

Presentazione

Gli scritti contenuti in questi due volumi sono dedicati al ricordo di Michele Sandulli, alla Sua figura di attento e profondo studioso del diritto societario e del diritto concorsuale, di guida sempre premurosa e stimolante per i Suoi numerosi allievi, di professionista di alto livello e, soprattutto, di uomo integerrimo, colto e buono, che ha lasciato non soltanto nella Sua amata famiglia ma in tutti coloro che hanno avuto la fortuna di conoscerlo e di essere onorati della Sua amicizia il grande rimpianto per la Sua prematura scomparsa.

Michele Sandulli si formò quale profondo conoscitore delle discipline societarie e concorsuali nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", dove si laureò a pieni voti nel 1964 e dove percorse i vari gradi della carriera universitaria, iniziando nella Facoltà di Giurisprudenza e proseguendo nella Facoltà di Economia e Commercio sino alla nomina, nel 1980, di professore straordinario di diritto fallimentare e quindi di professore ordinario della stessa materia sino al 1996; ebbe ad insegnare il diritto commerciale nella Facoltà di Economia e Commercio dell'Università degli Studi di Cassino, il diritto fallimentare nella Facoltà di Economia e Commercio presso la Seconda Università degli Studi di Napoli, il diritto fallimentare e il diritto commerciale presso la Facoltà di Economia "F. Caffè" nell'Università di Roma Tre, dove venne infine chiamato quale professore ordinario a ricoprire la cattedra di diritto commerciale presso la stessa Facoltà di Economia e dove insegnò anche quale titolare della cattedra di diritto fallimentare. Fondamentale nella Sua formazione scientifica e professionale è stata la profonda vicinanza con uno dei grandi Maestri del diritto commerciale: Gustavo Minervini.

Nel 2014 la lunga e proficua dedizione agli studi, la brillante carriera universitaria e la faticosa partecipazione ai momenti salienti della vita delle Università nelle quali aveva svolto il Suo insegnamento gli valsero il conferimento del titolo di professore emerito.

Le pubblicazioni di Michele Sandulli sono innumerevoli. La Sua profonda conoscenza delle discipline concorsuali, maturata negli anni '70 nelle monografie in tema di onerosità e gratuità dell'attribuzione applicate alla materia concorsuale, si è dispiegata negli innumerevoli saggi e articoli degli anni successivi, nei manuali, nella partecipazione e nella direzione di opere collettanee, che hanno costituito punto sicuro di riferimento per gli studiosi di questa materia. Ma i Suoi interessi hanno toccato innumerevoli temi del diritto commerciale; basti ricordare, tra gli altri, il contratto di appalto, il collegio sindacale, le obbligazioni di società, la cambiale, i contratti della P.A., i rapporti consortili, la ricostruzione post-sismica, i soci di s.p.a., l'amministrazione straordinaria delle banche, gli enti locali in dissesto, l'assemblea di s.p.a., lo scioglimento delle società. E significativo è stato il Suo contributo nella elaborazione interpretativa delle riforme delle società di capitali e della legge fallimentare. La Sua capacità di cogliere i punti salienti dei temi giuridici trattati, lo stile chiaro e conciso, la capacità di ragionamento mai assertivo ma costantemente aperto

a darsi conto anche delle opinioni diverse e a volte confliggenti lo hanno sempre reso autore ascoltato ed influente.

Michele Sandulli ha d'altronde sempre avuto un tratto signorile, pur nella fermezza dei propri convincimenti, che gli ha consentito di affermarsi anche nella professione forense e nella gestione dei numerosi e prestigiosi incarichi professionali. Era una guida sicura, che non imponeva ma convinceva. Questi tratti della Sua personalità lo hanno reso anche "uomo delle istituzioni", che nel corso degli anni ha servito con impegno e dedizione, animato sempre e solo da spirito di servizio. Michele Sandulli ha infatti svolto una lunga attività politica ed ha ricoperto delicati incarichi in società pubbliche, mettendo tutta la propria competenza ed il proprio entusiasmo a disposizione della collettività.

Ognuno di noi ha ricordi particolari di Michele, ma tutti sono accomunati nel sentimento di sincero affetto che pervadeva i nostri incontri, nella serenità che scaturiva dal sottile filo di pacata ironia che costituiva il tratto saliente del Suo carattere. Ci ha lasciato un Maestro, un uomo vero, un amico che non dimenticheremo mai.

Alberto AMATUCCI
Amedeo BASSI
Domenico BUONOMO
Ciro CACCAVALE
Giustino DI CECCO
Francesco FIMMANÒ
Antonia IRACE
Alberto JORIO
Federico MARTORANO
Andrea PACIELLO
Mario PORZIO
Marilena RISPOLI
Nicola ROCCO DI TORREPADULA
Vittorio SANTORO
Domenico SPAGNUOLO
Paolo VALENSISE

Autori

Niccolò Abriani	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Firenze
Stefano Ambrosini	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università del Piemonte Orientale
Umberto Apice	già Magistrato – Avvocato Generale in Corte di Cassazione
Marco Arato	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Genova
Lorenzo Benedetti	Ricercatore di Diritto commerciale all'Università degli Studi di Firenze
Guido Bonfante	Professore ordinario fuori ruolo di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Torino
Gianluca Brancadoro	Professore associato di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Teramo
Mario Bussoletti	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi Roma Tre
Mario Campobasso	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli
Maria Cecilia Cardarelli	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi del Salento
Daniela Caterino	Professore associato di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Paolo Felice Censoni	Professore ordinario fuori ruolo di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo
Stefano A. Cerrato	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Torino
Giacomo D'Attorre	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università telematica Universitas Mercatorum di Roma
Stanislao De Matteis	Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione
Alfonso Di Carlo	Professore ordinario di Economia aziendale nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata
Vincenzo Di Cataldo	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Catania
Fabrizio Di Marzio	Consigliere di Cassazione
Giuseppe Fauceglia	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Salerno

Cristiana Fiengo	Professore associato di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"
Fabrizio Guerrera	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Messina
Alberto Jorio	Professore ordinario fuori ruolo di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Torino
Alberto Maffei Alberti	Professore ordinario fuori ruolo di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Bologna
Massimo Miola	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"
Paolo Montalenti	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Torino
Alessandro Nigro	Professore ordinario fuori ruolo di Diritto commerciale nell'Università degli Studi La Sapienza di Roma
Clemente Pecoraro	Professore associato di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Salerno
Michele Perrino	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Palermo
Lucia Picardi	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"
Serenella Rossi	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi dell'Insubria
Roberto Sacchi	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Milano
Renato Santagata	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Napoli Parthenope
Vittorio Santoro	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Siena
Giovanni Strampelli	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Milano Bocconi
Luigi Carlo Ubertazzi	Professore già ordinario di Diritto industriale nell'Università degli Studi di Pavia
Paolo Valensise	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi Roma Tre
Daniele Vattermoli	Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi La Sapienza di Roma

LA NUOVA DISCIPLINA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Niccolò Abriani e Lorenzo Benedetti

***Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito:
un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi****

SOMMARIO: 1. Accordi di moratoria, conservazione delle linee di credito e dilazioni di pagamento nelle more del perfezionamento del piano attestato. – 2. Considerazioni preliminari sulla fattispecie “abusiva concessione di credito”. – 3. Credito responsabile alle imprese in crisi. – 4. La rilevanza della disciplina penale fallimentare. – 5. Il significato da attribuire all’espressione “in esecuzione” utilizzata dall’art. 217-*bis* l. fall. – 6. Gli elementi rilevanti per la qualificazione del finanziamento all’impresa in crisi ricavabili dalla disciplina della revocatoria fallimentare. – 7. (*Segue*): ancora sugli elementi desumibili dalla disciplina della revocatoria. – 8. Considerazioni in merito ai finanziamenti “in funzione” ai sensi dell’art. 182-*quater* l. fall. – 9. I finanziamenti funzionali alla soluzione della crisi nel nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza. – 10. Lesione dell’affidamento dei creditori e solvibilità del comune debitore. – 11. Considerazioni attinenti all’abuso nell’erogazione (o nel mantenimento) del credito. – 12. Finanziamento delle imprese in crisi e “sana e prudente gestione” nell’erogazione del credito. – 13. Conclusioni (interlocutorie) e spunti per la prosecuzione della ricerca.

1. – La prassi dei risanamenti aziendali segnala che imprese in stato di difficoltà tale da indurre alla rivisitazione del proprio piano industriale e alla definizione di un’annessa manovra finanziaria, nelle more della predisposizione del nuovo piano sottoscrivono un accordo di moratoria dell’indebitamento con i principali creditori finanziari a presidio del processo di risanamento. Tale accordo (c.d. *standstill*) è talora affiancato da altri paralleli che vengono conclusi con i principali creditori commerciali per la dilazione dei termini di pagamento. Questo fascio di accordi, di norma, si iscrive nel processo diretto alla messa a punto di un piano destinato a essere attestato ai sensi dell’art. 67, comma 3, lett. *d*), l. fall. o posto alla base di un accordo di ristrutturazione, di cui si richiede l’omologazione ai sensi dell’art. 182-*bis* l. fall.

Gli accordi di moratoria sovente contemplan, da un lato, l’impegno dei creditori finanziari al mantenimento delle linee di credito in uso e delle linee per firma concesse in favore della società fino a un importo massimo predefinito; dall’altro, l’impegno della società a predisporre il piano industriale e finanziario sulla base di linee guida della manovra finanziaria allegate all’accordo di moratoria.

Sempre in tale ambito, la società debitrice assume una serie di obblighi di fare e di non fare, tra i quali fanno spicco, nella prassi, oltre alla nomina del professionista indipendente

* Pur nell’ambito di riflessioni condivise, i parr. 1, 3, 10, 11, 12 e 13 sono stati redatti da Niccolò Abriani; i parr. 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 sono stati redatti da Lorenzo Benedetti.

chiamato ad attestare il piano¹ (e perciò in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.) e l'eventuale nomina di un *advisor* per affiancare e corroborare con una *independent business review* i redattori del piano stesso, obblighi informativi relativi alla situazione economica e finanziaria della società, l'impegno a non assumere ulteriore indebitamento finanziario che non sia postergato ai diritti dei creditori finanziari e l'impegno ad effettuare i soli pagamenti contemplati dal (o comunque in linea con il) piano di cassa allegato all'accordo di moratoria.

Quanto alle condizioni di utilizzo e rimborso delle linee di credito in uso, l'accordo di moratoria consente normalmente l'utilizzo, durante il periodo di *standstill*, di alcune delle linee di credito in uso, con la precisazione che la manovra finanziaria definitiva non potrà prevedere la conversione in strumenti finanziari della società dei crediti derivanti da tale utilizzo transitorio.

L'accordo di moratoria di regola si conclude con il chiarimento che l'adesione allo stesso non costituisce impegno dei creditori finanziari ad aderire al piano industriale e finanziario in corso di elaborazione (o a qualsivoglia altro piano e/o manovra finanziaria che potrà essere proposto dalla società all'esito della trattativa con i creditori finanziari) e la previsione di una serie di eventi e circostanze che danno diritto ai creditori finanziari di invocare la risoluzione dello stesso per inadempimento ai sensi dell'art. 1456 c.c.²

In relazione a tale fattispecie – che corrisponde a quella più diffusa nella prassi dei risanamenti aziendali, ma conosce peraltro plurime varianti – si pone l'interrogativo se le operazioni di finanziamento realizzate durante la vigenza dell'accordo di moratoria dell'indebitamento e l'impegno dei creditori finanziari a mantenere attive e utilizzabili le linee di credito in uso a favore della società, in attesa della definitiva predisposizione del piano attestato, possano presentare profili di criticità sotto il profilo del ricorso abusivo al credito (e dunque, specularmente, della concessione abusiva del credito).

La rilevanza, sul piano operativo, dell'indagine prefigurata è ulteriormente accentuata dalla sua potenziale estensione anche all'ipotesi – pure ricorrente nell'ambito degli interventi a sostegno di imprese in crisi – del riscadenamento dei debiti pregressi accordato dal ceto bancario alla mutuataria che versi in situazione di difficoltà finanziaria o patrimoniale.

Al riguardo una parte della dottrina ha dubitato della stessa configurabilità astratta dell'istituto della concessione abusiva con riferimento a quest'ultima fattispecie, sulla base del rilievo che in tal caso non ricorre la dazione di nuova finanza, ma si pone in essere, piuttosto

¹ Sui piani attestati v. il nuovo art. 56 del Codice della crisi e dell'insolvenza (c.c.i.).

² Ovvero ai sensi dell'art. 1353 c.c., a seconda dei casi. Tra questi eventi sono solitamente ricompresi, oltre alla violazione di alcuni degli obblighi assunti dalla società ai sensi dell'accordo di moratoria, la violazione delle dichiarazioni e garanzie ivi rilasciate e la circostanza che la società venga sottoposta a procedura concorsuale. A quest'ultimo riguardo, si pone, da un lato, l'esigenza di chiarire se assuma rilievo anche l'istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, date le sempre maggiori incertezze sulla qualificazione giuridica dell'istituto (Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, Cass., 12 aprile 2018, n. 9087 e Cass., 21 giugno 2018, n. 16347); dall'altro, si precisare se l'effetto risolutivo vada anticipato alla data della semplice convocazione del competente organo della società (ed eventualmente di una delle controllate), al fine di deliberare sulla presentazione di una domanda per l'assoggettamento della società (o di sue controllate) ad una procedura concorsuale che pregiudichi la "attuazione ed implementazione" del piano industriale e finanziario e delle linee guida della manovra oggetto di richiamo nelle premesse dell'accordo.

sto, un contratto modificativo di precedenti rapporti obbligatori, ragion per cui – si afferma – difetterebbe il primo elemento costitutivo della fattispecie che ci si accinge a indagare, rappresentato dalla “concessione” di un finanziamento³.

Tale obiezione non risulta tuttavia dirimente posto che, secondo l'opinione prevalente (e più convincente), la mancata riscossione di debiti scaduti è suscettibile di essere equiparata al finanziamento, sicché non può aprioristicamente escludersi la configurabilità della fattispecie in esame nelle ipotesi di accordi finalizzati alla dilazione del termine di pagamento di uno o più crediti, già scaduti o in scadenza⁴. In questo quadro, deve convenirsi con quella autorevole dottrina⁵ – fatta propria da recenti pronunzie di merito⁶ – secondo la quale non potrebbe negarsi *in radice* la potenziale configurabilità dell'illecito in questione.

