

### Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

*Il 21 giugno 2019 presso la Facoltà di Economia de La Sapienza Università di Roma si è tenuto un incontro di studio, organizzato dalla rivista, dal Ce.di.b. e dal Master in Diritto della crisi delle imprese sul tema «Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza». All'incontro, presieduto dal prof. Alessandro Nigro, professore ordinario fuori ruolo della Sapienza Università di Roma, sono intervenuti il prof. Sido Bonfatti, professore ordinario nell'Università di Modena e Reggio Emilia, il prof. Giovanni Falcone, professore straordinario a tempo determinato nell'Università telematica Pegaso, il prof. Sabino Fortunato, professore ordinario nell'Università di Roma Tre, il prof. Fabrizio Maimeri, professore ordinario nell'Università G. Marconi di Roma, il prof. Maurizio Sciuto, professore ordinario nell'Università di Macerata, il prof. Daniele Vattermoli, professore ordinario ne La Sapienza Università di Roma e Direttore del Master in Diritto della crisi delle imprese.*

*Ne pubblichiamo gli atti.*

#### Introduzione

ALESSANDRO NIGRO

Mi piace aprire il discorso ricordando che questo incontro è il *nono* di una serie che si è andata dipanando dal 2010. Personalmente, sono molto soddisfatto dell'andamento di questa iniziativa, che ha assunto nel tempo quella serialità, quella cadenza periodica che ci si prefiggeva, ma che sembrava un obiettivo molto difficile da raggiungere.

Preliminarmente debbo, come al solito, ringraziare – anche a nome della Rivista e del Centro Studi – tutti coloro che hanno reso possibile, anche quest'anno, realizzare l'iniziativa. Innanzi tutto, la Casa Editrice

Pacini, il cui apporto è stato come sempre fondamentale; poi, il Dipartimento, che ci ospita in questa magnifica aula; ancora, gli amici che hanno aiutato nell'organizzazione. Ringraziamenti vanno ovviamente ai colleghi ed amici che hanno accettato di intervenire come relatori, alcuni già venuti in tale veste in precedenti occasioni, altri al loro, diciamo così, "esordio". Ringraziamenti, infine, debbono andare a chi è presente all'incontro, avendo affrontato magari il fastidio di un viaggio – mi riferisco agli amici di Siena – e tutti, comunque, il disagio della calura.

Come di consueto, la mia introduzione si limiterà ad una breve presentazione del tema. Il tema di quest'anno era, dico subito, praticamente obbligato: la Rivista, e quindi i nostri incontri, si sono sistematicamente occupati dei rapporti fra le banche e le procedure di composizione e soluzione delle crisi di impresa. Nel febbraio di quest'anno – a conclusione di un percorso particolarmente accidentato – ha visto la luce il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, che ha interamente ridisegnato la disciplina, possiamo dire di diritto comune, delle procedure di composizione e soluzione delle crisi, una disciplina che – come quella anteriore – tocca in più punti i rapporti fra quelle procedure e le banche. Anche a volerlo, dunque, non avremmo potuto esimerci dal farne oggetto di specifica attenzione.

Questa volta mi occuperò io delle considerazioni conclusive: quindi evito, per ora di entrare nel merito del tema, sia in generale e sia nei profili specifici, per non sovrappormi indebitamente ai relatori. Solo due notazioni preliminari mi sembrano opportune.

La prima è che gli argomenti oggetto delle relazioni non esauriscono i profili di disciplina concernenti le banche: toccano quelli, almeno a nostro avviso, più importanti e significativi, ma non tutti. Sicuramente non tutti quelli, diciamo così, impliciti, ma neppure tutti quelli espliciti. Mi riferisco, per fare un esempio, all'art. 49, riguardante la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, che al co. 3, lett. f), prevede che il tribunale, con quella sentenza, autorizzi il curatore «*ad acquisire la documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari relativa ai rapporti con l'impresa debitrice, anche se estinti*». La ristrettezza del tempo a disposizione ha costretto a fare delle scelte.

La seconda notazione è che la nostra aspirazione è quella, al solito, di dare, con questo incontro, un contributo di chiarezza. Naturalmente, non c'è alcuna presunzione di arrivare a soluzioni definitive, ma ci sembra importante in ogni caso che si faccia uno sforzo di pervenire se non altro ad indicare delle possibili linee ricostruttive, delle prospettive di soluzione dei problemi. Dato il livello dei relatori credo che non ci siano dubbi sui risultati.

## Relazione introduttiva

SIDO BONFATTI

SOMMARIO: 1 – Premessa. Il Codice della Crisi di imprese e dell'Insolvenza e le Banche – 2. Segue. Il Codice della Crisi delle Imprese e il “Codice” della crisi delle banche. – 3. Le segnalazioni delle banche nel quadro delle misure di “allerta”. – 4. I finanziamenti prededucibili. A) Le fattispecie. – 5. Segue. B) “La permanenza della prededuzione”. – 6. Nuove forme di garanzia e Codice della Crisi. – 7. Accordi di Ristrutturazione Speciali e Convenzione di Moratoria. – 8. La responsabilità da finanziamento.

### 1. Premessa. Il Codice della Crisi di imprese e dell'Insolvenza e le Banche.

Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza (“c.c.i.”) non riguarda le banche *in modo diretto*. Esse, infatti, in buona parte vi sono sottratte. Per lo meno, sono sottratte a quei procedimenti che sono qualificabili “*procedure concorsuali*”, stante il principio (impeditivo) enunciato nell'art. 80, co. 6, t.u.b.: quindi, al fallimento (domani: “*liquidazione giudiziale*”); al Concordato preventivo; alla liquidazione coatta amministrativa (per come disciplinata nel c.c.i.).

Le banche potrebbero essere interessate *direttamente* soltanto dal Piano Attestato di Risanamento, della cui esclusione dal novero delle “*procedure concorsuali*” nessuno dubita.

È invece dubbio che possano essere interessate direttamente dall'istituto dell'Accordo di Ristrutturazione di cui ali artt. 182-*bis* ss. l.fall.

Nel passato ciò è stato ritenuto concepibile<sup>1</sup>, ma oggi è da dubitare che lo sarebbe, alla luce del recente orientamento giurisprudenziale<sup>2</sup> - che non si condivide<sup>3</sup> -, secondo il quale gli Accordi di Ristrutturazione sarebbero qualificabili “*Procedure concorsuali*”.

---

<sup>1</sup> Alludo al c.d. “caso Delta”, che ha investito un gruppo bancario e finanziario, la cui situazione di crisi è stata composta per l'appunto attraverso la conclusione e successiva omologazione di un “Accordo” ex art. 182-*bis* l.fall.: Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 6716 - pubbl. 12/12/2011.

<sup>2</sup> V. per tutte Cass., 12 aprile 2018, n. 9087.

<sup>3</sup> *Piani attestati, Accordi di ristrutturazione e crediti prededucibili*, in *Dir. banc.*, 2018, II, p. 166; *Estraneità degli Accordi di ristrutturazione alla “sfera della concorsualità”, in materia di prededuzione*, in *www.ilcaso.it*, settembre 2018; *I “cerchi concentrici” della concorsualità e la prededuzione dei crediti (“o dentro o fuori?”)*, in *www.ilcaso.it*, giugno 2018; *Ancora sulla natura giuridica degli “Accordi di Ristrutturazione”*, in *www.ilcaso.it*, febbraio 2018; *La natura giuridica dei “Piani di Risanamento Attestati” e degli “Accordi di Ristrutturazione”*, in *www.ilcaso.it*, gennaio 2018; e in *Dir. banc.*, 2018, I,

Ciononostante, l'interesse delle banche per il c.c.i. (e viceversa) è ugualmente massimo: per la semplice ragione che il sostegno finanziario alle imprese, nel nostro Paese, è ancora largamente affidato al credito bancario, con la conseguenza che le situazioni di "crisi" delle une sono destinate a produrre effetti di rilievo sulle altre; e che l'atteggiamento delle banche nei confronti delle imprese in difficoltà condiziona in modo determinante la percentuale di probabilità di successo del tentativo di superamento della "crisi" da parte di queste ultime.

Per tale ragione gli organizzatori dell'Incontro di Studio odierno meritano tutti i nostri complimenti per l'assoluto interesse dell'argomento prescelto.

## 2. Segue. Il Codice della Crisi delle Imprese e il "Codice" della crisi delle banche.

Anche sotto un altro profilo la considerazione della disciplina introdotta dal c.c.i. presenta un marcato interesse anche per le imprese bancarie. Si tratta infatti di valutare se dalla nuova disciplina delle situazioni di crisi delle imprese "di diritto comune" possano ricavarci innovazioni applicabili anche alle imprese "di diritto speciale" (nel nostro caso: le imprese bancarie), ed in quale misura.

Il contrappasso tra disciplina delle crisi delle imprese di diritto comune e disciplina delle crisi delle banche rappresenta ormai un fenomeno noto e ripetuto.

Talora è l'ammodernamento della seconda che influisce sulla evoluzione della prima (non avremmo forse mai avuto, nel 2005, la disciplina della "*cessione... di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco*" di cui all'art. 105, co. 5, l.fall., se precedentemente non fosse stata introdotta dalla disciplina delle crisi delle banche, nel 1993, la legittimazione del Commissario Liquidatore a "*cedere... i beni e rapporti giuridici individuabili in blocco*" appartenenti alla banca assoggettata a liquidazione nella amministrativa – art. 90, co. 2, t.u.b.)

Altre volte sono le innovazioni apportate alla "legge fallimentare" che condizionano la evoluzione della disciplina delle situazioni di crisi delle banche: e la approvazione del c.c.i. può rappresentare un esempio di questo secondo fenomeno.

---

p. 175; *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. banc.*, Gennaio 2018.

Si è già fatto cenno alla ritenuta applicabilità dell'istituto del "Piano Attestato di Risanamento" anche alle banche: donde l'interesse di queste ultime per le modificazioni apportate all'istituto da parte del c.c.i. Nello stesso modo, si è richiamata l'attenzione sul dubbio se l'istituto dello "Accordo di Ristrutturazione" sia (ancora) applicabile alle imprese bancarie: ovvio essendo che, in ipotesi di risposta positiva, le innovazioni apportate allo stesso rappresenterebbero un corrispondente motivo di interesse anche per le banche.

Per il resto, è da escludere, a mio avviso, che sia applicabile alle banche la disciplina funzionale a favorire, come si dice, la "emersione precoce" delle situazioni di crisi (economico-finanziaria), introdotto dal c.c.i., stante la (pre)vigenza di una disciplina di diritto speciale volta a soddisfare (in modo indubbiamente più incisivo) la medesima esigenza per l'impresa di natura bancaria.

Ed alla stessa conclusione deve pervenirsi, a mio avviso, per ciò che concerne la nuova disciplina della crisi del "gruppo" societario, alla quale la legislazione bancaria ha provveduto in tempi più risalenti, ed in modi più incisivi – gli istituti dello "Accordo di gruppo" (art. 69-*duodecies* t.u.b.), e del "Piano di Risoluzione di Gruppo" (art. 8 d.lgs n. 180/2015), non si ritengono peraltro esportabili nel campo della disciplina delle situazioni di crisi delle imprese di diritto comune.

### 3. Le segnalazioni delle banche nel quadro delle misure di "allerta".

Una delle più rilevanti innovazioni di cui è portatore il c.c.i. è rappresentata dalla introduzione e disciplina di talune misure di "allerta", funzionali a perseguire l'obiettivo di quella che abbiamo già denominata "emersione precoce" delle situazioni di crisi.

In particolare è stato imposto agli Organi di Controllo societario lo «*obbligo di segnalazione*» della «*esistenza di fondati indizi della crisi*» (art. 14, co. 1, c.c.i.): e tra le "fonti" degli indizi in questione è stata prevista l'iniziativa delle banche (e degli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b.), le quali devono dare "notizia" (anche) a detti Organi di Controllo societari (se esistenti) delle «*variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti*», nel momento in cui lo comunicano al cliente (cioè la società sulla quale quegli Organi esercitano una funzione di controllo) – art. 14, co. 4, c.c.i.

In questo modo, la "notizia" della banca all'Organo di Controllo societario può costituire la fonte di una "segnalazione" da parte dello stesso Organo Amministrativo.

L'innovazione è destinata a suscitare diversi quesiti teorici, e ad originare altrettanti problemi pratici.

I principali dubbi di carattere generale – che saranno affrontati, insieme ad altri, dalla Relazione del Prof. Falcone – riguardano il contenuto della “notizia” ed il presupposto del relativo obbligo.

In via preliminare, infatti, si dovrà stabilire se l'obbligo informativo sia assolto con l'inoltro all'Organo di Controllo della “notizia” che al “*cliente*” – cioè al suo Organo Amministrativo – è stata inoltrata la comunicazione di una “*variazione* (o revisione, o revoca) *degli affidamenti*” in essere, senza dettagliarne i contenuti – posto che l'Organo di Controllo, così preallertato, ne può chiedere copia all'Organo di Amministrazione – ; oppure se l'Organo di Controllo debba ricevere una copia (integrale) della “comunicazione” inoltrata all'Organo di Amministrazione, contenente – quindi – il dettaglio circostanziato della misura adottata dalla banca.

Sempre in via preliminare occorrerà stabilire se la “notizia”, da comunicare obbligatoriamente all'Organo di Controllo, postuli la preesistenza di un “affidamento” (come parrebbe, dal momento che si può “variare”, “revisionare” o “revocare” qualcosa, soltanto se questa cosa già sussisteva); oppure si estenda alla comunicazione (all'Organo Amministrativo) del diniego della concessione di un affidamento richiesto – che non viene né “variato”, né “revisionato”, né “revocato”, in quanto mai concesso. Il dubbio è alimentato dalla circostanza che il diniego di un affidamento richiesto costituisce di norma un segnale di “allerta” particolarmente significativo.

Quanto alle problematiche di carattere più operativo, quelle che vengono alla mente per prime sono le seguenti:

1) Destinatari della “notizia”: direi i membri del Collegio sindacale. Non il revisore o la società di revisione. Certamente anche gli Amministratori, se non altro perché l'obbligo sorge «*nel momento in cui*» le «*variazioni*» in questione sono comunicate «*al cliente*».

Da ciò dovrebbe ricavarsi la conclusione che nelle fattispecie nelle quali la banca non ritenga di dovere comunicare una determinata “notizia” al “cliente” – cioè all'Organo Amministrativo –; ovvero – direi – decida comunque di non farlo; neppure scatti l'obbligo di informare l'Organo di Controllo;

2) Presupposti della “notiziatura”: sono presupposti dell'obbligo di “notizia” le «*variazioni, revisioni o revoche*» degli «*affidamenti*»: e ciascuno dei termini utilizzati per esprimere questa regola origina dubbi interpretativi più o meno marcati.

2.A) «*affidamenti*»: si devono intendere per tali, a mio parere, tutte le linee di credito che possono interessare il sostegno finanziario dell'attività di impresa, a prescindere dalla forma che possano assumere. Quindi, tanto per fare un esempio, tanto i fidi “di cassa” quanto i fidi “di firma”; tanto le linee di credito “semplici”, quanto quelle “rotative”.

2.B) «*variazioni*»: dovrebbero essere rappresentate da qualsiasi mutamento concernente uno dei fattori di cui è composta una linea di credito: durata; importo; garanzie; eccetera.

2.C) «*revisione*»: dovrebbe essere rappresentata dalla semplice riconsiderazione (anche periodica o routinaria) della linea di credito, anche se non accompagnata da interventi di alcun genere (ma comunque di per se stessa espressiva di una conferma della linea di credito, laddove alla “revisione” non si accompagni una “*variazione*” - *supra* -, ovvero una “*revoca*” - *infra*).

A tale proposito una delle incertezze operative più ricorrenti sarà quella relativa alla ricomprensione o meno nell'ambito di applicazione di questo obbligo informativo delle “revisioni” del c.d. “*rating* interno”, cioè della valutazione sintetica attribuita all'impresa con riguardo alla maggiore o minore consistenza del suo “merito creditizio”.

2.D) «*revoca*»: dovrebbe essere rappresentata da qualsiasi intervento comportante la cessazione degli effetti della linea di credito interessata, conseguita attraverso la adozione degli istituti contrattuali funzionali a produrre tale risultato in relazione alla natura giuridica del negozio produttivo della linea di credito (ad es.: risoluzione – ovvero “decadenza del beneficio del termine” – per gli “affidamenti” a scadenza fissa; recesso per gli “affidamenti” a tempo indeterminato).

Occorre poi considerare quale siano gli effetti attribuibili alla “notizia” inoltrata dalla banca all'Organo di Controllo societario.

Dal punto di vista del destinatario della “notizia”, non pare che ciò possa essere considerato produttivo di un obbligo di “segnalazione” *ex* art. 14, co. 1, c.c.i.: la “segnalazione” si renderà necessaria nei limiti in cui dalla semplice “notizia” l'Organo di Controllo ricavi le sussistenze di «*fondati indizi della crisi*»<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Anche la “notizia” della drastica revoca degli affidamenti potrà non destare la preoccupazione che deve essere sottesa ad una “segnalazione” all'Organo Amministrativo, laddove si tratti di rapporti creditizi marginali, ovvero l'Organo di Controllo sia già stato informato della sostituzione della banca interessata con altro Istituto di credito.

Dal punto di vista del fornitore della “notizia” – la banca –, vanno considerati gli effetti previsti dall’art. 12, co. 3, c.c.i., per le ipotesi di «*attuazione della procedura di allerta da parte dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15*». Tra questi effetti, infatti, è ricompreso anche il “divieto” della «*revoca degli affidamenti bancari concessi*», che peraltro è, come visto, uno dei possibili presupposti per l’insorgenza dell’obbligo di “comunicazione”.

La situazione che si viene così a creare, apparentemente complicata, può a mio avviso essere risolta agevolmente precisando che:

(i) la “notizia” della banca all’Organo di Controllo societario non costituisce (o non costituisce necessariamente) una «*attivazione della procedura di allerta*»: se non altro perché le «*variazioni*» degli «*affidamenti*» possono anche essere in senso **incrementativo**; e le «*revisioni*» possano anche sfociare in una conferma piena del sostegno finanziario all’impresa;

(ii) in ogni caso, l’art. 12, co. 3, c.c.i. non introduce propriamente un “divieto” di «*revoca degli affidamenti bancari concessi*», in conseguenza della «*attuazione della procedura di allerta*». La norma afferma che tale circostanza «*non constitui(sce) causa... di revoca degli affidamenti*», tanto è vero che vengono dichiarati «*nulli i patti contrari*». Il significato della disposizione in commento, allora, parrebbe quello di togliere effetto alle clausole contrattuali che deducessero l’apertura di una procedura di allerta come contenuto di una clausola risolutiva espressa: ma non dovrebbe estendersi ad impedire l’adozione del provvedimento di “revoca” (*rectius*: “risoluzione”, ovvero “recesso”, secondo i casi) dei contratti di affidamento bancario, in presenza di diverse cause di scioglimento del contratto.

Per ciò che concerne infine i possibili profili di responsabilità connessi alla previsione normativa in commento, mentre la comunicazione di una “notizia” all’Organo di Controllo, in ipotesi superflua (perché estranea al perimetro considerato dalla norma), difficilmente esporrebbe la banca a responsabilità verso chicchessia – visto che l’Organo di Controllo societario potrebbe e dovrebbe comunque avere una visione completa della gestione dell’impresa sociale –; una ingiustificabile omissione della “notizia” potrebbe esporre la banca ad una responsabilità risarcitoria corrispondente a quella conseguente all’omissione, da parte

dell'Organo di Controllo societario, di una «segnalazione» ex art. 14, co. 1, c.c.i., che fosse risultata invece dovuta<sup>5</sup>.

Le due fattispecie potrebbero anche presentarsi, in taluni casi concreti, collegate tra di loro: nel senso che alla contestazione di avere omesso la «segnalazione» all'Organo di Amministrazione di un «fondato indizio della crisi» di origine bancaria (per es.: la revoca di tutti gli affidamenti da parte della banca principale), ai sensi dell'art. 14, co. 1, c.c.i., l'Organo di Controllo potrebbe obiettare di non essere stato in grado di provvedere a causa della omissione da parte della banca interessata della «notizia» di cui al co. 4 della stessa norma.

#### 4. I finanziamenti prededucibili. A) Le fattispecie.

La materia dei finanziamenti prededucibili propone due principali problemi:

(i) i presupposti, verificandosi i quali i crediti derivanti da un finanziamento (bancario) devono essere collocati in prededuzione; e

(ii) la sede nella quale la prededuzione, attribuibile in astratto ad un credito derivante da un finanziamento perché in possesso dei requisiti di legge, possa essere fatta valere in concreto nel concorso con gli altri creditori.

Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza risolve il primo problema in modo analogo a quello con il quale esso risulta risolto nell'attuale legge fallimentare (quindi, senza chiarire i non pochi dubbi che oggi caratterizzano questa disciplina); e dà una risposta al secondo – che oggi non è preso in considerazione dal diritto fallimentare positivo – in modo oggettivamente chiaro, anche se forse semplicistico.

Sotto il primo profilo, viene riproposto lo schema (oggi declinato nell'art. 111, co. 2, l.fall) secondo il quale sono prededucibili: (i) «i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali...» (art. 6, co. 1, lett. d) c.c.i.); e (ii) «i crediti così espressamente qualificati dalla legge» (art. 6, co.1, c.c.i.).

Anche per ciò che concerne i finanziamenti (bancari) viene confermato l'impianto (oggi originato dagli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.) che ne disciplina i presupposti di prededucibilità tanto con riguar-

---

<sup>5</sup> In argomento v. BENAZZO, *Il codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, pp. 274 ss.

do agli “Accordi di Ristrutturazione” quanto con riguardo al Concordato preventivo, attraverso la introduzione di disposizioni normative specifiche - cfr. artt. 99, 101 (e 102) c.c.i.

Ciò fa sì che non rilevi, a tale proposito, la circostanza se l’Accordo di Ristrutturazione sia o non sia qualificabile “procedura concorsuale”.

A prescindere da ciò, infatti, la prededucibilità dei crediti derivanti da “finanziamenti” è condizionata dalla presenza o meno dei presupposti specifici previsti da norme particolari (gli artt. 99, 101 e 102 domani; gli artt. 182-*quater* e 102-*quinquies* e 167 oggi), ed a nulla rileva la circostanza se, in mancanza di essi, opererebbe o non opererebbe il principio generale (qui però assorbito dalle disposizioni speciali ricordate) della prededucibilità conseguente alla “inerenza” ad una “*procedura concorsuale*”<sup>6</sup>.

Fissato (cioè, riprodotto) tale impianto, il c.c.i. ripropone altresì l’imposizione dell’attuale legge fallimentare, che per il Piano Attestato di Risanaamento prevede nessuna fattispecie di collocabilità in prededuzione, né per principio generale (non essendo dubbio che al “Piano” debba essere negata la natura di “procedura concorsuale”, così escludendo l’applicabilità tanto dell’art. 111 l. fall. oggi, quanto all’art. 6 c.c.i. domani); né sulla base di disposizioni speciali (che mancano totalmente)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Non solo. La scelta di affidare la disciplina della prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti (bancari) a norme speciali che ne dettano i presupposti, “assorbe” altresì la disciplina che sarebbe altrimenti ricavabile dai principi generali dettati in materia di: (i) ordinaria/straordinaria amministrazione; e (ii) effetti sui contratti pendenti. Così che, in mancanza di taluni dei presupposti specifici di cui agli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* (e 167) l. fall. oggi (e di cui agli artt. 99, 101 e 102 c.c.i. domani), a nulla rilevarebbe la circostanza:

(i) che l’atto di utilizzo di un affidamento rientri tra gli atti di ordinaria amministrazione (come sono state spesso qualificate, in giurisprudenza, le anticipazioni di portafoglio nell’ambito di un “castelletto” ritornato utilizzabile per lo “scarico” derivante dal pagamento delle fatture o delle ricevute bancarie precedentemente anticipate); né

(ii) che il contratto di finanziamento rientri tra i “contratti pendenti” destinati a proseguire nonostante l’omologazione di un Accordo di Ristrutturazione o di un Concordato preventivo (in continuità aziendale).

<sup>7</sup> In tal modo si riproduce l’anomalia sistematica che oggi caratterizza tale disciplina. Infatti, in presenza di un “Piano” ex art. 67, co. 3, lett d) l.fall. (domani: ex art. 56 c.c.i.), i crediti derivanti da due identici interventi di sostegno finanziario all’impresa (poniamo: due finanziamenti bancari) sono destinati a sorti contrapposte, secondo che vengano prontamente rimborsati, ovvero che rimangano pendenti. Nel primo caso, infatti, la sorte è positiva, perché in caso di sopravvenuto fallimento, il pagamento conseguito dalla banca non è soggetto a revocatoria (cfr. art. 67, co. 3, lett. d) l.fall); nel secondo caso,

Tutto ciò fa sì che la disciplina della prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti (bancari) sia declinabile, nel nuovo c.c.i., in termini molto simili a quelli desumibili dall'attuale legge fallimentare, nel senso che:

a) non ricorrono fattispecie di finanziamenti prededucibili nel contesto del “Piano Attestato di Risanamento”;

b) i finanziamenti concessi nel contesto di un Accordo di Ristrutturazione o di un Concordato preventivo sono prededucibili alla condizione che presentino determinati presupposti specifici (comuni tanto all'Accordo quanto al Concordato);

c) tali presupposti variano (in termini sostanzialmente analoghi a quelli odierni) in relazione alla fase del procedimento nella quale i finanziamenti vengono erogati.

Saranno così ancora declinabili i:

1) “Finanziamenti Ponte”, funzionali «*all'apertura... di tali procedure*» (art. 99, co. 1, c.c.i.; art. 182-*quater*, co. 2, l.fall.). I crediti relativi saranno prededucibili alla condizione di essere: (i) “attestati”, nonché (ii) “autorizzati” dal Tribunale fallimentare<sup>8</sup>;

---

invece, la sorte è negativa, perché al credito fatto valere nel fallimento consecutivo non è riconosciuta la prededuzione. Ciò spinge il finanziatore dell'imprenditore che ha perfezionato un “Piano Attestato” a pretendere il rimborso del finanziamento il prima possibile (per evitare il rischio di concorrere nel fallimento consecutivo con gli altri creditori, senza essere ad essi preferito): che è esattamente il contrario di quello che favorirebbe l'esito positivo del “Piano”.

<sup>8</sup> A differenza di quanto previsto dall'art. 182-*quater*, co. 2, l.fall., anche i “finanziamenti-ponte” dovranno essere autorizzati dal Tribunale (previa “attestazione” della loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori), sostituendosi tale disciplina a quella attuale, che prescinde da una autorizzazione giudiziale preventiva, e richiede invece una “ratifica” giudiziale nel contesto del provvedimento di ammissione al Concordato preventivo ovvero di omologazione dell'Accordo. Tale modifica non è condivisibile. L'introduzione di una fattispecie soggetta ad autorizzazione giudiziale preventiva anche per i “finanziamenti-ponte” può essere condivisa, ma essa avrebbe dovuto aggiungersi alla odierna disciplina, non sostituirla. Sarebbe allora stato possibile – come lo è oggi – concedere “finanziamenti-ponte” in una fase nella quale l'autorizzazione giudiziale preventiva non è possibile – perché, per esempio, non è ancora ultimato il “Piano” sotteso alla necessaria “Attestazione” che deve accompagnare l'istanza di autorizzazione ad assumere il finanziamento – , e tuttavia il finanziatore confida che in sede di ammissione al Concordato, ovvero di omologazione dell'Accordo, sussisteranno i presupposti per la “ratifica” del suo operato, e la concessione (a posteriori) della prededuzione.

2) “Finanziamenti Interinali Attestati”, concessi dopo il deposito della domanda di Concordato o della Istanza di omologazione dello Accordo, in presenza della abituale “Attestazione” dell’Esperto indipendente, subordinatamente all’autorizzazione giudiziale;

3) “Finanziamenti Interinali Urgenti”, concessi nella stessa fase, ed ugualmente soggetti ad autorizzazione giudiziale, ma privi della “Attestazione” dell’Esperto indipendente, stante la *«urgenza di provvedere per evitare un danno grave ed irreparabile all’attività aziendale»*.

4) “Finanziamenti in corso di Procedura” – concernenti il Concordato Preventivo: art. 94, co. 2, c.c.i. – <sup>9</sup>, come oggi soggetti all’autorizzazione del Giudice Delegato (art. 167 l.fall.).

5) “Finanziamenti in esecuzione del “Piano” (sotteso all’Accordo di Ristrutturazione ovvero al Concordato Preventivo), oggi disciplinati dall’art. 182-*quater*, co. 1, l.fall., che non richiedono la presenza di presupposti ulteriori alla strumentalità del finanziamento rispetto alla esecuzione del “Piano”; laddove l’art. 101, co. 1, c.c.i., richiede che il “Piano” sia incentrato sulla *“continuità aziendale”* ed i finanziamenti risultino *“espressamente previsti”* nello stesso.

Diversamente dall’attuale disciplina, quella dei “finanziamenti prededucibili” nel nuovo Codice regola espressamente l’ipotesi della erogazione di finanziamenti in un contesto fraudolento: e, in presenza di *«dati falsi»*; di omissione di informazioni rilevanti; di commissione da parte del debitore di *«altri atti in frode di creditori»*, esclude la prededucibilità dei relativi crediti, se *«il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti»*, alla data dell’erogazione, conoscevano le circostanze “anomale” precisate<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> La disposizione che disciplina *–inter alia–* i “mutui” in corso di Concordato, in termini analoghi a quelli dettati dall’odierno art. 167, co. 2, l.fall., è seguita dalla previsione secondo la quale *«l’autorizzazione può essere concessa prima dell’omologazione se l’atto è funzionale al soddisfacimento dei creditori»*. Il significato della precisazione è incomprensibile, giacché gli atti ai quali essa si rivolge sono quelli compiuti *«dalla data di presentazione della domanda di accesso al Concordato preventivo e fino alla omologazione»* (art. 94, co. 1, c.c.i.), quindi sempre (e solo) *«prima dell’omologazione»*!

