto di interessi programmato in sede concordataria>>¹³⁰. Da ultimo, giova avanzare la constatazione, anche questa volta da più parti dispensata¹³¹, che l'innesto del sistema nel sistema dell'articolo 182 *quinquies*, che disciplina in maniera compiuta la prededucibilità dei finanziamenti in corso di procedura, conforta tale lettura, onde precorrere antinomie di sorta. Pertanto; oggetto della norma sono: i finanziamenti finalizzati all'esecuzione delle obbligazioni concordatarie erogati successivamente all'intervenuta esecutività del provvedimento di omologa. Come è stato precedentemente rimarcato il disposto richiede una serie di condizioni implicite ai fini del

¹³⁰ DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi d'impresa*, in *Dir. Fall*, 6, 2014 afferma che:«< la prima fattispecie, disciplinata dalla norma in commento, questa si configura nei casi in cui il finanziamento sia previsto nel piano concordatario e venga erogato *in esecuzione* di questo. Il finanziamento, in questo frangente, si configura quindi come una delle modalità di esecuzione del piano e dunque si presenta funzionale alla realizzazione di quell'assetto di interessi programmato in sede concordataria. Come dicevamo nelle valutazioni preliminari, il legislatore intende agevolare tali finanziamenti riconoscendo ad essi la natura prededucibile laddove, ad esempio a seguito di risoluzione o annullamento del concordato, si dovesse pervenire alla dichiarazione di fallimento. Il finanziamento in esecuzione genera dunque un credito successivo al concordato che va poi rimborsato dal debitore, o anche dal terzo che dovesse accollarsi in tutto o in parte l'onere concordatario, o che fornisce garanzie per la sua corretta esecuzione e che, come visto, in caso di fallimento usufruisce del rango prededucibile. Essendo un credito successivo, il suo rimborso avverrà dopo il pagamento dell'onere concordatario, per cui si tratta di una postergazione concordataria compensata dalla prededuzione in caso di successivo fallimento>>.

¹³¹ NARDECCHIA, Sub art 182 quater, *Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione*, in *Codice commentato del fallimento 2015*, Edizione: III, Diretto da: LO CASCIO, Editore: IPSOA. Afferma:«< La norma non limita la prededuzione alle procedure dirette a garantire la conservazione dei valori aziendali dell'impresa in crisi. La sua formulazione pone, tuttavia, un primo dubbio, poiché la lettera della stessa sembra condizionare la prededuzione alla avvenuta omologazione esclusivamente in relazione alla fattispecie dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Si tratta di un dubbio agevolmente superabile alla luce della considerazione che il concetto di esecuzione del concordato implica e presuppone l'approvazione dei creditori e la successiva omologazione da parte del Tribunale, così da rendere riferibile la norma in esame ai soli finanziamenti concessi successivamente a tale momento [Brizzi (10), 803 ss.; Stanghellini (34), 1346 ss.]. La constatazione che l'art. 182-*quinquies* ha ampliato la prededuzione ai finanziamenti successivi al deposito della domanda ed anteriori all'omologazione conforta questa lettura della norma, rendendo palese l'imprescindibilità dell'effettuazione del finanziamento successivamente all'omologazione del concordato>>. Luigi Balestra: I nuovi finanziamenti alle imprese in crisi nel decreto sviluppo, in *Fallimento*, 2012, 12, 1401 :«< Come è dato inferire dalla lettera della norma nell'ambito dei finanziamenti posti in essere in funzione della presentazione della domanda rientrano quelli già erogati prima che questa venga presentata (pur dovendosi rilevare che il punto era pressoché pacifico anche con riguardo alla precedente formulazione della disposizione in questione, ove si parlava di finanziamenti "effettuati") (. I finanziatori (che nella versione originaria, come si vedrà, erano solo banche ed intermediari finanziari) sono pertanto privi della sicurezza della collocazione in prededuzione del loro credito, che non è automatica, ma deve essere espressamente riconosciuta dal Tribunale nell'ambito di un provvedimento di ammissione ovvero deve essere seguita dall'omologazione dell'accordo di ristrutturazione. Né, al fine di ovviare al rischio dianzi evidenziato, può essere equiparato al finanziamento erogato quello semplicemente deliberato ovvero sottoposto alla condizione sospensiva dell'autorizzazione (6) . Nessuna espressa menzione, invece, nell'ambito dell'art. 182 *quater* l.fall., per eventuali finanziamenti erogati nel periodo intercorrente fra il deposito della domanda e il provvedimento di ammissione al concordato ovvero di omologazione dell'accordo, l'ottenimento dei quali potrebbe risultare indispensabile ai fini della sopravvivenza, nel periodo intermedio, dell'impresa bisognosa di risorse liquide. Ferro, in la legge fallimentare Ed: III Editore: CEDAM Data di pubblicazione: maggio 2014

riconoscimento della prededucibilità. Invero, se pure l'articolato serba sul punto assoluto silenzio, tali finanziamenti andranno comunque asseverati nel piano di ristrutturazione e nella proposta di concordato. Ciò in correlazione alla *ratio* sottostante la norma che postula¹³²: << un ideale sinallagma con cui la legge “premia” coloro che, scommettendo sul successo del tentativo di soluzione della crisi e rendendolo possibile, hanno contribuito ad una soluzione conveniente per i creditori >>. Dunque, ripetiamo, la norma sottende l'esistenza un'inscindibile connubio tra finanziamento e risanamento. In tanto il finanziamento è valevole in quanto esso serva ad assicurare l'esecuzione delle obbligazioni assunte con il piano/proposta concordataria ai fini del miglior soddisfacimento del ceto creditorio. Corollario di ciò è che: la verifica circa la sussistenza di tale inferenza (o anche relazione sinallagmatica, o ancora nesso eziologico, meglio nesso di funzionalità del finanziamento; comunque lo si voglia appellare) sarà demandata, di primo acchito al professionista attestatore, che dovrà fare esplicita menzione analitica dell'apporto nella proposta e, successivamente, spetterà all'adunanza dei creditori, chiamati a vagliare la fattibilità e convenienza di quanto profferto dal debitore. (la soluzione, altresì, consta del placet con quanto esatto dalle Sezioni Unite¹³³ in tema di proposta di concordato; ovverosia che i creditori siano posti nelle migliori condizioni possibili, sotto il profilo informativo, al fine di operare un giudizio prognostico completo sull'offerta avanzata dal debitore) ed infine verrà rimessa al sapiente vaglio dei nostri giudici. Giova ribadire che non pare necessario che il decreto di omologa contenga un'esplicita previsione sul punto.

Quanto postulato conduce a dissertare circa il dies a quo di concessione del finanziamento; che nel concordato si collocherà a monte del decreto di apertura della procedura *ex art. 163* ovvero in sede di modifica della proposta *ex art. 175* comma 2, mentre, nell'accordo, avrà luogo anteriormente al deposito della proposta e della documentazione di cui all'*art 182 bis* comma 1. Dunque, il contratto di finanziamento stipulato tra debitore e creditore risulterà, in questo caso, per sua natura condizionato sospensivamente¹³⁴ all'evento futuro ed incerto della successiva omologazione. All'elemento esterno è annessa dignità e portata non minore di quella attribuita agli elementi essenziali; giacché esso incide sull'efficacia dell'accordo contrattuale. Il contratto, pur se immediatamente perfezionato, vede paralizzati ab initio i suoi effetti; sicché solo l'intervenuta omologazione inciderà sull'assetto di interessi in modo tale da appalesarne definitivamente l'efficacia, mentre, il soggiunto diniego, ostando all'avverarsi del presupposto di efficacia, inabiliterà il soddisfacimento del tornaconto di entrambe le parti, e, dunque, ne eliminerà retroattivamente gli effetti sì da risolverlo.

¹³² STANGHELLINI; Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione, in *Il Fallimento*, 12, 2010,

¹³³ Sul punto, v. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521; Guidotti, Il concordato preventivo dopo la decisione della Cassazione a sezioni unite, in *Dir. bancario*, 2013, in www.dirittobancario.it; Fabiani, Guida rapida alla lettura di Cass. S.U. 1521/2013, in *Fall.*, 2013,

¹³⁴ In tema di condizione sospensiva si veda l'interessante lavoro di CRISUCOLI sul preliminare condizionato sospensivamente e la violazione degli obblighi di buona fede in *Contratti* 2014, 7, 637 Cass., civ. Sez. II Sentenza, 12 febbraio 2014, n. 3207

Da ultimo; giova rimarcare che la stabilità del rimborso di tali finanziamenti si rivela ulteriormente accentuata dall'esenzione ad hoc *ex art. 67* comma 3 let e, che dispensa da revocatoria i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo omologato e, sì, rassicura il finanziatore circa la sorte del proprio tornaconto. L'altro volto della medaglia manifesta il più che giusto ragguglio tra atto votato al risanamento e dissesto; con l'*art 217 bis* che "esenta" l'imprenditore ed i suoi finanziatori dai delitti di bancarotta preferenziale (*art. 216* co. 3 l.f.) e di bancarotta semplice (*art. 217 l.f.*) per le operazioni e i pagamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato¹³⁵. Ora; se il disposto in sé merita plauso, giacché gli istituti di credito possono dirsi rassicurati dall'eventualità di concorso in bancarotta preferenziale (o semplice per aggravamento del dissesto); la formulazione della norma resta quanto mai dubbia ed ostica. Essa stabilisce una generica "esenzione" (lessico senza dubbio mutuato *dall'art 67*) per i reati più ricorrenti nei casi di esito nefasto delle soluzioni concordate della crisi di impresa; senza chiarire la natura e la definizione giuridica di tale "esenzione". Le opzioni dogmatiche che sovengono, in questo versante, sono molteplici. Invero; potrebbe trattarsi di una causa di non punibilità in senso stretto (si ritiene opportuno non perseguire un particolare comportamento tipico ed antiggiuridico), ovvero una causa di giustificazione (*rectius* scriminante che rende obiettivamente lecita la condotta tipica alla luce di un bilanciamento di interessi), o ancora "l'esenzione" potrebbe sostanziarsi nell'esclusione della tipicità penale dei fatti descritti *dall'art. 217 bis* l.f. (la disposizione muterebbe la descrizione dei fatti di reato, sottraendovi i pagamenti e le operazioni in esecuzione dei piani di risanamento). In realtà; la dottrina prevalente¹³⁶ ritiene che *l'art 217 bis* introduca "elementi negativi del fatto". Ne consegue che le fattispecie di reato e quella di esenzione andranno intese restrittivamente; giacché dal combinato disposto di tali norme emerge il confine tra lecito e illecito.

2.2 La Prededuzione dei finanziamenti esecutivi: rassegna di opinioni dottrinali.

¹³⁵Si veda: VALERIA SPINOSA, il c.d decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale, in <http://www.penalecontemporaneo.it>

¹³⁶ AMARELLI, I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?, in *Giust. Pen.*, 2011, 547; COCCO, Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare, in *Legislaz. Pen.*, 2011, 9; D'ALESSANDRO, Il nuovo art. 217 bis l. fall., in *Le soc.*, 2011, 203; MUCCIARELLI, L'esenzione dai reati di bancarotta, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 1474; ZINCANI, Il nuovo art. 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta, in *Fall.*, 2011, 518 ALESSANDRI, Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa, in *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2007, 463; INSOLERA, Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa, in *Giur. Comm.*, 2006, 461; SANDRELLI, La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali, in *Cass. Pen.*, 2006, 1300; BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, Commento agli artt. 216-241 r. d. 16 marzo 1942 n. 267, in JORIO (a cura di) *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 2729

Rispettate le condicio sine qua non di cui si è detto supra, i finanziamenti esecutivi sono prededucibili prededucibili “ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111”. Come precedentemente affermato in relazione ai finanziamenti ponte, il problema della prededucazione dei finanziamenti esecutivi negli accordi è un non problema. Invero è pacifico che ¹³⁷:<<negli accordi di ristrutturazione, è ben noto che i creditori estranei vanno pagati per intero (seppure con la moratoria di cui al nuovo art. 182-bis, comma 1) e quelli aderenti secondo le modalità e i tempi pattuiti, a prescindere dalla regola della par condicio.

Il termine prededucazione, indica l'attitudine dei crediti ad essere soddisfatti prima e al di fuori del concorso. Alla prededucazione sono, invero, riconnesse:<< tutte le ipotesi in cui vi è una rinforzata qualificazione del credito, nel senso del suo diritto all'antegrazione o, se vuolsi, all'antiorità del pagamento. Sotto il profilo semantico, infatti, in tale antegrazione parrebbe consistere, ed al contempo esaurirsi, il concetto del prededurre, nell'etimologica considerazione del prefisso latino “*prae*”, di originale derivazione indoeuropea, inteso ad attribuire un senso di antiorità o rafforzamento.>>¹³⁸.

In che cosa la prededucazione concretamente si traduca; quale sia il suo *modus operandi*, cosa comporti per i creditori coinvolti, come il beneficio passa essere inquadrato giuridicamente è tuttavia tutt'altro che pacifico. A fronte di tali dubbi di natura ermeneutica, si riscontrano, poi, limiti oggettivi alla tutela del credito, quand'anche allocato tra i crediti prededucibili, giacché:

- i) la prededucazione non può operare in caso di insufficienza dell'attivo, con la conseguenza che, in tal caso, il riparto deve avvenire “*secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità*” (art.111 *bis* L.F.);
- ii) la prededucazione non può arrecare pregiudizio ai crediti ipotecari ed a quelli pignorati, giusta il disposto del terzo comma dell'art. 111 *bis* L.F. I finanziamenti prededucibili non possono, quindi, beneficiare del ricavato destinato a siffatti creditori garantiti.

Il quadro, risulta viepiù complicato dal fatto che: la volontà del legislatore di incentivo alle soluzioni negoziate della crisi d'impresa si è in concreto tradotta, mediante le più recenti riforme, nella dilatazione e diminuzione della categoria degli atti - prodromici o interni al concordato e agli accordi - beneficiari dalla prededucazione.

¹³⁷ STEFANO AMBROSINI, op. Cit.,

¹³⁸TULLIO: *finanziamento all'impresa in crisi e merito creditizio. Una performance impossibile? In www.il caso.it, BARTALENA Capitolo I, Crediti accordati in funzione od in esecuzioni del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art 182 quater l.fall) in Società, banche e crisi d'impresa, Parte IV, Sez III, Autori: Mario Campobasso, Vincenzo Cariello, Vincenzo Di Cataldo, Fabrizio Guerrera, Antonella Sciarrone Alibrandi pagina 2495*

Comunque sia, la prededucibilità, in ossequio alla ratio di politica legislativa appena delineata, è, oggi, la prerogativa comune che contrassegna i crediti derivanti da finanziamenti connessi ad una delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa. Nell'ambito dell'art. 182-*quater* l. fall. il 1° co. qualifica come «prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111» i crediti per finanziamenti effettuati «in esecuzione» di un concordato preventivo o di un a.r.d. che sia stato omologato. Le opinioni riscontrabili in dottrina vuoi sulla configurabilità di una prededuzione endoconcordataria¹³⁹ di tali finanziamenti, vuoi sulla stabilità del provvedimento giudiziale che qualifica il credito nelle procedure alternative in sede di verifica del passivo nell'eventuale successivo fallimento sono suddivise in due distinti e contrapposti orientamenti:

1. Un primo orientamento giustifica¹⁴⁰ la prededuzione endoconcordataria per i finanziamenti c.d. ponte giacché: «in quanto anteriori alla domanda, a differenza dei primi hanno natura concorsuale ai sensi dell'art. 184 l.fall.), se destinati solo a tamponare una situazione di contingente illiquidità, come invero spesso accade per il deposito delle spese di giustizia, *ex art. 163*, comma 2, n. 4, l.fall.», mentre pare negare tale opportunità rispetto ai finanziamenti «in esecuzione». Asserendo che: «non appare logico - prima ancora che opportuno - anteporre il rimborso proprio ai pagamenti (di altri creditori) che essi erano diretti a consentire¹⁴¹.». La lettura della prededuzione *ex art. 182 quater* secondo comma come tutela dal rischio di insuccesso dell'ipotesi concordataria, pare coerente tanto con la lettera della legge («ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 111»), quanto con la funzione che detti finanziamenti sono chiamati ad esplicare. Si tratterebbe, dunque, di una sorta di

¹³⁹ Le administrative expenses di cui alla Section 507, richiamata dalla Section 726 del Bankruptcy Code, ossia i crediti sorti nella suddetta procedura di reorganization, sono destinate a diventare prededucibili nella successiva procedura di liquidazione (Chapter 7).

¹⁴⁰ Verso questa soluzione sembra orientato . INZITARI, Gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis* l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi, in *www.ilcaso.it*, sez. II, Dottrina e opinioni, 12 settembre 2011, doc. n. 263/11, 32 s. . VELLA, Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzione nel nuovo concordato preventivo, in *Fall.*, 2013, pag. 657. DE SENSI, Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi d'impresa, in *Dir. Fall.*, 6, 2014. La questione interpretativa assai delicata nasce anche dalla diversa formulazione letterale degli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* legge fallim.: mentre la prima norma riconosce la prededuzione "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l.fall." con ciò volendo dire che essa opera nel successivo fallimento; al contrario, la seconda norma riconosce la prededuzione "ai sensi dell'art. 111 l.fall." con ciò volendo probabilmente dire che essa opera all'interno del concordato sul punto v D'AMORA .Per una riconduzione della prededuzione alla sede fallimentare si veda anche, da ultimo, Cass., sez. I, 5 marzo 2012, n. 3402 (Rv. 621934), secondo la quale «Al di fuori dell'ipotesi in cui il credito si riferisca ad obbligazione contratta direttamente dagli organi della procedura per gli scopi della procedura stessa, il collegamento "occasionale" ovvero "funzionale" posto dal dettato normativo deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale da garantire la sola stabilità del rapporto tra terzo e l'organo fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura in quanto inerisce alla gestione fallimentare. In questa prospettiva, la prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio». ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Il Fallimento Rivista*, 2011, 889 s.

¹⁴¹ VELLA op ult cit., : «Sembrando «schizofrenico» il comportamento di un finanziatore che con una mano dà e con l'altra, subito, si riprende».

postergazione concordataria, pur bilanciata dalla - futura ed eventuale - prededuzione fallimentare. *Ad adiuvandum*, secondo gli esponenti di tale dottrina la postergazione concordataria accompagnata dalla futura prededuzione fallimentare è giustificata dal fatto che: << in presenza di risorse scarse per soddisfare i creditori estranei l'allargamento della esposizione debitoria, conseguente alla erogazione del credito da parte delle banche, renda impossibile o comunque metta in pericolo la soddisfazione integrale dei creditori estranei...in questi casi sarà necessario che le banche finanziatrici, al fine di evitare che i finanziamenti erogati possano avere un effetto opposto a quello per il quale vennero effettuati e quindi mettano in pericolo la ristrutturazione del debito, che con l'accordo si intende raggiungere, accettino di postergare tali crediti alla soddisfazione dei creditori estranei in modo tale da realizzare anche il loro interesse al buon esito dell'accordo di ristrutturazione ed accedere alla soddisfazione concordata dei loro crediti. In questo contesto il risultato potrebbe quindi consistere nel trattamento del credito da restituzione dei "finanziamenti ponte" effettuati dalla banca, dapprima quali crediti postergati nell'ambito dell'accordo, mentre successivamente nel fallimento, che dovesse essere dichiarato in caso di inadempimento dell'accordo, nel trattamento in prededuzione dello stesso credito, che in questo contesto verrebbe assunto come funzionale al perfezionamento di una procedura di ristrutturazione che non ha avuto buon esito>>¹⁴². Infine vi è chi motiva che nonostante: << la poco felice formulazione della rubrica dell' *art. 182 quater*, l.fall., lascerebbe quasi intendere che si voglia stabilire la prededucibilità dei crediti tassativamente previsti già in sede di concordato preventivo, in virtù di un piano liquidatorio volto al soddisfacimento dei creditori secondo regole diverse da quelle previste per la liquidazione fallimentare .. con la previsione perentoria della prededucibilità di determinati crediti, la libertà del debitore, nel decidere l'ordine e la misura di pagamento dei suoi creditori nella predisposizione del piano concordatario, risulterebbe evidentemente arginata. Sennonché, tale interpretazione sarebbe da escludere in forza dell'inciso, contenuto nella norma, che fa riferimento alla prededucibilità "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111" della medesima *legge fallimentare* e ciò sarebbe sufficiente "a confermare che la prededuzione in questione potrà operare solo nella successiva ed eventuale procedura fallimentare, con intangibilità del potere dispositivo del debitore nella configurazione del contenuto del piano>>

2. Un secondo orientamento¹⁴³ ritiene che come nel caso del finanziamento-ponte, anche nel finanziamento in esecuzione la prededucibilità operi non soltanto nel fallimento, ma anche nel

¹⁴² INZITARI ult cit.

¹⁴³ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, da p.1346, pp. 1353 e 1359, BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, da p. 811 (e in *Giur. comm.*, 2011, I, da p. 342), pp. 812 s., DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione (art. 182-bis l. fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, I, da p. 8, p. 13, Id ., *Il controllo*

concordato preventivo, e dunque, il credito derivante da finanziamento si configuri come un debito di cui il piano non solo può, ma deve prevedere il pagamento integrale. Secondo costoro: «È sufficiente riflettere che nessun istituto di credito concederebbe un finanziamento-ponte con la speranza di far fallire il finanziato perché solo in tal modo potrebbe recuperare la somma erogata per il finanziamento. La prededuzione *ex art. 182 quater*, l.fall., dunque, opera innanzitutto nell'esecuzione del concordato (o dell'accordo) e solo nell'ipotesi di insuccesso della soluzione concordataria opera in sede fallimentare»¹⁴⁴. La corrente dottrinale pare motivare l'inquadramento con l'asserzione dell'incongruità di una ratio legis che accordasse al finanziamento una tutela forte solo nel caso di crisi più grave, relegandolo al rango dei crediti concorsuali in caso di crisi risolta mediante concordato. La conclusione consta dell'argomento che la stessa norma consente il finanziamento in esecuzione della presentazione della domanda di concordato preventivo, e sarebbe illogico che questo finanziamento desse diritto ad un pagamento integrale solo nel fallimento e non nel concordato che ha contribuito a rendere possibile.

Vi è poi chi¹⁴⁵ concorda con la dottrina favorevole alla prededuzione endoconcordataria, che l'art. 182 *quater* intenda favorire il rimborso dei finanziamenti anche nel corso dell'esecuzione del concordato, o nel corso della esecuzione dell'accordo di ristrutturazione. Pur tuttavia asserisce che: «in queste procedure la prededuzione assume però un significato particolare, e comunque diverso da quello che il termine ha nel fallimento, nel senso che essa indica la attitudine dei crediti prededucibili ad essere soddisfatti prima e fuori dai riparti stabiliti dal commissario giudiziale o dal liquidatore: e la attitudine dei crediti prededucibili ad essere tutelati con azioni giudiziarie ordinarie di cognizione di esecuzione e cautelari. Anche nell'ambito delle procedure minori, però, è obbligatorio applicare il principio di parità di trattamento e la graduazione tra i debiti di massa. È prevedibile però che la mancanza di un procedimento di verifica, e la mancanza di una

giudiziale sulla nuova prededuzione del finanziamento dei soci "postergabile", in Fallimento, 2011, da p. 1085, pp. 1087 s., Id., La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti"?), ivi, 2013, da p. 913, pp. 920 ss., come pure FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2012, da p. 898, pp. 905 e 908, NARDECCHIA, in *Codice commentato del fallimento* diretto da LO CASCIO, II ed., Milano, 2013, *sub art. 182 quater*, da p. 2202, pp. 2211 s. e 2216, . TERSILLA, *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?*, in *Dir. fall.*, 2012, I, da p. 350, pp. 366 s., testo e nota 40, S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, da p. 470, p. 474, Id., *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso e E. Gabrielli, Vol. IV, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, da p. 3, p. 441, FERRO-F.S. FILOCAMO, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, III Ed., Padova, 2014, *sub art. 182 quater*, da p. 2598, pp. 2604 s. e 2613 s., e BARTALENA, *Crediti accordati in funzione od in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-quater l. fall.)*, in *Società, banche e crisi d'impresa, Banche. Mercati finanziari. Crisi d'impresa*, Torino, 2014, da p. 2945, pp. 2963 s.

¹⁴⁴ DIDONE, *Concordato preventivo, diniego di prededuzione e rimedi*, in *Fallimento*, 2012, 7, 823

¹⁴⁵, *le precisazioni di BASSI, La illusione della prededuzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011

vera e propria fase di ripartizione dell'attivo, contribuiranno a complicare, di non poco, la applicazione della prededuzione al concordato preventivo e, ancora di più, negli accordi di ristrutturazione>>.

Ancora, vi è chi¹⁴⁶, infine, interpreta a modo suo facendo leva sulla diversa formulazione dell'articolo 182 *quater* rispetto a quella presente nell'articolo 182 *quinquies* e condendo il tutto con una comparazione *ex art.* 10, co. 3-bis di cui alla disciplina del sovraindebitamento, prevista dalla legge 27.01.2012, n. 3, utilizza l'interpretazione letterale per attribuire al legislatore "un approccio sofisticato alla materia da parte del legislatore" (a parere di chi scrive immeritato). La protezione del credito del finanziatore vuoi ai sensi del comma uno, vuoi ai sensi del comma due dell'art. 182-*quater* per l'autore è descritta con l'espressione: "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111". *Sic*, egli argomenta:<<Il significato appare chiaro: contiene un riferimento descrittivo ("ai sensi") ed uno operativo ("per gli effetti"), il primo è di uso comune allorché si voglia richiamare la disciplina di un istituto, il secondo indica lo spazio di efficacia, di operatività che si intende attribuire mediante il richiamo (nell'ambito della legge fallimentare, l'art. 120, co. 3). L'uso congiunto (e inedito nel contesto della legge fallimentare) delle due modalità di aggancio normativo, ragionevolmente assume il seguente duplice significato: a) la prededuzione accordata dall'art. 182-*quater* al finanziatore è quella descritta dall'art. 111 (che indica l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione con conseguenziale il richiamo all'art. 111 bis che determina la disciplina fallimentare del credito prededucibile): resta individuata per questa via la tipologia e il contenuto della protezione; b) la prededuzione accordata dall'art. 182-*quater* ha lo stesso ambito di operatività dell'art. 111, che è norma operante all'interno del fallimento>>. Con riferimento ai crediti per finanziamento sorti in esecuzione o in funzione del concordato preventivo (o di un accordo di ristrutturazione) L'autore ipotizza una prededuzione "forte" (nel concordato e nel successivo fallimento) a fronte di una prededuzione "debole" (id est solo endoconcordataria), in quanto l'art. 182*quater l.f.*, che la prevede, utilizza l'espressione "ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111".

Tale concezione viene però refutata da arguta dottrina¹⁴⁷:<<Va innanzitutto respinta l'idea che una distinzione tra prededuzione "forte" e prededuzione "debole" possa reggersi sulla differenza di enunciati del richiamo "ai sensi e per gli effetti" anziché solo "ai sensi", ossia "secondo quanto è disposto dall'art. 111 l.fall.". Non esiste in alcuna disposizione del testo originario del codice di procedura civile l'enunciato "ai sensi e per gli effetti" così come non ricorre mai quell'espressione nel testo originario della *legge fallimentare* del 1942 mentre più volte le disposizioni sia del codice di procedura che della *legge fallimentare* contengono l'enunciato "ai sensi" dell'articolo o degli articoli. È comparso, quell'enunciato, nel

¹⁴⁶ D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, www.osservatorio-oci.org,

¹⁴⁷ DIDONE, *la prededuzione dopo la l.n 134 del 2012(prededuzione ai sensi e per gli effetti?)*, in *Il Fallimento*, 8, 2013

codice di procedura civile con la novella del 1990 (art. 186 *ter*). Alla stessa conclusione conduce un'indagine sul codice civile, ove solo con una novella del 2010 (strana coincidenza temporale) è stato inserito in tre articoli un rinvio operato "ai sensi e per gli effetti" (artt. 2343 *quater*, 2444 e 2443, modificati dal *D.lgs. 29 novembre 2010, n. 224*). Sembra un rafforzativo - nato nella pratica forense - l'enunciato "ai sensi e per gli effetti". Compare nel 1978 nella legge sulle locazioni (art. 9, *comma 4, L. n. 392/1978*: "Gli oneri (oneri accessori: spese pulizia etc.) di cui al primo comma addebitati dal locatore al conduttore devono intendersi corrispettivi di prestazioni accessorie a quella di locazione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1 a del *decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 633* ") mentre in tempi più recenti il legislatore impiega l'enunciato "a norma" dell'articolo richiamato. Nella circolare 20 aprile 2001 della Presidenza del Consiglio dei Ministri contenente la "Guida alla redazione dei testi normativi" l'enunciato "ai sensi e per gli effetti" è del tutto assente, mentre negli esempi di disposizioni contenenti un rinvio ad altre norme l'enunciato impiegato è quello del legislatore del 1940: "ai sensi". Ciò premesso, se fosse vera la regola per la quale l'enunciato "ai sensi" contiene un riferimento descrittivo, di uso comune allorché si voglia richiamare la disciplina di un istituto mentre l'enunciato "per gli effetti" avrebbe contenuto operativo indicando lo spazio di efficacia, di operatività che si intende attribuire mediante il richiamo, occorrerebbe concludere che in tutte le disposizioni (tutte nel testo del 1942) in cui il legislatore ha operato un richiamo "ai sensi" di una determinata norma, di questa sarebbe stata richiamata la disciplina ma non anche gli effetti. Così, ad esempio (ma gli esempi sarebbero tantissimi) l'art. 127 l.fall., secondo cui i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede, "ai sensi" dell'articolo 124, terzo comma, la soddisfazione non integrale, sono considerati chirografari per la parte residua del credito, richiamerebbe soltanto la disciplina e non anche gli effetti dell'art. 124. Oppure, l'art. 130 là dove afferma che quando il decreto di omologazione diventa definitivo, "il curatore rende conto della gestione ai sensi dell'articolo 116 ed il tribunale dichiara chiuso il fallimento" andrebbe letto nel senso che è richiamata la disciplina del rendiconto ma non anche gli effetti di cui all'art. 116. L'art. 136 prevede che, accertata la completa esecuzione del concordato, il giudice delegato ordina lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche e il provvedimento è pubblicato ed affisso "ai sensi dell'art. 17". Cioè con le stesse modalità ma senza che ne scaturiscano gli stessi effetti. D'altra parte, è sufficiente il richiamo all'uso che nelle sentenze della Corte costituzionale è fatto - indifferentemente - ora all'una ora all'altra formula del rinvio per escludere definitivamente qualsiasi valore ermeneutico alla distinzione degli enunciati sopra precisati>>>.

Se sul tema non vi è, dunque, unanimità di posizioni. Peggio che andar di notte qualora si analizzino gli orientamenti ¹⁴⁸ in merito alla stabilità del provvedimento di riconoscimento della prededuzione nell'eventuale sede di verifica del passivo (qualora intervenga il successivo fallimento).

Sic, un primo orientamento ritiene, limitatamente al caso dei finanziamenti effettuati “in esecuzione di un concordato preventivo” (o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato), che la prededucibilità “ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111” è disposta, direttamente e de plano, dall'art. 182-*quater* co. 1 l.f.; Appare, dunque evidente: «< la superfluità di ogni ulteriore controllo sui finanziamenti in esecuzione, in quanto destinati all'attuazione di una proposta concordataria già ammessa, approvata ed omologata. La statuizione emessa dal giudice non sembra rivisitabile in sede di verifica fallimentare, in termini di utilitas effettivamente dispiegata. Tale conclusione risulta viepiù avallata dal fatto che i crediti per i finanziamenti in esame, avendo riguardo al caso del concordato preventivo, potevano già essere considerati prededucibili in base all'art. 111, 2° co., l. fall., in quanto «sorti in occasione» di una procedura concorsuale. L'espressa qualificazione in tal senso contenuta nell'art. 182-*quater*, 1° co., l. fall. ha una sua valenza precettiva, che consente di attribuire a detti crediti un regime di maggiore stabilità nell'eventuale fallimento successivo del debitore. La norma apporta una forma di tutela preventiva, apparentemente destinata a scardinare l'esclusività della competenza sull' accertamento del passivo (art. 52 l.fall.), anche se, come è stato

¹⁴⁸BIANCHI., *La ripartizione dell'attivo*, in AA.VV. *La riforma del fallimento*, Milano, 2007, 109-120; BOGGIO L., *Crediti sorti in funzione del concordato preventivo: prededuzione... ma non troppo*, *Fall.*, 2009, 1415- 1426; BOZZA., *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006; BOZZA., *La ripartizione dell'attivo*, in Jorio A.-Fabiani M. (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 577-673; BRUSCHETTA., *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, *Fall.*, 2008, 1210-1212; CAIAFA ., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006; CATALLOZZI P., *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, *Fall.*, 2008, 436-444; CAVALAGLIO, *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali*, D.f., 2010, I, 449-480; COSTA C., *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, D.f., 2010, I, 531-542; D'AMORA R., *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, www.osservatorio-oci.org, 2013, 1-30; DE CRESCIENZO U.-MATTEI E.-PANZANI L., *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2006; FABIANI M., *I crediti da immettere nei periodi di riparto*, *Comm. Jorio- Fabiani, Agg.*, Bologna, 2008, 48-49; FERRO M., *Ristrutturazione dei debiti (accordi di)*, in *Tratt. FERRO, Insinuazioni al passivo*, 2 ed., III, 1029-1049; Grossi M.R., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006; GUIOTTO A., *Il credito del professionista nella consecuzione di concordato preventivo in fallimento*, *Fall.*, 2010, 578-583; IANNELLO B., *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2006; Lamanna F., *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006; MARONCELLI C., *Concordato preventivo e appalti pubblici: le recenti modifiche all'art. 118 d.lgs. 163/2006*, *IFallimentarista.it*, 2014, 1-4; Mazzocca D., *Gli organi: il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori*, in *Tratt. Ragusa-Maggiore-Costa*, I; PACCHI S., *Commento sub art. 111bis l.f.*, in Nigro A.-Sandulli M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006; PAJARDI P., *Codice del Fallimento*, Milano, 2001; Quagliotti L., *Il fallimento convenuto in revocatoria e la prededucibilità del debito di restituzione di pagamento revocato*, *Fall.*, 2010, 179-186; QUATRARO B.-QUATRARO M., *La riforma del fallimento, commento alla riforma in G.dir.dossier n. 5/2006*, 63-70; ROVERONI R., *Ripartizioni dell'attivo, nuovi profili con prudenza*, NDS, 2006, 33-37; TARZIA G., *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, D.f., 2010, I, 543-550; ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006; ZOPPELLARI M., *Commento sub art. 111bis l.f.*, in SANTANGELI F. (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, 547-551; Vella P., *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, www.ilcaso.it, II, 320/2012, 1-52.

sottolineato in concreto a decretare la prededuzione non è un giudice diverso da quello fallimentare, ma lo stesso organo collegiale concorsuale¹⁴⁹.

Tale opinione viene però refutata da numerosi¹⁵⁰ esponenti di altra dottrina: «<< la statuizione di cui all'art. 182 *quater* fa conseguire il diritto alla prededuzione che non può "essere rimessa in discussione dal giudice nel successivo fallimento, in seno all'accertamento del passivo, dovendosi concedere il rango di prededucibile al finanziamento che ancora fosse rimasto insoddisfatto»>> *Ad adiuvandum*: «<< la prededuzione, che non è una qualità del credito (altrimenti varrebbe, come il privilegio, anche fuori della procedura), ma solo una modalità processuale di pagamento, è destinata a valere soltanto nella procedura in relazione alla quale è sorta ed è accertata, con le modalità proprie di quella procedura; una cosa, infatti, è l'accertamento (se tale può essere definito), sommario e sulla base degli atti e delle dichiarazioni della parte, che il tribunale fa nel decreto di ammissione alla procedura di concordato con riserva (per il finanziamento in funzione) o nel decreto di omologazione del concordato (per il finanziamento in esecuzione) e, tutt'altra cosa, ed è un vero accertamento, è ciò che scaturisce da un procedimento, che è costituito dalla verifica del passivo e dall'opposizione allo stato passivo, in contraddittorio con gli interessati e con la possibilità di impugnare la specifica decisione sulla prededuzione, che mancano nel concordato preventivo, in cui non vi è mai una vera e propria "decisione giudiziale" sulla prededuzione del credito del finanziatore»>>. Ancora, illustre dottrina ha affermato che sarebbe: «<<a dir poco singolare, perché il giudice che provvede sull'omologazione dell'accordo di ristrutturazione non può disporre alcunché con riferimento ad una futura ed eventuale procedura di fallimento che dovesse essere successivamente aperta. Dunque, l'enunciato normativo è frutto di "difettosa formulazione e significa solo che il giudice dovrà "verificare" che i crediti siano sorti in funzione dell'omologazione ed espressamente darne atto, spettando poi agli organi della futura ed eventuale procedura fallimentare il disporre la prededucibilità"»¹⁵¹. Infine altra dottrina, coadiuvata dai

¹⁴⁹ Finanziamenti dei soci e infragruppo, in Postergazione e finanziamenti societari nella crisi di impresa, cit., 60 ss. Per approfondimenti sul tema si rimanda a P. Vella, Finanziamenti dei soci e infragruppo cit., 31 ss. BARTALENA *Crediti accordati in funzione od in esecuzioni del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art 182 quater l.fall)* in Società, banche e crisi d'impresa, Parte IV, Sez III, Capitolo I, Autori: Mario Campobasso, Vincenzo Cariello, Vincenzo Di Cataldo, Fabrizio Guerrera, Antonella Sciarrone Alibrandi pagina 2495

¹⁵⁰ STANGHELLINI, Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione, in questa Rivista, 2010, 1346 ss., par. 10, il quale aderisce all'opinione manifestata da Bonfatti, Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità, relazione svolta al Convegno Nazionale di Reggio Emilia, 8 ottobre 2010, Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi, in www.ilcaso.it; 12 datt. , NARDECCHIA, *sub art. 111 in Codice commentato del fallimento diretto da G. Lo Cascio*,

¹⁵¹ NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Bessone, Torino, 2012, vol. XXV, 93.

precedenti della suprema corte¹⁵², argomenta :<< . Si aggiunga che la sede fallimentare, così come rinveniente dalle ultime riforme, è stata chiaramente indicata dal Legislatore come la sede esclusiva di ogni accertamento, anche dei crediti prededucibili (come di quelli che godono dell'esenzione dal concorso sostanziale, ma non dal concorso formale, i.e. il credito fondiario), ai sensi degli artt. 52 e 111bis, norme non derogabili, in quanto attengono alla competenza funzionale del giudice e della specifica sede processuale, nonché ai principi regolatori della materia concorsuale, che impongono un accertamento contestuale ed in pieno contraddittorio di ogni credito. Per quanto riguarda i rapporti tra l'*art. 182quater* e l'*art. 111 l.f.*, il primo prevede un giudizio del tribunale sulla prededucibilità di un credito (in funzione-in esecuzione) formulato *ex ante*, che vale, in chiave prognostica, per il solo concordato, se ed in quanto esso vada a buon fine; giudizio effettuato senza contraddittorio e senza impugnabilità della specifica decisione, presumendosi l'utilità futura per la massa dei creditori concordatari, il secondo impone invece una valutazione sulla prededucibilità effettuata *ex post*, a fallimento dichiarato, in contraddittorio ed impugnabile, che tiene conto stavolta della concreta ed effettiva utilità per la massa, che non si può più presumere, ma va accertata di volta in volta dal giudice della procedura in cui essa vuole essere fatta valere>>.

Infine l'orientamento "creativo"¹⁵³ asserisce:<<mentre per il credito del finanziatore interinale (o in occasione), l'*art. 182quinquies l.f.* adopera l'espressione "prededucibili ai sensi dell'*art. 111*", con ciò a significare che l'accertamento compiuto dal tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'*art. 182quater*, in sede di ammissione alla procedura di concordato con riserva per i crediti del finanziatore anteriore (o in funzione), oppure in sede di omologazione del concordato per i crediti del finanziatore successivo (o in esecuzione), sarebbe da considerare "forte", "comportando la definitività della valutazione *ex ante* non più scrutinabile dal giudice dello stato passivo" nella eventuale successiva procedura fallimentare ,mentre l'accertamento solo "ai sensi" non avrebbe altrettanta efficacia ultrattiva, non travasandosi in modo automatico nell'eventuale successivo fallimento>>.

2.3. La prededuzione: una personale ricostruzione

¹⁵² Cass., 05/03/2014 n.8534 Cass., 24/04/2013 n.5705, Cass., 10/05/2012 n. 7166,Cass., 28/02/2012, n. 3402, Cass., 05/03/2014 n. 5098. Tutte in: www.iusexplorer.it

¹⁵³ D'AMORA, ult. Cit.,

Da quanto esposto, quasi sembrerebbe che la nozione di predeuzione appartenga alle soluzioni concordate della crisi d'impresa quanto la nozione di destra e sinistra appartiene alla matematica; direbbe Sartori. Se la matematica non è un'opinione, l'opinione non è verità matematica. Eppure, nonostante la scienza giuridica sia per antonomasia una scienza d'opinione, circa il fatto che la questione sulla predeuzione in genere (ad adiuvandum quella sul *182 quater*) sia di logica circolare (ovvero un vorticoso girotondo di sconclusionatezze), è impensabile discettare.

Orbene, il dato fattuale è che l'articolo *182 quater* riconosce la predeuzione ai finanziamenti esecutivi di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato.

Se sul punto siamo tutti in accordo; varcata tale soglia per coesione non si può procedere oltre.

Difatti, l'ambito di operatività dell'istituto e il suo *modus operandi* all'interno delle soluzioni concordate restano oggetto di continue discettazioni. Il quadro che si presenta d'innanzi ai nostri occhi appare estremamente parcellizzato in un "florilegio" di opinioni dottrinarie di varia natura e struttura¹⁵⁴. L'unica asserzione, di carattere eminentemente oggettivo, che sovviene è che le conseguenze di tale inferno logico esegetico nel quale il nulla si connette al nulla, rischiano di determinare un grave disincentivo alla concessione dei finanziamenti in oggetto¹⁵⁵. Si propenda per la tesi estensiva o restrittiva, ciò che resta auspicabile è la chiarezza e la stabilità sul punto che garantiscano al finanziatore certezza sulla sorte di ciò che si accinge a concedere.

¹⁵⁴*Ex Multis: FERRI; in tema di predeuzione fallimentare, in Corriere Giur., 2015, 4, 449; DIDONE, Concordato preventivo, diniego di predeuzione e rimedi, in Fallimento, 2012, 7, 823 (nota a sentenza) FABIANI, Predeuzione "speciale" ex art. 182 quater l.fall., e regime di impugnazione, in Foro it., 2011, I, 2532. V., peraltro, le precisazioni di BASSI, La illusione della predeuzione, in Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2011, 826 ARMELI, I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra predeucibilità e postergazione, in fallimento Rivista, 2011, 889 s. DIDONE, Il controllo giudiziale sulla nuova predeuzione del finanziamento dei soci postergabile, in Società, 2011, 1085 ss D'AMORA, La nuova predeuzione, Relazione svolta al Convegno organizzato dall'OCI, Le ricerche sulle prassi giudiziarie e le caratteristiche delle imprese: l'istruttoria prefallimentare e lo stato passivo, Bari 8-9 ottobre 2010, in www.osservatorio-oci.org, VELLA, Le nuove predeuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti, in Fallimento, 2013, 9, 1141 (commento alla normativa) BALESTRA: I nuovi finanziamenti alle imprese in crisi nel decreto sviluppo, in Fallimento, 2012, 12, 1401, FABIANI, L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate, in Fallimento, 2012, da p. 898, pp. 905 e 908, G.B. NARDECCHIA, in Codice commentato del fallimento diretto da G. Lo Cascio, II ed., Milano, 2013, sub art. 182 quater, da p. 2202, pp. 2211 s. e 2216, S. TERSILLA, La predeucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?, in Dir. fall., 2012, I, da p. 350, pp. 366 s., testo e nota 40, AMBROSINI, I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012, in Dir. fall., 2012, I, da p. 470, p. 474, Id., Il concordato preventivo, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso e E. Gabrielli, Vol. IV, Le altre procedure concorsuali, Torino, 2014, da p. 3, p. 441, M. Ferro-F.S. Filocamo, in La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico, a cura di M. Ferro, III Ed., Padova, 2014, sub art. 182 quater, da p. 2598, pp. 2604 s. e 2613 s., e BARTALENA, Crediti accordati in funzione od in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-quater l. fall.), in Società, banche e crisi d'impresa, Banche. Mercati finanziari. Crisi d'impresa, Torino, 2014, da p. 2945, pp. 2963 s*

¹⁵⁵ DE SENSI, Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi d'impresa, in Dir. Fall, 6, 2014

Sic, nei contorni evanescenti dell'odierna scienza giuridica della crisi, liquida quanto la società di cui è lo specchio, dove tutto sembra svanire nella tirannica ricerca di realizzazione che corre con il prossimo istante e con la prossima riforma, lasciando tutti insoddisfatti, eclissando troppo velocemente ogni pretesa di affezione a quanto imparato, a quanto ci è appartenuto; sì da inabissare ogni pretesa di coerenza e stabilità(fattori prodromici per la costruzione di un'identità giuridica stabile che, ad onta delle vaghe affermazioni di principio, rappresenta l'incipit per una reale riflessione ed un reale dibattito) un po' di storia non fa mai male. Dacché; ad onta della normativa "a tempo", l'interrelazione del sapere giova, e qui prevale sul fare che prevarica il pensare, sulle mere asserzioni di principio, su quella tanto conclamata retorica. Dacché; è giunto il tempo di entrare nel dibattito e prendere posizione esplicita.

E' interessante constatare come, del significato del termine prededuzione nel vocabolario Treccani non vi sia alcuna menzione, ad onta, risibilmente, di tutti i dibattiti sul punto¹⁵⁶. Pur tuttavia; se ne trova traccia nel :<< Corso di dritto francese secondo il codice civile del signor Duranton>>.Il tomo risale al 1840 e, al paragrafo 176 , nel contesto del titolo dedicato al contratto di matrimonio recita:<< La parola prededuzione vien da praecipere o da proe e capere, prendere prima della divisione e sulla massa divisibile; suppone, adunque, divisione di questa massa fatta da colui che ha il dritto di prededurre: è una precapienza fatta da costui.>>.Dacché; l'etimo del termine per sua propria natura presuppone:

- ✓ Che vi sia una massa attiva limitata da dividere tra due o più soggetti
- ✓ Che il percipiente ottenga ciò che gli spetta al di fuori del concorso con i concorrenti.

Dovuto o non dovuto al fatto che la nostra codificazione è erede di quella francese, ovvero al comune ceppo linguistico neolatino, comunque è innegabile che la valenza etimologica del sintagma dal 1940 ad oggi è affatto mutata. Se parola sta a contenitore come significato sta a contenuto, (mentre purtroppo prededuzione oggi sta ad x) è interessante notare come il termine non ricorre nel codice di commercio del 1882¹⁵⁷. Pur tuttavia; ciò che viepiù manifesta identità sostanziale a quanto insito nella stessa etimologia del sintagma è la deduzione dal concorso delle spese di giustizia e amministrazione per la procedura di fallimento (art 809)

¹⁵⁶ La voce sussiste esclusivamente quale riferimento al diritto amministrativo e così recita: prededuzióne s. f. [comp. di pre- e deduzione nel sign. 4]. – Nel diritto amministrativo, detrazione preventiva di una determinata somma da un dato ammontare prima di operare su questo successive operazioni contabili (per es., la detrazione, dal reddito globale annuo, delle somme spese per cure mediche affinché non vengano gravate fiscalmente).

¹⁵⁷ Si vedano: BRUSCHETTA, *Mutamenti legislativi e adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, in *Fallimento*, 2008, 10, 1209, Trib. Treviso Sez. II Dec., 16 giugno 2008, CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2013, pag. 773, LO CASCIO, *La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi e interpretativi*, in *Fallimento*, 2015, 1, 5.

che non avrebbe potuto aver luogo qualora gli organi deputati alla sua gestione fossero stati costretti al concorso con gli altri creditori. L'uomo, come ebbe a dire Ernst Cassirer, vive di simboli ed astrazioni. In allora però, per i nostri arguti giuristi, non fu rilevante l'appellativo fenomenologico affibbiato all'istituto; quanto la rilevazione dell'operatività sostanziale. Questo perché era: << indiscutibile che potessero essere pagati fuori del concorso i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e non quelli anteriormente contratti dal fallito >>¹⁵⁸. Invero, già a quel tempo, dibattuta ne fu la qualificazione dogmatica; da taluni identificata in uno speciale privilegio e da altri assimilata ad una qualità procedurale con cui i crediti dovevano essere soddisfatti¹⁵⁹. Del resto, prioritariamente se da una parte l'assimilazione non può essere postulata perché il privilegio presuppone il concorso; è pur vero che il pagamento preferenziale, come qualsiasi altro privilegio, aveva una sua evidente causa. Difatti, nessuno avrebbe prestato la propria attività per amministrare il fallimento se fosse stato costretto al concorso con i creditori e vieppiù falcidiato nella soddisfazione delle proprie pretese. La storia palesa sull'istituto giuridico ciò che alla mera etimologia del termine pare denegato; si tratteggiando il terzo elemento connotativo dell'istituto giuridico quale oggi da tutti conosciuto:

- ✓ l'esistenza di una causa legittimante il pagamento preferenziale.

Dunque, ai fini della risoluzione del problema di operatività dell'istituto in generale e, *ad adiuvandum*, rispetto ai finanziamenti di cui al *182 quater* comma 1 in particolare, dobbiamo risolvere la seguente proporzione: pagamento preferenziale al di fuori del concorso sta a causa legittimante come prededuzione sta ad x.

- ✓ pagamento fuori concorso: causa legittimante = prededuzione: x

Per risolvere il quesito dobbiamo comprendere l'operatività delle tre variabili innanzi esposte.

Sovviene, dunque, ai fini della risoluzione, l'analisi diacronica.