In effetti, sebbene in tali frangenti il contratto non produca la messa a disposizione di nuovi apporti finanziari all'impresa, da tale premessa non sembra potersi desumere quale automatico corollario che il relativo accordo debba considerarsi irrilevante sotto il profilo dell'abusività: pur non ravvisandosi, in caso di dilazione, la concessione di un nuovo finanziamento, al fine di escludere l'emersione in futuro di eventuali responsabilità del finanziatore occorre appurare che la dilazione non determini una trasformazione del contratto preesistente originariamente lecito in una fattispecie connotata da potenziali elementi di abusività⁷. Il vaglio del merito del credito imposto alla banca finanziatrice non si esaurisce

³ Dubitativa sulla riconducibilità alla fattispecie della concessione abusiva dell'ipotesi della mera dilazione di termini relativi a finanziamenti già in essere VISCUSI, *Profili della responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 101 ss.

⁴ PERRONE, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, in *Fall.*, 1992, 664.

⁵ PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 145 ss.; INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, su *ilcaso.it*, 19 marzo 2007; TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, 151-152, il quale precisa, peraltro, come in tale ottica “non è necessario che l'atto che costituisce la fonte del finanziamento sia necessariamente un contratto di credito, idoneo a costituire in capo alla società una o più obbligazioni, quale un mutuo ex art. 1813 c.c., un'apertura di credito bancaria ex art. 1842 ss. o non bancaria ex artt. 1322 e (eventualmente, se regolata con un sistema di conto corrente) 1823 ss. c.c., un'anticipazione bancaria ex artt. 1846 ss. c.c., ecc., potendo altresì accadere che tale atto sia costituito da uno strumento negoziale destinato ad incidere su un'obbligazione della società già esistente, quale una vicenda di sostituzione della società stessa quale soggetto passivo del rapporto obbligatorio (a titolo di delegazione espromissione o accollo [...]) oppure una dilazione di pagamento concessa dal creditore o un *pactum de non petendo*”; MORELLINI, *L'art. 182 quater l. fall.: novità e criticità*, in *Fall.*, 2011, 167; Trib. Monza, 12 settembre 2007, in *Dir. prat. soc.*, 2008, 72; Trib. Pescara, 6 maggio 2015, in *ilcaso.it*.

⁶ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 29 ottobre 2013, in *DeJure*: “[...] deve altresì osservarsi come il concetto di finanziamento (che, come ben noto, integra la causa del contratto di mutuo) possa ritenersi idoneo a ricomprendere non solo le ipotesi classiche di versamento di una data somma con obbligo di restituzione nel tempo, ma anche quella – frequente nella prassi commerciale – di dilazione di un pagamento immediatamente esigibile. In tal caso, infatti [...], la situazione è pressoché analoga: a fronte di un debito esigibile sorge per il debitore un obbligo restitutorio dilazionato nel tempo, sicché il finanziamento si rinviene nella dilazione del pagamento altrimenti dovuto”; Trib. Monza, 12 settembre 2007, in *Dir. prat. soc.*, 2008, 72; Trib. Pescara, 6 maggio 2015, in *DeJure*.

⁷ Sulla possibilità di considerare, quanto meno in astratto, abusiva anche la dilazione di pagamento v. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, 437 ss.; NARDECCHIA, *L'abusiva concessione del credito all'esame delle sezioni unite*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 631. Anche la giurisprudenza francese tende a ricon-

infatti nel momento genetico del rapporto creditizio, richiedendosi una ulteriore e non meno rigorosa verifica in sede di eventuale rinegoziazione dei contratti, posto che il dovere della banca di prevenire il protrarsi dell'agonia della società debitrice non si sostanzia unicamente nel negare ulteriori approvvigionamenti di denaro, ma anche nell'impedire la rinegoziazione di esposizioni debitorie scadute in termini tali da consentire ad un'impresa irreversibilmente insolvente di permanere sul mercato, grazie a queste dilazioni, distruggendo la ricchezza residua destinata (anche) alla soddisfazione degli altri creditori che su tale situazione facciano affidamento.

Se dunque non può astrattamente escludersi che una concessione di credito originariamente legittima possa trascolorare nella dimensione dell'abusività alla luce di successive indebite dilazioni di pagamento, va peraltro precisato che anche in tali ipotesi il limite alla valutazione discrezionale del *bonus argentarius* va pur sempre ravvisato nel dovere di astenersi dall'accordare ulteriori *chance* a imprese che risultino effettivamente non risanabili. È dunque, soltanto in tali ipotesi estreme che potrebbero ravvisarsi gli estremi di una responsabilità aquiliana per concessione abusiva del credito.

Con riferimento alla questione al centro di questo studio, si può dunque sin d'ora anticipare che la possibilità di ascrivere profili di responsabilità in capo alle banche risulta tanto più remota, quanto più avanzati sono l'attività di predisposizione del piano di risanamento, da un lato, e il processo di attestazione dello stesso da parte dell'esperto indipendente, dall'altro. In tale contesto – ormai largamente procedimentalizzato dalla prassi delle ristrutturazioni – deve pertanto tendenzialmente escludersi che il patto di riscadenamento possa dirsi stipulato in una circostanza tale da imporre alla banca di interrompere il rapporto con l'impresa insolvente; conseguentemente, deve escludersi che le dilazioni accordate al fine di consentire il perfezionamento dell'accordo, l'ultimazione del piano di risanamento e l'attestazione di quest'ultimo siano suscettibili di far trascendere in una dimensione propriamente abusiva rapporti di finanziamento originariamente privi di criticità.

2. – Al fine di un corretto inquadramento della questione in esame, occorre preliminarmente delineare i contorni della figura della concessione abusiva del credito, verificando poi se in tale fattispecie possa essere sussunto il sostegno finanziario erogato a favore di un'impresa in difficoltà finanziaria mentre è in corso il perfezionamento di un piano attestato di risanamento⁸.

durre alla fattispecie del *soutien abusif* operazioni non strettamente consistenti nella dazione di nuova finanza: v. Cass. comm., 16 ottobre 2012, n. 11-22.993, 1° espèce: *RJDA*, 2/13 n. 143, dove si è discusso dell'ipotesi di remissione del debito; Cass. comm., 2 ottobre 2012, n. 11-23.213, dove si è trattato proprio di tacita proroga del prestito originario. Per l'ordinamento tedesco, si veda NEUHOF, *Kreditgewährung in der Krise des Bankkunden*, su <http://linsolvenzarbeitskreis.de>, ove viene prospettata la possibilità di considerare rilevante, al fine della configurabilità di una condotta illecita in capo al finanziatore che prolunghi l'esistenza dell'impresa sovvenzionata decotta, anche la proroga del termine originariamente previsto per il rimborso di un prestito pregresso.

⁸La questione che si indaga nel testo è volutamente circoscritta all'ipotesi del ricorso a un piano attestato di risanamento. In caso di utilizzo da parte dell'impresa in crisi di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, le conclusioni a cui è possibile pervenire in ordine all'ambito di applicazione della concessione abusiva di credito sono sostanzialmente analoghe a quelle alle quali si perviene per il piano attestato, ma da fondare su percorsi argomentativi parzialmente differenti come conseguenza dell'articolazione procedurale che caratterizza le prime due soluzioni della crisi rispetto al piano attestato.

In termini generali, e pur nella consapevolezza delle perduranti incertezze in ordine agli esatti lineamenti di tale figura⁹, si può dire che si ha tipicamente una concessione abusiva di credito nell'ipotesi in cui una banca eroghi credito (o mantenga il credito già concesso, riscadenzandolo) in modo "imprudente", nel senso che essa ha accordato (o mantenuto) il proprio sostegno finanziario pur conoscendo o potendo (*recte*, dovendo, con la diligenza professionale richiestale) conoscere le condizioni di squilibrio finanziario del debitore finanziato. L'illecito si sostanzia, dunque, in una violazione del dovere di corretta erogazione di finanziamenti che causa un danno ai creditori – agli altri creditori – del sovvenuto, siano essi anteriori o successivi all'operazione, per effetto dell'apparente solvibilità ingenerata dal sostegno finanziario irregolarmente concesso e del conseguente ritardo nella manifestazione "naturale" delle effettive condizioni patrimoniali di quel soggetto¹⁰.

⁹ Da ultimo v. PACILEO, *Concessione "abusiva" di credito ed azione del curatore fallimentare: il cavillo del concorso della banca nella mala gestio degli amministratori*, in questa *Rivista*, 2018, I, 167 ss. e ID., *Concessione "abusiva" di credito e "sana e prudente gestione": linee-guida giurisprudenziali*, di prossima pubblicazione in *Banca borsa, tit. cred.*, dattiloscritto consultato per cortesia dell'Autore; App. Milano, 21 giugno 2018, *ivi*, ove si afferma che "Gli istituti di credito hanno il dovere di conformarsi a principi di prudente gestione e di effettuare gli opportuni controlli sui soggetti che fanno richiesta di finanziamenti non soltanto in termini di solidità patrimoniale e di garanzie, ma anche e soprattutto in ordine alle scelte in concreto pianificate per recuperare le perdite subite e alle prognosi future di miglioramento".

¹⁰ Nell'ordinamento francese, nel quale la figura del *soutien abusif* è stata coniata, esso è definito nel seguente modo: "tout dispensateur d'un crédit ruineux qui, en l'absence de perspective de développement de l'entreprise du débiteur, rend inéluctable l'effondrement de l'emprunteur, ou qui est accordé en pleine connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur – de manière synthétique tout auteur conscient qu'il finance une activité sans viabilité – s'expose à voir sa responsabilité civile engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil" (BASTOS, BAUTE, CARTON, *Clarification du régime de responsabilité pour soutien financier abusif*, su cms.law.fr/; RINGE-GULLIFER-THERY, *Current Issue in European Financial and Insolvency Law*, Oxford-Portland, 2009, 133, nota 4 (ove ampi riferimenti); CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, su <http://publications.ut-capitole.fr/679/>, 2008; BENEDETTI, *Le anomalie nel rapporto fra controlling creditor e le imprese finanziate: spunti comparatistici*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 499 ss., per ulteriori riferimenti). V. anche Cass. comm., 22 marzo 2016, n. 14-10.066 e 14-14.980, su lettredesreseaux.com per la precisazione del danno di cui può essere preteso il risarcimento dalla banca.

La responsabilità per concessione abusiva di credito è conosciuta anche nell'ordinamento elvetico e ricorre purché si realizzino entrambi i presupposti dell'art. 41, commi 1 e 2, C.O. Si tratta, comunque, di una responsabilità difficile da far valere: è, infatti, richiesta la prova che la banca abbia previsto la possibilità di causare, per il tramite di un comportamento contrario alla morale, un danno ai terzi e abbia accettato tale risultato anche se non l'abbia voluto direttamente [v. BENEDETTI, *Le anomalie nel rapporto fra controlling creditor*, cit., 517].

Nell'ordinamento USA, affine alla responsabilità per concessione abusiva sembra essere la *deepening insolvency liability*, che ha il proprio *leading case* in *In re Exide Techs Inc.*, 299 B.R. 732 (Bankr Del. 2003). Su tale responsabilità cfr. anche SHEPHER, TUNG, YOON, *What Else Matters for Corporate Governance?: The Case of Bank Monitoring*, in 88 *BUL Rev.*, 2008, 1039; WILLET, *The Shallowness of Deepening Insolvency*, in *Business Lawyer*, 2005, 549 ss.; BAIRD, RASMUSSEN, *Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance*, in *University of Pen. Law Rev.*, 2005-2006, 1217 ss. Nella dottrina italiana v. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2016, 153 ss. ove ulteriori riferimenti; BENEDETTI *Le anomalie nel rapporto fra controlling creditor*, cit., 515.

In Germania, l'obbligo risarcitorio della banca per irresponsabile concessione di credito è stato riconosciuto da LG Berlino, 24 settembre 2010, su vzbv.de; BGH, 29 maggio 2001, VI ZR 114/00; BGH, 16 giugno 2004, in *ZIP*, 2004, 1464; ENGERT, *Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung*, München, 2005; OBERMÜLLER, *Obergerichtliche Rechtsprechung des Jahres 2012 zur Position von Banken in einer Insolvenz ihres Kunden*, in *ZInsO*,

Da tali premesse si evincono gli elementi costitutivi di questa fattispecie di responsabilità, da ascrivere, in principio, all'area della responsabilità extracontrattuale:

a) per un verso, un comportamento “abusivo” della banca, specificamente sotto il profilo della violazione del dovere di corretta erogazione del credito;

b) per altro verso, un danno per gli altri creditori, costituito, b1) per i creditori anteriori alla concessione abusiva, dal danno derivante dall'aggravamento del dissesto del comune debitore e dalla conseguente diminuzione delle possibilità di soddisfacimento¹¹ e b2) per i creditori successivi, dal danno consistente nel pregiudizio patito per aver instaurato rapporti che non avrebbero posto in essere ove non vi fosse stata l'apparente solvibilità creata dal credito abusivamente concesso¹².

La responsabilità in esame, d'altra parte, si configura, in definitiva, come una responsabilità che si connette all'affidamento ingenerato nei creditori diversi dalla banca finanziatrice dalla concessione o dal mantenimento di un finanziamento da parte di un soggetto istituzionalmente deputato alla verifica del merito creditizio: se si vuole, una sorta di “informazione inesatta” circa la solvibilità o – come si dirà tra breve – la risanabilità dell'impresa finanziata¹³.

2013, 845; RUSCH, in *GWR*, 2011, 151 ss. Essa viene fondata sulle fattispecie generali di responsabilità aquiliana prevista dal *BGB*: il § 823 e il § 826. La fattispecie della concessione abusiva assume i connotati di un concorso interessato all'*Insolvenzverschleppung* [: gli amministratori di persone giuridiche hanno l'obbligo di presentare la richiesta di fallimento entro tre settimane dal verificarsi dei presupposti dell'apertura di una procedura concorsuale (§ 15, *Abs. 3, InsO* e §§ 17 e 19)]. Sebbene l'*Insolvenzordnung* non preveda espressamente una sanzione per la violazione di tale dovere, si ritiene che il ritardo nella richiesta di fallimento generi un illecito che viene ricondotto al § 823, *Abs. 2, BGB* (per un maggiore approfondimento della questione v. BRIZZI, *Doveri degli amministratori*, cit., 129 ss.). Ma l'illiceità della condotta della banca viene esclusa nel caso in cui il sostegno finanziario sia accordato con l'intenzione di tentare una ristrutturazione (*Sanierungsabsicht*: BGH, 17 giugno 2004, cit.; BGH, 10 luglio 2014, in *ZIP*, 2014, 1491; ampiamente KIESEL, *Handlungsalternativen der Bank in der Krise und ihre Haftungsfolgen*, su *wieselhuber.de*).