<sup>10</sup> Va notato che tale disciplina diverge altresì da quanto era stato previsto nel Progetto di legge che ha immediatamente preceduto il testo poi fatto oggetto del Decreto legislativo n. 14/2019. Nel c.d. “Progetto Rordorf”, infatti, era previsto (art. 106) che le anomalie descritte fossero idonee ad escludere la prededucibilità dei finanziamenti in questione allorché *«si [potesse] presumere, sulla base dell’ordinaria diligenza, la conoscenza di detta circostanza da parte dei soggetti che hanno erogato i finanziamenti stessi»*.

Una ulteriore innovazione in materia, rispetto all'attuale disciplina dei "finanziamenti prededucibili", si registra a proposito della previsione di "scostamenti" dei dati economico-finanziari man mano evidenziati dalla continuazione dell'attività di impresa, rispetto ai cc.dd. "dati di Piano".

Secondo quanto previsto dall'art. 106, co. 2, lett. b), del Progetto di legge poi confluito nel D.lgs. n. 14/2019 – c.d. "progetto Rordorf" -, i crediti derivanti da finanziamenti pur astrattamente idonei a conferire loro il carattere della prededucibilità, ne sarebbero stati privati allorché nel corso dell'esecuzione del "Piano", sotteso all'Accordo di Ristrutturazione ovvero alla Proposta Concordataria, si fossero verificati *«scostamenti tra i dati di piano e i dati consuntivati tali da rendere, sulla base di una valutazione da riferire all'epoca, il predetto Piano manifestatamente inattuabile»*.

Tale previsione rivestiva (*rectius*: avrebbe rivestito) una grande importanza, perché avrebbe consentito di "gestire" un fenomeno tanto frequente quanto preoccupante: l'intervento di "scostamenti" tra quanto previsto nel "Piano" e quanto effettivamente realizzato nel corso della sua esecuzione. L'introduzione della norma ricordata, infatti, avrebbe consentito di potere continuare a fare affidamento sulla operatività della prededucazione originariamente attribuibile al finanziamento erogato all'impresa, ogniqualvolta una Attestazione integrativa dell'esperto indipendente - magari depositata per la pubblicazione al Registro delle Imprese - avesse accertato la mancanza di "scostamenti" rilevanti (cioè tali da indurre alla valutazione presa in considerazione dall'art. 106 del "Progetto Rordorf" come preclusiva del riconoscimento della prededucazione nel fallimento consecutivo).

Una traccia di ciò è rimasta nella (sola) disciplina dello Accordo di Ristrutturazione: per il quale l'art. 58 c.c.i. prevede che *«qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del Piano»* - anche, se non solo, in conseguenza degli "scostamenti" registrati -, l'imprenditore vi apporti le modifiche necessarie; consegua un *«rinnovo dell'Attestazione»*; pubblichi il nuovo "Piano" e la nuova "Attestazione" nel Registro delle Imprese; e ne dia notizia ai creditori. In caso di mancata opposizione dei creditori entro i successivi 30 giorni, ovvero in caso di rigetto delle eventuali opposizioni (si deve intendere che) l'Accordo continuerà a produrre gli effetti che gli sono propri (compresa la collo-

cazione in prededuzione dei finanziamenti concessi all'imprenditore), nonostante gli "scostamenti" registrati<sup>11</sup>.

## 5. Segue. B) "La permanenza della prededuzione".

Sotto il secondo dei profili enunciati in apertura (*«la sede nella quale la prededuzione, attribuita in astratto...»*), il nuovo c.c.i. intende introdurre una innovazione tanto rilevante, quanto delicata: l'affermazione cioè del principio secondo il quale *«la prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali»* (art. 6, co. 2, c.c.i.).

La portata dell'innovazione pare difficilmente discutibile: il richiamo alle procedure "esecutive" in alternativa ("o") a quelle "concorsuali", fa pensare alla volontà di "mantenere" la collocazione prededucibile dei crediti sorti con tale natura nell'Accordo di Ristrutturazione o nel Concordato preventivo anche all'interno del concorso che si sviluppasse nel contesto (non di un Concordato; di un "fallimento"; di una l.c.a.; di una Amministrazione Straordinaria consecutiva, bensì anche) di un procedimento di esecuzione forzata individuale.

La portata del dettato legislativo sembra anche volere escludere la rilevanza della sussistenza o meno di un rapporto di "consecutività" tra il procedimento nel quale è sorto il credito (originariamente) prededucibile, ed il procedimento esecutivo (individuale o collettivo) nel quale si provvede al suo soddisfacimento, in concorso con gli altri creditori ("vecchi" o nuovi che siano) dell'imprenditore-debitore: e ciò nonostan-

---

<sup>11</sup> Come detto, la norma richiamata è dettata nel contesto della disciplina dell'Accordo di Ristrutturazione, e non è riprodotta nel contesto di quella del Concordato preventivo. Una sua applicazione estensiva parrebbe a prima vista ipotizzabile, nonostante la differenza di struttura dei due procedimenti: al postutto, infatti, la legittimazione all'opposizione di cui all'art. 58 c.c.i. è concessa anche ai creditori (già) "aderenti" all'Accordo (se non proprio **solo** a loro, essendo i non aderenti, presumibilmente, già stati soddisfatti), per cui nulla parrebbe ostare ad una estensione della disciplina anche ai creditori (aderenti o non aderenti che siano stati) al Concordato.

Nel frattempo la prassi ha individuato degli strumenti sostitutivi per la "neutralizzazione" degli effetti degli "scostamenti" rispetto ai "dati di piano", rappresentati dalla previsione nella Proposta concordataria dell'obbligo dell'imprenditore di inserire e mantenere nell'Organo di Controllo societario un membro designato dal Commissario Giudiziale, al fine di garantire un presidio sulla gestione dell'impresa idoneo a fare scattare, ove necessario, le iniziative "repressive" del Commissario Giudiziale di cui all'art. 185, co. 1, l. fall., ed all'art. 186-bis, co. 7, l. fall. (e domani dell'art. 118, co. 1, c.c.i.).

te che la *Relazione* al testo del decreto legislativo approvato in data 12 gennaio 2019, con il numero 14, lasci presumere l'intento contrario<sup>12</sup>.

Ove tale conclusione fosse condivisa (con soddisfazione o meno che sia), si dovrebbe altresì prendere atto della emersione di profili problematici che avrebbero richiesto di essere a loro volta disciplinati.

Per un verso, infatti, sarebbe parso opportuno creare gli strumenti necessari (forse una informativa obbligatoria in sede di Nota Integrativa al bilancio di esercizio?) per consentire ai creditori successivi di rendersi conto di quanta parte dell'indebitamento pregresso dell'impresa avesse acquisito, e mantenuto, il carattere prededucibile (fenomeno, questo, che produce un effetto economico equivalente a quello di una perdita del patrimonio responsabile dell'impresa per equivalente importo).

Per un altro, poi, sarebbe parso opportuno precisare se la prededucibilità "ereditata" (o "protratta") sarebbe comunque stata destinata a cedere ai creditori concorrenti privilegiati muniti di pegno od ipoteca (cfr. art. 111-*bis*, co. 2, l. fall. e art. 222, co. 2 c.c.i.) – con il rischio, quindi, di incapienza per effetto di atti costitutivi di garanzie reali posti in essere successivamente alla nascita del credito prededucibile -; oppure avrebbe avuto l'attitudine a prevalere anche sui crediti muniti di pegno od ipoteca, laddove sorti successivamente.

Più in generale, infine, sarebbe stato opportuno affrontare e disciplinare il problema della "permeabilità" e "confondibilità", o meno, del patrimonio "destinato" al soddisfacimento dei creditori controparti dello "Accordo", ovvero destinatari della Proposta concordataria, con il patrimonio (attività e passività) formatosi successivamente, specie nella prospettiva della continuazione dell'attività di impresa.

Per tali ragioni – o *anche* per tali ragioni -, l'argomento affidato al Porf. Vattermoli si presenta tanto interessante quanto sfidante

## 6. Nuove forme di garanzia e Codice della Crisi.

Nonostante le legittime aspettative per un intervento normativo su forme innovative di garanzia che suggerirebbero l'adozione di una disciplina "integrata" – a partire dal c.d. "pegno non possessorio" e dal c.d.

---

<sup>12</sup> A proposito del principio "innovativo" riportato nel testo, la *Relazione illustrativa* dell'art. 6 del decreto legislativo di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, afferma che «restano ferme le regole già vigenti riguardanti la prededucibilità dei crediti sorti durante le procedure concorsuali e la sua persistenza nelle procedure successivamente aperte».

“patto marciano” –, il nuovo c.c.i. presenta (art. 385 ss. c.c.i.), in argomento, un solo intervento di rilievo, dedicato all’ammodernamento della disciplina delle «*garanzie a tutela degli acquirenti degli immobili da costruire*» (ma non escludo che il Prof. Maimeri si soffermi anche sugli istituti “dimenticati” dal Riformatore).

Trattasi essenzialmente della modificazione, da parte degli artt. 385 – 388 c.c.i., della disciplina già riferibile agli artt. 3, 4, 5 e 6 del d. lgs. n. 122/2005, che nell’intento di ricercare una maggiore tutela per gli acquirenti di “*immobili da costruire*”, rischia di rendere problematico l’ottenimento della prestazione di tali garanzie da parte delle imprese del settore.

In via preliminare la legittimazione a prestare le garanzie *de quibus* viene ristretta alle banche ed alle Compagnie assicurative, escludendo gli altri «*intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’articolo 107*» t.u.b.

In secondo luogo la fideiussione diviene escutibile anche nell’ipotesi nella quale il notaio incaricato della predisposizione dell’atto di trasferimento dell’immobile abbia attestato che il costruttore non ha rilasciato la polizza assicurativa indennitaria decennale a copertura dei danni materiali e diretti all’immobile (omissione, questa, che produce altresì «*la nullità del contratto che può essere fatta valere solo dall’acquirente*»).

La struttura della garanzia, che rimane fedele al modello civilistico della fideiussione e non pare potere essere predisposta secondo i caratteri del “contratto autonomo di garanzia” – anche per quel che preciserò in appresso –, rischia di essere percepita dalla banca come una “gabbia” dalla quale risulti difficile liberarsi, nonostante, ad esempio, un progressivo aggravamento del rischio – connesso all’insorgenza di una situazione di “crisi” del costruttore garantito –.

Al peggioramento delle condizioni del debitore (che è il costruttore) non pare che sussistano i presupposti perché la banca possa “uscire dal rischio”. La risoluzione per inadempimento dell’obbligo di pagamento della commissione dovuta dal costruttore (o del premio assicurativo, in caso di prestazione di una Polizza assicurativa), è vietata per legge (art. 3, co. 5, d. lgs. n. 122/2005); né si ritengono sussistenti i presupposti per un recesso dal contratto di fideiussione, vista la funzione di garanzia assoluta nei confronti del beneficiario.

La banca fideiubente rischia pertanto di rimanere “prigioniera” di una garanzia prestata in favore di un soggetto – l’acquirente dell’immobile da costruire – che potrebbe ritardarne l’escussione sino al momento nel quale la crisi del costruttore sia divenuta irreversibile.

Né è possibile ipotizzare che la banca possa rendere meno vincolante l'obbligazione di garanzia assunta, rafforzando gli impegni assunti dal costruttore nel contratto di finanziamento (“credito di firma”), funzionale al successivo rilascio della fideiussione da parte della banca. Si tratterebbe per esempio di intervenire, rendendolo più efficace, sull'istituto del “rilievo” del fideiussore (art. 1953 c.c.), che consente a costui di agire nei confronti del debitore principale perché questi “*gli procuri la liberazione*”. Questo risultato potrebbe non essere gradito al creditore garantito (l'acquirente): ed è pertanto da dubitare che sarà consentito che sia perseguito, allorché sarà stato adempiuto l'obbligo, introdotto dall'art. 385, co. 1, lett. d) c.c.i. (che aggiunge un co. 7-*bis* all'art. 3 d. lgs. n. 122/2005) di «[determinare] *il modello standard della fideiussione*», cioè di predisporre un testo standardizzato che dovrà essere necessariamente adottato dagli Istituti che presteranno questa garanzia.

## 7. Accordi di Ristrutturazione Speciali e Convenzione di Moratoria.

**7.1.** Il nuovo c.c.i. riprende la disciplina della Convenzione di Moratoria (oggi regolata dai commi 5, 6, 7 e 8 dell'art. 182-*septies* l. fall.) e dell'Accordo di Ristrutturazione c.d. “interbancario” (disciplinato dai restanti commi della norma richiamata), per estenderne la applicazione a tutti i creditori dell'imprenditore interessato, anziché – come avviene oggi – ai soli intermediari bancari e finanziari.

Per il resto, la disciplina di questi istituti non pare registrare particolari innovazioni (ma per verificare la condivisibilità di tale conclusione dobbiamo attendere la Relazione del Prof. Sciuto), se si fa eccezione per:

(i) la esigenza, per la Convenzione di Moratoria, di una Attestazione “rafforzata”, in quanto estesa dalla sola «*omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici tra i creditori interessati dalla moratoria*» alla «*veridicità dei dati aziendali, [e] l'idoneità della Convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, anche in relazione alle possibili soluzioni della stessa...*»; e

(ii) la esigenza che l'Accordo di Ristrutturazione (che intenda vedersi applicata la disciplina degli Accordi «*ad efficacia estesa*») presenti un «*carattere non liquidatorio*» (a meno che i creditori siano rappresentati da banche ed intermediari finanziari).

Nel limitarsi a riprendere l'attuale disciplina dei due Istituti, salve le particolarità segnalate, il nuovo c.c.i. perde l'occasione per chiarire alcuni profili controversi che caratterizzano l'attuale disciplina: primo tra i quali, la individuazione del “perimetro” di estendibilità ai creditori non aderenti delle obbligazioni assunte dai creditori aderenti appartenenti ad

una categoria omogenea, in misura tale da produrre l'effetto vincolante degli impegni assunti.

Per ciò che concerne le banche, la discussione verte sulla portata da attribuire al principio (affermato già oggi, e riprodotto nel c.c.i. – art. 61 –), secondo il quale «*in nessun caso... ai creditori ai quali è stato esteso l'Accordo possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti*»: principio che, secondo alcuni interpreti – con i quali non mi trovo d'accordo – consentirebbe pur tuttavia all'Accordo *de quo* di imporre alle banche non aderenti l'obbligo di consentire *la continuazione dell'utilizzo degli affidamenti in essere*, nei limiti della riduzione registrata dallo stesso nel corso del tempo (per es. in conseguenza dello “scarico” del rischio di “castelletto” a seguito del pagamento dei crediti commerciali originariamente anticipati).

Neppure sono risolti i dubbi – che personalmente sarei propenso a risolvere in senso positivo – se:

gli aderenti “coatti” (perché resi tali dal meccanismo di estensione della volontà dei creditori titolari del 75% delle passività di una Categoria omogenea anche ai titolari del restante 25%) possano essere computati ai fini del raggiungimento della necessaria percentuale complessiva (60%), commisurata all'indebitamento totale dell'impresa;

gli aderenti “coatti” siano sottratti all'obbligo del pagamento integrale e (pressoché) tempestivo dei creditori non aderenti (essendo i primi qualificabili “aderenti”, anche se in virtù di un meccanismo maggioritario).

**7.2.** Presenta invece carattere innovativo l'istituto degli Accordi di Ristrutturazione “agevolati” (art. 60 c.c.i.). Trattasi di quegli Accordi di Ristrutturazione nell'ambito dei quali l'imprenditore:

(i) non proponga la moratoria normalmente disposta per i creditori non aderenti (120 giorni dall'omologa ovvero, se successiva, dalla scadenza); e

(ii) non abbia richiesto e rinunci a richiedere «*misure protettive temporanee*», come quelle connesse alla presentazione della c.d. “istanza di sospensione”.

In presenza di tali presupposti, «*la percentuale [necessaria perché l'Accordo produca gli effetti tipici dell'istituto] è ridotta alla metà*»: cioè al 30% delle passività dell'impresa.

La percentuale si abbassa dunque ad un livello tale, che normalmente è conseguito anche nelle ipotesi nelle quali ricorrano le condizioni

per stipulare un “Piano Attestato di Risanamento”: e si può immaginare che in molte fattispecie l'imprenditore in grado di superare la crisi con la collaborazione di un numero sia pure limitato di creditori, le cui pretese superino peraltro l'indicata soglia del 30%, accetterà di integrare il “Piano” con la previsione della sua sottoposizione ad omologa, trasformandolo così in un “Piano Attestato Omologato”.

## 8. La responsabilità da finanziamento.

Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza non pare apportare elementi nuovi alla discussione sulla configurabilità di una responsabilità delle banche per “concessione abusiva di crediti”, ovvero – all'incontrario – per “revoca brutale del fido”.

I possibili rischi penali nella concessione del credito – o nel “ritiro” dello stesso – sembrano pertanto doversi misurare con gli orientamenti giurisprudenziali che già conosciamo.

Fa eccezione la previsione di cui all'art. 68, co. 2, c.c.i., sia pure riconducibile al tema della “*responsabilità da finanziamento*” in termini un po' generici – ma vedremo cosa ce ne dirà il Prof. Fortunato -.

La norma afferma che «*il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento [del consumatore] o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'articolo 124-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa [del Piano di Ristrutturazione dei debiti del Consumatore], anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore*».

La portata della innovazione non è chiara, perché parrebbe consentire al debitore di prevedere arbitrariamente un trattamento punitivo per la banca creditrice, senza che questa possa dolersene in sede di opposizione all'omologazione – quando, beninteso, fosse ritenuta colpevole della situazione di indebitamento del consumatore o del suo aggravamento -.

Per converso, non si comprende se tale “sanzione” abbia carattere assorbente della responsabilità risarcitoria della banca eventualmente collegabile alle condotte presupposte dalla norma, ovvero se tale asserita responsabilità possa essere fatta valere secondo le regole generali.

Lo stesso deve dirsi per quanto concerne il disposto dell'art. 80, co. 4, c.c.i., che riproduce la norma commentata nel contesto della omologazione del “Concordato Minore”.

## Il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari nelle procedure di allerta e di composizione assistita delle crisi.

GIOVANNI FALCONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’obbligo di “dare notizia” agli organi di controllo societari: fondamento e responsabilità – 2.1. Il contenuto oggettivo dell’obbligo di “dare notizia” – 3. Gli effetti della attivazione della procedura di allerta e di quella di composizione assistita della crisi sui contratti bancari.

### 1. Premessa.

L’introduzione di “strumenti di allerta” - declinati come “obblighi di segnalazione” da parte di soggetti “qualificati”, e caratterizzati dallo scopo di consentire una “tempestiva rilevazione degli indizi di crisi d’impresa” e la “sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione” - costituisce uno dei tratti maggiormente innovativi della riforma della materia concorsuale operata dal d.lgs. n. 14 del 2019 (“Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155”)<sup>1</sup>.

L’opportunità della introduzione di tale tipologia di strumenti all’interno del sistema concorsuale è da tempo dibattuta<sup>2</sup>: ma soltanto con il “Codice” (d’ora in poi “c.c.i.”) il legislatore italiano si è determinato ad una scelta particolarmente impegnativa e delicata, rispetto alla quale i giudizi di opportunità non possono ormai che essere rimessi ad una valutazione in termini di efficacia e di efficienza dell’istituto una volta entrato “a regime”<sup>3</sup>.

Tra i molteplici motivi di interesse suscitati dalla introduzione degli strumenti di allerta, vi è quello sollecitato dalla “singolare” previsione di

---

<sup>1</sup> Sul percorso che ha condotto alla introduzione delle misure di allerta e sulla loro attuale configurazione, anche alla luce dei contenuti della Direttiva (UE) 2019/1023, v. VELLA, *L’allerta nel codice della crisi e dell’insolvenza alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023*, in *Crisi d’impresa e insolvenza*, 24 luglio 2019. Si vedano anche FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Il fallimento*, 2019, pp. 419 ss.; e GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l’emersione tempestiva della crisi*, ivi, 2019, pp. 409 ss.

<sup>2</sup> In particolare, l’introduzione di strumenti simili era stata ipotizzata nei lavori della c.d. “Commissione Trevisanato”, all’inizio del corrente secolo.

<sup>3</sup> Anche la disciplina degli istituti di allerta, è destinata ad entrare in vigore, ex art. 389, co. 1, c.c.i., decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

un ruolo delle banche e degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b., che sono infatti, in qualche misura, coinvolti nel procedimento di attivazione degli strumenti di allerta predisposti per l'impresa la cui attività riveli "fondati indizi della crisi" (art. 14, co. 1, c.c.i.).

Più precisamente, un coinvolgimento "attivo" di banche ed intermediari finanziari è previsto dall'art. 14, co. 4, c.c.i., che attribuisce a tali soggetti un obbligo informativo nei confronti degli "organi di controllo societari" avente ad oggetto vicende relative agli "affidamenti" concessi; nello stesso tempo, però, l'attivazione delle procedure di allerta o di composizione assistita della crisi riverbera (secondo la disciplina contenuta nell'art. 12, co. 3, c.c.i.) i propri effetti sui contratti già conclusi tra la banca e l'impresa debitrice (e, in particolare, sugli "affidamenti bancari"). Mette conto, pertanto, di esaminare partitamente tali due distinti "versanti".

## 2. L'obbligo di "dare notizia" agli organi di controllo societari: fondamento e responsabilità.

Il già ricordato art. 14, co. 4, c.c.i. dispone che *«le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revocche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti»*. Tale adempimento – di cui invero mancano tracce nell'ambito dei principi e dei criteri direttivi contenuti nella legge delega<sup>4</sup>, ed il cui inserimento pare da porsi verosimilmente in relazione con le vicende che hanno portato alla progressiva (quanto tormentata) for-

---

<sup>4</sup> All'interno della legge n. 155 del 2017, infatti, non è ravvisabile alcun riferimento a banche o intermediari finanziari nella attivazione degli strumenti di allerta. La legge si limita ad evidenziare la necessità di *«porre a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e delle società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi (...)»*. Con riguardo al ruolo giocato dagli organi di controllo societari nelle procedure di allerta (ed in una prospettiva aziendalistica), v. BERNARDI e TALONE, a cura di, *Sistemi di allerta interna. Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario*, in *Quaderni SAV*, n. 71, Milano, 2017. Si veda al riguardo anche QUAGLI e PANIZZA, *Il sistema di allerta*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 21 maggio 2019. Riflessioni sulla procedura di allerta quale risultante dal "disegno" contenuto nella legge delega in SPOLIDORO, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, (1), pp. 171 ss.

mazione del testo definitivo della Direttiva (UE) 2019/1023, sui quadri di ristrutturazione preventiva<sup>5</sup> – sembra da doversi porre immediatamente in relazione con l’obbligo, che fa capo all’organo di controllo, di “segnalare immediatamente” la “esistenza di fondati indizi della crisi” all’organo amministrativo.

Sembra, cioè, doversi attribuire all’obbligo informativo dell’intermediario una sorta di funzione “ancillare” rispetto all’obbligo di segnalazione facente capo all’organo di controllo (declinato nelle previsioni contenute nei precedenti commi dell’art. 14 c.c.i.), nel senso che la comunicazione di tali informazioni all’organo di controllo è intesa a rendere più agevole a quest’ultimo la stessa individuazione di eventuali indizi di crisi<sup>6</sup>, e, conseguentemente, il puntuale adempimento del proprio obbligo di segnalazione<sup>7</sup>.

Nondimeno, è da evidenziare che l’obbligo di comunicazione di banche ed intermediari è rivolto unicamente all’organo di controllo, e non

---

<sup>5</sup> Mentre la Direttiva (UE) 2019/1023 (“riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l’esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull’insolvenza)”) era ancora allo stato di “proposta” (presentata nel 2016) erano stati a loro volta proposti emendamenti da parte del Consiglio e dal Parlamento europeo; tra questi, un emendamento relativo all’art. 3 prevedeva che tra gli strumenti di “*early warning*” avrebbero potuto annoverarsi «*regular reporting or information obligations for third parties, such as accountants, tax and social security authorities or certain types of creditors such as banks*». Peraltro, il “*final compromise*” raggiunto con la Commissione e risultante dal testo del 17 dicembre 2018, già non conteneva più questo esplicito riferimento, che infatti non compare neppure nel testo dell’art. 3 della (versione finale della) Direttiva, il cui punto 2 prevede ora che «*gli strumenti di allerta precoce possono includere quanto segue: a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi*».

<sup>6</sup> In questa prospettiva anche S. TETI, *Procedure di allerta*, Torino, 2018, p. 32. Secondo VELLA, *L’allerta*, cit., p. 10, la previsione dell’obbligo per banche e intermediari finanziari trova fondamento nella finalità di «*superare eventuali carenze di comunicazione interna tra gli organi societari, e comunque*” in quella di “*stipulare la massima tempestività nell’attivazione del meccanismo bifasico di allerta (dapprima) interna e (poi) esterna*».

<sup>7</sup> E’ da ricordare che, secondo quanto previsto nel co. 1 dell’art. 14, «*gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell’ambito delle proprie funzioni, hanno l’obbligo di (...) segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l’esistenza di fondati indizi della crisi*».

anche alle altre funzioni (revisore contabile, società di revisione) cui pure è attribuito un autonomo obbligo di segnalazione. Tale circostanza trova una possibile spiegazione nella constatazione che, nell'ambito della revisione legale dei conti, le notizie in merito alle vicende degli "affidamenti" potranno più agevolmente essere acquisite in modo "attivo", alla luce di quanto previsto dall'art. 14 del d. lgs. n. 39 del 2010<sup>8</sup>.

L'obbligo attribuito a banche e intermediari finanziari di dare notizia agli organi di controllo societari (se esistenti) di "variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti" è apparentemente sprovvisto di sanzione per il caso della sua inosservanza<sup>9</sup>: ma occorre comunque domandarsi se e quali profili di responsabilità dell'intermediario possano individuarsi, proprio alla luce della considerazione, già svolta, per cui caratteristica principale dell'obbligo di segnalazione è la sua "strumentalità" rispetto all'obbligo di segnalazione da parte dell'organo di controllo. A differenza della inosservanza dell'obbligo di "comunicazione" (facente capo a banche e ad intermediari finanziari), quella dell'obbligo di "segnalazione" facente capo all'organo di controllo è, invece, esplicitamente sanzionata dalla norma, dal momento che la mancata tempestiva segnalazione può comportare una responsabilità solidale *«per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere»* dall'organo amministrativo *«che non siano conseguenza diretta delle decisioni assunte prima della segnalazione»*. Si tratta di una responsabilità, quest'ultima, che pare possibile ricondurre all'ambito presidiato dall'art. 2407, co. 2, c.c., che rende, a sua volta, i sindaci solidamente responsabili con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, *«quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica»*: l'obbligo di segnalazione, infatti, per effetto della previsione contenuta nel c.c.i., viene "integrato" agli obblighi inerenti alla carica.

---

<sup>8</sup> Nell'ambito della revisione legale dei conti, infatti, il citato art. 14 ricomprensiva la verifica *«nel corso dell'esercizio»* della *«regolare tenuta della contabilità sociale»* e della *«corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili»*; senza contare che al revisore è riconosciuto il diritto di *«ottenere dagli amministratori documenti e notizie utili all'attività di revisione legale»* e di *«procedere ad accertamenti, controlli ed esame di atti di atti e documentazione»*. Sul punto MORTO, *La funzione di revisione legale: intersezione fra disciplina dell'attività e dei soggetti*, in *Riv. soc.*, 2018, pp. 433 ss.

<sup>9</sup> Lo rileva GUIOTTO, *I sistemi*, cit., p. 417, il quale evidenzia al riguardo che "inaspettate revoche o riduzioni di linee di credito" potrebbero essere considerate "indizi della crisi".

Per banche e intermediari finanziari, invece, come già ricordato, nessuna sanzione appare prevista, fosse pure indirettamente, per il caso di omissione dell'obbligo di "dare notizia". Occorre peraltro domandarsi se tale eventuale omissione non possa comunque, in alcuni casi, coinvolgere l'intermediario nella responsabilità dell'organo di controllo (laddove, beninteso, quest'ultima sussista): detta eventualità potrebbe in astratto ipotizzarsi laddove l'apprezzamento di "fondati indizi di crisi" non avrebbe potuto essere effettuato dall'organo di controllo se non attraverso le notizie relative alle vicende degli affidamenti comunicate dall'intermediario. A tale riguardo si potrebbe prefigurare una responsabilità aquiliana dell'intermediario nell'inadempimento (contrattuale) dell'organo di controllo – ciò peraltro dovendo pur presupporre una consapevolezza, in capo all'intermediario, del danno arrecato per effetto di una comunicazione omessa o non veritiera; ovvero, senza necessità di ricorrere alla categoria del dolo, si potrebbe ipotizzare una responsabilità della banca per "lesione del diritto di credito" sul presupposto che l'omissione della comunicazione, ritardando l'attivazione degli strumenti di allerta, abbia avuto una efficienza causale nell'aggravamento della crisi, ledendo, in ultima analisi, la possibilità di soddisfacimento da parte degli altri creditori. Infine, in una ulteriore possibile ricostruzione, alla luce della strumentalità dell'obbligo di "dare notizia" rispetto a quello di "segnalazione", neppure potrà escludersi che la violazione dell'obbligo di informativa possa rivelarsi, ancorché mediatamente, come fonte di danno per l'impresa, in applicazione del criterio del c.d. "rischio specifico"<sup>10</sup>: ciò sulla scorta della constatazione che se l'omissione dell'obbligo di comunicazione comporta un apprezzabile aggravamento del rischio del verificarsi di un evento (in ipotesi: l'aggravamento dello stato di crisi) - nella misura in cui l'organo di controllo venisse per ciò stesso privato, nel caso concreto, di un parametro di giudizio essenziale ai fini della rilevazione di "fondati indizi di crisi" - l'omissione dell'intermediario cessa di configurarsi come "occasione" del danno per qualificarsi più propriamente come "causa" del medesimo.