¹⁵⁸ BRUSCHETTA, op. ult. Cit.,

¹⁵⁹ . BONELLI, Del fallimento, I, Milano, 1938-1939, 506.

PROVINCIALI, Manuale di diritto fallimentare, II, Milano, 1964, 1304; cui, aggiungi, BONSIGNORI, Il fallimento, Padova, 1986, 685.

Della menzione terminologica non vi è riferimento neppure nel testo originario della legge fallimentare. Difatti; l'articolo 111 vecchia formulazione sottraeva al concorso le spese occorrenti all'amministrazione del fallimento mediante decreto del giudice delegato. La relazione stabiliva che tali spese dovevano avere «la preferenza assoluta» sugli altri pagamenti. La pretesa soddisfattoria avveniva, dunque, in deroga all' art. 52 l. fall. La forma cambia ma la sostanza non muta.

Si inizia a parlare di prededuzione negli anni settanta quando la giurisprudenza del supremo collegio ampliò il pagamento preferenziale ai crediti sorti nel corso dell'amministrazione controllata giacché: «<< banche o fornitori mai sarebbero entrati in commercio con l'impresa in amministrazione controllata senza la certa garanzia di essere pagati in via preferenziale, in caso di posteriore fallimento. Senza, cioè, la garanzia di non essere costretti a subire il concorso coi creditori anteriori all'ammissione alla minore procedura. Se questa tutela non fosse stata assicurata, nessuna amministrazione controllata avrebbe potuto ab initio ammettersi>>¹⁶⁰ e, dunque, per tal modo allargando il beneficio ad una particolare categoria di crediti che, in quanto conseguenti a debiti contratti dal fallito, avrebbero invece dovuto andare assoggettati alla falcidia concorsuale ai sensi dell' art. 52 l. fall. Giova ribadire come: la ratio del pagamento preferenziale fosse in piena armonia con quanto statuito dall'art 111 l.f comma due vecchio testo, ovvero, consentire l'amministrazione corretta della procedura concorsuale minore ed inoltre, come la prededucibilità del credito finalizzato al migliore svolgimento della procedura fosse garantito, si badi, alle volte nella stessa amministrazione controllata prima che nel fallimento:¹⁶¹ «<< per cui: «il contratto di somministrazione, disciplinato dagli artt. 1559 e seg., c. c., come contratto di durata, dando luogo ad un rapporto unitario con riguardo al sinallagma sia genetico che funzionale, implica la continuazione di questo anche nel corso della procedura di amministrazione controllata, alla quale il somministrato sia ammesso, posto che difetta, per essa, la previsione di automatico scioglimento dei rapporti in atto, propria del fallimento; pertanto, nel caso in cui a detta procedura segua quella liquidatoria, atteso il nesso di consecutività e di interdipendenza che lega la seconda alla prima, trova applicazione l'art. 74, 2° comma, R. D. 16 marzo 1942, n. 267, con la conseguenza che il debito contratto dall'impresa, sia anteriormente all'ammissione controllata che nel corso di essa, per le forniture somministrate, deve essere soddisfatto in prededuzione».

La tendenza giurisprudenziale all'ampliamento del novero delle fattispecie preeruttive è continuata nel tempo. A tal riguardo; giova ribadire che le sollecitazioni dottrinali propendevano nella direzione di una totale parificazione tra spese sorte in occasione od in funzione dell'amministrazione controllata e spese sorte in occasione o in funzione del concordato preventivo. Il fine era quello di assicurare coloro che mettevano a disposizione mezzi ed attività necessari al buon esito del concordato. La prededuzione smise, pertanto, di essere soltanto un modo improprio di fattura giurisprudenziale per indicare l'unico caso di pagamento

¹⁶⁰ BRUSCHETTA op. ult. Cit.

¹⁶¹ Cass., 5 febbraio 1993, n. 1444,

preferenziale legislativamente previsto. Trasformandosi nel nome iris indicante la fattispecie giuridica utilizzata per ricomprendere ogni eccezione alla generale regola del concorso di cui all' art. 52 l. fall. Il legislatore, recepì l'orientamento giurisprudenziale preesistente e trasfuse la fattispecie evolutasi nel tempo, assieme al nome iuris, nel nuovo testo dell'articolo 111 comma secondo: <<sono crediti prededucibili quelli sorti in occasione ed in funzione delle procedure concorsuali>>. Muta la forma; ma la sostanza resta intatta: la prededuzione indica la fattispecie di crediti da pagarsi fuori concorso aventi quale causa legittimante il nesso genetico consistente nella finalizzazione delle controprestazioni sottostanti i crediti al migliore svolgimento della procedura concorsuale, aggiungerei, di qualsiasi tipo di procedura concorsuale e non solo del fallimento. Dunque la proporzione è risolta così:

- ✓ pagamento fuori concorso: causa legittimante = prededuzione: migliore svolgimento della procedura concorsuale

Orbene, atteso quanto postulato, di fronte al testo dell'articolo 111 comma secondo l.f che si recita: << Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1) >> .Le opzioni interpretative che in astratto sovengono e di cui occorre vagliare la correttezza sono le seguenti:

- a) La disposizione sancisce la prededucibilità dei crediti nella specifica procedura concorsuale di volta in volta utilizzata (quindi nel ns caso concordato);
- b) La disposizione sancisce la prededucibilità dei crediti derivanti da procedura concorsuale anteriore solo nel successivo fallimento;
- c) La disposizione sancisce la prededucibilità dei crediti nella procedura anteriore (concordato) e nel successivo fallimento;

L'ipotesi a è refutata argutamente da Panzani¹⁶², mediante una logica argomentativa che muove da una premessa differente a quella qui sottesa, ma, che può essere utilizzata “a cascata” ai fini di coadiuvare ciò

¹⁶² PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet giuridica, edizione 2012.

che qui si vuole postulare. L'autore, muove dalla sussistenza del principio di *consecutio procedurarum* (requisito essenziale per il riconoscimento della prededuzione nel successivo fallimento) e, argomentando in base agli orientamenti di legittimità e di merito in tal versante, giunge a refutare l'ipotesi contraria. Invero, si consenta, l'autore ne ha ben donde, giacché il Supremo Collegio ha avuto occasione di pronunciarsi più volte a tal proposito (cito, giacché dir meglio di così non si potrebbe): «avendo la procedura di concordato preventivo e quella di fallimento alla base la medesima situazione sostanziale, non è possibile attribuire rilievo decisivo agli aspetti procedurali dell'iniziativa di un creditore o del pubblico ministero ed al fatto che lo stato d'insolvenza deve essere effettivamente accertato, quando la dichiarazione di fallimento si palesa quale unico sbocco necessario della crisi d'impresa»¹⁶³ *Ad adiuvandum*, tale pronuncia richiama nelle sue motivazioni l'art 111 comma 2; chiarendo definitivamente la posizione della Corte sul punto. Tale posizione risulta viepiù avallata dai recenti orientamenti: «il credito del professionista sorto per la redazione del concordato preventivo e per la relativa assistenza, va soddisfatto in via di prededuzione ai sensi dell'art. 111, co. 2, l. fall., che ha portata generale ...senza che in senso contrario possa essere rievocata la limitazione alla prededucibilità prevista dall'art. 182 quater»

Tale esegesi si rivela ancor più meritevole laddove si riguardino gli effetti dispiegati dalle sentenze della S.C in ottica sistemica. Invero, l'interpretazione postulata risulta calzante¹⁶⁴ con a) l'art. 111 l. f. ed il suo riferimento ai crediti sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali b) l'art. 69-bis c2 l. f. recante l'espressa menzione della retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria dalla data di pubblicazione della domanda di concordato qualora ad esso segua la dichiarazione di fallimento.

Ne consegue, seguendo il ragionamento a implicazione logico matematica, che se a è condizione sufficiente per b e b è condizione necessaria per a (nella parte in cui postula la prededuzione nel successivo fallimento) la verità parziale di b induce ad asserire la falsità dell'ipotesi a.

Dunque, le alternative su cui è lecito indugiare sono le seguenti:

- b) La disposizione sancisce la prededucibilità dei crediti derivanti da procedura concorsuale anteriore solo nel successivo fallimento

¹⁶³ Cass., 6/8/2010, n. 18437, *unijuris.it*; Cass., 11/11/2010, in *Dir e Giur*, 2010.

¹⁶⁴ FABIANI, *Prededuzione "speciale" ex art. 182 quater l.fall., e regime di impugnazione*, in *Foro it.*, 2011, I, 2532. V., peraltro, le precisazioni di BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 826:

CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5, 2013, pag. 773,

- b) La disposizione sancisce la prededucibilità dei crediti nella procedura anteriore (concordato) e nel successivo fallimento

Dacché, muovendo da una consecutio eminentemente logica, che postula che i mezzi precedano i fini e che lo strumento venga prima del prodotto; tocca discettare sulla natura e la ratio dell'istituto per capire se, ed entro quali limiti, possa postularsene l'operatività nel concordato. Tradotto in termini comprensibili ai più, occorre chiedersi della qualificazione dogmatica (cosa è) e, da questa, inferirne l'operatività. (prima cosa è, poi, come e se funziona).

Sulla natura del beneficio in esame si riscontrano le seguenti opinioni dottrinarie:

- a) Un primo orientamento, ravvisa nella funzione di realizzare correttamente i principi che regolano il concorso e, di sottrarre all'aggressione dei creditori procedenti le somme necessarie alla soddisfazione dei crediti della procedura esecutiva; la caratteristica precipua che concorre a connotare il beneficio come ¹⁶⁵ :<<una qualifica del credito di natura procedurale, di natura processuale, che attribuisce ad un creditore il diritto di essere pagato con precedenza rispetto a qualunque altro creditore che partecipa al concorso, ancorché privilegiato.>>
- b) Un secondo orientamento ¹⁶⁶ , sembra incline ad ammettere una natura c.d. sostanziale della prededuzione; trattandosi di una qualità del credito relativa ad un'obbligazione che, pur se contratta da un organo della procedura, è comunque riferibile al debitore. Alla luce del nuovo art. 111 co. 2 e del suo generico riferimento alla funzionalità rispetto alle «procedure concorsuali di cui alla presente legge», la prededuzione «assurge a nuova categoria sostanziale della concorsualità». L'orientamento pare, altresì, trarre sostegno da una risalente pronuncia del Supremo Collegio a Sezioni Unite; ¹⁶⁷allorché, statuendo sull'accertamento concorsuale anche dei crediti prededucibili sorti in sede di a.s., chiarisce che l'imprenditore risponderà sempre con il suo patrimonio del credito prededucibile non soddisfatto nella procedura in cui risulta accertato e, nella quale, è «sul piano sostanziale» che fruisce di un regime premiale rispetto agli altri creditori concorrenti *ex art.* 52.

¹⁶⁵ MANDRIOLI, La ripartizione dell'attivo, la chiusura del fallimento e l'esdebitazione del *fallito in il Caso.it*, 2007. PARENTE F., *Della tutela dei diritti* 2015 Art. 2745, *Fondamento del privilegio*, Commentario al codice civile a cura di Giovanni Bonilini, Augusto Chizzini, UTET, 2015

¹⁶⁶ D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia* 2013, in *www.oci.org*, 5; V. anche VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, II, 320/2012,

¹⁶⁷ Cass., Sez. Un. Civili, 21 novembre 2002, n. 16429 in *www.iusexplorer.it*

Se il dispiegarsi dell'effetto dipende dalla causa o, meglio, se l'esito dipende dal mezzo impiegato allora comprendere la natura del mezzo risulta essenziale. Se non è chiara la natura dell'istituto non possiamo aspettarci che ne sia chiara l'operatività.

La prima tesi potrebbe essere vera e la seconda falsa o viceversa; oppure potrebbe essere possibile *un terzium ed un quartum datur*.

Dall'analisi storica emerge che: il collegamento al concorso e la causa legittimante, che si sostanzia nella finalità di un migliore svolgimento della procedura, sono elementi tipici della fattispecie (si veda la proporzione). Da ciò si potrebbe inferire che:

- le tesi riportate sono entrambe vere. La prededuzione potrebbe essere un istituto "ibrido". Invero, essa mantiene in parte un carattere assimilabile a quello del privilegio; giacché il pagamento preferenziale trova cagione nella particolare meritevolezza della natura del credito che, in quanto sorto in occasione o in funzione di procedura concorsuale, ne consente la più che corretta esplicazione (riferimenti analoghi: nel c.c. l'art 2777 nel dettare l'ordine tra i privilegi mobiliari generali o speciali statuisce che i crediti aventi ad oggetto spese di giustizia sono preferiti anche sui crediti assistiti da pegno o ipoteca) Per altro verso, tuttavia, ne trapassa i confini giacché prescinde dalla concorsualità. Ciò detto, vero è che prescindendone indirettamente la presuppone e presupponendola concorre a determinare un requisito per la sua stessa operatività. Il beneficio al di fuori del concorso, unito all'assetto di interessi per cui il contratto è stipulato portano ad opinare che la maggiore rilevanza sociale o giuridica accordata al credito trovi esplicazione se, ed in quanto, la soddisfazione del credito e quindi la realizzazione dell'interesse della parte sia tautocrona rispetto a quella della massa (in mancanza di condizione sospensiva il contratto ha efficacia immediata e le parti sono tenute ad eseguire le obbligazioni contratte attualmente integralmente e nel rispetto dell'obbligo di buona fede e correttezza) giacché, l'assetto di interessi statuito contrattualmente dalle parti presuppone già l'esistenza di un concorso attuale non eventuale, futuro ed incerto e, *ad adiuvandum*, a quello stesso concorso consente un beneficio. Del resto è proprio per tal motivo che la meritevolezza gli viene riconosciuta. Dunque, di per sé la prededuzione presuppone la natura tautocrona del sinallagma e la soddisfazione dell'interesse prima e al di fuori di altri giacché anche la soddisfazione della massa con l'esecuzione degli obblighi contrattuali è immediata.

- Il termine *prededuzione* potrebbe assumere valenza omnicomprensiva ed essere considerato alla stregua di un *genus*; *genus* di cui le singole previsioni legislative in concreto considerate costituiscono *species* e caratterizzato da:
 - ✓ il collegamento con il concorso
 - ✓ una qualità del credito relativa ad un'obbligazione che, riporta una concreta utilità per la massa dei creditori e che, in quanto tale, ha la funzione di realizzare correttamente i principi che regolano il concorso.

Tale qualificazione dogmatica sarebbe avallata dal dato legislativo; in base al quale esistono crediti *prededucibili* così qualificati da specifica disposizione di legge, crediti *prededucibili* in occasione e crediti *prededucibili* in funzione. *Ad adiuvandum* ha il pregio di discostarsi e prescindere dall'operatività in concreto delle singole fattispecie considerate; giacché può operare, a seconda dell'articolazione legislativa, solo nel fallimento oppure solo nel concordato o in entrambi. Da questo punto di vista la tesi di chi ipotizza l'esistenza di una "prededuzione forte" e di una prededuzione debole ne uscirebbe vieppiù avallata.

Orbene, chi scrive propende per il *terzium datur*. Dunque, se il nesso legittimante il beneficio attribuito al credito è connesso all'esplicazione della procedura concorsuale alternativa, si potrebbe correttamente argomentare che: in quella procedura medesima il credito, cui il nesso fa da corollario, dovrebbe venir soddisfatto con preferenza perché da essa il beneficio nasce e, *ad adiuvandum*, nel successivo fallimento. Del resto, alla luce dell'art. 111 co. 2, ed al suo generico riferimento alla funzionalità rispetto alle "procedure concorsuali di cui alla presente legge", la prededuzione, come è stato autorevolmente evidenziato in dottrina, «assurge a nuova categoria sostanziale della concorsualità»¹⁶⁸, che persiste anche in difetto di *consecutio* per il decorso di un apprezzabile intervallo temporale tra le due procedure. Pur tuttavia, in molti ritengono che l'istituto abbia la sua sede precipua nella procedura fallimentare e, dunque, la prededuzione esclusivamente *ivi* debba operare. La pretesa di tipicità; è stata argomentata traendo spunto dalla collocazione delle norme ordinamentali che disciplinano compuntamente forma e sostanza del beneficio in questione unite all'inferenza del tacito mancato richiamo dell'art 169 alle suddette norme. Ad onor di vero, dappure, conto bisogna darne giacché la logica sottostante l'argomento certo non manca in coerenza. Eppure, si potrebbe dire che l'immagine mente. L'associazione visiva che s'impone alla mente di ciascuno con prepotenza è atemporale, aspecifica. Ci mostra un effetto senza dar conto della causa. L'astrazione che si dispiega deduttivamente e pensa per concetti, a contrario, è meno friabile; giacché seppure muove da un dato visivo, conto ne dà diversamente opinando, mediante una strutturazione che cerca la causa reperendo dati d'assieme, vagliando ipotesi ed al contempo confutandole ai fini di sondare l'intrinseca

¹⁶⁸ D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in www.oci.org

natura degli effetti. In breve cerca di dar conto della natura stessa del problema. Del resto parafrasando Galileo: noi conosciamo la profondità non di per sé et assolutamente ma per contrasto rispetto al chiaro et allo scuro. È la ragione che dovrebbe parlare alla vista e non viceversa. *Rectius*, parlando come nell'accademia si suole: l'interpretazione deve parlare al dato legislativo ai fini di collocarlo in armonia sistemica. *Sic*, occorre argomentare in maniera più avvertita avendo riguardo ai dati d'assieme, alle inferenze logiche, ai dati storici, e vi premetto, conto sarà dato in primis della natura e della ratio del beneficio giacché in base alla natura del beneficio il quesito va risolto.

Sic, si può controbattere con quanto postulato dal recente orientamento del Supremo Collegio :<< Il collegamento dei crediti prededucibili con le procedure concorsuali, espressamente previsto dal nuovo testo della norma in esame, ha consentito di affermare che la prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte all'interno della procedura, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio: in tal senso depone il duplice criterio cui è subordinato il riconoscimento della prededucibilità, al di fuori dei casi in cui essa costituisca il risultato di un'espressa qualificazione di legge, dovendosi ritenere che, attraverso la limitazione del beneficio ai crediti sorti "in occasione o in funzione" di procedure concorsuali, il legislatore abbia inteso riferirsi in via alternativa ad obbligazioni derivanti da attività svolte nell'ambito della procedura o, comunque, strumentali alle finalità della stessa. E' stato infatti precisato che, al di fuori dell'ipotesi in cui il credito si riferisca ad obbligazioni contratte direttamente dagli organi della procedura per gli scopi della procedura stessa, il collegamento occasionale ovvero funzionale posto dal dettato normativo deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico nè solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale a garantire la sola stabilità del rapporto tra il terzo e l'organo fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura, in quanto inerisce alla gestione fallimentare¹⁶⁹ (. In tal senso depone anche la L. Fall., art. 67, comma 3, lett. g), il quale, sottraendo alla revocatoria fallimentare i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti dall'imprenditore alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alla procedura di concordato preventivo, conferma ulteriormente il regime di favore introdotto al fine d'incentivare il ricorso a procedure concorsuali diverse da quella liquidatoria del fallimento>>.

Sic; se *intelligere* significa andare oltre il mero dato fattuale, ancora più giuridicamente, la corte muove dal fatto al concetto; inferendo dal dato letterale della disposizione presente nell'art 111 comma secondo l'esistenza di un collegamento dei crediti prededucibili con la specifica procedura concorsuale in cui essi trovano genesi, si giungendo, infine, ad afferrare la portata autentica del sintagma.

¹⁶⁹ Cass., Sez.I, 7 marzo 2013, n. 5705, Cass., 5 marzo 2012, n. 3402

Giova ribadire che: anche parte della dottrina più risalente e moderna propende nel senso anzidetto asserendo che la prededucibilità sussista, nel fallimento, nella liquidazione coatta e nel concordato preventivo cui fa seguito il fallimento¹⁷⁰.

Ad adiuvandum, per una lettura in ottica sistemica è incline altro autore che avvertitamente osserva :<< La soluzione della prededucibilità dei crediti prededucibili sorti durante il concordato preventivo anche nel fallimento consecutivo sarebbe confermata dal fatto che il legislatore abbia previsto all'art. 67, comma 3, lett. e) l'esonero dalla revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione della procedura preventiva ¹⁷¹>>.

Dai rilievi finora esposti ben si capisce che il mero dato letterale non risulta decisivo; giacché l'astrazione logico deduttiva prevale sull'immediatezza della lettura di un dettato legislativo oscuro, che dà per dimostrato ciò che priamente va postulato. Del resto, la lettura correttiva di disposizioni dissonanti con il plesso normativo omnicomprensivamente inteso; non è estranea al nostro sistema giacché ad esempio l'articolo 51 estende il divieto di azioni esecutive e cautelari per i crediti maturati durante il fallimento. Tale ultima espressione si colloca in evidente distonia con quanto statuito dall'art 111 l.f; giacché possono esistere crediti prededucibili sorti anche prima del fallimento. Insomma, si rivela quasi vieta tautologia affermare che di tale disposizione debba postularsi un'interpretazione correttiva, giacché opinando in senso contrario si giungere al risultato aberrante di affermare che i crediti preducibili anteriori al fallimento possano essere tutelati con azioni esecutive e cautelari e quelli successivi no, con evidente irragionevole disparità di trattamento.

Ad adiuvandum, si pensi a quanto prescritto dall'art. *111-bis 3* che prevede, nel caso di capienza dell'attivo, la soddisfazione al di fuori del riparto dei crediti prededucibili sorti nel corso del fallimento, dacchè si dovrebbe inferire, che esistono crediti prededucibili sorti in funzione e/o in occasione di procedure concorsuali anteriori al fallimento che, tuttavia, non possono essere oggetto di soddisfazione anticipata al di fuori del procedimento di riparto. Ciò ha indotto la dottrina a sostenere una interpretazione estensiva della disposizione di cui all'art. *111-bis3*, e sì applicando la stessa a tutti i crediti prededucibili di cui all'art. 111 2 l. fall.

¹⁷⁰ AA.VV. (A. Silvestrini), *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro - Sandulli - V. Santoro, Tomo II, Torino 2010,1553. Si veda pure LAMANNA, Cit., supra, 2, secondo il quale «la prededuzione - va subito chiarito - può certamente spiegare effetti ed utilità all'interno di ciascuna procedura per il creditore cui è attribuita, poiché consente non solo un pagamento immediato (a differenza di quello ordinario che deve seguire modalità e tempi dei riparti), ma anche integrale e al di fuori del concorso, senza soggiacere - se si tratti di crediti in origine privilegiati - ai limiti della capienza dei beni oggetto della prelazione (art. 160, comma 2, l. fall.); [...] ciò esclude dunque l'attendibilità della prima tesi, che vorrebbe esercitabile la prededuzione solo nel fallimento»

¹⁷¹ LO CASCIO, La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi e interpretativi, in *Fallimento*, 2015, 1, 5.

Certamente la cagione di tutte le discrasie e delle liti sul tema è da ascrivere ad una trasposizione della creazione giurisprudenziale in legge che ha rescisso il corpo calloso di un sistema tutto sommato coerente; trasformando il paziente in uno split brain. Non vi è stata mediazione alcuna di teoria generale; Parafrasando Bassi¹⁷²: il legislatore nell'intento di favorire il ricorso alle soluzioni concordate ha usato un istituto di cui non conosceva l'esatta portata, << ma nessuno si offenderà se dico che il legislatore non sa esattamente cosa è la prededuzione >>. La conseguenza è che: l'emisfero sinistro del paziente (l'interprete), nel nostro caso gli interpreti, sono ostacolati fortemente nella loro creazione di rappresentazioni delle norme logiche e funzionali al comune senso di coerenza; mentre l'emisfero destro (il legislatore) ha seguito il suo obiettivo senza darsi conto e causa delle azioni intraprese; con la conseguenza che la coscienza degli effetti (che senza i giuristi non funziona) è stata pari a zero. Se tra i due emisferi (legislatore e interprete) non vi è comunicazione, allora non v'è nemmeno da stupirsi che ognuno vada per suo proprio conto. Questione connessa, correlata e collegata, finalmente ci siamo arrivati, è la prededuzione dei finanziamenti esecutivi di cui al quater comma primo. Allora va detto che ricostruita la natura e la ratio del beneficio discettare sull'operatività nel 182 quater appare più semplice.

Orbene, si ricorda, da quanto esposto *supra*, che la norma in oggetto è *lex specialis*; in quanto statuisce ipotesi di prededucibilità che sussistono se, ed in quanto, le previsioni normative ivi presenti vengano rispettate. Si ricordano, altresì, le dissertazioni sulla rubrica bipolare ed infelice (cap. 1 par 5) e sulle diatribe interpretative cagionate da un esposto che alla stregua di giano (cap. 1 par 6) guarda a due vie ed unifica strutturazioni differenti di realtà per ordine e grado.

Dunque, atteso che il requisito prodromico alla sussistenza della prededuzione è la concorsualità, atteso che il beneficio è di natura sia sostanziale che processuale ed è attribuito se, ed in quanto, la prestazione derivante dall'obbligazione del debitore risulti immediatamente utile al migliore svolgimento della procedura e *ad adiuvandum* al migliore interesse del ceto creditorio non si può che concludere, ancora una volta, per la natura tautocrona dell'operatività. Dacché parificati o meno, logica o non logica, irragionevolezza o meno, una è la natura dell'istituto. Di un medesimo istituto deve postularsi una lettura correttiva che congetturi un *modus operandi* in armonia con la sua ratio sostanziale. Dunque parificati o meno, ai sensi e per gli effetti o no, la prededuzione dei finanziamenti esecutivi (che in quanto tali apportano vantaggi immediati alla massa dei creditori) opera, ad avviso di chi scrive, già nel concordato preventivo de quo e, *ad adiuvandum*, nel successivo fallimento. La prededuzione opera in ogni procedura che appellarsi concorsuale possa; sia essa passata, presente o ancora da inventare. In quanto da e con la concorsualità scaturisce ed in essa ha cagion d'essere e legittimazione, mentre, fuori da essa senso alcuno.

¹⁷² BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 826.

L'articolo 182 *quinquies* rappresenta il fuoco della parabola del finanziamento alle imprese in crisi supra delineata. Ciò da l'idea dell'estrema importanza dell'articolato normativo oggetto d'esame. Del resto, attese le inferenze attinte dalla storia dell'istituto, della lettera della norma, e dalla relazione accompagnatoria al D.L.n.83/2012 esso è vieppiù parificabile, per chi alla terminologia bellica risulta avvezzo, ad un missile balistico; arma utilizzata nelle guerre di posizione. Nel momento in cui vengono lanciati, la traiettoria dei missili balistici e la loro gittata sono state già decise dalla forma e dalla posizione della rampa di lancio e dalla quantità di esplosivo che la bomba contiene. Si può calcolare con errore minimo o nullo il punto di impatto, che può essere scelto cambiando la posizione della rampa di lancio o la quantità di esplosivo contenuto nella bomba. In questo senso, il legislatore ha agito da buon artificiere, giusta la taratura inerente traiettoria e gittata, che risulta varata ad hoc dalla mano legislativa, nella creazione e nella modifica della terza tipologia di finanziamento, appellato dall'accademia come "interinale". Difatti, il risalente l'intervento introduttivo colma una lacuna presente nell'impianto precedente e prende intrinsecamente contezza dei limiti dell'intervento riformatore effettuato ex ante. L'inesistenza di un mercato della finanza interinale, sempre nella *mens legislatoris*¹⁷³, era stata, difatti, valutata quale causa impeditiva alla tempestiva risoluzione della crisi d'impresa. Orbene; al di là di valutazioni di stampo puramente macroeconomico sull'individuazione delle cause e degli interventi idonei a far fronte alla crisi d'impresa (sui quali si potrebbe discettare ad oltranza); occorre pure asserire che più o meno la valutazione in merito alla sussistenza della lacuna, giusta il disposto dell'art 182 *quater*, risultava fondata. Difatti la "confusionaria" formulazione (l'appellativo confusionaria rispetto ad altri risulta essere un complimento) dell'articolo 182 *quater* prevedeva, e a tutt'oggi prevede, due tipologie di finanziamento:

- ✓ finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182 bis l.fall., che godono del beneficio della prededucibilità ai sensi dell'art. 111 l.fall. (comma 2), mentre, in caso di rimborso, potrà trovare applicazione l'art. 67, comma 3, lett. e) l.fall., che sancisce l'irrevocabilità dei pagamenti posti in essere in esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo omologato;

¹⁷³BALESTRA: *I nuovi finanziamenti alle imprese in crisi nel decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, 12, 1401, FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2012,; ACCETELLA; *I finanziamenti alle imprese in crisi in regime di pre concordato dopo la legge n.132/2015* Dir. Fall., 2016, 1, 50 BIANCHI, *La ripartizione dell'attivo*, in *AA.VV. La riforma del fallimento*, Milano, 2007, 109-120; BOGGIO, *Crediti sorti in funzione del concordato preventivo: prededuzione... ma non troppo*, *Fall.*, 2009, 1415- 1426; BOZZA., *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006; BOZZA., *La ripartizione dell'attivo*, in *Jorio A.-Fabiani M. (a cura di), Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 577-673; BRUSCHETTA., *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, *Fall.*, 2008, 1210-1212;

- ✓ 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 parificati ai primi sub conditione che siano previsti dal piano o dall'accordo e purché la prededuzione venga espressamente riconosciuta dal Tribunale nel provvedimento di ammissione al concordato preventivo ovvero purché l'accordo di ristrutturazione sia omologato.

Dacché, l'accademico comprenderà, nella formulazione della norma di finanziamenti che sopperissero al fabbisogno finanziario dell'imprenditore nelle more dell'intervenuta ammissione all'iter ristrutturativo e fino all'ingiungere del provvedimento di omologazione non vi era e non v'è traccia. Sic, il legislatore ha inteso sopperire dapprima mediante l'introduzione del 182 quinquies (che attribuisce il beneficio della prededucibilità ai finanziamenti contratti dal debitore dopo la presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una proposta di accordo),¹⁷⁴ e, successivamente, mediante le recenti modifiche apportate con d. l. 83 /2015 convertito in legge 132 /2015 che ha introdotto nell'articolo un nuovo comma terzo ed al contempo modificato il comma primo¹⁷⁵. La strategia "risanatoria" del legislatore si colloca, dunque, oltre giacché giusta il calcolo con errore minimo o nullo del punto di impatto la "nuova" formulazione del quinquies intende superare l'interpretazione restrittiva del vecchio 182 quinquies l.f. prevalente in giurisprudenza che esclude la facoltà, per il tribunale, di autorizzare finanziamenti interinali in corso di preconcordato, laddove non si disponga di un piano ed una proposta definitivi e *ad adiuvandum* si prevede che il debitore possa chiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre in via d'urgenza finanziamenti funzionali a urgenti necessità per l'esercizio dell'attività aziendale. Il panorama viene, altresì, completato, dalle previsioni presenti nell'art. 217 bis l.fall., che, nell'elencare le esenzioni dai reati di bancarotta, stabilisce che le disposizioni di cui agli artt. 216, comma 3 e 217 l.fall., oltre che ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato non si applicano neppure "ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182 quinquies.

¹⁷⁴ BRIOLINI, I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012, in Banca, borsa, tit. cred., 2013, I, p. 688; BRIZZI, Le fattispecie, cit., FABIANI, Fallimento e concordato preventivo, cit., p. 467 s., BELTRAMI, La disciplina, cit., ; in giurisprudenza v. Trib. Terni, 6 febbraio 2012, in Fallimento, 2012, p. 823 s.

¹⁷⁵ In tema si vedano: AMBROSINI, *il nuovo diritto della crisi d'impresa e prossima riforma organica; ed 2016*, Zanichelli, Antonio Tullio: *finanziamento all'impresa in crisi e merito creditizio. Una performance impossibile?* In www.ilcaso.it; Cfr., il Decreto Legge 17 giugno 2015 n. 83, Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2015 n. 132; Atti Parlamentari, Camera dei Deputati n. 3201, Disegno di Legge presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Ministro dell'Economia e delle Finanze e dal Ministro della Giustizia.

Pur tuttavia si rivela mera tautologia asserire che, anche in tal caso, i proclami, gli incensamenti ed i fasti affibbiati all'articolato sembrano sovradimensionati rispetto alla reale portata innovativa di quanto *ivi* prescritto. Dacché; cerchiamo di ritornare con i piedi saldamente ancorati ad un terreno che presenta la stessa contiguità e interezza di un campo minato; accingendoci ad un'esegesi tutt'altro che semplice. Invero occorre tener conto del fatto che la norma, pur muovendo da un medesimo animus, disciplina ipotesi affatto diverse, viepiù correlate ad improprietà terminologiche e linguistiche che generano un quadro interpretativo affatto parcellizzato. Corollario di ciò è che: le incertezze e le diatribe interpretative ed applicative cagionate dal coro di voci dissonanti si riverberano sulla valenza pratica dell'istituto in esame.

Orbene, in ossequio all'articolazione della rubrica che fa riferimento a: «Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti» il viepiù citato articolo 182 *quinquies* allude ad un insieme di operazioni eterogenee che si estrinsecano lungo *l'iter* della manovra di risanamento prescindendo dalla strategia in concreto stabilita. Giova, pure, ribadire che l'operatività di alcune fattispecie *ivi* disciplinate è questione oggetto di discettazioni in dottrina.

Sic, i primi quattro commi dell'esposto regolamentano la concessione di finanza interinale. L'intento sotteso all'articolazione normativa ed alla sua recente modifica, nella *mens legislatoris*, sarebbe quello di incentivare l'elargizione di nuovi apporti al fine di contrastare il fenomeno del c.d. *credit crunch* concorsuale e sì in tal modo incentivare il successo degli iter di ristrutturazione. Per la percorribilità del processo esegetico occorre, dunque, effettuare una quadripartizione in chiave tassonomica; per poi procedere ad un'analisi compiuta delle singole fattispecie. Dacché, riepilogando, abbiamo:

- ✓ I finanziamenti interinali funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato e nel preconcordato art 182 *quinquies* comma 1;
- ✓ I finanziamenti interinali come supra funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori negli accordi di ristrutturazione dei debiti art 182 *quinquies* comma 1;
- ✓ I finanziamenti interinali cautelari funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale nel concordato art 182 *quinquies* comma 3;
- ✓ I finanziamenti interinali cautelari funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale negli accordi art 182 *quinquies* comma 3;

Dacché ci si accinge ad entrare in *medias res* e ad esaminare le singole fattispecie *ivi* disciplinate.

Orbene, entriamo in *medias res* tramite una lettura del primo comma “riformato” che così recita : << Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori>>.

Ab inizio, è opportuno segnalare che il sintagma “anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo” è uno dei recenti “dialelli innovativi”¹⁷⁶ o, se si vuole, una sorta di petizione di principio volta a controbattere l’abitudine inveterata della giurisprudenza volta a negare il ricorso alla finanza interinale laddove non siano stati previamente presentati piano e proposta. Del resto, la relazione illustrativa è apodittica a tal proposito:<< le modifiche di cui al comma primo sono volte a meglio chiarire che il tribunale può autorizzare il debitore a contrarre finanziamenti prededucibili nella delicata fase che ha inizio con il deposito della domanda “prenotativa” di cui all’articolo 161 sesto comma e dunque, prima che siano stati predisposti il piano e la proposta proprio al fine di consentire che ciò avvenga>>¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Inserito assieme agli altri mediante D.L. 83/2015 e legge di conversione n 132/2015 – MISURE URGENTI IN MATERIA FALLIMENTARE, CIVILE E PROCEDURA CIVILE E DI ORGANIZZAZIONE E FUNZIONAMENTO DELL’AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA

¹⁷⁷ Atti Parlamentari, Camera dei Deputati n. 3201, Disegno di Legge presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Ministro dell’Economia e delle Finanze e dal Ministro della Giustizia.

Tale relazione buon conto da delle discettazioni in essere prima dell’entrata in vigore della modifica:<< Secondo alcuni orientamenti emersi nel dibattito relativo all’interpretazione dell’art 182 - quinquies della legge fallimentare, il debitore che intende richiedere l’autorizzazione alla contrazione dei finanziamenti interinali di cui al primo comma di tale articolo dovrebbe allegare alla relativa istanza, oltre all’attestazione dell’esperto in ordine alla migliore soddisfazione dei creditori, obbligo già espressamente previsto dalla formulazione attuale della legge, anche il piano e la proposta di concordato.

Tale interpretazione – che non trova riscontro nel dato testuale della norma inserita nella legge fallimentare nel 2012- limita in misura molto significativa l’utilità pratica della nuova disposizione. Infatti, così interpretato, l’articolo 182 – quinquies non farebbe altro che duplicare sostanzialmente quanto già previsto all’articolo 167, secondo comma: la produzione del piano e proposta di concordato presuppongono uno stadio di avanzamento nella predisposizione della documentazione concordataria prossimo, se non equivalente, a quanto richiesto ai fini della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art 161, commi 2 e 3. In sostanza, l’interpretazione del’ art. 182 quinquies che è emersa in certi orientamenti finisce sostanzialmente per parificare, quanto ai presupposti, la portata dei finanziamenti previsti dall’articolo in esame con i finanziamenti interinale ex art 167, secondo comma. L’effetto è quello di ritardare il momento in cui l’impresa può accedere alla finanza prededucibile nelle more della preparazione della documentazione concordataria, riducendo, in moltissimi casi, le concrete prospettive di risanamento dell’impresa in crisi.

Peraltro, occorre prendere atto che la definizione della documentazione relativa ai finanziamenti interinali, in ispecie della relativa attestazione, richiede tempi non brevi. Ciò si rivela di particolare criticità nella fase che si apre con il deposito della domanda prenotativa in cui può manifestarsi l’esigenza di un (presumibilmente limitato) intervento per sostenere l’attività

Dacché; se vuoi così cola dove si puote ciò che si vuole; soverchi dubbi sull'applicabilità in fase preconcordataria certo non residuano. Pur tuttavia, a voler fare l'advocatus diaboli si potrebbe asserire i nostri giudici dappure avevano a buon conto nel sostener esegesi siffatta prima che intervenisse "l'innovazione". Difatti, pur tralasciando espressamente la formulazione imprecisa di una rubrica che esordiva ed esordisce con "Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti"; al cospetto della precedente articolazione del comma primo si poteva rettamente inferire che l'istituto potesse trovare applicazione confacente esclusivamente in caso di concordato in continuità aziendale¹⁷⁸. Del resto, attese le inferenze evincibili dalla precedente articolazione, non v'era certo da meravigliarsi che per esegesi siffatta propendesse gran parte dell'accademia. Difatti, il precedente articolato del disposto decretava e tutt'ora decreta la funzionalità del finanziamento rispetto alla "migliore soddisfazione dei creditori" e palesava (tutt'ora palesa) la necessità della verifica del fabbisogno finanziario dell'impresa sino al momento dell'omologazione. Da ciò discendeva, ad avviso dell'accademia, la d'espunzione di un'inequivocabile indicazione logica; ovvero che: le esigenze di cassa a cui tale articolo si apprestava a sopperire fossero irrimediabilmente connesse alla prosecuzione dell'attività aziendale.

In sostanza il ragionamento suonava pressappoco così: in tanto l'impresa poteva manifestare l'esigenza di nuove risorse lungo l'iter preordinato all'omologazione in quanto esse trovassero cagione nella prosecuzione dell'attività che, ovviamente necessitava e necessita, per mera aritmetica la continuazione di rapporti giuridici pendenti o la creazione di nuovi per far fronte a sovvenute esigenze di spesa. Tali considerazioni risultavano viepiù avallate dalle previsioni contemplate dal quarto comma *dell'art.182 quinquies* l. fall.: con riferimento all'ipotesi di autorizzazione a pagare i creditori anteriori alla domanda, la norma prevede e prevedeva, invero, un ambito di applicazione limitato alle sole ipotesi di "continuità aziendale", prescrivendo la necessaria conferma, da parte del professionista incaricato, che le prestazioni per la cui esecuzione veniva e viene richiesta l'autorizzazione fossero condizione essenziale per la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Corollario di ciò è che logicamente da più parti si individuava la ratio del disposto nella voluntas: << del legislatore a far sì che il ricorso alla nuova finanza non possa comportare un pregiudizio per i creditori in seguito all'aggravamento della situazione debitoria dell'impresa, ma sia piuttosto giustificato dalla sua strumentalità a conseguire il loro migliore interesse, risultando funzionale ad assicurare la conservazione dei

aziendale nell'immediato, al fine di preparare l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale (presumibilmente per importi ben maggiori)".

¹⁷⁸ In senso analogo, v. CINCOTTI- NIEDDU ARRICA, *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in Giur. comm., 2013, I, p. 1238. VITALI, *Finanza "ponte", finanza in "esecuzione" e "interinale"* (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi), in contratto e Impr., 2015, 1, 167 ;

valori d'impresa nella logica della continuità aziendale e a garantire un trattamento migliore rispetto a quello che deriverebbe dallo scenario fallimentare¹⁷⁹>>.

Dunque, il finanziamento era ritenuto postulare la prosecuzione dell'attività aziendale che possedeva quale ragionevole premessa l'esplicita menzione nel piano:

a) di un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

b) della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, attestante che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;

Dunque, l'inferenza logica che se ne poteva trarre, chiara come il sole che sorge, era che la concessione di nuove risorse si rivelava connessa alla prosecuzione che postulava a sua volta la presentazione di un piano attestante tale intenzione con precise ed opportune esplicazioni della strategia di risanamento. Occorre rimarcare, che mancando il piano, la sua fattibilità non poteva essere ancora valutata dall'attestatore; difettando la proposta non era dato conoscere la percentuale destinata ai creditori anteriori. In ogni caso l'attestatore non poteva avere modo di esprimersi in termini di funzionalità della continuità al miglior soddisfacimento dei creditori. Dacché, i nostri giudici, *rebus sic stantibus*, avevano più che buon conto nel negare l'applicabilità della fattispecie qualora non fossero ancora stati presentati piano e proposta ex 161 comma sei.

Orbene, mutato il quadro normativo non occorre più discettare circa l'applicabilità della tipologia di finanziamento considerata. Risulta lapalissiano che i finanziamenti interinali, di cui al primo comma dell'art. 182 quinquies L.F. possano essere richiesti (e concessi), sia che si verta in una prospettiva di concordato in continuità, sia che si propenda per una strategia meramente liquidatoria e vieppiù *ad adiuvandum* per espressa voluntas legislativa nell'ambito del concordato in bianco ovvero prima della presentazione di piano e proposta di cui all'art 161 comma sei.

Ciò detto, il vero *focus* dell'analisi rimane altro; ed attiene alle condizioni essenziali ivi prescritte al fine dell'elargizione degli apporti in oggetto ed al riconoscimento del beneficio della prededucibilità. A riguardo, il disposto statuisce una serie di precondizioni essenziali la cui mancata prosecuzione è pena di denegazione della prededuazione, ovvero:

1. Che il debitore abbia manifestato la volontà di accedere ad uno degli iter di risoluzione della crisi legislativamente prefissati;

¹⁷⁹ In tale senso: VITALI, *Finanza "ponte", finanza in "esecuzione" e "interinale" (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi)*, in *contratto e Impr.*, 2015, 1, 167 ;

2. Che il debitore presenti l'istanza al tribunale unitamente all'atto introduttivo dell'iter di risoluzione della crisi;
3. Che un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione ed attesti che tali finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori;
4. Che il tribunale se del caso assunte sommarie informazioni autorizzi la stipula del contratto;

Dai punti uno e due possono arguirsi notevoli inferenze al fine di discettare circa l'ambito temporale in cui la concessione ed erogazione di tali finanziamenti può trovare suo luogo proprio. Dacché se l'istanza al tribunale deve essere formulata unitamente alla domanda di ammissione, (giòva rimarcare *ex* comma due può avere ad oggetto finanziamenti individuati solo per tipologia ed entità e non ancora *argumentum* di trattativa) ne consegue tautologicamente che l'inizio *dell'arcus temporum* rilevante intercorre dalla presentazione della domanda (di concordato o di omologa dell'accordo di ristrutturazione). A tal riguardo occorre dar buon conto dell'ipotesi in cui la concessione /erogazione sia effettuata successivamente all'ammissione ma comunque *ex ante* omologa¹⁸⁰. Ebbene, purché le prescrizioni presenti nell'articolato circa la richiesta, l'attestazione, il fabbisogno e la funzionalità siano eseguite in maniera compiuta non sussistono argomenti ostativi ai fini del riconoscimento della prededuzione. Nel caso contrario, qualora tali previsioni non siano rispettate, non vi è alcuno spazio per concedere successivamente il beneficio al credito in oggetto; né in fase di omologazione né da nessuna parte; difettando l'operazione di quelle condizioni essenziali al riconoscimento del beneficio. Ci si riferisce, in particolare all'asserzione di una recente pronunzia di merito, anche se a proposito di una fattispecie peculiare,¹⁸¹ che stabilisce che il provvedimento giudiziale possa atteggiarsi quale ratifica, intervenendo *ex post*, del già concesso finanziamento. Ebbene, a parte il fatto che solo un finanziatore masochista elargirebbe nuovi apporti di fronte all'incertezza totale sulla sorte del proprio credito e, dunque, l'ipotesi ha valenza pratica pari a $-273,15$ °C (equivalente in fisica allo zero assoluto), mi pare che la norma, ai fini della tutela dell'interesse del ceto creditorio complessivamente inteso, detti una serie di prescrizioni imperative stringenti; tali da resistere a qualsiasi forzatura di stampo pretorio. Del resto i canoni esegetici dettati dall'art 12 disp. att. collocano al vertice della piramide ermeneutica l'interpretazione letterale (secondo il senso fatto proprio dalle parole e dalla

¹⁸⁰ In tema si vedano: AMBROSINI, *il nuovo diritto della crisi d'impresa e prossima riforma organica*; edizione 2016, Zanichelli, TULLIO, *finanziamento all'impresa in crisi e merito creditizio. Una performance impossibile?* In www.il caso.it, LO CASCIO, *La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi e interpretativi*, in *Fallimento*, 2015, 1, 5 (commento alla normativa), BRIOLINI, *concordato preventivo e nuova finanza. Note sui "finanziamenti autorizzati" a norma dell'art 182 quinquies comma 1-3, legge fallim*, in *Dir. Fall.*, 2015, 1, 10001 (commento alla normativa)

¹⁸¹ Tribunale Milano, 23 febbraio 2013 (decr.), in *Fallimento*, 2013, pag. 859. La peculiarità è costituita dal fatto che nel caso di specie il Tribunale, di fronte a finanziamenti erogati dopo il ricorso *ex art. 161 legge fallim.*, ha proceduto a una sorta di "riqualificazione" dell'originaria domanda - diretta al riconoscimento della prededucibilità ai sensi dell'art. 182- quater, comma 1, legge fallim. -, ratificando la stipula degli stessi finanziamenti a norma dell'art. 182- quinquies, comma 1, legge fallim.

connessione di esse). Dunque, risulta vieta ed inutile retorica asserire che tale interpretazione travalica platealmente il dettato normativo come strutturato dal nostro legislatore.

Ciò chiarito, proseguendo nell'esame dei punti tre e quattro, giova ribadire come la funzionalità del finanziamento sia qui ricollegata al miglior soddisfacimento del ceto creditorio e debba essere oggetto di asseverazione espressa da parte del professionista nominato dal debitore; sul quale incombe altresì il compito di verificare il fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione. In siffatta prospettiva, allora, occorre interrogarsi sulla base cognitiva da fornire al tribunale ai fini della valutazione della richiesta di nuova finanza e, dunque, sul contenuto e sul tipo di attestazione che il professionista indipendente è chiamato ad effettuare.