¹¹ Stante il rilievo che riveste la tardiva emersione della crisi quale elemento costitutivo della fattispecie in esame, importante appare anche la previsione degli strumenti di allerta introdotti dal Codice della crisi e dell'insolvenza agli art. 12 ss. In tal senso v. anche CARIDI, *Concessione di credito e informazioni al mercato*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2017, 785 ss. Per lo sviluppo di una prospettiva *de jure condendo* in relazione all'illecito v. SPIOTTA, “*Fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio*”: osservazioni sulla concessione abusive di credito, in *Giur. it.*, 2018, 1661 ss. Nell'ambito delle disposizioni relative all'allerta, appare meritevole di essere attentamente valutata, in ordine alla responsabilità della banca nell'ambito dei rapporti finanziari con l'impresa in crisi, la nuova previsione dell'art. 14, comma 4, c.c.i. che introduce l'obbligo per la banca stessa di segnalare agli organi di controllo della società la revoca, la revisione o la variazione degli affidamenti (e v. *infra*).

¹² MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1080, alla cui nota 1 si rimanda, per brevità, per ampi riferimenti bibliografici; PACILEO, *Concessione “abusiva” di credito ed azione del curatore fallimentare*, cit., 167 ss., ove più ampi approfondimenti sui tratti connotanti l'illecito; Cass., 14 maggio 2018, n. 11695, su *ilcaso.it*.

¹³ NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 305; INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 257; FORTUNATO, *Finanziamenti bancari alle imprese in crisi: responsabilità della banca*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, I, 138; PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva di credito fra unità e pluralità*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 161; e, da ultimo, v. quanto specificano in merito al dovere della banca di esaminare la capacità dell'impresa sovvenzionata di mantenere o recuperare la continuità

Dal lato dell'impresa finanziatrice, il problema della concessione abusiva di credito "investe direttamente il profilo delle funzioni della banca e dei moduli di svolgimento della sua attività"¹⁴, essendo in gioco, in particolare, la rilevanza "esterna" verso il mercato di quell'insieme di regole che scolpiscono la funzione imprenditoriale della banca quale soggetto *professionalmente* deputato alla valutazione del merito creditizio delle imprese¹⁵. Dal lato dell'impresa finanziata, l'attenzione si sposta sui principi governanti l'impresa insolvente e, segnatamente, sulle regole che vietano ai soggetti posti al vertice dell'organizzazione imprenditoriale di proseguire l'attività in danno dei creditori (artt. 217, comma 1, nn. 3 e 4, e 224 l. fall., ripresi dagli artt. 323, comma 1, lett. c) e d), 330 c.c.i.). Da quest'angolo prospettico, il sostegno finanziario assume rilievo non tanto come rapporto di finanziamento contrario agli *standards* del *bonus argentarius*¹⁶, ma come fatto potenzialmente idoneo a imprimere un'influenza esterna sulla prosecuzione dell'impresa tale da estendere anche alla banca, al pari di qualunque altro terzo creditore che tenga analoghi comportamenti, la responsabilità per violazione dei divieti suddetti¹⁷.

3. – È noto che il tema della concessione abusiva del credito è oggetto di discussione e approfondimento da parte della giurisprudenza teorica e pratica da oltre un trentennio¹⁸ e che esistono già ampi contributi di carattere generale che hanno consentito un inquadramento sistematico dell'istituto¹⁹.

La presente indagine si colloca nel solco di tale elaborazione dottrinale e giurispruden-

aziendale PACILEO, *Concessione "abusiva" di credito ed azione del curatore fallimentare*, cit.; App. Milano, 21 giugno 2018, cit. Il rilievo attribuito alla lesione dell'affidamento dei terzi quale elemento costitutivo della abusiva concessione di credito comporta che essa assuma i contorni di un illecito proprio della banca, quale soggetto capace di generare sul mercato segnali affidabili: così CARIDI, *Concessione di credito*, cit., 785 ss. il quale è critico rispetto all'impostazione descritta nel testo, proponendo una diversa ricostruzione dell'illecito in esame. Sugli elementi costitutivi dell'illecito v. ancora, fra i molti, BALESTRA, *Crisi dell'impresa e concessione abusiva del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 109 ss.; DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 692; ID., *Abuso nella concessione di credito*, Napoli, 2004. Da ultimo, SPIOTTA, *"Fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, cit., 1659 ss., ove si precisa che l'affidamento dei terzi deve essere immune da colpa al fine dell'insorgere della responsabilità della banca; conf. Trib. Pescara, 31 luglio 2014, in *giustiziacivile.com*, 23 ottobre 2014; Cass., 14 maggio 2018, n. 11695, in *Giur. it.*, 2018, 1655 ss.

¹⁴ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 219 ss.

¹⁵ In questa prospettiva, v. in part. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva"*, cit., 219 ss.; assume un diverso angolo visuale VISCUSI, *Profili della responsabilità della banca*, cit., spec. 74 ss. Al riguardo MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1080 rileva correttamente la rilevanza "[de]i più estesi poteri di monitoraggio sul merito di credito previsti dalla disciplina di settore ed in particolare dalle regole di Basilea 2". Sui modelli di valutazione del merito di credito delineati nell'accordo Basilea 2 v. DI RIENZO, *La responsabilità verso terzi nella valutazione del merito creditizio delle imprese*, in Di CATALDO, SANFILIPPO (a cura di), *Le fonti private del diritto commerciale*, Milano, 2008, 259 ss.

¹⁶ Cfr. i rilievi di TERRANOVA, *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, 214. Sul profilo menzionato nel testo al fine di fondare la figura della concessione abusiva di credito insiste SPIOTTA, *"Fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, cit., 1660.

¹⁷ PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva di credito*, cit., 1161 ss.

¹⁸ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva"*, cit., 219 ss.

¹⁹ Il riferimento è innanzi tutto a DI MARZIO, *Abuso*, cit.; ma v. altresì gli autori citati nelle note precedenti e, in particolare, VISCUSI, *Profili della responsabilità della banca*, cit., 73 ss.

ziale e si propone di assumere un particolare angolo visuale per indagare il rapporto banca-impresa alla luce dell'evoluzione del diritto della crisi. Si ritiene, in particolare, interessante approfondire come le figure "tradizionali" di responsabilità della banca nei rapporti finanziari con le imprese – e non solo la concessione abusiva di credito, alla quale sono dedicate le seguenti riflessioni, ma anche la figura speculare tradizionalmente denominata "interruzione abusiva" (o "brutale") del credito – debbano essere *ripensate* a fronte di una situazione di crisi di queste ultime, per fronteggiare la quale si ricorra ai nuovi istituti previsti dalla disciplina della crisi d'impresa. Appare, infatti, inevitabile – raccogliendo gli spunti di parte autorevole della dottrina²⁰ – ricostruire i doveri e la responsabilità della banca tenendo nella dovuta considerazione il regime di netto favore, se non di vero e proprio privilegio, disegnato per le banche dalla disciplina delle procedure concorsuali risultante dalla lunga serie di modifiche avviate nel 2005/2006 ed ora destinate a convergere nelle relative disposizioni del Codice della crisi e dell'insolvenza. Un regime, come noto, costituito dalla disciplina delle esenzioni dalla revocatoria e successivamente rafforzato, dal punto di vista della conservazione degli atti compiuti dall'imprenditore in un contesto di crisi, con l'introduzione degli artt. 182-*quater* e *quinquies* l. fall. che prevedono la prededucibilità, rispettivamente, dei crediti da finanziamenti in esecuzione, in funzione e in occasione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione²¹.

Il problema merita di essere approfondito in quanto la vigente disciplina fallimentare, pur dettando una disciplina premiale per i creditori forti (si pensi alla più evidente e nitida manifestazione di ciò, rappresentata dalle nuove esenzioni dall'azione revocatoria e alla appena menzionata prededucibilità dei finanziamenti) e pur essendo stata più volte modificata a partire dal 2005-2006, ha completamente trascurato la materia della responsabilità civile²²; e ciò nonostante sia ormai ben radicata nel nostro ordinamento la consapevolezza che è proprio nelle situazioni di crisi – cioè in quelle situazioni in presenza delle quali la

²⁰ Sul punto, per tutti, NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, 439 ss. e MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1079 ss.

²¹ La disciplina delle esenzioni dall'azione revocatoria vigente è sostanzialmente ripresa nel nuovo c.c.i.: v. art. 166, comma 3. Per quanto attiene alla disciplina dei finanziamenti all'impresa in crisi, v. gli artt. 99 ss. del nuovo c.c.i. La rilevanza della questione alla quale è dedicato questo scritto si coglie chiaramente utilizzando le parole di MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1079 ss., il quale, da un lato, rileva come "L'ampia tematica delle operazioni di finanziamento in specie di matrice bancaria alle imprese in stato di crisi ... non può dirsi certamente sconosciuta nel nostro ordinamento"; dall'altro, però, riconosce che "Al contempo, non vanno trascurate le difficoltà che si pongono, in specie a causa dell'assenza almeno sino ai tempi recenti di indici normativi univoci, per realizzare una sistemazione della materia". Lo stesso autore ha sottolineato l'importanza, ai fini della questione indagata, del crescente *favor* normativo per l'assunzione di finanziamenti finalizzati a interventi di risanamento nelle soluzioni negoziate della crisi di impresa che trova espressione, in particolare, negli artt. 182-*quater* e *quinquies* l. fall. Al riguardo v. pure CARIDI, *Concessione di credito*, cit., 785 ss. ad avviso del quale la concessione di credito può dirsi oggi abusiva solo quando pregiudica l'operatività del nuovo sistema concorsuale; PACILEO, *Concessione "abusiva" di credito ed azione del curatore fallimentare*, cit., 167 ss. La disciplina dei finanziamenti strumentali alle soluzioni extrafallimentari della crisi attualmente vigente è sostanzialmente riprodotta anche nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza; motivo per cui le considerazioni proposte nel testo paiono da confermare anche nello scenario prefigurato dalla riforma organica della disciplina concorsuale.

²² Al riguardo v. il rammarico per il persistere di tale lacuna espresso da PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in questa *Rivista*, 2007, I, 369.

nuova disciplina concorsuale intende incentivare l'intervento delle banche – che possano ricorrere gli estremi per la perseguibilità degli istituti di credito tramite azioni risarcitorie. Pertanto, la mancanza di qualunque correttivo specifico per l'ipotesi in cui le operazioni astrattamente censurabili sotto il profilo della responsabilità risarcitoria siano finalizzate alla realizzazione di un tentativo di superamento della crisi comporta che – com'è stato felicemente rilevato – “il depotenziamento dell'azione revocatoria potrebbe avere un impatto sulle azioni risarcitorie, a seguito di una sorta di ‘travaso’ di bisogni di tutela” che mediante la prima non sono più soddisfatti e che tenderanno a trovare sfogo tramite le seconde²³.

A fronte di tale difetto di coordinamento delle linee evolutive della recente disciplina della crisi con le regole generali sulla responsabilità civile della banca nell'erogazione del credito alle imprese, risulta indispensabile intervenire – anche al fine di dare compiuta realizzazione alle linee guida sottese alle novelle alla legge fallimentare del 1942 susseguite negli ultimi lustri e confermate dalle previsioni del Codice della crisi e dell'insolvenza, dirette a incentivare le soluzioni negoziali delle crisi – per comporre tale antinomia in applicazione del fondamentale principio dell'interpretazione *sistematica*, ossia conforme alla presunzione di coerenza (assenza di antinomie) e congruenza (assenza di disarmonie assiologiche) dell'ordinamento giuridico²⁴.

²³ STANGHELLINI, *Il credito “irresponsabile” alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, 403; PACILEO, *Concessione “abusiva” di credito ed azione del curatore fallimentare*, cit., 167, il quale nota come, dopo la riforma fallimentare del 2005-2006 si sia assistito a un “aumento di ricorso ad azioni aventi ad oggetto la concessione abusiva di credito, da parte delle curatele fallimentari e dei commissari straordinari”.

²⁴ GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 172. Il nostro ordinamento lascia all'interprete un'opera che, altrove, è invece stata compiuta dal legislatore, il quale, al fine di non provocare ostacoli alle procedure di risanamento, ha introdotto a livello normativo un ridimensionamento della fattispecie di responsabilità per concessione abusiva di credito: e v. BASTOS, BAUTÈ, CARTON, *Clarification du régime de responsabilité*, cit. Ci si riferisce alla art. L. 650-1 del *Code commerce* francese, quale è stato introdotto dalla L. 2005-845 del 25 luglio 2005, con cui si è stabilito che la responsabilità della banca e più in generale di chiunque eroga credito, per *soutien abusif du crédit*, sussiste nei soli casi di frode, di immistione del finanziatore nella gestione dell'attività del debitore e di sproporzione delle garanzie offerte dal debitore. Tale esonero è poi ulteriormente precisato, nel senso che la limitazione della responsabilità del finanziatore è destinata a operare solo nel caso di apertura delle procedure di *sauvegarde*, *redressement judiciaire* e di *liquidation*: cfr., di recente, DAMMANN, RAPP, *La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du code de commerce: la fin des incertitudes*, in *Dalloz*, 2012, *Etudes*, 1455; Cass. comm., 27 mars 2012, in *Rev. soc.*, 2012, 398, *obs.* Roussel Galle; Cass. comm. 28 gennaio 2014 n. 12-26.156: BRDA 5/14 inf. 10. Nella dottrina italiana v. sul punto MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1097, nota 39; BENEDETTI, *Le anomalie nel rapporto fra controlling creditor*, cit., 495 ss.

Va comunque soggiunto che l'intervento normativo viene ritenuto in Francia foriero di numerosi dubbi interpretativi a causa della atecnicità dei termini utilizzati nella nuova disposizione. La Corte di Cassazione ha tuttavia cominciato a partire dal 2012 a tentare di chiarire i termini della previsione. Da prima precisando che il finanziatore non può essere considerato responsabile – a prescindere dal ricorrere di una delle ipotesi previste all'art. L. 650-1 – se il finanziamento non è di per sé scorretto. “Autrement dit, la caractérisation de l'une des exceptions de l'article L. 650-1 est insuffisante à elle seule pour engager la responsabilité du dispensateur de crédits” (Cass., 27 marzo 2012, n. 10-20.077). Successivamente, chiarendo la nozione di frode: “la fraude en matière civile ou commerciale, ne se démarque guère de la fraude pénale et qu'il s'agit d'un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive” (Cass. comm., 2 oct. 2012, n. 11-23.213).

Tali considerazioni impongono agli interpreti di riconsiderare il tema della concessione abusiva del credito alla luce della disciplina dichiaratamente premiale introdotta per le banche nella più recente disciplina concorsuale: è su questo nuovo sfondo normativo che va oggi riesaminata la questione se, a quali condizioni e in quale misura l'erogazione del credito all'impresa in crisi sia legittimo oppure fonte di responsabilità risarcitoria. Si tratta, in altri termini, di rivisitare in chiave sistematica i criteri giuridici sui quali è stata tradizionalmente fondata la responsabilità per concessione abusiva di credito.