La responsabilità dell'intermediario, così come appena ipotizzata e tratteggiata, soltanto apparentemente, peraltro, troverebbe assonanze con il paradigma della responsabilità da concessione abusiva di credito<sup>11</sup>: e ciò sia perché, nel caso ipotizzato, la responsabilità dell'inter-

---

<sup>10</sup> Sul punto BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, pp. 145 ss.

<sup>11</sup> Sulla quale NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle*

mediario per omissione della comunicazione riverbererebbe (sempre, e non eventualmente) un possibile pregiudizio sulla generalità dei creditori, dal momento che si porrebbe come lesivo in modo indifferenziato della garanzia patrimoniale generica rappresentata dal patrimonio della società; e sia perché parrebbe francamente arduo ipotizzare (come invece si opina, talora, con riguardo alla concessione abusiva di credito) un concorso della banca nell'inadempimento dell'obbligo di segnalazione facente capo all'organo di controllo, sulla base della assorbente considerazione che diverso è l'oggetto degli obblighi facenti capo, rispettivamente, agli intermediari e all'organo di controllo ("dare notizia" di vicende relative al rapporto di affidamento, da un lato; "segnalazione" di "fondati indizi di crisi", dall'altro)<sup>12</sup>.

## 2.1. Il contenuto oggettivo dell'obbligo di "dare notizia".

Pervenendo ora al contenuto oggettivo dell'obbligo di comunicazione facente capo a banche ed intermediari, questo – si ripete ancora – consiste nel dare notizia "anche agli organi di controllo societari, se esistenti", delle "variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti", nel momento in cui queste sono comunicate al cliente. La previsione non appare scevra da serie ambiguità lessicali, riposanti essenzialmente nel riferimento al concetto di "affidamento" che, nella prassi bancaria, appare riferibile a figure negoziali quali l'apertura di credito o a contratti di credito caratterizzati, quanto al loro funzionamento, da una clausola di rotatività<sup>13</sup>. Che sia questo il significato della nozione recepito dal legisla-

---

*imprese "in crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, I, pp. 305 ss.

<sup>12</sup> Sui confini della responsabilità da concessione abusiva di credito, da ultimo INZITARI e DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, I, pp. 1035-1081; in tema anche VITIELLO, *Il ruolo delle banche nell'aggravamento e nella soluzione della crisi d'impresa*, in *Questione giustizia*, 2017, (3), pp. 193-203. In giurisprudenza, recentemente Cass., 14 maggio 2018, n. 11696, in *Dir. fall.*, 2018, II, pp. 1167 ss., con nota di FAVA, *Danno da abusiva concessione di credito e presupposto soggettivo del terzo creditore: una problematica ricostruzione delle tutele*.

<sup>13</sup> SPINELLI – GENTILE, *Diritto bancario*, Padova, 1991, p. 236. Una ampia ricognizione della nozione di "fido bancario" e della pluralità di connotazioni semantiche alla stessa attribuibili o attribuite nell'importante lavoro di MORERA, *Il fido bancario*, Milano, 1998, il quale, peraltro, evidenzia come spesso l'equiparazione dell'affidamento alla apertura di credito venga effettuata "confusivamente". La sostanziale "ambiguità" del concetto di "affidamento" è rilevata anche da FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, Torino, 2005, pp. 232-234.

tore appare suggerito anche dalla circostanza che vi sono riferite vicende quali la “revoca” o la “riduzione” che difficilmente si attaglierebbero a contratti di credito diversi (primi fra tutti i contratti riconducibili alla forma tecnica del mutuo): soltanto facendo perno su una interpretazione estensiva fondata sulla *ratio* della norma si può pervenire ad applicare la norma anche ad altri contratti di credito (e quindi a ritenere, ad esempio, che l’organo di controllo vada informato anche di vicende quali la risoluzione o decadenza dal beneficio del termine di un mutuo). Pure particolarmente arduo appare ipotizzare la applicazione della norma in ipotesi di “revisione” (che è vicenda riguardante adempimenti interni di natura amministrativa del finanziatore, e non vicenda contrattuale); così come invece appare “sovrabbondante” comunicare all’organo di controllo l’eventuale aumento di linee di credito (in quanto ricompreso nel concetto di “variazioni”), e non la sola riduzione. Non appare invece previsto un obbligo di comunicazione relativamente a linee di credito mai perfezionate, ma oggetto di richiesta da parte della società e di successivo diniego da parte dell’intermediario: la circostanza appare invero singolare, considerando che quella appena ricordata è una eventualità che potrebbe disvelarsi come fortemente “sintomatica” nella prospettiva della ricerca di “fondati indizi di crisi”.

Quanto alle modalità concrete della comunicazione, per quanto lo schema prefigurato dall’art. 14, co. 4, c.c.i., sembri fare riferimento a due comunicazioni distinte (quella con la quale viene comunicata al “cliente” la vicenda relativa all’affidamento; quella con la quale viene data notizia all’organo di controllo dell’invio di tale comunicazione), sembra comunque ipotizzabile anche la prassi di inviare la medesima comunicazione al “cliente” societario e, per conoscenza, al suo organo di controllo.

### 3. Gli effetti della attivazione della procedura di allerta e di quella di composizione assistita della crisi sui contratti bancari.

In merito agli effetti sui contratti bancari in corso della attivazione della procedura di allerta e di quella di composizione assistita della crisi, dispone il comma terzo dell’art. 12 c.c.i., prevedendo che *«l’attivazione della procedura di allerta da parte dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, nonché la presentazione da parte del debitore dell’istanza di composizione assistita della crisi di cui all’articolo 16, comma 1, non costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con le pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari»*.

Molti sono i problemi ermeneutici sollevati dalla disposizione appena ricordata, che, ancora una volta, paiono piuttosto riposare sulle incertezze lessicali del legislatore. Si pensi, in primo luogo, alla circostanza che vengono evocati gli “affidamenti *bancari* concessi”: con il che ci si deve domandare se l'impossibilità di procedere a “revoca degli affidamenti” possa riguardare anche le linee di credito concesse da intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b. (domanda tanto più lecita se si pensa che gli intermediari finanziari sono invece espressamente coinvolti nell'obbligo di comunicazione all'organo di controllo delle vicende degli “affidamenti”). Sempre con riferimento alla interpretazione “statica” della norma, è da evidenziare che il riferimento alla nozione di contratti “pendenti” resta non accompagnato da una apposita definizione (come invece accade nell'art. 97 c.c.i. per il concordato preventivo e nell'art. 172 per la liquidazione giudiziale), sicché l'interprete deve domandarsi se al riguardo si intenda o meno recepita una nozione di contratto pendente analoga a quella prevista per le procedure appena citate.

Quanto invece alla concreta operatività della previsione, ci si deve chiedere se – con riferimento alla attivazione delle procedure di allerta – la ipotesi della previsione all'interno del regolamento contrattuale di tale attivazione come causa di revoca della affidamento possa essere realisticamente configurabile: e ciò per la constatazione che la banca non potrebbe avere conoscenza di detta attivazione perché - a differenza di quanto accade nel procedimento di composizione assistita della crisi, che comporta il possibile contatto con i creditori, quella attivazione - la procedura dovrebbe invece restare confinata al rapporto endosocietario tra organo di controllo e organo amministrativo o a quello esterno con i creditori pubblici qualificati. Il riferimento, in questo caso, alla mera nozione di “affidamento” non sembra creare (come invece accade con riferimento alla norma contenuta nell'art. 14, sopra ricordata) difficoltà operative, dal momento che, in questo contesto, si fa riferimento anche, più in generale, alla “risoluzione” dei contratti: il che comporta la possibilità di ricomprendere nell'ambito oggettivo della disposizione anche i contratti di credito riconducibili alla forma tecnica del mutuo.

Resta poi dubbio il concreto valore della previsione della nullità di eventuali patti contrari: sarebbero, cioè, nulli i patti che individuassero nella attivazione di una procedura di allerta o di una composizione assistita della crisi il presupposto oggettivo di una clausola risolutiva espressa, o una causa di recesso, o una ipotesi di inadempimento. A ben vedere, però, tale previsione non sembra poter escludere che, laddove la situazione sostanziale in cui versi l'impresa possa essere dalla banca diversamente apprezzata (cioè venga considerata oggettivamente,

indipendentemente dalla circostanza che sulla base di essa sia stata, ad esempio, attivata una procedura di allerta: evento, che, tra l'altro, si ripete, la banca neppure dovrebbe ordinariamente conoscere), quella stessa situazione oggettiva possa essere individuata contrattualmente come fondamento della risoluzione o come causa di recesso. Se mai, una concreta "guarentigia" per l'impresa potrebbe piuttosto essere rappresentata dal principio contenuto nell'art. 4, co. 3, c.c.i., secondo cui «*i creditori hanno il dovere, in particolare, di collaborare lealmente con il debitore*» e «*con i soggetti preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi (...)*»: quindi non la introduzione di formali clausole limitative della facoltà di risoluzione o di recesso, ma un giudizio in termini di buona fede oggettiva del comportamento della banca che le applichi in maniera eventualmente strumentale<sup>14</sup>.

Se, dunque – stante la "riservatezza" che deve contraddistinguere l'avvio di procedure di allerta – l'ambito operativo concretamente ipotizzabile per la norma in esame appare ridursi a quello dell'avvio delle procedure di composizione assistita della crisi (di cui la banca, in quanto creditore, ben può venire a conoscenza, ancorché la procedura si svolga «*in modo riservato e confidenziale dinanzi all'OCRI*»: art. 12, co 2 c.c.i.): per effetto della disposizione, allora, i contratti pendenti proseguiranno regolarmente, e potranno avere termine nei casi previsti dalla legge e dal contratto stesso, salva l'eventualità che si pervenga ad una loro rinegoziazione, che dovrà rivestire la forma dell'accordo di cui all'art. 19, co. 4, c.c.i.).

È da chiedersi, però, se tra il momento di accesso alla procedura di composizione assistita della crisi e quello dell'eventuale accordo i contratti bancari di affidamento possano o meno essere oggetto delle «*misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso*», che, ai sensi dell'art. 20 c.c.i., il debitore che abbia fatto istanza di soluzione concordata può richiedere dopo essere stato ascoltato dal collegio dell'OCRI. Si tratta, infatti, di misure caratterizzate da una marcata "atipicità"<sup>15</sup>: di talché si potrebbe finanche ipotizzare che le stesse

---

<sup>14</sup> Sul dovere di lealtà dei creditori si veda NOVARESE – BERTUZZI, *Appunti in tema di dovere di lealtà dei creditori nel nuovo Codice della crisi*, in *dirittobancario.it*, giugno 2019.

<sup>15</sup> Al riguardo FERRO, *Allerta*, cit., p. 431, preferisce esprimersi in termini di "modularità", evidenziando che, relativamente al loro contenuto, le misure sono «*adattabili in relazione all'utilità protettiva, probabilmente proponibili nel loro dettaglio dallo stesso debitore*».

possano consistere in inibitorie di facoltà negoziali della banca (come, ad esempio, la stessa facoltà di risolvere il contratto). Ove ciò non fosse, l'ingresso del debitore nella procedura di composizione assistita non modifica la posizione dell'intermediario, né la operatività del contratto: ove si pervenisse ad un accordo, il rapporto contrattuale resterà regolato nei termini previsti dall'accordo stesso; ove all'accordo, viceversa, non dovesse pervenirsi, non sembra che la protezione assicurata dall'art. 12, co. 3, c.c.i. possa ancora essere invocata. In quest'ultimo caso, allora, l'intermediario potrà liberamente fare uso delle proprie facoltà contrattuali ed eventualmente porre termine al rapporto; in mancanza, l'eventuale prosecuzione del rapporto stesso resterà condizionata dalla procedura che dovesse fare seguito (accordo di ristrutturazione, concordato preventivo, liquidazione giudiziale).

## I "finanziamenti prededucibili" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

DANIELE VATTERMOLI

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione del campo di indagine. – 2. Le novità apportate dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. – 3. Le questioni irrisolte. – 4. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa e delimitazione del campo di indagine.

In questa relazione mi occuperò dei finanziamenti erogati dalle banche alle imprese in difficoltà economica, ammesse ad una delle procedure di composizione della crisi disciplinate dal nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (d'ora in avanti, Codice): in particolare, di quei finanziamenti che generano un credito da restituzione assistito dalla *prededuzione*<sup>1</sup>. Visto il tempo a disposizione, mi concentrerò solo sulle novità apportate dal Codice rispetto alla disciplina vigente.

---

<sup>1</sup> Restano fuori dalla trattazione i finanziamenti erogati nell'ambito degli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento – piani che, ai sensi dell'art. 56, co. 2, lett. *d*) del Codice, debbono tra l'altro indicare, appunto, gli eventuali apporti di nuova finanza – atteso che, in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, le operazioni connesse ai finanziamenti erogati in esecuzione di tali piani godono dell'esenzione dalla revocatoria, ex art. 166, co. 3, lett. *d*), ma ai relativi crediti da restituzione non è attribuita la "condizione" di prededucibile.

In linea generale può dirsi che il Codice, così come la legge fallimentare rimodellata a partire dalla riforma del 2005-2007, punta molto, almeno sulla carta, sulla salvaguardia della continuità aziendale dell'impresa in difficoltà: i meccanismi di allerta e di prevenzione; il rafforzamento degli strumenti negoziali di soluzione della crisi; il palese disfavore mostrato nei confronti delle procedure liquidative, rappresentano altrettanti indici che testimoniano in maniera netta la scelta in tal senso operata dal legislatore del 2019. Naturalmente, quella segnalata è un'opzione di fondo, si direbbe un'aspirazione del legislatore, che nel presente intervento assumo come un dato di fatto: non entro cioè nel merito delle singole scelte e, dunque, non valuto quanto quella aspirazione si sia tradotta in diritto positivo; per far questo occorrerebbe un tempo ed uno spazio che in questa sede non ho.

Mi limito così a registrare il *trend* ed a rilevare che se è alla tutela della continuità aziendale che il sistema tende, un passaggio obbligato diventa allora quello di delineare una cornice di riferimento che disciplini le fonti, la tipologia e le coperture del *fresh money*, elemento indispensabile, com'è ben noto, per far uscire l'impresa dalla situazione di *financial distress*, rappresentando il volano per il compimento di nuovi progetti imprenditoriali altrimenti irrealizzabili. Anzi, proprio la disciplina del *fresh money* può rappresentare un valido banco di prova per testare l'efficacia e l'efficienza del sistema che, come si è detto, fa perno sulla salvaguardia della continuità aziendale.

Sempre in linea generale, è altrettanto noto che l'incentivo e la "protezione", sul piano civilistico, del *fresh money* avviene essenzialmente, nel nostro come in altri ordinamenti, attraverso due meccanismi: quello della esenzione dall'azione revocatoria delle operazioni (costituzione di garanzie; pagamenti; ecc.) connesse al finanziamento erogato; e quello, che qui più immediatamente interessa, del riconoscimento al credito da finanziamento della condizione di credito prededucibile. Meccanismi che, seppure da diverse angolazioni, reagiscono sulla massa attiva destinata al soddisfacimento dei creditori concorsuali e, dunque, potenzialmente assai pericolosi per questi ultimi. Di qui la necessità, per il legislatore, di individuare pesi e contrappesi che consentano di mantenere il sistema in una condizione di equilibrio tra le istanze del finanziatore che assume il rischio di concedere credito ad una impresa in crisi e quelle dei creditori anteriori a non vedere traslato su di essi tale rischio, peggiorando la loro posizione di partenza.

Per concludere queste brevi premesse, va infine osservato come l'importanza del *fresh money* e dei meccanismi di protezione del credito di restituzione dello stesso emerga in tutti i testi, tanto di *hard* quanto di *soft law*, sovranazionali. Mi limito a citare i più importanti: la Guida Legislativa Uncitral sul regime di Insolvenza del 2004<sup>2</sup> e la nuovissima Direttiva UE n. 2019/1023, del 26 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, che all'art. 17.4 espressamente stabilisce che «*Gli Stati possono prevedere che i concessionari (sic!) di nuovi finanziamenti o di finanziamenti temporanei (interinali) abbiano il diritto di ottenere il pagamento in via prioritaria nell'ambito di successive procedure di insolvenza, rispetto agli altri creditori che altrimenti avrebbero crediti di grado superiore o uguale*»<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York, 2005, pp. 118 ss. In particolare, la Guida, evidenziando l'importanza della c.d. *post-commencement finance* ai fini del (tentativo di) risanamento dell'impresa in difficoltà, suggerisce ai legislatori nazionali di dotarsi di norme che accordino una causa di prelazione al credito nascente dai finanziamenti erogati per far fronte alle esigenze dell'impresa ammessa alla procedura di risanamento o di insolvenza (Rec. n. 64: «*The insolvency law should establish the priority that may be accorded to post-commencement finance, ensuring at least the payment of the post-commencement finance provider ahead of ordinary unsecured creditors, including those unsecured creditors with administrative priority*»); senza tuttavia che ciò ridondi in pregiudizio dei diritti dei creditori concorsuali che vantano una garanzia reale sui beni del debitore (Rec. n. 66: «*The law should specify that a security interest over the assets of the estate to secure post-commencement finance does not have priority ahead of any existing security interest over the same assets unless the insolvency representative obtains the agreement of the existing secured creditor(s) or follows the procedure in recommendation 67*»), salvo che ricorrano determinate circostanze (Rec. n. 67: «*The insolvency law should specify that, where the existing secured creditor does not agree, the court may authorize the creation of a security interest having priority over pre-existing security interests provided specified conditions are satisfied, including: (a) The existing secured creditor was given the opportunity to be heard by the court; (b) The debtor can prove that it cannot obtain the finance in any other way; and (c) The interests of the existing secured creditor will be protected*»).

<sup>3</sup> Leggermente diverso è il tenore del Considerando n. 68, nel quale, dopo aver evidenziato l'importanza di proteggere dall'azione revocatoria gli atti connessi alle operazioni di finanziamento, viene aggiunto che «*Tuttavia, per incoraggiare i nuovi prestatori ad assumere il rischio maggiore di investire in un debitore sano che versa in difficoltà finanziarie, potrebbero essere necessari ulteriori incentivi, ad esempio dare a tali finanziamenti la priorità almeno sui crediti non garantiti nelle successive procedure di insolvenza*» (chiara, sul punto, l'influenza della citata Raccomandazione n. 64 della Guida Legislativa Uncitral).

## 2. Le novità apportate dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

A. Il Codice dedica ai c.d. “finanziamenti prededucibili” – l'espressione, com'è evidente, è del tutto atecnica, non essendo il finanziamento ad essere prededucibile, ma, come detto, il credito da restituzione delle somme erogate – gli articoli 99, 101 e 102, riproponendo solo in parte la scansione tipologica della attuale legge fallimentare. Più in particolare, vengono riprodotte le norme sui finanziamenti c.d. *interinali* e sui finanziamenti *in esecuzione*, che nel Codice sono contenute negli articoli, rispettivamente, 99 e 101; nonché la norma sui finanziamenti soci (art. 102), che rimane sostanzialmente immutata rispetto all'attuale art. 182-*quater*, co. 3. Scompare invece, almeno formalmente, la tipologia dei c.d. *finanziamenti-ponte*, nella legge fallimentare disciplinati dall'182-*quater*, co. 2, sui quali tornerò in un secondo momento.

B. Premesso il quadro normativo generale, è ora possibile procedere ad illustrare le differenze esistenti tra il Codice e l'attuale legge fallimentare, limitando l'attenzione, come anticipato, ai finanziamenti interinali e a quelli in esecuzione nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione.

a) Con riferimento ai finanziamenti erogati *in esecuzione* di un piano di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, le maggiori novità introdotte dall'art. 101 del Codice rispetto all'attuale art. 182-*quater*, co. 1 l.fall. sembrerebbero essere le seguenti.

Nel Codice, in primo luogo, la prededuzione è espressamente condizionata alla *continuità aziendale*: ciò significa che ipotetici finanziamenti erogati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione che non preveda la continuità aziendale o di un concordato preventivo a contenuto liquidatorio non potranno godere della prededuzione. Il problema qui potrebbe porsi – ma francamente non credo che possa coinvolgere il ceto bancario – per quei soggetti che finanziano il debitore che presenta un concordato liquidatorio, qualora la liquidazione presupponga un'attività di ripristino, ad esempio, dei beni immobili o dei macchinari dell'impresa: se, per qualsivoglia motivo, il concordato dovesse essere successivamente annullato o risolto, il credito vantato dal finanziatore non potrebbe godere della prededuzione.

In secondo luogo, il Codice specifica – anche se, in realtà, non sembrava che vi fossero dubbi in proposito, pur in mancanza di una norma

espressa – che tra i *finanziamenti in qualsiasi forma effettuati*, rientra anche la concessione di garanzie<sup>4</sup>.

Ancora, scompare la precisazione che la prededuzione è da intendersi *ai sensi e per gli effetti dell'art. 111* (in futuro, art. 221 Codice), generando così il dubbio sul concreto ambito di operatività della prededuzione: sul punto si tornerà subito appresso.

Quel che più colpisce, nella nuova disciplina, è tuttavia la *precarietà* del “beneficio” della prededuzione, che secondo quanto stabilito dal co. 2 dell'art. 101 viene meno *«quando il piano di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti risulta, sulla base di una valutazione da riferirsi al momento del deposito, basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o il debitore ha compiuto atti in frode ai creditori e il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano tali circostanze»*. Il vizio che rende instabile la priorità nel soddisfacimento può dunque annidarsi nel piano, oppure essere conseguenza del comportamento del debitore non direttamente ricollegabile al piano medesimo: in entrambe le ipotesi è necessario che vi sia (almeno) la consapevolezza del finanziatore.

La possibilità che la prededuzione venga successivamente meno potrebbe rappresentare un reale ostacolo alla concessione di nuovi finanziamenti, mettendo così a rischio il buon esito delle operazioni di risanamento; e ciò specialmente qualora dovesse giungersi ad interpretare la norma nel senso che sarebbe sufficiente, ai fini della revoca appunto, anche la mera *conoscibilità*, secondo il criterio di ragionevolezza, del comportamento *contra legem* del debitore.

La lettera della legge non chiarisce, poi, cosa succeda nell'ipotesi in cui all'accordo di ristrutturazione segua il concordato preventivo. In tale

---

<sup>4</sup> In argomento v., altresì, il Considerando n. 66 della Direttiva n. 2019/1023, cit., nel quale si legge: *«Il successo del piano di ristrutturazione spesso dipende dal fatto che l'assistenza finanziaria è erogata al debitore per sostenere, in primo luogo, l'operatività dell'impresa durante le trattative di ristrutturazione e, in secondo luogo, l'attuazione del piano di ristrutturazione dopo l'omologazione. L'assistenza finanziaria dovrebbe essere intesa in senso lato, compreso nel senso di erogare denaro o garanzie personali e di fornire giacenze, inventari, materie prime e servizi, ad esempio concedendo al debitore un termine di rimborso più lungo. I finanziamenti temporanei e i nuovi finanziamenti dovrebbero pertanto essere esclusi dalle azioni revocatorie volte a dichiararli nulli, annullabili o inopponibili in quanto atti pregiudizievoli alla massa dei creditori nell'ambito di successive procedure di insolvenza»*.

caso, premesso che la preferenza nel soddisfacimento dovrebbe valere anche nella procedura concordataria, si pone il problema di *chi* possa far valere ed eventualmente *come* la regola sulla precarietà, sempre che possa ritenersi esistente uno spazio per l'ammissione al concordato del debitore che si sia "macchiato" di uno degli atti di cui al co. 2 dell'art. 101.

b) È però, con riferimento ai *finanziamenti interinali* che si registrano le maggiori differenze rispetto alla disciplina attuale.

In primo luogo, anche l'art. 99, co. 1 ancora la prededuzione dei finanziamenti interinali alla continuazione dell'attività aziendale.

In secondo luogo, l'art. 99, co. 3 *generalizza* la regola, oggi contenuta nell'art. 182-*quinquies*, co. 3, per i finanziamenti urgenti, ossia quelli per i quali non è richiesta l'attestazione del professionista. Nella richiesta di autorizzazione, infatti, il debitore deve *sempre* specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperirli altrimenti e indicare le ragioni per cui l'assenza di tali finanziamenti determinerebbe grave pregiudizio per l'attività aziendale o per il prosieguo della procedura. Se a ciò si aggiunge che non è stata replicata la norma (oggi contenuta nell'art. 182-*quinquies*, co. 2) che prevede che l'autorizzazione può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative, ben può dirsi che, sul punto, la disciplina introdotta dal Codice sia *più cauta* dell'attuale.

Di segno opposto, però, è la valutazione in ordine ai c.d. *finanziamenti interinali urgenti*. A differenza di quanto accade nella vigenza della legge fallimentare, infatti, nella nuova disciplina l'autorizzazione per tali finanziamenti può essere richiesta non solo in caso di domanda incompleta di concordato (o di concordato in bianco); né è limitata ai finanziamenti necessari alla copertura dei costi sostenuti nel torno di tempo intercorrente tra la presentazione della domanda e lo spirare del termine per la presentazione della proposta e del piano. La richiesta di autorizzazione del finanziamento "urgente" può invero intervenire in un *momento qualsiasi* della procedura: la conseguenza non è di poco momento, perché mentre la richiesta "non urgente" deve essere accompagnata dalla relazione del professionista che attesta, tra l'altro, che il finanziamento è funzionale alla *migliore soddisfazione dei creditori*; per quelli "urgenti" la verifica del tribunale sembrerebbe doversi limitare – almeno stando al dato testuale della norma – all'esigenza di *evitare un danno grave ed irreparabile dell'attività aziendale* (art. 99, co. 3, ult. periodo).

Anche per i finanziamenti interinali vale, infine, quella che potrebbe definirsi la "*clausola di salvaguardia*", che esclude la prededuzione

nella successiva procedura di liquidazione in caso di comportamenti fraudolenti del debitore, di cui il finanziatore era a conoscenza (art. 99, co. 6).

### 3. Le questioni irrisolte.

Non tutte le questioni che ruotano intorno ai “finanziamenti prededucibili” possono dirsi superate dal nuovo Codice, la cui entrata in vigore, anzi e all'opposto, sembra destinata a generarne di nuove.

*a)* La prima questione concerne la sorte dei crediti per i *finanziamenti-ponte*. Come si diceva, nel Codice non è riprodotta la norma di cui all'attuale art. 182-*quater*, co. 2; d'altra parte, il nuovo art. 221 del Codice, che andrà a sostituire l'art. 111 l.fall., non contiene più alcuna *definizione generale* dei crediti prededucibili, mentre l'art. 6, co. 1 si limita a stabilire che sono prededucibili *quelli così qualificati dalla legge* (oltre ad una serie puntuale di altre ipotesi, sulle quali si tornerà). Scompare così il riferimento ai crediti *sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*, di cui, appunto, all'art. 111, co. 2 l.fall.

Tutto lascia dunque intendere che per la prededucibilità dei crediti erogati in funzione della presentazione del ricorso per l'accesso alle procedure di composizione negoziata della crisi non vi sia spazio alcuno. E, più in particolare, che spazio non vi sia per gli eventuali finanziamenti a tal fine erogati dalle banche; e ciò a differenza dei crediti, ugualmente funzionali all'accesso a tali procedure, vantati dai professionisti che intervengono nella predisposizione e nella presentazione della domanda, della proposta e del piano, che invece, ai sensi dell'art. 6, co. 1 lett. *b)* e *c)*, godono, seppure nella misura del 75% del credito accertato, della prededuzione.

È quasi banale osservare come la scelta di non proteggere o di non incentivare la finanza-ponte – in uno con quella di consentire l'accesso alle procedure di composizione negoziata della crisi anche agli imprenditori insolventi –, rappresentando un grave ostacolo alla salvaguardia della continuità aziendale si ponga, in ultima analisi, in perfetta antitesi con l'obiettivo di fondo, di cui si è detto in apertura, dell'intera riforma.

*b)* La seconda questione concerne l'applicabilità della disciplina qui sinteticamente richiamata alle ipotesi di concordato in *continuità indiretta* (anche, eventualmente, sulla base di una proposta concorrente) o di accordo che preveda la cessione dei complessi produttivi in esercizio ad un terzo. Il problema sorge qualora la cessionaria del patrimonio dell'impresa in crisi dovesse a sua volta essere assoggettata a liquidazione giudiziale, ponendosi il quesito circa la possibilità di far valere la

prededuzione del credito per il finanziamento erogato in esecuzione del concordato o dell'accordo anche in quella procedura.

La questione è molto delicata, ma, a mio avviso, la risposta al quesito posto deve essere *negativa*. La prededuzione, in generale, *non rappresenta una qualità intrinseca* del credito, come tale oggetto di "circolazione" congiuntamente al medesimo, dovendo di contro ad essa riconoscersi una valenza esclusivamente *processuale*. L'autorizzazione del tribunale, con il conseguente vaglio implicito degli interessi dei creditori che essa presuppone, viene concessa facendo riferimento al patrimonio del soggetto ammesso alla procedura di concordato o di omologazione degli accordi. Diversamente opinando, si consentirebbe alla banca finanziatrice di sottrarsi al concorso sostanziale con i creditori di un'altra società, rispetto a quella ammessa alla prima procedura concorsuale; creditori che non soltanto non erano stati presi in considerazione ai fini del rilascio dell'autorizzazione e della relazione del professionista, ma che non hanno neanche avuto modo di esprimersi sul piano medesimo. Né a diversa conclusione potrebbe giungersi argomentando dal nuovo art. 6, co. 2 Codice, ai sensi del quale «*La prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali*», perché è evidente che il riferimento contenuto nella norma alle *successive procedure esecutive o concorsuali* è a quelle eventualmente disposte nei confronti del *medesimo* debitore.

c) Proprio la disposizione da ultimo menzionata introduce il problema, più generale ma che ovviamente rileva anche ai nostri fini, del modo di operare della prededuzione.