Pertanto giova all'incipit rimarcare che la relazione, come sottolineato de avveduta dottrina¹⁸² e da una recente pronuncia di merito¹⁸³, abbisogna di differenziarsi in relazione al tipo di strumento alternativo prescelto. Dacché:

1. Nel concordato avrà ad oggetto la migliore soddisfazione del ceto creditorio in termini percentuali di maggior realizzo rispetto all'alternativa concorsuale derivante dall'allargamento dell'esposizione debitoria per effetto della contrazione di debiti prededucibili. Più specificamente in caso di concordato in continuità la convenienza verrà valutata in relazione all'accrescimento degli utili derivanti dalla prosecuzione dell'attività mentre in caso di concordato liquidatorio discenderà dall'accrescimento del valore dei beni che possono essere ultimati mediante i nuovi apporti elargiti e dunque, in prospettiva venduti ad un maggior realizzo;
2. Nel caso di accordo *ex 182 bis* il discorso diviene più complesso. Difatti, atteso che lo strumento non ha natura concorsuale e che i creditori non aderenti debbono essere soddisfatti integralmente il concetto di funzionalità non si esprimerà in termini percentuali di maggior realizzo bensì verrà valutato in rapporto al rafforzamento delle prospettive di riuscita del piano di ristrutturazione;

Tornando alle caratteristiche idiosincratiche relative all'attestazione sui cui si innesta la valutazione sulla funzionalità al miglior soddisfacimento del ceto creditorio; urge ribadire che: la base cognitiva viene rimarcata dallo stesso legislatore. *Sic*, il primo elemento è dato dalla verifica del fabbisogno finanziario, mentre il secondo si sostanzia nel limite temporale *ivi* prescritto (fino all'omologazione) cui fa da corollario la dovuta induzione che conduce ad asserire che il limite finale dell'*arcus temporum* in cui tali finanziamenti

¹⁸² RANALLI, Le attestazioni speciali nel concordato preventivo, 28/05/2014, www.ilfallimentarista.it, RANALLI, *L'attestazione del professionista nel concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, TULLIO, *finanziamento all'impresa in crisi e merito creditizio. Una performance impossibile?* In www.ilcaso.it GRATTERI, *Contenuto dell'attestazione di funzionalità del finanziamento alla miglior soddisfazione dei creditori negli accordi di ristrutturazione*, www.ilfallimentarista.it, 2015

¹⁸³ *Si veda, al riguardo, Trib. Bergamo (decr.), 26 giugno 2014, in www.ilfallimentarista.it.*

possono trovare applicazione è stabilito all'ingiungere del provvedimento omologatorio. Dunque, per ciò che attiene alla valutazione circa il fabbisogno finanziario essa presuppone la determinazione del capitale circolante netto (l'ammontare di risorse che compongono e finanziano la gestione operativa) che viene stimato in base al budget ed a sua volta postula la piena contezza di dati economici e previsionali. Il limite temporale impone la valutazione positiva della realizzazione di un *quid pluris* in flussi finanziari derivante dall'elargizione di nuova finanza nel breve arco di tempo che intercorre tra la presentazione della domanda e l'omologazione. Come è stato efficacemente sottolineato in dottrina: «È come se il legislatore imponesse all'attestatore un *worst case*, nell'ipotesi in cui l'omologa non dovesse intervenire. Quindi la valutazione della miglior soddisfazione per i creditori deve esser fatta nell'ipotesi peggiore di insuccesso del concordato»¹⁸⁴. Onde meglio spiegare cosa si intende giova ribadire che l'utilità apportata dalla finanza interinale non deve risolversi in una partita di giro bensì deve estrinsecarsi in termini di maggiori risorse disponibili per i creditori in sede fallimentare in caso di insuccesso dell'iter ristrutturativo. Tale vantaggio comunemente viene quantificato tramite la misurazione delle variazioni di m.o.n o meglio dalla rilevazione della differenza di EBITDA che deriva dal ricorso alla finanza interinale. Parafrasando Ranalli : «Si tratta quindi di una valutazione differenziale, al punto che anche nel caso estremo di un EBITDA negativo (pur con tutte le cautele volte ad escludere la presenza di fenomeni di manifesta dannosità) l'ottenimento di nuova finanza potrebbe essere vantaggioso per i creditori se ne riduce l'entità». Sic si giunge all'esame dell'ultimo elemento necessario al riconoscimento della prededucibilità che arricchisce e completa il quadro fin qui tracciato: il vaglio giudiziale. A tal proposito è opinione diffusa nell'accademia¹⁸⁵ ma, giova sottolineare, non pacifica che il tribunale debba esercitare un controllo di “secondo grado” sulle informazioni fornite dal professionista e, dunque, dovrà limitarsi ad accertare che la relazione del professionista sia provvista di quegli elementi essenziali prescritti dall'articolato e, *ad adiuvandum*: «di quei requisiti di completezza e coerenza, nonché di rigore metodologico quanto allo sviluppo del percorso argomentativo, che sono ormai concordemente ritenuti imprescindibili affinché detta relazione possa assolvere alla funzione attribuitale.»¹⁸⁶

Da ultimo, giova ribadire che il momento in cui l'autorizzazione viene rilasciata si diversifica in rapporto allo strumento alternativo di risoluzione prescelto e, *ad adiuvandum* in relazione alla “tipologia” di concordato in concreto utilizzata ed infine in relazione al momento nel quale la richiesta viene posta in essere. Dacché:

¹⁸⁴ RANALLI, op. ult. Cit.,

¹⁸⁵ AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in Dir. fall., 2012, I, da p. 470, p. 474, *Id.*, *Il concordato preventivo*, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso e E. Gabrielli, Vol. IV, Le altre procedure concorsuali, Torino, 2014, LO CASCIO, *La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi e interpretativi*, in Fallimento, 2015, 1, 5 (commento alla normativa)

¹⁸⁶ AMBROSINI, op. ult. Cit.

- A) Nel caso di concordato in bianco il tribunale teoricamente potrebbe autorizzare la stipulazione di nuovi finanziamenti in prededuzione contestualmente alla fissazione del termine *ex art.161* sesto comma assunte se del caso “sommarie informazioni” sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione. Quale sia il grado di intensità e completezza di queste “sommarie informazioni” ancora non è dato sapere;
- B) Nel caso di concordato classico il tribunale potrà provvedere nel decreto *ex 163* o in quello di fissazione del termine *ex art. 162 l.f.*;
- C) Nel caso in cui l’esigenza di ottenere nuovi apporti sovvenga dopo il decreto di ammissione le prescrizioni presenti nell’articolato andranno eseguite analiticamente dacchè la domanda dovrà essere indirizzata al tribunale e corredata dei documenti *ivi* prescritti;
- D) Nel caso degli accordi *ex 182 bis* l’istanza potrà essere accolta con il provvedimento mediante il quale il tribunale fissa l’udienza di omologazione mentre in caso di inibitoria delle azioni esecutive e cautelari *ex 182 bis* settimo comma il tribunale potrebbe provvedere mediante il provvedimento di fissazione dell’udienza ovvero mediante il decreto di concessione della misura sospensiva;

Pur terminato l’esame del disposto occorre effettuare una sorta di *actio finium regundorum*¹⁸⁷ e, dunque, si tentare di venire a capo delle incongruenze che sovengono e si moltiplicano come cavallette qualora ci si accinga a collocare il *quinquies* comma primo in ottica sistemica. *Sic*, le norme che se non correttamente interpretate si apprestano a generare antinomia e dunque, a porre in essere una sorta di “invasione di campo” sono da un lato l’art 161 comma 7, relativo agli atti di ordinaria straordinaria amministrazione che fino al decreto di ammissione alla procedura il debitore può compiere, da sorgono crediti “prededucibili ai sensi dell’art. 111 dall’altro l’articolo 167 comma secondo attinente a sua volta agli atti di straordinaria amministrazione conclusi dal debitore (primi *inter pares* “i mutui” che esigono l’autorizzazione per iscritto del giudice delegato e danno vita pur essi a crediti muniti di carattere prededucibile).Dacché, al fine di sciogliere il nodo si potrebbe asserire il carattere di *lex specialis* dell’articolo 182 *quinquies* rispetto alle due norme supra citate. Del resto, le prescrizioni presenti nel *quinquies* appaiono più rigorose qualora si confrontino con le due norme supra citate. Ci si riferisce, in particolare alla “garanzia” della collegialità, che

¹⁸⁷ BRIOLINI, *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 688; Brizzi, *Le fattispecie*, cit., p. 820, BELTRAMI op. ult. Cit.,

vuole che sia il Tribunale e non il giudice delegato a pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione e *ad adiuvandum* alla rammentata possibilità ex comma due che quest'ultima concerne finanziamenti non ancora individuati. Infine, si ponga attenzione al requisito dell'attestazione da parte dell'esperto indipendente a cui pare affidato il ruolo cruciale di garantire la tutela del ceto creditorio. Atteso quanto postulato, l'approccio esegetico qui privilegiato è quello che ravvisa nel primo comma dell'art 182 *quinquies* il carattere della specialità che come tale vede la norma travalicare l'ambito applicativo dei disposti generali di cui agli artt. 161, comma 7, e 167, comma 2, legge fallimentare.

2.6 L'articolo 182 *quinquies* comma tre ed i finanziamenti interinali cautelari

La riforma ha apportato una seconda innovazione al fine di sopperire al c.d. credit crunch concorsuale; ci si riferisce al nuovo terzo comma inserito ex novo nell'articolo 182 *quinquies* dal d.l 83/2015. La disposizione si recita:<< Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, 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. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il tribunale, 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>>.

Ebbene, attesa la recente introduzione dell'articolato, il percorso esegetico risulta poco battuto. *Sic*, vuoi per la scarsità di apporti dottrinali in materia¹⁸⁸, vuoi per la carenza di una tornita giurisprudenza sul punto¹⁸⁹ o forse, parafrasando Bianca, vuoi perché al fine di metabolizzare pienamente una norma occorre almeno un

¹⁸⁸ AMBROSINI, *il nuovo diritto della crisi d'impresa e prossima riforma organica*; ed 2016, Zanichelli, TULLIO, *finanziamento all'impresa in crisi e merito creditizio. Una performance impossibile?* In www.ilcaso.it;

¹⁸⁹ Le prime pronunce in materia sono riconducibili al tribunale di Modena, decreto del 27 gennaio 2016; Tribunale Alessandria, 18/01/2016, (ud. 11/01/2016, dep.18/01/2016), in www.ilcaso.it

biennio, attribuire un senso compiuto a qualcosa che vive nel mondo delle idee, nella carta scritta, risulta impresa ardua, anche se, non impossibile.

Dunque, ci si appresta ad addentrarsi in un terreno impervio, ricco di contorni fumosi ed evanescenti, dove la regola è tutto e tutto il contrario ed il più delle volte l'impressione è quella di tentare di afferrare il fumo con le mani; nonostante ciò, con la piena contezza che una costruzione logica risulta possibile giacché la ragione che procede da premessa a conseguenza è connaturale alla scienza giuridica.

Orbene, per la percorribilità del processo esegetico, giova stabilire un cardine da cui iniziare; che è rettammente identificabile in quanto statuito in materia dalla relazione illustrativa al d.l 83/2015¹⁹⁰:

<< Il nuovo terzo comma consente al debitore di richiedere al tribunale la pronuncia di provvedimenti di urgenza, ispirati ai *first days orders* previsti nel *Chapter 11* statunitense, che auto-rizzino sin da subito il debitore, che presenti la domanda prenotativa, a contrarre limitati finanziamenti preveducibili necessari a sostenere l'attività aziendale per il periodo necessario per preparare l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale (la cui funzione è invece di sostenere l'attività d'impresa durante la procedura e quindi per importi ben maggiori).

Ciò alla luce del prevedibile importo ridotto e dell'urgenza che costituisce presupposto di tali finanziamenti, senza che l'impresa debba presentare l'attestazione di un professionista in merito alla funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, né tanto meno il piano e proposta di concordato>>.

Oggetto della norma sono, dunque, quelle modeste risorse di cui l'impresa ha impellente bisogno al fine di evitare pregiudizi irreparabili nel corso del tempo tecnico necessario a predisporre l'istanza ex 182

¹⁹⁰ Atti Parlamentari, Camera dei Deputati n. 3201, Disegno di Legge presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Ministro dell'Economia e delle Finanze e dal Ministro della Giustizia:<< Più nel dettaglio, in coerenza con la funzione specifica di tali finanziamenti urgenti, si stabilisce che il debitore

- . a) dichiarare che non è in grado di reperire altrimenti le risorse necessarie
- . b) indichi in maniera specifica la destinazione di tali finanziamenti
- . c) dimostri che in assenza di tali finanziamenti deriverebbe un pregiudizio

imminente e irreparabile all'azienda. Al fine di permettere al tribunale di disporre di elementi per decidere in merito all'istanza autorizzativa dell'impresa in crisi (tenuto conto dell'assenza, in tale ipotesi, dell'attestazione di un professionista), si prevede espressamente che il tribunale possa sentire senza formalità i principali creditori. Tale facoltà consente di bilanciare opportunamente, da un lato, l'esigenza di celerità e, dall'altro lato, la dovuta considerazione delle informazioni in possesso dei creditori e del loro atteggiamento rispetto al debitore, anche in relazione ai suoi pregressi comportamenti. Resta comunque inteso che è evidentemente di esclusiva responsabilità del tribunale decidere se, e in quali termini, autorizzare i finanziamenti in questione nelle circostanze concrete, eventualmente negando l'autorizzazione laddove, sulla base delle informazioni assunte, vi sia ad esempio il sospetto di intenti abusivi o fraudolenti da parte del debitore>>.

quinquies; donde, la mancata menzione dell'attestazione di funzionalità al miglior soddisfacimento del ceto creditorio giacché incompatibile con la situazione di urgenza cui l'articolato intende far fronte. La fattispecie basilica è quella dei finanziamenti interinali "cautelari" o "urgenti". Gli elementi caratterizzanti tali apporti possono individuarsi:

- b) Nell'ambito di applicazione (la nuova disposizione inerisce alla fase c.d. prenotativa dei due strumenti di risanamento legislativamente prefissati (leggasi: la fattispecie trova applicazione solo in caso di preconcordato e preaccordo);
- b) Nei presupposti per l'autorizzazione ed il riconoscimento della prededucibilità (la nuova disposizione postula l'urgenza di procacciarsi nuovi apporti finanziari in una al pregiudizio imminente e irreparabile che all'azienda altrimenti ne deriverebbe);

Dal punto a possono arguirsi notevoli inferenze al fine discettare circa il momento in cui tali finanziamenti possono essere richiesti. Dacché; in caso di concordato l'istanza andrà formulata unitamente al ricorso contenente la domanda di ammissione, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori; laddove, in caso di accordo di ristrutturazione, l'istanza verrà formulata in una con il deposito della proposta di accordo corredata dalla dichiarazione dell'imprenditore e da quella del professionista. In entrambi i casi il tribunale provvederà con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza. Ne consegue che l'*arcus temporum* rilevante per l'elargizione si colloca a valle dell'inizio delle fasi di preconcordato e preaccordo e termina con lo spirare di tali stadi e, dunque, come è stato efficacemente ribadito in dottrina:¹⁹¹ <<dopo l'ammissione della procedura di concordato non sarà possibile ricorrere a tale nuovi strumenti di finanziamento, dovendosi, per contro, necessariamente richiedere eventuali autorizzazioni a contrarre finanziamenti prededuttivi post ammissione in base al combinato disposto di cui agli artt. 182 *quinquies* primo comma e 167 L.F.>>. Del resto in tal senso depongono le prime pronunce di merito:¹⁹² <<l'art. 182 *quinquies*.. contiene al terzo comma - introdotto ex novo dal decreto legge 83/15 - la disciplina dei finanziamenti "urgenti" destinata esclusivamente alla fase del preconcordato dal momento che devono essere funzionali a garantire l'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ex art. 161, comma VI, l.f >>.

A tal proposito occorre rimarcare che il rapporto tra il primo ed il terzo comma dell'art 182 *quinquies* è stato efficacemente indagato da una recente pronuncia di merito¹⁹³: <<l'art. 182 *quinquies* (...) prevede due modalità di accesso ai finanziamenti in esito ad autorizzazione del Tribunale: quella prevista dal primo

¹⁹¹ TULLIO op. ult. Cit.,

¹⁹² Tribunale Alessandria, 18/01/2016, (ud. 11/01/2016, dep.18/01/2016)

¹⁹³ Tribunale di Modena, decr., 27 gennaio 2016, in www.ilcaso.it

comma, utilizzabile sia nella fase prenotativa che in quella susseguente all'ammissione e fino all'omologazione, e quella prevista dal terzo comma utilizzabile solo nella fase prenotativa; nel primo caso il finanziamento può avere un orizzonte temporale esteso fino all'omologazione e l'autorizzazione è subordinata all'attestazione da parte di un professionista qualificato della funzionalità del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori; nel secondo caso l'orizzonte temporale è più limitato (fino alla scadenza del termine per il deposito del piano e della proposta) e l'autorizzazione è subordinata all'accertamento della funzionalità a "urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale" fino al limite temporale indicato.

La considerazione che la seconda forma di accesso al finanziamento sia stata introdotta in un secondo tempo e connotata dall'urgenza di provvedere e da un termine stringente fissato al tribunale per la decisione induce a ritenere che la prima forma di accesso sia quella da considerarsi ordinaria e quindi perseguibile allorquando la situazione finanziaria dell'impresa consente da documentare compiutamente l'utilità del finanziamento e al tribunale di decidere sulla base di una relazione preceduta da approfonditi riscontri, mentre la seconda sia da considerarsi eccezionale e quindi accessibile allorquando l'incalzare degli eventi non consente di utilizzare *l'iter* procedurale normale>>¹⁹⁴.

In ultimo, occorre rimarcare che per l'ennesima volta la penna è "scivolata" di mano al legislatore nel corso della stesura in modo tale da evitare di disdegnare l'articolato del tenore della tautologia e della ridondanza. Invero, risulta lapalissiano che la domanda di concordato *ex art. 161* comma 6 possa e debba essere del tutto sprovvista di piano e dunque, l'asserzione "anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e" presente nel testo del disposto si rivela una ripetizione inutile e priva di senso. Quanto poi al punto b, attinente le condicio sine qua non indispensabili al rilascio dell'autorizzazione e, *ad adiuvandum*, al riconoscimento del beneficio della prededucibilità, il discorso risulta molto più complesso. Qui la funzionalità risulta ricollegata ad "urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale" e, dunque, come del resto si evince dalla relazione illustrativa al d.l il debitore dovrà:

¹⁹⁴ .TULLIO op. ult cit., che afferma: <<Trattandosi di risorse apportate da terzi (banche, investitori, fornitori, soci etc.) per fronteggiare le impellenti "necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale", i presupposti dell'**indifferibilità** e dell'**utilizzo produttivo**, differenziano la fattispecie da quella della finanza interinale di cui al primo comma dell'art. 182 *quinquies* L.F., per la quale, non riscontrandosi detti caratteri "positivi", si richiede, invece, una maggiore cautela e, per l'effetto, la necessaria specifica attestazione del professionista incaricato. Del resto, di immediata percezione si appalesa che i finanziamenti di cui al primo comma della richiamata disposizione normativa, dovendo assumere quale parametro quantitativo di riferimento il fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione e, quindi, avendo la funzione di sostenere finanziariamente l'attività di impresa durante tutto l'arco della procedura, risulteranno di importo ben maggiore di quelli in esame, che, per converso, possono essere legittimamente richiesti ed autorizzati esclusivamente per far fronte alle urgenti necessità finanziarie che si rappresentano fino al termine di deposito del piano e della proposta di concordato ovvero di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Non si tratta, quindi, di finanziamenti interinali veri e propri, ma di quelle (di regola modeste) risorse di cui l'impresa ha impellente bisogno, in vista della richiesta dei (ben più ingenti) finanziamenti necessari a supportare l'attività aziendale durante la procedura: donde la superfluità dell'attestazione di funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, per altro incompatibile con i tempi tecnici di situazioni di urgenza, quali quelle che la norma mira a disciplinare>>.

- a) dimostrare che non è in grado di reperire altrimenti le suddette risorse necessarie;
- b) dimostrare che in assenza di tali elargizioni deriverebbe un pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda e indicarne in maniera specifica la destinazione;

Dacché, manco dirlo, il tenore procedimentale dell'iter presenta notevoli affinità con quello dei provvedimenti cautelari d'urgenza *ex art 700*. Corollario di ciò è che: il debitore, tramite una sorta di autocertificazione, dovrà edurre il tribunale sulla fondatezza del *fumus boni iuris* (destinazione ad attività aziendale) e sulla sussistenza del *periculum in mora* (insostituibilità del finanziamento e rischio di danno imminente) fornendo: <<una prova liquida dei presupposti della necessità, dell'urgenza, dell'assenza di alternative reperibili sul mercato finanziario e del grave ed irreparabile pregiudizio, dovendo tali presupposti non solo essere allegati nella relativa istanza, ma, anche, concretamente dimostrati>>¹⁹⁵¹⁹⁶.

Il tribunale, entro il termine legislativamente prefissato, dovrà assumere sommarie informazioni sul piano e la proposta in corso di elaborazione e sentire il commissario giudiziale, se nominato, al fine di verificare la fondatezza degli elementi probatori esibiti dal debitore.

Diversamente da quanto avviene nei procedimenti cautelari atipici, nei quali a seguito del deposito del ricorso il G.I di regola fissa la data dell'udienza di comparizione delle parti ai sensi del primo comma dell'art. 669-sexies c.p.c. al fine di emettere il provvedimento in contraddittorio fatta eccezione per il caso in cui la convocazione della controparte pregiudichi l'attuazione del provvedimento, qui la norma prevede una mera facoltà ("e se del caso") di sentire i principali creditori; dacché il provvedimento potrà essere di regola pronunciato anche inaudita altera parte. Del resto in tal senso depone il testo della relazione illustrativa: <<Resta comunque inteso che è evidentemente di esclusiva responsabilità del tribunale decidere se, e in quali termini, autorizzare i finanziamenti in questione nelle circostanze concrete, eventualmente negando

¹⁹⁵ TULLIO op. ult. Cit., afferma: << Quanto, poi, ai presupposti richiesti dal terzo comma dell'art. 182 *quinquies* L.F., per la concessione dei richiesti finanziamenti urgenti, occorre che il debitore fornisca una prova liquida dei presupposti della necessità, dell'urgenza, dell'assenza di alternative reperibili sul mercato finanziario e del grave ed irreparabile pregiudizio, dovendo tali presupposti non solo essere allegati nella relativa istanza, ma, anche, concretamente dimostrati, sì da rendere il decreto autorizzativo del tribunale del tutto analogo ad un provvedimento *ex art. 700* c.p.c., da pronunciarsi in via sommaria, ma all'esito di una pur ristretta e celere istruttoria (*scilicet*: entro 10 giorni), sull'esistenza dei profili di fondatezza del *fumus* (destinazione ad attività aziendale) e del *periculum* (insostituibilità del finanziamento e rischio di danno imminente)

Prima di decidere sulla richiesta autorizzativa il tribunale può assumere sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione e convocare il commissario giudiziale (ove nominato); può, inoltre, sentire senza formalità i principali creditori. Quest'ultima previsione, diretta a consentire l'acquisizione di ulteriori elementi utili ai fini del decidere, dovrebbe consentire un contemperamento tra le esigenze di celerità (che infatti impongono un meccanismo deformalizzato) e l'opportunità di valutare le informazioni di cui dispongono i creditori, unitamente al loro atteggiamento verso il debitore>>.

¹⁹⁶ si ricorda che, ai sensi del quarto comma dell'art. 182 *quinquies* L.F., "Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti". Sul punto, si rileva come la cessione dei crediti in garanzia costituisca, nella prassi, la modalità più diffusa tra gli istituti di credito.

i finanziamenti in questione nelle circostanze concrete, eventualmente negando l'autorizzazione laddove, sulla base delle informazioni assunte, vi sia ad esempio il sospetto di intenti abusivi o fraudolenti da parte del debitore>>. Il controllo giudiziale non sarà dunque di "secondo grado"¹⁹⁷ non sarà esercitato, cioè, sulla sola completezza e congruità logica degli elementi forniti dal debitore, bensì assumerà le fattezze più pervasive del controllo di "primo grado" che di regola si estrinseca nella verifica diretta della sussistenza e fondatezza dei presupposti cui la concessione dell'autorizzazione a contrarre fa da corollario. In ultimo per completezza, si ricorda che, ai sensi del quarto comma dell'*art. 182 quinquies* L.F.:<<Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti>>. Sul punto, si rileva che della richiesta deve essere fatta menzione all'interno dell'istanza autorizzatoria in ossequio al dispositivo di cui all'*art. 112* del Codice di Procedura Civile che impone che il giudice debba pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa (leggasi: principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato).

2.7. Le linee di credito autoliquidanti e la mancata adeguatezza della tutela dei creditori bancari.

“La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda”. Questa si rivela essere la parte dell'articolato volutamente omessa nel paragrafo precedente; ed in effetti atteso che oggetto del disposto è un contratto di finanziamento pendente, il suddetto può essere menzionato all'interno della categoria dei nuovi apporti da elargire più o meno quanto un leone può essere collocato nella fauna tipica della Groenlandia. Scivoloni legislativi a parte, la disposizione dà il la (offre il tono giusto) al fine di discettare sul riconosciuto punto debole a cui nessuna e, ripetiamo, nessuna delle riforme finora ideate e attuate ha provveduto a far fronte compiutamente. Ci si riferisce al nodo dei rapporti tra ceti bancario e imprenditore in crisi. Ad onor di vero, occorre pur riconoscere che la recente addenda legislativa modificando *l'art 169 bis* qualcosa ha compiuto (verrebbe da dire era pure ora) e, pur tuttavia, la situazione ci pare ancora insoddisfacente.

Ebbene, le banche sono prime inter pares tra i creditori (vuoi per la natura dell'esposizione vuoi per il suo ammontare) e rappresentano altresì i principali interlocutori con i quali è necessario confrontarsi al fine di raggiungere una soluzione concordata; giacché senza il sostegno degli istituti di credito il matrimonio tra imprenditore e soluzioni negoziate non s'ha da fare (e si rammentino a futura memoria le facilitazioni

¹⁹⁷ In merito alla pervasività del controllo giudiziale si veda: AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi*, in *Il Fallimento* 12, 2014

concesse in tale versante dal ceto bancario: moratorie, riscadenzamenti, nuova finanza, mantenimento delle linee di credito in essere). Pur tuttavia, a dispetto della centralità indiscussa del ruolo ricoperto dagli istituti di credito nell'ambito della crisi d'impresa, di regole destinate a disciplinare compiutamente i rapporti creditizi in essere al momento della sua emersione non v'è traccia nella nostra legge fallimentare.

Sic detti istituti sono abbandonati in un contesto ostile ed impervio con cui si trovano a dover fare i conti; nell'espletamento del compito, certamente non facile, di individuare un temperamento tra due opposte esigenze che sembrano scontrarsi l'una con l'altra: da un canto, non impedire le operazioni atte a ripristinare l'equilibrio finanziario dell'impresa (o almeno a migliorare le condizioni alle quali liquidarla) e, dall'altro, quella di tutelare l'affidamento concesso attivando gli opportuni rimedi contrattuali previsti dalle diverse tipologie di rapporti in essere.¹⁹⁸ La situazione diviene viepiù intricata qualora si considerino i rigidi vincoli patrimoniali cui detti istituti sono sottoposti; atteso che: la perdita dell'affidamento concesso si riverbera negativamente sulle loro condizioni patrimoniali e finanziarie già fragili (le banche, ripetiamo, sono imprese; imprese di enorme interesse pubblico; sottoposte ad una rigida disciplina di patrimonializzazione e vigilanza) ed incide, infine, sulla redditività aziendale.

Il problema si acuisce quando si tratta, come nel caso previsto dal disposto in esame, di affidamenti caratterizzati da una disponibilità fruibile a più riprese e di natura "rotativa" giacché la tensione tra l'esigenza di impedire ulteriori utilizzi della provvista a fronte di una situazione finanziaria deteriorata o in via di deterioramento e l'esigenza di evitare che il diniego di liquidità si traduca nell'interruzione dell'attività d'impresa (si danneggiando il valore aziendale che per i creditori, non muniti di garanzie solide, rappresenta il principal asset su cui soddisfarsi) giunge al punto di rottura.

Or dunque, per ciò che attiene il contratto di linea di credito autoliquidante il problema non è tanto la svista legislativa; giacché la qualificazione di affidamento "rotativo"¹⁹⁹ postula la collocazione degli apporti nell'attuale esposizione della banca verso il debitore e, dunque, si tratta di contratto pendente, non di elargizione ex novo. Ciò porta, di conseguenza, ad asserire come è stato efficacemente sottolineato nell'accademia che: «L'obiettivo perspicuità della norma, dovrebbe indurre i tribunali a concedere senz'altro l'autorizzazione in parola (a meno, appunto di predicarne una sorta di disapplicazione sul presupposto della superfluità)»²⁰⁰. Ciò posto, il rilievo autenticamente problematico della questione si

¹⁹⁸ Si veda quanto scritto da: FRIGENI, *Linee di credito «auto liquidanti» e (pre)concordato preventivo*, in Banca, borsa, tit. cred., 2013, I, 557 ss.; si veda anche PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in Fallimento, 2013,

¹⁹⁹ V. CEDERLE, *Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169 bis ai contratti bancari autoliquidanti*, cit., LEMBO, *il contratto di finanziamento pendente alla data di apertura del concordato riformato* in Fallimento, 2013, 5, 638 (commento alla normativa)

²⁰⁰ Espressione riconducibile ad AMBROSINI; in La nuova crisi d'impresa. L. 132/15 e prossima riforma organica cit.,

colloca altrove; precisamente nella ricostruzione del quadro contrattuale, dei rimedi esperibili e della loro operatività nell'ambito della fase patologica dell'attività d'impresa.

Dunque, atteso l'inquadramento della linea di credito revolving tra i rapporti in essere al momento della presentazione della domanda, le questioni che è necessario affrontare e risolvere si intersecano con la configurazione che nel concreto lo schema negoziale può assumere. A tal riguardo, esistono due distinti schemi negoziali i cui tratti concorrono a determinare una differenza di trattamento giuridico in concreto praticabile:

1. Il primo schema è incentrato sulla cessione da parte dell'imprenditore alla banca del credito verso il terzo che di solito viene configurata come cessione pro solvendo sicché, per opinione dottrinale dominante, l'anticipo accordato nel conto corrente del cliente rappresenta un affidamento in funzione di "anticipo" sulla futura liquidità. La banca riscuoterà il credito, dunque, quale effettiva titolare e provvederà a restituire al cliente quanto ad esso spetta in eccedenza rispetto all'anticipo concesso. Di norma: << L'espletamento delle formalità necessarie per rendere opponibile la cessione ai terzi determina il prodursi dell'effetto traslativo, oltre che nei confronti del fallimento, anche verso la procedura di concordato preventivo — in virtù dell'esplicito richiamo all'art. 45 l. fall. contenuto nell'art. 169 l. fall. — con la conseguenza che nessuna pretesa alla restituzione delle somme incassate può essere avanzata nei confronti della banca ²⁰¹, a meno che non sia possibile privare retroattivamente di efficacia la cessione (promuovendo, ad esempio, un'azione revocatoria contro tale atto)>>.
2. Il secondo schema negoziale si configura tipicamente come mandato all'incasso "rafforzato". In tale tipologia contrattuale la banca a fronte dell'affidamento concesso al cliente riceve da esso l'incarico di riscuotere il credito oggetto d'anticipo sicché riscuote il credito dal terzo in qualità di legittimata alla riscossione ²⁰². Tale rapporto trilaterale fonda l'aspettativa della banca di rientrare nell'affidamento concesso al cliente che, di norma, si sostanzia nella previsione all'interno del

²⁰¹ Con specifico riguardo all'opponibilità della cessione notificata nei confronti del fallimento, GINEVRA, *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti di impresa*, in Riv. dir. priv., 2001, 252. In giurisprudenza, ex multis: Cass., 25 gennaio 2012, n. 1012, in Giust. civ., 2012, I, 964 ss.; Cass., 3 febbraio 2010, n. 2517; Cass., 14 marzo 2006, n. 5516; Cass., 22 marzo 2001, n. 4090; Cass., 29 dicembre 2000, n. 16235; Cass., 19 gennaio 2001, n. 798, in Arch. civ., 2001, 1247 ss.; Cass., 29 settembre 1999, n. 10788, in Foro it., 2000, I, 825 ss.; App. Bologna, 8 febbraio 1992, in Fallimento, 1992, 831; Trib. Milano, 29 settembre 2005, ivi, 2006, 729 ss.; Trib. Milano, 1° agosto 2004, in questa Rivista, 2006, II, 528 ss.; Trib. Genova, 5 maggio 1995, in Gius., 1995, 2812 ss.

²⁰² Ginevra, *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti di impresa*, in Riv. dir. priv., 2001, 252;

negozio del diritto della banca a trattenere la somma incassata a soddisfazione del credito derivante dall'anticipo (*pactum de compensado*, clausola di elisione).²⁰³

Ciò opportunamente specificato le questioni che occorre affrontare e risolvere in relazione al concordato preventivo sono riassumibili nei seguenti termini:

- ✓ Gli effetti della domanda di concordato e preconcordato (preventivo) con riguardo alle erogazioni concesse a titolo di anticipo in relazione a crediti non ancora scaduti.

- ✓ L'operatività *dell'art 169 bis* con riferimento alle linee di credito autoliquidanti.

Orbene, com'è noto dal momento del deposito del ricorso (anche nel concordato in bianco) si determina l'applicabilità di alcune tra le regole atte a disciplinare il fallimento ed espressamente richiamate dall'art 169 L.F. Il deposito del ricorso realizza, dunque, una sorta di segregazione patrimoniale che comporta la destinazione del patrimonio del debitore alla soddisfazione dei creditori secondo le regole del concorso. A tal proposito occorre rammentare che ai sensi degli artt. 167, 168 e 169 l. fall., dalla data di pubblicazione o di deposito della domanda di concordato l'imprenditore ha il divieto di porre in essere pagamenti di crediti sorti antecedentemente all'ammissione della procedura operando il principio della cristallizzazione della massa passiva. Risulta, dunque, legittimo chiedersi se la banca ai fini del rientro sugli anticipi concessi anteriormente a tale momento possa servirsi dei crediti riscossi successivamente al deposito del ricorso.

Orbene; nel caso in cui lo schema negoziale sia architettato con il metodo della cessione pro solvendo nulla quæstio. Invero la banca in qualità di cessionaria vanta una pretesa autonoma al pagamento che non è suscettibile di essere rimessa in discussione dalla presentazione della domanda di concordato a patto che , giova ribadire, siano state espletate le formalità necessarie a rendere la cessione opponibile ai terzi ex art 45 l.f.²⁰⁴, sicché: << in presenza di una notifica al debitore o di una sua accettazione con data certa anteriore al

²⁰³ BONTEMPI, *I contratti bancari "autoliquidanti" nel concordato preventivo tra scioglimento e retrocessione delle incassate dalla banca Nuova Giur. Civ.*, 2015, 4, 10277 (nota a sentenza)

²⁰⁴ Nel vigore della previgente disciplina si riteneva che la cessione di credito conclusa prima dell'apertura della procedura fosse opponibile anche in difetto di preventiva notifica o accettazione, le quali potevano anche essere realizzate successivamente: in questo senso, v. Cass., 7 maggio 2009, n. 10548; Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162; Trib. Napoli, 12 maggio 2004, in *Dir. fall.*, 2004, II, 834 ss.

deposito della domanda di concordato la banca ben potrà far valere la propria titolarità sul credito nei confronti del terzo debitore in concordato²⁰⁵>>.

Più complessa diviene la questione qualora “l’anticipo” si riveli fondato sullo schema negoziale del mandato all’incasso corredato dalla (più che opportuna in questo caso) clausola di elisione. Al riguardo giova ribadire che la domanda di concordato preventivo diversamente da quanto accade nel fallimento (il riferimento corre all’art 72) non determina la cessazione né la sospensione di alcuno dei rapporti in essere. Il tema implicato ai fini della risoluzione della questione, indagato da alcune pronunce di merito e ovviamente da gran parte dell’accademia diventa allora quello dell’inquadramento delle linee di credito autoliquidanti nell’ambito dei rapporti pendenti giacché la collocazione delle linee di credito tra i rapporti pendenti postula, come è stato efficacemente ribadito, la continuità integrale di tutti gli accordi e le clausole che le regolano in coerenza alla coesistenzialità alla della loro connessione.²⁰⁶

Ebbene; al fine di postulare la natura di contratto pendente delle linee di credito autoliquidanti e ,dunque, l’applicabilità dell’art 169 bis alla fattispecie in esame occorre chiarire se il rapporto giuridico possa considerarsi interamente realizzato o meno nel suo sinallagma funzionale e, pertanto, non cristallizzato per esaurimento della fase esecutiva in debito o credito; posto che il gravare dell’obbligazione su una sola delle parti lo rende, ai fini concorsuali, assimilabile al contratti integralmente eseguito da una di esse²⁰⁷

A tal riguardo, la giurisprudenza di certo non manca in “fantasia”. Su un primo versante si colloca la pronuncia del Tribunale di Venezia²⁰⁸ che indagando tale tipologia di rapporto contrattuale in essere evidenzia come la banca si sia obbligata tanto nel contratto di apertura di credito quanto in tutti gli altri contratti di concessione di linee di credito, ad assicurare la disponibilità della provvista pattuita, senza limitarsi, una volta erogati i fondi alla mera cura dell’incasso dei crediti oggetto di anticipazione. Sicché, opportuna appare la qualificazione dei suddetti compiti della banca, ancora in costanza di attuazione, alla stregua di obbligazioni principali e non certo accessorie²⁰⁹. Sulla stessa linea interpretativa si colloca un decreto del tribunale di Treviso²¹⁰ che ha considerato non esaurita nell’ambito del rapporto regolato in conto corrente, la prestazione relativa al mandato all’incasso (assistito da patto di compensazione) ancora in corso

²⁰⁵ Si veda FRIGENI; op ult cit.,

²⁰⁶ PATTI, *Contratti bancari nel concordato preventivo tra biteralità e unilateralità di inesecuzione*, *Fallimento*, 2015, 5, 557 (nota a sentenza)

²⁰⁷ BOZZA, I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo, in *Il fall.*, 2013, 1124; e così pure: Trib. Vicenza 25 giugno 2013, in www.ilcaso.it, 2013, secondo cui la norma è inapplicabile ai contratti di mutuo e anticipazione bancaria, mancando la reciprocità sinallagmatica delle prestazioni ineseguite.

²⁰⁸ Trib. Venezia Sez. fall., decr 20 gennaio 2015

²⁰⁹ Così: A. Patti, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, cit.,

²¹⁰ Trib. Treviso Sez. II, decr 02 febbraio 2015, in www.ilcaso.it

di esecuzione. A contrario si colloca un provvedimento di merito²¹¹ che, in tema di analoga valutazione su un contratto di anticipazione bancaria assistito da mandato all'incasso, disaggrega l'operazione ed in tal modo riconduce ad un trattamento diverso le operazioni di riscossione del credito per effetto del mandato all'incasso conferito, per le quali i viene ravvisata la sospendibilità ai sensi dell'art. 169 bis l.fall., in quanto in corso di esecuzione per la funzione, ancora non realizzata, di "chiudere l'operazione di anticipazione con la riscossione del credito", con la possibilità di sospenderle "integralmente, impedendo non solo l'applicazione della clausola di compensazione, ma nel suo complesso l'esecuzione del mandato per l'incasso".

Ebbene; non pare corretta la scissione di un'operazione strutturalmente unitaria in una pluralità di strumenti negoziali giacché :<<con il mandato all'incasso, non esaurito nella sua realizzazione soddisfattiva, la banca continua ad attendere all'esecuzione di una prestazione (non accessoria) a suo carico, non risolvendosi l'operazione di finanziamento (appunto pendente) nel mero pagamento di un debito scaduto da parte del debitore in procedura²¹² >>.

Dunque, attesa la bilaterale inesecuzione delle prestazioni sottostanti al regolamento contrattuale, la regola di prosecuzione in via ordinaria, salva l'applicabilità di quanto statuito dal 169 bis, vale anche per le linee di credito autoliquidanti. Allora dall'applicabilità della regola dell'art 169 bis discende:<< la natura di ordinaria amministrazione degli atti che costituiscano adempimento di contratti di finanziamento bancario in corso, in quanto semplicemente atti dovuti, privi di valore negoziale, per il vincolo posto alla volontà dalla preesistenza di un obbligo giuridico, del quale l'attività del debitore è semplicemente attuativa ²¹³>> . Può, dunque, concludersi nel senso che gli incassi dei crediti "anticipati" rimangano in linea di principio assoggettati alle pattuizioni concluse tra le parti ²¹⁴ .Pur tuttavia ciò non vale ancora ad ammettere che la banca possa trattenere per sé le somme riscosse in base al mandato. La questione nodale porta a discettare sull'operatività o meno della clausola di elisione ivi contenuta e sull'eventualità che essa possa divenire inoperante per effetto dell'intervenuta ammissione in procedura.

Difatti, la giurisprudenza precedente era dell'idea che il rientro operato mediante mandato all'incasso semplice fosse riconducibile al fenomeno della compensazione e dunque assoggettato alla deroga di cui all'art 46 l.f. Pur tuttavia per opinione dominante l'eccezione al principio della par condicio creditorum era

²¹¹ Trib. Milano 28 maggio 2014, in www.ilcaso.it, 2014.

²¹² Così: App. Bari 11 novembre 2013, www.ilfallimentarista.it, 2013.

²¹³ PATTI op. ult. Cit.,

²¹⁴ Si vedano le discettazioni di FRIGENI., op. ult. Cit.,:<< Quanto meno nel caso in cui esse siano contenute in contratti opponibili alla procedura concorsuale ai sensi dell'art. 45 l. fall. Per l'osservazione che, in caso contrario, al debitore che abbia promosso una domanda di (pre)concordato sarebbe consentito interrompere l'esecuzione del contratto senza dover passare dall'autorizzazione giudiziale ex art. 169-bis l. fall., in conseguenza della sopravvenuta inopponibilità dello stesso>>.

limitata al caso in cui le obbligazioni avessero entrambe il loro momento genetico ex ante apertura della procedura²¹⁵. Tale approccio conduceva a negare la possibilità della banca di rientrare nell'affidamento concesso mediante ritenzione delle somme riscosse successivamente l'apertura della procedura giacché il debito avente ad oggetto la restituzione di quanto incassato dal terzo, pur avendo origine nel rapporto di mandato, trova il suo fondamento genetico solo nel successivo pagamento²¹⁶. La situazione appare diversa qualora il contratto sia corredato dalla, più che opportuna in tal caso, clausola di elisione. Difatti, nel nuovo contesto normativo, stante l'accento posto sul principio di continuazione dei contratti l'operatività dei medesimi segna, come è stato efficacemente sottolineato in dottrina un "confine all'operatività delle regole" in tema di cristallizzazione della massa passiva e si: <<introduce una differenza fondamentale rispetto all'ipotesi di fallimento>>²¹⁷. Dacché se l'articolo 169 bis per opinione unanime è riconosciuto operante anche con riferimento alle linee di credito autoliquidanti non si può che concordare con quella parte dell'accademia che asserisce: << se ne deve concludere che le previsioni in esse contenute — in difetto di una sospensione o interruzione delle stesse — continueranno a regolare i rapporti tra la banca e il cliente, consentendo alla prima di trattenere le somme incassate in corrispondenza degli "anticipi" ²¹⁸>>.

Non mancano, tuttavia, opinioni contrarie²¹⁹ che negano che la clausola di elisione sopravviva alla formale apertura di una procedura concorsuale o postulano che essa diventi in qualche modo inoperante. Sic parte della dottrina argomenta: << La clausola di compensazione in questo caso risulta infatti contraria al prevalente principio della cristallizzazione della massa passiva al momento dell'apertura di una procedura concorsuale, invocabile anche nella nuova disciplina del concordato preventivo, ancor più se si ritiene non operante anche il meccanismo della compensazione di cui all'art. 56 l. fall. Il principio della non compensabilità tra crediti sorti prima dell'apertura di una procedura concorsuale e debiti sorti dopo deve cioè ritenersi prevalente rispetto al pactum de compensando inserito in un rapporto bancario.>>²²⁰.

Pur tuttavia si può rettamente obiettare che appare difficile configurare il rientro come compensazione in senso tecnico giacché quando il regolamento contrattuale presenta ab origine la clausola di elisione la banca

²¹⁵ L'unico presupposto per la sua operatività è dato dall'anteriorità al fallimento del fatto genetico, "fatto generatore" o "radice causale" della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte, mentre non è previsto che i crediti siano divenuti omogenei, liquidi ed esigibili prima del fallimento come prescrive la legge ordinaria, BADINI, CONFALONIERI, *Problemi applicativi del nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di compensazione nel fallimento: il fatto genetico del credito del socio escluso* (nota a Cassazione 28 agosto 2001, n. 11288), in *Il Fallimento*, 2002, pag. 615.

²¹⁶ D'ALESSANDRO, *I mandati in rem propriam all'incasso*, in *Dir. fall.*, 1989, I, 206.

²¹⁷ FRIGENI,

²¹⁸ Sempre FRIGENI cit., coadiuvato da PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 272, il quale evidenzia come "la continuità del rapporto, nella sua interezza [sia] comprensiva di tutte le clausole pattizie che lo regolano (così anche quella di «incamerare» le somme riscosse per conto del correntista", per l'essenziale loro connessione). Per alcune considerazioni sul punto v. anche TAVORMINA, *Contratti bancari e preconcordato*, in *www.judicium.it*, 2013, 7.

²¹⁹ BONTEMPI, *I contratti bancari "autoliquidanti" nel concordato preventivo tra scioglimento e retrocessione delle incassate dalla banca Nuova Giur. Civ.*, 2015, 4, 10277 (nota a sentenza)

²²⁰ BONTEMPI op ult cit.,

è legittimata a utilizzare le somme riscosse in base a quanto pattuito nel contratto. In breve:<< la permanenza di effetti del regolamento contrattuale comporta che l'utilizzo da parte della banca delle somme incassate dai terzi al fine di “rientrare” dalla corrispondente esposizione va apprezzato in termini di attuazione del programma negoziale prefigurato dalle parti>>²²¹.

In tal senso depongono altresì alcune pronunce di merito²²²; coadiuvate da una tornita giurisprudenza di legittimità.²²³ A tal proposito una recente sentenza del tribunale di Bergamo asserisce:<<Alla stregua dei principi di diritto che precedono il “patto di compensazione” tra le parti non integra una compensazione in senso tecnico; ma un mero effetto contabile dell’esercizio del diritto, spettante al correntista di variare continuamente la sua disponibilità; in altri termini l’annotazione delle riscossioni e dei pagamenti non fa sorgere debiti o crediti in senso giuridico, ma serve a rappresentare le modificazioni quantitative che il rapporto subisce nel suo svolgimento e quindi ad attuare un continuo regolamento contabile dei singoli crediti. Stabilita la non configurabilità nel caso di specie di una compensazione in senso tecnico, e la conseguente inapplicabilità dell’art 56 L.F, assume rilievo la circostanza, controversa tra le parti, della prosecuzione del rapporto dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo... In definitiva si trattava di rapporto pendente proseguito dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo ai sensi dell’art 167 l.f...non vi è quindi alcuna ragione per escludere una parte del regolamento contrattuale tra le parti; in particolare quel patto di compensazione - in senso atecnico- ... Diversamente opinando si arriverebbe alla conseguenza giuridicamente inaccettabile che il rapporto contrattuale continuerebbe con la banca tenuta a curare l’incasso del portafoglio presentando mantenendo l’apertura di credito con esclusione del patto di compensazione contrattualmente previsto quale elemento essenziale del sinallagma contrattuale>>.

Quanto detto ben si connubia con la stavolta più che opportuna addenda legislativa di cui all’art 169 bis secondo comma ultima parte che stabilisce che sia pure in caso di sospensione o scioglimento “resta ferma”:<< la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell’articolo 161>>. Autorizzando

²²¹ PATTI op ult cit., Per un rilievo simile v. già DI SABATO, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell’amministrazione controllata*, Milano, 1982, 63. La stessa giurisprudenza ante-riforma, del resto, nell’ambito di giudizi aventi ad oggetto la revocabilità degli incassi pervenuti alla banca in forza di un mandato a riscuotere, al fine di escludere la possibilità per quest’ultima di invocare l’art. 56 l. fall. aveva cura di precisare che, in realtà, il rientro operato dalla banca dalla propria esposizione non è riconducibile alla figura della compensazione ma configura un atto solutorio, posto che la banca mandataria procede direttamente a trattene quanto ricevuto in pagamento del proprio credito, senza che in nessun momento sorga un’obbligazione di restituzione da opporre in compensazione con il credito vantato. In questo senso: Cass., 3 maggio 2007, n. 10280; Cass., 19 gennaio 2006, n. 1060, in *FALLIMENTO*, 2007, II, 565 ss.; Cass., 9 giugno 1983, n. 3951, ivi, 1984, II, 446 ss.; App. Bologna, 23 gennaio 2004, in *Fallimento*, 2004, 288 ss.; Trib. Ferrara, 14 maggio 2012, in *Dir. fall.*, 2012, II, 646 ss.

²²² Seguono questa ricostruzione, nel vigore della attuale disciplina: Trib. Bergamo, 21 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 586 ss.; Trib. Roma, 21 aprile 2010, ivi, 2010, 1300 ss., nonché, sia pure in via di obiter dictum, Trib. Milano, 11 dicembre 2012, in *www.ilcaso.it.*, nonché, da ultimo, App. Brescia, 19 giugno 2013, ivi.,

²²³ Cass., Sez II 28/06/2002 n.9494; Cass. sez I 1998 n 1846 ;Cass. Sez I 1/09 2011 n. 17999

indirettamente la ritenzione da parte della banca delle somme riscosse dai terzi in base alle prescrizioni contrattuali in caso di prosecuzione del rapporto. Sic risolvendo definitivamente le diatribe sul punto.

Ciò detto e passando all'esame della seconda questione²²⁴ (non certo seconda per importanza), ben si spiegava nella guerra senza esclusione di colpi tra banche ed imprenditori la malaugurata prassi da parte di gran parte dei debitori in crisi di richiedere la sospensione o lo scioglimento del contratto di linee di credito da smobilizzo. Prassi di primo acchito lecita; se non fosse per l'intento sottostante, che era individuabile nell'intento non di privarsi della disponibilità di credito, ma di impedire alla banca di trattenere quanto incassato dai terzi e obbligarla a versare alla procedura di concordato preventivo le somme riscosse. In tal modo, il debitore era in grado di dotarsi della disponibilità atta a proseguire la procedura di concordato preventivo senza passare per una richiesta di nuova finanza nei confronti del ceto bancario. Detto meglio, e da più illustre dottrina: «<< In sostanza, la richiesta di autorizzazione *ex art. 169-bis l. fall.* avente ad oggetto le linee di credito da “smobilizzo”, più che essere diretta a sospendere gli obblighi derivanti dalle medesime, è funzionale a ottenere, in maniera indiretta, un altro effetto: quello di recidere, con riguardo alle operazioni di “anticipo” ancora pendenti, il legame che sussiste tra la concessione di credito pregressa e la modalità di rientro prevista a favore della banca, per l'appunto “autoliquidante”²²⁵>>. Tale opinione risulta tanto più avallata laddove si rammenti che se il debitore fosse effettivamente interessato a non avvalersi più della facilitazione finanziaria offerta da un determinato istituto, in quanto superflua oppure animato dalla volontà di sostituirla con altra meno onerosa, questi potrebbe semplicemente limitarsi a non avvalersi più della possibilità di ottenere “anticipi” su detta linea oppure recedere dalla stessa. Quello che l'imprenditore in realtà vuole ottenere mediante siffatta autorizzazione alla sospensione/scioglimento è privare di effetto gli atti destinati a dare esecuzione alla operatività “autoliquidante” pregressa. I giudici di merito hanno avuto pure cura di coadiuvare tale intento nei loro provvedimenti; mediante espresse ingiunzioni volte ad impedire alla banca di trattenere le somme destinate a essere riscosse dai terzi e, talvolta, si sono spinti perfino a ordinare espressamente alla banca di consegnare al debitore gli incassi relativi a crediti sui quali erano stati concessi gli “anticipi”.