La premessa della riflessione è che l'ordinamento concorsuale – quale risulta dopo le riforme succedutesi a partire dal 2005 sino al Codice della crisi e dell'insolvenza – non poggia più sulla creazione di una sorta di “cordone sanitario” intorno all'impresa insolvente, giustificato dalla necessità di espellerla rapidamente dal mercato e destinato ad imporsi a tutti, comprese le banche. Il sistema tende oggi, al contrario, a favorire la prosecuzione dell'ordinaria attività d'impresa e, a tal fine, le soluzioni concordate della crisi²⁵; e tale obiettivo trova nella nuova finanza un momento imprescindibile²⁶.

Da queste prime sommarie considerazioni si ricava, dunque, la necessità di pervenire in via interpretativa a ricostruire un sistema di regole *speciali* relative alla responsabilità civile nel contesto dei rapporti con le imprese in crisi²⁷, seguendo così la tendenza palesata in relazione ad altri ambiti anche dal diritto positivo, progressivamente arricchito – col susseguirsi delle novelle della legge fallimentare – di norme di *diritto societario della crisi*, che derogano a quelle codicistiche e costituiscono tasselli di un sistema tendenzialmente autonomo e dotato di propri principi generali rispetto al diritto sostanziale²⁸.

²⁵ V. l'art. 84, comma 4, c.c.i. dal quale si ricava il netto *favor* della nuova disciplina per il concordato in continuità rispetto a quello liquidatorio. E v. anche la Proposta di direttiva UE sull'insolvenza, considerando n. 2. Per considerazioni analoghe e per la necessità di porle a fondamento della rivisitazione della abusiva concessione di credito v. VATTERMOLI, *Il creditore-banca nelle soluzioni negoziate della crisi*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2015, I, 199, ad avviso del quale la responsabilità deve tendenzialmente essere esclusa se l'ausilio finanziario al debitore insolvente è stato concesso allorché lo stesso, avendo tempestivamente rilevato la propria crisi, abbia avviato un percorso per il superamento di tale situazione; CARIDI, *Concessione di credito*, cit., 785 ss.

²⁶ Sulla compatibilità del ricorso al finanziamento in situazioni di crisi con i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, v. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 840; MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, 620 ss.; più in generale, GALLETTI, *Tecniche e rischi del finanziamento all'impresa in crisi*, in DI MARZIO, MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano 2010, 314 ss. L'osservazione compiuta nel testo è condivisa da CARIDI, *Concessione di credito*, cit., 785 ss.

²⁷ Si pensi, esemplificativamente, agli artt. 163, comma 5, 185, comma 6, 182-*quater*, *quinquies* e *sexies* l. fall. (tutti sostanzialmente riprodotti – sebbene con alcune rilevanti modifiche – anche nel Codice della crisi e dell'insolvenza). Per un tentativo di rimeditare le fattispecie di responsabilità civile, adattandole al particolare contesto della crisi v., fra i molti, MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi d'impresa nei gruppi di società*, in M. CAMPOBASSO, CARIELLO, DI CATALDO, GUERRERA, SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Società, banche e crisi d'impresa*, Torino, 2014, 3, 2679 ss.; BRIZZI, *Doveri degli amministratori*, cit., 129 ss.; BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 e le soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 431 ss. e gli autori ivi citati.

²⁸ È questa la definizione di diritto societario della crisi proposta, fra i primi, da TOMBARI, *Principi e problemi “di diritto societario della crisi”*, in *Riv. soc.*, 2013, 1138 ss. Sul tema v. anche ABRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 269 ss. nonché gli ulteriori autori citati in BENEDETTI, *I finanziamenti dei soci e infragruppo alla società in crisi*, 8, Milano, 2017, nota 7, ove la puntua-

4. – Prima delle novelle alla legge fallimentare del '42 succedutesi a partire dal 2005, parte della dottrina fondava la qualificazione antiggiuridica del finanziamento all'imprenditore in crisi successivamente fallito e la conseguente responsabilità della banca sull'"artificioso mantenimento in vita dell'impresa ormai definitivamente decotta". Tale comportamento sarebbe stato contrario a una regola desunta da specifici indici normativi, in primo luogo tratti dalla disciplina dei reati fallimentari, che attestano la volontà del legislatore di "cristallizzare, per effetto dell'insorgere dell'insolvenza, i rapporti patrimoniali facenti capo al debitore, in funzione dell'esigenza di prevenire l'aggravamento del dissesto"²⁹. In altri termini: la regola estrapolata dalle norme in materia di reati fallimentari era utilizzata per concretizzare la clausola generale dell'ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.*, così da qualificare *contra ius* la condotta tesa a sostenere finanziariamente l'impresa insolvente, da un lato, e meritevole di tutela da parte dell'ordinamento l'interesse del danneggiato dalla concessione di credito, dall'altro³⁰.

Da questa premessa risulta evidente come la ridefinizione dell'ambito di applicazione

lizzazione (operata nel solco dell'insegnamento di PORTALE, *Verso un diritto societario della crisi?*, in TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014, 4) che il diritto societario della crisi configura un sistema non già autonomo rispetto al diritto sostanziale, ma nel quale, invece, salvo i casi di deroga espressa, le forme comuni di organizzazione ed esercizio delle imprese collettive operano anche in situazioni di crisi e di insolvenza, salvo la necessità di un loro adattamento, in via interpretativa, al diverso contesto.

²⁹ Da ultimo, valorizzando l'art. 218 l. fall., Cass., 12 maggio 2017, n. 11798 e 20 aprile 2017, n. 9983, in *Fall.*, 2017, 1157 ss. e BALESTRA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale*, *ivi*, 1165 ss.; v. inoltre, NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva"*, cit., 219 ss. (al quale vanno riferiti i virgolettati); ID., *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito*, cit., par. 5, ove l'autore segnala anche che l'art. 217-bis l. fall. lascia scoperti i finanziamenti che possono concretare una complicità nella concessione abusiva di credito e che la non perseguibilità penale di alcune condotte non esclude la configurabilità di un illecito civile; MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1081; SACCHI, *Capitale sociale e tutela dei fornitori di equity e di capitale di debito avversi al rischio dopo le opzioni del legislatore italiano nell'applicazione dei principi contabili internazionali*, in *La società per azioni oggi. Tradizioni, attualità e prospettive*, Milano, 2007, 1142; GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza. Spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in AA.VV., *Studi in onore di Belviso*, Bari, 2011, 1246 e nota 27. Cfr. sul punto anche VISCUSI, *Profili della responsabilità della banca*, cit., 121 ss.; FRANCHI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, commento a Cassazione, 25 settembre 2003, n. 14234*, in *Contratti*, 2004, 154; CAMPOLATTARO, *Profili penali e civili della concessione abusiva di credito*, in *Dir. pen. impr.*, 2004, 2010; ALLEGRI, *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2008, 563 ss., che richiama anche App. Milano, 11 maggio 2004; Cass., 16 giugno 2005, n. 26096, in *DeJure*. Nella letteratura penalistica v., in ordine alla concessione abusiva del credito, fra molti, INSOLERA, *La responsabilità penale della banca per concessione abusiva di credito alla impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 842 ss.; COCCO, *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 1989, 527 ss.; ID., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217 bis della legge fallimentare*, in *Leg. pen.*, 2011, 1 ss.

³⁰ La costruzione menzionata nel testo è tributaria – per stessa ammissione di uno dei suoi più recenti sostenitori (VISCUSI, *Profili della responsabilità della banca*, cit., 125) – della tesi di SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Fofo pad.* 1960, I, 1439-1440 per il quale l'ingiustizia del danno può essere valutata attraverso "un procedimento di semplificazione delle fattispecie legalmente prevedute e repressive"; in tali fattispecie "taluni elementi (non già o non sempre tutti) costituiscono il motivo ... dell'ingiustizia del fatto. Sarà ingiusto quel fatto che contenga in sé quegli elementi, che costituiscono la ragione dell'ingiustizia"; *adde* v. anche, in senso analogo, PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 665, nota 35 e già

di alcune fattispecie incriminatrici, richiamate per fondare la perseguibilità dell'erogazione di credito all'impresa in stato di dissesto, non possa che ripercuotersi, a cascata, anche sulla questione dell'illiceità civile della medesima operazione.

Ebbene, le norme di diritto penale concorsuale individuate come indici dell'antigiuridicità dell'erogazione di prestiti a un'impresa in crisi irreversibile erano gli artt. 216, comma 3, 217, nn. 3 e 4 e (secondo alcuni autori) 218 l. fall.³¹

Al riguardo, la novella della legge fallimentare del 2010 ha introdotto l'art. 217-*bis* l. fall. ai sensi del quale gli artt. 216, comma 3, e 217 l. fall. – in materia di bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice – non si applicano – per quanto qui interessa – alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione e di un piano attestato di risanamento³².

In merito alla nuova disposizione occorre rilevare, intanto, come la portata dell'esenzione da essa prevista si estenda – stante la valenza non particolarmente rigorosa che il vocabolo “operazioni” ha sul piano giuridico – a qualsiasi atto, negozio giuridico o fatto in concreto funzionale alla realizzazione di una soluzione extrafallimentare della crisi, fra i quali può senz'altro essere annoverata l'erogazione del credito bancario³³

Ancora, la “non applicazione” delle precedenti norme punitive opera in ragione dei connotati oggettivi dell'operazione posta in essere, a prescindere dalla connotazione soggettiva dell'autore della condotta. Di qui l'estensione dell'“esenzione” a tutti i concorrenti nel comportamento sussumibile nella fattispecie astratta della norma incriminatrice.

Infine, nella letteratura penale si rileva che la scriminante di cui all'art. 217-*bis* l. fall. opera anche a livello di elemento soggettivo del reato. Per l'imputazione della bancarotta semplice, il concorrente deve avere la chiara consapevolezza della situazione irrimediabilmente compromessa dell'impresa sovvenzionata, del danno provocato al suo patrimonio e del fine che muove l'imprenditore (ritardare l'apertura della procedura concorsuale)³⁴. Si richiede, dunque, la prova del dolo del concorrente.

Sulla configurabilità di quest'ultimo incidono, tuttavia, quegli elementi che abbiano indotto il banchiere a ritenere probabile la fuoriuscita dell'impresa dalla crisi³⁵. In particolare deve essere considerato idoneo a escludere il dolo del concorrente l'inserimento del finanziamento in un programma di risanamento dell'impresa, a maggior ragione se accompagnato dall'intervento dell'autorità giudiziaria³⁶.

VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, 26 ss.; in giurisprudenza Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contr.*, 2004, 145 ss. Dalla giurisprudenza teorica e pratica citata emerge la possibilità di estrapolare da norme penali (in cui si prevedono fatti repressi dall'ordinamento) un generico principio di comportamento protettivo di interessi altrui a carico dell'agente.

³¹ Il sistema vigente dei reati connessi alla liquidazione giudiziale è sostanzialmente trasfuso nel nuovo Codice della crisi: v. artt. 322 ss.

³² La norma di esenzione citata nel testo è riprodotta nel Codice della crisi all'art. 324.

³³ In tal senso Fr. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 1478.

³⁴ COCCO, *Commento all'art. 217*, nella voce *Fall.*, in *Commentario breve al Codice penale, Leggi complementari*, diretto da PALIERO, PALAZZO, Padova, 2007, 1218 ove ampi riferimenti; ID., *Esenzioni*, cit., 13 ss.

³⁵ COCCO, *Commento all'art. 217*, cit., 15.

³⁶ COCCO, *Commento all'art. 217*, cit., 15 ss. per il quale “... in tale ipotesi dovrebbe essere sottinteso che l'impresa richiedente il credito non è in una situazione irrimediabilmente compromessa e che, quindi, il credi-

A ciò consegue che, quando effettuata in esecuzione di un piano giudicato idoneo al superamento della crisi da un professionista e – nel caso degli accordi di ristrutturazione e del concordato – dal tribunale, l'erogazione di credito perde la propria connotazione antiggiuridica – per concorso nella bancarotta semplice – già a livello di elemento soggettivo del reato.

Ciò premesso, il significato complessivo della nuova disposizione nel sistema dei reati fallimentari – qualunque sia l'inquadramento sistematico entro le categorie generali del diritto penale che si ritenga preferibile attribuire alla prescrizione, stante il carattere penalmente atecnico del termine "esenzione" ricorrente nella rubrica del 217-*bis*³⁷ – deve essere individuato nell'elisione dell'antigiuridicità penale delle fattispecie comprese entro il suo ambito di applicazione, in deroga alle due disposizioni incriminatrici precedenti. Anzi, volgendo in positivo la prescrizione derivante dal combinato disposto degli artt. 216, comma 3, 217 l. fall., da un lato, e 217-*bis* l. fall., dall'altro, si ricava l'espresso riconoscimento normativo della liceità delle condotte suscettibili di integrare gli estremi dell'ultima previsione, poiché, sebbene tipiche – in senso penalistico – rispetto alle fattispecie incriminatrici previste dalle prime due norme, esse vengono sottratte all'ambito di operatività di queste ultime per effetto dell'esenzione introdotta con la novella del 2010³⁸.

Così ricostruita la portata innovativa del nuovo art. 217-*bis* l. fall., ne divengono evidenti le ripercussioni sulla qualificazione dell'erogazione di credito all'impresa in crisi come illecito civile. Mentre prima della novella alla legge fallimentare che ha introdotto quella disposizione, l'antigiuridicità di una simile operazione veniva ricavata dalle norme penali già menzionate; a seguito della stessa, l'esclusione dell'erogazione del credito (in esecuzione di un con-

to non è per essa rovinoso in quanto ne garantisce la sopravvivenza: in chi concede il credito sulla base di tali presupposti non può sussistere l'elemento soggettivo del concorso nel reato in esame".

³⁷ Per approfondimenti in merito si rinvia a BASILE, *Art. 217-bis l. fall. e gruppi di società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, 203 ss., in part. par. 2, dove, in nota, ampi riferimenti; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da VASSALLI, LUISO, GABRIELLI, Torino, IV, 2014, 453 ss.