Sul punto, occorre premettere che di prededuzione in senso stretto può (dovrebbe) parlarsi solo nell'ambito di una *procedura di stampo liquidatorio*. Essa, invero, opera sul sistema di graduazione dei crediti, realizzando la separazione di una parte dell'attivo liquido che sarebbe destinato al soddisfacimento dei creditori concorrenti, che viene utilizzata per soddisfare, appunto, il prededucibile. Così, sempre sul piano teorico, mentre il rango del credito entra in giuoco per risolvere il conflitto generato dal concorso sostanziale in atto tra i creditori; la prededuzione opera a monte di detto conflitto, sottraendo il titolare del credito prededucibile dal concorso sostanziale con gli altri creditori concorrenti. Ciò significa che in procedure diverse dalla liquidazione giudiziale non si può (potrebbe), tecnicamente, parlare di crediti prededucibili, neanche qualora il trattamento loro riservato si ponga su di un piano di stretta analogia con quello riservato a questi ultimi: in tale ipotesi si dovrebbe parlare, più correttamente, di *crediti extraconcorsuali*.

Se quanto precede è vero, l'art. 98 Codice (rubricato “*Predeuzione nel concordato preventivo*”), ai sensi del quale «*I crediti prededucibili sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto*», dovrebbe essere interpretato nel senso che tutti i crediti che nella eventuale procedura di liquidazione giudiziale godrebbero della predeuzione (indipendentemente dal fatto che siano sorti nell'ambito di una precedente procedura di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del concordato medesimo) sono soddisfatti, all'interno della procedura di concordato preventivo, come *crediti extraconcorsuali*, i cui titolari, cioè e detto in altro modo, non sono destinatari della proposta. Soluzione che discende dal principio generalissimo secondo cui il concordato non può rappresentare, per il creditore (qualunque creditore), una soluzione peggiorativa rispetto all'alternativa data dalla apertura della liquidazione giudiziale. Cosicché se un credito in quest'ultima procedura deve essere soddisfatto per intero e alla scadenza, *a fortiori* ciò deve avvenire nell'ambito della procedura concordataria <sup>(5)</sup>.

d) Altra questione generata dall'introduzione del Codice riguarda l'applicabilità di tale disciplina al *concordato minore*.

La disciplina specifica dedicata a tale procedura non contempla norme *ad hoc* sui finanziamenti prededucibili. Tuttavia, l'art. 74, co. 4 Codice stabilisce che «*Per quanto non previsto dalla presente sezione, si applicano le disposizioni del capo III del presente titolo in quanto compatibili*». Malgrado la snellezza delle forme e la maggiore semplificazione dei passaggi procedurali, non sembra che le disposizioni contenute negli articoli 99 e 101 presentino elementi o tratti di incompatibili con la natura, la funzione e la struttura del concordato minore.

Peraltro, che la disciplina dei finanziamenti prededucibili sia in linea di principio compatibile con le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento è reso evidente da ciò, che gli articoli 99 e 101, riferendosi genericamente ai finanziamenti erogati nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, trovano sicuramente applicazione anche qualora a tale procedura acceda un'impresa agricola. Se così è, allora non dovreb-

---

<sup>5</sup> La stessa *Legislative Guide on Insolvency Law* dell'Uncitral, trattando della *post-commencement finance*, raccomanda che «*The insolvency law should specify that where reorganization proceedings are converted to liquidation, any priority accorded to post-commencement finance in the reorganization should continue to be recognized in the liquidation*» (Rec. n. 68).

bero esservi ostacoli a considerare applicabile tale disciplina anche in ipotesi di concordato minore delle imprese agricole e, a cascata, delle imprese commerciali di minori dimensioni e, perché no, del professionista che voglia continuare la propria attività professionale.

#### 4. Considerazioni conclusive.

In sintesi, può dirsi che la disciplina del Codice sui c.d. “finanziamenti prededucibili” si discosta solo in parte da quella attuale, immutato essendo il risultato di fondo che si vuole conseguire (la tutela della continuità aziendale) e lo strumento per raggiungerlo (la prededuzione). Nel complesso, tuttavia, si nota una maggiore rigidità nel riconoscimento del beneficio della prededuzione, la cui tenuta, anche quando inizialmente riconosciuta, potrebbe in un secondo momento venire meno. La mancanza, infine, della protezione per la finanza-ponte può determinare un grave ostacolo al raggiungimento di quell’obiettivo, anche perché è più che probabile, considerando la nostra cultura imprenditoriale, che l’accesso alle procedure di composizione negoziata della crisi venga richiesta da imprese già in stato di insolvenza.

## Nuove forme di garanzia e Codice della crisi

FABRIZIO MAIMERI

La scelta dell’argomento di questo intervento è preordinata a verificare – sia pure in prima lettura di norme non ancora applicabili – quale sia stato l’orientamento del legislatore delegato in ordine alla sorte, in sede di stesura del codice della crisi d’impresa, delle molte innovazioni in tema di garanzie registratesi in questi ultimi anni nell’ambito delle regole stabilite per alcune operazioni di finanziamento introdotte nel nostro ordinamento. L’argomento presentava una qualche novità e quindi è stato condiviso dagli organizzatori di questo incontro.

In effetti molte delle operazioni cui ci si riferisce hanno incidenza sul regime delle garanzie, circostanza che, pur muovendosi nell’ambito delle procedure singolari, possono avere una loro eco in quelle concorsuali e quindi essere oggetto di una qualche attenzione in quella sede.

**1.** Seguendo un criterio espositivo cronologico, si ricorda che l’art. 11-*quaterdecies* della legge n. 248/2005 aveva introdotto il c.d. “prestito vitalizio ipotecario”, articolo, profondamente modificato dalla legge 2

aprile 2015, n. 44<sup>1</sup>, il quale consente alle banche (e agli intermediari bancari vigilati *ex art.* 106 t.u.b.) di concedere finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese (eccezione al divieto di anatocismo che si aggiunge a quella di cui all'art. 120, co. 2, t.u.b., relativa alle operazioni in conto corrente, e che, priva di oggettiva motivazione, è probabilmente frutto di un difetto di coordinamento), riservato a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti<sup>2</sup>, il cui rimborso integrale in unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore. È fatta salva la modalità del finanziato di concordare, al momento della stipulazione del contratto, modalità di rimborso graduale<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Tanto che si è parlato di un «*istituto nato due volte*»: BULGARELLI, *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *www.ilcaso.it*, 22 aprile 2015, p 1.

<sup>2</sup> Per questo motivo l'istituto è stato ricondotto all'ambito del "gerodiritto", cioè «*a quegli strumenti negoziali adoperati da un soggetto di una certa età che, per migliorare la propria qualità della vita, investe la ricchezza accumulata nel corso degli anni per ottenere dei vantaggi, come l'erogazione di credito, o allo scopo di ricevere assistenza*». Una definizione così generica è imposta dalla diversità degli strumenti tra loro, sia in relazione alla fonte da cui essi derivano (legislativa, giurisprudenziale o dottrinale, sia guardando alle finalità perseguite dal soggetto (ottenere credito o assistenza, e, in relazione a quest'ultima, le diverse modalità in cui essa può esplicarsi): FRANCO, *Alle origini del prestito vitalizio ipotecario: il Gerodiritto*, in *www.dirittobancario.it*, 26 ottobre 2016.

<sup>3</sup> Ma in tal caso, recita il co. 12-bis dell'art. 11-*quaterdecies*, sulla quota di interessi e di spese concordata «*non si applica la capitalizzazione annuale degli interessi*». Insomma, la capitalizzazione annuale si applica nel calcolare il prestito vitalizio ma se per il prestito viene previsto un graduale rimborso durante la vita del mutuatario, allora la capitalizzazione non si applica. Un trattamento un po' singolare (si capitalizza quando il debito deve essere pagato dagli eredi, non si capitalizza se lo paga il mutuatario) di cui sfugge la ragione ma che in ogni caso aggiunge all'eccezione prevista al divieto di capitalizzazione di cui all'art. 120, co. 2, t.u.b. (la capitalizzazione nei conti correnti) quella del prestito ipotecario vitalizio non rimborsabile.

«*La possibilità, riconosciuta in capo all'istituto bancario, di disporre in via automatica la capitalizzazione annuale degli interessi costituisce una vera e propria lex specialis rispetto a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 120 t.u.b. e, senza dubbio, determina quale conseguenza inevitabile un rilevante aggravamento della posizione economica del soggetto finanziato. A seguito delle modifiche operate nel 2015, in tema di prestito vitalizio ipotecario non trova quindi applicazione il divieto di anatocismo quale regola generale ma, al contrario, viene prevista in via automatica la capitalizzazione annuale degli interessi e delle spese, salvo una espressa eventuale deroga pattizia. Ci si trova pertanto di fronte ad una vera e propria inversione del rapporto regola - eccezione rispetto*

Il finanziamento è garantito da ipoteca di primo grado su immobili residenziali; qualora esso non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal decesso del mutuatario, il finanziatore vende l'immobile a un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso. Trascorsi ulteriori dodici mesi senza che sia stata perfezionata la vendita, tale valore viene decurtato del 15 per cento ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita dell'immobile. In alternativa, l'erede può provvedere alla vendita in accordo col finanziatore, purché essa si perfezioni entro dodici mesi dal conferimento dell'incarico di vendita<sup>4</sup>. Le eventuali somme residue, ricavate dalla vendita e non portate ad estinzione del credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa.

Il mutuatario riceve soldi che utilizza per gli ultimi anni della sua vita e, di solito, non restituirà, trasferendo il debito agli eredi; gli eredi potranno pagare e mantenere il bene ipotecato, ovvero promuovere insieme alla banca la vendita, ovvero ancora attendere la vendita dell'immobile, con l'intesa che il ricavato estingue in ogni caso il credito della banca e l'eventuale residuo spetta agli eredi medesimi<sup>5</sup>.

---

*a quanto disposto dall'art. 1283 c.c.: ai commi 12 e 12-bis dell'art. 11-quaterdecies viene difatti prevista in "via ordinaria" la capitalizzazione degli interessi corrispettivi, la quale viene esclusa solo ed unicamente nell'ipotesi di espressa pattuizione contraria»: BEZZI, Nota a Trib. Roma, 13 luglio 2017, in [www.Letteralegale.info](http://www.Letteralegale.info), 18 settembre 2017.*

<sup>4</sup> A tutela dell'acquirente «è previsto che le domande giudiziali di cui all'art. 1652, comma 1, nn. 7) e 8) c.c., trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto, siano inopponibili nei confronti dell'acquirente. La norma, dunque, stabilisce che non hanno effetto le domande giudiziali volte a (i) contestare il fondamento di un acquisto a causa di morte di un diritto reale immobiliare; (ii) ottenere la riduzione della donazione e delle disposizioni testamentarie per lesione di legittima»: FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: inquadramento civilistico e tributario*, in [www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it](http://www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it), 30 giugno 2015.

<sup>5</sup> Il legislatore non ha previsto espressamente che il finanziatore (o altra società appartenente alla sua "cerchia", si pensi alle società controllate o collegate) non possa acquistare il bene: «*benché l'istituto del prestito vitalizio sia orsa disciplinato per legge e se ne debba pertanto ritenere l'indiscutibile legittimità, ed oltretutto preveda anche la determinazione del prezzo della vendita ad opera di un terzo, che potrebbe già di per sé escludere la possibilità di un conflitto di interessi, una previsione in tal senso sarebbe tuttavia oltremodo opportuna nell'ottica di allontanare dalla figura ogni sospetto ai frode al patto commissorio e ipotesi d'annullabilità*»: BULGARELLI, *La disciplina*, cit., pp 8-9.

Posto che si tratta di uno strumento nato con finalità assistenziali, alla stregua di quanto avvenuto in altri Paesi europei come la Gran Bretagna e la Francia; che l'abitazione vi svolge una duplice funzione: «*da un lato soddisfa le esigenze abitative del titolare, dall'altro costituisce lo strumento per ottenere credito al fine di soddisfare le proprie esigenze di vita*»<sup>6</sup>; che si tratta di uno strumento originale, «*se non altro per il fatto che l'età avanzata rappresenta un incentivo per il finanziatore, in quanto prefigura una più breve durata del prestito, con riduzione dei rischi sia di un incremento dei tassi di interesse che di decremento del valore dell'immobile offerto in garanzia*»<sup>7</sup>; che secondo alcuni commentatori l'ipoteca qui non svolgerebbe la sua naturale funzione di garanzia, quanto piuttosto quella di rendere opponibile ai terzi la legittimazione a vendere l'immobile, attribuita *ex lege* al finanziatore<sup>8</sup>; interessa in questa sede ribadire l'affermazione del patto marciano, con l'obbligo del creditore di restituire al debitore quanto eventualmente incassato dalla vendita del bene in misura maggiore a quella rappresentata dal proprio credito, e prendere atto del tentativo di evitare le lungaggini di una vendita forzata del bene ipotecato secondo le regole pubblicistiche: la garanzia per il creditore dovrebbe essere assicurata dall'intervento del perito indipendente, sebbene scelto dal finanziatore<sup>9</sup>. Del pari interessa

---

<sup>6</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 1-2017/C: *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it), pp. 3-4.

<sup>7</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 1-2017/C: *Recenti riforme*, cit., p. 5.  
 «*Il contratto di prestito vitalizio ipotecario è un negozio giuridico tipico caratterizzato, a differenza del credito fondiario, dalla determinabilità soltanto ex post della durata effettiva del contratto, rispetto al momento della stipulazione. Esso è, inoltre, contraddistinto da un'alea particolare legata non solo all'incertezza della durata del contratto ma anche alla necessità di fare affidamento sul pagamento da parte degli eredi, o, in alternativa, sul solo valore di realizzo dell'immobile. Deve quindi ritenersi giustificata l'esclusione della figura in questione, ai fini delle determinazioni del tasso soglia ex l. 106/96, dalla categoria dei "Mutui", dovendo essere invece correttamente inserito in quella "Altri finanziamenti", non essendo previsto il pagamento di rate comprensive di capitali e interessi*»: Trib. Roma, 13 luglio 2017.

<sup>8</sup> CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, p. 358.

<sup>9</sup> «*La tendenza del legislatore, dunque, ad ammettere forme di patto marciano è nel segno di inquadrare il divieto di cui all'art. 2744 c.c. come norma la cui ratio è da rinvenire nell'esigenza di tutela della parte debole del rapporto obbligatorio, esposta al rischio di approfittamento da parte del creditore: la stima compiuta dal terzo consente di scongiurare tale eventualità, giacché la banca non potrà che rivalersi nei limiti della portata del suo credito*»: RIZZI, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il c.d. rent to buy e il prestito vitalizio ipotecario*, in [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it), 15 maggio 2018.

cogliere la diffusione e il successo dello strumento di garanzia e, più in generale, dell'operazione.

Sotto quest'ultimo profilo, sebbene i provvedimenti attuativi siano stati emanati, a differenza di quanto accade per il pegno senza spossessamento<sup>10</sup>, questa operazione di finanziamento non è considerata particolarmente vantaggiosa dalle banche<sup>11</sup>. A parte infatti le notazioni in tema di prevedibile "brevità" dell'ammortamento rispetto ai mutui ordinari e il conseguente contenimento nel tempo della permanenza dei rischi, vi è da contrapporre la mancata percezione delle rate; la circostanza che il rientro è limitato a quanto incassato in sede di vendita del bene, realizzandosi un effetto esdebitativo degli eredi (*«l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile al netto delle spese sostenute»*, recita il co. 2-*quater*); l'alea in sede di escussione, attesi gli imprevedibili rapporti con gli aventi causa del *de cuius* e in ogni caso il tempo che deve trascorrere prima di poter agire, sia pure in via privatistica ma non per questo più fruttuosa, in un periodo di mercato immobiliare cedente; la connessa alea derivante dai rapporti fra l'ipoteca accesa a fronte del mutuo e gli altri creditori, certo meglio disciplinati nella novella normativa ma non chiaramente definiti. Tutto ciò porta all'applicazione di tassi di interesse non convenienti per i mutuatari, anche se forse qualcosa potrebbe cambiare<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. il decreto del Ministro dello sviluppo economico, del 22 dicembre 2015, n. 226, "Regolamento recante norme in materia di disciplina del prestito vitalizio ipotecario, ai sensi dell'art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quinquies*, del d.l. 30 settembre 2005, n. 203, conv. dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, come modificato dall'art. 1, comma 1, della legge 2 aprile 2015, n. 44".

<sup>11</sup> Per un'analisi concreta ed esemplificativa dell'operazione di finanziamento in esame cfr. la nota redazionale *Il prestito vitalizio ipotecario (con esempio concreto)*, apparsa in *www.diritto.it*, 17 novembre 2016

<sup>12</sup> In un articolo apparso il 21 maggio 2015 su *www.lavoce.info*, R. LUNGARELLA si soffermava su *Prestito vitalizio ipotecario: perché lo chiedono in pochi*, osservando che *«dall'esame del foglio informativo dell'unico prodotto offerto, per ora, dal mercato (...), il Pvi risulta molto oneroso e poco efficace, salvo che il beneficiario non abbia un'età molto avanzata»*. Più recentemente però, in occasione del passaggio del pacchetto di un intermediario specializzato nel settore ad altro intermediario – di per sé operazione che segna un interesse concreto al fenomeno -, PADOVAN, *Prestito ipotecario vitalizio: un mercato pronto al decollo*, in *www.bancaforte.it*, 14 febbraio 2018 affermava che si è di fronte a un mercato potenziale che vale oltre 2 miliardi di euro e che ha tutti i presupposti per poter decollare: *«una domanda elevata di credito da parte delle persone più anziane che oggi rimane spesso insoddisfatta, nonostante l'importante patrimonio immobiliare; una regolamentazione riformata recentemente in accordo con ABI e con le Associazioni*

In questo quadro, ai fini che qui interessano, risaltano i seguenti profili:

a) la vendita diretta del bene ipotecato, sulla base di un valore stimato da un esperto indicato dall'intermediario procedente;

b) l'effetto esdebitativo della vendita, nel senso che oltre quanto ottenuto dalla escussione "privata" dell'ipoteca, l'intermediario non può chiedere altro agli eredi, qualora l'importo ottenuto fosse inferiore al credito reclamato;

c) si applica il patto marciano, atteso che nell'ipotesi opposta a quella di cui alla lettera precedente, il *surplus* deve essere reso dall'intermediario all'erede.

**2.** Quella sorta di autotutela prevista per l'ipoteca a fronte di un prestito vitalizio si ripete in caso di inadempimento qualificato del consumatore in un contratto di credito immobiliare: ove il tutto sia previsto in una clausola contrattuale e si sia in presenza di un mancato versamento per diciotto rate mensili, o il bene viene consegnato alla banca<sup>13</sup>, ovvero

---

*dei consumatori (legge 44 del 2015, con i decreti attuativi pubblicati nel marzo 2016); alcune banche – tra cui i 2 più grandi gruppi italiani – che hanno già iniziato ad offrire il prodotto; un mercato europeo di riferimento, quello della Gran Bretagna, in continua crescita e che nell'ultimo anno ha raggiunto i 3 miliardi di sterline di erogato, con un balzo del 50% in soli 12 mesi». Rimane tuttavia condivisibile la domanda, in grado di azzerare le prospettive più rosee: «saprà il sistema giuridico italiano accogliere con favore queste innovazioni normative, adattandole ai nostri dettami costituzionali? O l'istituto rimarrà inutilizzato, così come successe al momento del suo ingresso? Il progresso (giuridico), in un senso o nell'altro, è anche questo»: ROMBOLÀ, *Prestito vitalizio ipotecario: un'ingombrante eredità per le future generazioni*, in *www.altalex.com*, 5 aprile 2016.*

<sup>13</sup> È legge la norma che trasferisce alla banca l'immobile dopo 18 mensilità non pagate è il titolo con il quale il Consiglio nazionale del notariato – con nota consultabile in *www.notariato.it* – rendeva noto, il 1° luglio 2016, l'introduzione dell'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b., precisando che (p. 3) - «con una procedura singolarmente identica a quella prevista dalla normativa sul prestito vitalizio ipotecario [ma forse un po' di uniformità di procedure per casi identici non guasta], potendosi ormai definire una tendenza legislativa – la riforma va incontro alle richieste provenienti dal mondo bancario, consentendo all'istituto finanziatore, in caso di inadempimento del soggetto finanziato, di "saltare" le lungaggini giudiziarie della procedura esecutiva immobiliare, e di gestire privatamente il recupero del proprio credito, acquistando direttamente la proprietà del bene o vendendolo sul mercato come se fosse cosa propria».

In chiave più segnatamente consumeristica, si è rilevato che «la tutela accordata al consumatore sembra arretrare, per consentire un avanzamento della posizione dell'intermediario. In ipotesi di inadempimento. Infatti, mentre nella disciplina del credito ai consumatori del capo II la tutela degli interessi dell'intermediario si compendia

questa, previa perizia redatta da un tecnico nominato di comune accordo tra le parti (o, in difetto di accordo, dal presidente del tribunale territorialmente competente)<sup>14</sup>, può procedere alla vendita del bene in sede negoziale e quindi al di fuori di un'esecuzione immobiliare *ex art. 555 ss. c.p.c.*: così l'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. (introdotto in esito al recepimento della direttiva 2014/17/UE, operato con il d.lgs. n. 72/2016)<sup>15</sup>. Il vantaggio ulteriore che deriva al consumatore dalla previsione di una clausola siffatta è che la consegna del bene alla banca ovvero il ricavato della vendita inferiore al debito comporta l'estinzione dell'intero debito. Va da sé che, «*se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza*»: l'affermazione del patto marciano

---

*essenzialmente nella valutazione. Allo stesso rimessa, in ordine al merito creditizio del cliente, cui procede nella fase precontrattuale e che gli consente di compiere scelte ampiamente discrezionali in ordine all'opportunità di concedere credito – giacché mai il cliente potrà vantare un diritto al credito – nel capo I-bis, con l'introduzione della disciplina trasfusa nell'art. 120-quinquiesdecies, la posizione dell'intermediario viene ulteriormente rafforzata; a questo viene riconosciuta non solo la tutela preventiva di cui all'art. 120-undecies tub [valutazione del merito creditizio], ma gli viene anche consentito di soddisfarsi coattivamente sul bene immobile, in maniera autonoma, privando il già debole consumatore anche delle garanzie offerte dal processo esecutivo giudiziario», consumatore che, «con estrema facilità, può venire spogliato dall'intermediario del bene che aveva acquistato»: ALBANESE, *Prime riflessioni sull'art. 120-quinquiesdecies tub nella prospettiva dell'equilibrio del rapporto tra intermediario e cliente*, in *www.dirittodelrisparmio.it*, 22 dicembre 2018.*

<sup>14</sup> «*Si tratta all'evidenza di una disciplina più garantista rispetto a quella dettata per il prestito vitalizio ipotecario (I.P.V.) che si limita invece a stabilire che il suo valore di mercato sia determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore*»: BULGARELLI, *Contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: ecco le novità*, in *www.altalex.com*, 14 luglio 2016. Su questa tipologia di mutui cfr. FERRETTI, A. SANTORO, *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, in *www.dirittobancario.it*, maggio 2016; CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, *ivi*, novembre 2016.

<sup>15</sup> «*In questo modo si evita di far necessariamente ricorso a procedure esecutive giudiziali che si dimostrano molto lunghe e complesse. Riducendo pertanto il rischio e i costi esecutivi gravanti sul finanziatore in caso di inadempimento del debitore. Tale semplificazione, nell'intenzione del legislatore delegato e del legislatore comunitario, .Dovrebbe contribuire ad ampliare la disponibilità del credito da parte delle banche, migliorando inoltre le condizioni di prestito, a vantaggio dei debitori*»: ANGELELLI, *Il divieto di patto commissorio e il nuovo art. 120-quinquiesdecies tub (inadempimento del consumatore)*, in *www.diritto.it*, 13 novembre 2017. Il confronto di questa posizione con quelle richiamate in una precedente nota rende ragione di come una stessa disposizione possa essere ricondotta a *policy* legislative assolutamente distanti, se non opposte.

torna a scandire la continuità fra molte delle fattispecie di nuova introduzione da parte del legislatore.

Anche a questo proposito è agevole rilevare come assai di rado la clausola prefigurata dal legislatore è inserita dalle banche, le quali preferiscono avviarsi verso l'ordinaria escussione di cui all'art. 40, co. 2 t.u.b., e alla quale può procedersi quando il ritardato pagamento «*si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive*»: sette volte (come del resto prevedeva anche la direttiva comunitaria) contro diciotto e l'esdebitazione conseguente del mutuatario sono elementi in grado di dissuadere la banca dall'introduzione della clausola proposta dal legislatore e che non sono compensati dall'affrancamento dal regime dell'esecuzione immobiliare. Affrancamento che senz'altro semplifica la vendita, ma è ovviamente impotente contro il drastico calo delle valutazioni immobiliari che ha reso sempre meno efficaci le garanzie ipotecarie. Sembra quindi aver sbagliato i conti con la realtà la prescrizione di cui al co. 4 lett. a) dell'art. 125-*quinquiesdecies* tub, secondo la quale «*il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola*» (enfasi aggiunta) e che ovviamente prefigurava un interesse diffuso da parte delle banche all'introduzione della clausola, con qualunque mezzo.

In questo quadro, ai fini che qui interessano, risaltano i seguenti profili:

a) l'acquisizione dell'immobile ipotecato da parte dell'intermediario, ovvero la vendita diretta dello stesso, sulla base di un valore stimato da un esperto nominato d'intesa fra le parti coinvolte ovvero, in caso di dissenso, indicato dal presidente del tribunale competente;

b) l'ipotesi di cui alla lettera precedente può scattare se è prevista in una clausola del contratto di affidamento e se l'inadempimento è qualificato nel senso che si tratta di almeno 18 rate insolute. Ove sussistano i presupposti di cui alle lett. a) e b), gli eredi vengono sdebitati nel senso che a loro non può essere richiesto nulla oltre quanto riscosso dalla banca in sede di vendita "privata" del bene ipotecato;

c) si applica il patto marciano, atteso che nell'ipotesi opposta a quella di cui alla lettera precedente, il *surplus* deve essere reso dall'intermediario all'erede.

**3.** L'art. 2 del d.l. n. 59/2016, conv. in legge n. 119/2016 (quella che ha dettato il regime del pegno non possessorio, di cui si discorrerà in

appresso) ha introdotto nel testo unico bancario l'art. 48-bis<sup>16</sup>, a tenor del quale il contratto di affidamento concluso tra un imprenditore e una banca può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore, della proprietà di un immobile dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore (co. 1). Si sottolinea la vocazione imprenditoriale dell'istituto, tanto che *«il trasferimento non può essere convenuto in relazione a immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti o affini entro il terzo grado»* (co. 3). Si ha inadempimento qualificato del mutuatario nelle ipotesi di cui al co. 5, fra le quali la prima è che il mancato pagamento si protragga per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili. Al verificarsi dell'inadempimento, *«il creditore è tenuto a notificare al debitore (...) una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto»*.

Decorsi sessanta giorni dalla notifica, il creditore chiede al presidente del tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima, con relazione giurata; tale relazione è consegnata entro sessanta giorni dalla nomina (co. 6). L'eventuale contestazione della stima da parte del debitore non impedisce al creditore di procedere nell'applicazione del patto, perché l'eventuale fondatezza della contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare (co.7).

La condizione sospensiva di inadempimento, verificatisi i presupposti di cui al co. 5, si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima di cui al co. 6; il contratto di finanziamento *«contiene l'espressa previsione di un apposito conto corrente bancario dove accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito»* (co. 8): anche qui, in coerenza con la specificità della situazione, l'affermarsi del patto marciano diviene espressa previsione normativa.

Dunque: *«diversamente dal patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c., nel patto marciano 1) non vi è sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene dato in garanzia, dal momento che 2) quest'ultimo è oggetto di stima, e 3) si prevede l'obbligo per il creditore di restituire*

---

<sup>16</sup> LEO, D.l. 59/2016: *La cessione dei beni in garanzia nel contratto di finanziamento tra banche e imprenditori (nuovo art. 48-bis t.u.b.)*, in [www.abbruscatonotaio.com](http://www.abbruscatonotaio.com), 2 giugno 2016.

*al debitore l'importo eccedente l'entità del credito garantito*<sup>17</sup>. A differenza quindi delle fattispecie sopra esaminate, non è previsto alcun effetto esdebitativo automatico per il cliente, né appaiono convincenti i tentativi per pervenire a una diversa soluzione<sup>18</sup>: «*la mancata previsione di un effetto esdebitativo del trasferimento del bene rispetto all'obbligazione garantita, nel contesto del finanziamento alle imprese di cui all'art. 48-bis t.u.b., [è] frutto di una scelta legislativa consapevole e non di una lacuna da colmare in via interpretativa*»<sup>19</sup>. In tal modo, l'esdebitazione diverrebbe una delle condizioni alle quali il finanziamento in questione si stipula, possibilità consentita all'autonomia negoziale delle parti.

In questo senso si muove l'Accordo per il credito e la valorizzazione delle nuove figure di garanzia, concluso il 12 febbraio 2018 fra ABI e Confindustria e riferito a tutte le nuove fattispecie di garanzia e, segnatamente, al pegno non possessorio e le operazioni di cui all'art. 48-bis t.u.b. A quest'ultimo riguardo e riferendosi proprio al tema della esdebitazione, nel § 3.3.1. dell'Accordo ("Previsioni volte a rafforzare la piena operatività della nuova garanzia") è auspicato che «*l'attivazione della clausola che preveda il trasferimento, sospensivamente condizionato, di un bene immobile e, quindi, l'acquisto da parte della banca della proprietà dello stesso, possa comportare – se espressamente convenuto – l'integrale estinzione del debito dell'impresa e, quindi, l'effetto liberatorio per la stessa*».