²²⁴ I precedenti V. L'Applicabilità dell'art. 169 bis l. fall. ai contratti bancari «autoliquidanti». A favore dello scioglimento, anche nel caso in cui la banca abbia già erogato l'anticipazione sui crediti presentati dal cliente: App. Genova, decr. 10.2.2014, in Fallimento, 2014, 793 ss.; Trib. Genova, decr. 4.11.2013, ibidem, 793 ss. In senso contrario si vedano: Trib. V icenza, 25.6.2013, in www.ilcaso.it, sez. giur., 2013, 9300, che esclude lo scioglimento con riferimenti ai contratti di mutuo o di anticipazione bancaria in cui la provvista sia già stata erogata dalla banca, ammettendo invece la sospensione; Trib. Padova, 23.5.2013, 30.4.2013 e 7.1.2014, tutte in www.fallimentiesocietà.it; App. Brescia, 19.6.2013, in www.ilcaso.it, sez. giur., 2013, 9155. Pare nello stesso senso anche Trib. Milano, decr. 28.5.2014, ivi, 2014, 10592, anche se tale provvedimento conclude precisando che potrebbe applicarsi l'art. 169 bis l. fall. ai mandati all'incasso in corso di esecuzione che vanno a chiudere un'operazione di anticipazione s.b.f. con la riscossione del credito per effetto dell'operatività di una clausola di compensazione.

²²⁵ C. FRIGENI, op. ult. Cit.,



Ciò detto; a parte l'ammissibilità "etica" di prassi siffatta, suscita quantomeno sdegno il fatto che tale comportamento sia stato pure avallato dai fantasiosi provvedimenti giurisprudenziali; che tendono e tendevano ad individuare nelle banche lo "Zio Paperone" di turno e nell'imprenditore il "povero" sfortunato Paperino. Ebbene; a questi sciagurati abusi la riforma pone finalmente fine richiamando *l'articolo 169 bis* alla sua funzione primigenia che era e resta quella di liberarsi dei contratti che, in considerazione del piano elaborato, risultino superflui, sulla base di valutazioni sia di ordine qualitativo che di tipo quantitativo e fare venir meno l'operatività del sinallagma contrattuale esclusivamente pro futuro (come si evince del resto dal nuovo 169 bis secondo comma ultima parte: << ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'articolo 161 >>). Al riguardo, va però rimarcato che qualora la banca adotti lo schema contrattuale di smobilizzo mediante cessione notificata o accettata *l'art 169 bis* non è operante giacché l'autorizzazione opera *ex nunc* e, pertanto, così come non è in grado travolgere le prestazioni già eseguite sulla base dei contratti sospesi o interrotti, non può nemmeno cancellare l'effetto traslativo già verificatosi, in forza del principio consensualistico, a seguito del perfezionamento della cessione .

Dunque, il venir meno della legittimazione della banca a trattenere gli incassi in base al mandato in rem propriam è limitata al caso in cui nel regolamento contrattuale della clausola di elisione non vi sia menzione. Va inoltre precisato che, in base al nuovo dettato legislativo, il provvedimento giudiziale non può fondare alcuna pretesa di restituzione in relazione ai rapporti di mandato che siano stati eseguiti, anche qualora ciò sia avvenuto successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo. Coerentemente con l'efficacia *ex nunc* del provvedimento autorizzatorio; esso può al più legittimare il debitore a pretendere solo la retrocessione delle somme incassate dalla banca successivamente alla sua emanazione.

2.8 Conclusioni:

Quando si tratta di effettuare considerazioni su ciò che si analizza e su ciò con cui si viene a contatto sovvienne la dovuta cautela. Cautela tanto più maggiore laddove vorremmo che le nostre asserzioni assumano il sapore di verità. La mente razionale, pensa, cerca, ma soprattutto dubita. Come diceva Voltaire << Il dubbio è una condizione sconcertante, ma la certezza è una condizione assurda >>. D'altronde giova la considerazione che ogni formulazione sconta il limite soggettivo del punto di vista di chi scrive, delle sue conoscenze, delle sue esperienze. Ogni punto di vista reca in sé parcellizzazione, rappresenta una porzione di realtà che per limite naturale esclude il resto. Il limite diviene ancor più invalicabile e frustrante quando la razionalità è formalizzata nella teoria, nella logica argomentativa e difatti sebbene essa costituisca ipotesi di pensiero necessaria alla scienza giuridica; se da un canto la aiuta dall'altro la manipola. La formulazione

teorica seppure interessante o affascinante resta avulsa dal quotidiano, non in grado di parlare alla nostra pelle né di cogliere la complessità delle situazioni concrete. La razionalità formalizzata è frutto che dell'albero costituisce ragion d'essere ma che richiama parassiti che ne ingialliscono le foglie e fanno avvizzire parte delle radici. Se dunque la formulazione teorica incontra un doppio limite di tenore soggettivo e oggettivo intrinseco alla sua stessa natura bisognerebbe escludere qualunque pretesa di giungere all'oggettività?

Travalicare il limite della soggettività postula quale condizione necessitata l'interposizione di presidi tra l'oggetto di disquisizione e tutti gli osservatori per far sì che la razionalità formalizzata ed il dialogo sulle questioni nodali (spesso formulato in termini incomprensibili ai più) non diventi funzione dell'irrazionale, non diventi un estemporaneo autoincensamento fine a sé stesso. Questi presidi sono rappresentati dalla stabilità e dalla certezza dell'esperienza scientifica, dello studio statistico sugli effetti dell'applicazione delle leggi di cui la scienza giuridica, rinunciando alla pretesa di autoreferenzialità, può e deve avvalersi. Del resto la verità altro non è che un concetto statistico la cui fondatezza è avallata da indici di probabilità. Il mondo non è fatto di opinioni è fatto di fatti, noi stessi siamo un fatto e questo è incontestabile. Ciò ribadito occorre interrogarsi sugli esiti delle innovazioni legislative che hanno coinvolto la finanza ponte, vagliare i limiti e le possibilità offerte dalla norma. A tal riguardo studi statistici (fatti) che avallino considerazioni critiche sugli effetti delle norme e sull'operato del legislatore ne abbiamo, sia pure pochi parcellizzati e imperfetti questi dati ci sono e impongono di rendere giustizia all'operato di tutti. *Sic* dati alla mano, valutando le innovazioni in tema di finanza ponte in ottica sistemica e quindi unitamente agli altri incentivi alla percorribilità del concordato preventivo che il legislatore si era proposto di favorire in luogo del fallimento possiamo affermare che alcuni obiettivi sono stati raggiunti con successo. L'analisi statistica effettuata da Banca d'Italia²²⁶ ha dimostrato che a partire dalle riforme del 2005/07 il ricorso al concordato preventivo si è ampliato e ha toccato l'apice a seguito delle riforme apportate con d. l. 83 /2012 che hanno disciplinato compiutamente l'iter della nuova finanza e introdotto il concordato in bianco. Si è passati da 80 concordati per trimestre a più di 200 per trimestre. Tale crescita non sembra determinata esclusivamente dalla congiuntura macroeconomica. Il rapporto tra i concordati e il complesso di procedure concordatarie e fallimentari aperte è passato dal 2 per cento al 10 per cento circa nel 2012, fino a raggiungere un picco di oltre il 15 per cento tra il 2013 e il 2014 (figure 2,3,4). Come noto tale indicatore risente in maniera esigua della congiuntura economica. Tuttavia nonostante le riforme il Concordato rimane una modalità per accompagnare le imprese fuori dal mercato, piuttosto che per conservarne la continuità operativa. Del resto i dati comprovano tale asserzione giacché (ved. figura) la quota delle imprese che aprono un concordato sul totale delle procedure concorsuali risulta maggiore laddove l'efficienza dei tribunali è minore e dunque, la

²²⁶ Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers): Il concordato preventivo in Italia: una valutazione delle riforme e del suo utilizzo, n. 416 Marzo 2016, Claudio Castelli, Giacinto Micucci, Giacomo Rodano e Guido Romano

procedura fallimentare consta dell'inconcludenza dei tribunali e dei tempi più lunghi di risoluzione. Ciò induce ad inferire che il concordato sia considerato dagli imprenditori come una modalità di uscita dal mercato più rapida ed efficiente rispetto al fallimento. Alla percorribilità di tesi siffatta giova altresì la contezza che solo una quota residua di aziende sopravvive ex post concordato (fig. 7). Dacchè dati alla mano si può affermare con assoluta precisione e rigore scientifico che risulta velleitaria, ed infondata l'opinione accademica²²⁷ che asserisce :« La verità è che.. i fatti hanno smentito le intenzioni e le previsioni: il fallimento è divenuto tutt'altro che la procedura recessiva, e i concordati sono rimasti uno strumento dalle potenzialità inesprese. I concordati preventivi erano e rimangono pochi, rispetto al numero dei fallimenti; e meno ancora sono gli accordi di ristrutturazione dei debiti.>>. Mi pare che le indagini statistiche ed i rilievi matematici abbiano ampiamente dimostrato il contrario; l'operato del legislatore e degli esperti che in questi ultimi anni hanno apportato il loro contributo al processo di riforma della disciplina fallimentare ha riscosso indubbio successo considerando il punto di partenza. Condivido l'asserzione a tenor della quale:« lo spirito del legislatore è stato procedere per tentativi, sul presupposto che, a forza di aggiustamenti e di approssimazioni, prima o poi la formula giusta sarebbe stata trovata>>. Pur tuttavia, ciò penso sia dovuto all'influenza di ciò che Bauman chiama “la modernità liquida”. La velocità che connota il nostro sistema economico, la cultura emergenziale e frenetica che ci circonda in cui persino il qui e ora risulta minacciato atteso che l'istante successivo arriva talmente in fretta che riesce difficile vivere il presente, le numerose messi di stimoli ed informazioni alle quali siamo sottoposti pone la prospettiva di ricezione e assimilazione ben al di là delle capacità delle persone comuni; rende difficile separare ciò che è utile da ciò che non lo è ,il rumore di fondo dal pensiero e ciò induce a ritenere che abbiamo creato una società in cui risulta impossibile “pensare più di una frase smozzicata”. Dunque, non vi è da meravigliarsi se il modo di legiferare, condizionato dal contesto sociale, sia radicalmente mutato; se invero il legislatore influenza l'assetto collettivo al contempo ne viene suggestionato anch'esso. La relazione è biunivoca. Corollario di ciò è che le leggi alla stregua dei prodotti di mercato prima appaiono e solo dopo cercano la propria applicazione; molte vengono abrogate senza averne trovata alcuna (per dirne una si pensi alla norma di interpretazione autentica di cui all'art 11, comma 3-quater, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 in tema di prededuzione nel concordato con riserva) e quelle che sono riuscite a soddisfare un bisogno onde sì dimostrare d'esser rilevanti tendono a soccombere sotto l'egida di nuovi interventi più avanzati giacché la soddisfazione per sua stessa natura a detta delle concezioni dominanti di mercato non può che essere limitata nel tempo. Queste tendenze patologiche esiliano ogni pretesa di creare un impianto stabile, duraturo, destinato a sopravvivere al tempo come fu e com'è ancora per il nostro Codice Civile. Tale conclusione è spendibile anche nella discettazione sugli effetti delle innovazioni apportate dalle riforme in tema di nuova finanza sull'offerta di credito alle

²²⁷ NISIVOCIA, Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?, in *Fallimento*, 2015, 1181 ss.

imprese inerente il rifinanziamento o la ristrutturazione. Atteso il sottodimensionamento dei mercati finanziari italiani, il carattere del nostro sistema produttivo risulta prevalentemente bancocentrico. Dunque, l'attività di rifinanziamento delle imprese e delle famiglie si svolge quasi esclusivamente tramite il ricorso al credito bancario. La funzione di intermediazione tra risparmio ed investimento pesa in questo paese prevalentemente sulle spalle del ceto bancario dacchè, il lettore avrà oramai compreso, parlare di nuova finanza significa parlare di banche.

Ai fini di formulare un giudizio sugli effetti degli incentivi apportati dalle riforme in tema di nuova finanza occorre aver riguardo ai dati inerenti l'offerta di credito alle imprese ex post riforma del 2012. Al riguardo le esigue informazioni²²⁸ che soggiungono dall'Abi, dalla bank lending survey e dall'indagine a livello territoriale effettuata da Banca d'Italia non sono particolarmente dettagliate né foriere di giudizi lusinghieri.

Avendo riguardo dei dati grezzi si può correttamente inferire che la stretta sull'offerta creditizia permane. In seguito alla crisi del debito sovrano, le banche italiane hanno visto aumentare in modo significativo il loro costo del capitale sui finanziamenti a medio-lungo termine e hanno agito da sottoscrittori del debito pubblico scaricato sul mercato dagli investitori esteri. La recessione e la crisi del debito sovrano ha aumentato la rischiosità degli attivi bancari, i crediti deteriorati hanno inciso ulteriormente sui coefficienti di patrimonializzazione, le condizioni di liquidità nella fase più acuta della crisi sono peggiorate per la difficoltà di reperire fondi sul mercato interbancario e solo di recente hanno subito un lieve miglioramento per effetto dell'attuazione delle operazioni monetarie definitive da parte della BCE. In questo contesto prestare denaro ad imprese a rischio di decozione risulta particolarmente pericoloso giacché la difficoltà e l'incertezza nel recupero delle somme concesse potrebbe riflettersi negativamente sulle condizioni economico finanziarie degli istituti di credito. Atteso ciò; francamente mi chiedo come, allo stato degli atti, si possa solo azzardare l'ipotesi che gli incentivi introdotti in tema di finanza interinale sortiscano l'effetto gradito, a meno di non condurre gli istituti di credito "al suicidio patrimoniale" s'intende, suicidio che tra l'altro sarebbe letale per l'economia italiana. Tali considerazioni risultano tanto più avallate laddove si

²²⁸ RISULTATI PER L'ITALIA

Bank lending survey, serie storiche trimestrali, dal gennaio 2003, dell'indice di diffusione e della percentuale netta calcolati sulla base delle risposte qualitative ai singoli quesiti: Dati in formato excel (ultimo aggiornamento - gennaio 2016) *Nota di commento ai risultati - gennaio 2016* *Nota di commento ai risultati - ottobre 2015 pdf* *Nota di commento ai risultati - luglio 2015 pdf 177.3 KB* *Nota di commento ai risultati - aprile 2015 pdf*

Nota di commento ai risultati - gennaio 2015 pdf 151.9 KB *Nota di commento ai risultati - ottobre 2014 pdf 150.9 KB*

Nota di commento ai risultati - luglio 2014 pdf 142.1 KB *Nota di commento ai risultati - aprile 2014 pdf 300.9 KB* in

www.bancaditalia.it; Banca d'Italia: L'economia delle regioni italiane, in www.bancaditalia.it Banca d'Italia, La domanda e l'offerta di credito a livello territoriale paper n 44 dicembre 2015 domanda di credito; Banca D'Italia, La domanda e l'offerta di credito a livello territoriale, paper n 44 /14., in www.bancaditalia.it

Brunella russo, I finanziamenti bancari alle imprese in crisi a seguito dei recenti provvedimenti normativi in materia, in *Annali della facoltà di economia*, 2013, Abi, Osservatorio Banche imprese, paper numero: 34,33,32,31,30,29 28, in ww.abi.it, Bocconi, Idee per la crescita; come allentare la stretta di credito, in www.unibocconi.it

esamini il problema in ottica giuridica e si rammenti che la prededuzione accordata ai nuovi finanziamenti sconta limiti ed incertezze interpretative che mal si attagliano ai rischi relevantissimi che il finanziatore sarebbe chiamato ad assumere. Ciò a cagione:

1. dei dubbi ermeneutici sul come e quando la prededuzione possa operare a favore dei soggetti finanziatori posti di fronte al rischio che, in caso di eventuale fallimento successivo al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione dei debiti, il giudice delegato possa poi negare il carattere della prededucibilità in sede di verifica dello stato passivo.
2. *Ad adiuvandum* giusta la spiazzante varietà di opposte interpretazioni fornite dai giudici di merito su diverse tematiche emerse in tema di applicazione della legge fallimentare, in una con la mancata osservanza dei precedenti resi dalla Suprema Corte²²⁹.
3. Ancora, ed è davvero troppo direi, si considerino pure i limiti oggettivi ai quali è sottoposta la tutela del credito giacché la prededuzione non può operare in caso di insufficienza dell'attivo e non può arrecare pregiudizio ai crediti ipotecari ed a quelli pignorati, giusta il disposto del terzo comma dell'art. 111 bis L.F.

Si segnala, infine l'omessa esenzione dei finanziamenti interinali concessi in situazioni distressed dall'osservanza dei limiti delle soglie antiusura come ulteriore ed assai importante ostacolo allo sviluppo di tali tipologie di finanziamenti, che, scontando un rischio di insolvenza del debitore assai più elevato, dovrebbero, a fortiori ratione, essere maggiormente remunerati.

Oggi più che mai, le banche sono chiamate a far fronte all'arduo compito di individuare un contemperamento tra due opposte esigenze: da un lato quella di concedere credito, senza la quale gli investimenti non avrebbero luogo e, al contempo, quella di tutelare e garantire i risparmi di giudici, avvocati, dei lavoratori tutti. Dappiù; è sotto gli occhi perfino dell'uomo di strada, ed in quanto tale incontestabile, il fatto che lo svolgimento della funzione di intermediazione in questi ultimi anni sia divenuto più via via più difficoltoso a cagione della crisi finanziaria prima, di quella del debito sovrano sorta successivamente ed infine si sia ora ulteriormente aggravata, giusta il problema del deterioramento della qualità dei crediti presenti negli attivi bancari che da periferico è divenuto centrale (nel 2016 le sole sofferenze nel computo totale dei crediti deteriorati ammontano a quota 200 miliardi). Al deterioramento odierno della qualità del

²²⁹ Si pensi, solo per esemplificare, alla questione del pagamento integrale dei creditori privilegiati, ove si registrano orientamenti di alcune Corti di merito che aderiscono alla soluzione ermeneutica della non dilazionabilità del pagamento dei creditori privilegiati, in contrasto con *i decisa* della Suprema Corte (Cass., n. 2038 del 26 settembre 2014, n. 2038; Cass., 9 maggio 2014, n. 10112), che per contro, ritengono ammissibile il pagamento dilazionato dei crediti privi- legiati nel concordato preventivo.

credito si accompagna ad un altro deterioramento: quello del livello delle coperture nei bilanci a fronte delle perdite previste su crediti. Nel complesso, il tasso di copertura dei crediti deteriorati (che includono sia crediti in sofferenza che incagli, oltre ad esposizioni ristrutturate o scadute) è sceso dal 49.4% del 2007 al 37.7% nel 2012 e nel corso degli ultimi anni è diminuito ulteriormente. Ciò, ovviamente, contrasta con le politiche di regolamentazione del sistema bancario da parte di governi e banche centrali, imperniate verso una maggiore capitalizzazione, verso una valutazione prudenziale dei crediti, verso la limitazione dell'esposizione al rischio; a ciò si aggiunga, questa volta veramente ad abundantiam, la recente normativa sulle crisi bancarie che pone ulteriori limiti a scelte gestionali che propendano per un elevato grado di leva finanziaria; assicurandosi che siano gli azionisti invece che la fiscalità generale a sopportare i costi di una eventuale crisi. Da quanto esposto ben si è capito che gli incentivi introdotti dal legislatore miranti a sopperire al c.d. credit crunch concorsuale (rebus sic stantibus) non possono e non potranno mai sortire gli effetti sperati. Ma vi è di più; generalmente ci si chiede se tali incentivi siano idonei a facilitare l'accesso al credito da parte dell'imprenditore che opti per una soluzione negoziata della crisi. Tuttavia, atteso il contesto economico generale, esaminando il problema in ottica più realistica e ragionando a contrario, la domanda che dovremmo porci sarebbe un'altra: a qualcuno è mai venuto in mente che forse ai creditori in generale ed a quelli bancari in particolare stiamo chiedendo troppo?!

In conclusione: le circostanze sono tali da far facilmente prevedere un'asfissia di impieghi nei confronti di distressed business e, con essa, la necessità di reperire forme di finanziamento alternative al sistema bancario.

Ciò detto la colpa è pure di una politica legislativa inopinata che non ha alcun rispetto per le logiche di mercato; nell'equazione del P.I.L. ($Y = C + I + G + X$), il risparmio (S) è uguale all'investimento (I). In particolare il *risparmio privato è pari al reddito disponibile al netto dei consumi*. ($S=Y-T-C$). Se torniamo all'equazione e sottraiamo da entrambi i lati le imposte e riscriviamo l'equazione: $Y-T-C=I+G-T$ Il lato sinistro è pari al risparmio. Quindi: $S=I+G-T$ $I = S + (T - G)$.

Ciò significa che in un dato sistema economico vi è uguaglianza tra risparmio e investimento (J. M. Keynes, 1936). Al di là dalle discussioni sui tassi d'interesse, ciò che qui giova sottolineare è che ogni sistema può contare su un numero di risorse da investire limitato. Favorire il sussidio a imprese inefficienti o insolventi (zombie); ostacola la riallocazione delle risorse verso nuove iniziative più promettenti, indirettamente vanifica l'effetto delle riforme strutturali, grava pesantemente sulla situazione economico finanziaria degli istituti di credito e sulle prospettive di crescita economica così rievocando, in un certo senso, lo schema della "sindrome giapponese" a tutti nota.

Del resto il capitalismo senza fallimento è come il cristianesimo senza l'inferno. Con ciò non voglio dire che bisogna lasciare che le iniziative imprenditoriali naufraghino a priori perché sarebbe bestemmiare, ma che propendere ad occhi chiusi per un sistema troppo debtor oriented comporta significativi costi a carico della

collettività vuoi dei creditori coinvolti, vuoi del sistema imprenditoriale complessivamente inteso (lo stesso discorso vale al contrario). Dunque occorre trovare un equo bilanciamento tra l'esigenza di tutelare l'impresa in crisi ed i valori aziendali ad essa correlati e l'esigenza di tutelare i creditori come anche l'efficace riallocazione delle risorse.

Del resto i vari settori del sistema economico produttivo non possono essere considerati come compartimenti stagni, bensì possiedono strutturalmente un alto grado di interrelazione; ciò significa che se si verifica un problema nel circuito industriale quello stesso problema è suscettibile di creare dei danni al circuito finanziario e viceversa. Esempio palese ne è l'aumento delle sofferenze bancarie positivamente correlato all'aumento del numero delle imprese in crisi. Se ancora si vuole agire su tale versante onde evitare il tracollo, la predisposizione di strumenti più efficienti di risoluzione deve essere accompagnata altresì da una legislazione che riesca ad individuare un idoneo temperamento tra le due opposte esigenze sopra dette, che tenga conto della situazione delle banche, che tenti di migliorare la loro situazione patrimoniale e finanziaria (ad esempio mediante uno sgravio degli oneri tributari compensativo dei rischi assunti con la concessione di credito alle imprese in difficoltà) che promuova il dialogo tra intermediari e imprenditori, una maggiore alfabetizzazione finanziaria e relazioni più trasparenti nel rapporto banca impresa.

Figura 1

**Concordati preventivi aperti per trimestre
(procedure con piano presentato)**

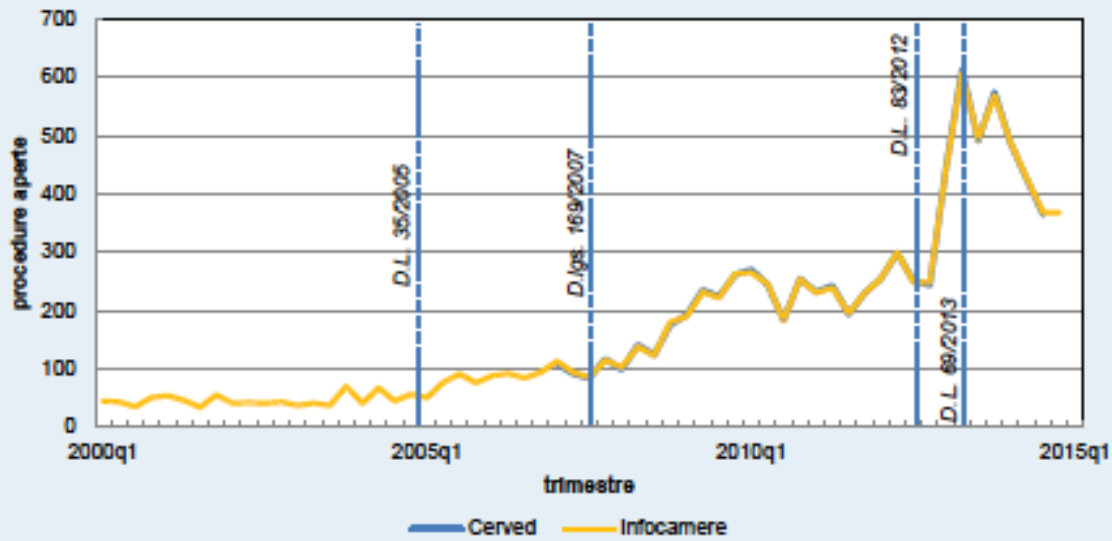


Figura 2

**Concordati preventivi aperti per trimestre
(in rapporto al totale di concordati e fallimenti)**

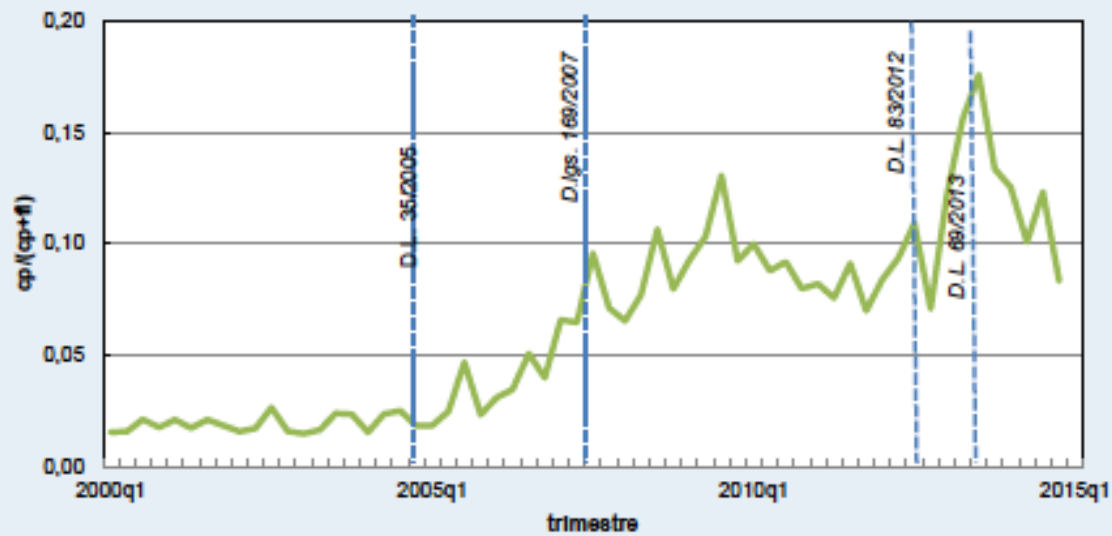
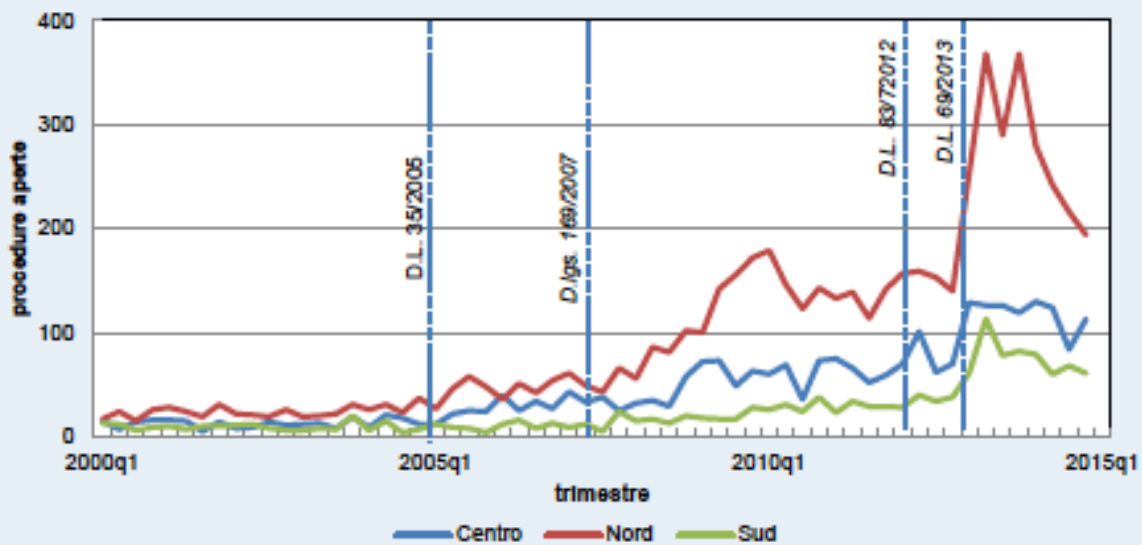


Figura 3

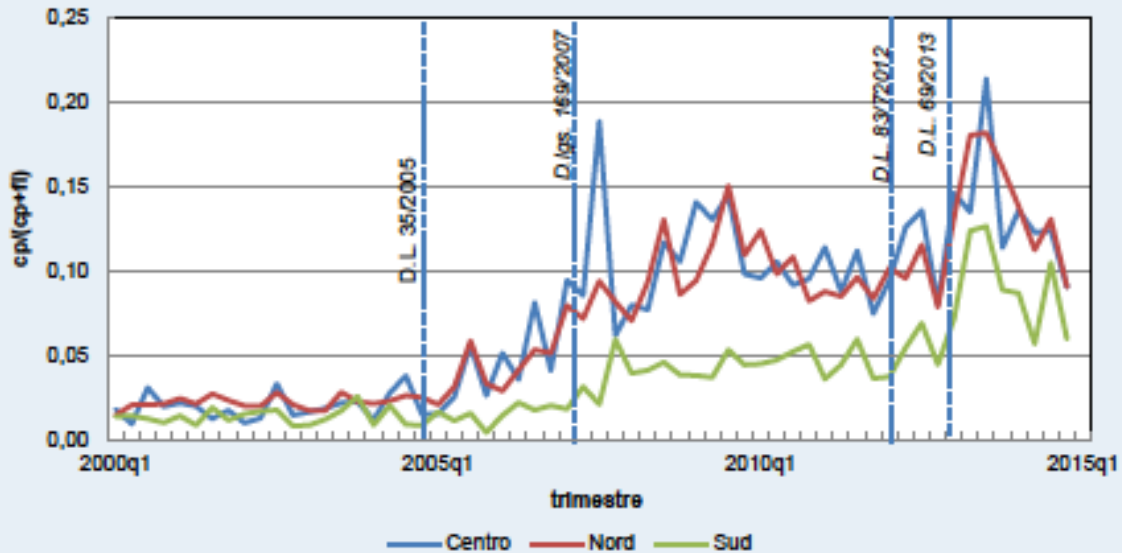
Concordati preventivi aperti per trimestre
(aree geografiche)



Fonte: dati Cerved. Si considerano solo i concordati in cui il piano è stato presentato. Medie mobili con finestra di 5 trimestri. Il D.L. 35/2005 ha riformato la normativa in materia di concordato preventivo; il D.lgs. 169/2007 ha abbassato la soglia di accesso alle procedure; il D.L. 83/2012 ha introdotto il cd. "concordato con riserva"; il D.L. 69/2013 ha introdotto misure correttive al cd. "concordato con riserva".

Figura 4

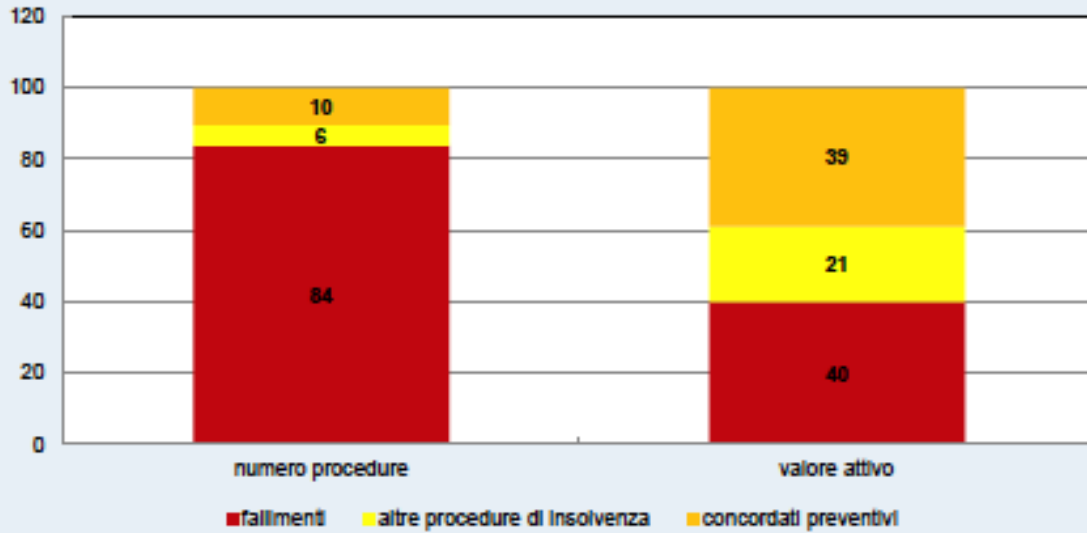
Concordati preventivi aperti per aree geografiche
(in rapporto al totale di concordati e fallimenti)



Fonte: dati Cerved. Si considerano solo i concordati in cui il piano è stato presentato. Medie mobili con finestra di 5 trimestri. Il D.L. 35/2005 ha riformato la normativa in materia di concordato preventivo; il D.lgs. 169/2007 ha abbassato la soglia di accesso alle procedure; il D.L. 83/2012 ha introdotto il cd. "concordato con riserva"; il D.L. 69/2013 ha introdotto misure correttive al cd. "concordato con riserva".

Figura 5

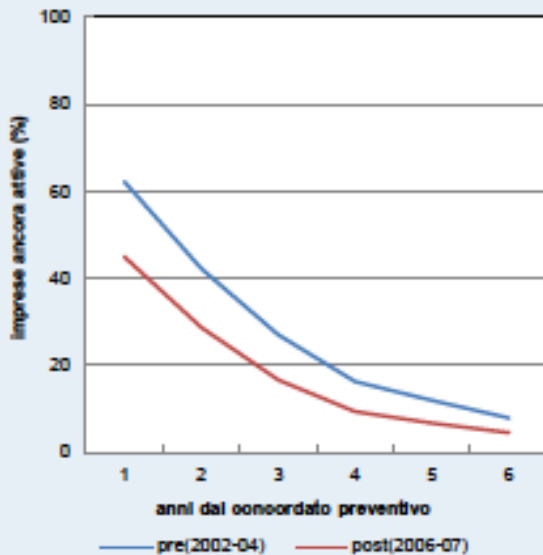
Peso percentuale di fallimenti, concordati preventivi e altre procedure sul numero di procedure e sul valore dell'attivo (2012-14)



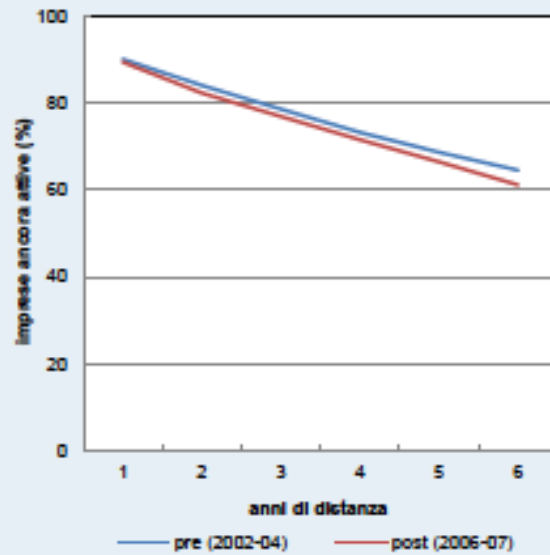
Fonte: dati Cerved.

Figura 6

a) Imprese ancora attive dopo un concordato preventivo (quota percentuale)



b) Imprese attive (quota percentuale)

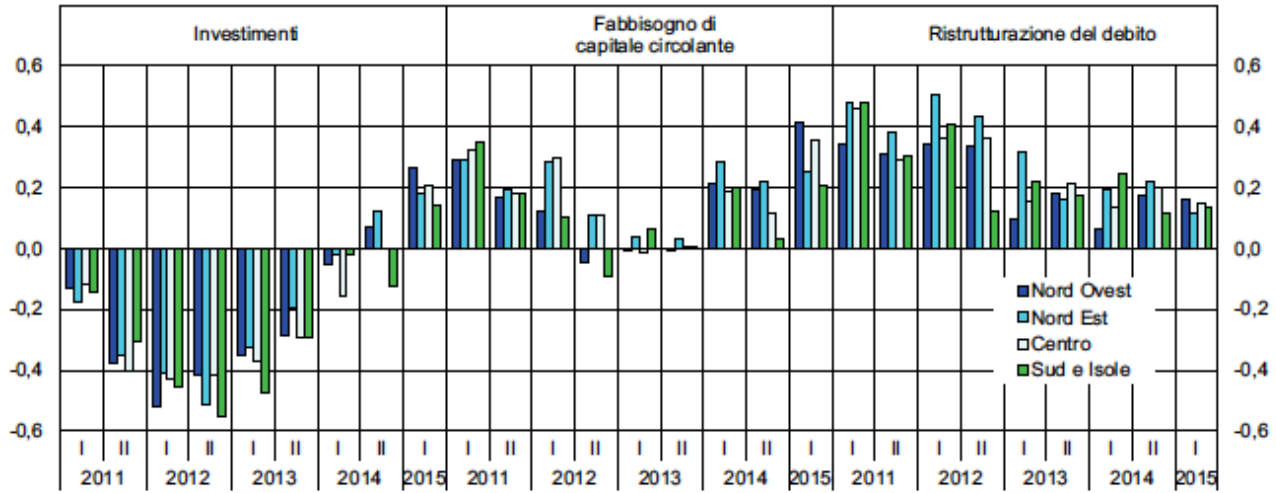


Fonte: dati Cerved.

La domanda di credito delle imprese (1)
(indici di diffusione)

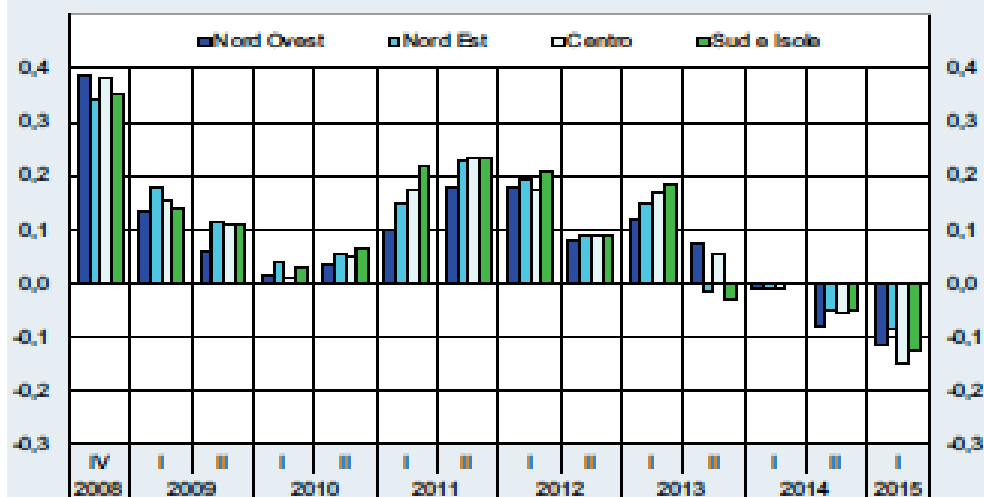
(1) per determinante della domanda

(contributo all'espansione (+) / alla contrazione (-))



L'offerta di credito alle imprese (1)

(indici di diffusione; irrigidimento (+) / allentamento (-))



Fonte: *Regional Bank Lending Survey*.

(1) L'indice di diffusione sintetizza le informazioni sull'evoluzione dell'offerta di credito nei due semestri dell'anno (ad eccezione del dato sul 2008 che è riferito all'ultimo trimestre dell'anno). Valori positivi dell'indice segnalano un irrigidimento dell'offerta; valori negativi un allentamento (cfr. la sezione: *Note metodologiche*).

CAPITOLO III: IL 182 SEPTIES

Nella rincorsa senza capo né coda verso la risoluzione delle crisi d'impresa, il legislatore ha ravvisato l'opportunità di inserire, nell'assetto attuale della nostra legge fallimentare, una nuova disposizione disciplinante, rispettivamente, due istituti sì appellabili:

1. L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari;
2. La convenzione di moratoria;

L'articolo di cui si disquisisce è, il lettore avrà oramai compreso, il nuovo *182 septies L.F.*

I commi 1,2,3,4 della nuova disposizione disciplinano il nuovo accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari.

Le ragioni che hanno determinato l'introduzione della prima parte dell'esposto, disciplinante la nuova sub specie²³⁰ di accordo, afferiscono ai problemi che sorgono in relazione alla condotta, seppure virtuosa, di tempestiva ostensione della crisi²³¹. Sic, sovente accadeva che il debitore di fronte all'insorgere di una situazione di allarme nella gestione dell'impresa optasse per una, più che opportuna, negoziazione in via pattizia con i creditori finanziari che, ripetiamo, atteso il carattere prevalentemente bancocentrico del nostro sistema produttivo, posseggono, di media, gran parte dell'esposizione debitoria dell'impresa. La scelta, che di regola propendeva per una soluzione "informale" (in senso atecnico), si rivelava e tutt'oggi si rivela, disquisendo, si badi, nell'ottica del debitore, quanto mai azzeccata. Del resto, la presentazione di una domanda di concordato, pur se seguita da una virata verso gli accordi, implica una serie di riflessi poco profittevoli, atteso che i debiti vengono a scadenza per effetto dell'art. 55 l.fall. e, in via un po' più generale, atteso l'articolo 169 l.fall. che determina l'applicabilità di una serie di disposizioni dettate in tema di fallimento a far data dal momento del deposito del ricorso. Dunque, il percorso ad imbuto, tipico del concordato postula, molto spesso, più costi che opportunità. La valutazione presenta rilievi analoghi qualora si ragioni nell'ottica del creditore bancario; atteso che l'apertura di una procedura concorsuale (*strictu sensu intesa*) obbliga gli istituti di credito a riclassificare i crediti derivanti dai rapporti in essere con il debitore come *Non Performing Loans*²³², con notevolissime conseguenze sul versante degli accantonamenti nel

²³⁰ INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Fallimento*, 4, 2011, pag. 1361.

²³¹ FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, 12, pag. 1269; FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Fallimento*, 10, 2014, pag. 965.

²³² Si segnalano a tal proposito le discettazioni di: CEDERLE, *Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169 bis l.fall. ai contratti bancari autoliquidanti*, in *Fallimento*, 2014, 804.

bilancio della banca²³³ mentre, nel caso di accordo, l'esposizione verrà riclassificata come "da ristrutturare" e, dunque, le conseguenze saranno minori sul versante degli accantonamenti.

In questo scenario, ben si comprende perché la scelta del debitore di optare per lo strumento sotto molti aspetti più flessibile dell'accordo di ristrutturazione, ricevesse il plauso della quasi totalità dei creditori finanziari giacché rappresentava opzione conveniente per tutti. Pur tuttavia, sovente accadeva che alcuni tra creditori finanziari²³⁴ (solitamente quelli la cui esposizione verso l'impresa si rivelava poco significativa) si

²³³ Su tale versante si veda la Matrice dei Conti di Banca D'Italia, Circolare n. 272 del 30 luglio 2008 aggiornata al 15 marzo 2016;

BRESCIA MORRA, Il diritto delle banche, Il Mulino, 2016; NADOTTI, PORZIO, PREVIATI, Economia degli intermediari Finanziari, McGraw Hill education, 2016; FORESTIERI, Corporate & Investment Banking, Egea, III edizione; FORESTIERI, MOTTURA, Il Sistema Finanziario, Egea, VI edizione

²³⁴ Relazione DDL - conversione in legge del dl 83/2015 - misure urgenti in materia fallimentare civile e processuale e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, in www.giustizia.it. Ivi si legge testualmente: << L'articolo introduce nella legge fallimentare il nuovo articolo 182-septies con la finalità di togliere ai creditori finanziari che vantano un credito di piccola entità la possibilità di dichiararsi contrari ad operazioni di ristrutturazione concordate fra il debitore e la maggioranza dei creditori finanziari, decretando l'insuccesso complessivo dell'operazione e l'apertura di una procedura concorsuale...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 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. I risultati possono essere di due ordini, entrambi subottimali per l'economia, oltre che per i principali soggetti coinvolti:

a) in taluni casi, le banche aderenti si sobbarcano l'onere di soddisfare integralmente le altre (si apre dunque un problema di free-riding che, se si verifica in un numero importante di casi, ha anche come effetto indotto sul sistema economico la lievitazione dei rischi e del costo del credito);

b) in altri casi, quando i costi sono tali da non poter essere sostenuti solo da una parte delle banche, si apre una fase di gestione della crisi proceduralizzata, nella migliore delle ipotesi un concordato preventivo. Forma di gestione che, seppur resa più efficiente dalle recenti modifiche normative, comunque comporta, rispetto alla soluzione stragiudiziale, costi diretti e indiretti più elevati. Una serie di rigidità si aprono, infatti, nella gestione dei rapporti commerciali necessari all'attività economica dell'impresa e indispensabili al superamento della crisi (si pensi alla difficoltà di continuare le relazioni con i fornitori e i clienti). E ciò che rende più incerto il successo dell'operazione di risanamento o più lento e costoso il suo percorso si traduce in termini di costi per l'economia in un aumento dei rischi e dei costi della concessione del credito>>.

QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildiritto degli affari.it. Sostiene che: << In passato, tuttavia, accadeva spesso che alcuni creditori finanziari – solitamente soggetti stranieri o piccole banche – si "sfilassero" dalle negoziazioni; con la conseguenza – nella migliore delle ipotesi – di avvantaggiarsi indebitamente del sacrificio economico delle altre banche o intermediari finanziari creditori, in virtù del pagamento integrale dei creditori estranei all'accordo, previsto dall'art. 182-bis l.f. 4; in altri casi, compromettendo il raggiungimento dell'accordo e condannando l'impresa ad accedere a procedure concorsuali (in senso tecnico). Si parla, al proposito, di scenari di free-riding, in cui talune banche saldano integralmente le altre riottose>>.

VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, rileva che: <<L'articolo in commento, di nuovo conio, accorda al debitore che, per sistemare il passivo della propria impresa, intenda percorrere la via dell'accordo di ristrutturazione ex articolo 182 bis, uno strumento che gli consente di superare l'eventuale dissenso di uno (o più) creditori. Nella pratica applicativa dell'articolo 182 bis (dal primo al quinto comma) questo dissenso solitamente proveniva da un'azienda di credito, meno propensa delle altre aziende bancarie creditrici, a concedere nuova finanza all'imprenditore o, comunque, ad accordargli dilazioni di pagamento o riduzioni del debito. Accadeva così che il debitore, pur avendo faticosamente raggiunto l'accordo con la maggioranza delle altre banche (o, addirittura, con la totalità di esse meno una), vedeva naufragare la possibilità di ottenere la ripartizione dei nuovi affidamenti tra le varie aziende interessate per continuare l'attività imprenditoriale. Da tale impossibilità derivava, spesse volte, la necessità del deposito di un ricorso per

sfilassero dalle negoziazioni; con la conseguenza di avvantaggiarsi indebitamente del sacrificio economico delle altre banche o degli altri intermediari finanziari creditori, in virtù del pagamento integrale dei creditori estranei all'accordo, previsto dall'art. 182-bis l.f. e alle volte giungendo perfino a compromettere la conclusione della soluzione negoziale, sì condannando l'impresa ad accedere alle procedure concorsuali.

Il comportamento opportunistico posto in essere dai creditori suddetti viene comunemente appellato come *free riding*. Il termine, deriva dal patrimonio conoscitivo afferente la scienza economica²³⁵ e intende inquadrare dogmaticamente il comportamento dell'individuo che beneficia di risorse, beni, servizi, informazioni, senza contribuire al pagamento degli stessi, di cui si fa carico il resto della collettività (in questo caso il resto dei creditori). L'intermediario finanziario *free rider* è un po' il cavaliere dell'apocalisse delle crisi d'impresa; la riottosità da esso manifestata in trattativa, conduce, non di rado, al naufragio dell'accordo in ragione di veti pregiudiziali e contestazioni che reciprocamente gli istituti si muovono l'un con l'altro²³⁶.

concordato preventivo in continuità o, nei casi più gravi, liquidatorio. Il tutto, si badi, a fronte del dissenso di una sola banca: opposizione che, almeno nell'esperienza del tribunale di Reggio Emilia, è apparsa in qualche caso non ragionevole, a fronte del consenso alla ristrutturazione di tutti gli altri istituti di credito. Il nuovo articolo 182 septies tenta di introdurre un freno a tali fattispecie>>.

RANALLI, Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche", in www.ilfallimentarista.it, sostiene che:<< Uno, anche se non l'unico, dei motivi dell'insuccesso di un accordo di ristrutturazione è il tempo eccessivo che intercorre tra l'inizio delle negoziazioni con il ceto bancario e la loro conclusione; il che è la conseguenza di una specificità propria del nostro Paese: l'elevato numero di banche. La dilatazione dei tempi comporta inevitabilmente, in particolare quando occorre nuova finanza, un ritardo nell'attivazione delle azioni industriali e una deriva rispetto agli obiettivi del piano inizialmente disegnato.

Ebbene, le modifiche introdotte dall'art. 182-septies all'istituto dell'Accordo di Ristrutturazione, che si ispirano allo *Scheme of Arrangement* inglese, nascono con l'obiettivo di accelerare i tempi della negoziazione. E nascono mutuando buona parte delle regole dell'art. 182-bis, pur stravolgendone parzialmente la natura, che nella norma assume contenuti prevalentemente concorsuali con l'assoggettamento della minoranza dei creditori "bancari" alla decisione della maggioranza>>.

INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 517 ss. Sostiene che:<< La novella fallimentare ha inteso regolare secondo il sistema maggioritario tale conflitto, fornendo un'articolata serie di strumenti idonei ad estendere gli effetti dell'accordo anche alle banche minoritarie, stabilendo in questo modo una importante deroga al principio secondo cui il contratto ha effetti solo tra le parti ed aprendo, al contrario, ad una rilevante efficacia del patto negoziale nei confronti dei terzi>>.

²³⁵ Sul termine *free rider* si veda: Riccardo Vannini, *Treccani dizionario di economia e finanza*, voce *free rider*, in www.treccani.it

²³⁶ Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Giust. civ.*, 2015, 819; BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità deroghe e ambiguità*, in *Corriere Giur.*, 2016, 4, afferma che:<< Nella nuova disciplina, così come emerge anche dalla Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del D.L. n. 83/2015, si assiste a una duplice presa d'atto: sovente buona parte dell'indebitamento dell'impresa è di "natura" bancaria; in non poche occasioni, nel complesso tavolo delle trattative si assiste a una riottosità di alcuni istituti di credito (magari quelli titolari di diritti di credito di ammontare più modesto). Riottosità che, a prescindere dalla possibilità, comunque non preclusa, di siglare l'accordo con una percentuale di creditori pari al sessanta per cento, rischia non di rado di far naufragare la trattativa in ragione di veti, pregiudiziali e contestazioni che reciprocamente gli istituti si muovono l'un con l'altro>>

Ciò atteso, l'intervento legislativo è un tentativo di applicare l'infallibile sofismo che individua un *post hoc* che è sicuramente il *propter hoc* del naufragio degli accordi e di porvi rimedio logorando all'incipit ogni pretesa opportunistica dei creditori minori. Del resto la relazione illustrativa al d.l 83/2015 di tale intento non ne fa mistero, motivando l'addenda con una descrizione della situazione *ex ante* di una lucidità per certi versi spiazzante: << operazioni volte a tentare il salvataggio nelle quali il debitore non si interfaccia con la generalità dei creditori, ma soltanto con le banche. Il successo o insuccesso di queste operazioni non sono solo decretati dalle regole del mercato 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>>.

L'intento sotteso all'addenda è stato, dunque, quello di rimediare a tali situazioni mediante l'introduzione della possibilità di vincolare la minoranza degli istituti di credito a quanto il debitore abbia concordato con la maggioranza - particolarmente qualificata - di essi.

Ciò detto, prima di entrare in *medias res* e di analizzare compiutamente gli istituti disciplinati dal novello *182 septies L.F.*, occorre rimarcare che le soluzioni offerte dall'addenda normativa di certo non brillano per originalità né per prontezza. Occorre sottolineare che l'intervento, in primo luogo, giunge dopo svariati anni di riforme e controriforme, viepiù aggravati da due profonde crisi economiche che hanno condotto il nostro paese ad una profonda recessione e alle quali il legislatore ha reagito con: << un mero procedere per tentativi, sul presupposto che, a forza di aggiustamenti e di approssimazioni, prima o poi la formula giusta sarebbe stata trovata >>²³⁷. Per altro vero l'intervento altro non è che la trasposizione tutta italiana (in bene e in male)

²³⁷ NISIVOCCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Fallimento*, 2015, 1181 ss. Si esprime così: << Fallire di nuovo, fallire meglio, come diceva Beckett, questo è stato lo spirito del legislatore: procedere per tentativi, sul presupposto che, a forza di aggiustamenti e di approssimazioni, prima o poi la formula giusta sarebbe stata trovata. Ma infine neppure gli aggiustamenti sono bastati, sono serviti; e la più profonda delle ragioni che spiegano tale fallimento consiste nel disordine da cui ciascun aggiustamento è stato caratterizzato. Come giustamente è stato notato, a mancare è stata "una posizione dogmatica su quelli che dovessero essere i principi fondativi del diritto delle imprese in crisi. Si vuole un sistema debtor o creditor oriented? Si vuol provare una via italiana al compromesso fra i due approcci ideologici?". A mancare è stata, in altre parole, una virtù che se si vuole ha qualcosa a che fare con quella che la cultura greca definiva "parresia", la quale a sua volta consiste nel coraggio di dire la verità e di mantenersi fedeli coerentemente nei propri comportamenti e nelle proprie azioni : "il legislatore può far tutto (ovviamente con la salvaguardia del baluardo costituzionale), ma: i) deve avere il coraggio di prendere una posizione e di difenderla; ii) deve avere la consapevolezza che certo si può tornare indietro di fronte ad una scelta fatta, ma questo deve accadere senza infingimenti". Ed è vero: nel corso degli anni il legislatore ha introdotto norme dalle anime diverse, frutto ora di una visione ora di un'altra (ora nell'ottica dell'imprenditore e dell'impresa, ora dei creditori), e tale sovrapposizione difficilmente avrebbe potuto dare i frutti sperati, proprio perché non è mai stato chiaro, in primo luogo, quali fossero i frutti sperati, aldilà della generica fiducia riposta nei concordati quali strumenti alternativi al fallimento in sé e per sé>>. Ad adiuvandum si veda ciò che enuncia Fabiani sul comportamento del legislatore, con riferimento alle continue riforme e controriforme concorsuali di questi anni - e sempre attraverso decretazioni d'urgenza - fino all'ultimo Decreto Giustizia, cfr. in particolare, da ultimo: M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in http://www.ilcaso.it/articoli/cr.php?id_cont=814.php

di quanto sperimentato e applicato nell'ordinamento inglese e in quello francese ove esistono accordi di ristrutturazione operativi e vincolanti anche in assenza di consenso unanime da parte del ceto creditorio²³⁸. In particolare nell'ordinamento inglese è previsto lo “*scheme of arrangement*”, mentre, in quello francese la “*sauvegarde financière accélérée*”. Dunque, giacché lo schema adottato dal nostro legislatore presenta notevole affinità con i due istituti stranieri appena menzionati, occorre, ai fini di una migliore comprensione dell'articolato un'analisi comparatistica.

Lo “*scheme of arrangement*” è una procedura giudiziale disciplinata dal *Companies Act 2006*.

Istituto siffatto permette ad una società in stato di difficoltà finanziaria, di attribuire carattere vincolante ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, approvato da una maggioranza numerica pari almeno al 75 % del valore delle partecipazioni dei soci o dei crediti vantati dai creditori, nonostante la presenza di soci o creditori dissenzienti. La procedura consta dei seguenti passaggi:

- a) ottenimento da parte del giudice di un provvedimento finalizzato a convocare l'assemblea di soci o creditori, per discutere ed eventualmente approvare la proposta di accordo;
- b) invio ai soci o creditori dell'avviso di convocazione dell'assemblea, accompagnato dalla spiegazione dei potenziali effetti dell'accordo;
- c) Approvazione dell'accordo in assemblea mediante delibera che consti il voto favorevole del 75% del valore delle partecipazioni dei soci o dei crediti vantati dai creditori sul totale di coloro che partecipano all'assemblea e votano sulla proposta di accordo;
- d) ottenimento da parte del giudice del provvedimento di omologazione, previa verifica della regolarità della procedura e dell'equità e ragionevolezza dell'accordo;
- e) deposito, presso il registro delle imprese competente, del provvedimento del giudice e della documentazione a supporto dell'accordo;

²³⁸ QUATTROCCHIO, L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina, in www.ildirittodegliaffari.it. Sostiene che: «L'idea non è nuova, ma è già stata applicata in altri ordinamenti europei, ove sono disciplinati accordi di ristrutturazione, operativi e vincolanti anche in assenza di consenso unanime da parte del ceto creditorio: in particolare, nell'ordinamento francese è prevista la “*sauvegarde financière accélérée*” e in quello inglese lo “*scheme of arrangement*”».

il deposito segna il momento a partire dal quale l'accordo produce effetti vincolanti per soci e creditori (consenzienti e dissenzienti).

La “*sauvegarde financière accélérée*”, propria dell'ordinamento francese, è, anch'essa, una procedura giudiziale che mira ad ottenere l'approvazione di un “*plan de sauvegarde*” predisposto dal debitore. Si applica solo ai creditori finanziari e si rivolge alle aziende che sono fortemente in debito con le banche e hanno ottenuto il sostegno della maggior parte dei loro creditori finanziari nell'ambito di una procedura di conciliazione. Essa mira a risolvere, molto rapidamente, le difficoltà dovute al rifiuto di una minoranza di creditori finanziari di partecipare alla conciliazione. A tale scopo, il debitore deve predisporre un piano con i principali creditori finanziari in sede di conciliazione²³⁹. L'accordo sul piano deve ricevere la maggioranza dei 2/3 della quantità di crediti ed essere omologato dal giudice. Una volta approvato, ha effetto solo nei confronti delle istituzioni finanziarie.

In ultimo giova rimarcare che la soluzione adottata dal nostro legislatore si colloca in perfetta armonia con quanto statuito dalla raccomandazione della commissione europea su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza²⁴⁰ (Racc. 12/03/2014, n. 2014/135/UE).

In particolare, la raccomandazione prevede, per ciò che concerne gli accordi di ristrutturazione, che:

- a) Creditori con interessi diversi dovrebbero essere trattati in classi distinte in funzione di tali interessi. Sarebbe quanto meno opportuno distinguere tra classi di creditori titolari di una garanzia e di creditori privi di garanzia (paragrafo n.17);
- b) Ad adottare il piano di ristrutturazione dovrebbero essere i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti di ciascuna classe, prescritta dal diritto nazionale. Qualora le classi di creditori siano più di due, gli Stati membri dovrebbero avere facoltà di mantenere o introdurre disposizioni che consentano al giudice di omologare il piano di ristrutturazione sostenuto dalla maggioranza di tali classi, tenuto conto in particolare della consistenza dei crediti di ciascuna (paragrafo n.18);

²³⁹ Informazioni tratte da: Service public-pro fr., Le site officiel de l'administration française <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises>

²⁴⁰ Commissione Racc. 12/03/2014, n. 2014/135/UE, RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza (Testo rilevante ai fini del SEE). Pubblicata nella G.U.U.E. 14 marzo 2014, n. L 74.

- c) 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. (paragrafo n.20);
- d) Onde evitare che il piano di ristrutturazione abbia ripercussioni indebite sui diritti dei creditori, e nell'interesse della certezza del diritto, il piano di ristrutturazione che abbia ripercussioni sugli interessi dei creditori dissenzienti o preveda nuovi finanziamenti dovrebbe essere vincolante solo se omologato dal giudice (paragrafo n.21);
- e) Le condizioni di omologazione del piano di ristrutturazione dovrebbero essere chiaramente definite dal diritto degli Stati membri e comportare quanto meno le seguenti garanzie:
 - a) il piano di ristrutturazione è stato adottato in condizioni che garantiscano la tutela dei legittimi interessi dei creditori;
 - b) il piano di ristrutturazione è stato notificato a tutti i creditori potenzialmente coinvolti;
 - c) il piano di ristrutturazione non limita i diritti dei creditori dissenzienti in misura superiore rispetto a quanto questi potrebbero ragionevolmente prevedere in assenza di ristrutturazione, se l'impresa del debitore fosse liquidata o venduta in regime di continuità aziendale, a seconda del caso;
 - d) qualsiasi nuovo finanziamento previsto dal piano di ristrutturazione è necessario per attuare il piano e non arreca indebito pregiudizio agli interessi dei creditori dissenzienti (paragrafo n. 22);
- f) Tutti i creditori potenzialmente interessati dal piano di ristrutturazione dovrebbero essere informati dei suoi contenuti e godere del diritto di opporsi e proporre ricorso contro il piano di ristrutturazione. Tuttavia, nell'interesse dei creditori favorevoli al piano, sarebbe opportuno che, in linea di principio, il ricorso non ne sospenda l'attuazione. (paragrafo n.24);

I commi 5,6,7,8 del nuovo articolo *182 septies L.F.*, regolamentano un nuovo strumento che taluni hanno definito “prodromico” alla soluzione della crisi d’impresa. Si allude alla convenzione di moratoria fra l’impresa debitrice e gli intermediari finanziari.

Di fronte all’insorgere di una situazione di allarme nella gestione dell’impresa, la necessità di una fase che consentisse al debitore di ben calibrare il rimedio più adatto alla risoluzione della crisi al riparo dalle pretese (e soprattutto dalle azioni esecutive) dei creditori era più che riconosciuta dalle parti. Non vi erano, però, regole legali di disciplina di tale fase, che veniva demandata interamente alle pattuizioni e al buon senso dei soggetti coinvolti. Di regola questo “buonsenso” si estrinsecava nella stipula di apposite convenzioni di moratoria (meglio detto: accordi di *stand still*). Tali accordi erano interamente regolati dalle pattuizioni concretamente intervenute fra le parti. Una forma di “*soft legislation*” in materia era comunque rinvenibile nelle regole di comportamento adottate per conto degli intermediari finanziari dall'ABI nella seduta del 20

ottobre 1999 e rese pubbliche nel 2000²⁴¹. Sennonché, come era logico che fosse vista la fonte degli obblighi, nessuna sanzione era prevista per il caso d'inottemperanza a tali condotte e, nessuna clausola poteva coartare la volontà di un singolo istituto.

Il d. l. 83/2015 con la nuova convenzione di moratoria *ex lege* interviene nel versante mobile e certo non ben delineato nel quale si muovevano le precedenti convenzioni di stampo pattizio (o, come si suole, gli accordi di *standstill*) tentando di stabilizzare la fase di predisposizione della strategia idonea al risanamento, di facilitare il raggiungimento della "tregua" con i creditori finanziari e, infine, di fornire una serie di regole di condotta sulla base delle quali gli istituti di credito sono tenuti a calibrare il loro comportamento.

Le prima ragione che ne ha determinato l'introduzione risiede in primo luogo nel consentire al debitore di reagire in modo efficace di fronte all'insorgere di una situazione di allarme nella gestione dell'impresa²⁴². Tale fase, invero, è delicatissima giacché:

1. in assenza di regole stringenti, la condotta degli amministratori può poi essere biunivocamente criticata,
2. prima di incanalarsi un un percorso di regolamentazione della crisi che potrebbe sortire effetti nefasti,²⁴³ occorre fermarsi a riflettere per calibrare il mezzo di reazione più adeguato possibile

Da questo punto di vista, il nuovo strumento consente al debitore di negoziare una tregua con i maggiori creditori finanziari e, dunque, di guadagnare tempo e consentire all'*advisor* legale e finanziario di prendere maggiore consapevolezza della situazione²⁴⁴ in modo da presentare una domanda/ proposta/piano (non importa per quale strumento) più meditata.

²⁴¹Il codice di comportamento è stato poi vagliato dalla Banca d'Italia ed è reperibile al link www.promem.it/ris/.../00ris_abi_codicecomportamentocrisi.

In virtù del codice di autodisciplina gli istituti aderenti si impegnavano ad adottare una serie di comportamenti fra i quali l'obbligo di riservatezza, l'obbligo di mantenimento della situazione al momento dell'apertura del "tavolo di crisi", l'obbligo di tenere condotte di buona fede etc

²⁴² M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, 2015, 30; RANALLI, La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale, in *il Fallimento*, 2012, 501; A. Nigro, La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese, Torino, 2012, 75; A. Castiello D'Antonio, Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati, in *Dir. fall.*, 2008, I, 609; per l'opposta visione, G. Terranova, I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa, in *Dir. fall.*, 2012, I, 4; E. Frascaroli Santi, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Padova, 2009, 81; F. Abate, La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità, in *il Fallimento*, 2013, 1183; C. Trentini, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Milano, 2012, 70.

²⁴³ Il tema è quello della c.d. passerella fra gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo, si dibatte se gli effetti della domanda *ex art.* 161, comma 6, l.fall. siano irreversibili o se siano condizionati dall'apertura della "procedura maggiore"; nel primo senso. PANZANI, *Il concordato in bianco*, www.ilfallimentarista.it, *contra*, FABIANI, *Concordato preventivo*.

²⁴⁴FABIANI, La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in *Fallimento*, 2015, 12, pag. 1269; Fabiani, Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi, in *Fallimento*, 10, 2014, pag. 965.

In secondo luogo l'introduzione dello strumento, attiene alla reazione che la tempestiva ostensione della crisi può suscitare nei maggiori creditori la cui collaborazione risulta esiziale per la soluzione della crisi d'impresa. Da questo punto di vista l'introduzione della moratoria in questione è volta altresì a consentire un primo rapido intervento per evitare "fughe in avanti" da parte di talune banche²⁴⁵, sì proteggendola dai creditori finanziari che – in disaccordo con la maggior parte degli altri – intendano aggredirla.

Si potrebbe obiettare, ad una superficiale lettura della norma, che la facilitazione consistente nel "guadagnare tempo" è ed era già conseguibile mediante il concordato in bianco. Pur tuttavia, se, riprendendo quanto detto supra a proposito degli accordi, si esaminano gli effetti che la domanda di concordato in bianco (o non in bianco) sortisce²⁴⁶, (si rammenta: la produzione degli effetti di cui all'art. 161, commi 6 e 7, l.fall. impone un vincolo sul patrimonio, la gestione dell'impresa non sarà più quella normale; gli atti di amministrazione straordinaria potranno essere compiuti solo se urgenti e se autorizzati dal tribunale, mentre per quelli di gestione ordinaria non vi è un controllo preventivo ma successivo, specie quando viene nominato, da subito, il commissario giudiziale. *Ad adiuvandum* si aggiunga la criticità, rilevante proprio e soprattutto nella cornice dei rapporti bancari, del vincolo di segregazione patrimoniale impresso dall'applicazione della regola di cui all'art. 45 l.fall., evocata dall'art. 169 l.fall., applicabile sin dal deposito del ricorso *ex art. 161, comma 6, l.fall.*) sui rapporti in essere sia nell'ottica dell'imprenditore, che in quella dei creditori finanziari, si possono scorgere benissimo i riflessi poco profittevoli che la scelta di tale iter presenta.

L'adizione del percorso concordatario è come la strada che porta all'inferno; lastricata di buone intenzioni, ma che se non correttamente pianificata nel concreto si palesa come critica e mostra un piano inclinato che fa precipitare l'impresa verso un dissesto, forse, evitabile²⁴⁷.

²⁴⁵ RANALLI, Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche", in www.ilfallimentarista.it, 4, «la moratoria in questione è volta a consentire un primo rapido intervento per evitare fughe in avanti da parte di talune banche».

²⁴⁶ G. Giurdanella, *La gestione ordinaria dell'impresa nella fase interinale del concordato preventivo con riserva*, in *Il Fallimento*, 2014, 345; D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 494; M. FABIANI *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca al cod.civ.*, Bologna, 2014, 379.

Per completezza si segnalano, AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, IV, Torino, 2014, 70; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013, 1 ss.

²⁴⁷ M. FABIANI op. ult. cit. per analoghi rilievi: «< Infatti, se è ben vero che il solo deposito (seguito dalla pubblicazione sul registro delle imprese) della domanda di cui all'art. 161, comma 6, l.fall. è idoneo a consentire che si producano una composita sequenza di effetti protettivi, certamente di conforto per l'impresa, tuttavia occorre precisare che la presentazione di una domanda di concordato, pur se possa essere seguita dalla virata verso gli accordi di ristrutturazione, implica una serie di riflessi non sempre profittevoli, visto che i debiti vengono a scadenza per effetto dell'art. 55 l.fall. e visto il richiamo contenuto nell'art. 169 l.fall. con il deposito del ricorso.

Una volta imboccato il percorso concordatario si procede "ad imbuto" e la porta d'ingresso disvela un pertugio. Questa è la ragione per la quale quello che pare un comportamento prudente, in presenza del rivelarsi della crisi, può invece palesare molte criticità perché si corre il rischio di porsi su un piano inclinato che fa precipitare l'impresa verso un dissesto, forse, evitabile.

Giova ribadire in ultimo, che le convenzioni di moratoria sono istituti tutt'affatto nuovi, meglio detto: istituti più che coadiuvati nella prassi e, come spesso la prassi dimostra, tutto sono meno che “prodromici” alla successiva risoluzione della crisi²⁴⁸. La conclusione degli accordi, non è mai anticipatrice di una successiva regolazione della crisi, come del resto attesta la clausola di salvaguardia (di regola apposta alle convenzioni) a tenor della quale «i Creditori Finanziari dichiarano, e la Società prende atto, che la moratoria e lo *standstill* oggetto dell'accordo non costituiscono in alcun modo impegno dei Creditori Finanziari all'eventuale stipula dell'Accordo di Rimodulazione del Debito né all'approvazione del Piano».

Tra convenzione di moratoria e risoluzione della crisi non sussiste alcun un nesso causa/effetto.

Avendo riguardo all'intervento generale operato con d.l n. 83/2015, non si può comunque sottacere che questo intervento, alla stregua di tutti gli altri che lo hanno preceduto, si estrinseca lungo la linea del procedere per tentativi e dimostra la deplorable carenza, da parte del nostro legislatore, di una visione d'insieme. Del resto quella di fare le riforme a “puntate” è una consuetudine ormai radicata nel campo della crisi d'impresa; anche se, sull'opinio iuris ac necessitatis di tale modo di procedere, qui non si asconde lo scetticismo. La verifica del se e in che misura il legislatore con la disciplina dei due nuovi istituti abbia sopperito alle esigenze sopra menzionate sarà demandata all'ottica analitica e al corso della trattazione.

3.2 L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: profili interpretativi e applicativi.

I primi quattro commi dell'esposto regolamentano la nuova sub specie di accordo con banche e intermediari finanziari. Il presupposto che determina l'applicabilità dell'istituto è costituito dal livello qualitativo dell'esposizione debitoria. Difatti, ai fini della fruibilità dell'istituto, il debitore deve vantare un'esposizione verso banche ed intermediari finanziari: «< in misura non inferiore alla meta' dell'indebitamento complessivo>>». Come è stato efficacemente rimarcato in dottrina,²⁴⁹ la dizione della norma, che identifica i

²⁴⁸ Contro l'opinione espressa QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it; a favore dell'opinione espressa da chi scrive Tommaso Maria Ubertazzi; *accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 2, 340

²⁴⁹ R. RANALLI, *Speciale decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, Ad adiuvandum si veda Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Versione aggiornata al decreto legislativo 16

creditori interessati come "banche e intermediari finanziari" è scorretta. Difatti, si rimarca che sono intermediari finanziari, e rientrano in tale ambito le banche ed i soggetti di cui agli artt. 106-107 del TUB in forza del rinvio operato dell'art. 18 del TUF nella definizione dei soggetti abilitati a prestare servizi di investimento. Il richiamo all'articolo *182 bis* consente l'applicabilità delle norme della fattispecie di base²⁵⁰ e, dunque:

- a) il superamento della soglia di rilevanza del 60% ai fini del raggiungimento dell'accordo; come dimostra a chiare lettere l'ultima parte del secondo comma che si dispone: «< I creditori ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo sono considerati aderenti all'accordo ai fini del raggiungimento della soglia del 60% >>
- b) il termine di 120 giorni per il pagamento integrale dei non aderenti;
- c) il regime di pubblicità dell'accordo;
- d) l'automatic stay del terzo comma;
- e) la protezione del preaccordo ex 182 bis comma 6, per la quale opera solo il prerequisite quantitativo del 60%, di cui al primo comma dell'art. 182-bis.

Per la nozione di indebitamento complessivo ricorrono le stesse criticità sorte in passato in riferimento agli accordi "classici", ossia all'inclusione dei crediti contestati nella soglia di rilevanza per il computo del denominatore²⁵¹. La risposta data dalla giurisprudenza di merito era di non tener conto dei crediti contestati, a meno che le contestazioni non risultassero *ictu oculi* talmente infondate da apparire dilatorie e strumentali proprio al raggiungimento di quella soglia²⁵². Come si evince dall'ultima parte del comma primo, la disciplina dell'estensione degli effetti dell'accordo (analiticamente descritta nei commi successivi) non si applica ai creditori diversi da banche ed intermediari finanziari. Come rettamente si inferisce dal secondo comma il legislatore ha introdotto e consentito la modalità di determinazione in senso maggioritario nell'estensione dell'accordo solo allorquando l'esposizione creditoria risulta prevalentemente in capo alle banche e intermediari finanziari. Con l'accordo il debitore può suddividere i creditori finanziari in classi aventi posizione giuridica ed interessi economici omogenei; con la precisazione che «Una banca o un

novembre 2015, n. 180 in particolare l'art 106, correlato all'art 18 del Decreto Legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) e dei regolamenti attuativi emanati dalla Consob in materia di intermediari, mercati ed emittenti.

²⁵⁰ INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.f.all.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, Dir. Fall., 4, 2011, pag. 1361.

²⁵¹ R. RANALLI, Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche", in www.ilfallimentarista.it, 2, ha sollevato per primo la questione se – nell'indebitamento complessivo – debbano essere ricompresi anche i crediti contestati, rammentando che la risposta che era stata data dalla giurisprudenza di merito – nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l.f. – era di non tener conto dei crediti contestati, a meno che le contestazioni non risultino *ictu oculi* talmente infondate da apparire dilatorie e strumentali proprio al raggiungimento di quella soglia.

²⁵² Tribunale Bologna, Sez. Proprieta' Industriale e Intellettuale, 15/11/2011, (ud. 11/02/2011, dep.15/11/2011) in www.ilcaso.it

intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria». L'accordo raggiunto con il 75% dei creditori di una singola classe vincola forzosamente i creditori che non vi hanno aderito. In ciò la norma riecheggia quanto affermato dalla Raccomandazione della Commissione Europea UE del 12 marzo 2014²⁵³ che, per gli accordi di ristrutturazione, consente l'adozione anche solo da parte di “determinati tipi o classi di creditori, a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti”. Ciò detto, si segnala che questa parte dell'esposto, dal punto di vista esegetico si rivela quella di rilievo autenticamente problematico. Il primo rilievo attiene all'utilizzo del verbo potere in luogo del verbo dovere, (si veda il secondo comma dell'esposto) che potrebbe avallare la tesi²⁵⁴ per la quale il classamento, *rectius*, la suddivisione in categorie, costituisca una mera facoltà, piuttosto che un obbligo del proponente. In realtà, la previsione di cui al comma quattro a tenor della quale «Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento che ...le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti», induce ad avallare la tesi sostenuta dai primi commentatori²⁵⁵ a rigor della quale il classamento viene considerato elemento obbligatorio della fattispecie. Ciò detto, il secondo rilievo (strettamente concatenato al primo) attiene al *modus operandi* della suddivisione in classi. Difatti, il classamento viene oggi rimesso al debitore assieme a tutti rischi correlati all'operazione. La banca, collocata in una classe troppo penalizzante, potrà opporsi *ex post* con conseguenze potenzialmente devastanti sull'intesa raggiunta giacché se l'opposizione viene accolta, la convenzione viene resa inoperante rispetto alle banche oppositori con la conseguenza di tornare al punto di partenza e dover rinegoziare *ex novo*

²⁵³ Racc. 12/03/2014, n. 2014/135/UE su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza (Testo rilevante ai fini del SEE). Pubblicata nella G.U.U.E. 14 marzo 2014, n. L 74

²⁵⁴ QUATTROCCHIO, L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina, in www.ildirittodegliaffari.it. Sostiene che: «L'utilizzo del verbo “potere” in luogo del verbo “dovere” potrebbe rendere preferibile la tesi secondo cui la creazione di classi costituisca una mera facoltà, piuttosto che un obbligo del proponente, fermo restando l'obbligo – ove si dia corso alla formazione di classi – che la stessa deve rispondere a criteri di omogeneità. In realtà, la previsione – di cui si dirà più avanti – per la quale «Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento (avvalendosi ove occorra di un ausiliario) che ...le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti», conduce a ritenere che – in presenza di banche e intermediari finanziari con posizione giuridica e interessi economici non omogenei – sia obbligatorio procedere alla creazione di classi». R. RANALLI, Speciale decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche”, in www.ilfallimentarista.it, 3, sottolinea la circostanza che l'obbligatorietà delle classi costituisca un rilevante ostacolo all'effettivo conseguimento della finalità di accelerazione del processo alla quale si è ispirata la norma. In particolare, nella convenzione di moratoria, di cui si dirà più oltre, la banca che si ritiene collocata in una classe (cluster) troppo penalizzante potrebbe opporsi *ex post*, «con conseguenze ancora più devastanti rispetto ad una mera dilatazione temporale del closing». F. LAMANNA, La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”, in www.ilfallimentarista.it, 3, osserva al proposito che «Il rischio è che la scelta collocativa sia influenzata da altre finalità, e magari imposta al debitore dalle banche più grandi e più forti (di solito portatrici di crediti proporzionalmente maggiori, sì da rappresentare, da sole o riunite, la stragrande maggioranza delle passività finanziarie e da poter manovrare quindi il procedimento dall'esterno) a scapito di quelle più piccole (spesso di carattere localistico). Il controllo del Tribunale dovrà quindi essere particolarmente occhiuto quanto ai criteri di formazione delle categorie».

²⁵⁵ INZITARI, Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei, in *Dir. Fall.*, 2015, 6, 10517 (commento alla normativa)

l'accordo. Ben si capisce, allora, come il tema attinente i criteri guida al classamento (secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei) assuma rilevanza centrale. Si segnala su tale versante l'assoluta carenza di indicazioni legislative a riguardo. Come è stato efficacemente affermato, non si capisce se rilevino l'ordine dei privilegi ovvero le garanzie collaterali e la loro capienza o, ancora, gli impegni di canalizzazione dei flussi o, infine, le tipologie di forme tecniche²⁵⁶. Del resto, per rispondere adeguatamente alla questione non si può non tener conto del fatto che negli accordi di ristrutturazione non vi è alcun obbligo di rispetto della graduazione dei privilegi. Pur tuttavia, inferenze a riguardo possono trarsi dall'elemento, assai rilevante nella novella, che incentra il controllo del tribunale sul livello di soddisfacimento dei creditori non aderenti in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili. La terminologia utilizzata dal legislatore nella previsione riecheggia l'articolo 180 ed il *c.d. cram down*. Pur tuttavia la taratura dell'impianto valutativo cui il giudizio del tribunale fa capo non pare riferito all'ipotesi fallimentare, bensì all'ipotesi di mancato raggiungimento dell'accordo. Sicché la valutazione si rivela tutt'altro che semplice giacché occorrerebbe porsi nella situazione concreta. Il mancato raggiungimento dell'accordo può pregiudicare la continuità aziendale, pur tuttavia l'eventuale liquidazione da essa derivante potrebbe non essere necessariamente fallimentare e bensì realizzarsi a valle di un esercizio temporaneo dell'azienda nell'ottica della sua cessione "ordinata"; in luogo della cessione atomistica dei beni. *Ad adiuvandum* parrebbe che la valutazione circa la sussistenza dei requisiti minimi di soddisfacimento sia altresì riferita alle singole classi di creditori bancari. Dacché l'inferenza che potrebbe concretamente trarsi sarebbe che l'omogeneità delle posizioni creditorie nelle singole classi dovrebbe essere misurata in relazione all'omogeneità e alla convenienza del grado e del tempo di soddisfo rispetto all'alternativa concretamente praticabile. Pur tuttavia tale posizione non si rivela né pacifica né decisiva. Difatti, accanto a questa prima posizione²⁵⁷ (che qui si preferisce perché più adatta allo strumento utilizzato), si colloca l'opinione di chi²⁵⁸ in carenza di indicazioni legislative al riguardo afferma che: «pare ragionevole che si debba fare riferimento e rinvio all'ampio e controverso dibattito sviluppatosi in materia di concordato. E, così, classi omogenee potranno essere quelle di: i) creditori bancari assistiti da identici titoli prelatizi; ii) creditori ipotecari con equivalente grado di iscrizione ipoteca ria; iii) creditori non prelatizi con fonti causalmente simili (ad

²⁵⁶ R. RANALLI, Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche", in www.ilfallimentarista.it, afferma che: «Il tema dell'omogeneità assume pertanto rilevanza assorbente ed è fin troppo facile prevedere che sarà questo il vero punto critico. Come deve essere valutata l'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici? Rilevano l'ordine dei privilegi? Rilevano le garanzie collaterali e la loro capienza? Rilevano le garanzie esterne ricevute? Rilevano gli impegni di canalizzazione dei flussi (ad esempio provenienti dalla locazione di taluni cespiti) o la presenza di finanziamenti destinati ad uno specifico affare (artt. 2447-bis e 2447-novies c.c.)? Rilevano le tipologie di forme tecniche (crediti di cassa, crediti autoliquidanti, crediti di firma, crediti a medio termine, ecc.)? Domande nel rispondere alle quali non si può prescindere dal fatto che negli accordi di ristrutturazione non vi è alcun obbligo di rispetto della graduazione dei privilegi».

²⁵⁷ Qui si sposa l'opinione di R. RANALLI, Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche", in www.ilfallimentarista.it

²⁵⁸ QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildiritodegliaffari.it. Nello stesso senso: INZITARI, Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei, in *Dir. Fall.*, 2015, 6, 10517

esempio, crediti da semplice apertura di credito ovvero da anticipazione bancaria, con cessione o meno dei crediti, crediti di cassa, crediti autoliquidanti, crediti di firma, ecc.) >>.

Insomma, il problema inerente i criteri guida al classamento non consta, allo stato degli atti, di soluzioni certe. Qui è d'obbligo rilevare che le incertezze esegetiche potrebbero aprire prospettive di opposizione pressoché infinite e gli esiti dipenderanno in concreto dagli argomenti difensivi del debitore e dall'orientamento del singolo tribunale. Ciò atteso, le circostanze sono tali da far facilmente prevedere una moltiplicazione delle incertezze e, con esse, l'accrescimento della diffidenza verso lo strumento. Una volta operato il classamento, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi ai creditori finanziari non aderenti a condizione che:

- I creditori appartenenti a ciascuna categoria:<< siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede». La previsione riecheggia quanto statuito dalla raccomandazione europea del 12/03/2014, a rigor della quale:<< Tutti i creditori potenzialmente interessati dal piano di ristrutturazione dovrebbero essere informati dei suoi contenuti...>>²⁵⁹(paragrafo n.24). L'esigenza informativa dei creditori finanziari assume particolare rilevanza, giacché il puntuale adempimento degli obblighi informativi è uno degli elementi suscettibili di verifica giudiziale ai fini dell'omologazione dell'accordo. L'esigenza informativa deve essere soddisfatta mediante: l'informazione dell'avvio delle trattative; la possibilità data ai creditori interessati di partecipare in buona fede alle trattative che presuppone che la comunicazione di avvio debba essere resa funzionalmente e tempestivamente rispetto alla concreta possibilità di partecipazione alle trattative; l'informazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, nonché sul contenuto dell'accordo e sui suoi effetti. Il che comporta la messa a disposizione dell'accordo, del piano che ne misura gli effetti e dell'attestazione che ne conferma la fattibilità. *Ad adiuvandum*, come è stato rammentato da avvertita dottrina²⁶⁰, parte della giurisprudenza in merito agli accordi ha ritenuto che :<< affinché possa dirsi che vi sono trattative in corso (alle quali i creditori sono chiamati a partecipare), non basta che l'imprenditore invii ad essi una

²⁵⁹ Racc. 12/03/2014, n. 2014/135/UE su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza (Testo rilevante ai fini del SEE). Pubblicata nella G.U.U.E. 14 marzo 2014, n. L 74

²⁶⁰ L. VAROTTI, Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria, in www.ilcaso.it, 7, rammenta che «la giurisprudenza del tribunale di Reggio Emilia ha ritenuto che affinché possa dirsi che vi sono trattative in corso (alle quali i creditori sono chiamati a partecipare), non basta che l'imprenditore invii ad essi una lettera o una comunicazione con la quale rappresenta la necessità di procedere alla ristrutturazione del proprio passivo, ma occorre che sia fissato un incontro tra debitore, eventualmente assistito dai propri professionisti, e creditori nel corso del quale vengano illustrate almeno le linee essenziali del piano di risanamento».

lettera o una comunicazione con la quale rappresenta la necessità di procedere alla ristrutturazione del proprio passivo, ma occorre che sia fissato un incontro tra debitore, eventualmente assistito dai propri professionisti, e creditori nel corso del quale vengano illustrate almeno le linee essenziali del piano di risanamento>>²⁶¹. Ancora, merita plauso e menzione quella posizione dottrinale che, in perfetta armonia con l'esegesi degli obblighi informativi asserisce: << il debitore non deve comunicare ai creditori estranei l'avvio delle trattative in modo puramente burocratico, lavandosene poi le mani, ma, ove i creditori mostrino interesse alla proposta di accordo, essi debbano essere messi dal debitore concretamente in grado di fare le loro controproposte e quindi di partecipare fattivamente all'iter di formazione del consenso>>²⁶²

- La percentuale del 75% venga raggiunta in ciascuna classe, non potendosi sommare le percentuali dei creditori aderenti, appartenenti a categorie diverse²⁶³. Opinando diversamente difatti, si giungerebbe ad omologare l'accordo anche nelle situazioni in cui i creditori finanziari appartenenti ad una classe siano tutti contrari al trattamento loro riservato, il che condurrebbe ad un'aberrazione. Infatti come è stato sottolineato più che brillantemente in dottrina²⁶⁴: <<Lo strumento delle categorie ha la funzione di evitare che l'estensione degli effetti dell'accordo sulla banca dissenziente possa comportare il pregiudizio conseguente ad una sostanziale diversità di trattamento>>. Del resto se si ammettesse l'estensione indiscriminata dell'accordo a tutte le banche dissenzienti unicamente sulla base del principio maggioritario, inevitabilmente risulterebbe violato il principio di uguaglianza giacché, ad esempio, la banca chirografaria dissenziente potrebbe subire una decurtazione del credito identico a quello di banche garantite, con evidente maggiore pregiudizio rispetto a queste ultime le quali, possono contare su una soddisfazione prelatizia o comunque garantita. Dunque, la funzione delle categorie, previste dal secondo comma dell'articolo in commento è finalizzata alla tutela dei creditori dissenzienti tramite la disciplina del procedimento e delle modalità con le quali può essere

²⁶¹ . VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, 7

²⁶² F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria", in www.ilfallimentarista.it,

²⁶³ QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it

²⁶⁴ INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, *Dir. Fall.*, 4, 2011, pag. 1361.

consentita l'estensione dell'accordo ai creditori finanziari non aderenti.²⁶⁵

Attesa la modifica apportata dalla legge di conversione anche se le condizioni sono soddisfatte non si produce più l'effetto previsto dal decreto legge, ma abrogato dalla legge di conversione, ovvero che: «I creditori ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo sono considerati aderenti all'accordo ai fini del raggiungimento della soglia del sessanta per cento di cui al primo comma dell'articolo 182-bis».²⁶⁶ Infine è altamente consigliabile che il debitore, d'intesa con le banche maggioritarie costruisca l'accordo articolando le diverse previsioni della ristrutturazione del debito secondo livelli di trattamento suscettibili di far rientrare le posizioni creditorie delle banche già favorevoli in più categorie. In questo modo le banche favorevoli all'accordo potranno raggiungere e rappresentare più facilmente il 75% dei crediti degli aderenti in seno alla categoria.

Procedendo al comma terzo è stabilito che: «Ai fini di cui al precedente comma non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese». Tale previsione è stata oggetto di «diatribe esegetiche» sull'affinità o meno con la disposizione di cui all'art. 168, ultimo comma, l.f. stabilita in tema di concordato²⁶⁷. Comunque sia, stavolta, cambiando l'ordine degli addendi il risultato a cui giunge la dottrina

²⁶⁵ INZITARI, Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei, in *Dir. Fall.*, 2015, 6, 10517. Afferma che: «Lo strumento delle categorie ha la funzione di evitare che l'estensione degli effetti dell'accordo sulla banca dissenziente possa comportare il pregiudizio conseguente ad una sostanziale diversità di trattamento. l'accordo ha ricevuto la maggioranza delle adesioni esso possa svolgere i suoi effetti e possa vincolare anche chi non ha aderito, inevitabilmente risulterebbe violato il principio di eguaglianza, in quanto a situazioni disuguali verrebbe assegnato lo stesso trattamento, in quanto, ad esempio, la banca chirografaria dissenziente potrebbe subire un ridimensionamento del credito identico a quello di banche garantite, con evidente maggiore pregiudizio rispetto a queste ultime le quali, al contrario, possono contare su una soddisfazione prelatizia o comunque garantita».

Se infatti si ammettesse la estensione semplice ed indiscriminata dell'accordo a tutte le banche dissenzienti unicamente sulla base della mera applicazione di un principio maggioritario, ritenendo cioè che quando l'accordo ha ricevuto la maggioranza delle adesioni esso possa svolgere i suoi effetti e possa vincolare anche chi non ha aderito, inevitabilmente risulterebbe violato il principio di eguaglianza, in quanto a situazioni disuguali verrebbe assegnato lo stesso trattamento, in quanto, ad esempio, la banca chirografaria dissenziente potrebbe subire un ridimensionamento del credito identico a quello di banche garantite, con evidente maggiore pregiudizio rispetto a queste ultime le quali, al contrario, possono contare su una soddisfazione prelatizia o comunque garantita».

²⁶⁶ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria", in www.ilfallimentarista.it, affermando che «la trasformazione del dissenso in assenso ai fini del raggiungimento della soglia-presupposto del 60% appare francamente un'inammissibile forzatura, che finisce per sovvertire la stessa base logica dell'accordo e la sua giustificazione economica e razionale».

²⁶⁷ QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it : «Tale effetto protettivo avvicina l'accordo in esame al modello concordato-rio: infatti, la previsione corrisponde a quella di cui all'art. 168, ultimo comma, l.f., – a mente 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» – ed è più incisiva rispetto alla protezione assicurata dall'art. 182-bis, comma 3, l.f. – secondo cui «Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati» >>.²⁶⁷ INZITARI, Gli accordi

totalitaria non cambia. La disposizione intende impedire l'inserimento del creditore bancario i cui crediti siano assistiti da ipoteca giudiziale iscritta nei predetti 90 giorni in un'autonoma categoria che consideri quale posizione omogenea quella relativa a crediti bancari garantiti dall'ipoteca giudiziale. Il creditore che ha iscritto ipoteca giudiziale nei 90 giorni antecedenti dovrà essere inserito in una categoria di creditori chirografari senza tenere conto dell'ipoteca iscritta e, subirà il trattamento riservato dall'accordo a quella categoria dei chirografari senza poter far valere la garanzia della ipoteca giudiziale. La maggiore rilevanza della norma risiede nella possibilità di assegnare alle banche chirografarie e alle banche "garantite", mediante ipoteca iscritta nei novanta giorni precedenti la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, stesso trattamento chirografario e, qualora l'accordo venga raggiunto di estendere gli effetti del medesimo alle banche titolari di ipoteca giudiziale, le quali subiranno il trattamento riservato alle banche chirografarie e si esonerando il patrimonio disponibile per i creditori dall'onere delle ipoteche e migliorando sia la capacità di adempimento del debitore e con essa le complessive aspettative di soddisfazione dei creditori. La previsione riverbera alcuni effetti altresì in sede di giudizio di omologazione. Difatti come è stato efficacemente sottolineato in dottrina: «un eventuale reclamo che fosse basato sulla possibilità di ricevere altrimenti una soddisfazione più favorevole dovrebbe tenere conto del fatto che le ipoteche degli ultimi 90 giorni sono inefficaci nel concordato e revocabili nel fallimento, con la conseguenza che la prova della migliore soddisfazione non potrebbe essere fondata sulla qualità prelatizia ipotecaria del credito, bensì solo

di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei, in *Dir. Fall.*, 2015, 6, 10517. *Afferma che:* «la regola stabilita nell'articolo in esame appare diversa rispetto a quella contenuta all'art. 168 comma 3 legge fallim. Infatti, nel concordato viene prevista, in via generale, l'inefficacia rispetto ai creditori anteriori al concordato secondo un criterio di retrodatazione degli effetti della presentazione del ricorso di concordato coerente con quanto disposto dall'art. 168 legge fallim., mentre nell'accordo di ristrutturazione, non essendo neanche configurabile una distinzione tra creditori anteriori o successivi alla presentazione dell'accordo di ristrutturazione, la norma si limita a stabilire che, nel caso in cui il debitore intenda estendere l'accordo di ristrutturazione alle banche dissenzienti non si deve tenere conto delle ipoteche giudiziarie iscritte dalle stesse banche - sia che esse siano aderenti sia che siano dissenzienti - nei 90 giorni precedenti alla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese.

Il non tenere conto delle ipoteche giudiziali iscritte sembra voglia dire chela circostanza che i crediti siano assistiti da ipoteca giudiziale iscritta nei predetti 90 giorni non costituisce idonea ragione per inserire il creditore bancario e finanziario che a tale iscrizione abbia proceduto nel predetto termine in un'autonoma categoria che consideri quale posizione omogenea quella relativa a crediti bancari garantiti dall'ipoteca giudiziale. Conseguentemente il creditore che ha iscritto ipoteca giudiziale nei 90 giorni antecedenti potrà essere inserito in una categoria di creditori chirografari senza appunto tenere conto della ipoteca iscritta e, nel caso in cui il 75% dei creditori presenti nella categoria aderisca all'accordo, subirà il trattamento riservato dall'accordo a quella categoria dei chirografari senza poter far valere la garanzia della ipoteca giudiziale. Resta ferma la possibilità per il creditore che ha iscritto ipoteca nei 90 giorni di dissentire dall'accordo e nel caso in cui nella categoria di appartenenza non venga raggiunto il 75% degli aderenti, di ottenere il trattamento di creditore estraneo che ha diritto alla soddisfazione integrale, come pure alla conservazione della garanzia ipotecaria giudiziale acquisita nei tre mesi anteriori alla presentazione del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione».

F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria", in www.ilfallimentarista.it, 4, osserva – al proposito – che la previsione «possa interpretarsi più che altro nel senso che, l'aver iscritto ipoteca giudiziale nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, non costituisce idonea ragione per inserire il creditore bancario o finanziario, che a tale iscrizione abbia proceduto nel predetto termine, in un'autonoma categoria che eventualmente consideri quale posizione omogenea quella relativa a crediti bancari garantiti da ipoteca giudiziale».

sulla prova, assai più ardua, di migliori possibilità di soddisfazione per i chirografari della stessa categoria>>²⁶⁸.

Il comma quattro contiene ciò che è stato argutamente definito “obbligo di *disclosure*”²⁶⁹ e la disciplina afferente al giudizio di omologazione e alle relative opposizioni. La prima parte della disposizione, attinente l’obbligo di *disclosure*, si recita:<< Il debitore oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell’articolo 182-bis alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell’accordo>>. Come è stato evidenziato da avvertita dottrina, con la nuova disposizione il legislatore intende sopperire alla scarsa efficacia della pubblicità prevista in via ordinaria dal 182 bis consistente nella pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. L’importanza dell’esposto in commento è altresì rafforzata dal fatto che la notificazione è funzionale all’opposizione e serve per fornire ai creditori dissenzienti le dovute informazioni sulla base delle quali costruire l’opposizione in condizioni più agevoli l’opposizione prevista dal comma 4 dell’art. 182-bis. Del resto, coerentemente con l’esigenza di corretto contraddittorio, è appunto dalla data della notificazione decorre il termine di trenta giorni entro il quale le banche e gli intermediari finanziari che non hanno preso parte all’accordo possono proporre opposizione avverso l’omologazione dell’accordo²⁷⁰. Il comma quattro prosegue:<<Il tribunale procede all’omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell’accordo: a)abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; b)abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull’accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; c)possano risultare soddisfatti, in base all’accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili>>.

Al tribunale, che potrà avvalersi ove occorra di un ausiliario, spetta la verifica della legittimità del procedimento e, successivamente, la verifica della convenienza per i creditori dissenzienti che devono risultare soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle altre alternative concretamente praticabili. La

²⁶⁸ Così: INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Dir. Fall.*, 2015, 6,

²⁶⁹ Definizione riconducibile a QUATTROCCHIO, *L’accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it

²⁷⁰ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”, in www.ilfallimentarista.it, 5, ritiene che «La cautela, evidentemente, sottende la consapevolezza che la pubblicità prevista ordinariamente, e consistente nella pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, è in realtà assai poco efficace, tanto più in presenza di un termine per opporsi di soli trenta giorni; derivandone la necessità di rendere effettiva la conoscenza del ricorso – per l’appunto – tramite apposita notifica personale».

verifica di legittimità si estrinseca, in primo luogo, nella verifica dell'effettiva omogeneità della posizione giuridica ed economica dei creditori ai quali viene chiesto di estendere l'accordo con quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti e, *ad adiuvandum*, nell'accertamento dell'adempimento degli obblighi informativi gravanti sul debitore secondo il principio di buona fede; nonché nel riscontro sulla corretta instaurazione del contraddittorio. La verifica di convenienza economica implica, in via generale, un giudizio fondato sulla comparazione rispetto ad altre soluzioni. Il giudizio di convenienza è la parte più importante e delicata dell'intera disciplina, nonché quella sulla quale sussistono i maggiori dubbi dal punto di vista esegetico. Invero sul fatto che lo schema predisposto dal legislatore, riecheggi il c.d. *cram down*²⁷¹, secondo il modello dell'opposizione all'omologazione presente nel concordato preventivo e che, dunque, sia necessaria la verifica che i creditori per i quali si chiede l'estensione dell'efficacia dell'accordo siano soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili, non vi sono discettazioni. Pur tuttavia, sull'oggetto della comparazione si riscontrano opinioni interpretative diverse. *Sic* vi è chi presume la comparabilità della soluzione soddisfattiva offerta dell'accordo con l'alternativa fallimentare²⁷² o ancora concordataria, o infine espropriativa individuale. Senonché, tale soluzione, dice tutto e non dice nulla. Vi è poi chi ritiene che il raffronto non possa prospettarsi con il concordato preventivo, «il quale non può mai costituire un'alternativa concretamente praticabile, poiché o vi è l'accordo, con i suoi specifici contenuti, o vi è un concordato preventivo, con le sue altrettanto specifiche clausole e condizioni, e l'uno e l'altro non possono proporsi contestualmente»²⁷³²⁷⁴. Vi è infine chi, come si è detto, avanza l'ipotesi che la valutazione della sussistenza dei requisiti minimi di soddisfacimento debba essere svolta dal tribunale avendo riguardo alle singole classi di creditori finanziari rispetto all'alternativa che nel singolo caso

²⁷¹ INZITARI: Al tribunale, coerentemente con la disciplina introdotta con lo strumento degli accordi di ristrutturazione o con il nuovo procedimento di concordato preventivo, non spetta valutare in astratto la convenienza dell'accordo, ma, piuttosto, applicando il metodo del *cram down* in questo caso alle banche dissenzienti, valutare in concreto se queste possano subire con l'estensione degli effetti dell'accordo un trattamento peggiore rispetto alle prospettive di soddisfazione che avrebbero potuto altrimenti conseguire.