³⁸ Anche prima dell'introduzione dell'art. 217-*bis* l. fall., gli interpreti si erano posti l'esigenza di superare le remore all'adozione delle procedure alternative al fallimento, suscitate dal rischio di incorrere nelle sanzioni penali in caso di loro cattivo esito e di successivo fallimento, e avevano ritenuto di collegare all'inserimento dell'operazione di finanziamento, così come di altre operazioni compiute dal fallito e suscettibili di integrare tali reati, in una delle procedure predisposte dal legislatore per la soluzione della crisi una sorta di effetto protettivo e scriminante, grazie al consenso espresso dai creditori al piano e alla conseguente lesione della *par condicio*. In particolare, dalle esenzioni previste in materia di revocatoria fallimentare si è ricavata l'irrelevanza delle operazioni esentate anche sul piano penalistico, in base tra l'altro al principio di sussidiarietà del diritto penale, non potendosi ritenere penalmente rilevante quello che il legislatore non considera più illecito per il diritto civile; e anche in considerazione della contiguità tra la sanzione della revocatoria del pagamento a carico del creditore avvantaggiato, per violazione della *par condicio*, e quella penale a carico del debitore che paga, vale a dire quella per bancarotta preferenziale [cfr. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1092, nota 29; ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 129. L'art. 218 l. fall. è riprodotto nell'art. 325 c.c.i. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 838 ss.; CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, *ivi*, 2009, 773 ss.; BONATO, "How to get away with bankruptcy" ovvero l'esenzione dai reati di bancarotta ex art. 217 bis l. fall., in *Fall.*, 2018, 273 e note 27-28; SANDRELLI, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/2005 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2004, 1219 ss.; INSOLERA, *Riflessi penalistici nella nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi della impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 466 ss.].

cordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione e di un piano attestato di risanamento) di quell'operazione dall'ambito di applicazione delle prescrizioni in materia di bancarotta ne sancisce, normativamente, la liceità anche a livello della responsabilità civile.

Occupandoci degli effetti della riforma del diritto penale concorsuale sulla configurabilità dell'illecito dell'abusiva concessione di credito non può essere tralasciato, inoltre, il fatto che parte della dottrina ha in passato richiamato quale indice normativo dell'antigiuridicità di quell'operazione anche l'art. 218 l. fall.³⁹ Il problema che si pone all'interprete è quello di capire se tale tesi mantenga la propria validità, posto che il nuovo art. 217-*bis* l. fall. non prevede alcuna esenzione per il reato oggetto di quella norma incriminatrice.

In altri termini, occorre fornire in via interpretativa una risposta al seguente quesito: se l'erogazione di credito all'impresa in crisi rimanga tutt'oggi fonte di responsabilità civile – oltre che penale – *ex* art. 218 l. fall., anche se funzionale a una delle soluzioni di composizione della crisi previste dalla normativa concorsuale⁴⁰.

La risposta preferibile sembra dover essere negativa.

In primo luogo, va segnalato che molti dubbi sussistono, in vertice, sulla possibilità di trarre dall'art. 218 l. fall. un indice normativo dell'ingiustizia del danno cagionato dalla concessione di credito all'impresa in crisi: nella fattispecie delineata da tale disposizione il mutuante rappresenterebbe, secondo ampia parte della dottrina, non già un complice dell'imprenditore, bensì la persona offesa⁴¹. Quest'ultima, va immediatamente soggiunto, risulta anche la tesi consolidatasi in giurisprudenza, secondo la quale “non è ipotizzabile in siffatto reato [*ex* art. 218 l. fall.] il concorso del finanziatore, il quale, per definizione, deve ignorare lo stato di insolvenza, essendo la dissimulazione un elemento essenziale per integrare il reato”⁴².

La fondatezza di questa tesi appare confermata anche dall'intervento sul diritto penale concorsuale concretizzatosi nel nuovo art. 217-*bis* l. fall. Tale prescrizione, escludendo *expressis verbis* la punibilità delle operazioni compiute in esecuzione dei tentativi extrafallimentari di superamento della crisi, persegue l'obiettivo – comune all'intera disciplina concorsuale vigente – di favorire questi ultimi rispetto al fallimento⁴³. Da tale premessa, pare

³⁹ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione “abusiva”*, cit., 219 ss.; INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso della concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 272; VISCUSI, *Profili della responsabilità della banca*, cit., 131 ss. L'art. 218 l. fall. è riprodotto nell'art. 325 c.c.i.

⁴⁰ Il problema che ci si propone di affrontare nel testo nasce, in pratica, da un'esigenza di sistematicità e coerenza dell'ordinamento. Prima dell'introduzione dell'art. 217-*bis* l. fall. il fondamento dell'antigiuridicità della concessione di credito all'imprenditore insolvente era costituito – secondo alcuni autori – dagli artt. 216, comma 3, 217, comma 1, nn. 3 e 4 e dall'art. 218 l. fall. Le prime due norme, dopo il 2010, non possono più essere richiamate al medesimo fine, allorché l'impresa finanziata ricorra al concordato, a un accordo di ristrutturazione o a un piano attestato. Di qui il dubbio su che cosa accada, nel silenzio della norma di esenzione, rispetto all'art. 218 l. fall.

⁴¹ COCCO, *Esenzioni*, cit., 539 ss.; ID., *Commento all'art. 217*, cit., 12; INSOLERA, *La responsabilità penale della banca*, cit., 801 ss.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., 457; in questo senso, Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Defure*; in letteratura cfr. anche ALLEGRI, *La concessione abusiva di credito*, cit., 575 ss.

⁴² Cass., 25 settembre 2003, 14234; App. Milano, 11 maggio 2004 entrambe in *Defure*; BALESTRA, *Concessione abusiva del credito*, cit., 1165; App. Milano, 11 maggio 2004, in questa *Rivista*, 2004, II, 643, con nota di VISCUSI; nella dottrina penalistica INSOLERA, *La responsabilità penale della banca*, cit., 848.

⁴³ V. al riguardo, in luogo di altri, AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, 557; COCCO, *Commento all'art. 217*, cit., par. 3.

logico trarre la seguente conclusione: ricostruita nei termini appena esposti la funzione dell'art. 217-*bis* l. fall., la mancanza di qualunque riferimento in esso all'art. 218 l. fall. può essere spiegata alla luce della circostanza che il legislatore non ha considerato quest'ultima disposizione idonea a costituire una remora all'utilizzo di una delle soluzioni volte al superamento della crisi alternative al fallimento, in quanto non suscettibile di sanzionare i soggetti in esse attivamente coinvolti, quali potrebbero essere le banche.

Tuttavia, anche a voler seguire la tesi per cui l'art. 218 l. fall. rilevarebbe quale indice di illiceità della concessione di credito all'imprenditore decotto, non sembra necessario modificare la risposta che si è ritenuto di dare alla questione indagata.

Opinabili risultano, infatti, le obiezioni addotte dalla dottrina penalistica all'estensione analogica dell'art. 217-*bis* ai contegni astrattamente riconducibili all'art. 218 l. fall., ma posti in essere nel quadro di procedure per la soluzione della crisi d'impresa⁴⁴.

Si tratta, invero, di applicare in tal caso l'analogia *in bonam partem*, ritenuta senz'altro ammissibile dalla scienza penalistica⁴⁵. Per di più, quand'anche si voglia considerare l'esimente come una norma eccezionale⁴⁶, non si deve trascurare che il divieto di analogia previsto dall'art. 14 disp. prel. c.c. non è assoluto. Secondo un insegnamento autorevole e risalente, la disposizione eccezionale può estendersi ai casi simili, che ricadono "nell'ambito al quale la norma stessa è pertinente; nei confini di questo ambito anche la norma eccezionale può generalizzarsi"⁴⁷: una disposizione eccezionale ha comunque una propria *ratio* (e non può non averla, per quanto eccezionale rispetto alla *ratio* della disciplina generale derogata); essa è pertanto suscettibile di essere applicata a casi non previsti, per i quali valga lo stesso motivo di eccezionalità che ne ha determinato l'introduzione⁴⁸.

Ciò posto, se la *ratio* dell'art. 217-*bis* l. fall. deve essere individuata nella volontà del legislatore di incentivare il ricorso alle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, la stessa pare ricorrere – così risultando integrato il presupposto dell'*eadem ratio* fra il caso espressamente disciplinato e quello non previsto – anche rispetto alle condotte in astratto sussumibili entro la fattispecie *ex* art. 218 l. fall., ma strumentali a un tentativo di risanamento dell'impresa diverso dal fallimento. L'*eadem ratio*, in particolare, sembra sussistere proprio in relazione al comportamento oggetto della presente indagine, della concessione di credito all'imprenditore in difficoltà, posto che l'erogazione di nuova finanza si rivela indispensabile presupposto per il successo dei menzionati tentativi di risanamento⁴⁹.

⁴⁴ V. FR. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1481; SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2012, 793.

⁴⁵ Per tutti, FR. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1481.

⁴⁶ Così FR. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1481.

⁴⁷ CARCATERA, voce *Analogia*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 10.

⁴⁸ V. PORTALE, *Rapporti fra Assemblea e organo gestorio nei sistemi amministrativi*, in AA.VV., *Il Nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, 2, Torino, 2006, 29 e nota 58; E già BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 603; GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, 66; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1969, 338; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 241 ss.

⁴⁹ La possibilità di sostenere l'estensione analogica dell'art. 217-*bis* l. fall. a condotte astrattamente sussumibili sotto fattispecie altre rispetto a quelle degli artt. 216, comma 3, e 217 l. fall. in base all'individuazione dell'*eadem ratio*, "deducibile dalla identica funzione dei comportamenti strumentali al perseguimento del fine

Peraltro, l'attribuzione di una *ratio* del genere all'art. 217-*bis* l. fall. impone di riconsiderare criticamente la stessa natura eccezionale della norma: se una simile qualifica può risultare fondata alla luce delle categorie penalistiche⁵⁰, non altrettanto può dirsi qualora si valuti la disposizione entro la cornice della legge fallimentare più volte modificata negli ultimi lustri. Va infatti tenuto in debita considerazione che si tratta di una previsione avente pacificamente la funzione di realizzare un obiettivo che è sotteso all'intera disciplina concorsuale. In tale quadro, non appare sistematicamente coerente considerare eccezionale una disposizione che costituisce uno dei plurimi (e più significativi) punti di emersione di quel *favor* per le soluzioni volte alla composizione e prevenzione della crisi d'impresa, in funzione della conservazione della continuità aziendale e in un contesto extrafallimentare (e possibilmente prefallimentare), che costituisce principio generale dell'ordinamento⁵¹.

L'esame della valenza operativa dell'esimente in materia di reati fallimentari deve essere completato, infine, accennando a un ulteriore profilo ritenuto particolarmente delicato e rilevante da parte della dottrina penalistica. Si allude, in particolare, al problema se, per l'applicazione dell'art. 217-*bis* l. fall., possa considerarsi sufficiente la semplice sussistenza di un concordato, di un piano o di un accordo di ristrutturazione e se all'intervenuta omologazione del tribunale possa attribuirsi una sia pure parziale efficacia anche sul piano penalistico, oppure se sia necessario che successivamente al fallimento, i menzionati tentativi di risanamento vengano sottoposti al sindacato da parte del giudice penale quanto alla loro "fattibilità" o "ragionevolezza" e, dunque, alla loro idoneità *ex ante* a superare lo stato di crisi in cui versava la società al momento del ricorso agli stessi⁵². Propendendo per quest'ultima soluzione, si attribuirebbe al tribunale il potere di riesaminare non solo l'applicazione dell'esimente in esame, ma anche la liceità delle operazioni – compresa la concessione di credito – la cui liceità dipende dalla stessa.

Sebbene tale questione non possa essere compiutamente trattata in questa sede, pare possibile sostenere, in primo luogo, che l'esimente in esame opera a prescindere dall'omologa giudiziaria, come sembra emergere in modo incontestabile dal fatto che l'art. 217-*bis* l. fall. dispone in modo uniforme la limitazione dell'operatività di talune fattispecie incriminatrici di bancarotta semplice e fraudolenta rispetto ai pagamenti e alle operazioni compiute "in esecuzione", non soltanto del concordato o degli accordi di ristrutturazione, ma anche dei piani attestati, a prescindere dalla sottoposizione di questi ultimi al vaglio dell'autorità giudiziaria.

La previsione da parte della legge di tale passaggio nel procedimento finalizzato al per-

legalmente stabilito (il superamento della crisi d'impresa)", è ammessa anche da Fr. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1480.

⁵⁰ Fr. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1481; SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta*, cit., 793.

⁵¹ L'opzione a favore della continuità aziendale, già sottesa alla disciplina concorsuale vigente, appare ancora più decisa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza: v. art. 84, comma 4, ai sensi del quale il concordato preventivo è sostanzialmente circoscritto al concordato in continuità, essendo ammesso il concordato liquidatorio solo al ricorrere degli stringenti presupposti ivi contemplati.

⁵² Per riferimenti alla dottrina penalistica si rinvia ad ABRIANI, GIUNTA, *Finanziamenti a società "correlate" e postergazione: profili di diritto civile e penale*, in *Società*, 2012, 505 ss.; e v. anche MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1093, nota 29.

fezionamento di una soluzione extrafallimentare della crisi rileva, semmai, in ordine alla “tenuta” dell'esimente – ossia in ordine alla perdurante qualificazione del comportamento scriminato come lecito – qualora tale tentativo non sortisca i propri effetti e venga successivamente dichiarato il fallimento.

In merito al problema posto, infatti, la dottrina è concorde nel ritenere definitivamente acquisita l'esenzione da responsabilità penale così come dalla revocatoria fallimentare – e, di conseguenza, la liceità dell'atto esentato in relazione anche alla responsabilità civile –, in caso di intervenuta omologa della soluzione extrafallimentare, qualora essa sia prescritta dalla legge (concordato e accordo di ristrutturazione); mentre più variegata sono le posizioni a fronte del ricorso al piano attestato, che è soluzione della crisi squisitamente stragiudiziale⁵³.

5. – Stabilita la rilevanza generale dell'art. 217-*bis* l. fall. ai fini della qualificazione come illecita o meno della concessione di credito a un'impresa in crisi e la sua portata pre-cettiva, occorre adesso procedere a verificarne l'impatto della disposizione sulla questione qui indagata.

La norma menzionata esclude dall'ambito di applicazione dei reati di bancarotta previsti dalle precedenti disposizioni (artt. 216 e 217 l. fall.) le “operazioni compiut[e] in esecuzione di un concordato preventivo ... di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o del piano di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d)”.

Risulta interessante ai fini della presente indagine stabilire quale sia la portata dell'esclusione della perseguibilità penale – ossia a quali condotte si estenda quest'ultima –, che dipende, fra l'altro, dall'interpretazione dell'espressione “in esecuzione” riferita alle tre ipotesi alternative di soluzioni negoziali della crisi d'impresa.

È chiaro, infatti, che dal significato attribuito all'endiadi appena menzionata dipende la maggiore o minore portata scriminante dell'art. 217-*bis* l. fall. e, di conseguenza, una *diversa estensione dell'area di liceità della concessione di credito all'impresa in crisi*.