In questo quadro, ai fini che qui interessano, risaltano i seguenti profili:

a) ove si realizzi un inadempimento qualificato dell'imprenditore che fa scattare il patto integrante la condizione sospensiva, l'acquisizione dell'immobile ipotecato da parte dell'intermediario, ovvero la vendita diretta dello stesso, sulla base di un valore stimato da un esperto nominato d'intesa fra le parti coinvolte ovvero, in caso di dissenso, indicato dal presidente del tribunale competente;

---

<sup>17</sup> NATALE, *Recenti tentativi di tipizzazione del patto marciano*, in *www.dirittobancario.it*, 3/2018, p. 2. Cfr. altresì CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 157-2017/T: *Trasferimenti immobiliari a scopo di garanzia nelle recenti riforme del credito bancario: interferenze fiscali*.

<sup>18</sup> Vedili ben descritti, e altrettanto puntualmente rigettati, in NATALE, *Recenti tentativi*, cit., pp. 16 ss., alla cui bibliografia si rinvia.

<sup>19</sup> NATALE, *Recenti tentativi*, cit., p. 20.

b) l'ipotesi di cui alla lettera precedente, pur realizzandosi nei modi di cui si è detto, non produce effetti esdebitativi automatici in capo al debitore;

c) si applica il patto marciano, atteso che nell'ipotesi opposta a quella di cui alla lettera precedente, il *surplus* deve essere reso dall'intermediario all'affidato.

4. Le figure di garanzia finora esaminate<sup>20</sup> hanno come tratto comune, pur nella diversità degli istituti e dei soggetti cui si riferiscono, il rinvio al patto marciano, anche se il legislatore «*ha adottato una serie di discipline differenziate di cui spesso non risulta facile comprendere le ragioni e soprattutto assai arduo individuare una organicità sistematica che possa orientare l'interprete*»<sup>21</sup>. Sul punto assai lucida è l'analisi compiuta nel menzionato documento del Consiglio Nazionale del Notariato, dove si sottolinea come, oltre ad aver utilizzato un istituto positivo che la giurisprudenza ha da tempo ammesso nel confronto con il persistente divieto di patto commissorio, è stata inserita una serie di limitazioni e contrappesi necessari per l'ammissibilità di siffatta struttura autosatisfattiva: «*si tratta in alcuni casi di un patto marciano nella sua versione paradigmatica, in cui il creditore acquista, a seguito dell'inadempimento, la proprietà della cosa, mentre in altri, in particolare nel pvi [prestito vitalizio ipotecario], è prevista la variante in cui al creditore è consentito di alienare a terzi il bene, al fine di soddisfarsi sul ricavato*»<sup>22</sup>. Tuttavia, nel pvi il creditore è legittimato ad alienare il bene del debitore ma non può acquistarlo direttamente; nel finanziamento all'imprenditore di cui all'art. 48-bis t.u.b. invece può acquistare il bene ma non alienarlo a terzi; nel mutuo immobiliare a consumatore il creditore, attraverso l'introduzione di clausole pattizie può sia acquistare il bene sia alienarlo a terzi per soddisfarsi sul ricavato. Ne emerge che la caratterizzazione comune del patto marciano si sostanzia in due elementi necessariamente ricorrenti: (i) la restituzione del supero al debitore; (ii) la determinazione del valore del bene aggiornata ad un momento successivo all'inadempimento ed affidata a un soggetto (più o meno) indipendente. Quanto all'esdebita-

---

<sup>20</sup> Sui quali cfr. la monografia di D'AMICO, PAGLIANTINI, PIRAINO, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017, nonché il contributo di LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1398.

<sup>21</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 1-2017/C: *Recenti riforme*, cit., pp. 2-3.

<sup>22</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 1-2017/C: *Recenti riforme*, cit., p. 37.

zione, si è già detto che essa funziona automaticamente per il pvi e per i mutui immobiliari a consumatori, mentre non così accade nell'operazione di cui all'art. 48-bis t.u.b., circostanza che peraltro si spiega con la diversa natura dei soggetti coinvolti rispetto alle altre due fattispecie.

Si è altresì discusso se le discipline richiamate siano sufficienti a delimitare gli estremi univoci di un patto marciano che possa essere adottato come garanzia atipica anche in fattispecie diverse: *«in questo senso si sostiene che l'articolato sistema prodotto dagli statuti speciali non esclude né limita l'autonomia dei contraenti nel disegnare figure atipiche di garanzia, ma in ogni caso l'autonomia incontra il preesistente limite della rilevanza qualificata dell'inadempimento e dell'inderogabilità del formalismo procedimentale (...). Un argomento che sembrerebbe escludere l'effetto configurativo della normativa speciale sul marciano di diritto comune sta nella sussistenza di una pluralità di statuti normativi, con la conseguenza che resterebbe comunque incerto il paradigma orientativo da assumere; se cioè occorre riferirsi, pur con tutte le sue asperità interpretativa, al marciano dell'art. 120-quinquiesdecies t.u.b., riferito all'are consumeristica, ovvero al regolamento dell'art. 48-bis t.u.b., che tuttavia opera nell'ambito dei finanziamenti all'impresa»<sup>23</sup>.*

Una situazione dunque nient'affatto chiara, per la quale forse era giustificato illudersi che nel codice della crisi d'impresa si rintracciasse qualche riferimento utile a risolverla, oltretutto nella consapevolezza della sempre più labile distinzione fra consumatore, piccola e grande impresa a fini concorsuali.

**5.** Accanto alle garanzie finora illustrate, si è configurato recentemente il c.d. “pegno senza spossessamento”. Si tratta di un istituto volto a superare il requisito dello spossessamento del costituente, di origine romanistica, fondamentale nel pegno ordinario, con ciò consentendo all'imprenditore di costituire in garanzia beni dell'impresa continuando a usarne nel ciclo produttivo, così convertendo il pegno in garanzia, appunto, d'impresa. Fino ad oggi infatti il pegno in concreto aveva ad oggetto per lo più strumenti finanziari, disegnando così un percorso parallelo e indipendente alla filiera produttiva propria dell'imprenditore. Il pegno senza spossessamento importa nell'ordinamento nazionale la c.d. “garanzia fluttuante”, ovvero la anglosassone *floating charge*, nella

---

<sup>23</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 1-2017/C: *Recenti riforme*, cit., p. 42.

quale allo sposessamento si sostituisce, a fini pubblicitari, l'iscrizione del vincolo in un registro *ad hoc*<sup>24</sup>.

L'art. 1 del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, conv. nella legge n. 119/2016, stabilisce che gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio – a garanzia dei crediti inerenti l'esercizio dell'impresa – avente ad oggetto beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa, a esclusione dei beni mobili registrati; «*ove non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno è autorizzato a trasformare o alienare (...), o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia*» (co. 2)<sup>25</sup>; il pegno in parola ha effetto verso i terzi

---

<sup>24</sup> GABRIELLI, DANESE, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 633; GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Quaderni ricerca giur. Banca d'Italia*, fasc. 51, Roma, 2000; MESSUTI, *La floating charge*, in *Notariato*, 2003, p. 530; e i contributi raccolti in *Economia e dir. del terziario*, 2005, fasc. 1.

<sup>25</sup> Si manifesta così «*la scelta del legislatore di positivizzare le figure di pegno anomalo e di far emergere una confluenza delle figure di pegno cd. anomalo nel pegno mobiliare non possessorio che si atteggia come garanzia "cangiante e versatile" che consente di superare "gli inconvenienti" connessi alla necessaria perdita da parte del debitore del possesso dei beni oggetto di garanzia*»: OLISTERNO, *La consacrazione normativa dei pegni cd. anomali: il pegno mobiliare non possessorio del d.l. 59/2016 convertito con modifiche in l. 119/2016*, in *www.iurisprudenzia.it*, ottobre 2016.

Un meccanismo che si iscrive nell'evoluzione di una garanzia pur reale ma flessibile si riscontra nell'art. 46 t.u.b., a tenor del quale la concessione di finanziamenti a medio lungo termine da parte di banche alle imprese può essere garantita da privilegio speciale su beni mobili, comunque destinati all'esercizio dell'impresa, non iscritti nei pubblici registri, avente ad oggetto: (i) impianti e opere esistenti e futuri, concessioni e beni strumentali; (ii) materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci; (iii) beni comunque acquistati con il finanziamento concesso; (iv) crediti, anche futuri, derivanti alla vendita dei beni indicati nei punti precedenti; l'opponibilità ai terzi si realizza con la trascrizione del privilegio nel registro di cui all'art. 2524, comma 2, c.c. Anche questa tipologia di garanzia è tarata sulle esigenze dell'impresa. Sui precedenti risalenti di questa norma e la sua funzione oggi cfr. TUCCI, *Commento all'art. 46 t.u.b.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*<sup>4</sup>, diretto da Capriglione, Padova, 2018, vol. I, p. 46, il quale precisa subito che tale disposizione, dal 1993 ad oggi, «*non ha dato luogo ad alcuna casistica giurisprudenziale in senso proprio*». Adde CESAREO, *La garanzia mobiliare accordata dall'art. 46 del t.u.b. in materia di finanziamenti alle imprese*, in *Annali univ. Bari*,

«esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato "registro dei pegni non possessori"» (co. 4).

Articolata è la fase dell'escussione, giacché, al determinarsi di un evento che la inneschi, il creditore – previa intimazione notificata a mezzo di posta elettronica al debitore e all'eventuale terzo concedente – può procedere: a) alla vendita dei beni oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita; b) alla escussione o cessione dei crediti pignorati fino a concorrenza della somma garantita; c) ove previsto nel contratto, alla locazione del bene oggetto di pegno imputando i canoni al soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita; d) ove previsto nel contratto, all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita (co. 7). Il debitore e l'eventuale terzo concedente hanno diritto di proporre opposizione entro cinque giorni dall'intimazione notificata con ricorso al giudice (ai sensi del libro IV, capo III-*bis* "Del procedimento sommario di cognizione", artt. 702-*bis* – 702-*quater* c.p.c.) che, ove concorrano gravi motivi e su istanza dell'opponente può, con provvedimento d'urgenza, inibire al creditore di procedere (co. 7-*bis*).

La sommaria descrizione del pegno mobiliare non possessorio, se per un verso conferma l'ambito imprenditoriale della sua applicazione, per l'altro mostra di insistere sulla circostanza che il creditore procedente debba limitarsi a trattenere per sé esclusivamente le somme dovute, replicando l'affermazione del patto marciano come antidoto al patto commissorio. Non si hanno possibilità di verificare profili applicativi dell'istituto atteso che, come accennato, non sono state emanate le disposizioni attuative del Ministro dell'economia, di concerto con quello della Giustizia, in ordine al registro informatizzato, segnale non confortante riguardo all'effettiva volontà del *regulator* di rendere utilizzabile

un istituto sistematicamente invece assai rilevante<sup>26</sup>, tanto che esso «*non è ancora nato, ma fa già molto parlare di sé*»<sup>27</sup>.

6. Orbene, riguardo a quest'ultima tipologia di garanzia innovativa – che pure di patto marciano parla e quindi di nuovo induce l'illusione di una disciplina nel codice della crisi – l'aspettativa di una regolamentazione *ad hoc* nel predetto codice è assicurata dalla stessa legge delega (n. 155/2017), il cui art. 11 è rubricato “Garanzie non possessorie”<sup>28</sup> e

---

<sup>26</sup> Né particolarmente incoraggianti sono le conclusioni dello studio “T6 (2017), *Patto Marciano o “Marziano”? – alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia*, Associazione Tavolo di Studio sulle Esecuzioni Italiane (T.S.E.I.), n. 4-17, 9 marzo 2017”, in cui si perviene, a proposito della normativa in commento, alla seguente valutazione: «*dopo esserci addentrati a fondo nella materia, pur con tutti i limiti espressi in premessa, si può infatti sostenere che se l'intento della decretazione governativa era quello di introdurre nuove forme di escussione dei beni, di accelerare i tempi della giustizia, ma anche aumentare il ricavato, o comunque evitare il deprezzamento, tipico delle vendite di immobili in asta giudiziaria, l'efficacia della norma così come oggi impostata, è tutta da dimostrare*» (p. 85).

<sup>27</sup> Così CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. «Pegno», ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 703 ss. Senza alcuna pretesa di completezza, cfr. i contributi di FERRETTI, *Prime osservazioni sulle disposizioni del “Decreto banche” volte ad accelerare il recupero dei crediti bancari*, in *www.dirittobancario.it*, 9 maggio 2016; NANIA, *Il pegno non possessorio: un'altra anomalia?*, *ivi*, maggio 2016; ALBARANI, NOTARANGELO, *Il pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sulla nuova garanzia*, *ivi*, 5 dicembre 2016; BROGI, *D.l. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 6 maggio 2016; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *www.ilcaso.it*, 3 ottobre 2016; BARILLA, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 583; GABRIELLI, *Pegno «non possessorio» e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, p. 241; MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 231; MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, *www.ilcaso.it*, 15 dicembre 2018.

<sup>28</sup> Si riporta per comodità di consultazione il testo dell'articolo menzionato:  
«1. *Nell'esercizio della delega di cui all'art. 1, per la disciplina del sistema delle garanzie reali mobiliari, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:*

*a) regolamentare una forma di garanzia mobiliare senza spossessamento, avente ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche futuri, determinati o determinabili, fatta salva la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito, eventualmente utilizzabile anche a garanzia di crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati, disciplinandone i requisiti, ivi compresa la necessità della forma scritta, e le modalità di costituzione, anche mediante iscrizione in apposito registro informatizzato, nonché le regole di opponibilità ai terzi e il concorso con gli altri creditori muniti di cause di prelazione;*

contiene i criteri per l'esercizio della delega da parte del Governo sul punto. Anzi, i punti della delega toccavano proprio i problemi su cui ci si è fin qui brevemente soffermati: la regolamentazione della fattispecie per la costituzione di un pegno senza spossessamento; la previsione degli elementi necessari per l'opponibilità ai terzi, ovvero per ottenere la prelazione; i criteri per l'utilizzabilità, da parte del costituente, di disporre dei beni pignorati, perdurante il vincolo; la possibilità di un'escussione stragiudiziale della garanzia, nel rispetto del patto marciano; coordinare gli effetti di questo istituto con le altre garanzie, anche nell'ottica della tutela del debitore consumatore.

---

*b) regolamentare forme, contenuto, requisiti ed effetti dell'iscrizione nel registro informatizzato, direttamente accessibile per via telematica secondo modalità che salvaguardino la protezione dei dati, al fine di consentire le operazioni di consultazione, iscrizione, annotazione, modifica, rinnovo ed estinzione delle garanzie, nonché la regolazione del concorso conseguente all'eventualità di plurime annotazioni; subordinare le operazioni di consultazione, iscrizione, modifica, annotazione e rinnovo al pagamento di un importo in denaro, determinato anche in via regolamentare, in modo da assicurare la copertura delle spese di gestione del registro;*

*c) stabilire che, salvo diverso accordo delle parti, il soggetto costituente la garanzia abbia la facoltà di utilizzare, nel rispetto dei principi di buona fede e di correttezza e in ogni caso nel rispetto della destinazione economica, i beni oggetto di garanzia, anche nell'esercizio della propria attività economica, estendendo in tale caso la prelazione dai beni originari a quelli che risulteranno all'esito degli atti di disposizione, senza effetto novativo per la garanzia originariamente concessa, fatta salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso del costituente;*

*d) consentire al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio, a condizione che il valore dei beni sia determinato in maniera oggettiva, fatto salvo l'obbligo di restituire immediatamente al debitore, o ad altri creditori, l'eventuale eccedenza tra il valore di realizzo o assegnazione e l'importo del credito;*

*e) prevedere forme di pubblicità e di controllo giurisdizionale dell'esecuzione stragiudiziale di cui alla lett. d), regolare i rapporti tra la stessa e le procedure esecutive forzate e concorsuali, adottare misure di protezione del debitore consumatore, nonché forme di tutela dei terzi che abbiano contrattato con il debitore non spossessato ovvero abbiano acquistato in buona fede diritti sul bene mobile oggetto del pegno, curando in ogni caso il coordinamento della nuova disciplina con le disposizioni normative vigenti.*

*2. Per l'attuazione delle disposizioni di cui al comma 1, lett. a), è autorizzata la spesa di euro 150.000 per l'anno 2017. Al relativo onere si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2017-2019, nell'ambito del programma «Fondi di riserva e speciali» della missione «Fondi da ripartire» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2017, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della giustizia».*

Ecco allora che la verifica di come avesse il legislatore interpretato le nuove garanzia nell'ambito del codice della crisi sembrava una ricerca interessante.

Senonché un simile interesse è rimasto inappagato, essendo assenti nel codice riferimenti utili per rispondere alle domande che si erano costruite. Di qui la necessaria rielaborazione dell'approccio. Poiché si è toccato con mano la discordanza fra legge di delega e principio delegato, si è pensato di verificare le incoerenze fra il codice della crisi e documenti preparatori e coevi, dalla legge delega alla relazione. Il lungo e tortuoso *iter* di elaborazione della stesura finale del codice rende quasi inevitabile qualche distonia fra questa e lavori intermedi ma, come si vedrà, si tratta talora di robuste divergenze di impostazione.

7. In questo obbligatorio rinnovamento dell'approccio, si è avuta presente la fase della liquidazione giudiziale dei beni, per la quale si nota con maggior chiarezza il trascorrere delle "idee guida" delle varie fasi legislative. La legge del 1942 era connotata in senso pubblicistico, il giudice assumeva la figura di guida del procedimento, con ampi poteri e rispetto a lui il curatore svolgeva un ruolo meramente esecutivo volto alla concreta amministrazione del patrimonio fallimentare; si parlava di rapporto gerarchico fra i due ovvero, più convincentemente, di rapporto funzionale, nel senso appunto di attribuire scelte gestionali al primo e conseguente attività di attuazione al secondo; i creditori e il loro comitato non avevano praticamente alcun coinvolgimento effettivo nella procedura.

Con la riforma all'approccio pubblicistico si sostituisce un approccio privatistico, con un potenziamento del comitato dei creditori e del curatore, a scapito dei poteri attribuiti al tribunale e, soprattutto, al giudice delegato. È stato giustamente rilevato<sup>29</sup> che l'icastica ricognizione di tutto ciò sta nella diversa formulazione degli artt. 25, comma 1 e 31, co. 1, l.fall.<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> DELLA SANTINA, *Prime riflessioni sulla liquidazione giudiziale dei beni nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: ritorno al passato?*, in *www.ilcaso.it*, 20 giugno 2019, p. 3.

<sup>30</sup> Nell'art. 25, co. 1, l. fall., l'espressione «*il giudice delegato dirige le operazioni del fallimento, vigila l'opera del curatore*» è sostituita con «*il giudice delegato esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura*». Nell'art. 31, comma 1, l. fall., l'espressione «*il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare sotto la direzione del giudice delegato*» è sostituita con «*il curatore ha l'amministrazione del*

L'impronta della riforma avrebbe dovuto essere confermata nel Codice: la "Relazione illustrativa ai decreti delegati in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155"<sup>31</sup> precisa infatti:

a) in riferimento all'attuale art. 123 "Poteri del giudice delegato", che al giudice delegato «sono attribuite, *in continuità con l'attuale impostazione* [quella della riforma], non più funzioni di direzione della procedura, ma di vigilanza e di controllo sulla regolarità della stessa» (enfasi aggiunta);

b) in riferimento all'attuale art. 128 "Gestione della procedura", che tale articolo «ribadisce la netta distinzione di ruolo tra i vari organi della procedura già prevista dall'attuale disciplina, *assegnando al solo curatore l'amministrazione del patrimonio compreso nella liquidazione* e prevedendo, per contro, che tutte le attività compiute dal medesimo nell'ambito delle sue funzioni siano soggette alla vigilanza del curatore e del comitato dei creditori».

Siffatta impostazione risulta peraltro disattesa proprio in sede di liquidazione giudiziale, dove il ruolo fra i due soggetti ora indicati si inverte fortemente. In assenza di indicazioni contrarie nella legge delega e con una relazione che afferma quanto riportato, l'art. 216, co. 2 del codice prevede che «*le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore (...), con le modalità stabilite con ordinanza dal giudice delegato*»; il comma successivo dispone che «*il giudice delegato può disporre che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili*». Con evidente stravolgimento di impostazione e in contraddizione con quanto sopra riportato, ancora la relazione, nel commento all'attuale art. 216 del codice, avverte che «*il giudice delegato, nella prospettiva della riforma, è destinato ad acquistare, dunque, un ruolo centrale poiché a lui è affidata la determinazione delle modalità di liquidazione dei beni, attualmente rimesse alle scelte del curatore*»: «*la continuità dell'attuale impostazione*» sembra davvero dimenticata<sup>32</sup>.

---

*patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite.*

<sup>31</sup> Consultabile sull'"Osservatorio sulle crisi di impresa", [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

<sup>32</sup> «Non rinvenendosi nella relazione di accompagnamento spiegazioni circa le ragioni di una siffatta scelta del legislatore, non può che ipotizzarsi una presa d'atto del fatto che – nella maggior parte degli uffici giudiziari – i curatori si attengono, nella

Fra l'altro, questo capovolgimento di impostazione si inserisce in un meccanismo procedurale assai complesso. Il programma di liquidazione, cui fa riferimento l'art. 216 del codice, «è suddiviso in sezioni in cui sono indicati separatamente criteri e modalità della liquidazione dei beni immobili, della liquidazione degli altri beni e della riscossione dei crediti, con indicazione dei costi e dei presumibili tempi di realizzo», con attribuzione della relativa competenza al curatore (così l'art. 213, co. 3, del codice). Le scelte di costui sono sottoposte per l'approvazione al comitato dei creditori e dopo all'approvazione in sede di autorizzazione dei singoli atti.

«Gli atti di liquidazione, di cui parla il comma 2 dell'art. 216, sono dunque atti che, ex art. 213, comma 7 del codice<sup>33</sup>, unitariamente hanno già superato il vaglio del giudice delegato, singolarmente sono già stati autorizzati sempre dal giudice delegato e rispetto ai quali rimane difficile intravedere un ulteriore spazio di intervento giudiziale, che non assuma il carattere autoritativo, che stabilisca modalità di vendita diverse da quelle recepite nel programma di liquidazione<sup>34</sup>. E proprio il su riportato co. 3 dell'art. 216 depone verso una modifica d'imperio delle modalità di vendita, con un rovesciamento della prospettiva della riforma che, all'art. 107 l. fall., disponeva che «il curatore può prevedere nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati

---

*determinazione delle modalità di vendita in sede di programma di liquidazione, alle indicazioni di massima fornite dalle sezioni fallimentari tramite linee guida ovvero tramite prassi e ciò non solo perché nella maggior parte dei fallimenti il Giudice delegato approva il programma di liquidazione in sostituzione del comitato dei creditori (e, quindi, ne esercita anche le prerogative di proposte di modifica del programma che, di fatto, si sostanzia in un potere conformativo), ma anche perché le vendite rimangono uno dei nodi più delicati delle procedure per i rischi di interferenze illecite e di conflitti, di tal che è apparso maggiormente garantista – anche per il curatore – il ricorso a modalità di liquidazione secondo codice di procedura civile (e quindi con la possibilità di disporre di chiare previsioni di legge per disciplinare eventuali problematiche e incidenti che spesso insorgono nell'ambito della procedura) con sostanziale scarso ricorso, quindi, per la liquidazione di mobili e immobili a reali modalità “atipiche” di liquidazione»: LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, III, Milano (“il civilista”), 2019, p. 112.*

Come si dirà in calce a queste note, non si discute su quale soluzione sia migliore, ma sulla scarsa linearità con la quale è stata raggiunta quella di cui al codice.

<sup>33</sup> «7. Il programma è trasmesso al giudice delegato che ne autorizza la sottoposizione al comitato dei creditori per l'approvazione. Il giudice delegato autorizza i singoli atti liquidatori in quanto conformi al programma approvato».

<sup>34</sup> DELLA SANTINA, *Prime riflessioni*, cit., p. 12.

*vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili*: al curatore viene sostituito il giudice delegato, in perfetta «discontinuità» con il passato regime.

*«Stando così le cose, e pare difficile allo stato ipotizzare una diversa chiave di lettura, se cioè l'art. 216 del codice rende il giudice delegato protagonista nella scelta delle modalità di vendita dei beni a scapito del ruolo del curatore – che per l'art. 213 del codice rimane invece l'autore esclusivo delle medesime scelte recepite nel programma di liquidazione – è arduo (se non impossibile) non ravvisare l'esistenza di una profonda dicotomia non solo tra l'art. 216 e l'art. 213, ma più in generale tra l'art. 216 e l'intera disciplina che nel codice regola ruoli e funzioni degli organi della procedura»<sup>35</sup>.*

E il rilievo qui posto in luce è tutt'altro che isolato: la nuova disciplina della liquidazione giudiziale contiene, tra le altre, *«importanti modifiche inerenti il ruolo del curatore, la cui funzione (...) sembra, però, fare ritorno alla disciplina antecedente la riforma del 2006, essendo caratterizzata più che da un ampliamento dei poteri gestionali, da un aumento delle responsabilità e degli obblighi e da un correlato potenziamento del potere di vigilanza e controllo esercitato dal giudice delegato sull'operato del curatore»<sup>36</sup>*. Per altro ma convergente profilo, si è posto in evidenza che molte novità contenute nel codice confermano l'ipotesi che *«la c.d. riforma della crisi di impresa costituisca una vera e propria “controriforma”, ossia, sotto vari aspetti, un ritorno all'impianto originario della legge fallimentare del 1942»<sup>37</sup>*.

Non è certamente questa la sede per accertare se l'impostazione seguita dagli articoli del codice sia preferibile o meno a quella che (almeno una parte del) la Relazione faceva intendere: si vuol solo mettere in luce come la stesura del codice abbia risentito di un'evidente confusione negli estensori e che alcune scelte di fondo appaiano o poco meditate o segno di bruschi cambiamenti di orientamento, con il risultato di un «ritorno al passato» non si sa quanto meditato ed effettivamente voluto.

---

<sup>35</sup> DELLA SANTINA, *Prime riflessioni*, cit., p. 13.

<sup>36</sup> FANTOZZI, *L'evoluzione del ruolo del curatore dal fallimento alla liquidazione giudiziale*, in *Osservatorio sulle crisi di impresa*, [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), novembre 2018, p. 2. Sui poteri del curatore, sia pure in un'ottica diversa da quella di cui al testo, cfr. BORTOLUZZI, *Il curatore fallimentare: doveri e responsabilità fra presente futuro*, in *Osservatorio sulle crisi di impresa*, [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), ottobre 2018.

<sup>37</sup> PARISI, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: riforma o controriforma?*, in *Osservatorio sulle crisi di impresa*, [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), giugno 2019, p. 7.

In ogni caso, a questo punto, che non si sia parlato di nuove garanzie (su cui un ritorno al passato era davvero difficile) e che un criterio di delega sia stato del tutto pretermesso sorprende meno di quanto non possa apparire a prima lettura.

## Gli accordi di ristrutturazione speciali e convenzioni di moratoria

MAURIZIO SCIUTO

**1.** Vorrei ringraziare innanzitutto Daniele Vattermoli e la Rivista per il prestigioso invito, e il Presidente, prof. Nigro, per avermi appena introdotto come fra i più esperti della materia degli accordi di ristrutturazione dei debiti (qui di seguito: “ARD”). Confesso, tuttavia, che gli ultimi interventi legislativi che oggi discutiamo hanno accresciuto le mie, già preesistenti, incertezze sul tema.

Fra i punti meno incerti, comunque, pare di poter dire che il legislatore del Codice della crisi e dell’insolvenza (qui di seguito: il “Codice”) ha riposto una buona dose di fiducia nelle potenzialità dello strumento degli ARD, espandendone le possibilità di applicazione sino a farlo primeggiare – se volessimo simulare una sorta di gara concorrenziale – rispetto agli altri strumenti di regolazione della crisi offerti dalla nuova disciplina concorsuale. Ciò, in particolare, a causa del fatto che gli ARD regolati dal Codice, oltre a potersi basare su un piano di continuità aziendale, potrebbero perseguire anche (fatta eccezione per la variante ad “efficacia estesa” quando si trovi a regolare un’esposizione che per la maggior parte *non* coinvolga intermediari finanziari) una possibile finalità liquidatoria, anche senza dover assicurare percentuali minime di soddisfazione dei creditori e senza il gravoso onere di apportare nuova finanza, come invece previsto per il concordato preventivo quando rivolto ad una finalità liquidatoria.

Considerato allora come, ad oggi, i riscontri empirici attestino come la modalità di regolazione concordata dell’insolvenza più utilizzata sia proprio quella del concordato preventivo liquidatorio - da domani però assai meno agevolmente utilizzabile per i limiti appena ricordati - potrebbe allora azzardarsi il pronostico che la diffusa tendenza a perseguire quelle stesse finalità potrà, in futuro, incanalarsi nel più scorrevole alveo degli ARD.

In questo quadro generale, il tema affidatomi è quello degli ARD “speciali” e delle convenzioni di moratoria.

Entrambi andrebbero riferiti, nella l.fall., alle fattispecie previste dall'art. 182-*septies*, relativa esclusivamente ad accordi che coinvolgono intermediari finanziari titolari di oltre la metà dei crediti verso l'impresa proponente. Nel Codice, tuttavia, come si va a vedere, le varianti di ADR definibili "speciali" sono più articolate, secondo un'architettura complessiva dell'istituto che è mio obiettivo - nel breve tempo ora a disposizione - chiarire in luogo dei molti altri profili problematici che pure potrebbero indagarsi.