²⁷² La soluzione soddisfattiva offerta dall'accordo dovrà, quindi, essere comparata con quella 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 ricorrano i presupposti per la relativa proposizione

²⁷⁴ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, in www.ilfallimentarista.it, 9, sottolinea che «Nel caso di specie, poi, un tale raffronto è reso ancor più difficile dal fatto che nell'accordo, per definizione, la soddisfazione dei creditori non segue le regole della graduazione, sì che occorrerebbe predisporre una ad hoc per eseguire il raffronto con un alternativo riparto fallimentare, con tutte le complicazioni poi connesse ai privilegi o alle prelazioni incapienti (and so on). Un rompicapo, tale da rendere la valutazione comparativa un vero *busillis*».

concreto potrebbe proporsi. Resta fermo, secondo alcuni²⁷⁵, che il debitore sia onerato della dimostrazione del “miglior soddisfacimento”, pur rimanendo il dubbio se la verifica di detta condizione debba rientrare nell’attestazione del professionista ovvero se pertenga soltanto al tribunale²⁷⁶. In ultimo, per completare il quadro testé delineato occorre dar conto della previsione del comma sette dell’articolo in commento e della presunta “deroga” agli articoli 1372 e 1411 del codice civile.

Il comma sette, nel disporre: « In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti » per quel che qui rileva, espressamente esclude che per effetto dell’estensione dell’accordo possa essere imposta ai creditori finanziari dissenzienti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Come emerge *ictu oculi*, la disposizione detta il limite di efficacia dell’accordo che potrà essere esteso ai creditori finanziari non aderenti con l'effetto di comportare ridimensionamento ed erosione dei crediti; ma trova il limite nella esclusione della possibilità che a carico di creditori dissenzienti l'accordo possa comportare il sorgere di nuovi obblighi patrimoniali consistenti nel dovere di eseguire qualsiasi prestazione a favore del debitore. Se la disciplina appena esposta, in quanto mossa dall’intento di contemperare interessi confliggenti, si rivela encomiabile - indipendentemente da ogni valutazione in ordine alla possibilità che altri potessero essere i profili su cui incidere al fine di realizzare un contemperamento ²⁷⁷ -

²⁷⁵ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”, in www.ilfallimentarista.it, 8, ritiene – nello stesso senso – che «sia il debitore il soggetto onerato della prova della sussistenza del requisito in parola, e che quindi egli debba dimostrare che nel fallimento alternativo i creditori non aderenti potrebbero riscuotere meno di quanto loro riservato con l’accordo (o con maggiore ritardo, a parità di quantum)»

²⁷⁶ R. RANALLI, *Speciale decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, 5 ss., sembra propendere per l’opportunità della verifica da parte dell’attestatore, sul riflesso che dalla stessa dipende anche dall’omogeneità del grado e dei tempi di soddisfacimento nelle alternative concretamente praticabili; oltre alla circostanza che l’attestazione dell’omogeneità delle classi, espressamente prevista con riferimento alla convenzione di moratoria, potrebbe essere riconosciuta come un elemento necessario della attestazione generale anche in assenza di moratoria temporanea; anche se «tale estensione non è affatto certa in quanto, in caso di moratoria temporanea, non essendo prevista l’omologazione, l’intervento dell’attestatore potrebbe essere letto come sostitutivo di quello del tribunale»

QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it: « Occorre ancora aggiungere che, nel caso in cui non sia soddisfatta l’ultima condizione, la legittimazione all’opposizione – al contrario di quanto accade nell’ambito del concordato preventivo – non soffre di limitazioni particolari: infatti, per l’opposizione è sufficiente che il creditore non abbia aderito all’accordo di cui si richiede vengano estesi gli effetti, senza che siano necessari parametri quantitativi o l’appartenenza ad una classe dissenziente;

²⁷⁷ BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità deroghe e ambiguità*, in *Corriere Giur.*, 2016, 4, afferma che: « Se tutto ciò appare un tributo alla necessità di contemperare interessi confliggenti - indipendentemente da ogni valutazione in ordine alla possibilità che altri potessero essere i piani ovvero i profili su cui incidere al fine di realizzare un contemperamento - quel che in conclusione occorre segnalare è la tendenza del legislatore (e dell’interprete, se solo si rivolge lo sguardo, ad esempio, all’utilizzo da parte della giurisprudenza della causa in concreto in relazione alla valutazione di fattibilità del concordato) a utilizzare in ambito concorsuale categorie, istituti e principi propri del diritto civile.

quel che la lascia basiti è l'utilizzo di istituti e principi propri del diritto civile in un modo che definire improprio risulta a dir poco eufemistico. Si allude per l'appunto al richiamo effettuato dalla disciplina di cui all'articolo 182 septies l.fall., alle norme di cui agli artt. 1372 e 1411 c.c. di cui viene ipotizzata la deroga.

Ebbene, l'art 1372 c.c. già prevede una deroga all'efficacia relativa del contratto²⁷⁸, sicché il richiamo nel contesto dell'art. 182 septies l.fall. appare del tutto inappropriato oltreché tautologico²⁷⁹. Peggio che andar di notte qualora si esamini l'evocazione della deroga all'art. 1411 c.c., norma che contempla lo schema contrattuale a favore di terzo. Senonché di effetti a favore dei creditori dissenzienti nell'art. 182 septies l.fall. (e, prima ancora, con l'art. 182 bis, comma 1, l.fall., nella parte in cui prevede un differimento dell'esigibilità in relazione ai crediti dei non aderenti all'accordo) non è dato riscontrare l'esistenza (salvo l'eccezione in merito alla prosecuzione del contratto di leasing, peraltro non scevra da dubbi di costituzionalità). La norma contempla effetti sfavorevoli nei confronti dei creditori non aderenti²⁸⁰. A rendere vano il richiamo all'art 1411 sovviene, infine, il mancato l'indirizzamento, per accordo delle parti, di effetti nella sfera del terzo. Dacché, si capisce, anche il richiamo all'art 1411 c.c si rivela inutile e del tutto inappropriato. In ultimo occorre rammentare che l'art. 182-septies l.f. si chiude con la previsione secondo cui «La relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma». Il riferimento è al comma 4 che prevede le condicio sine qua non al fine dell'omologazione oggetto di accertamento da parte del tribunale che può avvalersi ove occorra di un ausiliario. La norma prevede che la relazione dell'ausiliario deve essere trasmessa al pubblico ministero; per contro, pare non debba essere pubblicata nel registro delle imprese, a cura del cancelliere, entro il giorno successivo al deposito in cancelleria (art. 161, comma 5, l.f.). Pare opportuno rimarcare che, secondo certa dottrina, la verifica dell'ausiliario sopperisce a quella (specifica) del professionista, contemplata soltanto nella convenzione di moratoria.²⁸¹

Senonché in non poche occasioni ciò avviene in modo improprio: così è per il richiamo, nell'ambito della neonata disciplina di cui all'art. 182-septies l.fall., alle norme di cui agli artt. 1372 e 1411 c.c. di cui viene ipotizzata la deroga. Orbene, l'art. 1372 c.c. già prevede una deroga all'efficacia relativa del contratto, sicché il richiamo nel contesto dell'art. 182 septies l.fall. appare del tutto inutile e foriero di ambiguità>>.

²⁷⁸ Ai sensi dell'art. 1372, comma 2, c.c., il contratto può produrre effetto rispetto ai terzi "nei casi previsti dalla legge".

²⁷⁹ NISIVOCCIA, Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa? Op. ult cit il quale, partendo dal presupposto che l'art. 182 septies configuri uno di quei casi in cui, in deroga all'efficacia relativa del contratto, la legge prevede che quest'ultimo possa produrre effetti anche nei confronti di terzi, si interroga tuttavia sull'opportunità e sull'effettiva utilità pratica di una tale deroga ai fini del perseguimento dell'obiettivo del superamento della crisi d'impresa. Per l'inquadramento della fattispecie nell'ambito del potere di autoregolamentazione riconosciuto in base al principio di sussidiarietà (art. 118, comma 4, Cost)

²⁸⁰ Gli autori più accreditati non si mancano di sottolineare che nel nostro ordinamento, l'esplicazione dell'autonomia contrattuale con riferimento alla sfera dei terzi, opera un temperamento tra opposti interessi, per cui "si riconosce l'efficacia del contratto anche rispetto ai terzi ma con esclusivo riguardo agli effetti favorevoli e salva la facoltà di rifiuto del destinatario": così, testualmente, BIANCA, Diritto civile, 3, II ed., Milano, 2000, 566; si v. inoltre GAZZONI, Manuale di diritto privato, XV ed., Napoli, 2013, 953; MOSCARINI, Il contratto a favore di terzi, in Il codice civile. Commentario, fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, II ed., Milano, 2012, 2 ss.; Majello, voce Contratto a favore del terzo, in Dig. disc. priv., sez. civ., IV, Torino, 1989, 237 s.; Tamponi, Contratto a favore di terzo, in Trattato di diritto privato, diretto da Bessone, XIII, VI, Torino, 2000, 421; ANGELONI, Del contratto a favore di terzi, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2004, 5;

²⁸¹ Si veda: QUATTROCCHIO, L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina, in www.ildirittodegliaffari.it.

3.3 La convenzione di moratoria: profili normativi e interpretativi

Nella prassi contrattuale la convenzione di moratoria è un accordo che intende disciplinare i rapporti giuridici intercorrenti fra debitore e ceto creditorio, nonché i rapporti tra singoli creditori. L'istituto viene generalmente utilizzato per riassoggettare ad una compiuta disciplina i rapporti in essere tra le parti, sia sul versante sostanziale, sia nel campo della tutela processuale. Detto in maniera più pratica, con questo accordo l'impresa richiede ed ottiene dalle banche un periodo di *standstill* necessario per la predisposizione di un piano di risanamento²⁸². Le banche si obbligano nei confronti dell'impresa, per tutta la vigenza del patto ad astenersi dall'intraprendere qualsiasi azione volta ad ottenere il pagamento di quanto previsto nei contratti originari di finanziamento, a non richiederne la risoluzione, a non esigere il rientro delle c.d. linee di credito; etc. L'impresa dal canto suo, si impegna, come contropartita, a non compiere atti di straordinaria amministrazione: concedere garanzie a favore di alcuna delle banche finanziatrici o a terzi (c.d. negative pledge), effettuare o contrarre ulteriori finanziamenti; etc. Il fine del debitore è triplice: quello di evitare che vi siano aggressioni al patrimonio da parte dei creditori finanziari; quello, certo non minore per rilevanza, di mantenere i rapporti in essere, vuoi con i fornitori, vuoi con le banche e quindi di pattuire che le linee di credito restino aperte, che non vi siano flussi di rientro "anomalo", ma solo quelli correlati alle operazioni "autoliquidanti" e da ultimo (primo per rilevanza) quello di guadagnare tempo per proporre ai creditori una più ragionata strategia di risoluzione della crisi. Ragionando nell'ottica del creditore bancario, a crisi ormai conclamata la convenzione è atta a far sì che la situazione non degeneri in modo da non dover rettificare ulteriormente il credito in bilancio, a rientrare nell'esposizione concessa seppur in maniera "dilazionata" e senza subire una falcidia che una procedura concorsuale comporterebbe e, ancora, a far sì che nessun altro creditore, sfruttando delle asimmetrie informative, tenti di avvantaggiarsi rispetto agli altri creditori e, infine a non veder diminuita la garanzia patrimoniale ex art. 2740. Gli accordi di moratoria regolano un rapporto giuridico patrimoniale. In particolare la prestazione delle banche concerne i crediti che queste vantano nei

²⁸² La definizione collima con quanto asserito da: UMBERTAZZI, accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori, in *Contratto e Impr.*, 2015, 2, 340, FABIANI, La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in *Fallimento*, 2015, 12, pag. 1269; Fabiani, Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi, in *Fallimento*, 10, 2014, pag. 965.

confronti dell'impresa e dunque ha ad oggetto una prestazione pecuniaria. Analogamente le obbligazioni dell'impresa comportano una limitazione della sua attività imprenditoriale, incidono sulla sua libertà economica, e così facendo dimostrano il proprio carattere economico. In questo quadro l'accordo di moratoria è allora rivolto a regolare rapporti giuridici patrimoniali tra le banche e l'impresa. Di conseguenza pare proprio avere natura contrattuale *ex art. 1321 c.c.*

Orbene, identificati i fini e le parti in campo, occorre discettare sulla qualificazione dogmatica degli accordi in oggetto. Dacché:

1. La dottrina relativa agli accordi di risanamento ha ritenuto di qualificare l'accordo in oggetto come *pactum de non petendo ad tempus* e, dunque, di un contratto atipico, ma conosciuto nel nostro diritto in quanto previsto sin dal diritto romano classico²⁸³ ;
2. Altra dottrina ha invece asserito che a livello di teoria generale gli "accordi di moratoria" siano autonomi rispetto al *pactum de non petendo* perché a differenza di quest'ultimo modificano il termine della prestazione e sì il rapporto obbligatorio²⁸⁴;
3. Infine, certo non si può non rammentare l'opinione di chi ai fini che qui interessano asserisce che l'accordo di moratoria è un fenomeno più ampio rispetto al semplice *pactum de non petendo*, da cui riprende il congelamento delle posizioni creditorie e, con esso, la paralisi della tutela giudiziaria per coloro che aderiscono alla convenzione; per poi declinarsi in concreto in relazione alle singole esigenze sottostanti l'accordo ed infine trasfondersi nella singola disciplina del contratto in concreto considerato²⁸⁵.

La ricostruzione che qui si sposa, senza farne mistero, è quella espressa al numero tre del precedente elenco. In primo luogo si rammenta che nel nostro codice civile *questo pactum de non petendo* non viene regolato. Si tratta dunque di un contratto atipico i cui limiti non sono tracciati da una definizione legislativa che ne delimita la fattispecie. Muovendo dalla ricostruzione storica non si può fare a meno di notare come il *pactum de non petendo* si caratterizzasse come un accordo mediante il quale il creditore si impegnava a non richiedere la prestazione del debitore; l'accordo non era fonte di alcuna obbligazione. *Il pactum*, poteva

²⁸³ Sulla natura atipica del *pactum de non petendo* v. ex multis G. SCOGNAMIGLIO, Considerazioni sul *pactum de non petendo* alla luce di un riveduto concetto del "patto" nell'ordinamento attuale, p. 606 ss.

²⁸⁴ Per un'analisi di questa impostazione: DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in Riv. Dir. Civ, 1996 I, pag 367 ss.

²⁸⁵ FABIANI, La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in *Fallimento*, 2015, 12, pag. 1269; Fabiani, Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi, in *Fallimento*, 10, 2014, pag. 965.

atteggiarsi come *pactum in perpetuum* ovvero *ad tempus*; con il primo il creditore si impegnava a non esigere più la prestazione, con il secondo si impegnava a non esigerla per un determinato periodo di tempo. Gli accordi di moratoria, a contrario, modificano, di regola, il rapporto obbligatorio preesistente derivante dai contratti originari di finanziamento originariamente pattuito²⁸⁶ in quanto essi sono soliti prevedere clausole con le quali si stabilisce che le banche: << acconsentono a riscadenzare i piani di ammortamento relativi ai finanziamenti esistenti con riferimento alle date di rimborso già dovute alla data di sottoscrizione del presente accordo e non ancora onorate e prorogarne il relativo termine di rimborso sino al "giorno X" per effetto rinunciando ad azionare qualsiasi diritto connesso derivante dalle relative esposizioni fino alla scadenza del periodo di moratoria>>²⁸⁷

Pur tuttavia, si potrebbe obiettare che con tali clausole le banche intendano non prorogare i termini dell'obbligazione originaria ma esprimere la mera tolleranza nei confronti del debitore. L'obiezione non convince. Difatti, l'impegno della banca esprime un'obbligazione assunta contrattualmente e ciò è testimoniato dal fatto che: <<una eventuale richiesta del creditore potrebbe essere rigettata dal giudice e non semplicemente valutata, come nel caso della tolleranza nell'ambito e con i limiti di un comportamento contrario a buona fede>>²⁸⁸. La proroga fa riferimento al termine appartenente non al contratto bensì a quello dell'obbligazione. Del resto il termine contrattuale riguarda: << gli effetti del contratto segnandone il momento iniziale e quello finale>>. Mentre il termine dell'obbligazione: << regola un aspetto della prestazione incidendo non sull'esistenza di questa ma sulla sua esigibilità>>²⁸⁹. Con gli accordi di moratoria le banche si vincolano a non richiedere i rispettivi crediti per un determinato periodo di conseguenza prorogando il termine dell'adempimento per tutto il tempo della moratoria e dunque modificando il rapporto obbligatorio preesistente derivante dai contratti originari di finanziamento. Pertanto, gli accordi in questione presentano un carattere inconciliabile rispetto al mero *pactum de non petendo*; da cui riprendono il congelamento delle posizioni creditorie e, con esso, la paralisi della tutela giudiziaria per coloro che aderiscono alla convenzione; per poi, tuttavia, declinarsi in concreto in relazione alle singole esigenze sottostanti l'accordo ed infine trasfondersi nella singola disciplina del contratto in concreto considerato.

Ciò detto occorre discettare su come il negozio si atteggi. A tal proposito, la dottrina maggioritaria ha ritenuto che gli accordi in oggetto rientrassero tra i negozi plurilaterali giacché l'accordo, di norma, viene concluso dall'impresa e dalle banche finanziatrici e, dunque, facendo leva sulla molteplicità di soggetti tra i

²⁸⁶ Si veda RUSCELLO, "Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, p. 206 ss.

²⁸⁷ Si veda TOMMASO MARIA UMBERTAZZI; accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori, in *Contratto e Impr.*, 2015, 2, 340,

²⁸⁸ BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 169.

²⁸⁹ Così: BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 752 ss

quali intercorrono i rapporti contrattuali²⁹⁰. Tale concezione, seppur suggestiva, non appare convincente. Per confutarla, occorre discettare sulla nozione di parte elaborata dalla civilistica italiana. Il più tradizionale orientamento (quello maggioritario), ritiene che con il termine parte il legislatore abbia inteso un unitario centro d'interesse sì che: <<intorno a siffatto centro di interessi possono gravitare così un solo soggetto giuridico, che in tal caso costituisce da sé parte contrattuale (semplice), come anche più soggetti, che hanno unità di interessi e sono da ricondurre a unità di parte contrattuale complessa>>²⁹¹.

Avallando la concezione tradizionale di parte come centro d'interesse, qui, certamente siamo in presenza di due parti: da un lato l'impresa in crisi, che richiede la proroga delle scadenze e il mantenimento dei rapporti in essere, dall'altro le banche finanziatrici omnicomprensivamente intese, che acconsentono a non richiedere l'adempimento dei crediti in scadenza per tutto il tempo della moratoria²⁹². Ma anche qualora volesse intendersi come parte il soggetto che opera dal medesimo lato di un rapporto, si potrebbe obiettare efficacemente che la soluzione sarebbe la medesima giacché l'accordo di moratoria conosce due soli "lati", rettammente identificabili nell'impresa e nelle banche. Del resto, la presenza di due soli centri d'interesse, lati del rapporto (comunque li si voglia appellare) emerge chiaramente sol che ci si accinga ad esaminare le convenzioni in concreto stipulate.

Anzitutto questi accordi di moratoria sono formalmente stipulati tra l'impresa da un lato e le banche x, y, z, etc. dall'altro. Inoltre gli accordi di moratoria, di solito, indicano espressamente che questi ultimi sono conclusi dall'impresa x da un lato e le banche x, y, z dall'altro lato; ancora, alcune convenzioni contengono perfino delle definizioni iniziali onde attribuire un significato preciso alle parole utilizzate; convenzioni nelle quali, generalmente spicca la specificazione che per parti si intendono la società e le banche finanziatrici al plurale. L'ultimo aspetto che qui, con brevità, si analizza (onde evitare il rischio di uscir fuor

²⁹⁰Sul punto si rinvia a T.M. UBERTAZZI, *I contratti bancari nei risanamenti di impresa: profili di responsabilità civile*, Napoli, 2015,

Riconduce gli accordi di risanamento nello schema del contratto plurilaterale ex multis BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 113. Con riguardo agli accordi di ristrutturazione riprendono questa lettura v. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa ecc.*, 2010, I, 312; VETTORI, *Il contratto sulla crisi di impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di Di Marzio, Macario, Giuffrè, Milano, 2010, 241; CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. fall.* 2013, 191.

²⁹¹Così D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002, 115-16 analizzando l'impostazione tradizionale di parte del contratto intesa come centro di interessi. Sul concetto di parte come centro di interessi v. *ex multis* MESSINEO, *Dottrine generali del contratto*, Milano, 1944, 44; BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1960, 310; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja, Branca, Zanichelli, Foro Italiano, Bologna, Roma, 1970, 13; FERRI, v. *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, 1981, Milano, XXXI, 904; ORESTANO, *La conclusione dei contratti plurilaterali*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006, 252.

²⁹²BELVEDERE, *Atto collettivo, collegiale, complesso*, in *Glossario*, AA.VV., in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica, Zatti, Milano, 1994, 42.

La lettura proposta da Belvedere deve essere intesa facendo riferimento al lato del rapporto del contratto e non dell'obbligazione diversamente ad avviso di chi scrive non si manterrebbe fede ad una necessaria differenza tra titolo e rapporto obbligatorio.

dal seminato) è quello delle obbligazioni derivanti dalla conclusione dell'accordo. La conclusione dell'accordo, reca con sé tre fasci di rapporti obbligatori:

1. quello dell'impresa verso le banche (a non concedere garanzie a favore di alcuna delle banche finanziatrici o a terzi (*c.d. negative pledge*), effettuare o contrarre ulteriori finanziamenti; etc);
2. quello delle banche a favore dell'impresa (a non richiedere: il rientro delle linee di credito, la risoluzione dei contratti originari etc);
3. quello delle banche a favore le une delle altre (si obbligano reciprocamente ad astenersi dal compiere ogni atto che possa pregiudicare la moratoria)²⁹³

Ora, è impossibile dubitare che gli impegni delle banche abbiano carattere vincolante e assumano le caratteristiche dell'obbligazione. Il discorso si rivela più complesso ragionando dal lato dell'impresa. Difatti, con l'accordo di moratoria, l'impresa si obbliga a non compiere attività di straordinaria amministrazione. La prestazione dell'impresa potrebbe, dunque, essere considerata come svolta esclusivamente nel proprio interesse, in correlazione al fine ultimo che è quello di "guadagnare tempo" per utilizzare uno strumento idoneo alla risoluzione ed evitare il fallimento. Ciò indurrebbe ad inquadrare la situazione giuridica soggettiva passiva dell'impresa nello schema dell'onere che ricorrerebbe tutte le volte in cui :<<un soggetto per ottenere un risultato (l'accordo di moratoria necessario per la predisposizione del piano) è tenuto a conformare la propria condotta a specifiche regole giuridiche" (divieto di compimento di atti di straordinaria amministrazione)²⁹⁴>>. Orbene, la dottrina civilistica sulla tematica dell'onere reca in sé due letture distinte. La lettura maggioritaria, riconosce all'onere piena esistenza e dignità giuridica nel nostro ordinamento sulla base di una differenziazione rispetto all'obbligo incardinata su tre profili fondamentali:

1. Mentre l'obbligo vincola il debitore ad un determinato adempimento l'onere lascia libero il soggetto di adottare o meno il comportamento: così nell'ipotesi di cui all'art. 1456 c.c (clausola risolutiva espressa in caso di inadempimento) la parte adempiente ha l'onere di comunicare "all'altra che intende valersi" di quest'ultima, ma è perfettamente libera di farlo senza essere tenuta a questa comunicazione.
2. L'obbligo è posto a tutela del creditore e concerne la:<< "necessità di subordinare un interesse proprio ad un interesse altrui"²⁹⁵>> . L'onere è posto a tutela dello stesso soggetto titolare e riguarderebbe un conflitto di interessi meramente interno di quest'ultimo postulando:<<un sacrificio

²⁹³ Sulle clausole che impongono obblighi reciproci tra creditori nei risanamenti di imprese v. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in *Fall.*, 2008, p. 1242.

²⁹⁴ Così: SCOZZAFAVA, voce *Onere*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, p. 100. Vedi anche: IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico. (Obbligo - Onere)*, Napoli, 1973, 89.

²⁹⁵ SCOZZAFAVA op. ult. cit

di un interesse proprio ad un altro interesse proprio"²⁹⁶>>.

3. Il mancato esercizio del comportamento richiesto comporterebbe, nel caso dell'obbligo, la responsabilità per inadempimento. Nel caso di onere invece darebbe luogo solo ad una forma autoresponsabilità recante in sé la dovuta sanzione esclusivamente economica²⁹⁷: così il soggetto che non comunica ex art. 1456 c.c. alla parte inadempiente la volontà di valersi della clausola risolutiva semplicemente non potrà sciogliere il contratto, ma non sarà responsabile nei confronti di quest'ultima.

Orbene l'impegno assunto dall'impresa con la convenzione di moratoria non integra un onere, ma una vera e propria obbligazione. L'impegno assunto dall'impresa in sede contrattuale non ha rilievo meramente interno giacché è esplicitato ex contractu con obblighi comportamentali specifici a favore delle banche, idonei a determinare in caso di inosservanza responsabilità contrattuale²⁹⁸. *Ad adiuvandum* con l'accordo di moratoria l'impresa si obbliga all'astensione dal compimento di atti di straordinaria amministrazione verso le banche creditrici rendendo il suo comportamento vincolato. Per ciò che attiene agli interessi l'impegno assunto dell'impresa è diretto, si sottolinea anche, a tutelare anche l'interesse delle stesse banche che vogliono in primo luogo assolutamente evitare di veder diminuire il patrimonio dell'impresa durante il periodo di moratoria e dunque, continuare a confidare a ragion veduta nella garanzia ex art. 2740 c.c.; e in secondo luogo permettere a quest'ultima di determinare una strategia di risanamento idonea a pagare i crediti dalle banche vantati e a non subire così una falce che una procedura concorsuale comporterebbe. Infine il venir meno agli impegni assunti con l'accordo di moratoria e il compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte dell'impresa è causa di risoluzione del contratto; questa risoluzione implica non solo un "effetto svantaggioso" nei confronti dell'impresa ma legittima le banche ad un'azione contrattuale nei confronti dell'impresa per violazione degli impegni assunti e per il risarcimento del danno ex art. 1218 c.c.

In questa cornice di stampo, come si è visto, esclusivamente pattizio (o, meglio: "civile") si è innestata la regolamentazione legislativa riconducibile all'intervento normativo del 2015 che ha introdotto la convenzione di moratoria *ex lege*. Le ragioni che ne hanno determinato l'introduzione sono state elencate esaustivamente al paragrafo 1, ma se ripetuta iuvant in via riassuntiva, ma non esaustiva, potremmo dire che la sua introduzione discende dalla constatazione che nella fase prodromica ad elaborare una compiuta strategia per la soluzione alternativa alla crisi non tutti i creditori finanziari aderiscono ad accordi di moratoria sottoscritti dalla gran parte del ceto creditorio optando piuttosto a favore dell'aggressione del patrimonio. La soluzione intende garantire legislativamente l'impresa; proteggendola dai creditori dissenzienti mediante l'estensione

²⁹⁶ SCOZZAFAVA op. ult. cit

²⁹⁷ sempre SCOZZAFAVA, voce *Onere*, cit., p. 102. V. inoltre DURANTE, voce *Onere*, in *Enc. giur.*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990, XXI, p. 9.

²⁹⁸ Così: UMBERTAZZI; op. ult. cit

degli effetti dell'accordo raggiunto e, conseguentemente, elargendo alla medesima il tempo necessario per elaborare la soluzione della crisi.

Qui occorre chiedersi quanto il nuovo istituto "semi tipico"²⁹⁹ conservi dei caratteri dell'originaria disciplina pattizia e quanto da essa invece si discosti.

Orbene, i commi 5, 6, 7 e 8 dell'art. 182 septies l.fall. contengono la disciplina della convenzione di moratoria regolamentata ex lege. Il comma cinque di suddetta disposizione si esordisce: «<< Quando fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari viene stipulata una convenzione 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 e sia raggiunta la maggioranza di cui al secondo comma, la convenzione di moratoria, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti se questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria»>>. Di primo acchito, occorre sottolineare come l'intervento detti una disciplina "light"³⁰⁰ di tale convenzione si mantenendo leggero il livello di normazione. La scelta è decisamente apprezzabile giacché questi accordi vivono della loro flessibilità. Quanto si è detto in precedenza basta a confutare la tesi espressa da certa dottrina che ritiene la convenzione di moratoria uno strumento "nuovo" giacché :«<< può essere prodromica ad un altro strumento di soluzione della crisi, negoziale o giudiziale, ma non ne costituisce parte integrante, come invece accade per l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari»>>³⁰¹. A ben vedere, lo strumento tutto è tranne che nuovo giacché queste convenzioni, assieme a quelle bancarie e interbancarie (di cui qui purtroppo non è possibile la trattazione), sono presenti nella prassi contrattuale da almeno quattro lustri. Dire nuovo e dire non regolamentato in via legislativa è cosa ben differente. Queste convenzioni sono e restano figlie dell'autonomia contrattuale e la disciplina "light" lo dimostra. Se pure il legislatore ha apportato ad esse qualche "correttivo" volto a rafforzarne gli effetti, ciò non implica la radicale diversità rispetto a quanto prima sperimentato sul versante della crisi d'impresa.

La convenzione di moratoria regolata per legge, come è stato sottolineato³⁰², ha natura extraprocessuale

²⁹⁹ Così: FABIANI; op. ult. cit

³⁰⁰ FABIANI; *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, 12, pag. 1269; FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Fallimento*, 10, 2014, pag. 965

³⁰¹ QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it.

³⁰² QUATTROCCHIO op.ult.cit., che esordisce: a convenzione di moratoria ha natura ordinariamente extraprocessuale, non essendo previsto un necessario intervento omologatorio del tribunale»>>.

giacché l'intervento omologatori del tribunale non è in essa contemplato; per contro, è contemplato un intervento eventuale qualora i creditori non aderenti alla convenzione di moratoria propongano opposizione avverso la convenzione.

Ciò detto, occorre sottolineare che suddetto istituto richiede per esser tale che venga soddisfatto il presupposto soggettivo di applicazione e, dunque, che l'accordo contrattuale intercorra tra "banche ed intermediari finanziari. Orbene, anche qui la dizione della norma è scorretta giacché sono intermediari finanziari, e rientrano in tale ambito le banche ed i soggetti di cui all'art. 106-107 del TUB in forza del rinvio indiretto operato dell'art. 18 del TUF nella definizione dei soggetti abilitati a prestare servizi di investimento. In particolare con il termine intermediario finanziario si intende il soggetto che esercita nei confronti del pubblico in via professionale l'attività di concessione di finanziamenti, di assunzione di partecipazioni, di intermediazione in cambi. A tal proposito e per chiudere definitivamente la questione si riporta il testo dell'articolo 106 t.u.b: <<1. L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia.

2. Oltre alle attività di cui al comma 1 gli intermediari finanziari possono:

- a) emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-quinquies, comma 4, e iscritti nel relativo albo, oppure prestare solo servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-novese, comma 4, e iscritti nel relativo albo;
- b) prestare servizi di investimento se autorizzati ai sensi dell'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;
- c) esercitare le altre attività a loro eventualmente consentite dalla legge nonché attività connesse o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla Banca d'Italia.

Gli intermediari finanziari sono iscritti in apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia e da essa opportunamente vigilati. L'elenco è suddiviso in sezioni e sottosezioni. Per ulteriori informazioni si rinvia al relativo elenco.

Dacché il presupposto soggettivo corretto è che l'accordo intercorra tra l'imprenditore e gli intermediari finanziari. Diversamente dalla fattispecie prevista al primo comma non sono previste soglie minime di indebitamento finanziario³⁰³. La convenzione rientra nel modello legale se è diretta a regolare

³⁰³FABIANI, La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in Fallimento, 2015, 12, pag. 1269; asserisce:<< Il comma 5 rinvia al comma 2, ma non all'1, quello nel quale si prevede un indebitamento finanziario non

provvisoriamente gli effetti della crisi. La locuzione genere “in via provvisoria” desta incertezze a livello esegetico atteso che in carenza di indicazioni legislative sulla misura della provvisorietà occorre chiedersi se la lacuna relativa alla precisazione dell’*arcus temporum* non possa essere colmata facendo ricorso a qualche altra disposizione simile ovvero se il legislatore sia stato volutamente generico³⁰⁴. Attesa la non invasività della disciplina è ragionevole pensare che la provvisorietà della convenzione non abbia un riferimento temporale certo bensì dipenderà dalla tipologia di crisi in concreto considerata senza la cogenza di una norma che fissa il termine. Pur tuttavia l’espressione andrà calibrata entro una curvatura massima onde evitare di oltrepassare un limite al di là del quale non sarà possibile conseguire determinati obiettivi in virtù di scadenze che possono sopraggiungere. Se dunque, nonostante l’espressione volutamente generica utilizzata, è palese la volontà legislativa di porre un limite temporale agli effetti della convenzione; resta comunque oscuro il profilo altrettanto delicato del limite temporale attinente la gestazione della convenzione giacché l’esperienza insegna che la durata della concertazione dell’accordo è, di regola, molto lunga. Come sottolineato in dottrina: <<sarebbe stato opportuno stabilire che dall’apertura del “tavolo della crisi” alla chiusura dell’accordo non si può oltrepassare un determinato tempo e ciò per la semplice ragione che, nell’osservanza del codice di autodisciplina, di fatto le banche che partecipano alle trattative si vengono a trovare in una situazione di moratoria di fatto viste le regole di comportamento prescritte>>³⁰⁵.

Il contenuto può atteggiarsi in diversa maniera. Invero, il contenuto della convenzione potrebbe ricalcare in parte quello delle convenzioni stipulate precedentemente in via pattizia e dunque si tradurrà a livello sostanziale nel riscadenzamento dei termini di adempimento - condito dal congelamento anche degli interessi -, e dal punto di vista processuale nella rinuncia, temporanea, ad agire per la riscossione del credito, sia con iniziative individuali, sia con iniziative collettive il debitore da contro si impegnerà a non compiere atti di straordinaria amministrazione e a mantenere intatta la garanzia patrimoniale per i creditori *ex art* 2740³⁰⁶. Le obbligazioni che verranno assunte, atterranno altresì al rapporto fra creditori così che nessuna banca possa conquistare posizioni di vantaggio acquisendo garanzie collaterali. I creditori finanziari che

inferiore alla metà dell’indebitamento complessivo>>. Fabiani, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Fallimento*, 10, 2014, pag. 965

³⁰⁴ FABIANI a tal proposito asserisce: <<La temporaneità di alcuni effetti ricollegati all’apertura di una crisi incontra una declinazione sia nell’art. 182 *bis*, comma 6, l.fall che nell’art. 161, comma 6, l.fall., là dove la variabile temporale oscilla fra i sessanta e i centoventi giorni. Tuttavia appare assai opinabile che questi termini rivestano un certo qual significato a proposito della durata della convenzione di moratoria, se non forse il limite massimo dei centottanta giorni quando il tribunale concede la proroga, sempre in base all’art. 161, comma 6, l.fall.>> e <<Non credo che possa essere invocato come termine di confronto la moratoria bancaria, sino ad un anno, relativa al riscadenziamento delle rate di mutuo e di finanziamento previste nella legge agevolative per le famiglie e per le PMI, posto che tali disposizioni hanno tutt’altra origine>>.

³⁰⁵ Si veda: FABIANI op. ult. cit

³⁰⁶ UMBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014, 33.

sottoscrivono la convenzione rinunciano, dunque, ad esercitare provvisoriamente i loro diritti di credito³⁰⁷. Il contenuto eventuale dell'accordo atterrà alla concessione di nuovi finanziamenti ed il mantenimento degli affidamenti preesistenti solo, giova sottolineare, da parte degli intermediari finanziari aderenti giusta la previsione di cui al settimo comma dell'articolo in esame: «In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati». Invero, seppure come si vedrà in seguito, per gli intermediari non aderenti è ammessa una certa estensione degli effetti non è considerato né tollerabile né accettabile imporre al creditore dissenziente un “prelievo forzoso” al fine di fornire all'impresa nuove risorse³⁰⁸. La conseguenza è che, «anche nel caso in cui tra debitori e banche ed intermediari aderenti fosse stipulato qualche nuovo contratto di credito, ciò che non è vietato, comunque gli effetti di quest'ultimo non potranno estendersi ai terzi creditori non aderenti»³⁰⁹. Occorre segnalare, per quanto pertiene alla sorte delle linee di credito autoliquidanti che anche se si espande verso la banca non aderente il vincolo di non esigibilità, se la banca si limita ad incassare le rimesse dei terzi la norma viene comunque rispettata.

Si giunge così al rilievo caratterizzante la figura negoziale “semi tipica” in grado di differenziare e qualificare la nuova disciplina *ex lege* rispetto a quella pattizia che caratterizzava le convenzioni precedentemente stipulate. Ci si riferisce alla previsione dell'estensione di taluni effetti del contratto a soggetti estranei alle parti contrattuali. Fino ad ora le convenzioni di moratoria stipulate in via pattizia soggiacevano al limite del consenso prestato. Invero, il fatto che il contratto *ex art.* 1372 c.c vincola esclusivamente le parti e non produce effetto rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge implicava che tali convenzioni, per essere agibili, necessitassero dell'unanimità del consenso dei creditori, ovvero che i creditori aderenti si facessero carico delle posizioni dei creditori renitenti³¹⁰. La disciplina *ex lege* rimuove

³⁰⁷ Proprio la natura di rinuncia (benché temporanea), impone, per *policy* bancaria, che lo *standstill* sia approvato dagli organi deliberativi della banca. Queste scelte, ovviamente, dovranno sintonizzarsi con i limiti imposti per il rispetto del c.d. "merito creditizio".

³⁰⁸ Con la conseguenza che, «anche nel caso in cui tra debitori e banche ed intermediari aderenti fosse stipulato qualche nuovo contratto di credito, ciò che non è vietato, comunque gli effetti di quest'ultimo non potranno estendersi ai terzi creditori non aderenti»: così F. LAMANNA, La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”, in www.ilfallimentarista.it, 12.

³⁰⁹ F. LAMANNA, La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”, in www.ilfallimentarista.it, 12.

³¹⁰ Sino ad ora era necessario stipulare sia una convenzione interbancaria con designazione della 'banca- agente', sia una convenzione con il debitore, ma solo con una limitata produzione di effetti, UMBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, cit., anche con riguardo a tutti i profili che pertengono all'esercizio applicativo del diritto civile a queste figure atipiche e che qui non possono essere trattati.

l'ostacolo mediante l'estensione degli effetti nei confronti dei creditori renitenti se e solo se siano soddisfatte le seguenti condizioni:

- a. il rispetto del principio di buona fede e la corretta informazione dei creditori;
- b. l'adesione dei creditori che rappresentino il 75% dei crediti;
- c. l'attestazione di un professionista dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.

Come è stato sottolineato in dottrina³¹¹, l'esigenza di informativa dei creditori finanziari si concretizza nell'informazione dell'avvio delle trattative; la possibilità data ai creditori interessati di partecipare in buona fede alle trattative; il che presuppone che la comunicazione di avvio debba essere resa funzionalmente e tempestivamente rispetto alla concreta possibilità di partecipazione alle trattative; l'informazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, nonché sul contenuto dell'accordo e sui suoi effetti. Il che comporta la messa a disposizione dell'accordo, del piano che ne misura gli effetti e dell'attestazione che ne conferma la fattibilità. La propalazione degli effetti è, dunque, ammessa quando: << risulta che ai creditori non aderenti sono state fornite tutte le informazioni relative all'avvio delle trattative e quando sono stati messi nelle condizioni di parteciparvi e ciò secondo canoni di buona fede. Questo significa, in armonia con quanto previsto nel codice di autodisciplina ABI, che una volta palesata la situazione di crisi, tutte le banche debbono essere invitate a partecipare al progetto di regolazione provvisoria e a tutte debbono essere fornite informazioni sufficienti perché ciascuna sia in grado di istruire la pratica e assumere una decisione consapevole>>³¹².

La seconda condizione attiene alla soglia di raggiungimento del consenso che è stabilito nell'adesione almeno il 75% (3/4) dei crediti finanziari oggetto del processo di ristrutturazione. Quanto alla

³¹¹ R. RANALLI, Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche", in www.ilfallimentarista.it Sottolinea che: << riguardo l'esigenza di informativa a tutti i creditori bancari si osserva che essa si concretizza nell'informazione dell'avvio delle trattative; la possibilità data ai creditori interessati di partecipare in buona fede alle trattative; il che presuppone che la comunicazione di avvio debba essere resa funzionalmente e tempestivamente rispetto alla concreta possibilità di partecipazione alle trattative; l'informazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, nonché sul contenuto dell'accordo e sui suoi effetti. Il che comporta la messa a disposizione dell'accordo, del piano che ne misura gli effetti e dell'attestazione che ne conferma la fattibilità. Principi quelli anzi enunciati che la norma espressamente prevede che siano accertati dal tribunale nel giudizio di omologazione>>.

³¹² QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it.

determinazione della misura dell'indebitamento sul quale computare la percentuale, deve ritenersi che sia pari all'esposizione debitoria verso l'intero comparto dei crediti finanziari, senza distinzioni in relazione alla qualità dei crediti. Tuttavia se i crediti non sono omogenei è possibile che vengano stipulati accordi diversi e rispetto a questi occorrerà, sempre, il rispetto della soglia minima. Difatti, il rinvio operato dal comma 5 al comma due rimanda, anche in tal caso, alla suddivisione in classi aventi, quale condizione necessitata, posizione giuridica ed interessi economici omogenei (sull'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici valga quanto affermato nel paragrafo precedente). Del resto, come sottolineato in dottrina: «le modalità dilatorie concordate possono essere diverse: ad es. l'imprenditore può aver concordato con una banca una dilazione di 24 mesi, con concessione di garanzia, con un'altra una dilazione di soli 12 mesi senza garanzia, ecc. ... Quali saranno dunque gli effetti che si estendono ai creditori non aderenti?»³¹³. In tal caso, soccorre appunto, l'obbligo di creare apposite classi di creditori, omogenee al loro interno, anche se eterogenee comparativamente³¹⁴. Le categorie possono strutturarsi secondo differenti criteri; in particolare: (i) in relazione alla distinzione fra breve. Medio e lungo termine; (ii) in relazione alla qualità chirografaria o privilegiata del credito; (iii) in relazione al fatto che si tratti di crediti diretti o di firma; (iv) in relazione alle modalità tecniche, come aperture di credito, anticipazioni con linee autoliquidanti, finanziamenti, mutui ipotecari e così via. Occorre sottolineare che per alcuni: «la temporaneità della moratoria rende superflua la suddivisione dei creditori in categorie e ben potrebbe applicarsi a tutti i creditori "bancari" indistintamente, in particolare se venisse previsto *ex lege* un termine massimo della moratoria. Forse sarebbe stato più opportuno riferirsi semplicemente al 75% di tutti i creditori bancari, espungendo ogni riferimento alle classi»³¹⁵.

La previsione dell'attestazione del professionista, secondo alcuni, trova la propria giustificazione nel : «fatto che lo strumento prevede l'intervento del tribunale soltanto in caso di opposizione; e, quindi, l'attestazione è volta a fornire maggiori garanzie sulla corretta formazione delle classi – nel caso in cui siano presenti – ai creditori finanziari non aderenti e, non da ultimo, a prevenire l'intervento del tribunale »³¹⁶. Per altri³¹⁷ la richiesta dell'attestazione del classamento costituisce un ostacolo alla tempestività giacché, per

³¹³ Così, VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, 12, «Si tenga presente che nell'accordo complessivo con i creditori della categoria... le modalità dilatorie concordate possono essere diverse: ad es. l'imprenditore può aver concordato con una banca una dilazione di 24 mesi, con concessione di garanzia, con un'altra una dilazione di soli 12 mesi senza garanzia, ecc... Quali saranno dunque gli effetti che si estendono ai creditori non aderenti?» Evidenzia che la convenzione di moratoria possa assumere «forma diversa da banca a banca, a seconda delle esigenze commerciali, imprenditoriali e di risanamento del singolo imprenditore»

³¹⁴ QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it. Così pure M.FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, 12, pag. 1269

³¹⁵ R. RANALLI, Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche", in www.ilfallimentarista.it

³¹⁶ QUATTROCCHIO, op. ult. Cit.,

³¹⁷ R. RANALLI, op. ult. Cit.,

renderla, l'attestatore vorrà adottare ogni cautela volta ad evitare il rischio di contestazioni da dei creditori dissenzienti, con l'inevitabile dilatazione dei tempi che ne consegue. Qui si avalla l'opinione che propende per la necessità dell'attestazione motivando in base alla diffusività degli effetti del contratto che può operare quando la circostanza che i creditori non aderenti sono titolari di crediti aventi posizioni giuridiche omogenee (a quelle degli aderenti) e muniti di interessi economici parimenti omogenei sia certificata da un professionista (dotato dei requisiti dell'attestatore ai sensi dell'art. 67, comma 3, letto. d, l.fall.)³¹⁸. In mancanza di indicazioni normative relative alla nomina si deve ritenere che il professionista debba essere nominato dal debitore. L'attestazione del professionista perterrà esclusivamente alla verifica dell'omogeneità della posizione e degli interessi economici dei crediti di coloro che aderiscono alla convenzione. Non è richiesto al professionista il controllo sul raggiungimento della percentuale del settantacinque per né un giudizio sulla "convenienza" dell'accordo rispetto ai creditori che non hanno partecipato all'accordo. Ciò avalla l'opinione dottrinale che ritiene che tale attestazione sia da considerarsi speciale e separata da quella generale di fattibilità.³¹⁹

La convenzione di moratoria, qualora non sia raggiunta la soglia del settantacinque per cento, deve ritenersi valida ed efficace fra le parti ma non è idonea a propalarsi sui terzi.

Riassumendo quanto previsto dal quinto comma il sistema, sul presupposto che l'efficienza e l'effettività della convenzione derivino anche dalla diffusività potenziale degli effetti, ha deciso che nel rispetto delle condizioni sopradette la convenzione produca i suoi effetti anche nei confronti di soggetti che non sono parti del contratto. Come è stato efficacemente affermato in dottrina: «Si assume, in astratto, che ciò che si trasmette ai creditori non aderenti siano effetti favorevoli e che il sacrificio loro imposto - la temporanea non esigibilità del credito e la neutralizzazione dei rapporti col debitore - sia sub valente sia rispetto agli interessi della collettività coinvolta nella crisi sia rispetto agli interessi degli altri creditori omogenei.»³²⁰. La deroga al dogma della relatività del contratto che rinvia al principio di autonomia privata e, dunque, ad una sua rilevanza costituzionale³²¹, si giustifica se, ed in quanto, gli effetti che si propalano sui creditori dissenzienti

³¹⁸ Poiché la diffusività degli effetti del contratto trova spiegazione nella circostanza che i creditori non aderenti siano titolari di crediti aventi posizioni giuridiche omogenee (a quelle degli aderenti) e muniti di interessi economici parimenti omogenei, è necessario che questa omogeneità sia certificata da un professionista

³¹⁹ Si Veda quanto asserito da FABIANI op. ult. Cit., :« Il compito del professionista è unicamente quello di verificare che i crediti di coloro che aderiscono alla convenzione sono omogenei a quelli dei creditori finanziari non aderenti. Non si richiede al professionista un controllo sul raggiungimento della percentuale del settantacinque per cento e così pure non si richiede che il professionista esprima un giudizio sulla "convenienza" dell'accordo rispetto ai creditori che non hanno partecipato all'accordo». Ad adiuvandum .RANALLI op. ult:« né appare chiaro se l'attestazione di specie sia, come è ragionevole ritenere, da considerarsi "speciale" e separata da quella generale di fattibilità. Il che non impedisce che possa costituire un di cui del documento attestativo o della pre-attestazione di cui al sesto comma dell'art. 182-bis.

³²⁰ FABIANI op. ult. Cit.

³²¹ F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, In *Enciclopedia del diritto. Annali*, VIII, Milano, 2015, 61

siano profittevoli e dunque, se ed in quanto la convenzione di moratoria sia idonea a tutelare anche gli interessi dei non aderenti. Ad una lettura meditata, emerge che il profilo della tutela del creditore renitente emerge a tutto tondo nelle cautele previste dal comma cinque e si evidenzia maggiormente, come tra poco si vedrà, in sede di opposizione di fronte al tribunale.

A tal proposito la convenzione di moratoria produce effetto nei confronti degli stipulanti al momento della sottoscrizione. *A contrario* sortisce effetto nei confronti dei dissenzienti dal momento in cui il documento, accompagnato dalla relazione del professionista, viene comunicato formalmente a mezzo lettera raccomandata o messaggio di posta elettronica certificata. La comunicazione vale quale dies a quo per la proposizione dell'opposizione. A tal proposito il comma sei della disposizione si recita:« Nel caso previsto dal comma precedente, le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d). La comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Con l'opposizione, la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti. Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo. Nel termine di quindici giorni dalla comunicazione, il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183».