Anche su questo punto la dottrina penalistica non appare unanimemente orientata.

A un'opinione che propende per un'interpretazione restrittiva dell'espressione qui in esame, la quale farebbe riferimento a un “nesso di consequenzialità (anche cronologica) tra la definitiva approvazione/omologazione dei diversi strumenti di soluzione ... della crisi”⁵⁴,

⁵³ Per completi riferimenti v. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 385; e gli spunti proposti, oltre, nel par. 13, con riferimento anche alle nuove previsioni in ordine al problema segnalato nel testo contenute nel Codice della crisi [v. in part. art. 166, comma 3, lett. d)]. In argomento da diverse prospettive, D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto “sviluppo”*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 74 e BENEDETTI, *I finanziamenti dei soci*, cit., 431 ss. e gli autori cit. *ivi* a nota 99.

⁵⁴ Sul punto v. AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., 567, che, rispetto al piano attestato (per il quale, in quanto atto unilaterale dell'imprenditore non è prescritta né l'approvazione dei creditori né l'omologazione) ritiene comunque necessaria, per integrare l'art. 217-*bis* l. fall., che l'operazione sia menzionata nello stesso prima di essere attuata o comunque riconducibile al novero degli atti necessari a darvi esecuzione. E v. anche Fr. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Fall.*, 2011, 213. Nella dottrina civilistica occupatasi specificamente del tema della concessione abusiva del credito all'impresa in crisi, negano che l'art. 217-*bis* l. fall. possa estendere la propria efficacia esimente anche ai finanziamenti chiesti e ottenuti *prima* dell'ammissione al concordato o dell'omologazione dell'accordo, NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito*, cit., par. 5; BONATO, “How to get away with bankruptcy”, cit., 276 ss.

se ne contrappone un'altra che rifiuta di attribuirle valore cronologico e di riferirla a "comportamenti attuativi di alcunché di già deliberato o di compiutamente definito", prediligendo una lettura più ampia, "comprensiva di tutti i comportamenti destinati e funzionalmente collegati alla realizzazione della procedura, inclusi anche quelli posti in essere nelle fasi precedenti la formalizzazione della medesima"⁵⁵.

L'accoglimento di questa seconda ricostruzione – tanto autorevole quanto convincente, ove si valorizzi opportunamente la strumentalità delle operazioni in esame rispetto al risanamento di cui al piano⁵⁶ – consente dunque di ritenere che la portata scriminante dell'art. 217-*bis* l. fall. si estende anche alle operazioni *prodromiche e funzionali* all'implementazione di un piano attestato, in modo da renderle lecite anche nella prospettiva della responsabilità civile.

Così opinando, si può arrivare ad affermare che l'accordo di moratoria stipulato fra l'impresa in crisi e le sue principali banche creditrici, nonché le operazioni poste in essere in esecuzione dello (e in connessione allo) stesso, quale un eventuale riscadenzamento dell'esposizione debitoria pregressa – in altre parole, tutte quelle operazioni *teoricamente* sussumibili nell'abusiva concessione di credito – risultano del tutto legittime – e insuscettibili di integrare *in concreto* gli estremi dell'illecito esaminato –, allorché il mantenimento delle linee di credito sia funzionale e necessario a sostenere finanziariamente – impedendone il *default* – una società rispetto alla quale è in avanzato stato di elaborazione un piano di ristrutturazione da attuare nelle forme e ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *d*), l. fall.

In altri termini: se si accoglie l'interpretazione estensiva dell'espressione "in esecuzione" contenuta nell'art. 217-*bis* l. fall., così da ricondurre all'ambito di applicazione dell'esimente tutte le operazioni collegate alla realizzazione di una soluzione extrafallimentare della crisi, incluse anche quelle poste in essere nelle fasi precedenti la formalizzazione della medesima, l'accordo di *standstill* o il riscadenzamento dell'esposizione debitoria pregressa risulterebbero non riconducibili alla concessione abusiva del credito per l'inapplicabilità, in conseguenza dell'operare dell'"esimente" contenuta nella norma indagata, delle fattispecie penali sulle quali viene fondata l'illiceità di matrice civilistica della fattispecie⁵⁷.

⁵⁵ Fr. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1478 ss.; DONELLI, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis prima e dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 796.

⁵⁶ In ordine alla preferibilità della ricostruzione più ampia della portata applicativa dell'art. 217-*bis* l. fall., appare incerto il significato da attribuire alla modifica della disposizione introdotta con il d.l. n. 83/2012, ove si estende l'esimente anche ai finanziamenti c.d. in occasione ai sensi dell'art. 182-*quinquies* l. fall. Certamente i finanziamenti di cui all'art. 182-*quinquies* l. fall. si collocano in un lasso temporale anteriore alla fase esecutiva delle soluzioni extrafallimentari della crisi [per completi riferimenti v. BENEDETTI, *I finanziamenti dei soci*, cit., 100 ss.]. Il che potrebbe indurre a ritenere che, siccome il legislatore ha ritenuto di prevedere espressamente l'applicazione dell'art. 271-*bis* l. fall. anche a tali finanziamenti, ciò sarebbe conseguenza della necessità di interpretare restrittivamente l'espressione "in esecuzione" utilizzata dalla norma. Si potrebbe però argomentare in senso contrario che l'espressa estensione della prescrizione anche a finanziamenti anteriori alla fase esecutiva induce a concludere per la riconducibilità nel suo alveo applicativo di tutti i finanziamenti connessi a una soluzione negoziale della crisi, sebbene non erogati, da un punto di vista temporale, in esecuzione della medesima.

⁵⁷ La conclusione alla quale si perviene nel testo trova conforto nell'opinione espressa da autorevole dottrina penalistica proprio in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 217-*bis* l. fall.: essa annovera fra le operazioni da considerare esentate dalla perseguibilità penale "una moratoria ovvero un finanziamento-ponte, entrambi

D'altro canto, come accennato, altri autori hanno attribuito all'endiadi "in esecuzione" dell'art. 217-*bis* l. fall. un significato più stringente⁵⁸, poiché, quanto ai piani attestati di risanamento, si ritiene diffusamente che gli atti possano dirsi esecutivi degli stessi solo quando ne costituiscano una diretta proiezione logica e cronologica, ossia allorché "nel rapporto piano/atti sia presente un nesso eziologico ben preciso di derivazione e (...) di causalità"⁵⁹.

Questo risultato interpretativo implica, naturalmente, che le operazioni di credito da considerarsi lecite per effetto della applicazione di tale disposizione sarebbero solo quelle che siano previste nel piano attestato e strumentali alla sua realizzazione.

Ma anche a voler condividere tale seconda e più rigorosa linea interpretativa, il tentativo di estendere la portata esimente dell'art. 217-*bis* l. fall. può passare non per la ricostruzione del significato dell'espressione "in esecuzione" ivi contenuta, quanto piuttosto attraverso l'applicazione analogica della norma citata⁶⁰.

In primo luogo, perché la dottrina penalistica riconosce l'esistenza dell'identità di *ratio* fra le operazioni *prodromiche* a un tentativo di salvataggio di un'impresa in crisi e quelle *attutative* di un piano approvato dai creditori e omologato dal tribunale: entrambe sono funzionali a evitare il fallimento dell'impresa.

In secondo luogo, perché l'analogia di cui si discorre, a dispetto della natura penalistica della norma rilevante ai fini della presente riflessione, non può considerarsi vietata ai sensi delle disposizioni preliminari al codice civile per quanto già rilevato sopra a proposito del rapporto fra l'art. 217-*bis* e l'art. 218 l. fall.

Dunque, ammettendo l'estensione analogica dell'art. 217-*bis* l. fall. anche alle operazioni prodromiche (e non soltanto esecutive) di un piano attestato; e venendo meno, perciò, la loro illiceità penale, in quanto comprese entro la portata precettiva dell'esimente in esame, sembra destinata a venire altresì meno, quale corollario di tali premesse, la loro perseguibilità a titolo di concessione abusiva di credito.

Tale ragionamento consente di pervenire, attraverso un diverso percorso argomentativo, alla medesima conclusione già esposta: la liceità, in linea di principio, della moratoria, del mantenimento delle linee di credito in uso o del riscadenamento del debito accordati dalle banche creditrici, in funzione del (e per rendere possibile il) ricorso da parte della società in tensione finanziaria a un piano attestato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *d*), l. fall., durante i tempi tecnici inevitabilmente necessari per mettere a punto la strategia di ristrutturazione.

immediatamente precedenti e direttamente funzionali alla predisposizione di un piano" [Fr. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1478].

⁵⁸ Che il termine "esecuzione" paia alludere a qualcosa di già deliberato o di compiutamente definito è riconosciuto anche da Fr. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1478, seppure poi l'autore aderisca a un'interpretazione opposta.

⁵⁹ GUERRIERI, *Commento all'art. 67. Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da MAFFEI ALBERTI, Padova, 2016, 352; MEO, *I piani "di risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 46 ss.; MUNARI, *Crisi d'impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, 154 (dove, a nota 73, ampi riferimenti), il quale aggiunge che gli atti esecutivi sono quelli previsti nel piano redatto prima del loro compimento.

⁶⁰ Un'osservazione analoga ricorre anche in Fr. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 213 e AMARELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., 567.

6. – Un ulteriore fondamento della qualificazione giuridica del finanziamento all'imprenditore in crisi successivamente fallito era individuato, nell'ordinamento anteriore alla riforma della legge fallimentare del 2005-2006, nell'asserita presenza di una regola contraria all'artificioso mantenimento in vita dell'impresa ormai definitivamente decotta, desumibile da "precisi indici normativi che attestano la volontà del legislatore di 'cristallizzare', per effetto dell'insorgere dell'insolvenza, i rapporti patrimoniali facenti capo al debitore, e di limitare a tal fine l'autonomia dispositiva dello stesso e di quanti col medesimo entrano in contatto. Tutto ciò in funzione dell'esigenza di prevenire l'aggravamento del dissesto e/o l'alterazione del principio di parità di trattamento e, dunque, di salvaguardare l'integrità di quel complesso di beni e rapporti che rappresenta la garanzia generica dei creditori concorsuali, in regime di par condicio"⁶¹.

Oltre alle norme penali già prese in considerazione, fra gli indici normativi suddetti gli interpreti hanno annoverato le prescrizioni in materia di revocatoria fallimentare.

Da queste ultime si desumeva un giudizio di disvalore dell'ordinamento sulla fattispecie acquisitiva del terzo revocando e, di conseguenza, la sua anti giuridicità e sanzionabilità *ex art. 2043 c.c.*, ove accompagnata dal presupposto del danno e dell'elemento soggettivo di imputazione dell'illecito⁶².

Al riguardo, tuttavia, la riforma fallimentare del 2005-2006 ha determinato un marcato mutamento di prospettiva.

Solo apparentemente la disciplina vigente dell'azione revocatoria fallimentare ha mantenuto la propria impostazione originaria di strumento avente la funzione di "responsabilizzare i terzi che entrano in rapporto con l'imprenditore"⁶³, imponendo loro di non *trascurare* eventuali segni di difficoltà di costui o addirittura, in certi casi e per certi soggetti (e in primo luogo *i finanziatori*) di *informarsi attivamente* sulle sue condizioni economiche, reagendo tempestivamente di fronte all'eventuale crisi"⁶⁴.

⁶¹ VISCUSI, *Profili della responsabilità della banca*, cit., 121; RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012, 313, e i riferimenti a nota 622.

⁶² VISCUSI, *Profili della responsabilità della banca*, cit., 137; NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva"*, cit., 236, nota 69, dove si afferma che "non vi è dubbio [...] che la disciplina della revocatoria sia tuttora imperniata su di una considerazione del comportamento del terzo consapevole dello stato di dissesto o comunque di incapienza del debitore, come un comportamento *contra ius*". V. anche BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, 240 per l'accostamento dell'azione revocatoria all'azione di responsabilità aquiliana contro il terzo complice nell'inadempimento.

⁶³ La rilevanza della revocatoria al fine di qualificare il comportamento del terzo che contrae con l'imprenditore insolvente dipende proprio dal fatto che le disposizioni in materia hanno un valore precettivo generalizzato nei confronti tanto del debitore, quanto del creditore, quanto dei terzi come lucidamente chiarito proprio dall'Autore al quale è dedicato questo saggio: M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976, 319-320. Il motivo per cui la revocatoria può operare in funzione *lato sensu* sanzionatoria nei confronti di colui che si avvantaggia di un atto di disposizione del debitore dipende dalla circostanza per cui "sussiste un obbligo del debitore di rispondere con tutti i suoi beni presenti e futuri, a fronte del quale si individua necessariamente un onere di astensione da parte del terzo, onde evitare che la disposizione sacrifichi gli interessi dei creditori": ancora M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione*, cit., 323.

⁶⁴ STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 94. Per una prospettiva analoga circa quella che viene definita la funzione *ex ante* della revocatoria fallimentare v. anche RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi*, cit., 312 ss. e nota 624.

In realtà, il rilievo della revocatoria rispetto alla questione in esame cambia radicalmente qualora si considerino le numerose fattispecie di esenzione dalla sua applicazione che sono state introdotte nel comma 3 dell'art. 67 l. fall.: la legge mostra inequivocabilmente di considerare non più giustificato il coinvolgimento sommariamente descritto di chi abbia collaborato con l'imprenditore a una soluzione cercata, in buona fede e con mezzi idonei, al fine di evitare al debitore una costosa e non sempre efficiente (e dunque evitabile) procedura fallimentare⁶⁵.

La più recente disciplina concorsuale ha significativamente ridimensionato l'ambito operativo dello strumento revocatorio laddove vengano esperiti i tentativi di soluzione della crisi d'impresa alternativi al fallimento, che costituiscono, perciò, dei veri e propri percorsi protetti⁶⁶. In presenza di questi ultimi, quindi, si ridimensiona anche quel ruolo di cordone sanitario proprio, in passato, dell'istituto della revocatoria, volto a isolare l'impresa nei rapporti con i terzi: se la disciplina previgente risultava oggettivamente dissuasiva rispetto alla concessione di nuova finanza all'imprenditore in situazioni di squilibrio, a causa del timore che i pagamenti ricevuti fossero dichiarati inefficaci⁶⁷, le esenzioni dalla revocatoria fallimentare previste alle lett. *d*) ed *e*), comma 3, art. 67 l. fall. sono volte a incentivare il sostegno al rilancio imprenditoriale del debitore in crisi, escludendo dal novero degli atti revocabili le rimesse solutorie eseguite nell'ambito di tentativi di soluzione della crisi tipizzati dal legislatore⁶⁸.