**2.** Quella con banche ed intermediari finanziari è una variante degli ARD che nell'esperienza finora registratasi ha mostrato un discreto successo. Non è facile, peraltro, giudicare se questo possa dirsi il frutto dall'intrinseca funzionalità dei meccanismi giuridici che governano un tale modello di regolazione della crisi, oppure dipenda solo dal fatto che il coinvolgimento di intermediari finanziari è capace di immettere nelle trattative una dose di professionalità e razionalità che può incrementare le probabilità di una loro conclusione positiva, rispetto a trattative condotte con una congerie di creditori frastagliati e meno addestrati a soppesare la convenienza della proposta.

Di tale modello "ad efficacia estesa", comunque, il Codice ha progettato una notevole espansione: se ne affranca l'utilizzo, infatti, dal necessario presupposto di un'esposizione debitoria concentrata per oltre la metà con intermediari finanziari (ipotesi, questa, che peraltro non resta indifferente, venendo resa poi oggetto di una norma *ad hoc*).

Una tale innovazione si colloca però all'interno di un nuovo disegno complessivo dell'istituto degli ARD che rende più complicato, rispetto al quadro legislativo tuttora vigente, individuare il coordinamento e la gerarchia delle norme.

Nella vigente legge fallimentare, infatti, il rapporto fra *genus* e *species* risulta articolato secondo una "catena" abbastanza corta: a monte, la disciplina generale degli ARD, dettata dall'art. 182-*bis*, l.fall.; a valle, gli ARD con intermediari finanziari, quali oggetto di una disciplina che espressamente si proclama come "integrativa" di quella prevista dall'art. 182-*bis*, l.fall.

Il disegno, quindi, è piuttosto chiaro: due cerchi concentrici nei quali i lineamenti della figura generale vanno rispettati sino a dove, appunto, si entra in un'area che ne consente espressamente una deroga; consistente a sua volta - potrebbe dirsi in via generale - nell'inoculare nel modello generale un principio di concorsualità che quel modello, tutto fondato sulla (relativa) intangibilità dei creditori estranei, invece non avrebbe. Non v'è modo ora di confrontarsi concettualmente su

che cosa significhi esattamente concorsualità e le diverse definizioni che se ne possono fornire. Ma se si prescinde da alcune letture a dire il vero piuttosto generiche se non banalizzanti (come quelle proposte da ultimo dalla Corte di Cassazione, pur al fine di applicare talune norme forse appropriate al caso concreto deciso), che rischiano di fare della concorsualità la “notte in cui tutte le vacche sono nere”, si dovrebbe riconoscere che essa sia riconoscibile (almeno in misura apprezzabile, per chi volesse ipotizzarne una graduabilità solo quantitativa) solo in quelle procedure che manifestano la capacità di imporre il “trattamento” accettato dalla maggioranza anche alla minoranza dissenziente; e non, invece, in quelle procedure che mantengano (ed anzi si caratterizzino proprio per il fatto di basarsi su) una netta separazione fra creditori aderenti e creditori estranei, secondo il criterio discretivo del consenso individuale. Del resto, è proprio il superamento di tale criterio che, storicamente, si pone all’origine delle procedure concorsuali di natura concordataria, quali alternativa agli strumenti di diritto (privato) comune.

**3.** Ricordato tutto ciò, può dirsi allora che l’architettura normativa dei nuovi ARD si complica rispetto al quadro normativo vigente, innanzitutto perché, all’interno del nuovo perimetro tracciato dal Codice, si possono individuare quattro diverse figure di ARD, in luogo delle due presenti nella legge fallimentare.

(i) Vi sono innanzitutto gli ARD che potremmo definire “*semplici*” (art. 57 del Codice) e che ripetono, pur con significative precisazioni, il modello descritto dall’art. 182-*bis*, l.fall.

(ii) V’è poi una prima variante, rappresentata dagli ARD “*agevolati*”, per i quali la percentuale minima di adesioni viene dimezzata (art. 60 del Codice). E ciò, come noto, a condizione che il proponente rinunci a chiedere, come pure sarebbe sua facoltà, misure protettive temporanee (rette appunto dal principio della domanda) ed ogni moratoria per il pagamento dei creditori estranei alla scadenza originaria.

(iii) Si osserva poi una terza figura - di cui dev’essere però chiarito il rapporto con le prime due - che è quella degli ARD “*ad efficacia estesa*” (art. 61 del Codice). Questa è certamente la figura più interessante, proponendo - come poc’anzi accennato - la generalizzazione di un modello fino ad oggi riservato soltanto agli ARD con intermediari finanziari e che espressamente si pone in deroga ai principi di relatività del contratto (artt. 1372 e 1411 c.c.), consentendo di parificare la soddisfazione concorsuale pattuita con gli aderenti a quella che sarà riservata a coloro che non abbiamo aderito, se gli uni e gli altri

appartengano ad una “categoria” omogenea per posizioni giuridiche ed interessi economici. Questo effetto - ricordo in termini approssimativi - può conseguirsi a condizione che sussista (a) un sufficiente livello di “trasparenza” (coinvolgimento nelle trattative, informativa sulla documentazione inerente alla proposta) anche nei confronti dei non aderenti appartenenti alla categoria interessata; (b) un’adesione dei creditori inseriti nella categoria pari almeno al 75%; (c) una maggior convenienza, per i creditori non aderenti inseriti nella categoria, di quanto proposto nell’accordo rispetto al risultato che si potrebbe conseguire da una liquidazione giudiziale (e non rispetto a qualsiasi alternativa concretamente praticabile, come prevede un po’ troppo genericamente l’art. 182-*septies*, co. 4, lett. c, a l.fall.).

Il limite significativo che, tuttavia, incontra questa figura di ARD ad efficacia estesa (dunque oramai utilizzabile *quali che siano* i creditori interessati), è dato dal doversi essi fondare su di un piano orientato dalla continuità aziendale, dal cui ricavato trarre in misura significativa o prevalente la soddisfazione dei creditori. *Essi non possono perseguire, quindi, una finalità meramente liquidatoria.*

(iv) Il quarto esemplare che conclude questa “carrellata”, si trova relegato in fondo a tutta la disciplina, collocato all’interno (e per la precisione in coda) dell’articolo dedicato agli ARD ad efficacia estesa, ed è quello degli ARD (*ad efficacia estesa*) “con banche ed intermediari finanziari” (art. 61, ultimo comma, Codice). Si tratta, dunque, di una figura che non si è ritenuto di potere, o volere, dissolvere all’interno della disciplina degli ARD “ad efficacia estesa”.

4. Orbene, quale sia il rapporto fra le quattro figure di ARD esaminate non è chiaramente definito dal Codice. Eppure è importante stabilirlo, poiché serve anche a comprendere quali siano – a seconda che si individui un rapporto di gerarchia o almeno di concentricità fra le rispettive discipline, anziché di reciproca autonomia - quali regole risultino, si potrebbe dire “a cascata”, applicabili o meno alle diverse varianti.

A questo riguardo - e partendo per così dire dal basso - pare innanzitutto che gli ARD con intermediari finanziari debbano intendersi come una figura degli ARD ad efficacia estesa, e in particolare come una loro sottospecie.

Non che questo sia così scontato. Se ci si limitasse ad una lettura del solo enunciato normativo che se ne occupa, e cioè l’ultimo comma dell’articolo 61 del Codice, si potrebbe infatti anche immaginare un’autonomia di tale disciplina rispetto a quella prevista dai precedenti

commi dell'art. 61, ai quali non viene fatto alcun rinvio o collegamento. Tuttavia, la collocazione all'interno di un unico articolo, rubricato "accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa", non rende plausibile ritenere che ad essi non siano tendenzialmente applicabili tutte le altre previsioni contenute nell'art. 61. La previsione di un comma *ad hoc*, allora, rivela come la sua unica portata precettiva sia quella di consentire un'eccezione alla disciplina della più ampia figura di riferimento: e cioè quella - niente affatto trascurabile per quanto dicevo all'inizio sulle prospettive di successo dello strumento - che gli ARD con intermediari finanziari potrebbero anche *non* basarsi (come invece tutti gli altri ARD ad efficacia estesa) su di un piano che preveda una continuità aziendale. Essi, dunque, potranno anche essere rivolti verso una finalità meramente liquidatoria, e pertanto assommare il doppio "vantaggio": di potere da una parte rappresentare uno strumento di regolazione concordata della crisi fruibile, a tale scopo, a condizioni più agevoli di quelle prescritte per un concordato preventivo liquidatorio; ma di poter d'altra parte far leva, a differenza degli ARD "semplici" o "agevolati", sulla possibilità di imporre il trattamento offerto alla maggioranza della categoria anche alla minoranza dei creditori non aderenti.

**5.** Ci si può chiedere a questo punto - salendo di livello - quale sia il rapporto fra gli ARD ad "efficacia estesa" e gli ARD "semplici" ed "agevolati". Il Codice, sul punto, risulta meno perspicuo dell'attuale 182 *septies*, l.fall., che dichiaratamente si pone come norma "integrativa" della disciplina generale. L'art. 61 del Codice, invece, si limita a dire più genericamente che tutte le norme "di cui alla presente sezione", cioè quella dedicata in generale a tutti gli ARD, si applicano anche agli accordi ad efficacia estesa.

Questo dovrebbe orientare a sostenere, innanzitutto, che per quanto riguarda le percentuali di adesione minime affinché l'accordo possa essere omologato, e quindi dispiegare i suoi effetti legali - e cioè il limite del 60% dei crediti o del 30% per gli ARD agevolati - dovrà essere rispettato anche per gli ARD ad efficacia estesa. Con l'unica variante (che tuttavia non rappresenta un criterio alternativo al rispetto di quelle percentuali complessive) che fra i creditori sollecitati ad aderire a tali accordi, verranno isolati dei gruppi individuati per "categorie" omogenee.

La scelta del termine "*categoria*" - piuttosto che quello di "*classe*", nel senso oramai stabilmente attestatosi in seno alla disciplina del concordato preventivo per designare un gruppo di creditori omogenei - ha

un senso specifico per gli ARD: dal momento che per questi ultimi non si tratta tanto di suddividere la *totalità* dei creditori in gruppi destinatari di trattamenti differenziati (come pare inevitabile se si intenda procedere ad una classificazione, peraltro non obbligatoria neppure secondo il Codice, argomentando *a contrario* dall'art. 85, co. 5); bensì di collocare, *o meno, alcuni o anche tutti* creditori, all'interno di gruppi caratterizzati da omogeneità giuridica ed economica (le "categorie"), *solamente se nei loro confronti si intenda far valere la regola* per cui il trattamento proposto ed accettato da almeno il 75% degli appartenenti a ciascuna categoria dovrà applicarsi anche alla minoranza non aderente. Resta però aperta la possibilità che alcuni creditori potrebbero anche non trovare alcuna collocazione all'interno delle categorie previste: con allora la persistente applicabilità, nei loro confronti, della regola, tipica degli ARD, per cui ai non aderenti dovrà assicurarsi una soddisfazione integrale. Ciò che del resto è dato notare già con riferimento agli ARD con intermediari finanziari attualmente regolati dall'art. 182-*septies*, l.fall., che prevedono al contempo "categorie" di intermediari finanziari, fermi i diritti dei creditori diversi.

Il ricorso alle categorie, però, non toglie che le regole sulle percentuali minime di adesione (60% o 30%) previste per gli ARD - semplici o agevolati che siano, e di cui allora gli ARD ad efficacia estesa devono ritenersi una variante - dovranno continuare, come tendenzialmente tutto il resto della loro disciplina, a ritenersi applicabili. Con il risultato che il creditore dissenziente all'interno di una categoria, per quanto costretto ad accettare, in caso di omologazione dell'ARD, il trattamento accettato dalla maggioranza della categoria cui appartiene, non per questo cesserà di essere considerato come "non aderente" ai fini del raggiungimento della percentuale complessiva dei crediti necessaria alla omologazione dell'ARD.

Insomma, per il creditore dissenziente all'interno di una categoria che per oltre il 75% si sia espressa a favore - e pur costretto a subire il trattamento propostogli nell'accordo - non potrà valere alcun "effetto leva" per il quale egli dovrebbe considerarsi come "aderente". Tanto, in effetti, era previsto nel disegno di legge, con previsione che però è stata espunta dal testo definitivo del Codice; e tanto, del resto, deve ritenersi che valga anche per diritto vigente, per l'intermediario finanziario che non aderisca agli ARD disciplinati dall'art. 182-*septies*, l.fall., pur se la sua categoria si sia espressa a favore per oltre il 75%; e tanto, ancora, trova conferma, ad esempio, nella disciplina delle misure protettive temporanee (art. 54 del Codice), lì dove si ha cura di precisare espressamente (pur con una certa imprecisione, su cui ora

sopraffacciato) che l'attestazione del professionista che accerti che sono in corso trattative con almeno il 60% dei creditori si applica anche agli ARD ad efficacia estesa – segno dunque che tale percentuale andrà inderogabilmente rispettata anche per questi ultimi. Del resto, anche per le classi nel concordato preventivo vale una regola analoga: il dissenziente nella classe aderente, subisce il trattamento da questa accettato, ma non concorre al raggiungimento della maggioranza necessaria all'approvazione della proposta.

La applicabilità delle regole generali degli ARD, semplici o agevolati che siano, anche a quelli ad “efficacia estesa” (solo ulteriormente connotati, dunque, solo dal regime aggiuntivo delle “categorie”), consente allora di considerare questi ultimi come una *species* dei primi, nella complessiva architettura dell'istituto. E allora di prendere atto come gli ARD ad efficacia estesa – potendo appartenere tanto al *genus* degli ARD semplici che a quella, per così dire equiordinata, degli ARD agevolati (ove ne ricorrano i diversi presupposti) - diventano capaci di assommare tutti i possibili vantaggi che consentono di pervenire all'omologazione dell'accordo.

Significa, cioè, che oltre a poter imporre ai creditori non aderenti inseriti in una categoria il trattamento che quest'ultima abbia accettato per oltre il 75%, potrà conseguirsi, loro malgrado, un'omologazione dell'accordo anche sulla base di un'adesione di tanti creditori (siano o meno inseriti nelle categorie) che rappresentino il solo 30%. E ciò – può aggiungersi – con l'ulteriore vantaggio, in termini di *favor* per il raggiungimento delle necessarie percentuali di aderenti, rappresentato dalla norma (art. 48, co. 4, del Codice) che considera, in questo caso, a tutti gli effetti come “aderente” (e quindi da computarsi nelle percentuali previste per gli ADR semplici o agevolati) l'amministrazione finanziaria anche se non abbia espresso il suo consenso alla proposta, purché la proposta si riveli per essa preferibile alla alternativa liquidatoria.

E se poi l'ADR ad efficacia estesa si configurerà secondo quella sua sottospecie prevista e disciplinata dall'art. 61, ultimo comma, del Codice – cioè con *intermediari finanziari* - esso potrà per di più perseguire *anche una finalità liquidatoria*.

## 6. Può farsi allora, a mo' di consuntivo, una simulazione.

Immaginando un ARD ad efficacia estesa con intermediari finanziari (art. 61, ult. co., Codice), e pertanto *anche con finalità liquidatoria*, nel quale si registri l'approvazione della categoria (o delle categorie, che potrebbero variare in funzione del tipo di crediti finanziari: forma tecnica, garantiti e non, etc.) in cui vengano inseriti tali creditori qua-

lificati (ciò che presuppone che l'esposizione debitoria complessiva verso questi ultimi sia superiore al 50%) si avrebbe che già su questo fronte si sarebbe registrata una percentuale di "aderenti" superiore al 37,5% (il 75% del 50%+ un euro).

Dunque, se ricorressero le ulteriori condizioni di un ARD agevolato, la percentuale minima per l'omologazione (30%) sarebbe già ampiamente superata. Se invece si trattasse di dover raggiungere la percentuale minima di aderenti del 60%, avvalendosi eventualmente anche della possibilità di considerare come implicitamente aderente l'amministrazione finanziaria, non mancherebbe davvero molto a raggiungere quella percentuale. Con la possibilità poi, in entrambi i casi, che una volta raggiunte quelle percentuali (e reso pertanto, salvo altro, omologabile l'ARD), ai creditori non aderenti, anche non finanziari, potranno imporsi le condizioni accettate dagli altri creditori aderenti della stessa categoria per oltre il 75%.

Emerge così come – per l'omologazione di un ARD ad efficacia estesa con intermediari finanziari, che potrebbe avere *anche finalità liquidatorie* – possano risultare sufficienti percentuali (anche ampiamente minoritarie, come il 30%) vertiginosamente più basse della maggioranza (tendenzialmente doppia, per valore e classi) previste per l'approvazione di un concordato preventivo; il quale d'altra parte, se volesse perseguire quella finalità liquidatoria, richiederebbe l'adempimento di ulteriori ed onerose condizioni.

E senza dimenticare, a tale riguardo, che la possibilità di configurare un ARD ad efficacia estesa secondo la sua sottospecie "con intermediari finanziari", non dipende necessariamente da una situazione debitoria fatalmente predeterminata che pertanto, date certe condizioni di partenza, resterebbe irraggiungibile. Al contrario, ben si potrebbe "costruire" una tale condizione di accessibilità, se solo alcuni crediti commerciali vengano appositamente acquistati da alcuni intermediari finanziari, sino alla misura necessaria a rendere complessivamente maggioritaria l'esposizione debitoria verso il loro ceto.

**7.** Con riferimento alle condizioni, invero abbastanza propizie, per pervenire all'omologazione di ARD ad efficacia estesa con intermediari finanziari – come tale capaci di contemplare al contempo categorie di intermediari finanziari ma anche, in quanto si tratta pur sempre di un ARD ad efficacia estesa, categorie di creditori non finanziari (quantitativamente inferiori) – pare poi opportuno evidenziare un nuovo profilo che si può cogliere all'interno della disciplina dettata dal Codice

rispetto a quella, pur nell'invarianza testuale, ricavabile dalla legge fallimentare.

Al riguardo, tanto l'art. 61, ult. co., del Codice, quanto l'art. 182-*septies*, co. 1, l.fall., dispongono che in caso di ARD con banche ed intermediari finanziari “*restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche ed intermediari finanziari*”. Tuttavia il medesimo enunciato normativo, nei due diversi contesti, muta di portata.

Nella più semplice architettura della l.fall., infatti, la salvezza dei creditori non finanziari vuol dire, semplicemente, che essi saranno soggetti alla disciplina degli ARD semplici, che è l'unico altro “sovraordinato” modello di ARD previsto: e quindi che se essi non aderiranno all'accordo, dovranno essere necessariamente soddisfatti integralmente.

Nella più complessa architettura del Codice, invece, la salvezza della posizione dei creditori diversi rispetto a quelli finanziari, in un ARD con intermediari finanziari, andrà riferita a tutte le figure di portata via via più generale, compresa allora quella degli ARD ad efficacia estesa, di cui come visto quelli con intermediari finanziari devono intendersi una sottospecie (regolata all'ultimo comma del medesimo articolo 61).

Questo comporta, allora, che i creditori non finanziari, in un ARD con intermediari finanziari, potrebbero a loro volta essere inseriti in ulteriori categorie di creditori (non finanziari); e come tali, allora, subire la regola, comune a qualsiasi altro ARD con efficacia estesa, di sottostare al trattamento approvato dalla categoria nella quale siano inseriti, anche se non vi abbiano aderito (e quindi diversamente da quanto comporterebbe oggi la disposizione dell'art. 182 *septies*, l.fall., nei loro confronti).

Resta fermo invece, come sopra ricordato, che se essi non saranno inseriti in alcuna categoria (trattandosi di mera facoltà, non obbligo del proponente), il loro statuto di creditori “non aderenti” andrà individuato in quello previsto in via generale dagli ARD (semplici o agevolati): con la necessità, quindi, di una loro soddisfazione integrale (come comporta già oggi l'art. 182 *septies*, primo comma, l. fall., nei loro confronti).

**8.** Vengo in ultimo alle *convenzioni di moratoria*. Nel Codice, esse vengono previste e disciplinate in un autonomo articolo (art. 62), in termini non particolarmente innovativi rispetto alla vigente disciplina recata dall'art. 182-*septies*, co. 5 e 6, l.fall., eppure apprezzabili per intervenire su alcuni profili lasciati un po' in ombra da quest'ultima. Mi limito dunque, qui di seguito, a tali aspetti di contorno.

(a) Il primo, certamente, è una maggiore chiarezza della norma nello stabilire, oltre alla finalità delle convenzioni (“disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi”), il loro possibile *contenuto*. Questo, si chiarisce ora, potrà avere portata meramente dilatoria, di rinuncia agli atti o di sospensione di azioni esecutive, senza però in alcun modo poter prevedere effetti remissori o di rinuncia da parte degli intermediari coinvolti. Il che, in effetti, è coerente con il *nomen juris* di “moratoria”, e con la stessa natura di uno strumento che, in effetti, salvo che intervenga opposizione resta sottratto a qualsiasi omologazione giudiziaria che ridefinisca il debito.

(b) Un secondo profilo consiste poi nell'aver chiarito in che cosa dovrebbe consistere la “convenienza” di una convenzione. E cioè non (come già previsto attraverso un incongruo rinvio del co. 6 al co. 4, terzo periodo, dell'art. 182 *septies*, l.fall.) nella “soddisfazione dei creditori in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”: ciò che, per le convenzioni di moratoria - incapaci di alterare la misura del credito e che comunque non promettono, di per sé, alcuna soddisfazione - rappresenta un termine di paragone improprio, se non incommensurabile. Il termine di confronto, nel Codice, è piuttosto individuato nelle “concrete prospettive” che - all'esito della convenzione, e cioè del periodo di moratoria - quegli stessi creditori potranno avere di essere soddisfatti - in ragione di una qualche recuperata solvibilità del debitore *in bonis* - in una misura che non sia inferiore di quella che si ritrarrebbe da una liquidazione giudiziale.

(c) Del resto, e venendo al terzo profilo che si voleva segnalare - quello relativo alla *opposizione* alle convenzioni - va preliminarmente ricordato in quali “prospettive” si dovrebbe realizzare la “convenienza” delle convenzioni ora considerate.

La regola fondamentale delle convenzioni previste dall'art. 182-*septies*, l.fall., ed ora dall'art. 62 del Codice, è quella per cui un'adesione di oltre il 75% dei creditori finanziari vincolerà la parte minoritaria (non tanto ad accettare una soddisfazione inferiore, come negli ADR, quanto) a sottostare temporaneamente alla stessa moratoria convenuta dal debitore con la maggioranza. Si tratta di una regola che intende ovviare all'inconveniente, che emerge dall'esperienza dei cd. *scheme of arrangements* noti anche al di fuori dei confini nazionali, per cui taluni intermediari potrebbero orientarsi, per inerzia o per finalità in senso lato parassitarie, a tenersi fuori dalle trattative o a lasciare, comunque, che siano altri intermediari a sospendere le proprie azioni e pretese; senonché, di fronte a un tale atteggiamento, neppure i creditori intenzionati a concedere una moratoria sarebbero più disposti a rinviare

l'esazione del loro credito, se quella stessa moratoria non si imponesse anche a tutti gli altri; giacché questi ultimi, non aderendo, troverebbero la strada spianata per soddisfarsi per via esecutiva a discapito di chi resti in attesa. Dunque, l'unico modo per poter arrivare ad un accordo è quello di una moratoria globale, che seppure accettata da alcuni, si imponga a tutti – come appunto dispone la legge.

Se questo è il gioco degli interessi, allora, diviene delicato anche il profilo delle eventuali *opposizioni alla convenzione*.

Attualmente, l'art. 182-*septies*, co. 6, l.fall., prevede che gli intermediari che si oppongano giudizialmente alle convenzioni possano ottenere che l'accordo “*non produca effetto nei loro confronti*”. Questo parrebbe comportare che l'accoglimento dell'opposizione non comporterebbe (come per l'opposizione avverso l'omologazione di un concordato o di un accordo di ristrutturazione) la decadenza di tutti gli effetti dell'accordo; ma solo che la moratoria, convenuta con altri, non impegnerà qual creditore che abbia proposto vittoriosamente la sua opposizione, così però frustrando le finalità tipiche dell'istituto come poc'anzi descritte.

L'art. 62 del Codice, invece, non ripete l'enunciato contenuto nell'art. 182-*septies*, l.fall., appena citato; tuttavia, in luogo di esso, non dice nulla di preciso. L'art. 62 dice semplicemente, infatti, che gli intermediari possono proporre opposizione avanti al tribunale (entro trenta giorni dalla comunicazione della relativa proposta ricevuta dal proponente).

La domanda diventa, allora: l'accoglimento dell'opposizione determinerà il venir meno di qualsiasi effetto della convenzione, oppure solo dei suoi effetti legali, e cioè dell'estensione della portata della convenzione agli intermediari coinvolti nella categoria ma non aderenti, fermo restando però l'impegno assunto dagli aderenti?

Già questo stesso dubbio, che in effetti non viene dissipato dall'art. 62 del Codice, lascia allora pronosticare, o comunque raccomandare – per le già evidenziate ragioni “commerciali” alla base dell'istituto ora considerato (e cioè che nessuna banca siede ad un tavolo per rinunciare ai propri termini, se le altre non sono pronte a farlo a loro volta e negli stessi termini) – che una convenzione di moratoria dovrebbe quantomeno, per cautela, prevedere che le banche aderenti condizioneranno la propria adesione alla mancata opposizione da parte delle altre, o quantomeno al mancato accoglimento dell'opposizione.

## Codice della Crisi e responsabilità di creditore e finanziatore nella valutazione del “merito creditizio”

SABINO FORTUNATO

SOMMARIO: 1. La valutazione del “merito creditizio” nella relazione dell’Organismo di Composizione della Crisi (OCC) all’accordo di ristrutturazione dei debiti del consumatore e al concordato minore dei non-consumatori. Le sanzioni endoprocedimentali. – 2. L’obbligo di comportamento a carico del creditore in generale nel rapporto di credito con il consumatore. – 3. L’obbligo di comportamento del finanziatore nella valutazione del merito creditizio del consumatore. – 4. L’obbligo di comportamento del finanziatore nei confronti del non-consumatore (professionista/imprenditore). – 5. La sanzione endoprocedimentale. Dubbi di legittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa. – 6. Il problema della sanzione sostanziale sul piano civilistico. – 7. Imprenditore, assetti organizzativi e valutazione del merito creditizio.

### 1. La valutazione del “merito creditizio” nella relazione dell’Organismo di Composizione della Crisi (OCC) all’accordo di ristrutturazione dei debiti del consumatore e al concordato minore dei non-consumatori. Le sanzioni endoprocedimentali.

Il Codice della Crisi, nel disciplinare il ruolo dell’Organismo di Composizione della Crisi nel caso di ricorso del *consumatore* alla procedura di “ristrutturazione dei debiti” (artt. 67 ss.), dispone che «l’OCC, nella sua relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l’importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita» (art. 68, co. 3, c.c.i.)<sup>1</sup>.

La relazione dell’OCC è destinata ad accompagnare la “proposta” del *piano di ristrutturazione dei debiti* che il *debitore consumatore* avanza

---

<sup>1</sup> «A tal fine – prosegue la norma – si ritiene idonea una quantificazione non inferiore all’ammontare dell’assegno sociale moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell’ISEE di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 5 dicembre 2013, n. 159». La disposizione dà attuazione al principio direttivo sancito nell’art. 9 lett. e) della legge delega n. 155/2017: «prevedere che nella relazione dell’organismo di cui all’articolo 9, comma 3-bis, della legge 27 gennaio 2012, n. 3, sia indicato se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del richiedente, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l’importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita».

ai propri creditori e che tramite l'OCC viene presentata al Tribunale competente<sup>2</sup>, ai fini del giudizio omologatorio. Ai creditori è consentito far pervenire, ancor prima della omologazione, *osservazioni* sul piano presentato, di cui l'OCC tiene conto per riferire al Giudice, proponendo eventuali modifiche al piano che dovesse ritenere necessarie (art. 70, co. 3, c.c.i.). Le dette osservazioni possono avere ad oggetto anche la contestazione della *convenienza economica* della proposta, ma in tal caso il Tribunale applica il principio del *cram down*, omologando comunque il piano ove ritenga che il credito dell'opponente possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria (art. 70, co. 9, c.c.i.). E ovviamente, avverso la sentenza di omologazione è ammessa "impugnazione" mediante ricorso alla Corte d'appello anche da parte del creditore dissenziente<sup>3</sup>.

Senonché l'art. 69, co. 2, c.c.i. introduce una sorta di *sanzione endo-procedimentale* a carico del creditore, ove ricorrano condizioni che la norma sembra prospettare come alternative ed equivalenti: (i) il creditore «*ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento*»; oppure (ii) il creditore «*ha violato i principi di cui all'articolo 124-bis del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385*» (relativi alla valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore). La sanzione si traduce nella *perdita di legittimazione* del creditore a «*presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente*» o a «*far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore*»<sup>4</sup>.

Un meccanismo analogo è poi riproposto dal Codice della Crisi anche nell'ambito della procedura del "concordato minore"<sup>5</sup>, la cui discipli-

<sup>2</sup> In composizione monocratica: art. 67, co. 6, c.c.i.

<sup>3</sup> Cfr. art. 70, co. 8, e art. 51 c.c.i. Il «*dissenso*», in questo caso è evidentemente da interpretarsi non come voto contrario espresso in sede di votazione ma come dissenso espresso in sede di omologazione, considerato che l'accordo di ristrutturazione del consumatore non è sottoposto alla votazione dei creditori.

<sup>4</sup> Anche in questo caso la norma dà attuazione al principio sancito nella legge delega n. 155/2017 all'art. 9 lett. D): «*prevedere misure sanzionatorie, eventualmente di natura processuale con riguardo ai poteri di impugnativa e di opposizione, a carico del creditore che abbia colpevolmente contribuito all'aggravamento della situazione di indebitamento*».