Da quanto detto, si evince che la comunicazione della convenzione vale sia come dies a quo di produzione degli effetti, sia quale dies a quo per la proposizione dell'opposizione. A tal proposito si segnala l'opinione di avvertita dottrina che osserva:« non si comprende perché in questo caso, diversamente da quello dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, ci si accontenti di raccomandata o posta elettronica certificata, e non si richieda invece una notifica vera e propria, pur in presenza della medesima situazione cautelata, ossia ³²²il diritto di proporre opposizione entro trenta giorni contro una convenzione stipulata tra altri soggetti, che può estendere i suoi effetti coattivamente ai terzi che non vi abbiano aderito»³²³,

Con riguardo al contenuto della comunicazione non si può che concordare con quella dottrina che, in linea con la funzione informativa e prodromica all'opposizione da essa esplicitata (il creditore non aderente con essa deve essere posto in grado di verificare la sussistenza dei presupposti che rendono la convenzione opponibile nei suoi confronti), propende per un contenuto informativo completo basato sull'elenco dei

³²² FABIANI op. ult. Cit.,

³²³ In tale senso LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria", in www.ilfallimentarista.it,

creditori finanziari e di coloro che aderiscono nonché della prova dell'avvio della concertazione diretta a tutti i creditori finanziari e, infine, unitamente alla relazione del professionista che ha certificato l'omogeneità dei crediti finanziari.

Il comma sei prevede una fase giurisdizionale di controllo dell'operato del debitore e dei creditori maggioritari meramente eventuale, su opposizione dei creditori renitenti entro 30 giorni dalla comunicazione. Come noto, la tutela del credito è provvista di copertura costituzionale. Da questo punto di vista è abbastanza evidente che l'estensione della convenzione in oggetto pregiudichi il diritto del creditore di tutelare efficacemente il proprio credito giacché egli si trova costretto a dover rinunciare, temporaneamente, alla esigibilità del suo credito e, conseguentemente, all'azionabilità in giudizio della propria pretesa. Dunque, è evidente quale sia la potenziale lesione lamentata del creditore non aderente. Il creditore renitente non è titolare di un interesse a chiedere che la convenzione sia dichiarata invalida, ma ha certamente un interesse volto ad impedire che quella convenzione lo riguardi. I profili sulla base dei quali detto creditore può far valere il proprio interesse si ricavano a contrario dal rinvio operato dal comma 6 al quarto comma. Il creditore può, dunque, lamentare:

- a. che la sua posizione giuridica o i suoi interessi economici siano non omogenei rispetto ai creditori aderenti;
- b. che non vi sia stata una adeguata informazione sull'inizio e sullo sviluppo delle trattative o, comunque, che a queste trattative sia stato posto in grado di partecipare secondo canoni di buona fede;
- c. che la soglia di aderenti non ha raggiunto il 75%.

La mancata delle prescrizioni di cui al comma quattro legittima dunque il creditore dissenziente alla proposizione dell'opposizione. Senonché come è stato ribadito da eccellente dottrina giusta l'esposto del terzo periodo del comma quattro (in tema di accordi) in merito alla verifica del tribunale che i creditori non aderenti "possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili". Legittima a chiedersi se tale verifica non possa applicarsi anche alla convenzione di moratoria. Vero è che la convenzione può regolare solo in via provvisoria gli effetti della crisi, e dunque il richiamo al soddisfacimento del credito per un verso appare sicuramente incoerente. Tuttavia per altro verso il richiamo al brano può assumere un significato del tutto diverso, giacché (cito perché dir meglio di così non si potrebbe) :<< Importare quella previsione significa...ammettere che l'accordo di moratoria può produrre i suoi effetti verso i terzi in quanto negozio vantaggioso per quei terzi che non vi hanno aderito. Il tribunale, di fronte alla sollecitazione che gli proviene dal terzo, deve indagare sulla convenienza dell'accordo rispetto a tutti e dunque, deve verificare che il sacrificio provvisorio imposto al creditore estraneo è compensato dalle maggiori utilità che proprio dall'esecuzione dell'accordo possono derivarne. In

questo modo si rispetta appieno il principio di cui all'art. 1372 c.c. >>³²⁴. Per quanto attiene ai profili processuali taluni ³²⁵ considerano la disposizione palesemente insufficiente giacché essa non prevede quale sia il rito applicabile all'opposizione. Vi è chi ipotizza si tratti di un procedimento camerale endofallimentare (proponibile con ricorso e definibile con decreto), chi asserisce che il giudizio assumerà la forma del processo ordinario o sommario di cognizione, ovvero motivando in base al riferimento («decreto motivato»), inferisce che il rito applicabile sia quello previsto dagli articoli 737 e seguenti del codice. Tale ultima opinione che opta per l'incardinamento secondo il rito camerale di cui agli artt. 737 ss. ³²⁶, pure avallata da altra dottrina³²⁷, appare la più convincente in quanto coadiuvata dalla previsione che il tribunale decida con decreto e dall'ulteriore richiamo all'art. 183 l.fall. Quanto, poi, alla competenza, l'oggetto della lite è la legittimità dell'estensione di un contratto a soggetti che non lo hanno stipulato. Il riferimento corre al foro delle obbligazioni (art. 20 l. fall.) e dunque, oltre al foro del luogo in cui ha sede uno dei convenuti (gli stipulanti), anche quello del luogo dove l'obbligazione è sorta o deve essere eseguita. L'oggetto dell'opposizione è il rifiuto di un creditore dell'estensione degli effetti dell'accordo. Si tratta, dunque, di un giudizio che riguarda il singolo creditore, con la conseguenza che non si deve temere un conflitto di giudicati. Occorre altresì valutare se sussista la competenza del tribunale delle imprese. A tal proposito, giova rilevare che le obbligazioni pattuite di cui si chiede l'estensione soggettiva non dovrebbero mai corrispondere all'elenco delle liti di cui all'art. 3 del D.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, così come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. d), D.L. 24 gennaio 2012, n. 1. La disposizione nulla dice in ordine all'efficacia in ordine all'effetto sospensivo dell'opposizione. La soluzione che appare più congrua è quella che ammette la possibilità del creditore opponente possa di chiedere la sospensione dell'efficacia dell'accordo nei suoi confronti. Vista la temporaneità degli effetti e l'urgenza che connotano la convenzione in oggetto dovrebbe, infine, ritenersi che il procedimento non sia soggetto alla sospensione dei termini feriali, in quanto procedimento d'urgenza. Il decreto del tribunale, conseguentemente, è reclamabile nel termine di dieci giorni (dovendosi fare applicazione del regime ordinario del codice di procedura civile di cui all'art. 739 c.p.c.), davanti alla Corte d'Appello. Per quanto attiene l'impugnabilità con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, cult. comma, c.p.c. Come noto il ricorso per cassazione proposto avverso un provvedimento che non ha la forma della sentenza è ammesso se quel provvedimento ha natura decisoria e

³²⁴ FABIANI, OP.ULT CIT

³²⁵ QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, in www.ilfallimentarista.it L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, 7

³²⁶ *Contra*, per l'applicazione del rito ordinario, VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it.

³²⁷ FABIANI op. ult. Cit., QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it

definitiva³²⁸. Pare preferibile avallare quell'opinione che postula la ricorribilità per cassazione senza lasciarsi condizionare dal rilievo per il quale la durata del processo di legittimità è sicuramente incompatibile con la durata della moratoria. Infatti, come è stato efficacemente affermato: «dalla affermata legittimità o illegittimità dell'operare della convenzione verso i terzi, possono discenderne rilevanti conseguenze sulle posizioni giuridiche soggettive dei creditori finanziari, sui loro reciproci rapporti e, non da ultimo, su pretese di natura risarcitoria le quante volte taluno dei soggetti abbia avuto a subire un pregiudizio dalla convenzione di moratoria (il creditore estraneo) oppure dalla sua affermata inopponibilità al terzo (i creditori aderenti)»³²⁹.

In ultimo, ma non da ultimo, occorre discettare circa la qualificazione dogmatica dell'istituto in esame.

A tal proposito certa dottrina qualifica la convenzione in oggetto come mero *pactum de non petendum* e non in un accordo di *standstill*, poiché; «non può obbligare i creditori non aderenti a eseguire nuove prestazioni, oppure a concedere affidamenti o ancora a mantenere l'utilizzo di affidamenti esistenti o a erogare nuovi finanziamenti >>.³³⁰ Altra dottrina³³¹ motiva tale qualificazione in quanto l'utilizzo degli affidamenti esistenti per previsione normativa non può essere imposto a maggioranza. Vi è infine chi³³² asserisce che l'accordo di moratoria è un fenomeno di più ampia circonferenza rispetto al semplice *pactum de non petendo*, da cui ripete, solo, la vocazione processuale sul piano della provvisoria paralisi della tutela giudiziaria per coloro (e solo per coloro) che partecipano alla convenzione.

Ebbene, pur se si voglia prescindere dal fatto che se è vero che ai creditori non aderenti non può essere imposta la concessione di nuovi affidamenti o il mantenimento di quelli esistenti (per espressa previsione del comma 7) ma è anche vero che i creditori aderenti sono liberi di effettuare tutte le elargizioni del caso e dunque, il contenuto eventuale dell'accordo potrà atteggiarsi come si atteggiavano in concreto tutti gli accordi *di stand still*.

Rimane il fatto che la qualificazione dogmatica non si può valutare in base ai profili "obbligatorii" *previsti ex lege* ma deve piuttosto attestarsi sul sostrato contenutistico dall'accordo in oggetto.

³²⁸ SASSANI - COMOGLIO - CONSOLO - VACCARELLA, Commentario del codice di procedura civile Torino, 2013, 556; Id., Il ricorso straordinario per cassazione, Torino, 2005, 123; Cass. 30 dicembre 2004, n. 24265, in Foro it., Rep. 2004, voce Separazione di coniugi, n. 91; Cass. 4 dicembre 2000, n. 15443, in Giust. civ., 2001, I, 638; Cass. 9 dicembre 1985, n. 6223, in Dir. famiglia, 1986, 471.

³²⁹ Così: FABIANI, ult. Cit.

³³⁰ Così: QUATTROCCHIO, ult. cit

³³¹ Così: RANALLI, ult. cit

³³² Così l'ecclettico: FABIANI, ult cit

Pare che su questo presunto *pactum de non petendo* vi sia troppa confusione giacché (escluso qualche contributo di levatura più che straordinaria³³³ la dottrina si è occupata del tema in modo sbrigativo e poco approfondito. *Ad adiuvandum*, si consideri che l'istituto non è regolato in alcun modo nel nostro codice e che la giurisprudenza di legittimità non ha avuto modo di pronunciarsi compiutamente sul tema.

Secondo voci più che accreditate in dottrina il *pactum de non petendo* è: « il negozio con cui il creditore si impegna, nei confronti del debitore, a non esigere - per sempre, per un certo tempo, fino alla persistenza di talune circostanze- l'adempimento dell'obbligazione, un negozio atipico, che non incide sull'esistenza del rapporto obbligatorio, ma vincola soltanto il creditore a non pretendere l'attuazione ».³³⁴

In cosa questo impegno si traduca concretamente, cosa questo comporti per le parti, come possa essere inquadrato giuridicamente è tuttavia tutt'altro che pacifico. L'analisi dovrebbe differenziarsi in ordine alle due tipologie concretamente pronosticabili: da un lato il *pactum ad tempus*, dall'altro il *pactum in perpetuum*.

Pur tuttavia la convenzione di moratoria (che è di nostro esclusivo interesse) ha carattere temporaneo; ne viene che se si volesse incardinare la qualificazione dogmatica entro lo schema del *pactum de non petendum* ci si dovrebbe per forza riferire al *pactum ad tempus*. Pertanto l'analisi si concentrerà su detta fattispecie. Il bello è che in dottrina non vi è concordia nemmeno sul significato da attribuire a tale opinione.

Secondo una prima opinione³³⁵, l'assunzione dell'impegno di non richiedere la prestazione per un certo tempo, da parte del creditore, comporta il differimento dell'esigibilità della pretesa. In gergo comprensibile: la stipulazione del *pactum* si sostanzia nella previsione di un nuovo termine per il pagamento del debito, per effetto del quale il credito cesserebbe *in via provvisoria* di essere esigibile. Il negozio in oggetto andrebbe, dunque, ricondotto tra i negozi volti a modificare le modalità attuative del rapporto obbligatorio attraverso la sostituzione del termine originariamente previsto per l'esecuzione della prestazione con un termine nuovo (patti di moratoria o proroga).

Una seconda opinione³³⁶, che ovviamente si colloca in contrasto con la prima, dal *pactum de non petendum ad tempus* non deriverebbe alcuna modificazione della modalità cronologica del rapporto rinunciando a far

³³³ GALLO, Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto civile italiano, in Foro it., 1960, IV, c. 134. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in Riv. Dir. Civ., 1996 I, pag 367 ss. Dimundo, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Fallimento*, 1996, 9, 905

³³⁴ BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III ed, Milano 1948 p.187; BIONDI, le donazioni, in Trattato dir , civ, it, Diretto da F. Vassalli, XII , Torino 1961 p. 400; TILOCCA ,Voce remissione del debito, in Noviss. Digesto it XV Torino 1968; TORRENTE SCHELESINGER, Manuale di diritto privato, XIX ed, DI PRISCO, *I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in Trattato di Diritto Privato diretto da P Rescigno 9 Torino 1984

³³⁵ GALLO op ult cit., PERLINGIERI, *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, in Riv. Dir. civ, 1967, RUSCELLO, *pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto*, in Riv. Dir. Civ, 1976; CANTILLO *Le obbligazioni in giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1992

³³⁶ GABRIELLI, *dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale delle parti*, in Diritto e Giurisprudenza, 1972, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II ed, Padova, 1993

valere il suo diritto, il creditore non intenderebbe cancellare le conseguenze che si ricollegano alla scadenza del termine originariamente previsto per il pagamento ma soltanto privarsi provvisoriamente della disponibilità di azionare la propria pretesa. Rinuncia siffatta per nulla incide sull'esigibilità della prestazione con la conseguenza che, decorso il nuovo termine, il debitore si considera in mora dall'atto di costituzione originario senza che a tal fine occorra un ulteriore atto. *Il pactum de non petendum* così delineato si avvicina dunque alla dilazione e non agli accordi di proroga o moratoria.

Ciò detto, a me sembra, vuoi che si adotti la prima o la seconda ricostruzione della nozione di *pactum de non petendum*, che la convenzione di moratoria non può essere inquadrata nel mero *pactum de non petendo*.

AmMESSO e non concesso che la ricostruzione attinente il profilo obbligatorio senza alcun riguardo per il sostrato contenutistico dell'accordo sia ammissibile, a tale ricostruzione osta il fatto incontestabile che le banche con l'accordo assumono un'ulteriore obbligazione le une nei confronti delle altre di astenersi dal compiere atti che possano pregiudicare la moratoria³³⁷.

La convenzione di moratoria dà luogo a tre fasci di rapporti obbligatori

Il primo, dell'impresa, verso le banche a non compiere atti di straordinaria amministrazione

Il secondo, delle banche, a favore dell'impresa a non esigere le prestazioni dovute

Il terzo, delle banche, a favore delle banche che si obbligano reciprocamente ad astenersi dal compiere ogni atto che possa pregiudicare la moratoria³³⁸.

L'impegno assunto reciprocamente dalle banche ha certamente carattere vincolante e assume le caratteristiche dell'obbligazione. Verrebbe da dire: obbligazione ad attuazione congiunta dal momento che la prestazione di ogni banca non è pensata come rivolta solo ed esclusivamente pro quota ad ogni singolo istituto di credito, ma deve essere eseguita contestualmente a favore di tutte le banche e assume rilievo nella propria unitarietà complessiva; obbligazione che se non correttamente eseguita importa responsabilità contrattuale della banca inadempiente vuoi avverso il debitore vuoi avverso altre banche.

Allora il punto è che l'opinione espressa da Fabiani è l'unica da considerarsi fondata. L'accordo di moratoria comprende il *pactum de non petendo* senza in esso esaurirsi, sì declinandosi in concreto in relazione alle esigenze dei contraenti. In questo senso si avvicina maggiormente agli accordi di *standstill*.

³³⁷ Così UMBERTAZZI ult. Cit.,

³³⁸ Sulle clausole che impongono obblighi reciproci tra creditori nei risanamenti di imprese v. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in *Fall.*, 2008, p. 1242.

In ultimo ma non da ultimo giova discettare sulla “deroga” menzionata dal quinto comma della disposizione in oggetto; deroga che non si rivela esser tale. Il discorso è analogo a quello effettuato in merito agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari

3.4 Criticità, Intersezioni della convenzione e dubbi di costituzionalità.

Ciascuna norma norma reca in sé un limite ed una possibilità. Se talvolta i limiti sono espressamente statuiti dalle prescrizioni normative, altri si ricavano dalla fattura stessa della norma. Discorso analogo vale per le possibilità.

Il *l'art 182 septies* è il classico tipo di disposizione che li prevede entrambi. Il settimo comma dell'articolato si recita:<< In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati>>.

Se si vuole arrivare direttamente al punto si potrebbe asserire che la disposizione restituisce all'istituto una parte di quella dimensione pattizia che gli è propria. Sebbene la convenzione preveda la possibilità di un'estensione degli accordi anche agli intermediari finanziari non aderenti, l'estensione non può collocarsi oltre il punto di obbligare i non aderenti ad eseguire prestazioni o a subire l'incremento della propria esposizione. In ciò consiste il limite espressamente stabilito dalla norma. Se si analizza il tema in maniera più approfondita si scorge che quanto dettato è coerente con l'assunzione che è alla base dell'estensione, secondo la quale ciò che si trasmette ai creditori non aderenti sono effetti favorevoli ed il sacrificio loro imposto è sub valente sia rispetto agli interessi della collettività coinvolta nella crisi sia rispetto agli interessi degli altri creditori omogenei³³⁹. La deroga, nell'opinione di chi scrive “presunta”, espressa dal comma cinque trova giustificazione soltanto quando gli effetti che si propalano sono effetti profittevoli giacché il principio espresso dall'art. 1372 c.c. è una chiara espressione del dogma di autonomia negoziale e se da qui si muove in avanti si coglie che questo principio rimanda a quello dell'autonomia privata e alla sua rilevanza costituzionale³⁴⁰. Se tale è il contesto, la disciplina dettata dal comma sette con riferimento al divieto di

³³⁹ Fabiani, ult. cit

³⁴⁰ F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, In *Enciclopedia del diritto. Annali*, VIII, Milano, 2015, 61.

imposizione di nuove prestazioni altro non è che un “limite cautelativo” volto ad accantonare il rischio di illegittimità costituzionale della disciplina della convenzione. La moratoria *ex lege* imposta, può imporre ai non aderenti il differimento dell’esigibilità della prestazione dovuta, il congelamento degli interessi etc; ma in ossequio al dogma dell’autonomia negoziale non può collocarsi oltre ed imporre l’esecuzione di nuove prestazioni o il mantenimento degli affidamenti esistenti; pena il rischio di dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’intera disciplina. Quindi, ecco spiegata la ragione del limite all’estensione. Concludendo: seppure sia prevista nella moratoria l’erogazione di nuova finanza o il mantenimento degli affidamenti in essere, le relative previsioni non potranno in alcun caso estendersi ai creditori non aderenti.

L’eccezione disciplinata dalla seconda parte della disposizione in oggetto (“Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati”) appare di dubbia opportunità e non scevra da dubbi di costituzionalità sotto il profilo dei principi di ragionevolezza ed uguaglianza³⁴¹.

In primo luogo nella relazione illustrativa³⁴² al d.l 83/2015 non vi è traccia di motivazione in merito all’eccezione legislativamente prevista in merito al divieto di imposizione di nuove prestazioni ovvero al divieto di mantenimento degli affidamenti esistenti. Quali sono le ragioni che hanno indotto il legislatore a prevedere tale eccezione? A tale quesito non viene data alcuna risposta. In secondo luogo la disposizione contrasta con il principio di ragionevolezza ed eguaglianza sotto il profilo della tutela del creditore dissenziente che sia parte di un contratto di leasing pendente e che, dunque, si vedrà imposta in maniera eteronoma la continuazione del contratto nonostante la travagliata situazione economica del creditore. La continuazione del contratto di leasing importa il rischio che il contraente *in bonis*, qualora intervenga il successivo fallimento del debitore e il curatore opti per lo scioglimento del contratto, veda soddisfatto il credito residuo da esso vantato in moneta fallimentare e, *ad adiuvandum*, importa l’onere di far valere al passivo due domande: la domanda di restituzione e immissione nel possesso del bene locato e la domanda di immissione al passivo dei canoni scaduti e non pagati, come anche dell’intero credito residuale del finanziamento stesso³⁴³. Difatti, la disciplina di cui all’art. 72 l.fall. da un lato lascia sopravvivere solo le azioni di risoluzione già incardinate prima del fallimento (e non sarebbe questo il caso)³⁴⁴, e dall’altro lato

³⁴¹ I criteri del giudizio: il canone della ragionevolezza e il bilanciamento degli interessi protetti, in http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_455.do ad adiuvandum si Leggano le relazioni annuali dei presidenti presenti in http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_235.do

³⁴² Reperibile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.wp?previousPage=mg_1_2_1&contentId=SAN1168062

³⁴³ QUATTROCCHIO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in www.quattrocchio.it, 2014

³⁴⁴ M. MONTANARO, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo dell’azione di risoluzione contrattuale pendente alla data del fallimento*, in *Il Fall*, 2013, 1394; Fabiani, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 366; F. Di Marzio, *Azione di risoluzione del contratto (e di risarcimento danni) e fallimento della parte inadempiente*, in questa Rivista, 2009, 179.

esclude che siano opponibili le clausole risolutive espresse che fanno dipendere lo scioglimento del contratto dalla dichiarazione di fallimento³⁴⁵.

Il sacrificio imposto al creditore appare, dunque, di gran lunga maggiore vuoi rispetto alla situazione degli altri creditori dissenzienti, che seppure dovranno tollerare il differimento dell'esigibilità delle prestazioni loro dovute almeno non si vedranno imposti ulteriori sacrifici economici, vuoi rispetto ai creditori non finanziari per i quali vale discorso analogo. L'eccezione appare ancor più intollerabile perché priva di giustificazione legislativa. Si potrebbe in astratto motivare la deroga asserendo che il contratto di *leasing* è uno dei contratti essenziali alla prosecuzione dell'attività d'impresa, ma discorso analogo potrebbe valere per il contratto di somministrazione, per il contratto di fornitura e per tali contratti non è stato previsto, come noto, l'obbligo di continuazione coattiva del rapporto in capo al contraente in caso di crisi del debitore.

Discettando sulle possibilità dalla nuova convenzione offerte, la mente vola al piano di risanamento attestato *ex art 67* terzo comma let c che è, oggi, l'unico strumento di regolazione della crisi affidato alla totale autonomia delle parti ed anche "l'unico nel quale i creditori che intendano partecipare al processo di ristrutturazione non hanno armi per difendersi dai *free riders* finanziari". Ipoteticamente, la sottoscrizione della convenzione in oggetto accompagnata dal piano di risanamento potrebbe colmare il predetto punto debole dello strumento sul versante del blocco delle azioni esecutive e del blocco delle acquisizioni di posizioni di preferenza, sì forzando la riottosità di alcuni tra i creditori finanziari.

In merito alle intersezioni con gli strumenti alternativi di risoluzione della crisi vi è da dire che: quando le parti, dopo aver concluso la convenzione di moratoria, stipulino l'accordo di ristrutturazione o l'accordo sottostante al piano attestato, il primo accordo è destinato ad essere assorbito nel secondo.

L'accordo vincola esclusivamente i creditori finanziari. Occorre, dunque, dar conto dell'ipotesi in cui *ex post* stipula della convenzione un creditore non finanziario agisca in giudizio e presenti un ricorso per fallimento. La convenzione di moratoria in tal caso è idonea ad escludere lo stato di insolvenza?

La risposta a tale interrogativo si trae, se si accetta la ricostruzione dogmatica precedentemente effettuata, dalle decisioni giurisprudenziali degli anni attinenti l'idoneità del *pactum de non petendo* ad escludere lo stato di decozione. *Sic*, le decisioni dei tribunali di merito e quelle del Supremo Collegio³⁴⁶ sono perspicue a

³⁴⁵ E. GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli, III, Torino, 2014, 168.

³⁴⁶ Cass. civ. Sez. I, 12-12-2005, n. 27386 (rv. 586355) Terenzio c. Fall. Si esprime: << L'efficacia del " *pactum de non petendo*", pur non condizionata all'adesione di tutti i creditori, è tuttavia correlata alla sua idoneità - che deve essere valutata alla luce della complessiva condizione debitoria dell'impresa, e, quindi anche con riguardo alla scadenza delle obbligazioni escluse dal patto medesimo - ad escludere lo stato d'insolvenza del debitore, se ed in quanto esso testimoni la condizione di credito e di fiducia di cui gode il debitore nel ceto creditorio considerato nel suo complesso >>. Mass. Giur. It., 2005 CED Cassazione, 2005 Fallimento,

tal proposito: << Il *pactum de non petendo* che risulti accettato dall'imprenditore e da tutti i suoi creditori, per la proroga delle originarie scadenze delle obbligazioni, osta alla configurabilità di una situazione di insolvenza al sopraggiungere di dette scadenze anche al fine della dichiarazione di fallimento >>. Pur tuttavia l'efficacia del *pactum* "pur non condizionata all'adesione di tutti i creditori, è tuttavia correlata alla sua idoneità - che deve essere valutata alla luce della complessiva condizione debitoria dell'impresa, e, quindi anche con riguardo alla scadenza delle obbligazioni escluse dal patto medesimo - ad escludere lo stato d'insolvenza del debitore, se ed in quanto esso testimoni la condizione di credito e di fiducia di cui gode il debitore nel ceto creditorio considerato nel suo complesso". Dunque, l'accordo è idoneo a rimuovere lo stato di insolvenza solo quando per effetto di esso siano liberate risorse sufficienti per eseguire con regolarità il pagamento dei creditori estranei. Se ciò non si verifica, è evidente che l'accordo non ha raggiunto il suo scopo e che non è un salvacondotto dal fallimento.

Nei testi degli accordi di moratoria è frequente che si prevedano clausole stabiliscono che tanto la presentazione della domanda di concordato quanto l'apertura del fallimento costituiscano giusta causa di risoluzione. Se si analizza attentamente l'ipotesi di fallimento, ci si rende subito conto che, come si è affermato a proposito del contratto di leasing, la previsione della risoluzione sia destinata a divenire inoperante giusta la previsione dell'art. 72 l.fall. che, da un lato, lascia sopravvivere solo le azioni di risoluzione già incardinate prima del fallimento (e, di nuovo, non sarebbe questo il caso) , e dall'altro lato esclude che siano opponibili le clausole risolutive espresse che fanno dipendere lo scioglimento del contratto dalla dichiarazione di fallimento³⁴⁷ . Ne consegue che la convenzione, se ineseguita bilateralmente, va qualificata alla stregua di un contratto pendente, che - in quanto contratto non espressamente disciplinato per legge - entra in regime di sospensione sino a quando il curatore non opta fra scioglimento o prosecuzione. La prosecuzione della moratoria è dunque ipotizzabile, beninteso, se e solo se vi sia esercizio provvisorio

2006, 10, 1206 ;Cass. civ. Sez. I, 08-02-1989, n. 795 Soc. Patrasso c. Fall. soc. Patrasso :<<Il pactum de non petendo che risulti accettato dall'imprenditore e da tutti i suoi creditori, per la proroga delle originarie scadenze delle obbligazioni, osta alla configurabilità di una situazione di insolvenza al sopraggiungere di dette scadenze anche al fine della dichiarazione di fallimento>>. In Fallimento, 1989, 609 Arch. Civ., 1989, 974 nota di SANTARSIERE Giur. It., 1989, I,1, 1123 Società, 1989, 574 nota di MELI Dir. Fall., 1989, II, 575; Trib. Torino, 06-10-1992 Montalcini c. Fall. Montalcini:<<Il pactum de non petendo differisce dalla concessione di dilazioni perché il primo è un negozio giuridico, in forza del quale il creditore non può esigere prima della scadenza rinegoziata, mentre la seconda costituisce una dichiarazione unilaterale, esplicita od implicita, con cui si esterna una tolleranza del creditore, da cui non sorge alcuna posizione di tutela per il debitore, con la conseguenza che il creditore può mutare atteggiamento ed esigere il pagamento del credito; pertanto in quest'ultimo caso permanendo lo stato di insolvenza del debitore, questi può essere dichiarato fallito anche in assenza di iniziative dei creditori.>> In Fallimento, 1993, 543 nota di NALDINI; Cass. civ. Sez. I, 10-06-1994, n. 5646 Putignano c. Bitetti :<<La remissione del debito, pur non richiedendo forma solenne e formule particolari, deve peraltro contenere la inequivoca manifestazione di volontà del creditore volta alla rinuncia della prestazione. Pertanto, in mancanza di una manifestazione espressa, non è possibile ravvisare tale volontà nell'assunzione dell'obbligo di restituzione del titolo, se non accompagnata dalla effettiva restituzione, posto che una simile obbligazione potrebbe integrare anche un mero "pactum de non petendo", comportante soltanto rinuncia ad azionare il titolo in giudizio, ma non rinuncia estintiva della obbligazione di pagamento>>. In Mass. Giur. It., 1994

³⁴⁷ FABIANI ult. cit

dell'impresa. Va, però, subito precisato che la convenzione ha come sua cifra caratterizzante la provvisorietà e dunque il curatore potrebbe "avvantaggiarsene" per un tempo certamente limitato.

A conclusioni analoghe si perviene analizzando l'ipotesi in cui sovvenga il concordato preventivo. Pur tuttavia, mentre con il fallimento il contratto pendente entra in una fase di sospensione sino alla decisione del curatore, nel concordato preventivo, giusta la previsione *dell'art. 169 bis*, il contratto in corso ha normale esecuzione salvo che il debitore non decida di chiedere di sospendere il contratto o di sciogliersi dallo stesso, con l'autorizzazione del giudice delegato. Dacché, se nel momento in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo l'accordo di moratoria fosse ancora vigente tale accordo dovrebbe essere adempiuto. Se è il debitore vuole sciogliersi, *nulla quaestio*³⁴⁸. Se invece è il creditore a invocare lo scioglimento occorre redarguire che nel concordato preventivo, a differenza del fallimento, le azioni di risoluzione sono certamente esperibili in caso di inadempienza del debitore³⁴⁹ ma non possono fondarsi sul fatto che nella convenzione sia previsto il concordato quale ipotesi di inadempimento. Dacché, qualora, da parte del debitore vi sia la capacità di adempiere all'accordo di moratoria, l'iniziativa risolutoria non dovrebbe avere spazio.

3.5 Conclusioni:

La l. n. 132 del 6 agosto 2015 contiene una vera e propria nuova riforma della legge fallimentare, a tutti gli effetti. Questo è il decimo intervento in appena un decennio³⁵⁰ e per giunta attuato utilizzando

³⁴⁸ V.CEDERLE, Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169 bis l.fall. ai contratti bancari autoliquidanti, cit., 798; C. Frigeni, Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo, in Banca borsa, tit. cred., 2013, I, 537.

³⁴⁹ CAVALLINI, sub art. 168, in Commentario alla legge fallimentare, diretto da Cavallini, III, Milano, 2010, 596; F. SALVATORE., sub art. 168, in La legge fallimentare dopo la riforma, a cura di A .Nigro - M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2010, 2136, FABIANI, Concordato preventivo, cit.,

³⁵⁰ Dal lontano d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con legge 14 maggio 2005, n. 80, che aveva interessato le revocatorie e il concordato preventivo, è proseguita in modo continuo con interventi, a volte di limitata portata, (integrazione dell'art. 160 con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con legge 23 febbraio 2006 n. 51), a volte di ampio respiro, che hanno toccato l'intera disciplina fallimentare, quale è quello attuato con il d.lgs 9 gennaio 2006 n. 5, che si può definire la base della riforma, seppur nella versione immediatamente integrata con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169. Dopo un periodo di relativa stasi, l'opera riformatrice è ripresa con d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con legge 30 luglio 2010 n. 122 (che ha introdotto nel corpo della legge fallimentare l'art. 182quater e aggiunto alcuni commi all'art. 182bis), per continuare in modo incessante fino ai giorni attuali, regalandoci ogni anno una piccola o grande modifica; tralasciando gli interventi minori, vanno ricordati, tra i più significativi, quelli attuati con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito della legge 7 agosto 2012, n. 134, che contiene, tra l'altro, le rilevanti innovazioni del concordato con riserva e con continuità; quelli di cui al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179. convertito dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221, (e subito integrata dalla legge 24 dicembre 2012 n. 228), che convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98,

(nuovamente) lo strumento del decreto legge. Orbene, in questa sede non risulta appropriato ripercorrere le tortuose e tormentate evoluzioni del rapporto tra il quadro normativo del diritto delle crisi di impresa ed i continui interventi effettuati dal nostro legislatore che, nella maggior parte dei casi, ha esibito lungimiranza e spirito avanguardista parificabili, in an e quantum, a quelli dell'inquisizione spagnola ai tempi di Torquemada. Sul metodo Non occorre rimarcare l'eccessiva faciloneria e la carenza di coordinamento e armonizzazione delle modifiche attuate con le altre norme che componevano il sistema, non occorre interrogarsi su come questi interventi si siano riverberati sui principi di stabilità e di certezza del diritto, che il nostro ipertrofico legislatore concorsuale pare avere ormai in uggia. Non è questa la sede per un sindacato approfondito sulle tecniche redazionali e le politiche legislative delle quali il nostro legislatore si avvale per sevizare le fondamenta giuridiche del nostro ordinamento; né per asserire che pure il Consiglio Superiore della Magistratura ha ormai valicato il limite della pazienza a furia di veder varate mini-riformine a colpi di decreti legge in una materia delicatissima e che presentano la razionalità e la coerenza nell'incedere di un gambero. Pur tuttavia non si può comunque sottacere che questo intervento, alla stregua di tutti gli altri che lo hanno preceduto, si estrinseca lungo la linea del procedere per tentativi e dimostra la deplorable carenza, da parte del nostro legislatore, di una visione d'insieme. Del resto quella di fare le riforme a "puntate" è una consuetudine ormai radicata nel campo della crisi d'impresa; anche se, sull'opinione iuris ac necessitatis di tale modo di procedere, qui non si asconde lo scetticismo.

Sul metodo occorre rimarcare la carenza dei seguenti elementi: a) visione d'insieme, b) la capacità di ragionare sul lungo termine, c) uno studio statistico sull'applicazione delle leggi e degli effetti che possono sortire d) Una buona tecnica redazionale, e) La capacità di tenere conto di tutti gli interessi coinvolti f) una presa di posizione su ciò che si vuole g) la pazienza e la tempestività per prevedere e far fronte alle situazioni critiche h) l'approccio scientifico.

Sul merito è troppo presto per dire se le innovazioni introdotte con l'art. 182 septies sortiranno l'effetto sperato e faciliteranno la conclusione degli accordi di ristrutturazione, come anche la predisposizione di strategie di risoluzione più meditate. Che dire, l'ardua sentenza spetterà a chi verrà dopo.

che ha apportato ulteriori modifiche all'art. 161 l. fall; per finire con il d.l. 27 giugno 2015 n. 83, convertito con modificazioni nella Legge 6 agosto 2015 n. 132; per finire con il d.l. 16 novembre 2015 n. 180. , nel porre la PEC come mezzo esclusivo di comunicazione ha ritoccato numerose disposizioni della legge fallimentari, in particolare quelle riguardanti l'accertamento del passivo; con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69,

Bibliografia Generale

(Le opere qui di seguito indicate sono citate nel testo con il solo cognome dell'autore)

ABATE L., *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, << il Fallimento>>, 2013.

ACCETELLA F., *I finanziamenti alle imprese in crisi in regime di pre concordato dopo la legge n.132/2015*, <<Diritto Fallimentare>>, 2016.

ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, << Diritto penale dell'impresa>>, 2007.

AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?* << Giustizia Penale>> 2011.

AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi*, << Il Fallimento>> , 2014.

AMBROSINI S., *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, << Il Fallimento>>, 2011.

AMBROSINI S., *I nuovi finanziamenti alle imprese in crisi*, <<Il Fallimento>>, 2011.

AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dopo la riforma del 2012*, <<Il Fallimento>>, 2012.

AMBROSINI S., *il nuovo diritto della crisi d'impresa e prossima riforma organica*, Torino, 2016.

ARATO M., *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, << Il Fallimento>>, 2008.

ARGYLE PUBLISHING, *The Attorney's Bankruptcy Code and Rules Book*, 2016.

ARMELI B., *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, << Il Fallimento>>, 2011.

ANGELONI F., *Del contratto a favore di terzi*, Commentario del codice civile Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2004.

BACCIGALUPI M., *Note sul contratto di finanziamento*, << Diritto ed Economia >>, 1955.

BADINI CONFALONIERI A., *Problemi applicativi del nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di compensazione nel fallimento: il fatto genetico del credito del socio escluso*, << Il Fallimento>>, 2002.

BALESTRA L., *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità deroghe e ambiguità*, << Il Corriere Giuridico>>, 2016.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III edizione, Milano, 1963.

BARTALENA A., *Crediti accordati in funzione od in esecuzioni del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, Banche. Mercati finanziari. Crisi d'impresa, Torino, 2014.

BASSI A., *La illusione della prededuzione*, Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2011.

- BELTRAMI P., *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione di debiti*, << Banca Borsa Titoli di Credito >>, fasc.1, 2015.
- BELVEDERE A., *Atto collettivo, collegiale, complesso*, in *Glossario*, AA.VV., in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica, Zatti, Milano, 1994,
- BETTI E., *Teoria del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1960.
- BIANCA C., *Diritto civile*, II edizione, Milano, 2000.
- BIANCHI A., *La ripartizione dell'attivo*, in AA.VV. *La riforma del fallimento*, Milano, 2007
- BIONDI B., *le donazioni*, *Trattato di diritto di civile italiano*, Diretto da F. Vassalli, XII, Torino 1961.
- BRIOLINI F., *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012*, << Banca, borsa e titoli di credito >>, 2013.
- BRIOLINI F., *concordato preventivo e nuova finanza. Note sui "finanziamenti autorizzati" a norma dell'art 182 quinquies comma 1-3, legge fallim*, << Diritto Fallimentare >>, 2015.
- BRIZZI S., *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, << Diritto Fallimentare >>, 6, 2013.
- BRUSCHETTA.E., *Mutamenti legislativi e adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, << Il Fallimento >>, 2008, 10.
- BOGGIO L., *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007.
- BOGGIO L., *Crediti sorti «in funzione» del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, << Il Fallimento >>, 12, 2009
- BOGGIO L., *I "tormenti" della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91)* << Giurisprudenza Commerciale >>, fascicolo 5, 2013.
- BONFATTI S., *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziata delle crisi*, in www.ilcaso.it
- BONELLI G., *Del fallimento*, I edizione, Milano, 1938-1939,
- BONSIGNORI A., *Il fallimento*, Padova, 1986.
- BONTEMPI P., *I contratti bancari "autoliquidanti" nel concordato preventivo tra scioglimento e retrocessione delle incassate dalla banca*, <<Nuova Giurisprudenza Civile >> 2015.
- BOZZA G., *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006
- BOZZA G., *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, <<Il Fallimento >>, 2013.
- BOZZA G., *La ripartizione dell'attivo*, *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura di) Jorio - Fabiani, Bologna, 2010.
- BOZZI G., *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008.
- BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Il Mulino, 2016.
- CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006
- CALAVAGLIO A., *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali*, <<Diritto Fallimentare >>, 2010.

CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Banche. Mercati finanziari. Crisi d'impresa*, Torino, 2014.

CAPOBIANCO E., *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, << Diritto fallimentare >> 2013.

CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, << Banca, borsa e titoli di credito >> 2010.

CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico bancario*, CEDAM, 2012.,

CATALLOZZI P., *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?* <<Il Fallimento >>, 2008.

CAVALLINI, *sub art. 168*, i *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, III, Milano, 2010.

CEDERLE V., *Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169 bis l.fall. ai contratti bancari autoliquidanti*, << Il Fallimento, 2014 >>.

CIERVO G., *Precedibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, <<Giurisprudenza Commerciale >>, fasc.5, 2013.

CINCOTTI C., -NIEDDU ARRICA F., *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, << Giurisprudenza Commerciale >>, 2013.

CLARIZIA R., *Collegamento negoziale e vicende della proprietà, due profili della locazione finanziaria*, Maggioli, 1982

CLARIZIA R., *La causa di finanziamento*, << Banca borsa e titoli di credito >>, 1982.

COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, << Legislazione Penale >> 2011.

COSTA C., *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, << Diritto fallimentare >>, 2010.

CRISUCOLI P., *sul preliminare condizionato sospensivamente e la violazione degli obblighi di buona fede*, << I Contratti >> 2014.

D'ALESSANDRO F., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, <<Le società >>, 2011.

D'ALESSANDRO F., *I mandati in rem propriam all'incasso*, << Diritto fallimentare >>, 1989.

D'AMORA R., *La nuova prededuzione*, www.osservatorio-oci.org, *relazione a Bari 9 ottobre 2010*.

D'AMORA R., *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, www.osservatorio-oci.org. 2013.

D'ANDREA S., *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Milano, 2002,

D'ANGELO G., *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, << Giurisprudenza commerciale >>, 2011.

D'ORAZIO L., *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, << Giurisprudenza di merito >> 2012.

DI PRISCO N., *I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, Trattato di Diritto Privato diretto da Rescigno 9 Torino, 1984.

DE SANTIS F., *I controlli del giudice nel piano attestato e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, << in Fallimento >>, 2014.

DE SENSI V., *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi d'impresa*, << Diritto Fallimentare >>, 2014.

DE VITA F., *Il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti: problematiche processuali*. <<Diritto

Fallimentare>> 2013.

DI GRAVIO V., La prededuzione (fallimentare) dei compensi degli avvocati per l'assistenza nell'amministrazione controllata e nel concordato preventivo, <<Diritto Fallimentare>> 2000

DI SABATO, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1982.

DIDONE A., *Gli accordi di ristrutturazione (art. 182-bis l. fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, <<Diritto Fallimentare>>, 2011.

DIDONE A., Il controllo giudiziale sulla nuova prededuzione del finanziamento dei soci "postergabile" << Il Fallimento>>, 2011.

DIDONE A., *Il controllo giudiziale sulla nuova prededuzione del finanziamento dei soci postergabile*, <<Le Società>>, 2011.

DIDONE A., *Concordato preventivo, diniego di prededuzione e rimedi*, << Il Fallimento>>, 2012.

DIDONE A., *Le impugnazioni nel concordato preventivo e il controllo del giudice sui crediti prededucibili* << Il Fallimento>>, 2012.

DIDONE A., La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti?"), << Il Fallimento>>, 2013.

DIMUNDO F., *Pactum de non petendo e insolvenza*, << Il Fallimento>>, 1996.

DE CRISTOFARO A., *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, << Rivista di Diritto Civile>>, 1996.

FARNETI G., La fattibilità del concordato in continuità nella prospettiva aziendalistica, << Il Fallimento>>, 2013, 1011.

FABIANI M., NARDECCHIA G., *La Legge Fallimentare*, III edizione, Ipsoa, 2013.

FABIANI M.-VISCUSI P., *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004

FABIANI M., *L'ennesima riforma della legge fallimentare*, << Il Fallimento>>, 8, 2010.

FABIANI M., *Prededuzione "speciale" ex art. 182 quater l. Fall. e regime di impugnazione*, << Foro italiano>>, 2011.

FABIANI M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, << Il Fallimento>>, 2012.

FABIANI M., *Guida rapida alla lettura di Cass. S.U. 1521/2013*, << Il Fallimento>>, 2013.

FABIANI M., *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo* << Il Fallimento>>, 6, 2013.

FABIANI M., *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, << Il Fallimento>>, 10, 2014.

FABIANI M., *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, 2015.

FABIANI M., *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, << Il Fallimento>>, 12, 2015.

FERRO M., *La legge fallimentare*, edizione III, CEDAM, 2014.

- FERRO M, (a cura di), *Le insinuazioni al passivo*, edizione IV, Padova, 2006.
- FERRO M.- FILOCAMO F., in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, edizione III, Padova, 2014.
- FERRI G., in *tema di prededuzione fallimentare*, << in Corriere Giuridico >> 2015.
- FILOCAMO F., *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, << Il Fallimento >>, 2013.
- FRAGALLI M., *Voce finanziamento (diritto privato)*, << enciclopedia del diritto >>, edizione XVII, Milano, 1968.
- FRIGENI C., *Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo*, << Banca, borsa e titoli di credito >>, 2013.
- FORESTIERI G., *Corporate & Investment Banking*, Egea, III edizione.
- FORESTIERI G.- MOTTURA P., *Il Sistema Finanziario*, Egea, VI edizione
- GABRIELLI E., *dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale delle parti*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1972
- GABRIELLI E., *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, Vol. IV, Le altre procedure concorsuali, Torino, 2014.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale, II ed, Padova, 1993*
- GALLO F., *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto civile italiano*, << Foro Italiano >>., 1960.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XV edizione, Napoli, 2013.
- GIORGI V., *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, 1996.
- GIORGI V., *poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito*, << Diritto Fallimentare >>, 2013.
- GINEVRA E., *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti di impresa*, << Rivista di diritto Privato >> 2001.
- GIURDANELLA G., *La gestione ordinaria dell'impresa nella fase interinale del concordato preventivo con riserva*, << Il Fallimento >>, 2014.
- GRATTERI L., *Contenuto dell'attestazione di funzionalità del finanziamento alla miglior soddisfazione dei creditori negli accordi di ristrutturazione*, www.il.fallimentarista.it, 2015.
- GROSSI M., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, edizione VI, Giappichelli, 2015.
- GUIDOTTI R., *Il concordato preventivo dopo la decisione della Cassazione a sezioni unite*, << Diritto bancario >> 2013.
- GUIDOTTO A., *Il credito del professionista nella consecuzione di concordato preventivo in fallimento*, << Il Fallimento >>, 2010.
- IANNIELLO B., *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2006.

- INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa*, <<Giurisprudenza Commerciale>> 2006.
- INZITARI B., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, <<Le Società>>2007.
- INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art 182 bis l.fall: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, www.il caso.it, 2011.
- INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, << Diritto Fallimentare>> 2015.
- IRTI N., *Due saggi sul dovere giuridico. (Obbligo - Onere)*, Napoli, 1973.
- LA CROCE G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, << Giurisprudenza Italiana>>, 2010.
- LAMANNA F., *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006
- LAMANNA F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, www.ilfallimentarista.it. 2015
- LEO E., *L'essenza del credito e il "leasing" finanziario, Le operazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 1978.
- LEMBO M., *il contratto di finanziamento pendente alla data di apertura del concordato riformato*, <<Il Fallimento>>, 2013.
- LIMITONE, voce "*Predeuzione*", *Le insinuazioni al passivo a cura di Ferro*, IV, Padova, 2006
- LO CASCIO G., *Il punto sul concordato preventivo*, <<Il Fallimento>>, 2014.
- LO CASCIO G., *La predeuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi e interpretativi*, << Il Fallimento>>, 2015.
- LO CASCIO G., *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, <<Il Fallimento>>, 2012.
- MACARIO F., *Autonomia privata (profili costituzionali)*, *Enciclopedia del diritto. Annali*, VIII, Milano, 2015.
- MANDRIOLI C., *La ripartizione dell'attivo, la chiusura del fallimento e l'esdebitazione del fallito*. www.ilcaso.it, 2007.
- MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013.
- MARONCELLI C., *Concordato preventivo e appalti pubblici: le recenti modifiche all'art. 118 d.lgs. 163/2006*, IIFallimentarista.it, 2014
- MESSINEO F., *Dottrine generali del contratto*, edizione III, Milano, 1952,
- MORELLINI L., *L'art. 182 quater l.fall.: novità e criticità*, <<Il Fallimento>> 08, 2011.
- MUCCIARELLI F., *L'esonazione dai reati di bancarotta*, << Diritto Penale Processuale>> 2010.
- NADOTTI, PORZIO, PREVIATI, *Economia degli intermediari Finanziari*, McGraw Hill education, 2016.
- NARDECCHIA G., *Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione*, *Codice commentato del fallimento*, Edizione: III, 2015.
- NIGRO A., *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Bessone, Torino, 2012, vol. XXV.
- NIGRO A., *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, Torino, 2012.

- NISIVOCCIA N., *Il compenso del commissario giudiziale nella conversione del concordato preventivo in fallimento*, << Giur. Italiana>>, 2009.
- NISIVOCCIA N., *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a sé stessa?* <<Il Fallimento>>, 2015,
- NOCERA I., *Riflessioni civilistiche sull'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, << il Corriere giuridico>> 12, 2013.
- NONNO G. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013.
- ORESTANO A., *La conclusione dei contratti plurilaterali*, Trattato del contratto, diretto da Roppo, Milano, 2006.
- PACCHI PESUCCI S., *Della meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989,
- PACCHI PESUCCI S., Commento sub art. 111bis l.f., in Nigro A.-Sandulli M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006;
- PAGNI I., *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, << Il fallimento>> 10, 2014.
- PANZANI L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet giuridica, edizione 2012.
- PANZANI L.-DE CRESCIENZO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Assago, 2005,
- PARENTE F., *Della tutela dei diritti 2015 Art. 2745, Fondamento del privilegio*, Commentario al codice civile a cura di Giovanni Bonilini, Augusto Chizzini, UTET, 2015
- PATTI A., *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*, << Il Fallimento>>, 11, 2011,
- PATTI A., *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, << Il Fallimento>>, 2013,
- PAJARDI P., *Codice del Fallimento*, Milano, 2001;
- PETRAGLIA A., *Le operazioni di credito fondiario problematiche contrattuali ed ipotecarie*, La nuova disciplina del credito fondiario Profili giuridici, modalità operative e di recupero dei crediti e prospettive dopo il Testo Unico, ABI, Bancaria editrice, 1997.
- PERLINGIERI G., *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, in *Rivista Diritto civile*, 1967.
- PORTALE G. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 1978.
- PORTALE G., *Riforma della società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, <<Le Società >>, 2003.
- PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, II edizione, Milano. 1970.
- QUAGLIOTTI L., *Il fallimento convenuto in revocatoria e la prededucibilità del debito di restituzione di pagamento revocato*, <<Il Fallimento>>, 2010.
- QUATTROCCHIO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in www.quattrocchio.it, 2014.
- QUATTROCCHIO L., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, www.dirittodegliaffari.it, 2015.
- RAGUGNO G., *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010 n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010 n. 122*, << Diritto fallimentare>>, 2011.
- RANALLI R., *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it,
- RANALLI R., *La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale*, <<Il Fallimento>>, 2012.
- RANALLI R., *Le attestazioni speciali nel concordato preventivo*, 28/05/2014, www.ilfallimentarista.it, 2014.