Peraltro, le esenzioni appena menzionate attribuiscono alle banche finanziatrici un altro fondamentale vantaggio, consistente nell'acquisizione di garanzie relative al credito di rimborso derivante dall'erogazione dei prestiti (nuovi o preesistenti), che restano tendenzialmente inattaccabili tanto se costituite dalla società in crisi, quanto se offerte da terzi su propri beni a favore di quest'ultima⁶⁹.

⁶⁵ STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare*, cit., 94.

⁶⁶ Sulla funzione delle esenzioni da revocatoria di privilegiare l'apertura della soluzione negoziata della crisi a discapito di quella fallimentare v. GALLETTI, *Tecniche e rischi*, cit., 347 e D'AMBROSIO, *Le esenzioni, da revocatoria nella composizione stragiudiziale*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 364.

⁶⁷ Per interessanti spunti in merito all'applicazione della revocatoria in caso di finanziamenti abusivi v. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, cit., 190 ss., (per ulteriori riferimenti).

⁶⁸ Le norme citate nel testo sono trasfuse nelle nuove lett. *d*) ed *e*) del comma 3 dell'art. 166 c.c.i., sebbene entrambe le previsioni siano ritoccate rispetto alle analoghe norme della legge fallimentare (v. oltre, par. 13). Su quanto affermato nel testo v. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1091, il quale individua nell'esenzione dalla revocatoria fallimentare [e, probabilmente, anche da quella ordinaria, come oggi espressamente previsto dall'art. 166, comma 3, lett. *d*), c.c.i.] degli atti, pagamenti e delle garanzie (e dunque anche dei finanziamenti effettuati) in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione e di un piano attestato, nonché, dopo la novella del 2012 anche degli atti compiuti dopo il mero deposito del ricorso ex art. 161 l. fall., una delle espressioni più significative del sistema di incentivi al finanziamento e, più in generale, all'adozione di soluzioni negoziali della crisi; FALCONE, in AA.VV., *La disciplina dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare e nei "fallimenti immobiliari"*, Milano, 2005, 75, il quale aggiunge che potrebbe essere riconosciuta funzione incentivante l'erogazione di nuova finanza non soltanto alle esenzioni citate nel testo, ma anche a quella di cui all'art. 67, comma 3, lett. *a*), l. fall. (esonero dalla revocatoria per i pagamenti effettuati nei termini d'uso); conf. VICARI, *I finanziamenti alle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 482; BOZZA, *L'azione revocatoria nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 1026; *contra* TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 254, per il quale l'esenzione si riferisce solo al pagamento dei beni e servizi e non a quelli dei saldi dei mutui.

⁶⁹ VICARI, *I finanziamenti alle banche*, cit., 483.

Le esenzioni in esame sottendono, dunque, una valutazione in termini di *meritevolezza* e di *liceità* degli atti di esecuzione del piano di ristrutturazione extrafallimentare, così sovvertendo completamente la connotazione che all'atto compiuto dal terzo con il fallito poteva attribuirsi prima della riforma fallimentare del 2005-2006⁷⁰.

Nella lata nozione di atti esentati dalla revocatoria rientrano certamente anche i pagamenti dei crediti alla restituzione dei finanziamenti erogati all'imprenditore decotto; ne deriva che la valutazione in termini di meritevolezza di quegli atti va estesa logicamente anche all'operazione che la nascita di tali crediti presuppone, ossia la concessione del prestito, la quale viene incentivata dalla riforma attraverso l'esenzione da revocatoria⁷¹.

Se, pertanto, tutti gli atti *in esecuzione* di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione o di un piano attestato di risanamento sono giudicati dal nuovo ordinamento concorsuale leciti, in quanto sottratti all'applicazione del meccanismo repressivo della revocatoria, ne consegue che – diversamente da quanto si affermava in passato – viene meno la possibilità di fondare sulla disciplina di quest'ultima l'antigiuridicità della condotta del finanziatore dell'impresa in crisi e la responsabilità risarcitoria per il danno da essa cagionato⁷².

Una simile conclusione, del resto, oltre a costituire il necessario portato del principio di coerenza e non contraddizione dell'ordinamento interno, si impone alla luce della necessità di interpretare le prescrizioni di quest'ultimo in modo coerente con la sovraordinata di-

⁷⁰ Di valutazione di meritevolezza sottesa alle esenzioni dalla revocatoria fallimentare parlano MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1092, ad avviso del quale "può ritenersi che il riconoscimento, operato dal legislatore, della liceità dell'erogazione di nuova finanza nell'ambito delle procedure di soluzione negoziata della crisi sia ricavabile dall'esenzione dall'azione revocatoria, in quanto ritenuta operazione non costituente violazione della *par condicio creditorum*"; PANZANI, *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, 193 e le *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, di Assonime, CNDCEC e Università di Firenze, aprile 2009, elaborate nell'ambito del progetto "*Modelli innovativi nella finanza delle piccole e medie imprese*"; v. in tal senso anche BENEDETTI, *I finanziamenti dei soci*, cit., 428 ss.

⁷¹ E v. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1362, ad avviso del quale fra le operazioni rese stabili dalla nuova disciplina delle esenzioni da revocatoria, in quanto in esecuzione di una soluzione extrafallimentare della crisi, rientrano anche i finanziamenti concessi all'impresa *distressed*. Il percorso interpretativo volto a desumere dalla liceità dell'atto solutorio, in quanto sottratto alla revocatoria, la liceità anche del presupposto atto di finanziamento, trova conferma in quella dottrina che, con riguardo alla distinta fattispecie dei prestiti dei soci, ha ritenuto di poter inferire dalla constatata assenza "di qualunque nota di anomalia" del rimborso del prestito, che "tale conclusione pare del resto imporsi anche, e principalmente, in ordine alla fase di *erogazione* del finanziamento la quale, ove si dispieghi in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua esposizione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'art. 2501-bis quarto comma, codice civile" (e, a maggior ragione, qualora si dispieghi in esecuzione di un accordo di ristrutturazione o di un piano concordatario), mostra per ciò sottrarsi ad un giudizio di disvalore (così MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 822, nota 57).

⁷² DI MARZIO, *Sulla fattispecie concessione abusiva*, in questa *Rivista*, 2009, II, 389 ss., il quale afferma chiaramente: "La salvaguardia dall'azione revocatoria presuppone, più in generale, un giudizio di meritevolezza espresso dalla legge sul finanziamento dell'impresa in crisi. Per interpretazione sistematica discende che la contrattazione con l'impresa in crisi non può essere considerata abusiva". E v. anche PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva di credito*, cit., 1161 ss., nota 38.

disciplina comunitaria. Nella Proposta di direttiva UE in materia di insolvenza⁷³ si prevede, infatti, che “*As a minimum, in the case of any subsequent insolvency of the debtor,*

a) new financing and interim financing shall not be declared void, voidable or unenforceable, and

b) the grantors of such financing (...) shall not incur civil, administrative or criminal liability;

c) on the sole ground that such financing is detrimental to the general body of creditors” art. 16, comma 1).

Risulta, dunque, evidente, come la normativa comunitaria imponga una protezione per la nuova finanza e per quella interinale volta a escludere non solo l'invalidità degli atti di concessione della medesima, ma anche – in modo del tutto coerente con quanto qui sostenuto – la responsabilità civile del sovventore in caso di eventuale successiva insolvenza del debitore e nonostante emerga un danno a carico della massa dei creditori.

Di più: la Proposta di direttiva conferma la stretta connessione sussistente fra l'esenzione degli atti di concessione di nuova finanza da azioni di invalidità/inefficacia e la loro liceità.

7. – Acclarato dunque che la disciplina complessiva delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa segnala, in termini inequivoci, la liceità e la meritevolezza dei finanziamenti che, individuati con sufficiente dettaglio nel piano, siano erogati nella fase *di attuazione* dello stesso, al fine di indagare la questione individuata in premessa occorre considerare se ad analoga conclusione sia possibile pervenire in ordine al credito materialmente concesso (o mantenuto) in epoca anteriore al ricorso allo strumento di composizione della crisi tipizzato dal legislatore.

L'intervallo di tempo che precede l'esecuzione della soluzione prescelta per tentare il risanamento dell'impresa non è preso in considerazione né nella disciplina delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare, relativa solo agli atti “in esecuzione” di un concordato, di un accordo di ristrutturazione e di un piano attestato⁷⁴; né – almeno letteralmente, e salva la plausibile possibilità di argomentare per analogia, di cui si è detto – dalla disciplina delle esimenti dai reati fallimentari *ex art. 217-bis l. fall.*⁷⁵.

Peraltro, a differenza di quanto previsto per i finanziamenti al concordato o agli accordi di ristrutturazione, in relazione ai finanziamenti antecedenti la fase di esecuzione dei piani attestati di risanamento la disciplina concorsuale non fornisce alcuna indicazione neppure nell'art. 182-*quater l. fall.*⁷⁶.

⁷³ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU* del 23 novembre 2016, come modificata nell'ultima versione del gennaio 2019. La previsione di un *safe harbour* rispetto alla *lender liability* è raccomandata anche da EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Rescue of Business in Insolvency Law*, 2017, 221.

⁷⁴ Almeno se all'espressione utilizzata dalla legge si attribuisce il significato più comune che si è individuato nel testo.

⁷⁵ V. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1360 ss., dove si afferma che “Ciò che precede questi tre strumenti di soluzione della crisi [...] continua ad essere fuori dal raggio d'azione dell'[art. 217 bis]”.

⁷⁶ I finanziamenti menzionati da ultimo nel testo, infatti, sono esclusi dalla disciplina della prededucibilità

Una simile differenza fra i finanziamenti-ponte relativi al concordato o all'accordo di ristrutturazione, da un lato, e quelli relativi al piano attestato, dall'altro, non pare, tuttavia, rivestire una rilevanza dirimente per escludere una valutazione in termini di liceità di questi ultimi. Perché se è vero che "la nuova legge fallimentare non solo permette, ma *richiede* alle banche un ruolo attivo nel sostegno alle operazioni di risanamento, e consente quindi anche a terzi interessati (soci attuali, nuovi investitori) di rischiare denaro proprio per facilitarlo"⁷⁷, la valutazione di meritevolezza e, a cascata, quella di liceità, riconosciuta alla nuova finanza erogata a tal fine non pare necessariamente limitata alla fase di esecuzione del piano, potendosi riverberare anche sul sostegno finanziario anticipato in funzione del medesimo, comunque prodromico alla conservazione della continuità aziendale nell'arco temporale necessario ai fini del perfezionamento del tentativo di soluzione della crisi.

È vero che per giustificare una differente valutazione fra il finanziamento-ponte in funzione del piano in corso di elaborazione, da un lato, e il finanziamento "in esecuzione" del piano attestato, dall'altro, potrebbero essere valorizzate due circostanze: il fatto che il secondo soltanto sia oggetto di una esplicita esclusione dalla revocatoria fallimentare *ex art.* 67, comma 3, lett. *d*) e il fatto che lo stesso venga erogato per attuare un piano che comunque ha già ottenuto un giudizio positivo, quanto alla sua fattibilità, dal professionista indipendente chiamato ad attestarla.

Ciò nonostante, tale obiezione non pare dirimente. L'esenzione dalla revocatoria dei soli atti esecutivi di un piano attestato non implica, infatti, una rigida preclusione a estendere la valutazione di meritevolezza a essa sottesa anche ad atti che si collocano, cronologicamente e funzionalmente, in momenti anteriori a quello dell'attuazione del tentativo di ristrutturazione dell'impresa: il giudizio di valore correlato all'esenzione dalla revocatoria deriva dalla constatazione della oggettiva funzionalità dell'atto esentato ad agevolare una seria e ragionevole soluzione della crisi alternativa al fallimento; per tale ragione, lo stesso può essere esteso a tutte le operazioni che presentino un simile connotato, a prescindere dalla loro collocazione temporale⁷⁸.

accordata all'art. 182-*quater* l. fall. così come non vengono menzionati nemmeno all'art. 67, comma 3, lett. *d*), l. fall., dove si disciplinano solo i finanziamenti erogati in esecuzione. Anche nel nuovo c.c.i. nessun trattamento privilegiato è accordato ai finanziamenti in funzione del piano attestato.

⁷⁷ *Linee guida sul finanziamento alle imprese in crisi*, Università di Firenze, CNDCEC, Assonime, I ed., 2010, 10, proprio in relazione ai finanziamenti-ponte.

⁷⁸ Quanto si afferma nel testo è condiviso da BONFATTI, *Le nuove procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione*, su dirittobancario.it, 26 settembre 2018, il quale afferma che "logica vorrebbe – sembra di poter dire – che se un credito è prodotto da un titolo a tal punto meritevole di tutela da sottrarlo all'azione revocatoria, *se già pagato*: allora dovrebbe aspirare ad essere collocato in prededuzione, rispetto ai 'comuni mortali', allorché al momento dell'apertura di un concorso *non sia ancora stato pagato* – anche perché, ove tale parallelo non risulti tracciabile, ciò costituisce un incentivo alla immediata esazione del credito, venendosi così a premiare il creditore aggressivo ed a punire il creditore paziente". Le considerazioni del testo paiono confermate anche dall'art. 16 della Proposta di direttiva UE sull'insolvenza, dal quale si ricava un legame inscindibile fra esenzione da azioni invalidatorie e liceità degli atti di concessione di nuova finanza a prescindere dalla loro collocazione temporale la proposta parla infatti genericamente di "*new and interim financing*": v. sopra, nota 73 e testo corrispondente.

Da tale angolo prospettico, la valutazione di meritevolezza insita nell'art. 67, comma 3, lett. *d*), l. fall. appare senz'altro suscettibile di essere estesa oltre l'ambito di applicazione delineato dal tenore letterale della norma, in quanto espressione di un principio generale – il *favor* per le soluzioni extrafallimentari della crisi e dunque anche per le operazioni ad esse funzionali – che il legislatore ha posto a fondamento dell'intera disciplina concorsuale vigente (e ventura⁷⁹). Del resto, diversamente opinando, si determinerebbe l'effetto di disincentivare i finanziatori (soprattutto quelli strategici) a sovvenzionare l'impresa nella fase di elaborazione del piano attestato e durante i tempi necessari alla certificazione della sua fattibilità, così da minare i presupposti di quest'ultime e rendere il fallimento l'esito più probabile della situazione di crisi in cui versa l'impresa stessa, a causa della privazione proprio di quelle risorse finanziarie di cui essa ha estrema necessità in quel cruciale lasso di tempo. Un approdo, quest'ultimo, esattamente antitetico alle scelte fondamentali alle quali risulta improntato il nostro ordinamento concorsuale sin dalla riforma del 2005, la quale esprime un chiaro *favor legis* per finanziamenti strumentali alla continuità aziendale di un'impresa che produce ricchezza e ha un positivo *going concern value*⁸⁰.