<sup>5</sup> Il concordato minore è inserito nel Capo II del Titolo IV del c.c.i., unitamente alla "ristrutturazione dei debiti del consumatore", sotto l'unitaria rubrica del Capo "Procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento". Noto che qui il termine "crisi" è utilizzato non nella sua accezione specifica, precisata dall'art. 2, co. 1, lett. a (richiamata

na peraltro non trova applicazione al consumatore ma agli *altri debitori* previsti dall'art. 2, co. 1, lett. c) del Codice: e cioè al professionista, all'imprenditore minore, all'imprenditore agricolo, alle *start-up* innovative, e ad ogni altro debitore non assoggettabile a liquidazione giudiziale, liquidazione coatta o altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza. Si tratta di soggetti che svolgono a tutta evidenza *attività professionale o imprenditoriale*. Pure in questo caso l'OCC è chiamato a redigere una relazione sulla proposta e sul piano del concordato minore, che fra l'altro «*deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore*»<sup>6</sup>.

La differenza di formulazione, rispetto all'analoga disposizione prevista per il caso del consumatore, sta nell'assenza di ogni precisazione sui criteri di valutazione del merito creditizio del sovvenuto, laddove per il consumatore si ha riguardo al "reddito disponibile", dedotto l'importo *necessario* a mantenere un *dignitoso tenore di vita*, deduzione che sembra doversi commisurare all'ammontare dell'assegno sociale moltiplicato per il parametro ISEE corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare. Ma pure differente è la formulazione della sanzione indiretta endoprocedimentale che colpisce il creditore-finanziatore, il cui presupposto è tuttavia limitato alla "colpevole determinazione" dell'altrui sovraindebitamento o suo aggravamento e non parrebbe estendersi anche alla violazione dei principi sulla valutazione del merito creditizio del debitore professionista/imprenditore.

Il "concordato minore", a somiglianza del fratello "maggiore", viene disciplinato nella duplice forma di concordato in continuità – «*quando consente di proseguire l'attività imprenditoriale o professionale*» – (art. 74, co. 1) e di concordato liquidatorio – purchè con «*apporto di risor-*

---

alla lett. c) nella nozione di "sovraindebitamento" che comprende crisi e insolvenza), ma nella sua accezione generica, laddove probabilmente "crisi da sovraindebitamento" sta sia per il presupposto oggettivo di crisi sia per quello di insolvenza, posto che tanto la "ristrutturazione dei debiti del consumatore" quanto il "concordato minore" sono utilizzabili dal "consumatore sovraindebitato" (art. 67) ovvero dal "debitore ... in stato di sovraindebitamento", e dunque secondo l'ampia accezione che assume la nozione di sovraindebitamento alla citata lett. c) dell'art. 2, co. 1, c.c.i. Sarebbe opportuno modificare la rubrica (come le analoghe espressioni, utilizzate per es. all'art. 65) per ricondurre ad omogeneità la terminologia adottata, parlandosi semmai di "procedure di composizione del sovraindebitamento" *tout court*.

<sup>6</sup> Art. 76, co. 3, c.c.i.

se esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori» – (art. 74, co. 2) ed è soggetto all'approvazione dei creditori (anche con il meccanismo del silenzio-assenso), i quali potranno far pervenire all'OCC «la dichiarazione di adesione o di mancata adesione alla proposta di concordato», ma anche «le eventuali contestazioni»<sup>7</sup>. E tuttavia, per un inspiegabile *esprit de geometrie* (tutt'altro che sorretto da corrispondente *esprit de finesse*), il legislatore riprende parzialmente la formulazione sanzionatoria adottata nel caso della omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti del consumatore, sancendo che «il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore» (art. 80, co. 4). *En passant*, la qualificazione del creditore come “dissenziente” ha qui molto più senso che non nella disciplina dell'accordo di ristrutturazione, posto che nel concordato minore i creditori esprimono con il voto il loro consenso o dissenso, mentre nell'altro istituto subiscono d'ufficio la decisione omologatoria del Tribunale.

Al di là dei problemi di coordinamento e di *editing* delle disposizioni, problemi che pervadono in più parti il Codice della Crisi<sup>8</sup>, preme subito evidenziare che anche in questa occasione il legislatore non affronta direttamente la questione dell'*eventuale responsabilità civile* del creditore o del finanziatore per “finanziamento abusivo o insostenibile” erogato al debitore ora consumatore e ora professionista/imprenditore, limitandosi a sancire per un verso obblighi di comportamento che fanno capo al creditore genericamente inteso o in via più specifica al finanziatore e per altro verso “sanzioni indirette” al ricorrere della violazione di tali obblighi.

Peraltro, v'è da chiedersi se sia davvero giustificata la sia pur parziale assimilazione di debitore-consumatore e di debitore-imprenditore/professionista nel farne derivare analoghe sanzioni in capo al creditore “responsabile” del sovraindebitamento o del relativo aggravamento.

E per quale ragione, poi, un tale apparato sanzionatorio non viene neppure enunciato nella disciplina della *liquidazione controllata* del patrimonio tanto del consumatore quanto degli altri debitori professioni-

---

<sup>7</sup> Art. 78, co. 2, lett. c).

<sup>8</sup> E su cui non sarebbe inutile un intervento chiarificatore in sede di decreto correttivo, prima che la disciplina entri complessivamente in vigore.

sti/imprenditori? Anche la liquidazione controllata è procedura concorsuale che presuppone il sovraindebitamento; eppure alcuna sanzione di carattere endoprocedimentale è disposta a carico del creditore o finanziatore “abusivo”.

Un ulteriore quesito, non disgiunto dalle problematiche sollevate dalla preliminare “valutazione del merito creditizio” degli imprenditori, si pone con particolare riferimento alla responsabilità del finanziatore nella erogazione del credito alla impresa in crisi, in connessione agli *obblighi organizzativi* enunciati ora in generale, per qualsiasi imprenditore “che operi in forma societaria o collettiva”, nel novellato art. 2086 c.c. (art. 375 c.c.i.) e poi ripetuto in termini martellanti in tutti i tipi societari (art. 377 c.c.i. con riguardo agli artt. 2257, 2380-bis e 2475 c.c.), obblighi declinati come *«dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale...»*. Il quesito che in ambienti bancari è stato sollevato, con una buona dose di preoccupazione, è se a tali assetti si debba fare riferimento da parte del finanziatore nella concessione di credito quale elemento necessario della valutazione del merito creditizio del sovenuto e con quali effetti<sup>9</sup>.

Il riferimento al “merito creditizio” del finanziato torna in sede di *esdebitazione da sovraindebitamento* con riguardo al “debitore persona fisica meritevole” ma “incapiente”, senza che peraltro si precisi in questo caso che debba necessariamente trattarsi di “consumatore”. È richiesto che la esdebitazione venga accompagnata da una relazione dell'OCC che deve fra l'altro, ancora una volta, *«indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita»*, al quale scopo si ritiene idonea una quantificazione pari all'assegno sociale aumentato della metà e moltiplicato per un parametro ISEE considerato il numero dei componenti il nucleo familiare<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> L'art. 14 lett. b) della legge delega n. 155/2017 prevede l'introduzione di un *«dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale...»*.

<sup>10</sup> Art. 283, co. 1 e 5, c.c.i. Segnalo che ai fini della esdebitazione da sovraindebitamento della persona fisica incapiente si riprendono i criteri utilizzati per il consumatore nell'accordo di ristrutturazione ai fini della valutazione del merito creditizio, facendo deduzione dal reddito disponibile di quanto precisato all'art. 68, co. 3, c.c.i. Senonché

Il che evidenzia, a mio avviso, la possibile *ambivalenza* della relazione dell'OCC sul punto concernente la valutazione del merito creditizio compiuta o meno dal finanziatore: essa può fondare un giudizio positivo a vantaggio del debitore<sup>11</sup>, ma potrebbe anche segnalare un comportamento non diligente del finanziatore.

Ma prima di compiere una valutazione complessiva del quadro legislativo in tema di sovraindebitamento, cerchiamo di fornire una interpretazione più compiuta di *precetto* e *sanzione* come enucleati a carico del creditore in generale o del finanziatore più specificatamente.

## 2. L'obbligo di comportamento a carico del creditore in generale nel rapporto di credito con il consumatore.

Va premesso che la disciplina del sovraindebitamento del consumatore si muove in una logica di tutela della posizione del contraente debole, che ormai da tempo connota gli interventi comunitari in materia e le conseguenti applicazioni negli Stati membri. In questa direzione occorre differenziare la portata di precetto e sanzione concernenti gli accordi di ristrutturazione dei debiti del consumatore da quella di pre-

---

mentre per il *consumatore* la deduzione si limita all' "assegno sociale", poi moltiplicato per il noto parametro, per l'esdebitazione del *debitore incapiente* la deduzione è pari all' "assegno sociale aumentato della metà", quindi moltiplicato per il noto parametro! E nel co. 2 dell'art. 283 si precisa che la "valutazione di rilevanza" delle utilità sopravvenute entro i quattro anni dal decreto di esdebitazione va compiuta diminuendo dette utilità sia di quanto appena precisato sia delle "spese di produzione del reddito"!

<sup>11</sup> E v. in questa direzione Trib. Napoli Nord, III sez. civ., 16-18 maggio 2018, ove si osserva che «*la valutazione del merito creditizio da parte di operatori professionali quali gli enti finanziatori è elemento idoneo a rafforzare a monte l'affidamento del consumatore nella idoneità del proprio reddito a far fronte alle rate del finanziamento, ed a valle il giudizio del Tribunale in ordine alla colpevolezza dell'indebitamento*», nella valutazione del presupposto della meritevolezza del consumatore ai sensi dell'art. 12-bis, co. 3, l. n. 3/2012. Del resto l'art. 69, co. 1, c.c.i. considera condizione soggettiva ostativa all'accesso all'accordo di ristrutturazione dei debiti, fra le altre, la circostanza che il consumatore abbia «*determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode*», sì che la valutazione sul suo merito creditizio può costituire elemento da considerare nella relazione dell'OCC anche ai fini della indicazione della «*diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni*» (art. 68, co. 2, lett. a c.c.i.). Analoga indicazione è richiesta nella relazione dell'OCC per il debitore non consumatore (professionista/imprenditore) da ammettere al concordato minore, ma qui l'inammissibilità della domanda di concordato minore consegue, fra l'altro, ove «*risultino commessi atti diretti a frodare le ragioni dei creditori*» (art. 76, co. 2, lett. a in combinato disposto con l'art. 77 c.c.i.

cetto e sanzione concernenti i concordati minori con i professionisti e imprenditori non soggetti a liquidazione giudiziale<sup>12</sup>.

Quanto ai primi *l'ambito soggettivo* di applicazione del precetto e della conseguente sanzione endoprocedimentale sembra investire alternativamente “qualsiasi creditore” che abbia «*colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento*» e poi – in termini più specifici – il creditore “finanziatore” (benché non espressamente nominato come tale) che abbia violato “i principi” sulla valutazione del merito creditizio nella erogazione di credito al consumatore ai sensi dell'art. 124-*bis* t.u.b. (ma suppongo anche “i principi” disciplinati dall'art. 120-*undecies* per la valutazione del merito creditizio nel credito immobiliare ai consumatori<sup>13</sup>).

---

<sup>12</sup> Alla necessità di tenere distinte le problematiche sulla responsabilità del finanziatore a seconda che investano il credito al consumatore ovvero il credito all'imprenditore si rifaceva già STANGHELLINI, *Il credito “irresponsabile” alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, pp. 395 ss. Il n. 4/2007 di *Società* raccoglie gli atti del Convegno di Alba del 18 novembre 2006 dedicato a “*Il ‘credito responsabile’: dal credito all'impresa al credito al consumo*”, con relazioni premonitrici dei successivi sviluppi della materia (si vedano in particolare i contributi di Nigro, Pagni, Inzitari dedicate fondamentalmente alla concessione abusiva di credito, nonché quello di Panzani sulla esdebitazione).

<sup>13</sup> Trattasi a mio avviso di difetto di coordinamento, poiché l'art. 120-*undecies* del t.u.b., dettato con l'art. 1, co. 2, d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 in attuazione dell'art. 18 della direttiva 2014/17/UE sul credito immobiliare ai consumatori – c.d. *Mortgage Credit Directive* – riprende il modello dell'art. 124-*bis* t.u.b., inserito in precedenza dall'art. 1 d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 in attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori.

L'art. 124-*bis*, più stringatamente, dispone:

- «1. *Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente.*
2. *Se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuta il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito.*
3. *La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, detta disposizioni attuative del presente articolo».*

L'art. 120-*undecies*, più estesamente e anche più rigorosamente, ribadisce:

- «1. *Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria*

Con riguardo alla posizione del *generico creditore*, sia esso finanziatore o fornitore di merci o ad altro titolo, il comportamento rilevante non è puntualmente identificato, ma è genericamente definito avendo riguardo ai suoi effetti causativi, un po' come accade nel modello codicistico dell'art. 1227 c.c. che disciplina il "concorso del fatto colposo del creditore". Qui la condotta del creditore deve essere tale da tradur-

---

*del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate.*

2. *Le informazioni di cui al comma 1 comprendono quelle fornite dal consumatore anche mediante l'intermediario del credito; il finanziatore può chiedere chiarimenti al consumatore sulle informazioni ricevute, se necessario per consentire la valutazione del merito creditizio.*
3. *Il finanziatore non risolve il contratto di credito concluso con il consumatore né vi apporta modifiche svantaggiose per il consumatore, ai sensi dell'articolo 118, in ragione del fatto che la valutazione del merito creditizio è stata condotta scorrettamente o che le informazioni fornite dal consumatore prima della conclusione del contratto di credito ai sensi del comma 1 erano incomplete, salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false.*
4. *Prima di procedere a un aumento significativo dell'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una nuova valutazione del merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni aggiornate, a meno che il credito supplementare fosse previsto e incluso nella valutazione del merito creditizio originaria.*
5. *Quando la domanda di credito è respinta, il finanziatore informa il consumatore senza indugio del rifiuto e, se del caso, del fatto che la decisione è basata sul trattamento automatico di dati.*
6. *Il presente articolo non pregiudica l'applicazione del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.*
7. *Si applica quanto stabilito ai sensi dell'articolo 125.*
8. *I finanziatori elaborano e documentano la propria politica di offerta di contratti di credito, che include l'elencazione dei tipi di diritti e beni su cui può vertere l'ipoteca.*
9. *La Banca d'Italia detta disposizioni attuative del presente articolo».*

Sulla evoluzione della disciplina di tutela del consumatore nella concessione di credito al medesimo, dalla direttiva 2008/48/CE (contratti di credito dei consumatori) attuata con il d.lgs. n. 141/2010 alla direttiva 2014/17/UE (contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali o anche detta direttiva mutui) attuata con il d.lgs. n. 72/2016 v. l'interessante saggio di PELLECCCHIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, pp. 1088 ss.; nonché FRANCISSETTI BROLIN, *L'art. 124-bis del t.u.b. e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere*, in *Contr. e impr. Europa*, 2014, pp. 541 ss.; ID., *Ancora sul c.d. "merito creditizio" nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria*, *Ibidem*, 2015, pp. 357 ss.

Segnalo sin d'ora la formulazione più rigorosa dell'art. 120-*undecies* che probabilmente trova giustificazione nella specificità della circostanza che il finanziamento si accompagna all'ipoteca sull'immobile residenziale del consumatore.

si in una iniziativa *determinativa* dell'indebitamento (direi meglio: del sovraindebitamento) o del suo aggravarsi, nel senso che il processo causale che ha indotto il consumatore all'indebitamento insostenibile o al suo aggravamento deve essere addebitabile (imputabile) al creditore medesimo, che ha agito nella consapevolezza (in questo senso "colpevolmente") di caricare il consumatore di una situazione debitoria dallo stesso non sostenibile.

È evidente che una attiva partecipazione del consumatore nell'indurre il creditore alla erogazione del credito, tacendo circostanze o addirittura alterandole/falsificandole per offrire una situazione patrimoniale e finanziaria anche prospetticamente sostenibile, impedirebbe che si configuri un *nesso causale esclusivo* (determinativo, e non puramente "concorrente") fra il comportamento/iniziativa del creditore e il sovraindebitamento/aggravamento della situazione del consumatore. Insomma, nella instaurazione del rapporto creditizio il creditore deve aver svolto un ruolo causalmente determinante e deve essersi rappresentato (o avrebbe dovuto rappresentarsi con l'utilizzo dell'*ordinaria diligenza*) il futuro stato di crisi, lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, se non addirittura l'insolvenza medesima. Più che di "induzione all'inadempimento" (istituto che peraltro allude al comportamento di un terzo che si intromette fra debitore e creditore nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio), si tratterebbe di una "induzione alla assunzione di obbligazioni" che il creditore sa o avrebbe dovuto sapere insostenibili per il debitore.

Nel costruire un tale *obbligo di comportamento* in capo al generico creditore nei confronti del consumatore (cioè di un contraente «*persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*» - art. 2, co. 1, lett. e -), occorrerebbe che il generico creditore sia investito nella fase precontrattuale delle trattative di un dovere di assumere adeguate informazioni patrimoniali, economiche e finanziarie sul proprio debitore. Tale dovere varrebbe ad imporre, tuttavia, ad un generico creditore una sorta di verifica del merito creditizio del debitore-consumatore, circostanza che mi pare inesigibile a chi non svolga in via professionale attività di finanziamento. Peraltro non troverebbe adeguata giustificazione la distinzione fra il precetto imposto al creditore in generale nella prima parte dell'art. 69, co. 2, e il precetto desumibile dalla seconda parte della disposizione che rinvia espressamente alla verifica del merito creditizio disciplinata dal t.u.b., ove quest'ultima dovesse già ritenersi imposta a carico di ogni creditore in forza del precetto recato dalla prima parte. Né troverebbe adeguata giustificazione la mancata riproduzione di

quella seconda parte nel precetto che investe il creditore nei confronti del debitore/imprenditore-professionista sovraindebitato nell'ambito del concordato minore (art. 80, co. 4), su cui si tornerà in seguito. Insomma un obbligo di valutazione del merito creditizio si impone al finanziatore professionale nei confronti del debitore-consumatore, ma non anche al generico creditore (per il quale semmai si tratterà di un "onere" a tutela del proprio patrimonio).

L'obbligo di comportamento del generico creditore verso il consumatore può trarre origine a mio avviso non già da un dovere precontrattuale di assunzione di informazioni sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria del consumatore, ma da *indici* che la situazione di fatto - nota al creditore nella fase delle trattative - avrebbero dovuto consentirgli di comprendere, anche con l'uso della ordinaria diligenza, segnalando insomma la presenza di difficoltà economico-finanziarie che rendevano prospetticamente probabile l'insolvenza del consumatore. In questa ipotesi dovrebbe incombere al debitore l'onere probatorio relativo alla presenza di indici nella fase precontrattuale che avrebbero dovuto indurre il creditore a prefigurarsi lo stato di sovraindebitamento del consumatore. Ma non è chi non veda la difficoltà di una tale prova.

### 3. L'obbligo di comportamento del finanziatore nella valutazione del merito creditizio del consumatore.

Ben differente è la situazione del *creditore-finanziatore professionale*, per il quale l'obbligo precontrattuale sembra porsi in termini più specifici, salvo pur sempre a definire la portata degli effetti sanzionatori della violazione di tale obbligo.

Qui il rinvio espresso ai "principi" dell'art. 124-*bis* del t.u.b. evoca un preciso *dovere pre-contrattuale* gravante sul finanziatore come soggetto professionale abilitato alla erogazione di credito al consumo. La norma dispone infatti che «*prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente*» (co. 1). E inoltre, anche nella fase esecutiva, «*se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuta il merito creditizio del medesimo prima*

*di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito»* (co. 2)<sup>14</sup>.

Insomma per il finanziatore non si guarda solo alla circostanza che egli abbia colpevolmente *determinato* l'indebitamento o il suo aggravamento, ma che abbia *ancor prima* effettuato o meno correttamente (e a prescindere dall'apporto causativo al sovraindebitamento) una valutazione adeguata del merito creditizio nella fase precedente all'instaurazione del rapporto creditizio o nella fase precedente al significativo incremento del credito erogato.

L'obbligo di comportamento del finanziatore rinvia ad uno *specifico dovere di diligenza professionale* che si esprime in «*un'attenta verifica della capacità dei consumatori di adempiere agli obblighi stabiliti dal contratto di credito*». E a tal fine vengono recepiti (in sede di disposizioni attuative delle norme primarie: artt. 124-bis e 120-undecies t.u.b.) gli orientamenti dell'ABE (Autorità Bancaria Europea) in materia di *valutazione del merito creditizio*, i quali prevedono che i creditori<sup>15</sup>, prima della conclusione di un contratto di credito, debbano svolgere una valutazione approfondita del merito creditizio dei consumatori al fine di verificarne la *capacità – attuale e prospettica – di adempiere ai propri obblighi contrattuali*. Per far ciò i creditori tengono conto, tra l'altro, della *capacità reddituale* del consumatore; dei *fattori che riducono*, o potrebbero in prospettiva ridurre, *la capacità dei consumatori di adempiere* agli obblighi derivanti dal contratto di credito; degli *ulteriori impegni di pagamento già assunti* dal consumatore. In base a quanto previsto dagli orientamenti emanati dall'ABE, i creditori devono inoltre *dotarsi di procedure idonee* per svolgere la valutazione del merito creditizio del consumatore, mantenendole periodicamente aggiornate (e devono conservare la documentazione concernente il credito per un periodo almeno pari alla durata del rapporto contrattuale).

L'obbligo di comportamento del “finanziatore” (termine che ha una accezione tecnica nel t.u.b. e nella disciplina dei contratti di credito ai consumatori) si traduce – com'è evidente – in *obblighi organizzativi*, in sostanza nell'obbligo su cui si esplica altresì la *vigilanza regolamentare*

---

<sup>14</sup> Ma vedi, in termini analoghi e più rigorosi, l'art. 120-undecies del t.u.b. citato alla nt. 13 che precede.

<sup>15</sup> Vedili trasfusi nelle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia: Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 - Disposizioni di vigilanza per le banche - e Circolare n. 288 del 3 aprile 2015 - Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari - .

(ed ispettiva) della Banca d'Italia in funzione della "sana e prudente gestione" dei soggetti vigilati e relativamente – fra l'altro – a «l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni» di banche, altri intermediari finanziari e capogruppi bancari e finanziari<sup>16</sup>.

Senonché a carico del finanziatore professionale il legislatore sembra imporre non solo un obbligo organizzativo in funzione della vigilanza di Banca d'Italia ma anche un "obbligo di protezione" a favore del consumatore, istituzionalmente elevato a contraente debole sin dalla fase delle trattative. Quest'obbligo di protezione si carica comunque delle incertezze e oscillazioni che hanno contrassegnato il tentativo comunitario di passaggio, nella tutela (anche preventiva) del consumatore in materia di concessione del credito, dall'approccio cd. *responsible borrowing*, basato sulla responsabilizzazione del debitore ponendo «l'accento sulle regole di trasparenza contrattuale e sull'incremento delle informazioni da fornire al consumatore affinché possa effettuare una scelta consapevole», all'approccio c.d. *responsible lending*, basato invece sulla responsabilizzazione del creditore-finanziatore, imponendogli di «selezionare le richieste di finanziamento, eventualmente precludendo l'accesso al credito a soggetti già indebitati o ad alto rischio di insolvenza»<sup>17</sup>.

Quest'ultimo approccio, benché trovi la sua manifestazione nell'obbligo di preventiva valutazione del merito creditizio del consumatore, non giunge sino al punto di farne conseguire un divieto a carico del finanziatore di erogazione del credito "insostenibile". Anzi la dottrina ha rilevato che, sia rispetto all'art. 124-bis (per il credito al consumo) sia rispetto all'art. 120-undecies (per il credito immobiliare al consumo), il legislatore *nulla ha specificato sulle conseguenze civilistiche* della sua eventuale inosservanza, né questa lacuna – si afferma da alcuni – può essere colmata dalla direttiva 2014/17/UE attuata con il d.lgs. n. 72/2016, perché in sede comunitaria si è preferito lasciare agli Stati membri di sanzionare eventualmente tale inosservanza<sup>18</sup>. La conseguenza che se

---

<sup>16</sup> Cfr. artt. 53, 67 e 108 t.u.b., nonché 109 t.u.b. che richiama il 108 per i gruppi finanziari, e il 114-*quaterdecies* per gli istituti di pagamento.

<sup>17</sup> Così PELLECCIA, *L'obbligo di verifica*, cit., p. 1092.

<sup>18</sup> Nell'ordinamento francese, ad esempio, l'inosservanza dell'obbligo precontrattuale di verifica della solvibilità del consumatore è sanzionata con la decadenza del diritto del creditore agli interessi, interpretata dalla *Court de Cassation* nel senso che resterebbero dovuti solo gli interessi al tasso legale e non quelli convenzionali. Su tale previsione normativa è intervenuta la Corte di Giustizia Europea con la sentenza resa nella causa n. C565/12, stabilendo che essa non si pone in contrasto con le direttive comunitarie. Non

ne trae da molti Autori è che si deve ritenere che «*in mancanza di un esplicito divieto di concessione del credito il contratto di finanziamento stipulato in violazione dell'art. 120-undecies sia senz'altro valido*»<sup>19</sup> così come, ovviamente, anche il contratto di credito al consumatore in violazione dell'art. 124-bis. Ma sul punto si tornerà più oltre.

#### 4. L'obbligo di comportamento del finanziatore nei confronti del non-consumatore (professionista/imprenditore).

La valutazione del merito creditizio dovrebbe investire non solo il finanziato-consumatore, ma anche il *finanziato-imprenditore* o il *finanziato-professionista*. Tuttavia, di un obbligo specifico del finanziatore verso i non-consumatori quanto alla valutazione del merito creditizio non v'è menzione nella disciplina del concordato minore. È sì previsto che la relazione dell'OCC anche in questo caso – come per gli accordi di ristrutturazione del consumatore – «*deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore*» (art. 76, co. 3, c.c.i.); ma – a differenza della ipotesi degli accordi suddetti – la sanzione endoprocedimentale non si estende espressamente alla violazione dei principi inerenti la

---

risulterebbero, invece, previsioni sanzionatorie negli ordinamenti di altri Stati membri dell'Unione e comunque mancano espresse sanzioni nel nostro ordinamento. Su questi aspetti rinvio a gli AA. citati nella nt. 13 che precede.

<sup>19</sup> ROSSI, *Il nuovo D.Lgs. 21 aprile 2016 n. 72, c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?*, in *Contr. e impr.*, 2016, pp. 1493 ss. in particolare nt. 12 p. 1509; e già PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, pp. 38 ss. (alla p. 60). Secondo questa impostazione, anche le disposizioni attuative di vigilanza (richieste dal co. 3 art. 124-bis t.u.b.) confermerebbero che si tratta di disciplina riguardante la vigilanza prudenziale sulle banche ed il contenimento dei rischi nella concessione del credito, tanto più necessario nelle operazioni a medio-lungo termine, ove, nel corso degli anni, possono variare, anche in modo significativo, sia la situazione economico-patrimoniale dei mutuatari, sia il valore degli immobili *ab initio* presi in garanzia di un mutuo. Tutta la materia insomma atterrebbe alla “sana e prudente gestione” degli intermediari bancari e finanziari. Analogamente dovrebbe dirsi per l'eventuale inosservanza della norma di comportamento degli intermediari relativa alla valutazione degli immobili presi in garanzia del credito ai consumatori per l'acquisto di immobili residenziali; anche qui il legislatore nulla dice sulle conseguenze della sua eventuale inosservanza, ed allora dovrebbe essere ovvia la conclusione che, se non è affetto da nullità il contratto non preceduto dalla verifica del merito creditizio del consumatore voluta dall'art. 120-undecies, nemmeno può esserlo il contratto non preceduto da un'adeguata valutazione dei beni immobili secondo il disposto dell'art. 120-duodecies.

valutazione del merito creditizio, ma colpisce genericamente «*il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento*» (art. 80, co. 4, c.c.i.). Sembra allora doversi desumere che nei confronti dei non consumatori la valutazione del merito creditizio, che pure corrisponde alla diligenza professionale del buon finanziatore, non si traduce in un obbligo nei confronti del finanziato non-consumatore, restando semmai un onere per l'intermediario finanziario ed una incombenza che si riflette sulla "sana e prudente gestione" dell'intermediario.

Semmai il Codice della Crisi solleva un ulteriore quesito con particolare riferimento alla responsabilità del finanziatore nella erogazione del credito alla *impresa in crisi*, in connessione agli *obblighi organizzativi* enunciati ora in generale, per qualsiasi imprenditore "che operi in forma societaria o collettiva", nel novellato art. 2086 c.c. (art. 375 c.c.i.) e poi ripetuto, come già si anticipava, in termini martellanti in tutti i tipi societari (art. 377 c.c.i. con riguardo agli artt. 2257, 2380-bis e 2475 c.c.). Le disposizioni, infatti, impongono all'imprenditore il «*dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale...*». Il quesito che in ambienti bancari è stato sollevato, con una buona dose di preoccupazione, è se a tali assetti si debba fare riferimento da parte del finanziatore nella concessione di credito quale elemento necessario della valutazione del merito creditizio del sovrvenuto e con quali effetti<sup>20</sup>.

A me pare, comunque, che la responsabilità del finanziatore verso il debitore-consumatore sia ben differente rispetto a quella del finanziatore verso il debitore-imprenditore. E la circostanza merita di essere chiarita.