- RANALLI R., *L'attestazione del professionista nel concordato in continuità*, in www.il fallimentarista.it , 2014.
- RUSCELLO, pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976
- SALVATORE F., *sub art. 168*, La legge fallimentare dopo la riforma, a cura di A .Nigro - M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2010.
- SANDRELLI G., La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali, << Cassazione Penale >> 2006.
- SASSANI B.- COMOGLIO L.- CONSOLO C. – VACCARELLA R., *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2013.
- SCOGNAMIGLIO G., *Contratti in generale*, Commentario del codice civile, Bologna, Roma, 1970.
- SCOZZAFAVA O., voce *Onere*, in Enciclopedia del diritto, Milano, edizione XXX, 1980
- SPINOSA V., il c.d decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale, www.dirittopenalecontemporaneo.it
- STANGHELLINI L., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, 12, 2010.
- STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013.
- TAMPONI M., *Contratto a favore di terzo*, Trattato di diritto privato, diretto da Bessone, XIII, VI, Torino.
- TARZIA G., *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, <<Diritto Fallimentare >>, 2010.
- TASSINARI F., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- TERRANOVA G., I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa, <<Diritto Fallimentare >>, 2012.
- TERSILLA S., *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?* <<Diritto Fallimentare >>, 2012.
- TERSILLA S., *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?*, <<Diritto Fallimentare >>, 2012.ù
- TILOCCA E., Voce remissione del debito, in *Novissimo. Digesto italiano*, edizione XV, Torino, 1968.
- TORRENTE A.- SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, edizione XIX, Giuffrè, 2009.
- TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012.
- TULLIO A., *finanziamento all'impresa in crisi e merito creditizio. Una performance impossibile?*, www.il caso.it. 2015.
- VALENSISE P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012.
- VAROTTI L., *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, www.ilcaso.it. 2015.
- VASSALLI F.,-LUISO F.-GABRIELLI E., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Vol. IV, Le altre procedure concorsuali, Torino, 2014.
- VELLA P., *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo *(dopo la legge n. 134/12)*, www.il caso.it, documento n. 320/2012.
- VELLA P., *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, << Il Fallimento >>, 6, 2013.

VELLA P., *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, <<Il Fallimento>>,9, 2013.

UMBERTAZZI T., *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014.

UMBERTAZZI T., *I contratti bancari nei risanamenti di impresa: profili di responsabilità civile*, Napoli, 2015.

UMBERTAZZI T., *accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, << Contratto e Impresa>>, 2015.

VITALI M., *Finanza “ponte”, finanza in “esecuzione” e “interinale” (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi)*, <<Contratto e Impresa>>, 2015.

VAROTTI L., *Articolo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, www.ilcaso.it.

VETTORI G., *Il contratto sulla crisi di impresa*, Autonomia negoziale e crisi di impresa, a cura di Di Marzio, Macario, Giuffrè, Milano, 2010.

ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006;

ZAPPALA' M., *Nuova finanza e cause di prelazione nei concordati preventivi*, << Rivista di diritto civile>> 2014.

ZOPPELLARI M., *Commento sub art. 111bis l.f.*, in Santangeli F. (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006.

ZINCANI V., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, <<Il Fallimento>>, 2011.

ABSTRACT

Il lavoro si propone di effettuare un'analisi delle diverse tipologie di finanziamento alle imprese che vogliono perseguire uno dei due iter alternativi di risoluzione della crisi (Concordato Preventivo e Accordi di Ristrutturazione dei Debiti) previste dagli artt. 182 quater e 182 quinquies L.F. L'elaborato esamina le diverse tipologie, vuoi in relazione all'arcus temporum rispetto al quale vengono concesse, vuoi in relazione alle condizioni essenziali che devono ricorrere per munire tali nuove elargizioni del beneficio della prededucibilità, vuoi, ancora, in relazione ai tratti che concorrono a diversificare le fattezze delle varie tipologie di finanziamento ed in ultimo, ponendo l'accento su alcune forme tecniche di erogazione particolarmente problematiche. Focus centrale dell'analisi si rivelano essere le condizioni ed i limiti cui tali apporti soggiacciono. Condizioni e limiti in grado di favorire o limitare l'offerta di credito a imprese in crisi o insolventi. L'analisi prosegue, fino ad esaurirsi nell'esplicazione dei due nuovi istituti previsti dall'art 182 septies L.F., denominati rispettivamente: "accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e "convenzione di moratoria". Di questi due istituti, si pone in luce la ratio che ne ha determinato l'introduzione ed, al contempo, si sottolineano possibilità e limiti cui queste due "nuove" innovazioni soggiacciono. I riscontri vengono effettuati mediante un ragionamento che talora si immedesima nell'ottica del creditore dissenziente e, talora, sposa la visuale del debitore e della maggioranza degli altri creditori. Per indurre a riflettere, in ultimo, sull'opportunità del bilanciamento di interessi del debitore e dei creditori si come effettuato dal nostro legislatore, ponendo in luce tra le righe le molte contraddizioni che la disciplina in oggetto presenta.

L'ottica analitica assume l'articolato dell'art. 182 quater propriamente inteso come oggetto d'esame al fine di chiarire ed argomentare le questioni testé enunciate. La disposizione recita: << Sono 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, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione 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>>.

Ciò posto, è immediatamente evincibile dall'articolato che: l'ambito applicativo del finanziamento ponte, alla stregua di giano bifronte, Dio collocato d'innanzi agli ingressi romani, presenta due volti. Difatti può essere erogato:

A) in funzione della presentazione di una domanda di concordato preventivo,

B) in funzione della conclusione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

In effetti, la parificazione a Giano risulta calzante giacché alla stregua dell'antico dio romano la norma guarda contemporaneamente a due vie divergenti tra loro: l'accordo da un lato, il concordato dall'altro. L'articolato, come riportato, disciplina la finanza ponte. Con la locuzione finanza ponte si intendono quei finanziamenti necessari a garantire la continuità aziendale nelle more ed in funzione della presentazione della domanda e fino al deposito di quest'ultima. Ciò detto, salta agli occhi come l'uso dell'espressione "in funzione" sia qui ricollegata alla presentazione della domanda. Ciò porta ad inferire che la natura di prededucibile discende, in questo caso, dallo scopo a cui le somme finanziate sono destinate e, dunque, il nesso di funzionalità non deve essere valutato in ottica causale rispetto alla complessiva sistemazione della crisi, bensì ricopre l'arco più ristretto che assume quale riferimento precipuo la presentazione della domanda di concordato. Ne discende che: la funzionalità del finanziamento è requisito di tipo oggettivo che sussiste o non sussiste in fatto. Così, a titolo meramente esemplificativo, sarebbero da qualificare come prededucibili tutti i crediti sorti:

- D) *al fine di mantenere la solvibilità evitando il fallimento,*
- E) *al fine di garantire la continuità aziendale (pagamento dei dipendenti e dei collaboratori, dei fornitori strategici, del fisco per imposte, tasse, ritenute d'acconto, dell'INPS per contributi previdenziali, ecc.) nel caso in cui la procedura preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa,*
- F) *Al fine di consentire al debitore di disporre delle somme necessarie ad effettuare il deposito delle spese della procedura concordataria e di pagare i professionisti che lo hanno assistito.*

Non possono essere considerati funzionali alla presentazione della domanda di concordato i crediti derivanti da finanziamenti che siano finalizzati ad estinguere passività pregresse ovvero (anche) i crediti derivanti da finanziamenti strumentali all'attuazione anticipata del piano. D'altro canto, percorrendo ulteriormente la strada meno battuta, direbbe Frost, potremmo notare che la menzione di tali finanziamenti nel piano di cui all'art 160 da parte dell'esperto e l'attestazione di funzionalità dal medesimo effettuata ancorché costituisca requisito necessario ex lege, espressamente richiesto dalla norma a pena di sottrazione del beneficio della prededucibilità, non basta. Di certo l'asseverazione (è consigliabile che sia autonoma ed analitica) rappresenta condizione necessaria ma non sufficiente. D'altronde, dalla circostanza che la "previsione" del finanziamento nel piano intervenga necessariamente dopo la sua erogazione (atteso che il piano è atto unilaterale del debitore che viene a giuridica esistenza nel momento in cui viene depositato) è corretto inferire che debba trattarsi di finanziamenti già erogati. Tale considerazione, risulta tanto più avallata qualora si consideri il tenore letterale del disposto in esame e, ad adiuvandum, il quinto comma dell'art 182 quater che esclude dal computo delle maggioranze nel concordato i crediti derivanti da finanziamenti già erogati. Dunque, oggetto espresso della norma è il trattamento del credito derivante dal finanziamento funzionale concesso ed erogato prima della presentazione della domanda di concordato nonché asseverato nel piano dall'esperto. La verifica dei requisiti richiesti dalla norma in esame sarà, dunque, ricompresa nella successiva pronuncia del giudice a quo. A tal proposito, urge ribadire, che la prededuzione deve essere espressamente richiesta dal proponente tramite la formulazione di un'istanza ad hoc e che la statuizione giudiziale ha ad oggetto il rango del credito. Sic, si arriva all'ultima condizione per il riconoscimento della prededucibilità: il vaglio giudiziale. Qui l'iter della nuova finanza assume la stabilità e la consistenza del gioco dell'oca: la dea bendata a un certo punto si compiace di negare suoi favori, il giocatore è oramai ad un passo dall'agognato traguardo e tuttavia i dadi, qui rappresentati dalla decisione del giudice, tosto lo riportano, suo malgrado, all'incipit. Se il giocatore in questo caso perde tempo, il finanziatore perde danaro. A tal proposito è d'uopo rimarcare che la prededuzione deve essere espressamente disposta nel "provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo" dacché, è asserzione tautologica, la pronuncia sulla prededuzione del credito costituirà capo autonomo del decreto di ammissione. Ne consegue che occorre individuare i parametri di valutazione in base ai quali il tribunale deve concedere o negare la prededuzione dei crediti derivanti da detti finanziamenti". Il giudizio si scinde nel più volte evocato binomio formale/sostanziale. La parte esclusivamente formale inerisce al fatto storico dell'avvenuta erogazione, della inclusione nel piano concordatario e della specifica asseverazione nella relazione del professionista attestatore. La parte prettamente sostanziale attiene all'accertamento del requisito della funzionalità che verrà effettuato tramite un criterio di prognosi postuma o di riposizionamento ex ante atto a verificare l'utilità tendenziale del finanziamento in relazione alla presentazione della domanda e, dunque, in sostanza all'accertamento del fatto che il finanziamento abbia dato un contributo causale rispetto ad un piano di concordato che, in sede di giudizio deliberativo finalizzato all'ammissione alla procedura, appare legittimo e astrattamente conveniente per i creditori. D'altro canto, tale tipo di verifica che, per certi versi, allunga i tempi e complica lo svolgimento dell'istruttoria appare controbilanciata dal fatto che la statuizione espressa dal giudice non sarà ripercorribile in sede fallimentare in termini di utilità effettivamente ed in concreto dispiegata. Siamo di fronte ad un giudizio "forte" che per un verso è destinato a scardinare l'esclusività della competenza sull'accertamento del passivo e che per altro verso resiste in caso

l'ammissione al concordato venga revocata ex art. 173 ovvero la proposta non ottenga le maggioranze prescritte ovvero il tribunale non omologhi il concordato.

Per ciò che attiene ai finanziamenti esecutivi, l'articolato di cui al 182 quater comma primo si dispone: << 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 >>.

Il riconoscimento della prededucibilità è qui direttamente correlato all'apporto causale/alla finalizzazione del finanziamento all'esecuzione delle obbligazioni concordatarie (finanziamenti ...in esecuzione) attestata nella proposta approvata dai creditori e successivamente ratificata dal tribunale. Donde; tale aspetto concorre a qualificare la fattispecie sotto il profilo temporale ed induce ad inferire, quale logica conseguenza, che il dies a quo dell'erogazione debba intercorrere successivamente all'ingiungere del provvedimento di omologazione, sia nel caso del concordato, che nel caso dell'accordo. A tal riguardo; attesa la formulazione del dato letterale dell'articolato (in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato) che pare riferire il termine omologato esclusivamente agli accordi di ristrutturazione v'è da chiedersi se in fondo la disposizione non diversifichi ulteriormente l'arcus temporum attinente l'erogazione nei due casi in oggetto; postponendola all'imprimatur del tribunale nel caso dell'accordo e abilitando l'erogazione nel concordato a valle del decreto di ammissione alla procedura.

Invero; nonostante parte della dottrina risulti di quest'avviso, l'esegesi contraria ne ha ben donde. Alla percorribilità di tesi siffatta osta la considerazione che il concetto di esecuzione del concordato implica e già presuppone una previa fase in cui si addiende all'esaurimento del contraddittorio; giacché ex art. 175 l. fall., ogni creditore «può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti» (3 c) e, dopo aver espresso il voto negativo, può opporsi all'omologazione del concordato (art. 180, 2 l. fall) mentre, nell'accordo non è previsto alcun coinvolgimento dei creditori esterni, che verranno a conoscenza del provvedimento mediante la sua pubblicazione nel registro delle imprese. Dacché; il decreto di omologazione nell'accordo diviene esecutivo solo dopo che sia stata data la possibilità ai creditori e ad ogni altro interessato (art. 182-bis, 4° co., l. fall.) di dispiegare integralmente le proprie difese in due diverse sedi (opposizione all'omologazione e reclamo alla corte d'appello ex art. 182-bis, 5° co., l. fall.) e, dunque, allo spirare del termine per proporre reclamo alla corte d'appello ex art. 183 l.f. Le due norme, pur se coeve, mantengono diversità nella formulazione giacché la disposizione sull'immediata esecutività del decreto di omologazione dettata in tema di concordato preventivo non è stata replicata per gli accordi. Corollario di ciò è che: la formulazione dell'articolo 182 quater primo comma dovrebbe essere intesa come sintomatica della voluntas legislativa di subordinare l'erogazione alla sovvenuta esecutività dei provvedimenti in esame, piuttosto che come indicativa di un trattamento differenziato che presuppone l'erogazione a valle del decreto di ammissione nel concordato e, successivamente all'omologa negli accordi. Pertanto; oggetto della norma sono: i finanziamenti finalizzati all'esecuzione delle obbligazioni concordatarie erogati successivamente all'intervenuta esecutività del provvedimento di omologa. Come è stato precedentemente rimarcato il disposto richiede una serie di condizioni implicite ai fini del riconoscimento della prededucibilità. Invero, se pure l'articolato serba sul punto assoluto silenzio, tali finanziamenti andranno comunque asseverati nel piano di ristrutturazione e nella proposta di concordato. Ciò in correlazione alla ratio sottostante la norma che postula: << un ideale sinallagma con cui la legge "premia" coloro che, scommettendo sul successo del tentativo di soluzione della crisi e rendendolo possibile, hanno contribuito ad una soluzione conveniente per i creditori >>. Dunque, ripetiamo, la norma sottende l'esistenza un'inscindibile connubio tra finanziamento e risanamento. In tanto il finanziamento è valevole in quanto esso serva ad assicurare l'esecuzione delle obbligazioni assunte con il piano/proposta concordataria ai fini del miglior soddisfacimento del ceto creditorio. Corollario di ciò è che: la verifica circa la sussistenza di tale inferenza (o anche relazione sinallagmatica, o ancora nesso eziologico, meglio nesso di funzionalità del finanziamento;

comunque lo si voglia appellare) sarà demandata, di primo acchito al professionista attestatore, che dovrà fare esplicita menzione analitica dell'apporto nella proposta e, successivamente, spetterà all'adunanza dei creditori, chiamati a vagliare la fattibilità e convenienza di quanto profferito dal debitore (la soluzione, altresì, consta del placet con quanto esatto dalle Sezioni Unite in tema di proposta di concordato; ovverosia che i creditori siano posti nelle migliori condizioni possibili, sotto il profilo informativo, al fine di operare un giudizio prognostico completo sull'offerta avanzata dal debitore) ed infine verrà rimessa al sapiente vaglio dei nostri giudici. Giova ribadire che non pare necessario che il decreto di omologa contenga un'esplicita previsione sul punto.

Per ciò che attiene ai finanziamenti "interinali" il primo comma riformato dell'art 182 quinquies così recita : << Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori>>.

Ab inizio, è opportuno segnalare che il sintagma "anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo" è uno dei recenti "dialleli innovativi" o, se si vuole, una sorta di petizione di principio volta a controbattere l'abitudine inveterata della giurisprudenza volta a negare il ricorso alla finanza interinale laddove non siano stati previamente presentati piano e proposta. Del resto, la relazione illustrativa è apodittica a tal proposito:<< le modifiche di cui al comma primo sono volte a meglio chiarire che il tribunale può autorizzare il debitore a contrarre finanziamenti prededucibili nella delicata fase che ha inizio con il deposito della domanda "prenotativa" di cui all'articolo 161 sesto comma e dunque, prima che siano stati predisposti il piano e la proposta proprio al fine di consentire che ciò avvenga>>.

Ciò detto, il vero focus dell'analisi rimane altro; ed attiene alle condizioni essenziali ivi prescritte al fine dell'elargizione degli apporti in oggetto ed al riconoscimento del beneficio della prededucibilità. A riguardo, il disposto statuisce una serie di precondizioni essenziali la cui mancata prosecuzione è pena di denegazione della prededuzione, ovvero:

- 5. Che il debitore abbia manifestato la volontà di accedere ad uno degli iter di risoluzione della crisi legislativamente prefissati;*
- 6. Che il debitore presenti l'istanza al tribunale unitamente all'atto introduttivo dell'iter di risoluzione della crisi;*
- 7. Che un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione ed attesti che tali finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori;*
- 8. Che il tribunale se del caso assunte sommarie informazioni autorizzi la stipula del contratto;*

Dai punti uno e due possono arguirsi notevoli inferenze al fine di discettare circa l'ambito temporale in cui la concessione ed erogazione di tali finanziamenti può trovare suo luogo proprio. Dacché se l'istanza al tribunale deve essere formulata unitamente alla domanda di ammissione, (giova rimarcare ex comma due può avere ad oggetto finanziamenti individuati solo per tipologia ed entità e non ancora argumentum di trattativa) ne consegue tautologicamente che l'inizio dell'arcus temporum rilevante intercorre dalla presentazione della domanda (di concordato o di omologa dell'accordo di ristrutturazione).A tal riguardo occorre dar buon conto dell'ipotesi in cui la concessione /erogazione sia effettuata successivamente all'ammissione ma comunque

ex ante omologa. Ebbene, purché le prescrizioni presenti nell'articolato circa la richiesta, l'attestazione, il fabbisogno e la funzionalità siano eseguite in maniera compiuta non sussistono argomenti ostativi ai fini del riconoscimento della prededuzione. Nel caso contrario, qualora tali previsioni non siano rispettate, non vi è alcuno spazio per concedere successivamente il beneficio al credito in oggetto; né in fase di omologazione né da nessuna parte; difettando l'operazione di quelle condizioni essenziali al riconoscimento del beneficio. Ci si riferisce, in particolare all'asserzione di una recente pronuncia di merito, anche se a proposito di una fattispecie peculiare, che stabilisce che il provvedimento giudiziale possa atteggiarsi quale ratifica, intervenendo ex post, del già concesso finanziamento. Ebbene, a parte il fatto che solo un finanziatore masochista elargirebbe nuovi apporti di fronte all'incertezza totale sulla sorte del proprio credito e, dunque, l'ipotesi ha valenza pratica pari a $-273,15\text{ }^{\circ}\text{C}$ (equivalente in fisica allo zero assoluto), mi pare che la norma, ai fini della tutela dell'interesse del ceto creditorio complessivamente inteso, detti una serie di prescrizioni imperative stringenti; tali da resistere a qualsiasi forzatura di stampo pretorio. Del resto i canoni esegetici dettati dall'art 12 disp. att. collocano al vertice della piramide ermeneutica l'interpretazione letterale (secondo il senso fatto proprio dalle parole e dalla connessione di esse). Dunque, risulta vieta ed inutile retorica asserire che tale interpretazione travalica platealmente il dettato normativo come strutturato dal nostro legislatore.

Ciò chiarito, proseguendo nell'esame dei punti tre e quattro, giova ribadire come la funzionalità del finanziamento sia qui ricongiunta al miglior soddisfacimento del ceto creditorio e debba essere oggetto di asseverazione espressa da parte del professionista nominato dal debitore; sul quale incombe altresì il compito di verificare il fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione. In siffatta prospettiva, allora, occorre interrogarsi sulla base cognitiva da fornire al tribunale ai fini della valutazione della richiesta di nuova finanza e, dunque, sul contenuto e sul tipo di attestazione che il professionista indipendente è chiamato ad effettuare.

Pertanto giova all'incipit rimarcare che la relazione, come sottolineato de avveduta dottrina e da una recente pronuncia di merito, abbisogna di differenziarsi in relazione al tipo di strumento alternativo prescelto. Dacché:

- 3. Nel concordato avrà ad oggetto la migliore soddisfazione del ceto creditorio in termini percentuali di maggior realizzo rispetto all'alternativa concorsuale derivante dall'allargamento dell'esposizione debitoria per effetto della contrazione di debiti prededucibili. Più specificamente in caso di concordato in continuità la convenienza verrà valutata in relazione all'accrescimento degli utili derivanti dalla prosecuzione dell'attività mentre in caso di concordato liquidatorio discenderà dall'accrescimento del valore dei beni che possono essere ultimati mediante i nuovi apporti elargiti e dunque, in prospettiva venduti ad un maggior realizzo;*
- 4. Nel caso di accordo ex art. 182 bis il discorso diviene più complesso. Difatti; atteso che lo strumento non ha natura concorsuale e che i creditori non aderenti debbono essere soddisfatti integralmente il concetto di funzionalità non si esprimerà in termini percentuali di maggior realizzo bensì verrà valutato in rapporto al rafforzamento delle prospettive di riuscita del piano di ristrutturazione;*

Tornando alle caratteristiche idiosincratiche relative all'attestazione sui cui si innesta la valutazione sulla funzionalità al miglior soddisfacimento del ceto creditorio; urge ribadire che: la base cognitiva viene rimarcata dallo stesso legislatore. Sic, il primo elemento è dato dalla verifica del fabbisogno finanziario, mentre il secondo si sostanzia nel limite temporale ivi prescritto (fino all'omologazione) cui fa da corollario la dovuta induzione che conduce ad asserire che il limite finale dell'arcus temporum in cui tali finanziamenti possono trovare applicazione è stabilito all'ingiungere del provvedimento omologatorio. Dunque, per ciò che attiene alla valutazione circa il fabbisogno finanziario essa presuppone la determinazione del capitale circolante netto (l'ammontare di risorse che compongono e finanziano la gestione operativa) che viene stimato in base al budget ed a sua volta postula la piena contezza di dati economici e previsionali. Il limite temporale impone la valutazione positiva della realizzazione di un quid pluris in flussi finanziari derivante dall'elargizione di nuova finanza nel breve arco di tempo che intercorre tra la

presentazione della domanda e l'omologazione. Come è stato efficacemente sottolineato in dottrina: «È come se il legislatore imponesse all'attestatore un worst case, nell'ipotesi in cui l'omologa non dovesse intervenire. Quindi la valutazione della miglior soddisfazione per i creditori deve esser fatta nell'ipotesi peggiore di insuccesso del concordato». Onde meglio esplicitare cosa si intende giova ribadire che l'utilità apportata dalla finanza interinale non deve risolversi in una partita di giro bensì deve estrinsecarsi in termini di maggiori risorse disponibili per i creditori in sede fallimentare in caso di insuccesso dell'iter ristrutturativo. Tale vantaggio comunemente viene quantificato tramite la misurazione delle variazioni di m.o.n o meglio dalla rilevazione della differenza di EBITDA che deriva dal ricorso alla finanza interinale. Parafrasando Ranalli : «Si tratta quindi di una valutazione differenziale, al punto che anche nel caso estremo di un EBITDA negativo (pur con tutte le cautele volte ad escludere la presenza di fenomeni di manifesta dannosità) l'ottenimento di nuova finanza potrebbe essere vantaggioso per i creditori se ne riduce l'entità».

Sic, si giunge all'esame dell'ultimo elemento necessario al riconoscimento della prededucibilità che arricchisce e completa il quadro fin qui tracciato: il vaglio giudiziale. A tal proposito è opinione diffusa nell'accademia m

a, giova sottolineare, non pacifica che il tribunale debba esercitare un controllo di “secondo grado” sulle informazioni fornite dal professionista e, dunque, dovrà limitarsi ad accertare che la relazione del professionista sia provvista di quegli elementi essenziali prescritti dall'articolato e, ad adiuvandum: «di quei requisiti di completezza e coerenza, nonché di rigore metodologico quanto allo sviluppo del percorso argomentativo, che sono ormai concordemente ritenuti imprescindibili affinché detta relazione possa assolvere alla funzione attribuitale».

Da ultimo, giova ribadire che il momento in cui l'autorizzazione viene rilasciata si diversifica in rapporto allo strumento alternativo di risoluzione prescelto e, ad adiuvandum in relazione alla “tipologia” di concordato in concreto utilizzata ed infine in relazione al momento nel quale la richiesta viene posta in essere. Dacché:

- E) Nel caso di concordato in bianco il tribunale teoricamente potrebbe autorizzare la stipulazione di nuovi finanziamenti in prededucazione contestualmente alla fissazione del termine ex art. 161 sesto comma assunte se del caso “sommarie informazioni” sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione. Quale sia il grado di intensità e completezza di queste “sommarie informazioni” ancora non è dato sapere;*
- F) Nel caso di concordato classico il tribunale potrà provvedere nel decreto ex art. 163 o in quello di fissazione del termine ex art. 162 l.f.;*
- G) Nel caso in cui l'esigenza di ottenere nuovi apporti sovvenga dopo il decreto di ammissione le prescrizioni presenti nell'articolato andranno eseguite analiticamente dacché la domanda dovrà essere indirizzata al tribunale e corredata dei documenti ivi prescritti;*
- H) Nel caso degli accordi ex 182 bis l'istanza potrà essere accolta con il provvedimento mediante il quale il tribunale fissa l'udienza di omologazione mentre in caso di inibitoria delle azioni esecutive e cautelari ex art 182 bis settimo comma il tribunale potrebbe provvedere mediante il provvedimento di fissazione dell'udienza ovvero mediante il decreto di concessione della misura sospensiva;*

Pur terminato l'esame del disposto occorre effettuare una sorta di actio finium regundorum e, dunque, si tentare di venire a capo delle incongruenze che sovengono e si moltiplicano come cavallette qualora ci si accinga a collocare il quinquies comma primo

in ottica sistemica. Sic, le norme che se non correttamente interpretate si apprestano a generare antinomia e dunque, a porre in essere una sorta di "invasione di campo" sono da un lato l'art 161 comma 7, relativo agli atti di ordinaria straordinaria amministrazione che fino al decreto di ammissione alla procedura il debitore può compiere, da sorgono crediti "prededucibili ai sensi dell'art. 111 dall'altro l'articolo 167 comma secondo attinente a sua volta agli atti di straordinaria amministrazione conclusi dal debitore (primi inter pares "i mutui" che esigono l'autorizzazione per iscritto del giudice delegato e danno vita pur essi a crediti muniti di carattere prededucibile).Dacché, al fine di sciogliere il nodo si potrebbe asserire il carattere di lex specialis dell'articolo 182 quinquies rispetto alle due norme supra citate. Del resto, le prescrizioni presenti nel quinquies appaiono più rigorose qualora si confrontino con le due norme supra citate. Ci si riferisce, in particolare alla "garanzia" della collegialità, che vuole che sia il Tribunale e non il giudice delegato a pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione e ad adiuvandum alla rammentata possibilità ex comma due che quest'ultima concerna finanziamenti non ancora individuati. Infine, si ponga attenzione al requisito dell'attestazione da parte dell'esperto indipendente a cui pare affidato il ruolo cruciale di garantire la tutela del ceto creditorio. Atteso quanto postulato, l'approccio esegetico qui privilegiato è quello che ravvisa nel primo comma dell'art 182 quinquies il carattere della specialità che come tale vede la norma travalicare l'ambito applicativo dei disposti generali di cui agli artt. 161, comma 7, e art 167, comma 2, legge fallimentare.

La riforma ha apportato una seconda innovazione al fine di sopperire al c.d. credit crunch concorsuale; ci si riferisce al nuovo terzo comma inserito ex novo nell'articolo 182 quinquies dal d.l 83/2015. La disposizione si recita: << Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, 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. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il tribunale, 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>>.

Orbene; per la percorribilità del processo esegetico, giova stabilire un cardine da cui iniziare; che è rettamente identificabile in quanto statuito in materia dalla relazione illustrativa al d.l 83/2015:

<< Il nuovo terzo comma consente al debitore di richiedere al tribunale la pronuncia di provvedimenti di urgenza, ispirati ai first days orders previsti nel Chapter 11 statunitense, che autorizzano sin da subito il debitore, che presenti la domanda prenotativa, a contrarre limitati finanziamenti prededucibili necessari a sostenere l'attività aziendale per il periodo necessario per preparare l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale (la cui funzione è invece di sostenere l'attività d'impresa durante la procedura e quindi per importi ben maggiori).

Ciò alla luce del prevedibile importo ridotto e dell'urgenza che costituisce presupposto di tali finanziamenti, senza che l'impresa debba presentare l'attestazione di un professionista in merito alla funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, né tanto meno il piano e proposta di concordato>>.

Oggetto della norma sono, dunque, quelle modeste risorse di cui l'impresa ha impellente bisogno al fine di evitare pregiudizi irreparabili nel corso del tempo tecnico necessario a predisporre l'istanza ex 182 quinquies; donde, la mancata menzione dell'attestazione di funzionalità al miglior soddisfacimento del ceto creditorio giacché incompatibile con la situazione di urgenza

cui l'articolato intende far fronte. La fattispecie básica è quella dei finanziamenti interinali "cautelari" o "urgenti". Gli elementi caratterizzanti tali apporti possono individuarsi:

- b) Nell'ambito di applicazione (la nuova disposizione inerisce alla fase c.d. prenotativa dei due strumenti di risanamento legislativamente prefissati (leggasi: la fattispecie trova applicazione solo in caso di preconcordato e preaccordo);*
- b) Nei presupposti per l'autorizzazione ed il riconoscimento della prededucibilità (la nuova disposizione postula l'urgenza di procacciarsi nuovi apporti finanziari in una al pregiudizio imminente e irreparabile che all'azienda altrimenti ne deriverebbe);*

Dal punto a possono arguirsi notevoli inferenze al fine discettare circa il momento in cui tali finanziamenti possono essere richiesti. Dacché; in caso di concordato l'istanza andrà formulata unitamente al ricorso contenente la domanda di ammissione, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori; laddove, in caso di accordo di ristrutturazione, l'istanza verrà formulata in una con il deposito della proposta di accordo corredata dalla dichiarazione dell'imprenditore e da quella del professionista. In entrambi i casi il tribunale provvederà con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza. Ne consegue che l'arcus temporum rilevante per l'elargizione si colloca a valle dell'inizio delle fasi di preconcordato e preaccordo e termina con lo spirare di tali stadi e, dunque, come è stato efficacemente ribadito in dottrina: <<dopo l'ammissione della procedura di concordato non sarà possibile ricorrere a tale nuovi strumenti di finanziamento, dovendosi, per contro, necessariamente richiedere eventuali autorizzazioni a contrarre finanziamenti prededuttivi post ammissione in base al combinato disposto di cui agli artt. 182 quinquies primo comma e 167 L.F.>>.Del resto in tal senso depongono le prime pronunce di merito: << l'art. 182 quinquies.. contiene al terzo comma - introdotto ex novo dal decreto legge 83/15 - la disciplina dei finanziamenti "urgenti" destinata esclusivamente alla fase del preconcordato dal momento che devono essere funzionali a garantire l'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ex art. 161, comma VI, l.f >>.A tal proposito occorre rimarcare che il rapporto tra il primo ed il terzo comma dell'art 182 quinquies è stato efficacemente indagato da una recente pronuncia di merito:<< l'art. 182 quinquies (...) prevede due modalità di accesso ai finanziamenti in esito ad autorizzazione del Tribunale: quella prevista dal primo comma, utilizzabile sia nella fase prenotativa che in quella susseguente all'ammissione e fino all'omologazione, e quella prevista dal terzo comma utilizzabile solo nella fase prenotativa; nel primo caso il finanziamento può avere un orizzonte temporale esteso fino all'omologazione e l'autorizzazione è subordinata all'attestazione da parte di un professionista qualificato della funzionalità del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori; nel secondo caso l'orizzonte temporale è più limitato (fino alla scadenza del termine per il deposito del piano e della proposta) e l'autorizzazione è subordinata all'accertamento della funzionalità a "urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale" fino al limite temporale indicato.

La considerazione che la seconda forma di accesso al finanziamento sia stata introdotta in un secondo tempo e connotata dall'urgenza di provvedere e da un termine stringente fissato al tribunale per la decisione induce a ritenere che la prima forma di accesso sia quella da considerarsi ordinaria e quindi perseguibile allorquando la situazione finanziaria dell'impresa consente da documentare compiutamente l'utilità del finanziamento e al tribunale di decidere sulla base di una relazione preceduta da approfonditi riscontri, mentre la seconda sia da considerarsi eccezionale e quindi accessibile allorquando l'incalzare degli eventi non consente di utilizzare l'iter procedurale normale>>.

In ultimo, occorre rimarcare che per l'ennesima volta la penna è "scivolata" di mano al legislatore nel corso della stesura in modo tale da evitare di disdegnare l'articolato del tenore della tautologia e della ridondanza. Invero, risulta lapalissiano che la domanda di concordato ex 161 comma 6 possa e debba essere del tutto sprovvista di piano e dunque, l'asserzione "anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e" presente nel testo del disposto si rivela una ripetizione inutile

e priva di senso. Quanto poi al punto b, attinente le condicio sine qua non indispensabili al rilascio dell'autorizzazione e ad adiuvandum al riconoscimento del beneficio della prededucibilità, il discorso risulta molto più complesso. Qui la funzionalità risulta ricollegata ad urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale" e, dunque, come del resto si evince dalla relazione illustrativa al D.L il debitore dovrà: a) dimostrare che non è in grado di reperire altrimenti le suddette risorse necessarie; b) dimostrare che in assenza di tali elargizioni deriverebbe un pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda e indicarne in maniera specifica la destinazione.

Dacché, manco a dirlo, il tenore procedimentale dell'iter presenta notevoli affinità con quello dei provvedimenti cautelari d'urgenza ex 700. Corollario di ciò è che: il debitore, tramite una sorta di autocertificazione, dovrà edurre il tribunale sulla fondatezza del fumus boni iuris (destinazione ad attività aziendale) e sulla sussistenza del periculum in mora (insostituibilità del finanziamento e rischio di danno imminente) fornendo: <<una prova liquida dei presupposti della necessità, dell'urgenza, dell'assenza di alternative reperibili sul mercato finanziario e del grave ed irreparabile pregiudizio, dovendo tali presupposti non solo essere allegati nella relativa istanza, ma, anche, concretamente dimostrati>>.

Il tribunale, entro il termine legislativamente prefissato, dovrà assumere sommarie informazioni sul piano e la proposta in corso di elaborazione e sentire il commissario giudiziale, se nominato, al fine di verificare la fondatezza degli elementi probatori esibiti dal debitore.

Diversamente da quanto avviene nei procedimenti cautelari atipici, nei quali a seguito del deposito del ricorso il G.I di regola fissa la data dell'udienza di comparizione delle parti ai sensi del primo comma dell'art. 669-sexies c.p.c. al fine di emettere il provvedimento in contraddittorio fatta eccezione per il caso in cui la convocazione della controparte pregiudichi l'attuazione del provvedimento, qui la norma prevede una mera facoltà ("e se del caso") di sentire i principali creditori; dacché il provvedimento potrà essere di regola pronunciato anche inaudita altera parte. Del resto in tal senso depono il testo della relazione illustrativa: << Resta comunque inteso che è evidentemente di esclusiva responsabilità del tribunale decidere se, e in quali termini, autorizzare i finanziamenti in questione nelle circostanze concrete, eventualmente negando

i finanziamenti in questione nelle circostanze concrete, eventualmente negando l'autorizzazione laddove, sulla base delle informazioni assunte, vi sia ad esempio il sospetto di intenti abusivi o fraudolenti da parte del debitore>>. Il controllo giudiziale non sarà dunque di "secondo grado"³⁵¹ non sarà esercitato, cioè, sulla sola completezza e congruità logica degli elementi forniti dal debitore, bensì assumerà le fattezze più pervasive del controllo di "primo grado" che di regola si estrinseca nella verifica diretta della sussistenza e fondatezza dei presupposti cui la concessione dell'autorizzazione a contrarre fa da corollario. In ultimo per completezza, si ricorda che, ai sensi del quarto comma dell'art. 182 quinquies L.F.: <<Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti>>. Sul punto, si rileva che della richiesta deve essere fatta menzione all'interno dell'istanza autorizzatoria in ossequio al dispositivo di cui all'art. 112 del Codice di Procedura Civile che impone che il giudice debba pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa (leggasi: principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato).

Infine, nella rincorsa senza capo né coda verso la risoluzione delle crisi d'impresa, il legislatore ha ravvisato l'opportunità di inserire, nell'assetto attuale della nostra legge fallimentare, una nuova disposizione disciplinante, rispettivamente, due istituti sì appellabili:

- 3. L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari;*
- 4. La convenzione di moratoria.*

L'articolo di cui si disquisisce è, il lettore avrà oramai compreso, il nuovo 182 septies L.F.

I commi 1,2,3,4 della nuova disposizione disciplinano il nuovo accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari.

Le ragioni che hanno determinato l'introduzione della prima parte dell'esposto, disciplinante la nuova sub specie di accordo, afferiscono ai problemi che sorgono in relazione alla condotta, seppure virtuosa, di tempestiva ostensione della crisi. Sic, sovente accadeva che il debitore di fronte all'insorgere di una situazione di allarme nella gestione dell'impresa optasse per una, più che opportuna, negoziazione in via pattizia con i creditori finanziari che, ripetiamo, atteso il carattere prevalentemente bancocentrico del nostro sistema produttivo, posseggono, di media, gran parte dell'esposizione debitoria dell'impresa. La scelta, che di regola propendeva per una soluzione "informale" (in senso atecnico), si rivelava e tutt'oggi si rivela, disquisendo, si badi, nell'ottica del debitore, quanto mai azzeccata. Del resto, la presentazione di una domanda di concordato, pur se seguita da una virata verso gli accordi, implica una serie di riflessi poco profittevoli, atteso che i debiti vengono a scadenza per effetto dell'art. 55 l.fall. e, in via un po' più generale, atteso l'articolo 169 l.fall. che determina l'applicabilità di una serie di disposizioni dettate in tema di fallimento a far data dal momento del deposito del ricorso. Dunque, il percorso ad imbuto, tipico del concordato postula, molto spesso, più costi che opportunità. La valutazione presenta rilievi analoghi qualora si ragioni nell'ottica del creditore bancario; atteso che l'apertura di una procedura concorsuale (strictu sensu intesa) obbliga gli istituti di credito a riclassificare i crediti derivanti dai rapporti in essere con il debitore come Non Performing Loans, con notevolissime conseguenze sul versante degli accantonamenti nel bilancio della banca mentre, nel caso di accordo, l'esposizione verrà riclassificata come "da ristrutturare" e, dunque, le conseguenze saranno minori sul versante degli accantonamenti.

In questo scenario, ben si comprende perché la scelta del debitore di optare per lo strumento sotto molti aspetti più flessibile dell'accordo di ristrutturazione, ricevesse il plauso della quasi totalità dei creditori finanziari giacché rappresentava opzione conveniente per tutti. Pur tuttavia, sovente accadeva che alcuni tra creditori finanziari (solitamente quelli la cui esposizione verso l'impresa si rivelava poco significativa) si sfilassero dalle negoziazioni; con la conseguenza di avvantaggiarsi indebitamente del sacrificio economico delle altre banche o degli altri intermediari finanziari creditori, in virtù del pagamento integrale dei creditori estranei all'accordo, previsto dall'art. 182-bis l.f. e alle volte giungendo perfino a compromettere la conclusione della soluzione negoziale, sì condannando l'impresa ad accedere alle procedure concorsuali.

Il comportamento opportunistico posto in essere dai creditori suddetti viene comunemente appellato come free riding. Il termine, deriva dal patrimonio conoscitivo afferente la scienza economica e intende inquadrare dogmaticamente il comportamento dell'individuo che beneficia di risorse, beni, servizi, informazioni, senza contribuire al pagamento degli stessi, di cui si fa carico il resto della collettività (in questo caso il resto dei creditori).L'intermediario finanziario free rider è un po' il cavaliere dell'apocalisse delle crisi d'impresa; la rittosità da esso manifestata in trattativa, conduce, non di rado, al naufragio dell'accordo in ragione di veti pregiudiziali e contestazioni che reciprocamente gli istituti si muovono l'un con l'altro.

Ciò atteso, l'intervento legislativo è un tentativo di applicare l'infallibile sofismo che individua un post hoc che è sicuramente il propter hoc del naufragio degli accordi e di porvi rimedio logorando all'incipit ogni pretesa opportunistica dei creditori minori. Del resto la relazione illustrativa al d.l 83/2015 di tale intento non ne fa mistero, motivando l'addenda con una descrizione della

situazione ex ante di una lucidità per certi versi spiazzante: << operazioni volte a tentare il salvataggio nelle quali il debitore non si interfaccia con la generalità dei creditori, ma soltanto con le banche. Il successo o insuccesso di queste operazioni non sono solo decretati dalle regole del mercato 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>>.

L'intento sotteso all'addenda è stato, dunque, quello di rimediare a tali situazioni mediante l'introduzione della possibilità di vincolare la minoranza degli istituti di credito a quanto il debitore abbia concordato con la maggioranza - particolarmente qualificata - di essi.

Ciò detto, prima di entrare in medias res e di analizzare compiutamente gli istituti disciplinati dal novello 182 septies L.F., occorre rimarcare che le soluzioni offerte dall'addenda normativa di certo non brillano per originalità né per prontezza. Occorre sottolineare che l'intervento, in primo luogo, giunge dopo svariati anni di riforme e controriforme, vieppiù aggravati da due profonde crisi economiche che hanno condotto il nostro paese ad una profonda recessione e alle quali il legislatore ha reagito con: << un mero procedere per tentativi, sul presupposto che, a forza di aggiustamenti e di approssimazioni, prima o poi la formula giusta sarebbe stata trovata >>. Per altro vero l'intervento altro non è che la trasposizione tutta italiana (in bene e in male) di quanto sperimentato e applicato nell'ordinamento inglese e in quello francese ove esistono accordi di ristrutturazione operativi e vincolanti anche in assenza di consenso unanime da parte del ceto creditorio. In particolare nell'ordinamento inglese è previsto lo "scheme of arrangement", mentre, in quello francese la "sauvegarde financière accélérée".

In ultimo giova rimarcare che la soluzione adottata dal nostro legislatore si colloca in perfetta armonia con quanto statuito dalla raccomandazione della commissione europea su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza (Racc. 12/03/2014, n. 2014/135/UE).

I commi 5,6,7,8 del nuovo articolo 182 septies L.F., regolamentano un nuovo strumento che taluni hanno definito "prodromico" alla soluzione della crisi d'impresa. Si allude alla convenzione di moratoria fra l'impresa debitrice e gli intermediari finanziari.

Di fronte all'insorgere di una situazione di allarme nella gestione dell'impresa, la necessità di una fase che consentisse al debitore di ben calibrare il rimedio più adatto alla risoluzione della crisi al riparo dalle pretese (e soprattutto dalle azioni esecutive) dei creditori era più che riconosciuta dalle parti. Non vi erano, però, regole legali di disciplina di tale fase, che veniva demandata interamente alle pattuizioni e al buon senso dei soggetti coinvolti. Di regola questo "buonsenso" si estrinsecava nella stipula di apposite convenzioni di moratoria (meglio detto: accordi di stand still). Tali accordi erano interamente regolati dalle pattuizioni concretamente intervenute fra le parti. Una forma di "soft legislation" in materia era comunque rinvenibile nelle regole di comportamento adottate per conto degli intermediari finanziari dall'ABI nella seduta del 20 ottobre 1999 e rese pubbliche nel 2000. Senonché, come era logico che fosse vista la fonte degli obblighi, nessuna sanzione era prevista per il caso d'inottemperanza a tali condotte e, nessuna clausola poteva coartare la volontà di un singolo istituto.

Il d. l. 83/2015 con la nuova convenzione di moratoria ex lege interviene nel versante mobile e certo non ben delineato nel quale si muovevano le precedenti convenzioni di stampo pattizio (o, come si suole, gli accordi di standstill) tentando di stabilizzare la fase di predisposizione della strategia idonea al risanamento, di facilitare il raggiungimento della "tregua" con i creditori finanziari e, infine, di fornire una serie di regole di condotta sulla base delle quali gli istituti di credito sono tenuti a calibrare il loro comportamento.

La prima ragione che ne ha determinato l'introduzione risiede in primo luogo nel consentire al debitore di reagire in modo efficace di fronte all'insorgere di una situazione di allarme nella gestione dell'impresa. Tale fase, invero, è delicatissima giacché:

3. in assenza di regole stringenti, la condotta degli amministratori può poi essere biunivocamente criticata,
4. prima di incanalarsi in un percorso di regolamentazione della crisi che potrebbe sortire effetti nefasti, occorre fermarsi a riflettere per calibrare il mezzo di reazione più adeguato possibile.

Da questo punto di vista, il nuovo strumento consente al debitore di negoziare una tregua con i maggiori creditori finanziari e, dunque, di guadagnare tempo e consentire all' advisor legale e finanziario di prendere maggiore consapevolezza della situazione in modo da presentare una domanda/ proposta/piano (non importa per quale strumento) più meditata.

In secondo luogo l'introduzione dello strumento, attiene alla reazione che la tempestiva ostensione della crisi può suscitare nei maggiori creditori la cui collaborazione risulta esiziale per la soluzione della crisi d'impresa. Da questo punto di vista l'introduzione della moratoria in questione è volta altresì a consentire un primo rapido intervento per evitare "fughe in avanti" da parte di talune banche, sì proteggendola dai creditori finanziari che – in disaccordo con la maggior parte degli altri – intendano aggredirla.

Si potrebbe obiettare, ad una superficiale lettura della norma, che la facilitazione consistente nel "guadagnare tempo" è ed era già conseguibile mediante il concordato in bianco. Pur tuttavia, se, riprendendo quanto detto supra a proposito degli accordi, si esaminano gli effetti che la domanda di concordato in bianco (o non in bianco) sortisce, (si rammenta: la produzione degli effetti di cui all'art. 161, commi 6 e 7, l.fall. impone un vincolo sul patrimonio, la gestione dell'impresa non sarà più quella normale; gli atti di amministrazione straordinaria potranno essere compiuti solo se urgenti e se autorizzati dal tribunale, mentre per quelli di gestione ordinaria non vi è un controllo preventivo ma successivo, specie quando viene nominato, da subito, il commissario giudiziale. Ad adiuvandum si aggiunga la criticità, rilevante proprio e soprattutto nella cornice dei rapporti bancari, del vincolo di segregazione patrimoniale impresso dall'applicazione della regola di cui all'art. 45 l.fall., evocata dall'art. 169 l.fall., applicabile sin dal deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall.) sui rapporti in essere sia nell'ottica dell'imprenditore, che in quella dei creditori finanziari, si possono scorgere benissimo i riflessi poco profittevoli che la scelta di tale iter presenta.

L'adizione del percorso concordatario è come la strada che porta all'inferno; lastricata di buone intenzioni, ma che se non correttamente pianificata nel concreto si palesa come critica e mostra un piano inclinato che fa precipitare l'impresa verso un dissesto, forse, evitabile.

Giova ribadire in ultimo, che le convenzioni di moratoria sono istituti tutt'affatto nuovi, meglio detto: istituti più che coadiuvati nella prassi e, come spesso la prassi dimostra, tutto sono meno che "prodromici" alla successiva risoluzione della crisi. La conclusione degli accordi, non è mai anticipatrice di una successiva regolazione della crisi, come del resto attesta la clausola di salvaguardia (di regola apposta alle convenzioni) a tenor della quale «i Creditori Finanziari dichiarano, e la Società prende atto, che la moratoria e lo standstill oggetto dell'accordo non costituiscono in alcun modo impegno dei Creditori Finanziari all'eventuale stipula dell'Accordo di Rimodulazione del Debito né all'approvazione del Piano».

Tra convenzione di moratoria e risoluzione della crisi non sussiste alcun un nesso causa/effetto.

Avendo riguardo all'intervento generale operato con d.l n. 83/2015, non si può comunque sottacere che questo intervento, alla stregua di tutti gli altri che lo hanno preceduto, si estrinseca lungo la linea del procedere per tentativi e dimostra la deplorabile carenza, da parte del nostro legislatore, di una visione d'insieme. Del resto quella di fare le riforme a "puntate" è una consuetudine ormai radicata nel campo della crisi d'impresa; anche se, sull'opinione iuris ac necessitatis di tale modo di procedere, qui non si asconde lo scetticismo.