E parimenti non decisiva si rivela la seconda possibile obiezione menzionata. Sebbene i finanziamenti-ponte funzionali al piano di risanamento siano materialmente erogati prima della predisposizione dello stesso e siano, com'è stato scritto, per lo più “sommersi”⁸¹, nondimeno essi sono destinati a riemergere, dovendo trovare un puntuale riscontro nel piano attestato, in quanto generano crediti che, al pari degli altri, l'impresa in crisi deve soddisfare seguendo le previsioni contenute proprio nella soluzione negoziale della crisi.

Anche i finanziamenti in esame sono ricompresi nel piano in corso di elaborazione al momento della loro erogazione e oggetto di considerazione nell'ambito del giudizio di fattibilità del piano reso dal professionista indipendente⁸². Ora, posto che l'attestazione di quest'ultimo si risolve, in sostanza, in una prognosi positiva sulla idoneità e adeguatezza del piano ad assolvere la propria funzione di “*risanamento e [di] conseguente pagamento di tutti i creditori*”⁸³, il rilascio della stessa vale a precludere, per regola generale, una valutazione di riprovazione anche del finanziamento-ponte.

8. – Come si è anticipato, il problema della liceità dei finanziamenti che si collochino

⁷⁹ V. il Codice della crisi e dell'insolvenza, approvato in via definitiva nel gennaio 2019, ma per il quale è prevista una *vacatio legis* di diciotto mesi.

⁸⁰ Sul “principio di illiceità della continuazione dell'attività di un'impresa ormai decotta”, rinvenibile anche dalla normativa in tema di reati fallimentari, con specifico riferimento alla concessione abusiva di credito, cfr. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito*, cit., 664 ss.; VISCUSI, *Profili della responsabilità della banca*, cit., 121 ss.; STANGHELLINI, *Il credito “irresponsabile” alle imprese e ai privati*, cit., 403; PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva di credito*, cit., 1162.

⁸¹ V. le osservazioni relative ai finanziamenti-ponte funzionali all'accordo di ristrutturazione e al concordato, di STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1355.

⁸² Nel senso che la concessione di nuova finanza vada soppesata con la massima attenzione dall'esperto attentatore, che nel valutare la fattibilità del piano deve tener conto anche della capacità dell'imprenditore, sia pure in chiave prospettica, di rimborsarla v. AIELLO, *L'accordo di risanamento fondato sul piano attestato: la fattispecie e le prassi negoziali*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 335.

⁸³ *Linee guida sul finanziamento alle imprese in crisi*, cit., 43 (l'enfasi è aggiunta).

temporalmente prima dell'avvio di una soluzione negoziale della crisi d'impresa trova una esplicita – e dunque obiettivamente una più agevole – risposta rispetto ai finanziamenti definiti “in funzione” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione.

Con l'espressione appena menzionata si indicano i prestiti che siano concessi prima della presentazione della domanda di concordato e di quella con la quale si chiede l'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti⁸⁴. Pertanto, dalla norma che disciplina quella fattispecie è possibile trarre un'indicazione anche in relazione al problema in esame⁸⁵.

L'art. 182-*quater*, comma 2, l. fall., accordando la prededuzione ai finanziamenti c.d. ponte (o, usando la terminologia della legge, “in funzione”)⁸⁶ esplicita una valutazione in termini di meritevolezza degli stessi. Se quest'ultima si traduce sul piano normativo soltanto nella collocazione prioritaria nell'ordine di soddisfacimento del diritto al rimborso (nel successivo, eventuale fallimento, così come nel concordato preventivo), è altresì evidente come a tale scelta operata dall'ordinamento non possa non ricollegarsi anche, a livello

⁸⁴ Per l'interpretazione dell'espressione “in funzione” relativa ai finanziamenti agli accordi di ristrutturazione v. ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi alla luce del nuovo art. 182-*quater* l. fall. dal *sous-sol* della postergazione all'attico della prededuzione*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, 429 ss.; STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1348 ss. e 1362 ss.; BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 817; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., 473; BARTALENA, *Crediti accordati in funzione od in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *quater*, l. fall.)*, in AA.VV., *Società, banche, e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO, CARIELLO, DI CATALDO, GUERRERA, SCIARRONE ALIBRANDI, 3, Torino, 2014, 2955. Alcuni autori precisano la definizione appena esposta puntualizzando che il finanziamento in funzione della domanda di omologazione dell'accordo è anche quello erogato (non solo prima della domanda di omologazione, ma anche) prima della stipula dell'accordo (VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 292). In relazione al concordato “il finanziamento in funzione viene inteso, anche a livello giurisprudenziale, come quello concesso ed erogato prima della presentazione della domanda di concordato preventivo” (corsivo aggiunto): STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1349 ss.; BARTALENA, *Crediti accordati*, cit., 2954 ss.; BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo*, cit., 817-816; Trib. Terni, 6 febbraio 2012, in *Fall.*, 2012, 823. L'indicato confine temporale dei finanziamenti “in funzione” sembra chiaramente emergere anche dalla disciplina prevista dal comma 2 dell'art. 182-*quater* l. fall. in merito all'operare della prededucibilità: se il privilegio deve essere disposto nel decreto di ammissione al concordato, ne consegue logicamente che il prestito sia stato concesso ed erogato (quest'ultimo è il verbo utilizzato dalla disposizione dopo il ritocco determinato dal decreto sviluppo nel 2012) in un momento anteriore. Sul punto v. anche FALCONE, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fall.*, 2014, 379 ss. e da ultimo BENEDETTI, *I finanziamenti dei soci*, cit., 102 ss.

⁸⁵ V. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1348 ss., il quale afferma che prima della riforma del 2010 i finanziamenti-ponte non godevano di alcuna preferenza in caso di successivo fallimento, né immunità da revocatoria relativamente alle eventuali garanzie acquisite o all'eventuale rimborso nel frattempo ricevuto. Piano di concordato e accordo di ristrutturazione iniziavano a esplicitare i loro effetti protettivi, in generale, solo con il loro perfezionamento, mentre il concordato solo a seguito del deposito del ricorso. Con la novella del 2010 il quadro è parzialmente mutato: si è traghettata la fase delle trattative per la soluzione della crisi dall'irrelevanza giuridica al parziale riconoscimento della meritevolezza.

⁸⁶ Disciplina che, come si dirà oltre, è ripresa, pur con alcune modifiche, anche dal nuovo c.c.i. e che risulta pienamente coerente con l'art. 16, comma 2, della Proposta di direttiva UE sull'insolvenza ove si prevede che “*Member States may provide that, in the case of any subsequent insolvency of the debtor, grantors of new or interim financing are entitled to receive payment with priority (...) in relation to other creditors that would otherwise have superior or equal claims*”.

di opzioni assiologiche generali, l'esclusione della possibilità di considerare quei finanziamenti fonte di una responsabilità risarcitoria per concessione abusiva di credito.

Sul piano sistematico la prededuzione accordata dalla norma in esame "è solo la punta di emersione di un più ampio fenomeno, la gestione corretta e conservativa in una situazione di crisi, che comunque è meritevole"⁸⁷.

Ma se una simile argomentazione vale per i finanziamenti funzionali al piano posto a fondamento di una proposta concordataria o di un accordo di ristrutturazione, non sembrano sussistere ragioni che giustifichino una diversa conclusione rispetto ai finanziamenti prodromici e funzionali all'implementazione di un piano attestato di risanamento⁸⁸. La circostanza che il legislatore abbia ritenuto quest'ultima tipologia di finanziamenti-ponte insuscettibile di assurgere al rango dei crediti prededucibili, anche alla luce della dimensione puramente stragiudiziale e delle conseguenti minori garanzie procedurali che connotano il piano attestato rispetto a quelle che ricorrono nel concordato o negli accordi di ristrutturazione (in punto di consenso dei creditori e di controllo omologatorio da parte del tribunale)⁸⁹, non esclude che i finanziamenti concessi nelle more dell'attuazione del piano attestato risultino funzionali – al pari dei finanziamenti-ponte al concordato o agli accordi – a soddisfare temporanee ma improrogabili esigenze di liquidità e a preservare i valori connessi alla continuità aziendale dell'impresa. Anche a tali finanziamenti-ponte può, dunque, essere esteso il giudizio di meritevolezza sotteso al nuovo contesto normativo così da doverli considerare pienamente leciti, perché risultano – e *purché risultino* – comunque obiettivamente prodromici al piano e funzionali a consentire il ricorso a uno strumento di composizione della crisi ammesso, anzi incentivato dall'ordinamento positivo, in quanto ritenuto idoneo a realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori rispetto a derive alternative di natura liquidatoria.

A sostegno della medesima conclusione è possibile aggiungere che, se il piano attestato viene assimilato al concordato e agli accordi di ristrutturazione dall'impianto complessivo della disciplina concorsuale, sia per quanto riguarda le esenzioni da revocatoria, sia per quanto riguarda l'esimente dai reati di bancarotta, non si vede per quale motivo dovrebbero essere oggetto di giudizi di meritevolezza radicalmente differenti – tali addirittura da ripercuotersi sulla valutazione della rispettiva liceità – i finanziamenti-ponte erogati in fun-

⁸⁷ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1361. Sulla rilevanza della disciplina di cui agli artt. 182-*quater* e *quinquies* l. fall. al fine di tracciare una netta linea di demarcazione tra il finanziamento abusivo e quello lecito v. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi*, cit., 1099 ss., ove pure l'individuazione dei dubbi che la disciplina positiva pone: essa "rende difficile elaborare con sicurezza un concetto univoco di "risanamento meritevole", in grado come tale di porre il soggetto, in particolare la banca, che eroga un finanziamento al di fuori dell'individuazione di condotte abusive".

⁸⁸ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1348, il quale ammette l'esistenza di finanziamenti-ponte e finanziamenti in esecuzione del piano di risanamento attestato, ma ne esclude la riconducibilità all'art. 182-*quater* l. fall.; M. CAMPOBASSO, *Art. 2467*, in *S.r.l. Commentario*, Milano, 2011, 264; MAUGERI, *I finanziamenti "anomali" endogrupo*, in questa *Rivista*, 2014, I, 736 ss.

⁸⁹ V. l'art. 182-*quater* l. fall. che fa riferimento, in modo, inequivoco, solo e soltanto ai finanziamenti a sostegno del concordato o degli accordi di ristrutturazione. Ma per un tentativo di rimeditare la scelta compiuta dal legislatore e le ragioni che per essa sono state rinvenute in dottrina v. BENEDETTI, *I finanziamenti dei soci*, cit., 138 ss.

zione del primo tipo di soluzione stragiudiziale della crisi rispetto a quelli concessi in funzione di un piano concordatario e di un accordo di ristrutturazione. Al contrario, appare maggiormente plausibile – e sistematicamente coerente – ritenere anche i finanziamenti prodromici all’implementazione di un piano attestato, sebbene non assistiti dalla prospettiva peggiore della prevedibilità, comunque leciti proprio in quanto comunque funzionali a realizzare un interesse ritenuto meritevole di tutela dal nostro ordinamento⁹⁰.

Del resto, la dottrina che ha più a fondo esplorato i principi di corretto finanziamento dei soci ha avuto modo di rilevare – sebbene con riferimento al diverso problema della loro postergazione, ma con considerazioni che paiono pertinenti anche ai fini della presente riflessione – che l’accertata funzionalità alla realizzazione di un piano attestato “pare depurare di ogni nota di ‘anomalia’ il finanziamento che di quel piano costituisca parte integrante” e che “l’aderenza ad un piano di risanamento attestato [...] evita la censura di anomalità – o, per meglio dire, comporta un’assunzione assoluta di normalità o ragionevolezza – degli atti di finanziamento posti in essere in esecuzione degli stessi, di modo che viene meno il presupposto [...] della postergazione [...]”⁹¹. La medesima argomentazione appare capace di corroborare anche la generale liceità dei finanziamenti prodromici al piano attestato, qui sostenuta.

9. – Sebbene la questione possa essere soltanto accennata in questa sede, non si può omettere qualche prima considerazione sulla disciplina dei finanziamenti alla *distressed company* prefigurata dal nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza.

In linea generale, rimangono fermi i rilievi svolti nei paragrafi precedenti concernenti la liceità dei finanziamenti funzionali alla realizzazione di un piano di risanamento, purché erogati per soddisfare temporanee ma improrogabili esigenze di liquidità e per preser-

⁹⁰ Nel senso del testo v. VITIELLO, *Responsabilità delle banche per concessione abusive di credito e risanamento*, sui *ilfallimentarista.it*, 10 febbraio 2012, il quale rileva che già prima della riforma del 2005/2006 “gran parte della dottrina tendeva ad escludere la responsabilità della banca per concessione abusiva di credito laddove il finanziamento fosse stato concesso sulla base di una fondata strategia finalizzata al risanamento dell’impresa” e che “in un contesto così caratterizzato, la mancanza di responsabilità per colui che eroghi credito all’imprenditore con lo scopo di consentirgli il superamento della crisi deve considerarsi immanente”. Da tale premessa l’A. desume il corollario “che in presenza di un piano di risanamento in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla legge (la ragionevolezza e l’idoneità a consentire il risanamento, quanto all’istituto previsto dalla lett. d) dell’art. 67 l. fall.; l’accessorietà ad accordi che siano stati omologati, quanto all’istituto di cui all’art. 182-bis l. fall.), nessuna responsabilità potrà essere ravvisata in capo alle banche che, partecipando al tentativo di salvataggio, abbiano erogato nuova finanza all’impresa in crisi”.

⁹¹ MAUGERI, *I finanziamenti “anomali”*, cit., 736 ss. (al quale sono da riferire i virgolettati), e già ID., *Sul regime concorsuale*, cit., 835, per il quale il prestito del socio alla società in crisi assume carattere di ragionevolezza ai sensi dell’art. 2467, comma 2, c.c. proprio in quanto concesso nel rispetto di cautele procedurali (relazioni dell’esperto in ordine all’attuabilità del piano ...) idonee ad attestarne la strumentalità allo scopo riorganizzativo dell’impresa (e v. nota 98 ove si richiama la dottrina tedesca in relazione al *Sanierungsprivileg*); COSSU, *I piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione del debito. Note sul raccordo fra diritto fallimentare e diritto delle società di capitali chiuse*, in AA.VV., *Studi per Franco di Sabato*, II, Napoli, 2009, 561 ss.; BALP, *I finanziamenti dei soci “sostitutivi” del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2010, 410. Per più ampie considerazioni circa la “meritevolezza” dei finanziamenti al piano attestato, anche quando erogati dai soci, v. BENEDETTI, *I finanziamenti dei soci*, cit., 138 ss.