## 5. La sanzione endoprocedimentale. Dubbi di legittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa.

Prima di entrare nel merito di tali profili, torniamo per un attimo alla portata della *sanzione endoprocedimentale* introdotta dal Codice della

---

<sup>20</sup> L'art. 14 lett. b) della legge delega n. 155/2017 prevede l'introduzione di un «*dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale...*». Su tali modifiche codicistiche introdotte dal Codice della crisi mi permetto di rinviare a FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, di prossima pubblicazione in *Riv. soc.*

crisi. Essa è concepita in termini di limitazione al diritto di interloquire nel corso della procedura che si svolge dinanzi all'OCC e al Tribunale. Distinguiamo l'ipotesi della ristrutturazione dei debiti del consumatore da quella del concordato minore del professionista/imprenditore.

A. Nel caso di ristrutturazione dei debiti con il consumatore la disposizione è recata dall'art. 69, co. 2, c.c.i. La norma dà attuazione al principio sancito nella legge delega all'art. 9 lett. l), secondo cui il Governo è delegato a *«prevedere misure sanzionatorie, eventualmente di natura processuale con riguardo ai poteri di impugnativa e di opposizione, a carico del creditore che abbia colpevolmente contribuito all'aggravamento della situazione di indebitamento»*.

A dire il vero non è chiaro se il creditore o il finanziatore “responsabili” della violazione degli indicati obblighi di comportamento mantengano la legittimazione a “presentare osservazioni” entro i venti giorni successivi alla comunicazione della proposta e del piano (art. 70, co. 3). Mi parrebbe che, trattandosi di disposizione limitativa di diritti, essa debba interpretarsi in senso stretto e non possa essere oggetto di interpretazione estensiva o analogica. La sanzione è infatti concepita, sulla scia ancora una volta non proprio coordinata con il principio direttivo, come difetto di legittimazione *«a presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente»* e *«a far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore»*.

Si è optato, dunque, per una sanzione “di natura processuale”, benché l'*editing* della norma attuativa faccia riferimento per un verso alla “opposizione” (del tutto conforme al principio direttivo) che è destinata a svolgersi durante la procedura di omologazione e per altro verso (con una “o” che dovrebbe avere valore congiuntivo e non certo alternativo) al “reclamo” (laddove più correttamente il principio direttivo parla di “impugnativa”), che forse andrebbe interpretato come “impugnazione” della sentenza di omologazione, in conformità appunto al principio direttivo e all'art. 70, co. 8, essendo il reclamo più propriamente previsto quale mezzo di impugnazione avverso il decreto di diniego della omologazione (art. 70, co. 10 e 12).

Ma è sanzione legittima, benché riconducibile al principio direttivo della legge delega? O siamo di fronte ad una evidente violazione dell'art. 24 Cost., secondo cui *«tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»* (co. 1), donde la conseguenza per cui *«la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»* (co. 2)?

B. Ulteriore interrogativo pone l'art. 80, co. 4, dettato per il concordato minore del professionista/imprenditore, poiché – nonostante anche in tal caso la relazione dell'OCC debba riferire *«se il soggetto finanziatore,*

*ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore»* (art. 76, co. 3 c.c.i.) – la sanzione endoprocedurale scatta solo nella ipotesi in cui «*il creditore (...) ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento*» e non anche per violazione dei principi dettati in materia di valutazione del merito creditizio del debitore. Sembra, insomma di cogliere una valenza esclusivamente interna e pubblicistica (ai fini della sana e prudente gestione dell'intermediario) di quella valutazione nei confronti del debitore non consumatore, per essere sanzionato esclusivamente il comportamento di fatto del finanziatore che “colpevolmente” abbia “determinato” il sovraindebitamento o il suo aggravamento. Colpa non di per sé riconducibile alla mera omissione o inadeguata valutazione del merito creditizio ma fondata su elementi fattuali decisamente più gravi e determinativi di quegli eventi “dannosi” per il debitore.

## 6. Il problema della sanzione sostanziale sul piano civilistico.

La verità è che a monte resta irrisolto il problema della *sanzione di tipo sostanziale*, e non meramente procedimentale, conseguente alla violazione degli obblighi di comportamento gravanti sul creditore o sul finanziatore nella fase di instaurazione e poi di esecuzione del rapporto creditizio: egli conserva o no il suo diritto di credito?

Per quanto si voglia discutere in termini di validità o meno del contratto di credito, di determinazione causale e di concorso al sovraindebitamento da parte del creditore, e al di là delle ipotesi penalmente rilevanti in tema di reato di usura, non mi pare che sia consentito escludere ogni diritto alla restituzione del credito erogato.

Si è a tal proposito parlato, in termini generali, di un divieto legale del finanziatore di contrarre in presenza di situazioni finanziarie non solide, ovvero di un divieto di concludere contratti che non siano sostenibili in relazione alle capacità reddituali del potenziale debitore.

La fonte di tali divieti andrebbe rinvenuta non tanto nell'art. 124-*bis* o nell'art. 120-*undecies* t.u.b., quanto nel quinto comma dell'art. 124 t.u.b., da cui si fa discendere la sussistenza in capo al finanziatore professionale dell'obbligo di prestare un più complesso servizio che può definirsi di *assistenza/consulenza* del debitore. Il citato art. 124, infatti, dopo aver dettato obblighi informativi precontrattuali a carico del finan-

ziatore o dell'intermediario del credito<sup>21</sup>, dispone che essi forniscono al consumatore «*chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi dei commi 1 e 2, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento*». Tuttavia – com'è stato correttamente osservato – un vero e proprio obbligo di consulenza era previsto semmai nell'art. 6 della proposta di direttiva del 2008, modificato nella versione definitiva in una generica previsione di “chiarimenti adeguati” diretti a ribaltare comunque sul consumatore la responsabilità della scelta finale<sup>22</sup>.

Peraltro va ribadito che le disposizioni citate da un lato sono dettate in materia di credito ai consumatori e non paiono agevolmente generalizzabili nei confronti del credito concesso ai non consumatori (professionisti/imprenditori); dall'altro lato che il legislatore non si occupa in alcun modo dei rimedi sostanziali cui ricorrere nel caso in cui venga concesso credito in violazione dell'art. 124-*bis* o 120-*undecies* o anche dell'art. 124, neppure sotto il profilo delle conseguenze cosiddette pub-

---

<sup>21</sup> Ai sensi dell'art. 124, co. 1, 2 e 4 il finanziatore o l'intermediario del credito sono tenuti a fornire al consumatore, prima della conclusione del contratto, «*le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito*», il tutto mediante un modulo denominato “informazioni europee di base sul credito ai consumatori” ed eventualmente con un documento distinto allegato contenente “informazioni aggiuntive”; su richiesta del consumatore forniscono anche una bozza del contratto.

<sup>22</sup> Cfr. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica*, cit., pp. 1099 s., ma anche p. 1106 nt. 62, 63 e 64, ove si evidenziano diverse possibili interpretazioni delle condotte richieste dopo la valutazione ex art. 124-*bis* t.u.b., dal dovere di astensione dal finanziamento, alla informazione personalizzata all'avviso sui rischi nell'ottica di una reciproca cooperazione necessaria nella fase precontrattuale. Ma nel senso di una responsabilizzazione del solo debitore v. Trib. Pistoia, sez. fall., 28 febbraio 2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, pp. 543 ss. con nota critica di PELLECCIA. Analogamente Trib. Napoli, 12 ottobre 20016, in *Giur. it.*, 2017, 7, pp. 1569 ss. con nota di BOCCHINI, il quale si pone il problema della eventuale responsabilità del finanziatore, ma in termini classici di tutela dei terzi creditori del consumatore per “concessione abusiva del credito” piuttosto che di diretta tutela del sovvenuto. Sul piano della tutela del consumatore finanziato v. invece Trib. Macerata, 24 maggio 2018, con nota di SALERNO, *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, I, pp. 1423 ss. Il Tribunale parla di «*un vero e proprio diritto soggettivo alla valutazione*» del proprio merito creditizio in capo al consumatore.

blicistiche, consistenti nell'irrogazione di sanzioni da parte delle autorità di vigilanza per il danno arrecato al sistema creditizio. Né sembra corretto partire dalla coda, incidendo sul diritto di difesa, piuttosto che sul diritto sostanziale.

Le tesi meno invasive rispetto al rapporto finanziatore/sovvenuto escludono ogni responsabilità sul piano civilistico, ravvisando soltanto una *violazione del principio di sana e prudente gestione*, sanzionabile da parte dell'Autorità di vigilanza<sup>23</sup>.

Altre tesi ipotizzano l'*annullamento del contratto per vizio del consenso*, purchè si riesca a dare prova della sussistenza dei presupposti dell'errore o del dolo; in tal senso si è anche pronunciato l'Arbitro Bancario Finanziario, il quale ha ritenuto possibile chiedere ed ottenere l'annullamento del contratto *ex art. 1439 c.c.*, qualora si riesca a dimostrare il raggiro o l'errore indotto da parte del finanziatore ai danni del cliente<sup>24</sup>.

Altre opinioni configurano una *responsabilità di tipo risarcitorio* per violazione del principio di buona fede e correttezza *ex art. 1337 c.c.* nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (responsabilità precontrattuale). Anche tale soluzione ha ricevuto l'avallo dell'Arbitro Bancario Finanziario il quale, in molte decisioni, ha affermato che l'erogazione del credito, anche se non può mai configurarsi come un obbligo in capo alla banca, debba pur sempre avvenire nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, oltre che degli specifici parametri che informano l'attività bancaria<sup>25</sup>.

Ma allora si pone solo una questione di danno risarcibile quale conseguenza immediata, diretta e prevedibile del comportamento del finanziatore, *ex art. 1223 c.c.*<sup>26</sup>. Il che tuttavia non può automaticamente tra-

---

<sup>23</sup> Oltre agli AA. citati in nt. 19 che precede v. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 279 ss.; MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, pp. 730 ss.

<sup>24</sup> Collegio di Milano, decisioni n. 107 del 17 maggio 2011 e n. 936 del 29 marzo 2012. Ma v. anche in questa direzione la proposta interpretativa di AZADI, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2015, 2, pp. 285 ss. a commento di Corte Giust. Eur., sez. IV, 27 marzo 2014, n. 565. L'A. ricorda che viene invece esclusa da dottrina e giurisprudenza la nullità del contratto di finanziamento *ex art. 1418, co. 1, c.c.* per violazione delle regole di comportamento da parte del creditore contraente.

<sup>25</sup> In tal senso si veda Collegio di Roma, decisioni n. 437 del 26 maggio 2010, n. 300 del 02 febbraio 2012, n. 2625 del 30 luglio 2012, n. 289 del 14 gennaio 2013.

<sup>26</sup> In questo senso Trib. Macerata, 24 maggio 2018, con nota di SALERNO già citata

dursi nel totale esonero del debitore dall'obbligo di restituire le somme in conseguenza della condotta tenuta dal finanziatore, in quanto in tal caso il mancato rimborso assumerebbe quasi la natura di una sanzione per il comportamento poco avveduto della banca (non è pensabile che l'incapacità del consumatore di far fronte alle proprie obbligazioni sia riconducibile esclusivamente alla condotta del finanziatore).

Peraltro, si fa osservare che lo stesso mutuatario, a fronte della concessione del credito, ha comunque la possibilità di conseguire immediatamente un vantaggio, derivante dalla disponibilità di somme di denaro prima non presenti nel suo patrimonio, somme che potrebbe anche impiegare per ripianare i debiti pregressi ed acquisire merito creditizio.

Stante ciò, qualora la banca, dopo aver concesso immeritadamente il credito, decida di agire in via giudiziale per il recupero coattivo di esso, il consumatore convenuto potrà eccepire che la mancata restituzione è dipesa anche dalla condotta negligente della banca; a quel punto spetterà al giudice investito della questione il compito di valutare il complessivo *iter* che ha portato all'erogazione del credito, analizzando le condotte in concreto tenute da entrambe le parti onde valutarne le rispettive responsabilità.

E ciò sempre che il cliente consumatore sia un soggetto che abbia operato nel rispetto del principio di correttezza, senza che al medesimo possa imputarsi *alcuna condotta fraudolenta* per mezzo della quale abbia potuto alterare l'esito dell'istruttoria condotta dal finanziatore.

Ma allora, com'è possibile risolvere queste complesse problematiche attraverso la sottrazione del diritto di difesa?

O il rimedio concorsuale, quale è pur sempre l'accordo di ristrutturazione dei debiti del consumatore, non solo attenua il diritto di credito ma modifica l'oggetto stesso del *petitum* che si sposterebbe verso la definizione/soluzione del sovraindebitamento complessivamente considerato? Ma la tutela costituzionale non investe anche gli interessi legittimi?

---

alla nt. 22 che precede: «La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio previsto dalla disciplina del credito ai consumatori, oltre che in una prospettiva di sana e prudente gestione, rileva sul piano anche civilistico. In mancanza della dimostrazione che la violazione abbia inciso in modo essenziale sul consenso del consumatore, con effetti invalidatori, la violazione dell'obbligo comporta per il finanziatore di dover risarcire la perdita patrimoniale provocata dalla propria indebita condotta».

## 7. Imprenditore, assetti organizzativi e valutazione del merito creditizio.

Un'ultima notazione va fatta con riguardo alla responsabilità del finanziatore nei confronti non del consumatore sovvenuto, ma nei confronti dell'*impresa in crisi*. Gli argomenti utilizzati quando si discute di credito al consumo, sono evidentemente *molto spuntati* quando si discute di credito all'impresa. E il tema è già fin troppo noto perché ci si possa trattenere in questa sede.

Il consumatore è contraente debole su cui si appuntano vari rimedi preventivi e successivi. L'imprenditore è soggetto organizzato che opera con professionalità e si colloca sotto questo profilo in situazione parioridinata con quella del finanziatore.

Ma certo anche nei confronti dell'imprenditore il finanziatore professionale è tenuto alla valutazione del merito creditizio. Si tratta di un obbligo precontrattuale che il finanziatore assume nei confronti dello stesso imprenditore? O di un onere il cui mancato o erroneo adempimento si riflette solo sulla "sana e prudente gestione" del finanziatore? Le disposizioni che si sono ricordate a proposito del concordato minore sembrano avvalorare questa seconda impostazione, posto che la violazione dei principi in materia di valutazione del merito creditizio non viene richiamata in via specifica quanto al comportamento del creditore determinativo del sovraindebitamento o del relativo aggravamento.

Né ritengo si possano trarre ulteriori argomentazioni dalle recenti disposizioni che configurano doveri gestori e di controllo sugli adeguati assetti organizzativi dell'imprenditore anche ai fini della tempestiva rilevazione degli indici di crisi. Il finanziatore deve farsi carico di una specifica indagine di tali assetti e della loro congruità nel compiere la valutazione del merito creditizio dell'imprenditore? Francamente mi sembra un onere eccessivo e troppo invasivo nei confronti dello stesso imprenditore sovvenuto. Il finanziatore, d'altronde, dovrebbe fondare la propria valutazione sulle dichiarazioni dello stesso sovvenuto, il che dovrebbe attenuare se non eliminare un coinvolgimento in termini di responsabilità verso lo stesso imprenditore per inadeguata o erronea valutazione del suo merito creditizio.

## Considerazioni conclusive

ALESSANDRO NIGRO

1. Abbiamo ascoltato interventi di altissimo livello che ci hanno fornito – come era del resto prevedibile, data la qualità dei relatori – una ricca messe di indicazioni e di spunti. Mi guarderò bene, ovviamente, dal ripercorrere gli itinerari che sono stati così efficacemente tracciati da chi mi ha preceduto.

Mi limiterò a qualche considerazione di carattere generalissimo.

2. Partirei da una domanda che gli spagnoli qualificerebbero come “*basica*”: nel nuovo quadro disegnato dalla legge delega del 2017, prima, e, poi, dal Codice della crisi, *quale posizione* compete, o è fatta, alle banche?

Mi permetto di ricordare che personalmente mi posi esattamente la stessa domanda in relazione alla riforma del 2005/2007: la risposta che ritenni di dare allora fu che, nel quadro di quella riforma, le banche si collocavano come protagoniste particolari delle procedure concorsuali, in quanto destinatarie di un regime di netto *favore*, se non di vero e proprio *privilegio*. Del resto, tutti ancora oggi ricorderanno, credo, che proprio l'esigenza di, o l'aspirazione a, rendere più facili e meno conflittuali i rapporti fra banche e procedure concorsuali costituì una potente molla per avviare il processo che poi condusse a quella riforma.

L'espressione più nitida del netto *favor* per le banche si trovava ovviamente nella disciplina della revocatoria fallimentare, oggetto di modifiche ed integrazioni dichiaratamente volte a *depotenziare* tale strumento, sia in generale (e penso alla drastica *riduzione* del periodo sospetto per la revocatoria degli atti a titolo oneroso) e sia nello specifico dei rapporti con le banche (penso al ventaglio delle nuove figure di esenzione, una sola delle quali riguardante specificamente le banche, ma quasi tutte, in realtà, volte a tenere indenni in particolare le banche dal rischio di revocatorie). Ma anche su altri terreni si doveva registrare un preciso *favor*:

Veniva in considerazione così, innanzi tutto, la nuova disciplina dei crediti prededucibili, con la previsione della preferenza non solo per i crediti sorti in funzione delle procedure concorsuali ma anche per quelli sorti in occasione di tali procedure: quella previsione era formulata anch'essa in termini generali, ma era stata chiaramente pensata, anche qui, soprattutto in funzione della protezione dei crediti accordati dalle banche nell'ambito del concordato preventivo.

Veniva in considerazione, poi, la nuova dislocazione dei poteri nella gestione della procedura fallimentare. Il ruolo preminente riconosciuto in principio ai creditori si traduceva infatti in un ruolo preminente dei creditori, per un verso, *forti* in termini di ammontare dei crediti e, per altro verso, in grado di assicurare una presenza, nella procedura, assidua e competente. E le banche ovviamente erano, come sono, l'uno e l'altro.

Sotto tutti gli aspetti fin qui considerati sembrava dunque aver ragione chi aveva definito la riforma del 2005/2007 addirittura come “bancocentrica”. Una connotazione che è rimasta anche nell'evoluzione successiva della normativa: l'ultimo episodio di “bancocentrismo” è stato quello dell'introduzione, nel 2016, delle nuove figure del *pegno mobiliare non possessorio* e del *patto marciano*.

**3.** A questo punto: si può o si deve dare analoga risposta alla domanda iniziale anche nel quadro della riforma del 2019?

Crede che un'analisi complessiva della nuova disciplina porti a dover dare una risposta *diversa*, o quanto meno più articolata. E questa diversità ha una sua specifica ragione. La riforma del 2005/2007 ruotava intorno ad una *idea centrale*: quella che è stata sintetizzata, da me e da altri, con il termine “privatizzazione”. Un corollario di questa idea è stata, proprio, l'attribuzione di un ruolo centrale e privilegiato ai creditori forti, e fra questi in particolare alle banche. E ciò non perché le si volesse puramente e semplicemente favorire, ma con l'obiettivo – almeno a me è sembrato di poter sostenere – di *incentivarle*, in tal modo, ad un loro più consistente *impegno*, da un lato, nell'assistenza finanziaria alle imprese in difficoltà vuoi consentendo la prosecuzione dell'attività, vuoi contribuendo ai piani o accordi di risanamento; e, dall'altro, nella gestione delle procedure fallimentari e anche nella conclusione delle stesse con strumenti compositivi.

*Nulla* di tutto questo è riproponibile nel nuovo quadro offerto dalla l. delega del 2017 e dal Codice della crisi del 2019. Questa nuova disciplina – costituita in notevole parte dalla semplice riscrittura di intere porzioni della l.fall. – si caratterizza – come è stato notato da molti – per l'assenza, alla sua base, di una *idea forte* (qualcuno ha parlato di una “riforma senza anima”): essa si concreta essenzialmente in interventi *puntuali*, non sempre coordinati fra di loro e comunque non riconducibili a linee univoche.

E questo, per ciò che qui interessa, si è tradotto, per quanto riguarda la posizione fatta alle banche, in un regime abbastanza *composito* e *variegato*, che vede sovrapporsi ed intrecciarsi profili di favore e di disfavore.

Scendendo nel dettaglio.

*a.* Alcuni dei profili che concorrevano a comporre il regime di favore di cui ho detto prima sono rimasti *immutati* nella nuova disciplina.

Così è per le figure di esenzione dalla revocatoria fallimentare, oggi concorsuale, dove anzi si deve registrare un rafforzamento del *favor*: mi riferisco alle figure connesse all'attuazione di piani, procedure o accordi volti al "risanamento" dell'impresa, per le quali l'esenzione è stata espressamente estesa alla revocatoria ordinaria.

Così è per la prededucibilità dei crediti sorti in occasione di procedure concorsuali: prededucibilità che è stata anzi potenziata. A questo proposito, ricordo che una delle tendenze che caratterizzano la riforma è quella a considerare certe regole particolari esistenti come espressione di principi generali e, quindi, ad estenderle ben al di là dei limiti originali e talvolta ad estremizzarle. Le manifestazioni di questa tendenza sono numerosissime: fra queste vi è proprio la estremizzazione del connotato della *prededucibilità*, che viene conformato, dall'art. 6, co. 2, del Codice come una sorta di *privilegio* destinato ad assistere il credito in *tutte* le sedi esecutive.

Così è per il ruolo preminente tuttora riconosciuto, in linea generale, ai creditori forti.

Così è per le *garanzie non possessorie*, delle quali la l. delega, all'art. 11, si è esplicitamente occupata, dettando anche apposite previsioni: questo – mi permetto di notare – in stridente *contraddizione* con le linee guida della stessa l. delega che comprendevano sia la *riduzione* dei privilegi, sia soprattutto l'esclusione dell'operatività, nella liquidazione giudiziale, delle *esecuzioni speciali* (si v. l'art. 7, co. 4, lett. *a*). Il Codice, peraltro, non ha attuato l'art. 11, né è in qualche modo intervenuto sul tema.

*b.* Per altri profili, invece, si deve registrare un *indebolimento*, per così dire, del *favor*.

Ho accennato prima al depotenziamento della revocatoria fallimentare derivante dal *dimezzamento* del periodo sospetto, disposto dal legislatore del 2006, con riferimento alla revocatoria degli atti a titolo oneroso, un dimezzamento che riduceva drasticamente gli spazi operativi per la revoca degli atti ordinari di gestione e in particolare dei pagamenti. Il legislatore del 2019 è intervenuto sul punto con una misura sostanzialmente di *segno contrario*. Attuando un preciso criterio di delega (art. 7, co. 4, lett. *b*), ha infatti disposto che l'inizio del periodo sospetto debba collegarsi, non più alla data della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, bensì alla data del deposito della *domanda* a cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale: in sostanza, da un lato, il periodo

sospetto non è più “intaccato” dal lasso di tempo occorrente per l’istruttoria preliquidazione e, dall’altro, esso periodo si *allunga* del suddetto lasso di tempo. Con un doppio vantaggio, che può risultare decisamente consistente, considerato che – stando alle statistiche pubblicate – la durata media di tale istruttoria può variare, a seconda dei tribunali, da un minimo di tre mesi ad un massimo di più di sei mesi. La misura di cui stiamo parlando riguarda tutte le ipotesi di revocatoria, anche quella degli atti a titolo gratuito: ma la sua incidenza, in proporzione, è ovviamente *maggiore* per le ipotesi rispetto alle quali la legge prevede un periodo sospetto assai ristretto. Sotto questo aspetto, si può dire allora, che si è in presenza di un seppur parziale *ripotenziamento* della revocatoria fallimentare.

Passando alla prededucibilità, di cui si è occupato egregiamente Vattermoli, merita di essere segnalata l’eliminazione, dal novero dei finanziamenti prededucibili, dei finanziamenti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione (previsti dall’art. 182-*quater* l.fall.). Nel Codice i soli crediti “in funzione” prededucibili sono i crediti professionali (art. 6, lett. *b*) e *c*)).

Per quanto riguarda il ruolo dei creditori nella liquidazione giudiziale, va considerata la modifica apportata alla disciplina relativa alla formazione e approvazione del *programma di liquidazione*. La legge fallimentare, dopo aver stabilito che detto programma è da sottoporre all’approvazione del comitato dei creditori (art. 104-*ter*, co. 1), precisa (al co. 5) che il comitato «*può proporre al curatore modifiche al programma presentato*»: si tratta di una previsione importante che rafforza il ruolo di compartecipazione gestoria spettante al comitato.

Il Codice, all’art. 213, ha soppresso la previsione della facoltà del comitato di proporre *modifiche* del programma, una soppressione giustificata, nella relazione illustrativa, da ciò che quella facoltà avrebbe costituito un «*fattore di complicazione della programmazione della liquidazione*». Dal punto di vista pratico, per la verità, non cambia molto, posto che il comitato ben potrebbe *condizionare* l’approvazione del programma presentato dal curatore a certe modifiche. La soppressione in questione, però, è ovviamente espressiva della scarsa volontà del legislatore di incentivare i creditori, e in particolare i creditori forti, a assumere un ruolo più attivo nelle procedure liquidative.

*c.* Certamente entra a comporre il panorama del regime al quale si trovano sottoposte le banche nel nuovo Codice della crisi la disciplina degli accordi ad efficacia estesa speciale e delle convenzioni di moratoria, di cui si è occupato Sciuto. Si tratta di una disciplina particolare – già

presente nella l. fall. – di cui non è facile definire la “valenza”, in termini di *favor* o no per le banche: sicuramente non la si può considerare di favore dal punto di vista della banca “costretta” ad aderire ad un accordo o convenzione non voluti; la valutazione potrebbe essere diversa ove si muova dal punto di vista della categoria.

*d.* Completano il panorama del regime a cui si trovano sottoposte le banche nel nuovo Codice due ordini di previsioni totalmente nuove rispetto alla l.fall.:

- da un lato, quelle contenute, rispettivamente, nelle lett. *e)* ed *l)* dell'art. 9 della l. delega, da cui sono “scaturiti” rispettivamente gli art. 68 e 76 del Codice e 69, co. 2 e 80 co. 4 sempre del Codice;

- dall'altro, quelle contenute rispettivamente nell'art. 14, ult. co. e 49, co. 3, lett. *f)* del Codice.

*d1.* Cominciamo dalle prime. Ne ha trattato ampiamente Sabino Fortunato, i cui rilievi condivido pienamente.

Mi limito soltanto a sottolineare, innanzi tutto, che la normativa in questione è a dir poco confusa: in particolare, non è chiaro quale sia esattamente il rapporto fra le previsioni relative alla indicazione in ordine al comportamento tenuto dal finanziatore e quelle relative alla “penalizzazione” del creditore che abbia aggravato il dissesto del debitore. E a sottolineare, in secondo luogo, che qui si è in presenza di nuovo della tendenza a considerare certe regole particolari esistenti come espressione di principi generali e, quindi, ad estenderle ben al di là dei limiti originari e talvolta ad estremizzarle: in questo caso si è proceduto alla *generalizzazione*, con riferimento a tutti i debitori che possono accedere alle procedure di sovraindebitamento, dell'obbligo del finanziatore di non concedere il finanziamento ove la valutazione del merito creditizio sia negativa, un obbligo che era finora rimasto rigorosamente *circoscritto* all'ambito del credito al consumo. Non vorrei che qualcuno, procedendo sulla linea della generalizzazione, arrivasse ad estendere questo obbligo, e tutte le relative conseguenze, a tutti i finanziatori in tutte le procedure compositive.

*d2.* Passo alle seconde. Dell'art. 14 ult. co. ci ha parlato Giovanni Falcone, le cui osservazioni condivido.

Mi preme soltanto evidenziare, innanzi tutto, che sia l'art. 14 sia l'art. 49<sup>1</sup> non trovano alcun “supporto” nella legge delega: il che fa emergere qualche dubbio di legittimità costituzionale.

---

<sup>1</sup> Il quale ultimo, come ricordato nell'introduzione, prevede, al co. 3, lett. *f)*, che nella

In secondo luogo, che in entrambe le disposizioni le banche entrano in gioco non come creditori ma come mere e direi “brute” *fonti di informazioni*.

In terzo luogo, entrambe le disposizioni sono chiara manifestazione di una idea tanto precisa quanto profondamente sbagliata: che le banche, in quanto tali, siano “funzionalizzabili” a finalità informative nell’interesse delle procedure di soluzione delle crisi allo stesso modo in cui sono funzionalizzabili l’INPS o l’Agenzia delle entrate. È vero che, oggi, per effetto delle normative che le regolano, le banche sono divenute soggetti “intrisi” di pubblicità: ma questo non toglie che esse siano e restino soggetti giuridicamente *privati*. Del resto, le disposizioni del c.p.c. richiamate dall’art. 49 e in conformità delle quali dovrebbe disporre il tribunale, riguardano le banche dati delle *pubbliche amministrazioni* e le banche certamente non sono tali.

Aggiungo, con specifico riferimento all’art. 49, che la previsione di una specifica autorizzazione per acquisire informazioni relative ai rapporti bancari pregressi è assolutamente *inutile*, in relazione a quanto prevede, e da tempo, l’art. 119, co. 4, del testo unico bancario che legittima di per sé il curatore della procedura aperta a carico di un cliente o ex cliente di una banca ad ottenere tutta la documentazione inerente alle operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni.

4. Trova a questo punto *conferma*, credo, la mia affermazione secondo cui, nel nuovo Codice, la posizione fatta alle banche è retta da un regime abbastanza *composito* e *variegato*, che vede sovrapporsi ed intrecciarsi profili di favore e di disfavore.

Non posso ovviamente prevedere se il nostro legislatore, nel futuro ma inevitabile, decreto correttivo riterrà di “ritoccare” anche questo regime. Mi auguro soltanto che lo faccia, in ipotesi, sulla base di idee chiare. Purtroppo ai nostri tempi la chiarezza di idee non è moneta corrente presso i nostri *conditores legum*.

---

sentenza di apertura della liquidazione giudiziale il tribunale autorizzi il curatore «*ad acquisire la documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari relativa ai rapporti con l’impresa debitrice, anche se estinti*».